



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN
PRINCIPI GIURIDICI ED ISTITUZIONI FRA MERCATI
GLOBALI E DIRITTI FONDAMENTALI**

Curriculum n. 2: Diritti Fondamentali, Poteri e Governo del Territorio

CICLO XXXVI

SSD: IUS/21 – DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

**IL PRINCIPIO DEL *FAIR REFLECTION OF SOCIETY* NELLA
COMPOSIZIONE DEGLI ORGANI DI GIURISDIZIONE
COSTITUZIONALE**

Dottorando
Nicola Maffei

Tutor
Chiar.ma Prof.ssa Marina Calamo Specchia

Co-Tutor
Chiar.ma Prof.ssa Laura Fabiano

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Vito Sandro Leccese

ESAME FINALE

**IL PRINCIPIO DEL *FAIR REFLECTION OF SOCIETY* NELLA COMPOSIZIONE
DEGLI ORGANI DI GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE**

INDICE

INTRODUZIONE	9
CAPITOLO 1 – LE CORTI COSTITUZIONALI TRA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA E PRINCIPIO PLURALISTICO	17
Premessa metodologica	17
PARTE I – GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO: ITINERARI DI UN’ENDIADI INDISSOLUBILE	18
1. Note preliminari.....	18
2. Costituzione giuridica v. Costituzione politica: quali ricadute sul percorso di affermazione della giustizia costituzionale?	19
2.1 La via statunitense	19
2.2. L’impervio percorso europeo	23
PARTE II – CORTI COSTITUZIONALI DEMOCRATICAMENTE ILLEGITTIME? UN FALSO PROBLEMA	30
1. Note preliminari.....	30
2. Corti costituzionali e Corti supreme: un reciproco avvicinamento	31
2.1 Il controllo di costituzionalità delle leggi: le ragioni dell’ <i>andata</i> ...i motivi del <i>ritorno</i>	33
3. Democrazia costituzionale e principio pluralistico: un legame genetico	36
3.1 Breve premessa	36
3.2 Rileggere il passato... ..	37
3.3 ...per comprendere il presente	39
3.4 Democrazia costituzionale: i tre momenti di una nozione dilemmatica	39
3.5 Equilibrio v. Certezza: il pluralismo come meta-valore dello Stato costituzionale ...	42
CAPITOLO 2 – IL PLURALISMO <i>NELLE</i> CORTI	45
Premessa metodologica	45
PARTE I – IL PLURALISMO “OGGETTIVO” NELLA COMPOSIZIONE DELLE CORTI	47
1. Note preliminari.....	47
2. Corti e pluralismo tecnico-istituzionale.....	47
3. Corti e pluralismo politico	49
3.1 L’esclusività del pluralismo politico	50
3.2 La pervasività del pluralismo politico	52

4. Corti e pluralismo territoriale	54
4.1 La Corte di Karlsruhe: un bilanciamento solo formale.....	54
4.2 La Corte Suprema statunitense: un’eterogenesi dei fini	56
PARTE II – IL PLURALISMO “SOGGETTIVO” NELLA COMPOSIZIONE DELLE CORTI	58
1. Una premessa di metodo.....	58
2. Bagliori di <i>fair reflection</i> : la Corte Suprema statunitense come <i>trait d’union</i>	60
SEZIONE I – IL PRINCIPIO DEL <i>FAIR REFLECTION OF SOCIETY</i> : IL QUADRO TEORICO	63
1. Note preliminari.....	63
2. La diversità nelle società complesse: limiti e vantaggi di un approccio giuridico	65
3. Rappresentanza? Partecipazione? I tratti di un rapporto <i>species-genus</i>	68
4. Corti “rappresentative”: un ossimoro necessario?.....	70
5. I rischi	73
5.1 La sentenza sui popoli costitutivi.....	73
5.2 La sentenza sull’uso delle bandiere delle comunità.....	77
6. I benefici	81
7. Da «cosa il giudice fa» a «chi il giudice è»	84
SEZIONE II – IL PRINCIPIO DEL <i>FAIR REFLECTION OF SOCIETY</i> : IL QUADRO EMPIRICO	88
1. Note preliminari.....	88
2. Il <i>fair reflection</i> nei contesti di transizione costituzionale prevalentemente post- conflittuale	88
3. Il <i>fair reflection</i> nei contesti di decolonizzazione	94
4. Il <i>fair reflection</i> nei contesti storicamente multinazionali.....	100
5. Il <i>fair reflection</i> nei contesti di ricercato incremento della <i>judicial diversity</i>	104
6. A mo’ di conclusione: il <i>fair reflection</i> “oltre Westfalia”	107
CAPITOLO 3 – LA COMPOSIZIONE DELLA CORTE SUPREMA CANADESE: UN QUADRO IN CONTINUA EVOLUZIONE.....	111
Premessa metodologica	112
PARTE I – DIMENSIONE ASCENDENTE	114
1. Note preliminari.....	114
SEZIONE I – LA COSTITUZIONE CANADESE: UN PERCORSO A TAPPE	114
1. Il <i>British North America Act</i> : atto imperiale o patto costituzionale?.....	115
2. I protagonisti del patto costituzionale	117
3. Le voci del patto costituzionale: una triplice dicotomia	121
3.1 ...nella fase costituente	121

3.2 ...nel dato positivo.....	122
4. L'evolversi (e il rompersi) del patto costituzionale: dalla <i>Quiet Revolution</i> alla <i>Patriation</i> del 1982	125
4.1 I limiti del disposto costituzionale	125
4.2 La reazione quebecchese	127
4.3 La mossa (inizialmente) unilaterale di Trudeau: il <i>Constitution Act</i> e il mancato rimpatrio del Québec	129
5. Ricucire il patto costituzionale: il fallimento di due accordi, un referendum e una richiesta di <i>Reference</i>	132
6. <i>Clarity Act v. Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec</i> : l'incomunicabilità come esito della <i>Reference</i>	136
7. <i>Laïcité de l'État</i> e tutela della francofonia: le attuali coordinate del nazionalismo <i>québécois</i>	138
7.1 Una mozione simbolica e i suoi epigoni	138
7.2 (Segue) Il <i>Bill 21</i> e il <i>Bill 96</i> per una rinnovata “distintività” quebecchese	139
SEZIONE II – LA COMPOSIZIONE PLURALISTICA DI UNA CORTE (DIVENUTA) COSTITUZIONALE	142
1. Note preliminari.....	142
2. <i>A general court of appeal for Canada</i> : la “prudenza” del costituente	143
3. <i>An Act to Establish a Supreme Court, and a Court of the Exchequer, for the Dominion of Canada</i> : una Corte Suprema per il Canada...nel nome.....	145
4. 1875-1949: da <i>Captive Court</i> a Corte Suprema...nei fatti	149
5. 1949-1982: una nuova centralità per la Corte Suprema	152
6. La svolta del 1982: la Corte Suprema diviene costituzionale?.....	154
6.1 La <i>Supreme Court</i> tra controllo concreto e controllo astratto di costituzionalità	154
6.2 La Corte Suprema: un organo “costituzionale” istituzionalmente fragile	157
7. La <i>Nadon Reference</i> : la Corte Suprema come <i>historic compromise</i>	159
7.1 A mo' di premessa: le <i>legal and conventional rules</i> a governo della selezione dei giudici supremi	159
7.2 Una nomina controversa <i>ab origine</i>	160
7.3 Il parere della Corte... ..	161
7.4 ...e la chiusura di un cerchio	164
PARTE II – DIMENSIONE DISCENDENTE	165
1. Note Preliminari	166
SEZIONE I – CORTE SUPREMA E GIURISDIZIONE DEI CONFLITTI	166
1. Quali conflitti? Una limitazione del campo di indagine.....	166
2. I dissent della componente francofona: cronache di un'eccezione	167

3. Québec- <i>Rest of Canada</i> : la Corte Suprema dinanzi a un rapporto a “criticità” variabile	172
4. (Segue) <i>Le Upper House references</i>	172
5. (Segue) <i>Il Patriation round</i>	176
6. (Segue) <i>La Secession Reference</i>	180
SEZIONE II – CORTE SUPREMA E GIURISDIZIONE DEI DIRITTI LINGUISTICI.	184
1. Una premessa.....	184
2. I diritti linguistici nell’ordinamento canadese: il quadro normativo	185
3. Come classificare e perché: il criterio geografico come bussola del viaggio.....	189
4. I casi provenienti dal Québec	190
4.1 <i>Blaikie No. 1 e Blaikie No. 2</i>	190
4.2 <i>Protestant School Boards</i>	191
4.3 <i>MacDonald v. City of Montreal</i>	192
4.4 <i>Forget, Ford e Devine</i>	193
4.5 <i>Solsky, Gosselin e Nguyen</i>	196
5. I casi provenienti dal <i>Rest of Canada</i>	199
5.1 <i>Re: Manitoba Language Rights</i>	199
5.2 <i>Bilodeau e Société des Acadiens</i>	200
5.3 <i>Mahe v. Alberta</i>	202
5.4 <i>Reference re Public Schools Act</i>	204
5.5 <i>Arsenault-Cameron</i>	204
5.6 <i>R. v. Beaulac</i>	206
5.7 <i>Doucet-Boudreau</i>	208
5.8 <i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada e DesRochers v. Canada (Industry)</i>	209
5.9 <i>Rose-des-vents v. British Columbia e Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique v. British Columbia</i>	213
5.10 <i>Bessette v. British Columbia e R. v. Tayo Tompouba</i>	218
5.11 <i>Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories</i>	222
6. La Corte Suprema come fucina di risposte <i>within the Canadian Constitution</i>	226
PARTE III – CORTE SUPREMA E <i>CANADIAN DIVERSITY</i> : ITINERARI DI UN LEGAME RIFLESSIVO.....	227
1. Note preliminari.....	227
SEZIONE I – LE COMPONENTI “ALTRE” DELL’ <i>ETHNIC MOSAIC</i> CANADESE ..	228
SOTTOSEZIONE I – IL CAMMINO ISTITUZIONALE DEL MULTICULTURALISMO CANADESE.....	228

1. La natura intrinsecamente multiculturale della società canadese	228
2. Alcune luci...e molte ombre prima del 1971	231
3. La svolta del 1971: un multiculturalismo « <i>within a bilingual framework</i> »	234
4. La costituzionalizzazione del multiculturalismo e i suoi epigoni	235
4.1 Multiculturalismo e decisore politico	236
4.2 Multiculturalismo e giurisprudenza costituzionale	239
SOTTOSEZIONE II – I POPOLI INDIGENI DEL CANADA E IL <i>RECONCILIATION JOURNEY</i> : TAPPE DI UN PERCORSO ISTITUZIONALE ANCORA <i>IN FIERI</i>	246
1. Una breve premessa	246
2. Dalla <i>Royal Proclamation</i> del 1763 all' <i>Indian Act</i> del 1876: cronache di un “tradimento” istituzionale	248
3. La svolta costituzionale del 1982: un nuovo <i>pactum societatis</i> dai contenuti incerti ...	253
4. Il contributo del formante giurisprudenziale	256
5. Il contributo “socialmente indirizzato” e “internazionalmente orientato” del formante legislativo	262
SEZIONE II – IL PROCEDIMENTO DI SELEZIONE DEI GIUDICI DELLA CORTE SUPREMA: SFIDE E OPPORTUNITÀ DI UNO SCHEMA “DINAMICAMENTE” COMPOSTO	268
1. Note preliminari	268
2. Una disciplina scarna e i (vani) tentativi di colmarne le lacune	271
3. 2003-2015: cronache di un percorso incerto e travagliato	273
4. I limiti “oggettivi” e “soggettivi” dei procedimenti passati	276
5. Un procedimento “aperto”, “trasparente” e “responsabile” per una Corte <i>istituzionalmente</i> riflessiva della diversità canadese	278
6. (Segue) Luci e ombre di un quadro flessibile	283
CONCLUSIONI	287
BIBLIOGRAFIA	293

INTRODUZIONE

«I have said many times that all Canadians should be able to see themselves reflected in their justice system. Justice should not make a person feel like an outsider or an ‘other’ when they confront it. [...] I also think there is a growing awareness of the need for our courts, including our highest court, to reflect the diversity of Canadians. I certainly would welcome the insights and perspectives this could bring»¹. Con queste parole, pronunciate durante la conferenza stampa di fine sessione tenutasi il 18 giugno 2020, Richard Wagner, *Chief Justice* della Corte Suprema del Canada, dopo aver sottolineato come pregiudizi razziali e discriminazioni avessero intriso alcuni dei casi² giunti nell’ultimo anno al vaglio del supremo consesso di Ottawa e dopo aver rammentato come nonostante i necessari requisiti di indipendenza e imparzialità la funzione giudicante richiedesse un certo grado di sensibilità da parte dei giudici nei confronti della società loro circostante e dei suoi mutamenti³, auspicava un sistema giudiziario maggiormente ricettivo, anche nel proprio elemento strutturale, delle istanze di diversità della società canadese, non esimendo da tale auspicio e anelito altresì la Corte da lui presieduta.

Prendendo le mosse da queste parole, il presente studio si propone di contribuire alla ricostruzione del legame intercorrente tra, da un lato, l’adozione del c.d. principio del *fair reflection of society* come criterio atto a guidare la composizione degli organi di giurisdizione costituzionale, e dall’altro, la legittimazione di cui questi ultimi devono necessariamente godere al fine di assolvere con efficacia al proprio ruolo di custodi-interpreti delle Costituzioni contemporanee, il cui comune tratto distintivo, sebbene in differenti – e talune volte sovrapponibili – declinazioni, è costituito dal pluralismo.

Anticipando quanto si vedrà meglio in seguito, il principio *de quo* può definirsi, per usare le parole di autorevole dottrina, come quel «concetto del tutto metagiuridico di rappresentatività...di natura essenzialmente descrittiva o riflessiva della realtà sociale o

¹ [Chief Justice of Canada's annual press conference - Opening statement from the Right Honourable Richard Wagner, P.C. Chief Justice of Canada.](#)

² In relazione al caso [R. v. Le](#), in cui la Corte ha stabilito che le prove trovate su un giovane appartenente a una minoranza razziale trattenuto dalla polizia senza un ragionevole sospetto non potessero essere usate contro di lui in tribunale, il giudice Wagner ha richiamato come la Corte abbia avuto modo di constatare come i membri di comunità razziali avessero livelli sproporzionati di contatto con la polizia e con il sistema giudiziario e avessero altresì maggiori probabilità di veder violati i propri diritti o di essere feriti o uccisi nelle interazioni con la polizia. Nel richiamare invece i casi [R. v. Barton](#) e [Ewert v. Canada](#), in cui la Corte ha stabilito rispettivamente, da un lato, che un uomo giudicato non colpevole per l’omicidio di una donna indigena dovesse essere processato nuovamente per omicidio colposo a causa del mancato rispetto delle regole processuali relative ai precedenti sessuali, e dall’altro, che le autorità carcerarie dovessero dimostrare che gli strumenti psicologici e statistici utilizzati per prendere decisioni sui detenuti indigeni fossero efficaci per loro, il *Chief Justice* ha avuto modo di sottolineare come la comunità indigena fosse da tempo vittima di stereotipi, pregiudizi e discriminazioni.

³ «I’ve said before that judges don’t live in ivory towers, and that we are part of the society that we live in. We could not do our jobs if we were not acutely sensitive to what was happening in the world around us. But as judges, we must remain independent and impartial. We speak mainly through our judgments». Cfr. *Chief Justice of Canada’s...* op. cit.

culturale»⁴ cui ricondurre le regole relative alla composizione di quelle Corti operanti in esperienze costituzionali fortemente permeate dal paradigma pluralista e rispetto alle quali un dato strutturale coerente con le istanze pluralistiche del rispettivo contesto sociale conferisce auspicabilmente alle Corti medesime benefici in termini di legittimazione.

Già da queste prime parole traspare un quesito che accompagnerà, per la verità, tutto lo svolgimento del percorso che ci si appresta qui a intraprendere: come poter conciliare la dimensione rappresentativa appena citata con l'esercizio della funzione giurisdizionale costituzionale?

Non può negarsi, infatti, come il legame variamente definibile – nei termini che si vedranno – rappresentativo, riflessivo o ricettivo tra organo di giurisdizione costituzionale, da un lato, e istanze del pluralismo innervanti il contesto sociale di riferimento, dall'altro, si ponga teoricamente in rotta di collisione con il dogma dell'indipendenza e dell'imparzialità tradizionalmente associati all'esercizio della funzione giurisdizionale.

E tuttavia, a un'analisi più attenta non sfugge come due elementi, tra loro peraltro connessi, contribuiscano quantomeno a smussare o contestualizzare i tratti del contrasto in parola.

Il primo di questi attiene al carattere evidentemente *sui generis* della giurisdizione costituzionale.

Il primo capitolo del presente studio aiuterà, in questo senso, anche mediante la ricostruzione degli itinerari storici e teorici di affermazione della giurisdizione costituzionale quale elemento ineludibile nonché qualificante lo Stato costituzionale di diritto, a inquadrare le Corti costituzionali o supreme – alla luce di una debitamente giustificata equiparazione funzionale delle stesse – quali attrici del pluralismo, come tali impegnate a sottrarre il rispettivo patto costituzionale alla disponibilità delle mere maggioranze, e in tale attività rinvenienti la propria legittimazione non a caso definibile di carattere “funzionale”.

Non può, in questo senso, negarsi dunque come la giurisdizione costituzionale e l'organo all'esercizio delle stessa preposta costituiscano in particolare per le componenti minoritarie di una comunità la sede privilegiata ove vedere auspicabilmente tutelate le loro posizioni messe potenzialmente in pericolo dalla volontà appunto maggioritaria.

Se questo è vero, il legame tra istanze pluralistiche presenti all'interno di un determinato contesto sociale, per un verso, e l'organo di giurisdizione costituzionale, per l'altro, non può che trovare un fondamentale canale di declinazione nel dato strutturale relativo al secondo. Punto fondamentale che occorre, a questo proposito, sin da ora evidenziare, e che costituirà il presupposto teorico sulla cui base sviluppare le riflessioni all'interno del secondo capitolo, attiene all'assunto secondo il quale affinché una Corte assolva alla funzione succitata, essa

⁴ Toniatti R., *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 411.

debba per tale funzione essere «strutturalmente attrezzata»⁵, incorporando, in altre parole, il pluralismo del quale è chiamata a farsi garante.

Di qui l'attenzione dedicata alle regole che disciplinano le modalità di composizione delle Corti, per un'utile ricostruzione delle quali si guarderà tuttavia dapprima, e con le lenti di un pluralismo declinato in chiave "oggettiva", al ruolo – chiarito nell'*an* e nel *quomodo* – dei vari soggetti preposti alla selezione dei giudici costituzionali o supremi, e in secondo luogo, e più diffusamente, lungo i binari di un pluralismo letto in chiave "soggettiva", ai requisiti di ordine personale e identitario al rispetto dei quali viene subordinata la scelta dei futuri membri dei consessi costituzionali o supremi.

Sarà, in particolare, con riferimento al secondo degli itinerari ricostruttivi richiamati che si avrà modo di approfondire il principio oggetto del presente studio.

Affidare la garanzia di una composizione pluralistica dell'organo di giurisdizione costituzionale non tanto alla partecipazione al procedimento di selezione di più soggetti istituzionali quanto alle caratteristiche soggettive dei giudici pone, infatti, questi ultimi, come si vedrà, in una più diretta e stretta correlazione con il relativo contesto sociale nel quale sono chiamati a operare, così suggerendo riflessioni legate a una lettura in un certo senso rappresentativa della giurisdizione costituzionale.

Lettura, come detto, sicuramente controversa, ma con la quale tuttavia è necessario confrontarsi alla luce di un dato empirico che, come si vedrà, fotografa numerosi ordinamenti costituzionali ricorrere alla soluzione in parola.

A questo proposito, e così venendo al secondo dei due elementi utili a ridimensionare il contrasto prima citato, preme sin da ora sottolineare come negli ordinamenti *de quibus* il rispettivo *pactum societatis* presenti elementi di complessità o, *rectius*, di diversità tali da richiederne un'effettiva rappresentazione all'interno del consesso costituzionale o supremo. Un pluralismo di carattere – *inter alia* – territoriale, culturale, etnico, linguistico, giuridico, religioso costitutivamente innervante le richiamate realtà ordinamentali investe, invero, il dato relativo alla composizione delle rispettive Corti di un significato, ai fini della legittimazione delle stesse, non legato esclusivamente al loro essere – come già ricordato – strutturalmente attrezzate, ma altresì all'essere percepite come tali.

Richiamare le riflessioni sviluppate attorno al concetto di rappresentanza dalla filosofa e politologa Hanna Pitkin, e traslarle nell'ambito della giurisdizione costituzionale aiuterà, in questo senso, a comprendere come la rappresentazione del principio pluralistico nella composizione delle Corti consenta a quest'ultime non solo di dotarsi degli strumenti idonei all'esercizio della loro funzione ma altresì di beneficiare di una certa fiducia da parte delle componenti della comunità in cui operano, sulla base del rapporto di autoidentificazione che un simile meccanismo di composizione è in grado di ingenerare tra le seconde e il dato

⁵ Orrù R., Ciammariconi A., *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se as vontades»?*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 244.

strutturale delle prime.

La rappresentazione del principio pluralistico all'interno degli organi di giurisdizione costituzionale non può considerarsi, peraltro, immune da criticità.

Non verranno a questo proposito taciuti, anche tramite il richiamo ad alcuni casi emblematici, i rischi legati alla circostanza per la quale divisioni e conflitti innervanti una determinata comunità, quando particolarmente marcati o non del tutto sopiti, siano potenzialmente in grado di riverberarsi e riproporsi anche all'interno della stessa Corte costituzionale o suprema, in questo modo minandone la credibilità istituzionale e, conseguentemente, la legittimazione.

E tuttavia, una riflessione sul principio del *fair reflection* pare oggi quanto mai opportuna soprattutto ove si consideri come l'affermarsi dell'elemento della diversità quale paradigma capace di permeare pervasivamente di sé le società contemporanee chiami attualmente gli ordinamenti – e più in generale il diritto – a reagirvi tramite la predisposizione di un ventaglio di strumenti da inquadrare, tuttavia, e nei termini che si vedranno, non più o, *rectius*, non solo nell'ottica della classica tutela delle minoranze bensì – per usare un'espressione efficacemente proposta in dottrina – in quella più ampia del «governo delle differenze»⁶. In questo senso, le Corti costituzionali o supreme, in quanto – come detto – attrici del pluralismo, non possono che considerarsi, anche con riferimento al loro dato strutturale, parti attive di questa sfida.

Sfida tuttavia dagli esiti – giova sin da ora sottolinearlo – mai del tutto definiti, subordinandosi, in altre parole, la legittimazione di una Corte costituzionale o suprema alla capacità della stessa di farsi ricettiva, nel suo elemento strutturale, anche delle progressive evoluzioni offerte dal contesto sociale di riferimento.

Ciò detto, l'aver riportato nei primissimi passaggi dell'introduzione a questo studio le parole del *Chief Justice* della Corte Suprema del Canada non costituisce evidentemente una circostanza casuale. Invero, la volontà di approfondire il principio del *fair reflection of society* quale criterio atto a guidare la composizione delle Corti costituzionali o supreme e i suoi riflessi per la legittimazione di queste ultime è, infatti, sorto proprio osservando le regole relative alla composizione del supremo consesso di Ottawa.

La previsione, ai sensi della sec. 6 del *Supreme Court Act*, secondo la quale dei nove giudici supremi «*At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province*» ha, invero, catturato l'attenzione di chi scrive e indotto, conseguentemente, ad assumere l'ordinamento canadese e il suo organo di giurisdizione costituzionale come caso di studio per l'analisi del principio *de quo*, in un percorso che – come si avrà modo di vedere – si è rivelato progressivamente foriero di nuovi itinerari di riflessione.

E dunque, proprio a partire dalle parole previste nella *section* richiamata, un primo ordine di riflessioni, in una chiave che si definirà “ascendente”, riguarderà la ricostruzione delle

⁶ Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2021, 379 ss.

ragioni che sottendono alla necessaria presenza della componente quebecchese all'interno del supremo collegio.

A questo proposito, la circostanza – *supra* brevemente richiamata – che vede l'applicazione del principio del *fair reflection* legarsi a un'esigenza di rappresentazione di un pluralismo – si badi – costitutivamente permeante la realtà ordinamentale in cui l'organo di giurisdizione costituzionale opera, renderà opportuno sviluppare la risposta al quesito in parola lungo due binari solo apparentemente paralleli, ma in realtà – come si tenterà di dimostrare – tra loro strettamente connessi.

Il primo di essi atterrà alle principali tappe di edificazione dell'ordinamento costituzionale canadese, per la cui ricostruzione evolutiva si adotterà, tuttavia, un approccio ermeneutico di carattere pattizio, volto cioè a offrirne una lettura quale compromesso fondamentale tra i due principali gruppi socio-culturali, inglese e francese, nella veste non a caso di c.d. popoli fondatori.

Il secondo riguarderà, invece, il non facile percorso di istituzione – prima – e di affermazione quale vero e proprio organo di giurisdizione costituzionale – poi – della Corte Suprema, così come pluralisticamente arricchita a livello strutturale dalla componente quebecchese.

A questo punto, se gli sforzi in questo primo filone di approfondimento saranno dedicati a evidenziare i tratti di quello che può inquadrarsi come un legame di carattere endiadico tra, da un lato, l'impianto costituzionale canadese – così come letto in chiave pattizia –, e dall'altro, la Corte Suprema nella sua composizione pluralisticamente denotata, un secondo ordine di riflessioni mirerà successivamente ad indagare, lungo le vie di un percorso definibile in questo caso “discendente”, come proprio la composizione in parola, nel suo carattere pluralistico, abbia inciso sul precipitato giurisprudenziale della Corte medesima. Tenendo bene a mente, infatti, tanto i benefici quanto i rischi che la rappresentazione del principio pluralistico all'interno di una Corte costituzionale o suprema implica – come prima solo accennato – per quest'ultima sia in termini di legittimazione che di credibilità istituzionale, si verificherà, in particolare, il ruolo assolto all'interno del supremo consesso di Ottawa dai giudici provenienti dalla Provincia francofona.

Il terreno ove avrà modo di dispiegarsi una simile indagine atterrà, nello specifico, alle pronunce relative, da un lato, anche non direttamente, alla posizione costituzionale del Québec all'interno della Federazione canadese, e dall'altro, alla materia dei diritti linguistici. Sono questi due ambiti – il primo prettamente inerente a dinamiche territoriali e il secondo altresì connesso a una dimensione personale – strettamente legati, infatti, a una ricostruzione in chiave pattizia tra i due popoli fondatori dell'ordinamento costituzionale canadese, e rispetto ai quali, pertanto, risulterà particolarmente interessante porre sotto la lente di ingrandimento il convincimento espresso di volta in volta dalla componente francofona del collegio, al fine di dedurne una posizione alternativamente “pro-Québec”, invero pertanto i rischi *supra* menzionati, ovvero foriera di benefici in termini di legittimazione per l'organo complessivamente considerato a livello di idoneità strutturale, tanto effettiva quanto – come

visto – percepita.

Ciò detto, gli spunti offerti, nell'incedere di questo studio, dall'ordinamento costituzionale canadese con riguardo all'analisi del principio del *fair reflection of society* non si sono peraltro limitati al dualismo anglo-francofono, pur ben riflesso, e con le conseguenze giurisprudenziali che si vedranno, all'interno della Corte Suprema.

Quasi facendo eco alla sfida *supra* richiamata con riguardo all'auspicata capacità per una Corte che ambisca a una maggiore legittimazione di vedere il proprio legame riflessivo con il contesto sociale in cui opera non fermarsi ai compromessi storicamente previsti, ma estendersi altresì ai mutamenti sociali progressivamente occorsi, il percorso di ricerca ha, infatti, posto all'attenzione di chi scrive due recenti nomine al supremo consesso di Ottawa, capaci di arricchire la riflessione sul principio in esame.

La nomina del *Justice* Jamal, primo tra i giudici supremi nella storia ad appartenere a una minoranza visibile, nel giugno del 2021 – da un lato – e della *Justice* O'Bonsawin, prima giudice suprema di origine indigena, nell'agosto dell'anno successivo – dall'altro –, hanno, infatti, aperto la via a un'analisi volta a mettere in relazione la Corte, nel suo elemento strutturale, anche con le componenti "altre" del *pactum societatis* canadese, non circoscrivibile evidentemente nei suoi tratti fondamentali al mero dualismo anglo-francofono prima richiamato.

Tanto la presenza all'interno della popolazione canadese di un rilevante numero di persone di più o meno recente immigrazione, da un lato, quanto quella di popoli indigeni residenti sul territorio canadese prima ancora della colonizzazione europea e dal 1982 considerati – quantomeno formalmente – anch'essi come popoli fondatori, dall'altro, rappresentano, infatti, fattori imprescindibilmente costitutivi di quello che comunemente viene definito l'*ethnic mosaic* canadese o, in altri termini, la *multicultural heritage of Canadians*.

Per queste ragioni, e brandendo le lenti teoriche del ricostruito principio del *fair reflection of society*, un terzo filone di approfondimento nello studio del caso canadese proverà a meglio chiarire il significato da attribuire, in termini di legittimazione della Corte, alle due menzionate nomine che ne hanno di recente arricchito la composizione.

A questo proposito, una volta ripercorso, lungo il duplice binario tanto empirico-fattuale quanto – e soprattutto – istituzionale, il cammino sia del multiculturalismo che dell'indigenità nel contesto canadese, si approfondiranno i tratti distintivi del nuovo procedimento introdotto a partire dal 2016 per la designazione dei membri del supremo consesso di Ottawa.

Dopo aver posto in rilievo il significativo scarto da quest'ultimo segnato, in termini di valorizzazione del principio pluralistico, rispetto ai procedimenti precedentemente adottati, si proverà a dimostrare – pur non tacendo i limiti che una disciplina non affidata alla fonte costituzionale reca con sé – come, in particolare, l'espressa previsione al suo interno dell'elemento della diversità tra i requisiti soggettivi volti a guidare la selezione dei candidati alla nomina, da un lato, e il suo articolarsi nelle diverse fasi lungo i binari osmoticamente

dialoganti dell'*openness*, *transparency* e *accountability*, dall'altro, abbiano contribuito a ricoprire le due nomine citate – giunte appunto a seguito del procedimento *de quo* – di un crisma per così dire “istituzionale”, frutto, in altri termini, di una scelta consapevole in cui la società canadese, anche nelle sue anime “altre”, ha parimenti consapevolmente potuto rispecchiarsi.

Il tutto a beneficio, per le ragioni *supra* solo accennate, della legittimazione di una Corte Suprema oggi maggiormente responsiva, nel suo dato strutturale, rispetto ai mutamenti tanto empiricamente quanto istituzionalmente occorsi nel tempo all'interno del “laboratorio”⁷ Canada.

⁷ In questi termini, per la dottrina italiana, con riferimento all'esperienza costituzionale canadese, Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000; Rolla G., *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013, 9 ss.

CAPITOLO 1

LE CORTI COSTITUZIONALI TRA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA E PRINCIPIO PLURALISTICO

SOMMARIO: Premessa metodologica. – Parte I: Giustizia costituzionale e Stato costituzionale di diritto: itinerari di un'endiadi indissolubile. – 1. Note preliminari. – 2. Costituzione giuridica v. Costituzione politica: quali ricadute sul percorso di affermazione della giustizia costituzionale? – 2.1 La via statunitense. – 2.2. L'impervio percorso europeo. – Parte II: Corti costituzionali democraticamente illegittime? Un falso problema. – 1. Note preliminari. – 2. Corti costituzionali e Corti supreme: un reciproco avvicinamento. – 2.1 Il controllo di costituzionalità delle leggi: le ragioni dell'*andata*...i motivi del *ritorno*. – 3. Democrazia costituzionale e principio pluralistico: un legame genetico. – 3.1 Breve premessa. – 3.2 Rileggere il passato... – 3.3 ...per comprendere il presente. – 3.4 Democrazia costituzionale: i tre momenti di una nozione dilemmatica. – 3.5 Equilibrio v. Certezza: il pluralismo come meta-valore dello Stato costituzionale.

Premessa metodologica

Le riflessioni che seguiranno in questo primo capitolo atterranno alla ricostruzione delle ragioni – e delle relative implicazioni – che conducono oggi pacificamente a considerare la giustizia costituzionale come un elemento strutturale, costitutivo, immanente e sistemico dello Stato di diritto costituzionale.

Richiamati i diversi itinerari che hanno condotto all'affermazione del carattere cogente delle Costituzioni e all'emersione, quale naturale corollario, della necessità di affidarne la protezione a un'istanza giurisdizionale neutra – magistrato (*judicial review*) o organo *ad hoc* (*constitutional review*) – in grado di sanzionarne l'eventuale violazione, si tenterà di sciogliere il quesito – capace di riemergere ciclicamente e in maniera carsica in dottrina – relativo al tasso di legittimazione dei giudici costituzionali, istanze non elettive e pertanto carenti di investitura democratica.

La risoluzione di tale (solo apparente) contraddizione tra principio democratico e giustizia costituzionale, consentirà di comprendere invece come la legittimazione del giudice costituzionale, riposando funzionalmente nella tutela della Costituzione stessa, si dimostri in realtà genuinamente democratica, ove si consideri il passaggio che proprio l'agire della giustizia costituzionale nello Stato costituzionale realizza da una dimensione meramente *rappresentativa* a una dimensione *costituzionale* di democrazia. Posto come le citate dimensioni non debbano intendersi tra loro antitetiche bensì – come si avrà modo di spiegare – in ottica di dialogica sublimazione, l'ulteriore e naturale passaggio consisterà nella ricostruzione del legame intrinseco che si instaura tra una siffatta lettura *costituzionale* del principio democratico e l'affermarsi del principio pluralistico, inteso quale meta-valore pienamente incorporato all'interno dello Stato costituzionale di diritto.

PARTE I

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO: ITINERARI DI UN'ENDIADI INDISSOLUBILE

1. Note preliminari

Un filo rosso pare indissolubilmente legare i paralleli percorsi di affermazione della Costituzione nel suo significato prettamente normativo, da un lato, e della giurisdizione costituzionale, intesa in senso proprio quale controllo giurisdizionale di costituzionalità nel più ampio contesto sistematico della giustizia costituzionale⁸, dall'altro.

Invero, il quadro che vede oggi il carattere rigido delle Costituzioni di quasi tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei essere garantito non solo dall'aggravamento della procedura di revisione ma altresì – ed in maniera ineludibile – dalla predisposizione di forme di controllo giurisdizionale di conformità ad esse «degli atti di esercizio del potere pubblico con riguardo alla ripartizione delle funzioni e delle competenze fra organi e fra sfere territoriali e con riguardo altresì alla prescrizione di principi e norme posti a tutela dei diritti fondamentali in ragione di corrispondenti limiti alle funzioni pubbliche e, segnatamente, alla legislazione»⁹, non può che leggersi come diretta conseguenza di quel movimento – noto sotto il nome di costituzionalismo – che oltre tre secoli fa, sulla scia delle due grandi rivoluzioni occorse in Francia e negli Stati Uniti d'America sul finire del XVIII secolo, proprio nell'affermazione della Costituzione come corpus normativo dotato di forza cogente al rispetto del quale vincolare l'agire dei pubblici poteri, vedeva la propria ratio ispiratrice¹⁰. Una Costituzione che, svincolandosi dalla sua antica accezione¹¹, nell'ottica rivoluzionaria

⁸ Per una lettura sistematica della giustizia costituzionale quale *genus* che, investendo l'intero ordinamento giuridico, si articola, da un lato, in una varietà di attività istituzionali tra le quali rientrano il controllo politico e il controllo non giurisdizionale ad opera di altri organi di garanzia nell'ambito del medesimo ordinamento, e dall'altro, in una pluralità di funzioni specifiche attribuite al medesimo organo giurisdizionale – cui pertanto sarebbe da riservare in senso proprio la denominazione di «giurisdizione costituzionale» in virtù della connotazione contenziosa e dei profili procedurali che la contraddistinguono – e nel cui novero possono farsi rientrare sia la *species* del controllo di costituzionalità quanto le “altre” funzioni, risultando tutte caratterizzate dalla comune finalità di sottoporre a verifica giurisdizionale la compatibilità dell'attività dei pubblici poteri nelle sue diverse manifestazioni con la suprema fonte costituzionale cfr. Pizzorusso A., *Giustizia costituzionale (Diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. 1, 2007, Milano, 669 ss.

⁹ Toniatti R., *La giurisdizione costituzionale...*, 399 ss.

¹⁰ Particolarmente efficaci le parole utilizzate da M. Fioravanti (Fioravanti M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione fra Otto e Novecento*, II, Milano, 2001, 797), il quale definisce il costituzionalismo come «quell'insieme di dottrine che a partire all'incirca dalla metà del XVIII secolo hanno in vario modo valorizzato il termine-concetto di “costituzione” al fine di avviare e sostenere il compimento di due operazioni decisive: la progettazione di una forma di governo ispirata al principio della riduzione del contenimento dell'arbitrio politico, e la correlata e inscindibile affermazione storica dei diritti individuali e delle loro forme di garanzia».

¹¹ Sulla differenza tra la nozione antica e quella moderna di costituzione cfr. McIlwain C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, secondo cui per “costituzione degli antichi” bisogna intendersi l'esito non preordinato di un insieme di leggi, istituzioni, consuetudini e convenzioni che si svolgono nel tempo e rispetto alle quali la costituzione si pone in rapporto descrittivo, andando a indicare i principi sostanziali deducibili dalle istituzioni funzionanti in un determinato Paese e dallo sviluppo di queste ultime. Per “costituzione dei moderni” l'A. intende, invece, la costituzione

di fine settecento si presentava in chiave moderna quale espressione di un atto di volontà finalizzato a stabilire le basi unitarie di convivenza, assurgendo a *prius* logico e cronologico rispetto all'assetto dei poteri dello Stato, da ridisegnare, tuttavia, in piena rottura e polemica con il passato¹².

Sebbene onnicomprensivamente riconducibile ad un atto volontaristico legato alla fiducia razionalistica e illuministica nelle possibilità umane di plasmare la realtà della vita collettiva, e come tale in grado di assurgere a norma costitutiva e regolatrice della vita politica operante in una propria sfera obiettiva indipendente dai rapporti di forza tra i soggetti costituzionali, conformando a se stessa la vita costituzionale¹³, la nozione di Costituzione, già a partire dall'età rivoluzionaria, si è distinta tuttavia per un certo grado di variabilità semantica, determinando conseguentemente linee evolutive di affermazione del proprio carattere cogente molto differenti tra la nuova realtà americana e il vecchio continente. Sarà importante, a questo proposito, richiamarle in questa sede nei loro tratti essenziali, nella consapevolezza che proprio nel diverso significato attribuito alla Costituzione si rinvergono le radici del più o meno lineare percorso che ha condotto all'affermazione della giustizia costituzionale quale elemento consustanziale dell'attuale Stato costituzionale di diritto.

2. Costituzione giuridica v. Costituzione politica: quali ricadute sul percorso di affermazione della giustizia costituzionale?

2.1 La via statunitense

Leggere tra le righe del *Federalist no. 53* di John Madison, con riferimento alla Costituzione statunitense del 1787, l'espressione «*paramount (law) of the government*»¹⁴ aiuta a comprendere come la Costituzione dei *Founders* sia stata concepita sin dalle sue origini

che, nella sua natura prescrittiva, indica al suo interno quell'insieme di regole poste al fine di limitare il potere politico. Tale distinzione non corrisponde, tuttavia, a quella tra costituzionalismo antico e moderno, poiché il concetto di costituzionalismo, esprimendo di per se la teoria dei limiti giuridici al potere, presuppone il concetto di costituzione nel suo significato moderno. Si parla, dunque, di costituzionalismo antico per indicare quella teoria dei limiti del potere in cui la costituzione si identifica con regole fondate sulla tradizione o sull'autorità divina, e di costituzionalismo moderno per indicare quella riferita a una costituzione come insieme di regole poste consapevolmente in un dato momento storico. Una distinzione, quest'ultima, relativizzata da M. Dogliani (Dogliani M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 193-194) – ma condivisa anche da G. Ferrara (Ferrara G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 13) – secondo il quale, sul presupposto che per costituzionalismo debba indicarsi «il modo di intendere la costituzione» e che per costituzione debba intendersi «quel particolare gruppo di norme che disciplinano i rapporti tra i titolari del potere politico e coloro che sono soggetti a tale potere», ritiene come entrambe le letture di costituzionalismo facciano riferimento a un concetto di costituzione pressoché identico, ovvero sia quello che esprime un insieme di «regole (tendenzialmente) sottratte alla piena disponibilità dei titolari del potere politico» e in secondo luogo «regole funzionali all'affermazione di una certa concezione del proprio status di cui sono portatori i membri attivi del gruppo sociale in quanto soggetti al potere politico». Secondo l'A. «La distinzione tra costituzionalismo antico e moderno è (...) fondata sulla diversa concezione non della costituzione nel suo nucleo centrale, ma della qualità delle norme costituzionali: antiche e immemorabili consuetudini, nel primo, parti di una legge voluta dal popolo, in un momento preciso, con la consapevolezza di conformare l'ordinamento del governo, per il secondo».

¹² Groppi T., *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Milano, 2001, 3 ss.

¹³ Così Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 26 con riferimento al significato di Costituzione nell'età della rivoluzione americana e francese.

¹⁴ Il testo è disponibile su [The Federalist Papers : No. 53](#).

come norma suprema rispetto all'intero assetto dei poteri statali. Una siffatta concezione costituiva, nel pensiero costituzionalistico nordamericano, la diretta conseguenza del previo agire di un popolo che, riunitosi attorno ai valori del giusnaturalismo di ispirazione lockiana – capaci di ispirarne e guidarne il percorso di emancipazione della Corona britannica¹⁵ –, riponeva la propria volontà costituente all'interno di un testo costituzionale, letto come contratto plurilaterale avente ad oggetto l'organizzazione del potere e della società. Una Costituzione – riprendendo le parole usate da Thomas Paine nel suo celebre pamphlet *Common Sense* del 1776 – intesa non come l'atto di un governo, ma del popolo che costituiva un governo¹⁶. Essa rappresentava, in altri termini, l'esito normativo del percorso rivoluzionario: la sede ove il popolo statunitense, autodeterminatosi rispetto al dominio coloniale, vedeva fondarsi la propria unità e identità, vincolandosi – assieme ai suoi rappresentanti –, tuttavia, al rispetto dell'ordine istituzionale appena costituito sia in quanto collettività, sia in quanto composto da singoli individui, facendo tuttavia salva la possibilità di riattivare in via formale il potere costituente tramite il mutamento o l'annullamento solenne del regime vigente¹⁷. È forse in quest'ultimo passaggio, ripreso parafrasando un passo del *Federalist no. 78* di Hamilton, che può cogliersi con maggiore chiarezza la lettura prettamente giuridica – e come tale dotata di forza superiore cogente – che i padri costituenti americani hanno sin dagli albori inteso conferire alla Costituzione redatta a Philadelphia. Del resto, che nell'intendimento di questi ultimi la Costituzione si ergesse a fonte posta sul livello più alto della scala gerarchica è un dato pacificamente desumibile altresì dalla lettura della c.d. *Supremacy Clause* prevista all'art. VI, sez. I, par. 2¹⁸, ove, tuttavia, la superiorità del testo costituzionale – rispetto al quale «*the Judges in every State shall be bound thereby*» – veniva affermata in relazione alle fonti di natura statale, alla luce del chiaro timore che la mancata propensione da parte dei Legislativi statali a considerare, nel loro ambito di competenza, la Costituzione federale come corpus di norme vincolante avrebbe facilmente condotto alla dissoluzione della Federazione.

¹⁵ Sull'influenza della filosofia lockiana dei diritti naturali sugli sviluppi del movimento rivoluzionario americano cfr., *ex plurimis*, Curti M., *The Great Mr. Locke: America's Philosopher, 1763-1861*, in *Huntington Library Bulletin*, 11/1937, 107-151; Bassani L.M., *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, Milano, 2002, 88 ss.; Einaudi M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, Università di Torino, 1931; Erler E.J., *The Great Fence to Liberty: The Right to Property in the American Founding*, in Paul E.F., Dickman H. (a cura di), *Liberty, Property, and the Foundations of the American Constitution*, Albany, 1989, 47.

¹⁶ Paine T., *The Rights of Man* (1792), trad. it. a cura di Magri T., *I diritti dell'uomo*, Roma, 1978, 279.

¹⁷ Nel [Federalist Papers: no. 78](#) Hamilton afferma che «fino a che il popolo, con deliberazione solenne ed autorevole, non avrà annullato o mutato il regime vigente, sarà vincolato ad esso, sia in quanto collettività, sia in quanto composto da singoli individui; né i loro rappresentanti potranno essere giustificati se si discosteranno dalla Costituzione prima che una tale deliberazione sia stata pronunciata: anche se la loro condotta fosse determinata da una supposizione o perfino da una positiva conoscenza di quelli che sono i sentimenti del popolo». (trad. mia).

¹⁸ «*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*».

Da quanto pur succintamente richiamato¹⁹, emergono chiare le ragioni che hanno reso particolarmente agevole l'affermazione del *judicial review* nel contesto costituzionale statunitense.

Il carattere «permanente» della volontà del popolo enucleata nella Costituzione federale si affermava come superiore rispetto a quella meramente «transeunte e temporanea» delle leggi ordinarie²⁰, e richiedeva, pertanto, l'intervento di un soggetto terzo – individuato nel potere giudiziario – capace di ristabilire l'ordine gerarchico eventualmente violato.

Se ci si limitasse a rinvenire le ragioni di tale investitura in alcuni passaggi – pur connotati di forte carica evocativa – del dibattito costituente, ove i giudici venivano investiti del ruolo di «guardiani fedeli della Costituzione» contro le infrazioni legislative della maggioranza²¹, si peccherebbe di una non adeguata presa in considerazione di alcuni tratti della cultura giuridica americana, le cui radici riposano già nel periodo coloniale. La familiarità con il controllo e l'eventuale annullamento della legislazione coloniale effettuato dal *Privy Council* sia nella forma del *disallowance* che in qualità di giurisdizione d'appello nell'ambito di una controversia fra parti convenute²², da un lato, e il recepimento nonché – secondo autorevole dottrina – il funzionale recupero da parte delle colonie americane della dottrina di Sir Edward Coke nella *opinion* del celebre *Bonham's Case* del 1610 tesa ad esaltare la prerogativa del giudice di annullare un atto del Parlamento²³, dall'altro, aiutano a comprendere come l'endiadi *judicial review of legislation*-supremazia della Costituzione sancito nella storica sentenza *Marbury vs Madison* del 1803 abbia rappresentato più che un evento di rottura, la naturale consacrazione di un percorso e la «presentazione teorica»²⁴ di un principio –

¹⁹ Sulla storia del costituzionalismo americano la dottrina è sterminata. Cfr., *ex plurimis*, Matteucci N., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1989; Corwin E.S., *American constitutional history: essays by Edward S. Corwin*, a cura di Mason A.T., Garvey G., Smith P., New York-Evanstone-Londra, 1964; Griffin S.M., *Il costituzionalismo americano: dalla teoria alla politica* (1996), trad. it. a cura di Girotto D., Bologna, 2003.

²⁰ Cappelletti M., *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in Maranini G. (a cura di), *La Giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione "A. Olivetti" e l'United States Information Service*, Firenze, 1966, 20-21 ove l'A. afferma come la Costituzione americana abbia rappresentato la positivizzazione del diritto naturale in quanto, per un verso, afferma come precetti di diritto costituzionale positivo i principi naturali e di diritti innati, e per l'altro, offre una garanzia effettiva concreta di applicazione di quei principi e di concreta tutela di quei diritti: una garanzia, pertanto, di disapplicazione delle leggi contrastanti con il precetto costituzionale.

²¹ Già pronunciatisi a favore del *judicial review* nel [Federalist Papers: no. 16](#) affermando che i giudici «would pronounce the resolutions of such a majority to be contrary to the supreme law of the land, unconstitutional, and void», nel già richiamato saggio n. 78 Hamilton afferma che «è di tutta evidenza che ai giudici si dovrebbe richiedere una non comune forza d'animo per adempiere al loro dovere di guardiani fedeli della Costituzione, quando le infrazioni legislative fossero istigate dalla maggioranza della comunità» (trad. mia).

²² Barbisan B., *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma*, in *Diritti Comparati*, 1/2021, 213.

²³ Sul legame tra il *judicial review* statunitense e la dottrina di Coke intesa come «precedente immediato» di quest'ultimo cfr. Cappelletti M., *Alcuni precedenti...* op. cit., 22-27. Cfr. altresì Reposo A., *I prototipi: dal Bonham's Case al Judicial Review of Legislation negli Stati Uniti d'America*, in Morbidelli G., Pegoraro L., Reposo A., Volpi M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1995, 847 ss.; Plucknett T.F.T., *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, 40, 1926, 30 ss.; McGovney D.O., *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 93, 1944, 1 ss.

²⁴ Barbisan B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury c. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008, 180-181.

configuratosi in termini di controllo diffuso, concreto e dichiarativo per disapplicazione – quasi connaturato al costituzionalismo americano²⁵, e come tale non necessitante di verbalizzazione all'interno del dato costituzionale positivo²⁶.

Posto – a duplice conferma di quanto appena detto – come attenta dottrina non abbia mancato di individuare casi di applicazione del *judicial review* a livello sia federale che statale antecedenti alla pronuncia appena richiamata²⁷, e come non si fossero registrate alcune reazioni politiche o istituzionali di carattere critico rispetto alla disapplicazione da parte della Corte Suprema di una legge (il *Judiciary Act* del 1789) per dimostrato contrasto di quest'ultima con la Costituzione²⁸, cionondimeno non può negarsi lo straordinario valore euristico della sentenza, la quale, nell'affermare la superiorità, e conseguente rigidità, della Costituzione rispetto alla fonte legislativa, è riuscita con parole tanto lapidarie quanto efficaci a enucleare la chiara e inequivocabile distinzione gerarchica tra il potere costituente del popolo (di cui la Costituzione è il prodotto concreto) e il potere di natura costituita (di cui è espressione invece la legge). Distinzione, quest'ultima, alla cui tutela è preordinato intrinsecamente – sempre secondo le parole della Corte – l'agire del potere giudiziario²⁹. Appare chiaro come in questi passaggi brevemente richiamati della sentenza redatta dal *Chief Justice* Marshall si rinvenivano elementi di verbalizzazione dei caratteri imprescindibili

²⁵ Conclusione, tuttavia, contestata da Troper M., *The Logic of Justification of Judicial Review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1., 1/2003, 99 ss.; Id., *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 1/2005, 24 ss.

²⁶ Il mancato inserimento del punto riguardante la giustizia costituzionale in Costituzione può altresì leggersi come una scelta di prudenza operata dai costituenti, volenterosi di non aggiungere fattori di criticità alla già molto complessa opera di compromesso tra le diverse istanze che la scrittura della Costituzione richiedeva. Così Barbisan B., *Thomas Jefferson, Marbury...* op. cit., 214-215 ove l'A. riporta le parole del delegato Gouverneur Morris il quale, con riferimento al *judicial review* afferma che «*on that subject conflicting opinions had been maintained with so much professional astuteness that it became necessary to select phrases, which expressing my own notion would not alarm others*».

²⁷ Cfr. Haines C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, New York, 1914; Scott A., *Holmes vs Walton: The New Jersey Precedent: A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, in *American Historical Review*, 3/1899, 474 ss.; Gentili G., «*Sulla strada per Marbury*»: il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di *Marbury v. Madison*, in Orrù R., Bonini F., Ciammariconi A. (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Napoli, 2012, 21 ss., 30-44; Palici di Suni E., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2016, 3-6.

²⁸ Barbisan B., *Thomas Jefferson, Marbury...* op. cit., 215.

²⁹ Non ci può esimere in questa sede dal riportare i passi maggiormente significativi della stessa: «*Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it ... Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution, is void*» e ancora «*So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the Constitution apply to a particular case so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the Constitution; and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those then who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law*». Per il testo della sentenza si veda [Marbury v. Madison](#).

dello Stato costituzionale di diritto, la cui essenza si fonda, appunto, sull'ancorare l'affermazione della rigidità e della superiorità della fonte costituzionale alla presenza di idonee forme di garanzia – e in particolare della giustizia costituzionale – in grado di conferire alla superiorità e alla rigidità medesime i caratteri dell'effettività. Alla – per così dire – linearità del percorso statunitense qui brevemente descritto, si affianca, per contro, la complessità e a tratti traumaticità del cammino europeo, i cui tratti essenziali verranno ora richiamati.

2.2. L'impervio percorso europeo

«La conseguenza era logica: poiché il Parlamento è la raffigurazione del sovrano, è naturale che possa fare tutto ciò di cui il sovrano è capace; orbene, questi è il dominus tanto dello statuto fondamentale della comunità nazionale quanto delle leggi ordinarie che reggono tale comunità»³⁰.

Queste parole, scritte da Carré de Malberg nel suo celebre *La loi, expression de la volonté générale* del 1931 in merito alla Costituzione francese del 1875 riescono a enucleare con una certa efficacia le ragioni giustificatrici del complesso affermarsi in Europa del carattere rigido della Costituzione e, conseguentemente, del corredo di giustizia costituzionale ad esso connesso.

Invero, la lettura che il giurista alsaziano presenta della Costituzione del 1875 – quale atto che non considera il Parlamento come una semplice autorità costituita, identificando, invece, la volontà di quest'ultimo nella volontà generale – si colloca pienamente nel solco della tradizione rivoluzionaria francese di fine settecento: dalla dirompente forza di un potere costituente esercitato da una «originaria unità politica sovrana, denominata popolo o nazione»³¹ nasceva una Costituzione che, investita principalmente del compito di “stabilire” i diritti – già dotati di riconoscimento invece nel contesto statunitense –, contemplava la presenza di un potere politico “illimitato” idoneo al raggiungimento di tale obiettivo³². Ecco che, potere costituente e potere costituito andavano dunque a coincidere, trovando sincreticamente sede all'interno del Parlamento sovrano.

E se sovrano era il Parlamento, sovrana era altresì la legge, ritenuta – sulla scia del pensiero

³⁰ Tale passaggio è preceduto da «Attualmente in Francia siamo ben lontani dalla separazione e da una reale superiorità del potere costituente. E questo sempre per la singolare ragione che la Costituzione del 1875, in luogo di trattare il Parlamento come una semplice autorità, racchiusa entro i limiti di competenza che gli sono stati consegnati dal popolo nell'atto costituzionale, identifica la volontà parlamentare con la volontà generale; donde risulta che il Parlamento è identificato con il sovrano di cui esso è concepito come il rappresentante. Questo concetto relativo al fondamento del potere parlamentare ha causato il dominio del Parlamento sul potere costituente». Carré de Malberg R., *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris (1931), trad. it. a cura di Calamò Specchia M., *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008, 180.

³¹ Così Fioravanti M., *Potere costituente e diritto pubblico*, in Pombeni P. (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1993, 59-60.

³² Sulla concezione dei diritti nella tradizione francese e nordamericana cfr. Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, 64 ss.

rousseauviano³³ – unica e autentica depositaria della volontà generale³⁴. In altri termini, la legge, lungi dal costituire il prodotto di un organo subordinato alla Costituzione, era la concreta manifestazione di chi «nelle sue mani»³⁵ aveva la Costituzione stessa.

Da una tale «divinizzazione della legge»³⁶, come risulta dalla narrazione costruita attorno alla Costituzione del 1876 – ma espressione, se si vuole, di un *fil rouge* capace di accompagnare la storia costituzionale della Francia dal momento rivoluzionario fino almeno all'istituzione del *Conseil Constitutionnel*³⁷ –, discendeva automaticamente che fosse lo stesso Parlamento, espressione del popolo, a ergersi quale giudice della costituzionalità delle proprie leggi³⁸, venendo conseguentemente escluso qualsiasi controllo di carattere giurisdizionale.

Muovendo lo sguardo dal contesto francese, la difficile individuabilità di una soluzione di continuità tra potere costituente e potere costituito – con inevitabili conseguenze per l'affermazione della giustizia costituzionale – era un dato rinvenibile anche nel resto dell'Europa. In particolare, sebbene emergessero almeno in via teorica primi tentativi di giustizia costituzionale nella forma ad esempio della c.d. *Staatsgerichtsbarkeit* relativamente ai conflitti fra organi statali in alcune Costituzioni ottocentesche, di fatto il dualismo politico delle monarchie costituzionali ne impediva la concreta realizzazione. Non costituendo le parti “contraenti” delle monarchie costituzionali un potere costituente unico in grado di dissolversi con l'approvazione del testo costituzionale, il patto costituzionale presupponeva l'idea dell'identità tra poteri costituenti e poteri costituiti e, dunque, mal concepiva che se ne affidasse la rinegoziazione o l'integrazione a un'istanza terza nella veste di giudice costituzionale³⁹.

Con il primo conflitto mondiale si assisteva a un primo momento di cesura. I profondi

³³ Cfr. Rousseau J.J., *Du contract social ou principes du droit publique* (1762), Bari-Roma, 1997, 35-36, in cui l'A. identifica il concetto di sovranità con quello di potere legislativo tramite la creazione della *volonté générale*, alla luce della quale il sovrano può emettere solo atti generali, data l'unitarietà e indivisibilità della volontà generale.

³⁴ Sul caso francese cfr., *ex plurimis*, Calamo Specchia M., *La costituzione garantita. Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, Torino, 2000; Saitta A., *Costituenti e costituzioni della Francia liberale e rivoluzionaria: 1789-1875*, Milano, 1975; Id., *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino, 1952.

³⁵ Carré de Malberg R., *La loi expression...* op. cit., 178.

³⁶ Così Zagrebelsky G., *Diritto. Legge. Costituzione*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004, 22 cit. 2233.

³⁷ Parla di «elemento di rottura» con riferimento all'istituzione del *Conseil constitutionnel* rispetto alla «tradizione legicentrica di matrice rivoluzionaria del costituzionalismo francese, indifferente se non proprio ostile al controllo di costituzionalità delle leggi» M. Calamo Specchia in Calamo Specchia M., *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité*, intervento al Seminario di ASTRID su “La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia”, Roma 27 maggio 2009. Per un'attenta analisi del percorso storico che ha condotto all'istituzione del *Conseil constitutionnel* cfr. Duranti F., *Le origini della giustizia costituzionale in Francia e la nascita del “Conseil constitutionnel”*, in *Politica del diritto*, 1/2000, 167 ss.

³⁸ Con riferimento sempre alla Costituzione del 1875 Carré de Malberg afferma che «non è posta al di sopra del potere delle maggioranze parlamentari dalle quali dipende la legislazione ordinaria, non possiede una forza giuridica tale che un insieme di regole adottate a titolo fondamentale meriti autenticamente e pienamente il nome di Costituzione». Carré de Malberg R., *La loi expression...* op. cit., 194.

³⁹ Luther J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990, 95. Cfr. altresì Luciani M., *Giustizia costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in Aa. Vv., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 2, Seminario del 1991, Milano, 1992, 19.

cleavages emersi da tale evento traumatico rendevano oramai insostenibile la narrazione – tipica dello Stato liberale di diritto – di una società capace di ricomporre autonomamente i propri conflitti e di sublimarli in interessi generali da verbalizzare successivamente nella fonte legislativa e rispetto alla quale la Costituzione dovesse porsi con atteggiamento meramente recettivo e riflessivo⁴⁰. Lo stesso concetto di sovranità, intesa quale blocco monolitico e «categoria fondante della Costituzione»⁴¹ identificabile tanto nella figura del monarca – incarnante l'unità del corpo sociale – quanto nel popolo – quale soggetto ontologicamente unitario –, cedeva progressivamente il passo rispetto al moltiplicarsi e all'imporsi di forze sociali e politiche portatrici di istanze non più sintetizzabili nel dogma legicentrico ottocentesco⁴².

In risposta a tali esigenze, si avviava nelle esperienze mitteleuropee degli anni '20 un'intensa fase costituente che, nell'intento di condurre il costituzionalismo da una dimensione liberale a una prettamente democratica⁴³, affidavano al rigore del documento scritto la previsione di innovativi elenchi di diritti unitamente ad alcuni strumenti di razionalizzazione della forma di governo parlamentare. Tale *favor* verso la dimensione costituzionale andava pienamente a inserirsi nel contesto filosofico e culturale del movimento neopositivista del Circolo di Vienna, che nelle teorie formali e normative facenti capo a Hans Kelsen trovavano la propria declinazione in chiave giuridica⁴⁴.

Non è dunque un caso – proprio per il legame sin dall'inizio richiamato tra una certa lettura del concetto di Costituzione e l'affermarsi della giustizia costituzionale – che la prima compiuta teorizzazione in Europa del controllo di costituzionalità delle leggi, poi codificata nella Costituzione della Repubblica austriaca del 1920, sia giunta dal giurista praghese. Fortemente tributario⁴⁵ delle riflessioni compiute più di trent'anni prima da George Jellinek⁴⁶ il quale, ponendosi da subito il problema di un Parlamento che venisse meno alle prescrizioni costituzionali, aveva già proposto l'affidamento al Tribunale dell'Impero (*Reichgerichtshof*) – istanza giurisdizionale sottratta alle influenze degli organi rappresentativi – la funzione di garanzia della Costituzione operante nei confronti degli organi statali al fine, in particolare, di proteggere le minoranze – su cui si discorrerà più ampiamente in seguito – ma altresì di delimitare le competenze tra *Reich* e *Länder*, Kelsen muoveva le proprie riflessioni da

⁴⁰ Dogliani M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 49-50.

⁴¹ Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale...* op. cit., 48.

⁴² Laneve G., *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, Bari, 2014, 167. Cfr. altresì Fioravanti M., *Per una storia dello stato moderno in Europa*, in *Quaderni fiorentini*, 2010, 77.

⁴³ Così, con riferimento alla Costituzione di Weimar del 1919, Ferrari G.F., *Le libertà e i diritti*, in Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F., *Diritto Costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2009, 1034-1035 nonché Id., *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 157.

⁴⁴ Fabiano L., *Le Costituzioni razionalizzate degli anni Venti in Europa centro orientale: laboratori costituzionali per le democrazie del secondo dopoguerra*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2023, 6.

⁴⁵ Kelsen H., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it a cura di Geraci C., Milano, 1981, 17 «il vecchio tribunale dell'Impero ... ha la sua continuazione nella corte costituzionale».

⁴⁶ Jellinek G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, 1885, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, trad. it. a cura di Palici di Suni E., Torino, 2013.

un'interpretazione della Costituzione quale garanzia del corretto articolarsi del metodo democratico.

Affiancando, infatti, a una lettura del Parlamento come sede di ricomposizione del pluralismo politico-sociale – catalizzato attorno alla dialettica maggioranza-opposizione – in vista del raggiungimento del compromesso utile alla formazione di una volontà collettiva la necessità – vista la collocazione della Costituzione su un gradino superiore della gerarchia delle fonti rispetto alle leggi – che tale processo formativo della volontà si svolgesse nel rispetto delle regole previste dalla Costituzione medesima, egli riteneva che, qualora tale organo ponesse in essere atti irregolari – come tali incostituzionali – non potesse farsi affidamento su quest'ultimo, ritenutosi libero creatore del diritto e non organo che lo applica, per l'annullamento dei medesimi⁴⁷.

Ecco che, secondo la teorizzazione del giurista di Praga, si imponeva⁴⁸ l'istituzione di un organo *ad hoc*, indipendente dal Parlamento e da qualunque altra autorità statale, che, organizzatosi «in forma di tribunale»⁴⁹, operasse – tramite un controllo astratto, ad accesso in via principale e con efficacia costitutiva per annullamento delle sue decisioni – nella veste, tuttavia, di “legislatore negativo”. Nell'annullare una legge ritenuta incostituzionale poiché frutto di una volontà parlamentare esorbitante rispetto ai limiti posti dalla ragione – sede del diritto nella sua dimensione oggettiva –, la Corte poneva anch'essa, infatti, una norma di carattere generale, di pari grado rispetto a quella creata dal legislatore, ma traeva, tuttavia, il proprio carattere giurisdizionale dalla assoluta derivazione dei propri poteri dalla Costituzione stessa⁵⁰. Priva di ogni margine di discrezionalità politica⁵¹ tipica invece del legislatore, la Corte veniva dunque concepita quale organo posto a difesa della ragione qualora episodi di sopraffazione o marginalizzazione della stessa fossero occorsi per opera

⁴⁷ Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id, *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di Geraci C., Milano, 1981, 172.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, 199, in cui Kelsen afferma che «una costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria» e che «una costituzione in cui gli atti incostituzionali, e in particolare le leggi, restano validi – in quanto alla loro incostituzionalità non consegue l'annullamento – equivale presso a poco, dal punto di vista propriamente giuridico, ad un voto privo di forza obbligatoria».

⁴⁹ *Ibidem*, 173.

⁵⁰ *Ibidem*, 173-175.

⁵¹ È noto come questa sia la posizione del “primo” Kelsen e di come, nel rispondere alle obiezioni di Schmitt, egli entri successivamente in contraddizione con se stesso. Il giurista praghese, infatti, nel suo *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Kelsen H., *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id, *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di Geraci C., op. cit., 242) afferma che «in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la “vera” giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, una mera applicazione riproduttiva». Sullo scontro tra Kelsen e Schmitt, il quale individua nel presidente del Reich – secondo il contenuto presente della Costituzione di Weimar – il custode della Costituzione (Schmitt C., *Il custode della Costituzione (1928)*, trad. it. a cura di Caracciolo A., Milano, 1981) cfr., *ex multis*, Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 356-366; Lombardi G., *Rivisitando la polemica Kelsen Schmitt: alcune riflessioni*, in Lombardi G., *Scritti scelti*, a cura di Palici di Suni E. e Sicardi S., Napoli, 2011, 1073 ss; Petta P., *Schmitt, Kelsen e il custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 3/1977, 506 ss.

della volontà ideologica del legislatore durante l'iter parlamentare di formazione del diritto⁵².

A prescindere dalle prime forme di realizzazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana – come già richiamato – nella Costituzione austriaca del 1920 nonché nella pressoché coeva Costituzione della Repubblica cecoslovacca⁵³, quanto in questa sede più interessa rilevare è lo straordinario valore euristico che il modello europeo – con ciò riferendosi strettamente all'istituzione di un organo specializzato e centralizzato – di giustizia costituzionale ispirato alla dottrina kelseniana ha assolto per la maggioranza dei Paesi del vecchio continente a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Quando infatti, all'esito dei regimi totalitari e del secondo conflitto mondiale, una nuova fase costituente investiva il panorama europeo, l'istituzione di un organo di giustizia costituzionale – scelta se si vuole coerente con una certa tradizione europea di sfiducia nel potere giudiziario⁵⁴ – si affermava quale elemento ineludibile per conferire effettiva normatività a una Costituzione che, dismessi i panni di mera cornice, diveniva essa stessa espressione del *pactum societatis* – prima ancora che del *pactum subiectionis* – posto alla base di una società pluralistica⁵⁵.

Portando a piena maturazione gli afflatti democratici propri delle Costituzioni della prima metà del secolo⁵⁶, la Costituzione affiancava, infatti, alla previsione delle regole procedurali un contenuto valoriale in grado di orientare, e non più meramente assecondare, l'evolversi dei processi sociali e politici⁵⁷.

⁵² Mezzanotte C., *Corte costituzionale e legittimazione...* op. cit., 30.

⁵³ Cfr. Olivetti M., *La giustizia costituzionale in Europa tra le due guerre*, in R. Orrù R., Bonini F., Ciammariconi A. (a cura di), *La giustizia costituzionale...* op. cit.; Giannini A., *Le Costituzioni degli Stati dell'Europa orientale*, Roma, 1929; Olivetti M., *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 44 ss; Di Gregorio A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, in Gambino S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003, 246.

⁵⁴ Cfr. Volpe G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 113-164, secondo il quale la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana rappresenterebbe un consapevole atto di sfiducia nei confronti dei giudici, contro la minaccia di uno svuotamento giurisprudenziale dello Stato legislativo. Cfr. altresì Ferreres Comella V., *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven-Londra, 2009, 15 ove l'A. in merito all'affermarsi del modello europeo di giustizia costituzionale ha sostenuto che «*the establishment of a constitutional court (...) seems to be the natural option in those countries that want to protect the constitution against the legislature but have traditionally entertained a relatively narrow concept of the role of (ordinary) judges under a system of separation of powers*».

⁵⁵ Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale...* op. cit., 27.

⁵⁶ Cfr. in tal senso Fabiano L., *Le Costituzioni razionalizzate...* op. cit., spec. 8, ove l'A. sottolinea come, pur apparentemente considerata come un fallimento, la fase costituente degli anni Venti, nel prevedere la scrittura dei diritti, una prima affermazione dei diritti sociali e delle formazioni intermedie nonché la definizione di organi e di clausole costituzionali di garanzia, sia stata invece espressione di una prima sensibilità per le necessità del costituzionalismo pluralista e abbia così posto le necessarie premesse per il successivo costituzionalismo rigido e garantito, figlio del pluralismo sociale e politico manifestatosi, poi, nelle Costituzioni del secondo dopoguerra.

⁵⁷ Cfr. Chessa O., *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008, 44-45, in cui l'A. per fondare la validità della Costituzione la riconduce in primis alle «assunzioni etiche che incorpora (...) riconoscere i poteri, le istituzioni e le istanze di normazione (...) significa innanzitutto esprimere una forma di condivisione etica in termini di reciprocità. E così, prima ancora che al documento costituzionale, la validità appartiene alle assunzioni che materialmente la informano».

In questo senso, la giustizia costituzionale, come uno «scudiero» inseparabile dal suo «principe»⁵⁸ blindava la rigidità del dato costituzionale, assoggettando i pubblici poteri – ivi compreso il Parlamento e la fonte legislativa da esso prodotta – al rispetto della supremazia, non più solo gerarchico-formale – come nella prima costruzione kelseniana –, ma altresì assiologica della Costituzione.

Si andava, così ad affermare in Europa la piena normatività della Costituzione e, in maniera consustanziale, la centralità della giustizia costituzionale.

Non a caso, come già avvenuto – come detto – solo in via embrionale nella fase costituente del primo dopoguerra e compiutamente invece nel secondo dopoguerra, l’istituzione e l’evolversi della giustizia costituzionale ha accompagnato i processi di apertura democratica dei regimi costituzionali nell’area mediterranea degli anni Settanta⁵⁹, per poi affiancare, con la fine della Guerra Fredda e il crollo dell’Unione Sovietica, altresì le transizioni democratiche e costituzionali dei Paesi dell’area dell’Europa centro-orientale⁶⁰ e balcanica⁶¹, senza, tuttavia, escludere, muovendo lo sguardo dal vecchio continente, il ruolo assolto altresì più recentemente nelle transizioni costituzionali in Africa⁶² e in America Latina⁶³.

È sulla base di questi elementi che si è opportunamente parlato in dottrina dell’istituzionalizzazione di forme di giustizia costituzionale come di un indicatore della qualità democratico-costituzionale degli ordinamenti giuridici contemporanei⁶⁴, e di come non si possa parlare di giustizia costituzionale con una certa pertinenza e precisione semantica se non con riferimento allo Stato costituzionale o *Verfassungsstaat*, evoluzione dello Stato di diritto⁶⁵.

⁵⁸ Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 21.

⁵⁹ Il riferimento è alla Costituzione greca del 1975, a quella portoghese del 1976 e a quella spagnola del 1978, tutte successive alla caduta di regimi autoritari.

⁶⁰ Bartole S., Grilli di Cortona P. (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell’Europa centro-orientale. Elites, istituzioni e partiti*, Torino, 1997. Più di recente Di Gregorio A., *I sistemi costituzionali dei paesi dell’europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019.

⁶¹ Calamo Specchia M. (a cura di), *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008; Montanari L., Toniatti R., Woelk J. (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010. Più di recente Montanari L. (a cura di), *L’allargamento dell’Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali*, Napoli, 2022.

⁶² Aa.Vv., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall’Europa all’Africa*, Maggioli, 2016; Nicolini M., *La giustizia costituzionale in Africa australe. L’eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015.

⁶³ Recentemente Rolla G., *Lo sviluppo del controllo accentrato di costituzionalità in America latina e il suo ruolo nelle moderne democrazie: verso la costruzione di uno jus commune del diritto processuale costituzionale?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, 2/2021, 285-340.

⁶⁴ Calamo Specchia M., Montanari L., *Introduzione al numero monografico L’accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l’Europa?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2014, 323. Cfr. altresì Groppi T., *Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in Groppi T., Olivetti M. (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 7, ove viene evidenziato il nesso inscindibile che lega la giustizia costituzionale all’ordinamento che voglia dirsi democratico al punto che «è oggi inconcepibile l’adozione di una nuova costituzione democratica che non preveda forme di garanzia giurisdizionale della sua supremazia» e, quindi, «è la sua assenza che può far dubitare della democraticità di un ordinamento».

⁶⁵ Così Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia...* op. cit., 8, ove gli autori annoverano la giustizia costituzionale tra «i cinque pilastri giuridici», assieme ai diritti fondamentali, alla separazione dei poteri, alla sovranità popolare e al decentramento istituzionale, che perseguono l’obiettivo tipico dello Stato costituzionale, ovvero la realizzazione della dignità della persona umana.

Un binomio, quello tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico, che si è dimostrato capace, se si guarda al contesto europeo, di espandersi anche oltre la dimensione westfaliana dello Stato nazionale.

Infatti, a una prima riflessione relativa al ruolo fondamentale assolto dalle Corti costituzionali – inserite in un dialogo osmotico coinvolgente altresì i giudici nazionali e le corti sovranazionali (CGUE e Corte EDU) – per l’edificazione di uno spazio giuridico europeo, alimentato da un circuito di pareri e decisioni utili allo sviluppo di una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali capace di generare a propria volta, da un lato, l’elaborazione di comuni principi giurisprudenziali applicabili in maniera generalizzata, e dall’altro, la costruzione di un diritto comune soprattutto in tema di diritti e libertà fondamentali⁶⁶, si è aggiunto un nuovo ordine di considerazioni relativo alla possibile inquadrabilità delle già citate Corti di Lussemburgo e Strasburgo come giudici “materialmente costituzionali” o “paracostituzionali” o “quasi costituzionali”⁶⁷.

Si tratta, quest’ultima, di una lettura che, pur consapevole delle obiezioni – *inter alia* – legate all’assenza di un formale testo costituzionale, al carattere ancora *in fieri* dell’ordinamento giuridico dell’Unione e della mera configurabilità della Convenzione EDU quale sistema creato in seno a un trattato internazionale multilaterale⁶⁸, ricostruirebbe – facendo leva sull’«inesauribile pervasività del costituzionalismo»⁶⁹ e sulla configurabilità della CGUE e della Corte EDU come una «forma di attuazione dei principi del costituzionalismo»⁷⁰ stesso – il carattere “materialmente costituzionale” delle stesse dalla loro funzione di custodi di documenti che, nella loro componente metademocratica relativa ai diritti fondamentali, si attesterebbero quali fonti paracostituzionali.

⁶⁶ Sul punto la dottrina è sterminata. Cfr. almeno Zanon N. (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; Ruggeri A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in Dal Canto F., Rossi E. (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010*, Torino, 2010, 149 ss; Balaguer Callejón F., *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in Aa Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 257 ss; Pizzorusso A., *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, in Aa.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 327 ss; Ridola P., *Il “dialogo tra le Corti”: comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2012, 273 ss; Ridolfi A., *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni. Considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 1 ss; *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Sezione monografica a cura di Dani M., in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2019, 715 ss.

⁶⁷ Cfr. sul punto Draetta U., *Elementi di diritto dell’Unione europea*, Milano, 2004, 140.

⁶⁸ Emblematiche, in tal senso, le parole usate dalla Corte costituzionale italiana al punto 3.3 del *Considerato in diritto* della sent. 348/2007 ove afferma che «Con l’adesione ai Trattati comunitari, l’Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sovranazionale, (...) La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...)».

⁶⁹ Così Pegoraro L., Rinella A., *Diritto pubblico comparato*, Padova, 2007, 133.

⁷⁰ Così Pizzorusso A., *La giustizia costituzionale...op. cit.*, 254-256, in cui l’A. afferma che la CGUE e la Corte EDU possono considerarsi quali «forma di completamento delle garanzie offerte dalle misure adottate sul piano del diritto interno per l’attuazione del principio dello Stato di diritto, sia a livello legislativo, sia a livello costituzionale».

In questo senso, nel loro *ius dicere* tali giudici tesserebbero, dunque, la trama di un diritto costituzionale europeo⁷¹.

PARTE II

CORTI COSTITUZIONALI DEMOCRATICAMENTE ILLEGITTIME? UN FALSO PROBLEMA

1. Note preliminari

«Perché nove giudici designati dovrebbero avere il diritto – sia che seguano sia che ignorino la lettera della Costituzione – di annullare le decisioni di deputati democraticamente eletti?»⁷²; «Come spiegare che dei giudici non eletti, designati da una parte del potere politico, possano opporsi a ciò che è, nella persona dei suoi rappresentanti, la nazione sovrana?»⁷³; «È democratico che un pugno di giudici non eletti possa imporre la sua idea a un'assemblea rappresentativa del popolo?»⁷⁴; «perché dovrebbe essere preferibile la decisione di un Tribunale costituzionale (libera, discrezionale, vincolata dal lessico e dalla storia di ciascuna costituzione, ancorata a ponderazioni opinabili se non arbitrarie), alle valutazioni – mediate e dibattute – dei corpi politici, chiamati, loro sì, a rispondere al popolo delle proprie scelte?»⁷⁵.

Sono questi solo alcuni⁷⁶ degli interrogativi che, muovendo dalla *countermajoritarian difficulty* sollevata nel 1962 da Alexander Bickel nel suo celebre libro ironicamente⁷⁷

⁷¹ Fusco A., *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, spec. 1-13.

⁷² Holmes S., *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, in Zagrebelsky G., Portinaro P.P., Luther J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 167-168.

⁷³ Così Vedel G. citato da Rousseau D., *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa (Annuario 2006)*, Napoli, 2010, 61.

⁷⁴ Rosanvallon P., *La legittimità democratica*, Torino, 2015, 206.

⁷⁵ Pegoraro L., “Politico” e “Giurisdizionale” a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020, 915, il quale riporta la sintesi del pensiero di Tusseau espresso in Tusseau G., *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in Aa.Vv., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, 2018, 835 ss.

⁷⁶ Nella dottrina statunitense cfr. Dahl R., *Quanto democratica è la Costituzione americana*, Roma-Bari, 2003, 40: «Può la revisione giudiziaria trovare giustificazione in un ordine democratico?» il quale afferma altresì come sia contraddittorio «il conferire a un corpo non eletto – nel caso americano: cinque su nove magistrati della Corte suprema – il potere di prendere decisioni politiche che riguardano la vita e il benessere di milioni di americani»; Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999, 29: «*What reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?*»; Ackerman B., *We the People*, Cambridge-Londra, 1993, 8, 261: «*What gives Nine Old Lawyers the democratic authority to veto the statutory conclusions of our Elected Representatives?*», «*Whoever gave Nine Old Lawyers authority to overrule the judgments of democratically elected politicians?*»; Michelman F.I., *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, 2004, 63 ove l'A. ipotizza come possa considerarsi un'«offesa alla democrazia il fatto che dei giudici non elettivi, governino, almeno in parte, pronunciandosi sulla validità di leggi promulgate dai rappresentanti elettivi dei cittadini».

⁷⁷ In un passo del già citato *Federalist no. 78* Hamilton aveva affermato che «*the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution*» poiché «*The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength*

intitolato *The least dangerous branch*, hanno sollecitato la riflessione giuridica, anche oltre il contesto nordamericano, a dispetto del richiamato affermarsi della giustizia costituzionale quale connotato tipico degli attuali ordinamenti democratici e quale elemento permeante dell'odierno costituzionalismo⁷⁸.

Rispondere a tali domande – tutte riconducibili, sebbene con sfumature differenti, alla *vexata quaestio* relativa alla (presunta) carenza di legittimazione democratica delle Corti costituzionali e, consustanzialmente, alla contraddizione tra principio democratico e giustizia costituzionale – costituisce un passo fondamentale per il prosieguo di tale studio ma necessita, tuttavia, di alcune brevi premesse di ordine metodologico ed il cui contenuto si attesta attorno a due nuclei fondamentali tra loro connessi: il primo, relativo alle ragioni che giustificano un'equiparazione funzionale tra Corti costituzionali e Corti supreme; il secondo riguardante i motivi che inducono fruttuosamente ad inserire l'analisi del ruolo delle Corti nella cornice ermeneutica di un rinnovato "costituzionalismo del limite".

2. Corti costituzionali e Corti supreme: un reciproco avvicinamento

Rileggere con le lenti della ricostruzione storica svolta nel precedente paragrafo gli interrogativi appena richiamati renderebbe questi ultimi di difficile comprensione o, quantomeno, indurrebbe all'elaborazione di una risposta non adeguatamente contestualizzata.

Quando si è discusso, infatti, delle differenti vie – statunitense ed europea – di affermazione della giustizia costituzionale, si è necessariamente adottato un approccio dicotomico coerente con i due modelli esemplari di classificazione della giustizia costituzionale elaborati dalla tradizionale dottrina: il *judicial review of legislation* statunitense e la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana⁷⁹.

In conseguenza di ciò, ad assurgere quale elemento privilegiato di tale dicotomia, sul piano soggettivo, è stato proprio il riferimento all'organo titolare della funzione di controllo di

or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments». Dinanzi a tale definizione, nel suo libro Bickel esordiva affermando che «Il ramo meno pericoloso del sistema di governo americano è la corte di gran lunga più potente che il mondo abbia mai conosciuto» e nello stesso tempo un'istituzione che esprime una deviazione nella democrazia americana. La questione della legittimazione della Corte Suprema veniva formulata nei termini di una «*countermajoritarian difficulty*», consistente nello scarto fra il potere esercitato e l'assenza di un meccanismo di responsabilità per tale esercizio, in ragione del carattere non elettivo dell'organo. Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven-Londra, 1986, 1, 18, 19 ss.

⁷⁸ Così Pegoraro L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 1-2.

⁷⁹ La tradizionale classificazione si deve a Calamandrei, ripresa più approfonditamente poi da Cappelletti. Cfr. Calamandrei P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968. Va segnalato come sia emersa recentemente in dottrina la proposta di annoverare tra i modelli posti all'origine della giustizia costituzionale, accanto a quello statunitense e kelseniano, un terzo, storicamente affermatosi tra l'uno e l'altro e legato alla tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (*recurso de amparo*), sorto in modo originale ed autonomo nello Yucatan con la Costituzione del 1841 e poi sviluppato dalla Costituzione messicana e, con diverse modalità, nel resto dell'America Latina e in Spagna. Cfr. sul punto Palici di Suni E., *Tre modelli di...op. cit.*, e più diffusamente Caielli M., Palici Di Suni E., *Giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Padova, 2017.

conformità costituzionale dell'atto scrutinato: qualunque giudice dell'ordinamento nel primo caso, uno specifico organo *ad hoc*, nell'altro. Non è dunque un caso che con riferimento ai due modelli tradizionali si faccia riferimento alternativamente al controllo diffuso, da un lato, e a quello accentrato, dall'altro.

Il profilo soggettivo non è tuttavia il solo attorno al quale sono stati elaborati i modelli classici di giustizia costituzionale. Guardando, sul piano modale, alle tipologie di accesso alla giustizia, si è infatti distinto – sempre nell'ordine prima richiamato – tra giudizio di carattere concreto, proveniente in via incidentale da una qualsiasi controversia, e giudizio di natura astratta, basato sul ricorso in via principale concesso solo a determinati soggetti autorizzati. Ancora, sul piano degli esiti della pronuncia, si è distinto tra l'efficacia di carattere *inter partes* e con effetto dichiarativo per disapplicazione *pro praeterito*, in un caso, e l'efficacia *erga omnes* e con valore costitutivo di annullamento – necessitante pertanto dell'intervento del legislatore atto a colmare il vuoto normativo creatosi –, nell'altro.

L'utilità didattica di tale dicotomia creatasi tra “modello statunitense-diffuso-incidentale-concreto-dichiarativo per disapplicazione” e “modello europeo-accentrato-principale-astratto-costitutivo per annullamento” ha, tuttavia, sin da subito mostrato i propri limiti, in favore di fenomeni di intersezione che, combinando tra di loro i suindicati elementi, hanno determinato un progressivo avvicinamento dei sistemi di giustizia costituzionale tanto sotto il profilo soggettivo-organizzativo quanto su quello oggettivo-funzionale⁸⁰, tanto da indurre taluna dottrina a contestare l'idea che i sistemi di giustizia costituzionale “giurisdizionale” fossero tributari dei due modelli citati, rappresentando i primi quasi una monade con proprie caratteristiche specifiche da un punto di vista soggettivo, modale, di efficacia delle pronunce e funzionale all'interno dei rispettivi ordinamenti⁸¹.

Quanto, tuttavia, ai nostri fini può risultare utile richiamare è, con riferimento all'“avvicinamento” delle Corti edificate sul modello kelseniano a quello statunitense – da un lato – la previsione dell'accesso in via incidentale che, sulla base del rapporto di pregiudizialità sussistente tra il giudizio di costituzionalità e il giudizio nell'ambito del quale prende vita la questione della conformità costituzionale della legge, ha conferito elementi di concretezza al controllo unitamente alla qualificazione della decisione di incostituzionalità come una dichiarazione di nullità produttiva di effetti *pro praeterito*, sebbene limitatamente al caso pendente e ai rapporti non ancora esauriti – e dall'altro – il progressivo superamento dell'idea kelseniana del giudice costituzionale quale legislatore negativo, in favore, invece dell'affermazione di un ruolo creativo dei tribunali costituzionali mediante la circolazione e diversificazione delle tecniche decisorie, espressione di una funzione di interpretazione delle norme costituzionali ben nota alla tradizione e cultura giuridica di *common law* e

⁸⁰ Rolla G., *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionali in materia di diritti sul c.d. “sistema europeo” di giustizia costituzionale*, in Rolla G. (a cura di), *Il sistema europeo dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, 3 ss.

⁸¹ Tusseau G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique methodologique*, Bologna, 2009.

metabolizzata nel quadro della *constitutional supremacy* statunitense.

Spostandoci, invece, sull'altra sponda dell'Atlantico, anche volendo prescindere per ora⁸² dalle ricostruzioni avanzate in dottrina circa il carattere *unico* della Corte Suprema così come emergente da quel «*one Supreme Court*» previsto dalla sez. II dell'art. III della Costituzione federale, non può negarsi il progressivo affermarsi della stessa quale vera e propria Corte costituzionale, dotata come tale di competenze specializzate. Se si considerano, infatti, congiuntamente 1) l'operare della Corte quale giudice materialmente costituzionale in virtù dell'istituto dello *stare decisis* e 2) la libertà di selezionare discrezionalmente i casi attraverso il *writ of certiorari* per occuparsi quasi esclusivamente dei problemi di costituzionalità, non paiono altisonanti le parole secondo cui – modificando una famosa frase pronunciata dal Chief Justice Charles Evans Hughes nel 1907 – «*The Constitution is what the Supreme court says it means*»⁸³.

2.1 Il controllo di costituzionalità delle leggi: le ragioni dell'andata...i motivi del ritorno

Ad attenuare ulteriormente la distanza – edificata peraltro sino ad ora attorno alla più celebre delle competenze della giurisdizione costituzionale ossia il controllo di costituzionalità delle leggi – tra Corti costituzionali “kelseniane” e Corti supreme contribuisce in maniera significativa il richiamo alle altre funzioni di cui esse sono investite⁸⁴. A questo proposito, a fronte del grande rilievo assunto dalla giurisdizione delle libertà tramite la progressiva incorporazione nei testi costituzionali di Carte dei diritti sempre più estese, può giovare in particolare soffermarsi sul legame – se si vuole – genetico intercorrente tra l'istituzione dell'organo di giustizia costituzionale e la natura policentrica dello Stato.

Ritornare sul dibattito relativo alla stesura e alla ratifica della Costituzione americana, da un lato, e su alcuni passaggi della *Stufenbau* kelseniana, dall'altro, può a questo proposito rivelarsi particolarmente utile.

Procedendo con ordine, è noto come, dinanzi al problema relativo al bilanciamento dei poteri tra Stati e governo centrale, l'annullamento giudiziale venne preferito, da un lato, al potere federale di veto nell'approvazione delle leggi statali e, dall'altro, al potere di rinvio, quale soluzione più idonea a contemperare sia gli interessi dei “federalisti” che dei sostenitori dei diritti degli Stati. Peraltro, se ci si sofferma su alcuni *Federalist papers* risulta evidente come la previsione di una Corte Suprema e di un sistema giudiziario federale fosse ineludibilmente legata alla necessità di garantire la neonata struttura federale dello Stato. Nel saggio 22, ad

⁸² Si veda *infra* par. 3.1.3.

⁸³ Tale frase, presente in molti scritti, costituiva la versione alterata della frase «*We are under a Constitution, but the Constitution means what the Courts say it means*» pronunciata, appunto, nel 1907 dal Chief Justice C.E. Hughes. È in tale ottica che può sottolinearsi l'importanza delle parole della Corte suprema pronunciate nella sentenza *Cooper v. Aaron* del 1958 ove si legge «*the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the Brown case is the supreme law of the land*».

⁸⁴ Si pensi ad esempio alle funzioni notarili, consultive, di giustizia politica o al controllo in materia elettorale. Per una classificazione in chiave comparata delle “altre” funzioni delle Corti costituzionali in relazione alla forma di Stato e alla forma di governo cfr. Baldin S., *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000.

esempio, l'istituzione di un sistema giudiziario unitario veniva considerato quale requisito necessario dinanzi al rischio di leggi statali in grado di violare quelle nazionali, o ancora, nel *Federalist* 39, affrontando il tema della natura della futura Unione e definendola contemporaneamente come mista, nazionale e federale, Madison, a fronte dell'enumerazione delle competenze della Federazione, vedeva nell'affidamento alla Corte Suprema della risoluzione delle controversie relative ai confini di competenza come l'unica garanzia possibile per impedire la dissoluzione del patto, facendo discendere l'imparzialità delle decisioni di quest'ultima dalla circostanza per la quale la pronuncia fosse sempre applicazione della Costituzione, legge fondamentale dell'Unione e degli Stati. Concetto, quest'ultimo, ripreso dal saggio 80 ove Hamilton affermava come le controversie tra una Nazione e i suoi Stati membri o i suoi cittadini non potessero essere ricondotte ai tribunali nazionali⁸⁵.

È questo il quadro in cui va a inserirsi la lettura della Corte Suprema nella sua unicità o – se si vuole – nel suo carattere accentrato. Se, da un lato, infatti la sez. II cl. 2 assegna alla Corte Suprema l'*original jurisdiction* in tutti i casi – tra gli altri – in cui «*A State shall be party*», non è mancato in dottrina chi, combinando l'attribuzione della giurisdizione in via d'appello alla Corte Suprema in tutte le controversie rubricate all'art. III sez. II con la previsione solo eventuale – poiché affidata alla scelta discrezionale successiva del Congresso – di altre corti federali, ha colto nella scelta dei *Framers* la volontà di istituire una Corte “accentrata” competente prioritariamente⁸⁶ ad assicurare il rispetto delle competenze dei tre poteri, degli Stati e della Federazione⁸⁷.

Muovendo lo sguardo verso il pensiero kelseniano, il Maestro praghese, accanto allo sforzo teorico di collocazione all'interno del contesto dogmatico della costruzione a gradi dell'ordinamento il proprio prototipo di giustizia costituzionale, non ebbe a esimersi dal valutarne le ricadute anche di ordine pratico-politico. In questo senso, l'attestazione secondo cui «la giurisdizione costituzionale acquista però la sua più notevole importanza certamente nello stato federale. Non è esagerato affermare che l'idea politica dello stato federale è pienamente realizzata solo con l'istituzione di un tribunale costituzionale»⁸⁸, pur ponendosi come mero effetto riflesso della garanzia dei rapporti gerarchici fra norme per la cui salvaguardia il Tribunale costituzionale era stato concepito⁸⁹, trovò concreta razionalizzazione all'interno della già citata Costituzione austriaca del 1920, nella quale, sulla scia di una tradizione risalente all'antica giurisdizione del Sacro Romano Impero e

⁸⁵ Bagni S., *Stato autonomico e composizione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2/2002, 377-379.

⁸⁶ Posta la mancata previsione all'interno di un *Bill of Rights* all'interno della Costituzione.

⁸⁷ Pegoraro L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 84. Cfr. altresì Sacerdoti Mariani G., Reposo A., Patrono M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, II ed., Firenze, 1991, 106; Andreoli E., *A deal is (note ver only) a deal: Original jurisdiction, logica consensualistica e accentramento del controllo di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, in *federalismi.it*, 15/2016, 1 ss.

⁸⁸ Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale...* op. cit., 203.

⁸⁹ Bagni S., *Stato autonomico e...* op. cit., 380.

sviluppatasi nel corso dei secoli nelle esperienze della Confederazione tedesca del 1815 ma altresì della Costituzione svizzera del 1874 nonché in quella di Weimar del 1919, l'istituzione del *Verfassungsgerichtshof* rispondeva altresì alla verifica, tramite il controllo delle fonti legislative e regolamentari, del rispetto delle competenze tra *Bund* e *Länder*.

Sulla scia delle due storiche esperienze di giustizia costituzionale, non stupisce registrare, dunque, come oggi tutti gli ordinamenti policentrici vedano annoverata tra le funzioni più importanti delle loro Corti costituzionali o supreme la soluzione dei conflitti tra centro e periferia⁹⁰.

Se accanto a tale dato si rammenta, poi, come molte costituzioni affidino alla via giurisdizionale un'altra delle funzioni storiche della giustizia costituzionale, relativa alla risoluzione dei conflitti tra organi o poteri dello Stato, emerge con un certo grado di chiarezza come la funzione arbitrale assolta dalle Corti contribuisca a una lettura delle stesse come funzionalmente equiparate, e a un tempo – e forse in maniera dirimente il prosieguo di tale studio – conforti l'attribuzione di un forte significato euristico all'analisi della “classica” funzione del controllo di costituzionalità delle leggi per la risoluzione dell'apparente carenza di legittimazione delle Corti stesse.

È stato infatti attentamente evidenziato come l'attività delle Corti possa leggersi come in ogni caso volta alla risoluzione di “conflitti” tra fonti del diritto⁹¹. In questo senso, dinanzi al mutare dell'oggetto, a seconda che si tratti di una fonte normativa di qualsiasi rango (legge, regolamenti, atti amministrativi generali) o di un atto con il quale un organo o un soggetto istituzionale esercita le proprie attribuzioni, ad assurgere a parametro sono sempre le norme costituzionali, le quali, indipendentemente dal contemplare i diritti e le libertà ovvero norme disciplinanti il *discrimen* competenziale tra poteri istituzionali o tra livelli territoriali di governo, costituiscono linfa vitale di quel *pactum societatis* prima citato e posto a fondamento dello Stato costituzionale di diritto.

Ecco che il controllo di costituzionalità delle leggi può dunque rappresentare un punto di osservazione privilegiato tramite cui analizzare il ruolo assolto dalla giustizia costituzionale nel portare a completamento la logica di razionalizzazione normativa del *limited government*, prevista solo in via embrionale nello Stato di diritto, e sublimata, ora, nello Stato costituzionale⁹², ove il carattere democratico della Costituzione si lega indissolubilmente alla capacità di quest'ultima di mediare pacificamente i conflitti, così da

⁹⁰ Cfr. Orban E. (a cura di), *Fédéralisme et Cour suprêmes*, Bruxelles-Montréal, 1991; Bagni S., *Stato autonomico e...* op.cit., 375 ss.

⁹¹ Calamo Specchia M., Fabiano L., *Le Corti costituzionali: composizione, indipendenza e legittimazione*, in Toniatti R., Magrassi M. (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 253. Cfr. altresì Nicolini M., *I precedenti in materia processuale. Il giudizio in via principale*, in Pedrazza Gorlero M. (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 2008, 219 ove l'A. osserva che «I caratteri della *Staatsgerichtsbarkeit* non alterano la natura del giudizio in via principale, il quale, più che a una dichiarazione circa la spettanza delle competenze in contestazione, è preordinato a ripristinare l'integrità delle stesse secondo l'ordine stabilito nella Costituzione».

⁹² Toniatti R., *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020, 1158.

«tutelare l'integrità delle struttura pluralistica del corpo sociale, evitando quindi l'adozione di interpretazioni universali, seccamente maggioritarie, dei destini della comunità politica». Se in tale missione riposa, infatti, la democraticità della Costituzione, del medesimo crisma possono fregiarsi altresì le Corti, protese nello sforzo di accomodare, tramite la difesa della supremazia della Costituzione, la «necessità fortemente sentita nelle società pluralistiche contemporanee di individuare un limite sicuro alle pretese delle maggioranze, da far valere con gli strumenti del diritto della giurisdizione»⁹³.

Alla luce delle premesse fatte, e ricollegandosi a quanto da ultimo richiamato, si può ora ritornare sugli interrogativi di bickeliana ispirazione precedentemente riportati, nella consapevolezza che dalle risposte proposte rispetto a questi ultimi possano trarsi importanti elementi per il prosiegua di questo studio.

3. Democrazia costituzionale e principio pluralistico: un legame genetico

3.1 Breve premessa

Un'insopprimibile tensione tra democrazia (rappresentativa) e costituzionalismo – *rectius* di una particolare e stringente versione del costituzionalismo, secondo cui i limiti al potere politico democratico possono essere resi effettivi solo tramite la presenza di un controllo di costituzionalità – pare trasparire quale comune dato di fondo dalla rilettura degli interrogativi sopra richiamati. Del resto, non può negarsi come l'istituzione di un giudice costituzionale preposto al controllo di legittimità della legge rappresenti ancora oggi un elemento difficilmente inseribile, sul piano sistematico-teorico, nel solco della tradizione del pensiero giuridico occidentale e nelle categorie tipiche dello Stato liberale di diritto, del quale lo Stato costituzionale è comunque erede.

Un tema, quello della “carezza democratica” delle Corti – con riflessi sulla loro legittimazione –, che ha visto peraltro il dibattito “classico” riguardante l'origine democratico-rappresentativa di queste ultime arricchirsi più di recente di riflessioni relative al loro modo di operare rispetto agli altri poteri e, più nello specifico, al loro atteggiarsi all'interno dei circuiti e dei processi democratici⁹⁴.

Dinanzi a un copioso impegno della dottrina rispetto a tali interrogativi⁹⁵, quanto più

⁹³ Fioravanti M. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Lo Stato moderno in Europa Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2006, 33-34.

⁹⁴ «Il problema è quello di definire ed eventualmente circoscrivere il ruolo della Corte nei processi di decisione pubblica; di individuare le modalità di un suo legittimo inserimento nel processo democratico». Così con riferimento all'ordinamento italiano Chessa O., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in Tondi della Mura V., Carducci M., Rodio R.G. (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 18. Inoltre, con riferimento al timore che la “juristocracy” o “judicial supremacy” prenda il posto della democrazia cfr. Hirschl R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, (Mass), 2005; Kramer L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2005.

⁹⁵ Sul tema, affrontato in chiave comparata, della legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale cfr. Mezzetti L., *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios constitucionales*, vol. 8, 1/2010, 307 ss. Cfr. altresì Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit.; Öhlinger T., *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation* e Rousseau D., *La legittimità del...* op. cit., 11 ss. e 61 ss.

interessa ai nostri fini è costruire una possibile risposta basandoci sul legame intercorrente tra l'operare della giustizia costituzionale come "attore del limite" e l'inverarsi – pur nei tratti ineludibilmente dilemmatici della sua nozione – della democrazia costituzionale.

A questo proposito, l'affermazione secondo la quale "i giudici costituzionali non godono di alcuna legittimazione democratica, laddove si intenda la democrazia come governo della maggioranza" può rappresentare la bussola e l'orizzonte di senso di un percorso le cui radici, ancora una volta, possono utilmente rinvenirsi nei due "modelli" storici di giustizia costituzionale.

3.2 Rileggere il passato...

Quando si è discusso del modello kelseniano quale prima compiuta teorizzazione in Europa del controllo di costituzionalità delle leggi, si è altresì fatto riferimento a come un filo rosso legasse il pensiero del Maestro praghese alle riflessioni svolte da George Jellinek attorno alle funzioni del Tribunale dell'Impero. Riprendendo quanto solamente accennato, il giurista tedesco, in uno scritto del 1885⁹⁶ aveva proposto l'introduzione in Austria di un sistema di giustizia costituzionale che prevedesse la possibilità per una minoranza parlamentare di rivolgersi al *Reichsgericht* qualora ritenesse una legge in corso di approvazione parlamentare lesiva dei propri diritti. Si trattava dunque, nell'elaborazione jellinekiana, di introdurre un controllo di carattere preventivo teso ad evitare che, a fronte di una Costituzione garante tanto dei diritti della maggioranza quanto di quelli delle minoranze, quest'ultime venissero schiacciate dalla prima mediante l'approvazione di leggi ordinarie costituzionalmente illegittime.

Di tali riflessioni fece evidentemente tesoro il Maestro praghese il quale, individuando – come già ricordato – nella Costituzione la fonte regolativa del processo formativo della volontà collettiva all'interno del Parlamento⁹⁷, recava a sostegno dell'importanza da lui sostenuta dell'istituzione di una giurisdizione costituzionale proprio la tutela delle minoranze parlamentari. Inequivocabili, in tal senso, appaiono le sue parole quando affermava come la giurisdizione costituzionale dovesse essere apprezzata in quanto «assicura la formazione costituzionale delle leggi ed in particolare la loro costituzionalità materiale, essa è un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza». Egli subordinava ineludibilmente, infatti, la "sopportabilità" del dominio da parte della maggioranza ad un suo esercizio nel rispetto delle regole. Sottolineando come l'essenza della democrazia non risiedesse nell'onnipotenza della maggioranza, bensì nel

⁹⁶ Jellinek G., *Ein Verfassungsgerichtshof für...* op. cit.

⁹⁷ Cfr. Chessa O., *Corte costituzionale e trasformazioni...* op. cit., 23. L'A., inoltre, dopo aver distinto la teoria kelseniana della democrazia fondata sul "compromesso" (Kelsen H., *Il primato del parlamento*, trad. it. a cura di Geraci C., Milano, 1982, 29 ss; Id. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, in Kelsen H., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1966, 65 ss.) da quella della fondata sulla "competizione" di Schumpeter (*Capitalism, Socialism and Democracy*, trad. it. a cura di Zuffi E., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955) vi rinviene una sostanziale convergenza in particolare sulla demolizione del «mito della "sovranità popolare" e della rappresentanza politica come cinghia di trasmissione della volontà popolare», 24.

costante compromesso tra i gruppi di cui la maggioranza e la minoranza erano rappresentanti in Parlamento, e quindi nella pace sociale, egli vedeva nella giustizia costituzionale lo «strumento idoneo a realizzare questa idea»⁹⁸.

A una visione di carattere – se si vuole – “procedurale” della tutela della minoranza contro l’onnipotenza della maggioranza realizzata dalla giustizia costituzionale kelseniana, e di quest’ultima individuata quale elemento di giustificazione(-legittimazione), si affianca una lettura maggiormente “sostanziale” nell’ambito statunitense.

Il contesto, per le ragioni precedentemente richiamate, era indubbiamente differente. Il controllo di costituzionalità veniva infatti ad affermarsi, come visto, quale naturale completamento della rigidità di una Costituzione che, secondo le intenzioni dei *Founding Fathers*, nell’equilibrio tra poteri e tra Stato Federale e Stati membri da essa disegnato rinveniva l’antidoto più efficace contro il possibile affermarsi di una maggioranza parlamentare – secondo la nota espressione toquevilliana⁹⁹ –potenzialmente tiranna.

E, tuttavia, per i nostri fini può giovare ritornare nuovamente su alcuni passi del *Federalist no 78*. Hamilton pare, infatti, legare l’affidamento del controllo di costituzionalità ai giudici, considerati come mediatori fra il popolo – detentore della sovranità sulla base del «*We the People*» posto in apertura della Costituzione federale – e il legislatore – tenuto a non esorbitare i confini costituzionalmente definiti per il suo legittimo operare¹⁰⁰ – a una finalità di protezione non solo giuridica ma altresì “politica” che esso assolve, nella misura in cui la Costituzione viene letta come ambito di garanzia dei singoli e dei gruppi¹⁰¹. In questo senso, nei giudici – e nel carattere autonomo di questi ultimi – Hamilton rinviene lo strumento più efficace per «salvaguardare la costituzione ed i diritti degli individui dalle conseguenze di quei malumori che talora le male arti di uomini manovrieri, o l’influenza di particolari situazioni, potrebbero disseminare fra lo stesso popolo e che [...] tendono, almeno nei primi momenti, a determinare pericolose innovazioni nel governo e gravi oppressioni della minoranza della comunità»¹⁰².

⁹⁸ Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale...* op. cit., 202-203. Vale qui la pena riportare altresì «La specifica forma costituzionale, che ordinariamente consiste nel fatto che per la revisione della costituzione è richiesta una maggioranza rinforzata, significa che alcune questioni fondamentali possono essere risolte solo d’accordo con la minoranza; la maggioranza semplice, quanto meno in alcune materie, non ha il diritto d’imporre la propria volontà alla minoranza. Solo una legge incostituzionale, perché adottata a maggioranza semplice, potrebbe allora interferire, contro la volontà della minoranza, nella sfera dei suoi interessi costituzionalmente garantiti. Qualunque minoranza – di classe, nazionale o religiosa – i cui interessi siano in un modo qualunque protetti dalla costituzione ha quindi un interesse eminente alla costituzionalità delle leggi».

⁹⁹ Il riferimento è al concetto di «tirannide della maggioranza» elaborato dall’A. in Tocqueville A., *De la démocratie en Amérique* (1838), trad. it. a cura di Candeloro G., Milano, 1994.

¹⁰⁰ Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 35.

¹⁰¹ Cfr. Blanco Vladés R.L., *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova, 1997, 136.

¹⁰² «If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty. This independence of the judges is equally requisite to guard the Constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humors, which the arts of

3.3 ...per comprendere il presente

“Pace sociale” e “minoranze” sono i termini emersi nelle ricostruzioni poste a giustificazione del controllo di costituzionalità delle leggi nel pensiero kelseniano e hamiltoniano. Concetti in grado di esercitare, se si muove lo sguardo verso lo «Stato costituzionale del presente»¹⁰³, una straordinaria valenza euristica. Nei passaggi richiamati possono rinvenirsi, infatti, le radici di un approccio volto a edificare la legittimazione democratica delle Corti nella loro funzione di attuazione e invero del sistema democratico incorporato nel testo costituzionale. In tal senso potrebbe ben comprendersi l’integrazione della frase, precedentemente citata, relativa alla “mancanza di legittimazione democratica dei giudici, laddove si intenda la democrazia come governo della maggioranza”, con la puntualizzazione secondo la quale si possa invece giungere a un diverso esito ove si acceda a una «dimensione sostanziale della democrazia», intendendo con ciò quella dimensione che «accetta e riconosce al proprio interno, come propri requisiti ineliminabili, i diritti ed i valori costituzionalmente riconosciuti»¹⁰⁴.

In altri termini, quanto preme dimostrare è come il controllo di costituzionalità delle leggi, e gli effetti limitativi del governo della maggioranza da esso derivanti, possano considerarsi democraticamente legittimi in quanto artefici di una definizione della democrazia che li legittima¹⁰⁵.

3.4 Democrazia costituzionale: i tre momenti di una nozione dilemmatica

«La giustizia costituzionale non fa parte della democrazia ma serve alla democrazia»¹⁰⁶.

Queste parole, a tratti provocatorie, ben rappresentano il ruolo assolto dalla giustizia costituzionale nell’arricchimento-evoluzione che il concetto di *democrazia* vive tramite l’accostamento ad essa dell’aggettivo *costituzionale*. La giustizia costituzionale, infatti, blinda sostantivo e aggettivo in un rapporto irriducibilmente contraddittorio all’esito del quale, tuttavia, il secondo può considerarsi qualificante il primo, dando così luogo a un ripensamento dell’attitudine decisionale della democrazia alla luce della presenza, appunto, del giudice costituzionale.

I termini di tale “ripensamento” possono, tuttavia, utilmente declinarsi lungo tre momenti, tra loro in rapporto di logica consequenzialità, e che qui verranno brevemente proposti ricorrendo al concetto di limite.

Partendo dal primo di questi, con limite in senso statico, vuole qui farsi riferimento a come

designing men, or the influence of particular conjunctures, sometimes disseminate among the people themselves, and which, though they speedily give place to better information, and more deliberate reflection, have a tendency, in the meantime, to occasion dangerous innovations in the government, and serious oppressions of the minor party in the community».

¹⁰³ L’espressione è di Fioravanti M., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, 7 ss.

¹⁰⁴ Così Mezzetti L., *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, vol. 14, 14/2010, 71.

¹⁰⁵ Così Rousseau D., *La legittimità del...* op. cit., 63 ss.

¹⁰⁶ Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 122.

il controllo di costituzionalità «incrina i tradizionali meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa esprimendosi, in particolare, attraverso il procedimento legislativo»¹⁰⁷. Esso va, infatti, ad alterare i circuiti della democrazia – intesa come quella parte della sovranità popolare che si esercita mediante la *majority rule* e per cui la gran parte delle decisioni sono rimesse alla parte più consistente del popolo sovrano – tramite l’inserimento del principio maggioritario all’interno di un sistema di regole che lo disciplina e lo controlla al fine di scongiurare eventuali abusi, potenzialmente lesivi, lungo i binari dell’arbitrarietà, delle minoranze¹⁰⁸. Nel restringere i margini di azione dei pubblici poteri, la giustizia costituzionale finisce, infatti, non solo per conformare i rapporti tra gli organi di vertice dell’ordinamento ma altresì, e soprattutto, per incidere sull’organizzazione sociale, ad esempio garantendo situazioni soggettive individuali o collettive contro il volere della maggioranza¹⁰⁹. In questo senso, la possibile contrapposizione tra decisione dei rappresentanti eletti e decisione giurisprudenziale diventa elemento consustanziale al controllo di costituzionalità laddove quest’ultimo si ponga a tutela dell’indisponibilità dei diritti e dello status delle minoranze contro gli abusi delle maggioranze parlamentari¹¹⁰. Ecco che, già da questi brevi spunti, emerge come la giustizia costituzionale mediante la sua funzione antimaggioritaria, pur limitando la democrazia da un punto di vista quantitativo, agisca al fine di preservarne il profilo qualitativo¹¹¹.

Un’azione, quella della giustizia costituzionale a tutela della Costituzione, che non va peraltro letta in termini meramente antitetici rispetto al decisore politico. Muovendo infatti verso il concetto di limite in senso dialogico, occorre sottolineare come la presenza e l’azione di un giudice delle leggi non elimini, quanto sublimi, la dimensione “rappresentativa” della democrazia all’interno della più ampia dimensione “costituzionale” della stessa. L’azione del giudice costituzionale realizza, in altri termini, un modello additivo di democrazia, in

¹⁰⁷ Bifulco R., *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2012, 6.

¹⁰⁸ Tarchi R., *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 921-922, 928.

¹⁰⁹ Bifulco R., *Il dilemma della...* op. cit., 5.

¹¹⁰ Di Giovine A., *Dal voto popolare alla sentenza del giudice costituzionale: un percorso istruttivo*, in *DPCE Online*, 4/2021, 4207. Può essere qui utile richiamare la soluzione teorica inserita nella celebre nota n. 4 allegata all’opinione della Corte Suprema nella sentenza *United States v. Carolene Products Co.* nel 1938 dal giudice Stone, redattore di quest’ultima, nella quale, gettando le basi per l’evoluzione giurisprudenziale successiva degli anni ’50 e ’60 in materia di diritti civili, si afferma 1) che la presunzione di costituzionalità delle leggi vede la sua efficacia ridursi quando il sindacato riguarda una legge apparentemente contraria a specifici divieti costituzionali (e qui vengono indicati i primi dieci emendamenti), 2) che il XIV emendamento richiede un controllo di costituzionalità più rigoroso (*more exacting judicial scrutiny*) quando la legge sottoposta al vaglio di costituzionalità limita i processi politici idonei condurre a loro volta all’eliminazione di leggi inopportune, 3) che il controllo più rigoroso deve estendersi alle leggi specificamente indirizzate a minoranze speciali e isolate. L’esistenza di un pregiudizio tale da precludere a queste minoranze la partecipazione al processo democratico viene infatti indicato come oggetto di un controllo più approfondito. Come detto, tale *footnote* ha aperto la strada nella giurisprudenza della Corte Suprema a un principio cui si è fatto successivamente riferimento per apprestare una tutela particolarmente rigorosa a favore di alcune categorie di diritti: gli atti legislativi o governativi che incidono su questi sarebbero gravati da una presunzione di incostituzionalità (*infected with presumptive invalidity*). A partire da questa decisione, di fronte ad una invasione normativa di alcuni diritti e libertà fondamentali, ed in particolare della libertà di cui al I Emendamento, si assiste a un’inversione dell’onere della prova rispetto alla costituzionalità dell’intervento normativo stesso. Cfr. Tarchi R., *Democrazia e istituzioni...* op. cit., 974-975; Barbisan B., *Thomas Jefferson, Marbury...* op. cit., 225-228.

¹¹¹ Zagrebelsky G., *Principi e voti...* op. cit., 121.

grado di combinare principio di maggioranza e dettato costituzionale, non esaurendosi in un mero potere d'interdizione negativo nei confronti della volontà statale frutto del circuito elettorale-rappresentativo.

In un quadro di superiorità gerarchica non tra soggetti quanto tra fonti¹¹², il giudice costituzionale opera “affianco al Legislatore di fronte alla Costituzione”¹¹³ in un processo deliberativo poliarchico ove discrezionalità della decisione politica e sindacato giurisdizionale convivono, dando luogo a un rapporto certamente foriero di tensioni, ma comunque specchio di una rinnovata dinamica dialettica tra *gubernaculum* e *iurisdictio*¹¹⁴, in base alla quale la sovranità popolare espressa in via rappresentativa convive con il dato per cui le maggioranze parlamentari non possano considerarsi infallibili né sempre rispettose delle norme costituzionali¹¹⁵. È in questo senso che la giustizia costituzionale consente di accedere a una nozione di democrazia intesa come «paradigma più complesso» in cui «il momento decisionale convive con quello di controllo e di garanzia»¹¹⁶ operante sul piano sia procedurale sia – e soprattutto – sostanziale. A tale ultimo proposito, alla riflessione si aggiunge un ulteriore elemento di complessità, tanto critico quanto cruciale per inquadrare il fondamentale contributo della giustizia costituzionale all'edificazione di una nozione costituzionale di democrazia.

Il riferimento è al ruolo assolto, nella definizione dei termini del rapporto dialettico sopra menzionato, dal potere di interpretazione della Costituzione in capo al giudice costituzionale. È questa la terza e ultima delle dimensioni del limite, che le altre due incorpora e che qui si è deciso di definire come dinamica.

La dinamicità del limite riposa, invero, nella particolare conformazione della norma costituzionale e nelle forti esigenze ermeneutiche che essa manifesta: «enunciati pericolosi», «clausole generali», «nozioni non giuridiche»¹¹⁷ sono solo alcuni degli elementi che, innervandone il testo, rendono la Costituzione ricca di «direttive e programmi dinamici di azione futura»¹¹⁸, rispetto alla cui definizione in chiave contenutistica non può che assolvere un ruolo fondamentale il giudice costituzionale, suo interprete privilegiato¹¹⁹.

Ecco che la teoria della giustizia costituzionale diviene luogo di raccordo tra teoria della Costituzione, da un lato, e teoria dell'interpretazione, dall'altro. Nella misura in cui, infatti, si accede a una lettura della Costituzione come atto contenente anzitutto grandi opzioni di

¹¹² «I giudici non sono migliori degli altri governanti, sono diversi». In questi termini Shapiro M., *Judicialization of Politics in the United States*, in *International Political Science Review*, vol. 15, 2/1994, 11.

¹¹³ Si riprende qui l'espressione usata da Silvestri il quale afferma che Legislatore e giudici sono «uno a fianco dell'altro, entrambi di fronte alla Costituzione». Cfr. Silvestri G., *La parabola della sovranità*, in Id., *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, 16.

¹¹⁴ Di Giovine A., *Dal voto popolare...* op. cit., 4210-4211.

¹¹⁵ Elia L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Barile P., Cheli E., Grassi S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 517.

¹¹⁶ Tarchi R., *Democrazia e istituzioni...* op. cit., 930.

¹¹⁷ Modugno F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile P., Cheli E., Grassi S. (a cura di), *Corte costituzionale e...* op. cit., 25.

¹¹⁸ Cappelletti M., *Il controllo giudiziario...* op. cit., 75.

¹¹⁹ Bifulco R., *Il dilemma della...* op. cit., 8-10.

principio, le quali rinviano ad una visione del diritto non riconducibile né alla conformità a uno schema legale né alla mera fattualità, bensì definita dal paradigma dell'adeguatezza/corrispondenza a un quadro di valori materiali, il giudizio sulla costituzionalità della legge muove da un raffronto tra parametro-oggetto a quello – da svilupparsi con gli strumenti dell'interpretazione – della corrispondenza-adeguatezza ai contenuti di valore espressi dalla Costituzione¹²⁰.

In quanto si è appena richiamato riposa, dunque, il fondamentale ruolo della giustizia costituzionale nell'edificazione della democrazia costituzionale, da intendersi qui in una accezione – se si vuole – “arricchita” rispetto a quella di Stato costituzionale, poichè attenta a valorizzare, accanto alla costruzione di una particolare organizzazione statale sottoposta insieme alle sue funzioni alla supremazia della Costituzione, altresì l'elemento relativo al rapporto tra Stato e società, tra governanti e governati, definito non più, in base alla sola azione del decisore politico, in chiave identitaria e monistica, bensì tramite l'articolarsi di interessi sociali composti, plurali, frammentati, tenuti, tuttavia, insieme dalla Costituzione. In questo senso, definire “politica” la funzione della giurisdizione costituzionale non appare dunque una scelta “stridente”¹²¹ ove, da un lato, si consideri l'aggettivo nel suo significato originario, e come tale legato ai concetti di cooperazione, inclusione e convivenza¹²², e dall'altro, si rammenti altresì la particolare natura del “bene” tutelato, considerato come «il più politico dei documenti giuridici»¹²³.

3.5 Equilibrio v. Certezza: il pluralismo come meta-valore dello Stato costituzionale

Da quanto sino a ora ricostruito può sostenersi come la legittimazione democratica delle Corti risieda nella particolare nozione di democrazia a cui l'operato di queste ultime consente di accedere. In questo senso, l'idea di Costituzione che nella democrazia costituzionale si afferma diviene fattore legittimante in chiave democratica della giustizia costituzionale.

Può utilmente sottolinearsi, a questo punto, come il definitivo elemento sulla base del quale la giustizia costituzionale qualifichi la democrazia come costituzionale sia la rottura del dogma monolitico della sovranità. Alla definitività e alla certezza della decisione proveniente dalla maggioranza, si sostituisce, infatti, un esercizio del potere pubblico frutto della costante composizione di interessi e della mediazione tra molteplici istanze. La Costituzione e il suo interprete privilegiato divengono dunque, rispettivamente, sede e tutore

¹²⁰ Ridola P., *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018, 2-7.

¹²¹ Come evidenziato da Di Giovine A., *Dal voto popolare...* op. cit., 4217-4218, è lo stesso (“secondo” – si veda nota n. 45 del presente studio –) Kelsen (Kelsen H., *Chi deve essere...* op. cit., 242) ad affermare che «in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la “vera” giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, una mera applicazione riproduttiva», aprendo così a una lettura del controllo di costituzionalità delle leggi come atto giuridico e a un tempo politico.

¹²² Calamo Specchia M., Fabiano L., *Le Corti costituzionali...* op. cit.,

¹²³ Torre A., *L'intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 394.

della costruzione delle premesse fondamentali per la convivenza pacifica e per il raggiungimento di un equilibrio all'interno del quale nessun soggetto può considerarsi titolare esclusivo della volontà popolare.

A tale ultimo proposito, diviene utile introdurre nella nostra riflessione il riferimento al principio pluralistico. Nato nel dibattito della Grecia antica già a partire dal V secolo a.C, ma affermatosi pienamente come categoria del linguaggio filosofico solo alla fine del Settecento grazie alle opere di Wolff e Kant in polemica con le teorie del solipsismo, il concetto ha trovato ampia fortuna all'interno del pensiero politico contemporaneo che, sebbene diviso nell'elaborazione di significati tra loro differenti e come tali ostativi alla costruzione di un'ipotesi teorica unitaria, converge nell'individuarsi come originario tratto comune l'opposizione all'assolutismo statale e il rifiuto dell'inclinazione di quest'ultimo alla concentrazione e all'unificazione del potere politico. Può giovare, a questo proposito, richiamare la proposta definitoria elaborata da Bobbio che al concetto in esame riconduce «quella concezione che propone come modello una società composta da più gruppi o centri di potere, anche in conflitto fra loro, ai quali è assegnata la funzione di limitare, controllare, ed eventualmente eliminare il centro di potere dominante identificato storicamente con lo Stato»¹²⁴. Il pluralismo costituisce, dunque, antidoto nei confronti delle potenziali derive dispotiche del potere centralizzato dello Stato, tramite l'organizzazione delle società complesse mediante un sistema politico in grado di assicurare ai vari gruppi o strati di esprimersi politicamente, partecipando, direttamente o indirettamente, alla formazione della volontà collettiva.

Questa ricostruzione in chiave politologica, sebbene nella sua sinteticità, può tuttavia fornire le giuste lenti ermeneutiche per comprendere come il principio pluralistico assurga a elemento costitutivo della democrazia costituzionale di cui si è discusso.

È sotto l'egida pluralista che può leggersi, infatti, la configurazione del potere della maggioranza all'interno dello Stato costituzionale come un potere intriso di relatività e che, in un quadro di pari legittimazione e reciproca convivenza di tutti i diversi orientamenti sociali, politici, culturali, religiosi, territoriali, non può (più) concepirsi come depositario di una verità assoluta, dovendo la propria natura discrezionale confrontarsi ed eventualmente scontrarsi con le istituzioni di garanzia qualora esso comporti una violazione delle previsioni costituzionalmente previste a tutela delle minoranze o qualora esso “invada” la sfera delle questioni indecidibili poiché relative al compromesso fondamentale sotteso alla Costituzione.

È a questo principio che può ricondursi, ancora, l'articolarsi, all'interno dello Stato costituzionale, della sovranità lungo plurimi binari in connessione tra loro e dallo sviluppo contenutistico in continua evoluzione.

Giunti a questo punto, può allora avere senso – risultando dirimente per il prosieguo di questo studio – fare richiamo alla definizione di pluralismo elaborata da autorevole dottrina,

¹²⁴ Bobbio N., voce “*Pluralismo*”, in *Dizionario di politica* (a cura di N. Bobbio e N. Matteucci), Torino, 1976.

nella sua duplice accezione “ideologica” e “istituzionale”, per indicare rispettivamente, da un lato, «l’affermazione dell’opportunità o doverosità che le autorità (statali o di qualunque altro genere) favoriscano l’espressione e la diffusione di una pluralità di opinioni, di credenze o di concezioni del mondo, consentendo nella massima misura possibile la libertà di manifestazione del pensiero in tutte le sue forme e con tutti i possibili mezzi», e dall’altro – ed è quanto più interessa – «l’affermazione dell’opportunità o della doverosità che i pubblici poteri non siano tutti concentrati in un’unica organizzazione (e che le organizzazioni pubbliche non abbiano struttura rigorosamente centralizzata), ma che essi siano invece distribuiti fra una pluralità di organizzazioni variamente coordinate fra loro e corrispondenti alle diverse comunità delle quali i singoli si trovano a far parte per effetto dei diversi legami che naturalmente stabiliscono fra gli uomini»¹²⁵.

Nella misura in cui si consideri, infatti, il principio pluralistico, soprattutto nella sua veste “istituzionale”, alla stregua di un meta-valore pervasivamente innervante la democrazia costituzionale, come tale qualificata, nei termini visti, dalla presenza del giudice costituzionale, si potrebbe concludere come la legittimazione di quest’ultimo si leghi strettamente alla preservazione del principio pluralistico stesso.

In questo senso, lungi da qualsiasi visione di carattere monista, se il mantenimento dell’unità o, *rectius*, dell’equilibrio all’interno di un contesto di cui non si può e – soprattutto – non si vuole negare il carattere plurale diviene per lo Stato costituzionale sfida fondamentale e a un tempo sua quintessenza, la legittimazione del giudice costituzionale riposa nel suo ruolo di garante dell’equilibrio medesimo, tramite, in particolare, uno sforzo di “proceduralizzazione”¹²⁶ di quei conflitti che il pluralismo inevitabilmente solleva, ma che nell’opera pacificatrice del giudice trovano il modo di sublimarsi in una chiave mite¹²⁷ o, in altri termini, costituzionalmente sostenibile.

¹²⁵ Pizzorusso A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 71-72.

¹²⁶ In questi termini Groppi T., *Multiculturalismo 4.0*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 5.

¹²⁷ Cfr. Zagrebelsky G., *Il diritto mite...* op. cit., nonché Id., *Principi e voti...* op. cit.

CAPITOLO 2

IL PLURALISMO NELLE CORTI

SOMMARIO: Premessa metodologica. – Parte I: Il pluralismo “oggettivo” nella composizione delle Corti. – 1. Note preliminari. – 2. Corti e pluralismo tecnico-istituzionale. – 3. Corti e pluralismo politico. – 3.1 L’esclusività del pluralismo politico. – 3.2 La pervasività del pluralismo politico. – 4. Corti e pluralismo territoriale. – 4.1 La Corte di Karlsruhe: un bilanciamento solo formale. – 4.2 La Corte Suprema statunitense: un’eterogenesi dei fini. – Parte II: Il Pluralismo “soggettivo” nella composizione delle Corti. – 1. Una premessa di metodo. – 2. Bagliori di *fair reflection*: la Corte Suprema statunitense come *trait d’union*. – Sezione I: Il principio del *fair reflection of society*: il quadro teorico. – 1. Note preliminari. – 2. La diversità nelle società complesse: limiti e vantaggi di un approccio giuridico. – 3. Rappresentanza? Partecipazione? I tratti di un rapporto *species-genus*. – 4. Corti “rappresentative”: un ossimoro necessario? – 5. I rischi. – 5.1 La sentenza sui popoli costitutivi. 5.2 La sentenza sull’uso delle bandiere delle comunità. – 6. I benefici. – 7. Da «cosa il giudice fa» a «chi il giudice è». – Sezione II: Il principio del *fair reflection of society*: il quadro empirico. – 1. Note preliminari. – 2. Il *fair reflection* nei contesti di transizione costituzionale prevalentemente post-conflittuale. – 3. Il *fair reflection* nei contesti di decolonizzazione. 4. Il *fair reflection* nei contesti storicamente multinazionali. 5. Il *fair reflection* nei contesti di ricambio incrementando della *judicial diversity*. – 6. A mo’ di conclusione: il *fair reflection* “oltre Westfalia”.

Premessa metodologica

Il primo capitolo di questo studio si è concluso suggerendo come la legittimazione delle Corti costituzionali o supreme riposi nella loro capacità di farsi garanti del principio pluralistico, assicurando sostanzialmente l’indisponibilità del patto costituzionale per le maggioranze.

Per assolvere a questa funzione, diviene, tuttavia, fondamentale che esse risultino – usando un’espressione efficacemente proposta in dottrina – «strutturalmente attrezzate»¹²⁸: viene, in altre parole, in rilievo la loro capacità di incorporare il pluralismo che sono chiamate a garantire¹²⁹.

Si tratta di un assunto, quest’ultimo, che muove dalla consapevolezza di come dal momento genetico delle Corti discenda l’identità delle stesse e la capacità di una loro influente ricaduta nel rispettivo contesto sociale e istituzionale. Le modalità di selezione dei loro membri e il loro precipitato organico riescono, in altre parole, a rivelare molto della posizione ricoperta

¹²⁸ Orrù R., Ciammariconi A., *Composizione, indipendenza, legittimazione...* op. cit., 244.

¹²⁹ Può essere utile richiamare come lo stesso Kelsen (Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale...* op. cit., 175) suggerisca la partecipazione di più organi alla selezione dei giudici costituzionali, tramite il combinato intervento ad esempio del Parlamento, del Governo e del Capo dello Stato.

da queste ultime all'interno dei rispettivi sistemi costituzionali¹³⁰.

Ecco che, dunque, la legittimazione delle Corti, tramite un percorso di risalita logico-inferenziale, prima ancora di declinarsi a livello funzionale trova nel dato strutturale relativo a quest'ultime un elemento di ineludibile derivazione.

Si spiegano in tal modo le ragioni per le quali oggetto di specifico approfondimento in questo capitolo saranno le regole che presiedono alle modalità di composizione delle Corti, tanto in relazione al ruolo, definito nell'*an* e nel *quomodo*, assolto dei soggetti nominanti, quanto – e più diffusamente – con riguardo ai soggetti nominati, subordinandosi la scelta dei candidati alla loro particolare provenienza ovvero assicurando posti riservati o quote a determinate categorie di soggetti.

Il tema pare di particolare rilevanza in quanto le diverse modalità di composizione dei consessi costituzionali o supremi risultano informate, a mo' di minimo comune denominatore, proprio dal principio pluralistico.

A questo proposito, e seguendo la distinzione appena richiamata, con le lenti di un pluralismo declinato in chiave "oggettiva" si guarderà, in un primo momento, ai soggetti preposti alla selezione dei giudici costituzionali o supremi, sforzandosi, tuttavia, di adottare un approccio pragmaticamente non circoscritto al mero dato positivo.

Un secondo e – come anticipato – più ampio ordine di riflessioni, legato a una declinazione in senso "soggettivo" del principio pluralistico, sarà poi dedicato ai criteri, codificati o meno, posti alla base della selezione medesima dei giudici costituzionali e supremi. La sede ermeneutica ove, in particolare, ci si sforzerà di collocare queste ultime sarà quella del principio del *fair reflection of society*, riconducibile – anticipando succintamente quanto si chiarirà meglio in seguito – a un «concetto del tutto metagiuridico di rappresentatività...di natura essenzialmente descrittiva o riflessiva della realtà sociale o culturale»¹³¹ in cui sussumere le regole relative alla composizione di quelle Corti operanti in esperienze costituzionali fortemente permeate dal paradigma pluralista e rispetto alle quali un dato strutturale coerente con le istanze pluralistiche del rispettivo contesto sociale conferisce alle Corti medesime una legittimazione dal carattere – come si descriverà – pluridimensionale. A questo proposito, ricostruite le coordinate teoriche del fenomeno *de quo* – al fine di sostenerne altresì la compatibilità con il requisito di indipendenza e imparzialità della giurisdizione costituzionale –, se ne analizzeranno dunque le relative forme di concreta manifestazione, ponendo in luce come, a fronte di un quadro estremamente eterogeneo e comprensivo di esperienze non sempre – quantomeno inizialmente – riconducibili al modello di Stato costituzionale, la rappresentazione del principio pluralistico nella composizione delle rispettive Corti costituisca per gli ordinamenti costituzionali considerati una scelta di carattere costituzionalmente obbligatorio, in quanto intimamente legata all'elemento della

¹³⁰ Calamo Specchia M., *Introduzione. La legittimazione delle Corti costituzionali tra modalità di composizione e principio di indipendenza*, in Id. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., IX-XI.

¹³¹ Toniatti R., *La giurisdizione costituzionale...* op. cit., 411.

diversità, da leggersi come fattore costitutivo degli stessi e, per questo motivo, necessitante di visibilità soprattutto all'interno degli organi alla tutela della stessa – come si vedrà – geneticamente preposti.

PARTE I

IL PLURALISMO “OGGETTIVO” NELLA COMPOSIZIONE DELLE CORTI

1. Note preliminari

Come anticipato nella premessa metodologica, con pluralismo “oggettivo” si intende qui far riferimento non tanto ai criteri, quanto alle modalità di selezione dei giudici costituzionali o supremi.

A tal riguardo, dopo un primo riferimento al pluralismo tecnico-istituzionale – utile a richiamare la classificazione “classica” in tema di selezione e reclutamento dei giudici – sono due, in particolare, le declinazioni del pluralismo che si vogliono in questa sede menzionare: il pluralismo politico e il pluralismo territoriale.

A questo proposito, si richiameranno alcune esperienze costituzionali paradigmatiche dalle quali – come si vedrà – sovente traspare come la declinazione del pluralismo applicabile (e applicata) non riesca a cogliere, anche solo limitandosi alla dimensione oggettiva, in via esaustiva la complessità di un dato empirico nel quale i diversi piani del pluralismo tendono tra loro a sovrapporsi secondo un rapporto – per usare un lessico proprio della genetica – di dominio-recessione.

Tale circostanza non cancella tuttavia l'utilità di uno sforzo di sistematizzazione, soprattutto ove si consideri come pluralismo politico e pluralismo territoriale si leghino indissolubilmente alle funzioni “storiche” della giustizia costituzionale relative, come visto nel capitolo precedente, al controllo di costituzionalità delle leggi e alla risoluzione dei conflitti centro-periferia.

2. Corti e pluralismo tecnico-istituzionale

Con pluralismo tecnico-istituzionale, secondo quanto evidenziato da attenta dottrina, vuole qui farsi riferimento all'intervento di una pluralità di poteri nella selezione dei giudici costituzionali o supremi¹³². La scelta di collocare per prima l'analisi di tale declinazione del principio pluralistico si deve allo stretto nesso che lega quest'ultima alla tradizionale classificazione, suggerita dalla Commissione di Venezia nel suo celebre Report del 1997 intitolato *The composition of Constitutional Court*¹³³, che individua tre metodi selettivi per la composizione delle Corti a seconda che il reclutamento dei giudici avvenga per nomina, elezione o tramite sistema misto, come tale combinante sia la nomina che l'elezione nonché assegnante la titolarità della selezione tra differenti organi di carattere appunto sia politico

¹³² Orrù R., Ciammariconi A., *Composizione, indipendenza, legittimazione...* op. cit., 245.

¹³³ *European Commission for Democracy through Law, The composition of Constitutional Court*, dicembre 1997.

che tecnico.

È stato già sottolineato in dottrina come una tale sistematizzazione, sebbene utile ai fini didattici nonché a evidenziare l'incidenza dei metodi di selezione sulla natura dell'organo che può inclinare verso il politico ovvero verso il giurisdizionale proprio in base al soggetto da cui promana la designazione¹³⁴, manchi di cogliere appieno le specificità dei singoli ordinamenti costituzionali considerati, non dando in particolare sufficientemente conto, ad esempio, delle dinamiche relative alla forma di governo, del grado di discrezionalità cui il soggetto chiamato alla selezione è titolare, nonché degli eventuali controlli o bilanciamenti cui la scelta di quest'ultimo è sottoposta per opera di altri soggetti istituzionali¹³⁵.

Tuttavia, quanto in questa sede più interessa richiamare è il terzo dei tre modelli individuati dalla Commissione di Venezia. Si registrano infatti casi, per la verità in numero piuttosto esiguo¹³⁶, in cui alla ripartizione del potere di selezione dei giudici tra più organi corrisponde specularmente una ripartizione tra poteri – in particolare con un importante ruolo assolto dal giudiziario –, realizzandosi così quel pluralismo tecnico-istituzionale cui si faceva in precedenza riferimento.

L'esempio paradigmatico che può essere qui utile brevemente riportare è il caso della Corte Costituzionale italiana.

Il dettato dell'art. 135 co. 1 della Costituzione – come noto prescrivente per la Corte una composizione di quindici giudici nominati per 1/3 dal Presidente della Repubblica, per 1/3 per elezione del Parlamento in seduta comune e per 1/3 dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, e uscito, per così dire, illeso dalla novella legislativa costituzionale del 1967 (l. cost. n. 2/1967) – costituisce, infatti, il frutto di un dibattito costituente teso a contemperare due istanze fra loro contrapposte: da un lato, la volontà di legittimare in via esclusivamente politica la Corte tramite un legame diretto o indiretto con il popolo, e dall'altro, l'intenzione di edificare una Corte tecnicamente attrezzata ad assolvere ai compiti a Lei affidata in modo il più possibile indipendente dal decisore politico, per tale

¹³⁴ Calamò Specchia M., Fabiano L., *Le Corti costituzionali...* op. cit., 256.

¹³⁵ Cfr. Osti A., *La nomina dei giudici costituzionali tra indipendenza e democratic legitimacy*, Napoli, 2019, 23-25 ove l'A. richiama, a titolo di esempio, il caso statunitense, rientrando in base alla classificazione classica nella categoria dei sistemi che prevedono la designazione dei giudici mediante nomina. Tale conclusione ignorerebbe, tuttavia, il fondamentale ruolo esercitato dal Senato mediante l'*advice and consent*, espressione, come si vedrà più approfonditamente in seguito, della volontà di conciliare quantomeno in origine le esigenze di rappresentanza del popolo con quelle degli Stati.

¹³⁶ Accanto al caso italiano può essere utile richiamare il caso della Corte Costituzionale bulgara che, in base all'art. 147 della Costituzione è composta da 12 giudici, di cui 1/3 eletti dall'Assemblea Nazionale, 1/3 dal Presidente e 1/3 dall'Assemblea dei magistrati della Corte di Cassazione e della Corte Suprema amministrativa; nonché, similmente, il caso della Corte Costituzionale lituana che, in base all'art. 103 della Costituzione, risulta composta da 9 giudici nominati dal Parlamento monocamerale in egual numero tra i candidati nominati dal Presidente della Repubblica, dal Presidente dell'Assemblea legislativa e dal Presidente della Corte Suprema. La Costituzione Serba prevede all'art. 172 che dei 15 giudici della Corte costituzionale, 5 siano nominati dall'Assemblea Nazionale, 5 dal Presidente della Repubblica, 5 dalla Sessione generale della Suprema Corte di Cassazione. Da ultimo, secondo l'art. 92 della Costituzione cilena, dei 10 giudici previsti per il Tribunale Costituzionale cileno, 3 giudici vengono designati dalla Corte Suprema, 3 dal Presidente, 2 dal Senato e 2 dalla Camera dei Deputati con l'approvazione, tuttavia, del Senato.

intendendosi sia il potere legislativo che il potere esecutivo¹³⁷.

E in effetti, la Corte Costituzionale italiana incorpora, con riguardo ai soggetti chiamati alla selezione, un connubio perfettamente equilibrato tra sensibilità politica, da un lato, e preparazione tecnica, dall'altro¹³⁸. Un connubio, quest'ultimo, che risulta – per così dire – blindato dal contributo di neutralità offerto dalle nomine di derivazione presidenziale e che, non a caso, trova il suo unico momento di “rottura” nel caso di giudizi penali nei confronti del Presidente della Repubblica, ove il collegio ordinario, proprio per la delicatezza politica della questione in esame, vede la sua composizione integrata, come noto, da sedici giudici aggregati, sorteggiati dall'elenco di quarantacinque redatto dal Parlamento in seduta comune ogni nove anni¹³⁹.

Se a tali considerazioni si aggiunge, da ultimo, la previsione, ai sensi dell'art. 16 della l. 87/1953, di un quorum minimo di 11 giudici per la validità delle decisioni della Corte, come tale idoneo a garantire l'ineludibile presenza nel collegio deliberante di soggetti dalla triplice estrazione menzionata¹⁴⁰, appare chiaro il quadro di una Corte che dell'equilibrio fra le sue due anime, politica e tecnica, fa la sua cifra caratterizzante.

3. Corti e pluralismo politico

Quella tecnico-istituzionale non è, tuttavia, l'unica declinazione del principio pluralistico riscontrabile nella disciplina relativa alla selezione dei membri della Corte Costituzionale italiana.

Rimanendo sempre sul piano “oggettivo”, se si muove infatti lo sguardo verso il procedimento di elezione dei giudici costituzionali da parte del Parlamento in seduta comune, nel requisito della maggioranza qualificata dei 2/3 dei componenti nei primi tre scrutini e dei 3/5 dei componenti dallo scrutinio successivo, possono rinvenirsi i chiari segnali di un pluralismo “in entrata” di carattere politico, come tale volto a garantire la partecipazione alla scelta dei giudici costituzionali anche da parte delle minoranze. Circostanza quest'ultima confermata in via emblematica, sebbene con voce aspramente critica e peraltro non legata – in quanto antecedente – al quorum attualmente previsto in virtù della già citata l. cost. 3/1967, dalle parole dell'on. Sturzo¹⁴¹ che, nell'intervenire durante e dopo l'iter di approvazione della l. 87/1953, giudicava le maggioranze previste all'art. 3 della medesima legge per l'elezione dei 5 giudici di competenza parlamentare (3/5 dei componenti dell'Assemblea nei primi due scrutini e 3/5 dei votanti negli scrutini successivi) come «un sistema incongruo e [che] in regime maggioritario può mettere la maggioranza alla mercé di

¹³⁷ Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 70.

¹³⁸ Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 73. Cfr. altresì Mortati C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), ora in Mortati C., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 683 ss.

¹³⁹ Passaglia P., *La disciplina della composizione come primo cardine dell'indipendenza e della legittimazione dell'organo: il caso della Corte costituzionale italiana*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 204.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 205.

¹⁴¹ Cfr. D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, 176 ss.

una piccola frazione di parlamentari che diverrebbero così gli effettivi elettori dei giudici di una corte»¹⁴² dante luogo «a imposizioni di gruppi e gruppetti»¹⁴³ e «obbligando la maggioranza dei tre quinti meno uno ad intendersi con la minoranza di due quinti più uno»¹⁴⁴.

Sebbene ampiamente critiche, tali parole paradossalmente ben riescono a far comprendere come la partecipazione e il coinvolgimento attivo delle minoranze alla selezione dei giudici costituzionali rappresenti uno strumento fondamentale affinché l'organo Corte costituzionale, lungi dall'attestarsi quale strumento nelle mani della maggioranza, sia dotato, mediante una composizione disidentificata dalla maggioranza stessa, dei presupposti strutturali per un controllo non-maggioritario che, tutelando la fonte costituzionale e invero quel concetto di democrazia costituzionale più volte menzionato, ne garantisca la legittimazione.

Se però l'esperienza italiana vede il pluralismo politico essere solo una delle componenti ispiratrici della selezione dei giudici costituzionali, il panorama comparato offre all'osservatore casi in cui esso costituisce il fattore sostanzialmente prevalente, se non esclusivo, posto alla base delle modalità di selezione stesse.

3.1 L'esclusività del pluralismo politico

Partendo dalla seconda delle ipotesi citate, può sicuramente menzionarsi il caso del Tribunale costituzionale portoghese. In base al disposto degli artt. 222 e 163 lett. h della Costituzione, 10 dei 13 giudici del consesso costituzionale lusitano vengo infatti eletti dall'Assemblea della Repubblica a maggioranza dei 2/3 dei deputati presenti, purché questi ultimi superino la maggioranza assoluta dei deputati in effettività di funzioni. I restanti 3 vengono invece selezionati per cooptazione dai 10 giudici stessi mediante un procedimento che, tramite in particolare il carattere segreto della proposizione dei candidati da parte dei giudici eletti – tale da impedire che se ne conosca almeno in linea di principio la tendenza politica –, mira, in un certo senso, ad attenuare proprio la politicità di un organo di giurisdizione costituzionale composto in larga parte da membri di designazione politica¹⁴⁵.

Particolarmente interessante pare richiamare, poi, il caso francese, che vede i nove membri del *Conseil Constitutionnel* venir nominati, secondo il disposto dell'art. 56 della Costituzione, per 1/3 ciascuno dal Presidente della Repubblica, dal Presidente

¹⁴² Sturzo L., *Opera omnia. Politica di questi anni: consensi e critiche (1951-1953), vol. 12*, Bologna, 1966, 85.

¹⁴³ *Ibidem*, 418.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 431.

¹⁴⁵ Sul Tribunale Costituzionale portoghese cfr. Orrù R., Ciammariconi A., *Composizione, indipendenza, legittimazione...* op. cit., 241 ss. Sul procedimento di cooptazione cfr. Vignola A., *L'organizzazione e il funzionamento del Tribunale Costituzionale portoghese*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996, 759 ss, spec. 764. È bene segnalare come, sebbene frutto di indicazione delle forze politiche, le nomine al TC tendano a non privilegiare candidati dal profilo eccessivamente legato a una preferenza e/o militanza politico-partitica. Sul punto cfr. Orrù R., Costantini P., *Vicende e attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2019-2020*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2021, 2304.

dell'Assemblea Nazionale e dal Presidente del Senato, cui vanno ad aggiungersi gli ex Presidenti della Repubblica, membri di diritto del consesso.

Si tratta di un procedimento che, alla luce dei soggetti chiamati alla designazione – nonché, spostandoci per un attimo sulla dimensione soggettiva, dell'assenza di qualsiasi requisito professionale minimo necessario per i nominandi al *Conseil* – si denota per esclusivi e spiccati tratti di politicità. Le ragioni di tale scelta sono evidentemente da rinvenirsi nel ruolo inizialmente attribuito al Consiglio, quale «arma contro la deviazione del regime parlamentare»¹⁴⁶ cui il potere esecutivo poteva fare affidamento per la salvaguardia dei traguardi di razionalizzazione del parlamentarismo ottenuti con la Costituzione del '58¹⁴⁷. A fronte di un quadro che vede, dunque, i 9 membri essere formalmente espressione rispettivamente – in virtù dei tre soggetti istituzionali chiamati alla designazione – della volontà popolare e di una maggioranza parlamentare, può essere in questa sede utile segnalare le modifiche introdotte dalla riforma costituzionale del 2008 al procedimento relativo alla composizione del *Conseil*.

In particolare, l'introduzione del necessario parere della commissione permanente competente di ciascuna camera per le nomine del Presidente della Repubblica e il divieto per quest'ultimo di procedere nel caso in cui la somma dei voti negativi in ciascuna commissione rappresenti i 3/5 dei suffragi espressi in seno alle due commissioni, da un lato, e la sottoposizione delle nomine dei Presidenti di ciascuna Camera al parere della rispettiva commissione permanente competente, dall'altro, non possono che leggersi alla luce dell'intervenuta rottura dell'«eccezionalismo»¹⁴⁸ francese in tema di giustizia costituzionale, realizzatasi con l'introduzione, mediante la *question préjudicielle de constitutionnalité*, di un controllo concreto e *a posteriori* di costituzionalità, tale da avvicinare il *Conseil* agli organi delle altre esperienze europee¹⁴⁹.

In questo senso, a una realizzata evoluzione funzionale del *Conseil*, come tale idonea a dotare quest'ultimo dei tratti di un vero e proprio organo di giurisdizionale costituzionale, la riforma del 2008 affianca una modifica – per così dire – in direzione maggiormente pluralista (sempre di natura politica) del sistema di designazione dei giudici costituzionali.

Benché non siano mancate in dottrina forti critiche circa la sostanziale insufficienza di un tale intervento¹⁵⁰, quanto in questa sede interessa sottolineare è come in questo –

¹⁴⁶ Maus D. (a cura di), *Textes et documents sur la pratique institutionnel de la Ve République*, Parigi, 1978.

¹⁴⁷ Sulla razionalizzazione del parlamentarismo francese realizzato dalla Costituzione del 1958 cfr. Calamo Specchia M., *La riforma della Costituzione francese del 1958 e le ragioni della difficile esportabilità di un modello a geometria variabile*, Intervento al seminario di ASTRID su “La riforma della Costituzione in Francia”, Roma, 19 novembre 2008.

¹⁴⁸ In questi termini Groppi T., [Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?](#), Seminario di ASTRID su “La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia”, Roma 27 maggio 2009.

¹⁴⁹ Sull'introduzione dell'eccezione di costituzionalità in Francia cfr., *ex plurimis*, Calamo Specchia M., *Il Conseil constitutionnel...* op. cit.

¹⁵⁰ Groppi T., *Riformare la giustizia...* op. cit., 5, evidenza, in merito alla composizione del Consiglio costituzionale che “la riforma costituzionale del 2008 non ha posto fine all'eccezionalismo francese, che si

quantomeno – “timido” sforzo del legislatore costituzionale d’oltralpe possa rivedersi il legame tra elemento funzionale e elemento pluralistico-strutturale della giustizia costituzionale dal quale il presente capitolo trae origine.

3.2 La pervasività del pluralismo politico

Si è appena visto come tanto nel caso del Tribunale costituzionale portoghese quanto del Consiglio costituzionale francese il pluralismo politico si attesti quale unico canale di legittimazione “in entrata” costituzionalmente riconosciuto relativamente alla procedura di selezione dei giudici costituzionali. Vi sono, tuttavia, altre ipotesi nelle quali quest’ultimo, sebbene non riconosciuto come esclusivo dal dato costituzionale-positivo, riesce in via di fatto ad affermare la propria prevalenza sugli altri canali di legittimazione. È questo, ad esempio, il caso del Tribunale costituzionale spagnolo, la cui disciplina relativa alla composizione del collegio verrà qui richiamata anche in virtù degli importanti spunti che è in grado di fornire per le riflessioni che seguiranno nel paragrafo successivo.

In base al disposto dell’art. 159 della Costituzione spagnola, si prevede che dei 12 magistrati nominati formalmente dal Sovrano, 4 vengano proposti dal Congresso dei Deputati a maggioranza dei 3/5 dei componenti, 4 dal Senato con la medesima maggioranza, 2 dal Governo e 2 dal *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ). Dinanzi a quella che appare essere una procedura tale da coinvolgere una pluralità di attori, l’esperienza concreta consegna all’osservatore un quadro in cui il vero centro decisionale per la selezione dei giudici costituzionali riposa nel canale politico e, più specificamente, parlamentare. Al netto, infatti, di una prevalenza in termini anche solo numerici del legislativo sugli altri poteri coinvolti – spettando alle *Cortes* il reclutamento dei 2/3 dell’intero collegio –, può essere infatti utile segnalare, da un lato, come il peso politico del Governo risulti ridimensionato a favore del Parlamento ove si consideri il rapporto di fiducia legante il primo al secondo, e dall’altro, come la scelta operata dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario, in virtù della derivazione pressoché totalmente parlamentare di quest’ultimo¹⁵¹, venga influenzata – non senza criticità¹⁵² – da dinamiche sostanzialmente politico-partitiche,

concretizza nella presenza di forti elementi di politicità nell’attività del *Conseil* che lo allontana dalle esperienze più propriamente “giurisdizionali” di giustizia costituzionale. Di particolare rilievo è il tema della composizione dell’organo: infatti una giustizia costituzionale a carattere contro maggioritario richiede un giudice imparziale, la cui nomina non sia nelle mani delle maggioranze politiche e che abbia una competenza tecnica idonea a fondarne la legittimazione. Entrambi gli aspetti continuano ad essere carenti nel caso francese. La mancata modifica delle norme costituzionali relative alla composizione del *Conseil* rischia di far sì che qualsiasi tentativo di giurisdizionalizzare l’attività alla luce della nuova competenza introdotta nell’articolo 61-1 sia costruito su basi d’argilla”. Cfr. altresì, più di recente, Hochmann T., [Les carpes du Luxembourg. A propos du Sénat et du Conseil constitutionnel](#), in *JP Blog*, 2 novembre, 2017; Wachsmann P., [Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre](#), in *JP Blog*, 23 febbraio 2022.

¹⁵¹ Il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, organo di governo del potere giudiziario, è composto dal Presidente del Tribunale supremo e da venti membri nominati dal Re, di cui 12 magistrati e 8 avvocati o giuristi. Il dato che importa richiamare è come, in base all’art. 122 co. 3 della Costituzione e all’art. 112 della legge organica 6/1985, 10 dei 20 nominandi siano proposti dal Congresso e 10 dal Senato.

¹⁵² Il riferimento è alla recente crisi costituzionale spagnola consumatasi a fine 2022 – e risoltasi solo il 9 gennaio 2023 dopo un esacerbato e polarizzato scontro politico che ha visto altresì una proposta di riforma da

alimentate altresì dal disposto della IX disposizione transitoria alla Costituzione secondo il quale i magistrati nominati dal Governo e quelli eletti dal CGPJ debbano rinnovarsi congiuntamente.

Parimenti recessivo pare il ruolo delle Comunità autonome nella selezione dei giudici costituzionali. Se infatti, in base a quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 16 della legge organica sul Tribunale costituzionale nella sua versione consolidata¹⁵³ nonché dell'art. 184 c. 7 del Regolamento del Senato, la prima fase della procedura per l'individuazione dei 4 giudici di proposta senatoriale prevede come le Comunità Autonome, nella persona dei rispettivi Presidenti, presentino due candidati ciascuna, l'ampia discrezionalità di cui gode la *Comisión de Nombramientos*¹⁵⁴ nel decidere quali candidature sottoporre all'Assemblea, da un lato, e la stessa decisione finale attribuita a quest'ultima con l'elevata maggioranza che si è prima richiamata, "neutralizzano" di fatto il peso delle istituzioni autonome, consegnando un quadro ove il canale di legittimazione territoriale viene in un certo qual modo offuscato ancora una volta dalla legittimazione di carattere politico¹⁵⁵ nel contesto di un organo, quale il Senato spagnolo, sostanzialmente lontano dalla qualifica di «*Cámara de representación territorial*» ad esso attribuita dai Costituenti nel 1978 all'art. 69 co. 1¹⁵⁶.

parte della maggioranza parlamentare della legge organica che regola il potere giudiziario, utile a sbloccare la nomina dei giudici costituzionali, essere oggetto di una pronuncia cautelare del *Tribunal Constitucional* che ne ha sospeso la discussione su ricorso di amparo presentato *Partido Popular* – legata alle difficoltà riscontrate nel rinnovo parziale del Tribunale costituzionale, in virtù del mancato accordo tra maggioranza e opposizione in merito al rinnovo proprio del *Consejo General del Poder Judicial*, titolare, come detto, del potere di selezionare due giudici. Sul punto cfr. Naglieri G., *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *federalismi.it*, 4/2023, 69 ss.; Castellà Andreu J.M., *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE Online*, 4/2022, 2259 ss.

¹⁵³ Ai sensi dell'art. 16 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* "Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara".

¹⁵⁴ La *Comisión de Nombramientos* è presieduta dal Presidente del Senato e si compone dei portavoce dei gruppi parlamentari o da senatori del medesimo gruppo.

¹⁵⁵ Sul coinvolgimento delle comunità autonome nel procedimento di selezione dei giudici costituzionali cfr. Mastromarino A., *La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 232 ss; Sánchez Barillao J.F., *La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales*, in *Teoría y realidad constitucional*, 23/2009, 387 ss. È stato efficacemente osservato da Palermo F., Nicolini M., *Il Bicameralismo*, Napoli, 2013 che «Il meccanismo "di rafforzamento" della funzione condivisa – ritenuto non costituzionalmente incompatibile dallo stesso *Tribunal Constitucional* – ha già confermato, durante l'elezione dei giudici di designazione senatoriale avvenuta nel 2011, come "a la dinámica territorial se sobrepone la dinámica partidista". In ciò dovendosi ravvisare una conferma ulteriore del fatto che il modello bicamerale viene a saldarsi su di un sistema dove nel Senato non prevalgono i *cleavages* linguistici e/o regionali, ma quelli espressivi delle forze politiche variamente dislocate a livello centrale e a livello sub-statale».

¹⁵⁶ È Mastromarino A., *La mala temporada...* op. cit., 235 ad affermare – anche facendo richiamo al parere del Consejo de Estado del 16 febbraio 2006 in merito alla possibilità di modificare la disciplina costituzionale relativa al Senato e nel quale, con riferimento alla partecipazione diretta della componente comunitaria nelle procedure di selezione dei giudici costituzionali si sottolineava come «la pretendida insuficiencia de participación de las Comunidades Autónomas quedaría superada con un Senado más acorde con su naturaleza de Cámara de representación territorial» – come «il progetto di rappresentanza del territorio in seno al Senato del costituente spagnolo è fallito».

4. Corti e pluralismo territoriale

Il riferimento ultimo al grado – come visto non incisivo – di partecipazione delle *Comunidades Autónomas* alla selezione dei 4 giudici di proposta senatoriale per il Tribunale costituzionale permette di richiamare la terza e ultima declinazione in chiave oggettiva del principio pluralistico relativa al reclutamento dei giudici costituzionali. Il riferimento è, evidentemente, al pluralismo territoriale.

Nel caso spagnolo è infatti possibile riscontrare, seppur tenuamente, i bagliori di quella scelta di ingegneria costituzionale, storicamente comune agli ordinamenti federali, tesa a rendere la composizione dell'organo di giurisdizione costituzionale un momento partecipato delle entità decentrate¹⁵⁷. Una scelta, quest'ultima, necessaria – se si vuole – affinché l'organo medesimo sia strutturalmente in grado di assolvere con imparzialità a quella che – come si è richiamato nel capitolo precedente – può considerarsi la funzione storica della giustizia costituzionale: l'arbitrale risoluzione dei conflitti centro-periferia.

Le diverse modalità tramite cui tale partecipazione delle entità decentrate viene a concretarsi fanno sovente affidamento – come peraltro visto nel caso del *Tribunal Constitucional* – al ruolo delle seconde camere. A questo proposito, è qui utile richiamare i casi tedesco e statunitense, esperienze paradigmatiche del modello federale, anch'esse non immuni tuttavia, come si vedrà, da quelle dinamiche di dominio-recessione dei canali di legittimazione prima menzionate.

4.1 La Corte di Karlsruhe: un bilanciamento solo formale

La composizione del *Bundesverfassungsgericht*, sulla base di quanto previsto dall'art. 94 del *Grundgesetz* nonché dalla legge sul Tribunale costituzionale federale del 1951 (*BVerfGG*), rappresenta – quantomeno formalmente – il frutto della paritaria coesistenza del canale di legittimazione territoriale e del canale di legittimazione politica – specchio, se si vuole, delle due anime funzionali che i costituenti di Bonn hanno attribuito al Tribunale Costituzionale Federale stesso, affiancando a una giurisdizione dei conflitti radicata nella tradizione della giustizia costituzionale in Germania nella forma del *Staatsgerichtsbarkeit*, un'inedita centralità riconosciuta, in reazione all'esperienza totalitaria del Terzo Reich, alla tutela dei diritti fondamentali soggettivi, vero elemento qualificante della rinnovata democrazia costituzionale tedesca, da far valere anche tramite la predisposizione del ricorso individuale diretto¹⁵⁸.

Con riguardo, dunque, al pluralismo politico, 8 giudici costituzionali sono selezionati da parte del *Bundestag* tramite un comitato di elezione, composto da 12 deputati eletti – non

¹⁵⁷ Sulla selezione dei giudici costituzionali nei sistemi decentrati cfr. Rinella A., Tobia M., *I giudici costituzionali nei sistemi federali*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8/2004, 403 ss; Bagni S., *Stato autonomico e...* op. cit.

¹⁵⁸ Woelk J., *Il Tribunale costituzionale federale tedesco: "guardiano della Costituzione" e Corte dei diritti*, in Calamio Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 3 ss.

senza sollevare critiche relative alla sottorappresentazione dei partiti minori¹⁵⁹ – con lo stesso sistema proporzionale con formula d'Hondt applicato alle elezioni politiche, e che decide a maggioranza di 2/3 dei componenti sulle proposte formulate dai partiti; in merito al pluralismo territoriale, i restanti 8 giudici sono invece nominati con una maggioranza di 2/3 dei suoi membri direttamente dal *Bundesrat*, organo propriamente rappresentativo – in virtù della sua composizione¹⁶⁰ – degli enti federati, senza che le raccomandazioni della commissione costituita dai rappresentanti dei Governi di tutti i *Länder* a supporto della Camera stessa possa con le sue raccomandazioni vincolare la decisione finale di quest'ultima.

Il bilanciamento tra legittimazione politica e legittimazione territoriale previsto dal dato positivo appena richiamato può anche in questo caso considerarsi sconfessato dalle evidenze empiriche.

Posto come in relazione al pluralismo politico il peso attribuito al comitato d'elezione sia stato sino ad oggi ritenuto in dottrina poco coerente, per la particolare composizione di quest'ultimo sostanzialmente riflessiva del bipolarismo SPD-CDU/CSU – oggi peraltro messo in discussione dall'ascesa del partito di destra AfD¹⁶¹ – con l'originale intento dei costituenti di affidare la selezione dei giudici costituzionali al *plenum* del *Bundestag*, come tale riflessivo di tutti i partiti in esso presenti¹⁶², con riguardo al pluralismo di natura territoriale, deve segnalarsi come la maggioranza dei 2/3 richiesta per l'elezione di ogni giudice nel *Bundesrat*, in virtù della composizione di quest'ultimo e della regola secondo cui tutti i rappresentanti di uno stesso *Land* sono chiamati a votare omogeneamente – così imponendosi per l'intesa sul giudice da eleggere l'accordo di almeno 9 *Länder* su 16¹⁶³ –, faccia sostanzialmente in modo che la selezione dei giudici provenienti dalla camera territoriale costituisca non tanto il frutto di un'intesa tra *Länder*, quanto l'esito di accordi

¹⁵⁹ Sul punto cfr. Luther J., *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1991, 2478 ss; Id., *Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il...* op. cit., 478-479.

¹⁶⁰ Il *Bundesrat* è infatti composto da rappresentanti dei Governi dei *Länder* in misura differenziata a seconda della estensione di questi ultimi.

¹⁶¹ Tale ascesa è vista con preoccupazione nel dibattito costituzionalistico tedesco in virtù del rischio di *Court Packing* che potrebbe eventualmente interessare in futuro il Tribunale Costituzionale Federale, data la natura non costituzionale della *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. A questo proposito è in corso un dibattito in Germania in merito alla possibile costituzionalizzazione delle regole sull'elezione e sulla durata del mandato dei giudici costituzionali. Per alcune prime riflessioni sul punto cfr. Caterina E., *La Corte prima della tempesta: come premunire le corti costituzionali da futuri assalti? La situazione in Germania e in Italia*, in *Blog di Diritti Comparati*, 15 febbraio 2024.

¹⁶² Cfr. Romano B., *L'organizzazione e il funzionamento del Bundesverfassungsgericht*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il...* op. cit., 716; Heidnbach M., *The election of the German Federal Constitutional Court's judges – A lack of democracy?*, in *Ritsumeikan Law Review*, 31/2014, 153 ss.

¹⁶³ In ogni caso, come notato da Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 34, l'opposizione congiunta dei 4 *Länder* maggiori (Baviera, Baden-Württemberg, Nordrheinwestfalen e Niedersachsen) è in grado di bloccare qualsiasi accordo.

politici posti in essere sulla falsariga delle dinamiche politico-partitiche presenti a livello federale¹⁶⁴.

4.2 La Corte Suprema statunitense: un'eterogenesi dei fini

Il prevalere del canale di legittimazione politica rispetto a quello territoriale appena descritto con riferimento alla selezione dei giudici di Karlsruhe è un fenomeno riscontrabile altresì nell'esperienza costituzionale statunitense ove, in particolare, la laconicità del dettato costituzionale – indicante all'art. II, sez. 2 co. 2 esclusivamente l'attribuzione del potere di *appointment* dei 9 *justices* al Presidente previo *advice and consent* del Senato – ha presto consentito, tramite un processo di eterogenesi dei fini, che la scelta presidenziale così come bilanciata dal controllo e consenso senatoriale si concretasse in una questione dai tratti esclusivamente politici.

Si è parlato di eterogenesi dei fini in quanto, se si riprendono i lavori della Convenzione di Philadelphia, può notarsi come inizialmente lo *sharing power* tra il Capo dell'Esecutivo e la Camera alta del Congresso delineato dalla Costituzione federale avesse costituito il frutto di un compromesso raggiunto tra *Founding Fathers* tramite la conciliazione di tre diverse istanze. In particolare, a chi sosteneva come la nomina dovesse spettare al Presidente senza il coinvolgimento del legislativo per evitare il crearsi e lo svilupparsi di fazioni, si opponevano coloro che vedevano in tale attribuzione esclusiva del potere di nomina – riguardante, peraltro, anche i giudici federali oltre a quelli del supremo consesso – i tratti di un potere quasi monarchico riconosciuto in capo al Presidente. Un'ipotesi, quest'ultima, fortemente paventata altresì – spostandosi sulle dinamiche legate al federalismo – dagli Stati territorialmente piccoli nei confronti degli Stati più grandi e pertanto più popolosi¹⁶⁵.

È evidente, dunque, come il compromesso raggiunto dai Padri Costituenti – non a caso pervenuto a seguito dell'accordo sullo stesso sistema di elezione del Presidente e sull'equa rappresentanza degli Stati in Senato – si fosse posto quale punto di equilibrio tanto dei rapporti tra i poteri dello Stato, quanto – ed è quanto qui più interessa – delle tensioni tra sovranità nazionale e sovranità statali. Gli Stati più piccoli vedevano infatti in un Senato così paritariamente composto un organo strutturalmente attrezzato a bilanciare il potere presidenziale¹⁶⁶.

¹⁶⁴ «Il requisito della maggioranza qualificata, pur rispettando una parità formale tra i due organi del Bundestag e del Bundesrat, di fatto sembra agire più come impulso per la concertazione tra i partiti politici che non per quella tra *Länder*». In questi termini Luther J., *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, in Anzon A., Azzariti G., Luciani M. (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, 80. Schönherger C. (Schönherger C., *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in Jestaedt M., Lepsius O., Möllers, Schönherger C., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlino, 2011, 19) evidenzia, tuttavia, come la cooperazione tra SPD-CDU/CSU abbia contribuito a un equilibrio all'interno della Corte non solo di carattere politico, ma altresì – *inter alia* (confessionale e di genere) – territoriale.

¹⁶⁵ Sui lavori della Convenzione di Philadelphia cfr. Strauss D.A., Sustain C.R., *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, 1491 ss.

¹⁶⁶ Fabiano L., *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 63-64.

La significativa evoluzione alla quale la Federazione e, con essa, la figura del Presidente e del Senato è andata incontro nel corso degli anni ha, tuttavia, mutato il quadro appena descritto: 1) *nomination* presidenziale, 2) considerazione da parte del Senato e 3) *appointment* finale affidata sempre al Presidente hanno presto assunto i tratti di una scelta di indirizzo politico controbilanciata da un controllo senatoriale parimenti politico¹⁶⁷. Si consideri, a tale ultimo proposito, come la previsione a partire dal 1913 dell'elezione dei membri della Camera alta da parte delle rispettive popolazioni abbia di fatto portato i senatori, in sede di *advice and consent* per le nomine presidenziali, a essere influenzati non tanto dagli organi statali quanto dai propri elettori e, più in particolare, dai partiti politici di appartenenza¹⁶⁸.

Quella dell'*advice and consent* senatoriale costituisce peraltro solo la fase conclusiva di un procedimento che nella prassi vede il Presidente impegnato, dapprima, nell'individuazione del candidato mediante il coinvolgimento degli apparati interni dell'Esecutivo¹⁶⁹ e, successivamente, in un'attività di consultazione relativamente al candidato informalmente scelto con soggetti esterni all'Amministrazione stessa, tra i quali¹⁷⁰ figurano altresì, secondo una pratica definita di *senatorial courtesy*¹⁷¹, i leader dei partiti presenti in Senato, i senatori dello Stato di provenienza del nominando e i membri della *Senate Judiciary Committee*. Alle consultazioni da ultimo richiamate, e prodromiche alla formale nomination presidenziale, succede poi la fase dei *confirmation hearings* – oggetto di ampia copertura mediatica – dinanzi alla *Judiciary Committee* stessa nonché, da ultimo, il voto definitivo da parte del *plenum*, in un quadro che, anche prescindendo dalle ipotesi estreme – e di recente verificatesi¹⁷² – di ostruzionismo da parte della minoranza tramite il c.d. *filibuster* e della conseguente *nuclear option* ad esso utile a ovviarvi, si denota per evidenti ed esclusivi tratti di politicità, non scevri, in particolare nelle ipotesi di *divided government*, da possibili

¹⁶⁷ Toniatti R., “Appointing power” e indirizzo politico: le recenti nomine del Presidente Reagan alla Corte suprema, in *Quaderni costituzionali*, 1/1987, 187 ss; Vanoni L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2017, 837 ss.

¹⁶⁸ L'elezione popolare dei senatori è stata prevista nel 1913 con l'adozione del XVII emendamento. In precedenza, ai sensi dell'art. I, sez. 3, co. 1 della Costituzione, i senatori venivano eletti dai legislativi degli Stati. Sul punto cfr. Rinella A., Tobia M., *I giudici costituzionali...* op. cit., 424.

¹⁶⁹ Per l'individuazione e il vaglio dei possibili candidati il Presidente si consulta con il *Justice Department*, il *Deputy Attorney General* e, più di recente, con il *Federal Bureau of Investigation*. Cfr. Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 37.

¹⁷⁰ Può qui segnalarsi la consultazione del *Chief Justice* della Corte Suprema, invitato a esprimere pareri sull'eventuale futuro collega, nonché quella – talvolta posta in essere – dell'*American Bar Association*.

¹⁷¹ Abraham H.J., *Justices, Presidents and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, New York, 1999, 19-20.

¹⁷² Il riferimento è alla nomina da parte del Presidente Trump del giudice Gorsuch ad aprile del 2017, resa possibile tramite il ricorso alla c.d. *nuclear option* da parte dei senatori repubblicani, i quali, modificando in via sostanziale il Regolamento del Senato, hanno abbassato dai 3/5 a 51 voti la soglia per l'azionabilità della *cloture motion*, unico strumento in grado di porre fine al dibattito in Aula altrimenti non dotato di limiti temporali e come tale idoneo ad consentire l'ostruzionismo da parte della minoranza. Sulla vicenda Gorsuch e sull'utilizzo della *nuclear option* cfr. Conti G., *Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *federalismi.it*, 9/2017, 2 ss; Vanoni L.P., *La nomina dei...* op. cit., 845 ss.

degenerazioni danti luogo a incidenti costituzionali¹⁷³.

Alla luce di quanto brevemente esposto, e riprendendo ermeneuticamente quanto sostenuto in dottrina circa il quantomai precoce affermarsi della disciplina relativa alla composizione della Corte Suprema quale strumento non tanto utile – come previsto originariamente dal disposto costituzionale – al bilanciamento delle istanze legate alla forma di Stato, quanto alla composizione non sempre agevole degli equilibri legati alla forma di governo¹⁷⁴, è possibile sostenere come il caso statunitense rappresenti nella maniera più emblematica il recedere del canale di legittimazione territoriale rispetto a quello di carattere eminentemente politico nel concreto articolarsi delle modalità pluralistiche di selezione dei giudici.

Ove, tuttavia, il caso statunitense “recupera” agli occhi dell’osservatore, quantomeno inizialmente, la dimensione territoriale nella composizione della Corte Suprema è nella declinazione “soggettiva” del principio pluralistico di cui si è accennato in premessa.

Dei termini di questo – per così dire – riequilibrio si darà tuttavia conto nelle pagine che seguono, costituendo il riferimento al supremo consesso di Washington un utile punto di avvio per le riflessioni riguardanti il principio del *fair reflection of society* succitato.

PARTE II

IL PLURALISMO “SOGGETTIVO” NELLA COMPOSIZIONE DELLE CORTI

1. Una premessa di metodo

Nei primi passaggi del presente capitolo si è già avuto modo di accennare come con “declinazione in chiave soggettiva” del principio pluralistico si intenda fare riferimento a come quest’ultimo informi i diversi criteri che guidano la selezione dei giudici costituzionali o supremi da parte dei soggetti istituzionali variamente – come visto – chiamati ad assolvere a questo compito.

Si tratta, quest’ultima, di una prospettiva che privilegia e incentra l’analisi attorno alla figura del giudice, mettendola in questo caso, tuttavia, in stretto rapporto con la complessità e le diversità del contesto sociale nel quale è chiamato a operare.

Le riflessioni attorno alla dimensione soggettiva del giudice costituzionale o supremo possono, invero, altresì riguardare l’elemento dell’indipendenza (e della conseguente

¹⁷³ Parla di “incidente costituzionale” Osti A., *La nomina dei...* op cit., 41 nel commentare la nota vicenda della fallita nomina del giudice Garland da parte di Obama nel 2016. A fronte della presentazione della nomina del giudice Garland da parte del Presidente il 16 marzo 2016 in sostituzione del giudice Scalia, la *Senate Judiciary Committee* si rifiutò di fissare i *confirmation hearings*, sostenendo, da un lato, come l’art. II sez. 2 non imponesse alcun dovere in capo al Senato di prendere in considerazione ogni candidatura mediante un voto, e dall’altro, come il Senato avesse l’autorità di determinare se sussistessero circostanze politiche tali da mettere in dubbio la validità della nomina. A tale ultimo proposito, i Senatori sostenevano come la nomina di Obama fosse nulla in quanto intervenuta nell’anno delle elezioni e come si dovesse consentire al popolo americano di pronunciarsi, anche se in via indiretta, sul giudice che avrebbero voluto alla Corte Suprema. Sulla vicenda Garland cfr. Vanoni L.P., *La nomina dei...* op. cit., 840; Eckerstrom P.J., *The Garland Nomination, the Senate’s Duty, and the Surprising Lessons of Constitutional Text*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 21, 1/2018, 34 ss.

¹⁷⁴ Calamo Specchia M., Fabiano L., *Le Corti costituzionali...* op. cit., 272.

imparzialità)¹⁷⁵ – dando ad esempio rilievo a fattori quali la durata della carica, la rinnovabilità o meno del mandato, l’inalterabilità, il trattamento economico dei membri e l’autonomia finanziaria dell’istituzione – nonché il tema dei requisiti tecnico-professionali richiesti, atti a loro volta a rafforzare l’indipendenza dell’organo accentuandone il carattere giurisdizionale, ed ai quali possono legarsi altresì considerazioni in ordine al c.d. *high moral character* del giudice, tali da unire al vaglio del profilo e della caratura pubblico-professionale anche alcuni e – non sempre ben individuabili – aspetti della vita privata di quest’ultimo¹⁷⁶.

Tuttavia, come accennato, ciò che si intende indagare in questa sede è precipuamente il legame “riflessivo” intercorrente tra la componente soggettiva degli organi di giurisdizione costituzionale, da un lato, e il pluralismo – *inter alia* – territoriale, culturale, etnico, linguistico, giuridico, religioso, di genere espresso dai diversi contesti ordinamentali considerati, dall’altro, nella consapevolezza, tuttavia, di come un simile approccio non debba leggersi come slegato, bensì come intimamente connesso – come avrà modo di vedersi – tanto alla dimensione dell’indipendenza quanto a quella dei requisiti di ordine tecnico-professionale prima menzionate.

Il principio del *fair reflection* qui meramente suggerito pone sicuramente rilevanti interrogativi in relazione alla concezione classica della giurisdizione, anche costituzionale, affiancando in particolare al dato per il quale le Corti costituzionali o supreme risultino, ai fini – come visto – della loro legittimazione, pluralisticamente attrezzate, la circostanza per

¹⁷⁵ È Russell P.H., *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in O’Brien D.M., Russell P.H. (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, Charlottesville, 2001, 2, a definire efficacemente l’imparzialità come «*sister concept*» dell’indipendenza del giudice, facendo in questo modo riferimento a come la prima si ponga in un certo senso a completamento della seconda in base all’assunto per il quale un giudice la cui indipendenza sia adeguatamente garantita avrà modo di esercitare la sua funzione in maniera imparziale. Altrettanto efficaci paiono le parole di Cappelletti M., *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988, 21 che, con riferimento all’indipendenza, la descrive come “il mezzo inteso a salvaguardare un altro valore – connesso certamente, ma diverso e ben più importante del primo – ossia l’imparzialità del giudice”. Fusco A., *L’indipendenza dei custodi...* op. cit., 33 paragona il rapporto indipendenza-imparzialità a quello essere-divenire: secondo l’A. mentre la prima connota il giudice nella sua posizione istituzionale e in ottica dunque statica, la seconda lo inquadra nel concreto e dinamico svolgersi della sua attività giurisdizionale. Più in generale, a un approccio atto a privilegiare l’analisi della composizione delle Corti costituzionali e supreme lungo il filo conduttore del rapporto composizione-indipendenza-legittimazione è improntato il volume curato da Calamò Specchia M. (Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit.).

¹⁷⁶ La valutazione dell’*high moral character* è un concetto magmatico, non immune, soprattutto con riguardo ai profili della vita privata del soggetto potenzialmente selezionato, da possibili abusi o strumentalizzazioni da parte del soggetto o dei soggetti chiamati a selezionare. In un quadro sicuramente eterogeneo, utili indicazioni pervengono dall’esempio della *Judicial Appointments Commission* inglese che, nella sua *Good Character Guidance*, accostando all’*high moral character* “*the highest standards of behaviours in (...) professional, public and private lives*” individua tutte le circostanze oggetto di valutazione ai fini della nomina, annoverandovi la presenza di eventuali condanne, i casi di bancarotta o fallimenti, problemi ordine fiscali o l’irrogazione di sanzioni amministrative non di lieve entità, la presenza di insolvenza debitoria e la sottoposizione del selezionando a ingiunzioni di pagamento, procedimenti disciplinari, processi civili in particolare legati alla negligenza professionale. Sull’*high moral character* quale criterio di selezione dei giudici costituzionali o supremi cfr. Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 84-90.

la quale esse vengano come tali altresì percepite¹⁷⁷.

Prima, tuttavia, di ricostruire le coordinate teoriche del principio richiamato – che a tali interrogativi tenteranno di dare risposta – e di verificarne l’eterogenea applicazione in alcune esperienze costituzionali emblematiche, può essere utile, come si diceva, riprendere la riflessione sulla Corte Suprema statunitense e sugli “spunti” (o “aneliti”) pluralistici che dall’analisi della sua dimensione soggettiva traspaiono – sebbene in via convenzionale – a partire dalla necessitata risposta a quella eterogenesi dei fini sopra citata.

2. Bagliori di *fair reflection*: la Corte Suprema statunitense come *trait d’union*

A dispetto della più volte citata torsione in senso politico della dimensione oggettiva del principio pluralistico caratterizzante le nomine alla Corte Suprema, è qui importante segnalare come i primi sessant’anni di storia costituzionale americana consegnino all’osservatore un supremo consesso impegnato, relativamente al dato soggettivo della sua composizione, a soddisfare – bilanciandole – le diverse istanze di rappresentazione¹⁷⁸ provenienti dai diversi Stati della neonata Federazione¹⁷⁹. Uno sforzo, quest’ultimo, successivamente monopolizzato, in particolare a partire dal 1850, dal divario tra Nord e Sud del Paese e dai tentativi – poi risultati vani alla luce dell’esplosione della guerra civile – di ricomporre le forti tensioni a esso riconducibili¹⁸⁰.

Quello dell’equilibrio territoriale nella composizione della Corte rimane peraltro ancora oggi un obiettivo cui il processo di nomina propende, sebbene in via convenzionale e non tassativamente, in particolare tramite la ricerca della contemporanea presenza all’interno del supremo consesso di giudici provenienti da Stati del nord, del sud, dell’est e dell’ovest¹⁸¹. E tuttavia, nel corso della storia della Corte Suprema sono altri gli itinerari lungo i quali il principio pluralistico, così come soggettivamente declinato, ha avuto modo di articolarsi con maggiore incisività. Al netto del periodo – occorso tra gli anni ’80 dell’Ottocento e la prima metà del XX secolo – nel quale ragioni di politica economica hanno prevalso nell’informare non senza risvolti traumatici la nomina dei giudici supremi¹⁸², vuole qui farsi riferimento all’attenzione rivolta, a partire dalla metà degli anni ’50 del secolo scorso, alla proiezione

¹⁷⁷ Suggestive appaiono a questo proposito, sebbene in un differente contesto, le parole pronunciate da Gordon Hewart, Lord Chief Justice of England in una nota sentenza del 1924 (*R v Sussex Justices, ex parte McCarthy*) ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233) riguardante l’imparzialità e la riconsiderazione dei giudici, secondo cui “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”.

¹⁷⁸ Sull’uso, voluto, del termine “rappresentazione” si discorrerà in seguito.

¹⁷⁹ Fabiano L., *Legittimità e indipendenza*...op. cit., 68 e dottrina ivi citata.

¹⁸⁰ Abraham H.J., *Justices, Presidents and*...op. cit., spec. capitoli 5 e 6.

¹⁸¹ Rinella A., Tobia M., *I giudici costituzionali*...op. cit., 425 e, più di recente, Osti A., *La nomina dei*...op. cit., 101.

¹⁸² Nota è la minaccia di *Court Packing* Rooseveltiana (che nel quadro del *Reorganization of the Judiciary Bill* del 1937 prevedeva la possibilità per il Presidente di nominare un nuovo giudice della Corte suprema per ogni giudice ancora in carica che avesse superato il settantesimo anno di età), inserita all’interno dello scontro tra le politiche riconducibili al c.d. New Deal promosse dal Presidente democratico e le politiche di *laissez faire* favorite, invece, dalla Corte Suprema. Sul *Court Packing Plan* cfr., ex plurimis, Carson J.L., Kleinerman B.A., *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR’s court-packing plan*, in *Public Choice*, vol. 113, 2002, 301 ss.

all'interno della Corte Suprema – nel segno della c.d. *judicial diversity* – della complessità demografica e sociale del Paese.

Se infatti il fattore religioso aveva avuto modo di farsi strada già nel 1836, tramite la nomina del primo giudice cattolico in un collegio di soli *justices* protestanti¹⁸³, per affermarsi poi più compiutamente¹⁸⁴ tramite, ad esempio, la nomina nel 1916 del primo giudice di fede ebraica¹⁸⁵, risalgono rispettivamente al 1967 e al 1981 le nomine alla Corte di Thurgood Marshall, primo giudice di origine afro-americana, e di Sandra O'Connor, prima giudice donna, in un percorso che ha condotto a ritenere oggi necessaria, sebbene – lo si ricorda ancora – per convenzione, la presenza nel supremo consesso di almeno un giudice cattolico (*Catholic seat*), almeno uno di fede ebraica (*Jewish seat*), almeno una giudice donna (*Woman seat*), almeno un giudice di colore (*Black Seat*), nonché, più di recente, con la nomina nel 2009 della giudice Sonia Sotomayor, di un giudice di origine ispanica (*Latin seat*).

L'incidenza dei fattori territoriale, religioso, razziale, di genere qui brevemente richiamati, e presenti quali declinazioni del pluralismo “soggettivo” posto a fondamento della composizione della Corte Suprema statunitense, non deve, tuttavia, essere sovrastimata.

Va infatti rammentato come il supremo consesso si collochi – peraltro coerentemente da un punto di vista giurisprudenziale¹⁸⁶ – all'interno di un contesto ordinamentale generalmente caratterizzato da un approccio – per usare un'espressione efficacemente proposta in dottrina – «liberale-agnostico» relativamente al trattamento della diversità, con ciò riferendosi a una certa indifferenza – peraltro preceduta da un controverso passato repressivo-segregazionista – al riconoscimento giuridico delle differenti comunità presenti nel Paese. In particolare, l'idea della nazione americana quale concetto onnicomprensivo e al di fuori del quale non sia possibile contemplare nuove nazioni disegna un quadro in cui, a fronte di un generalizzata attenzione alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e – con essa – al riconoscimento del principio di uguaglianza in senso formale, rilevanti difficoltà incontra invece l'affermazione dell'uguaglianza in senso sostanziale, *humus* istituzionale necessario per la tutela dei diritti dei gruppi minoritari¹⁸⁷.

¹⁸³ Il riferimento è alla nomina da parte del Presidente Jackson del giudice Roger B. Taney.

¹⁸⁴ Il fattore religioso fu infatti inserito tra gli elementi utili alla scelta del candidato alla Corte sia dal Presidente Hoover nel 1932 che da Roosevelt nel 1939, andandosi così a definire il segno vacante come “Jewis seat”.

¹⁸⁵ Il riferimento è alla nomina da parte del Presidente Wilson di Louis Brandeis.

¹⁸⁶ Il riferimento è alla sostanziale lettura da parte della Corte Suprema delle *affirmative actions* – strumenti potenzialmente forieri di un atteggiamento “promozionale” (secondo la classificazione proposta da Toniatti R., *Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati*, in Bonazzi T., Dunne M., (a cura di) *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, 273 ss., nonché Marko J., *Equality and Difference: Political and Legal Aspects of Ethnic Group Relations*, in Matscher F. (a cura di), *Vienna International Encounter on Some Current Issues Regarding the Situation of National Minorities*, Kehl, 1997, 67 ss. e ripresa da Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato...op. cit.*, 43 ss. sul trattamento giuridico delle differenze) da parte di un ordinamento nei confronti della diversità – come una deviazione e non una concretizzazione del principio di uguaglianza, per tanto tollerabili solo se transitorie. Sul punto cfr. Leone S., *Costituzione Americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, 1/2024, 26 ss.

¹⁸⁷ Sull'esperienza costituzionale statunitense descritta come ordinamento “liberale-agnostico” nei confronti delle differenze cfr. Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato...op. cit.*, 283 ss.

Nella medesima ottica può peraltro considerarsi altresì la lettura tutta statunitense del multiculturalismo secondo la nota metafora del *melting pot*¹⁸⁸, quale concetto in grado di rappresentare la volontà di assimilare le differenze culturali presenti nel Paese all'interno e sotto l'egida di un sistema unitario, che vede la società americana, tramite un processo di omologazione culturale, finire per identificarsi in una cultura nazionale unitaria portatrice di valori in grado di incorporare le plurime culture e tradizioni animanti una società eterogenea¹⁸⁹.

Il quadro succintamente richiamato porta, come detto, a ridimensionare dunque il peso ricoperto dalle molteplici declinazioni in chiave soggettiva del principio pluralistico all'interno della Corte, soprattutto ove si consideri come il vero fattore posto al centro della dialettica più o meno accesa tra Presidente e Senato in sede di *nomination* e successivo *advice and consent* attenga all'orientamento politico o, *rectius*, ideologico del soggetto selezionato, in un processo considerato fondamentale per la vita costituzionale del Paese e non a caso oggetto di grande attenzione mediatica¹⁹⁰.

E tuttavia, il richiamo all'esperienza statunitense consente di traghettare l'attenzione verso quegli ordinamenti nei quali, invece, le relative istanze del pluralismo si connotano per un carattere così strutturale, in quanto legate al patto costituzionale dell'ordinamento medesimo posto alla base, da imporre una loro rappresentazione o visibilità nella composizione della rispettiva Corte suprema o costituzionale. Rappresentazione, quest'ultima, che assurge, nelle ipotesi menzionate, a condizione stessa di esistenza e operatività della Corte medesima, e che non a caso rinviene la propria fonte nel dato positivo, sovente di rango costituzionale. Occorre a questo punto non indugiare oltre e approfondire i profili teorici del principio del *fair reflection of society*, che dei casi da ultimo accennati – ma non solo come avrà modo di vedersi – costituisce sede ermeneutica di sussunzione.

¹⁸⁸ Sul punto cfr., *ex plurimis*, Miller J.J., *The Unmaking of Americans: How Multiculturalism Has Undermined the Assimilation Ethic*, New York, 1998; Fleras A., *The Politics of Multiculturalism*, New York, 2009; Parekh B., *Rethinking Multiculturalism, Cultural Diversity and Political Theory*, New York, 2017.

¹⁸⁹ Rinella A., *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020, 285.

¹⁹⁰ In parziale controtendenza con quanto affermato è, tuttavia, importante segnalare come la nomina nell'aprile del 2022 di Ketanji Brown Jackson, prima giudice donna afroamericana alla Corte Suprema, da parte del Presidente Biden possa leggersi quale espressione della volontà politica presidenziale, sostenuta da tutti i 50 senatori democratici oltre a 3 repubblicani, di ricucire il tessuto sociale statunitense, contraddistinto negli ultimi anni da numerosi episodi di uso illegittimo della forza da parte della polizia nei confronti dei cittadini di colore, frequentemente motivati da pregiudizi di ordine razziale, e che hanno dato luogo all'insorgere di proteste, culminate poi nella formazione del movimento *Black Lives Matter*. Sul significato della nomina del justice Ketanji Brown Jackson cfr. Romeo G., *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2022, 705-714.

SEZIONE I

IL PRINCIPIO DEL *FAIR REFLECTION OF SOCIETY*: IL QUADRO TEORICO

1. Note preliminari

«The process and standards of judicial selection shall give due consideration to the principle of fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects. Taking into consideration the principle of fair reflection by the judiciary of the society in all its aspects, in the selection of judges, there shall be no discrimination on the grounds of race, colour, gender, language, religion, national or social origin, property, birth or status, subject however to citizenship requirements»¹⁹¹.

«The process and standards of judicial selection must insure fair representation of all social classes, ethnic and religious groups, ideological inclinations and where appropriate, geographical regions. The representation should be fit and not numerically or accurately proportional»¹⁹².

Queste parole, riportate rispettivamente nel *Mount Scopus Approved Revised International Standards of Judicial Independence* – documento di origine accademica e forense adottato presso l'Università Ebraica di Gerusalemme nel 2008 nel solco di quanto già previsto dalla Dichiarazione universale sull'indipendenza del potere giudiziario di Montréal del 1983¹⁹³ – e dall'*International Bar Association Code on Minimum Standards of Judicial Independence* approvato a Nuova Delhi nel 1982, rappresentano un primo strumento di inquadramento e comprensione di quel concetto che, definito da autorevole dottrina come «principio di differenziazione o di contestualizzazione della giurisdizione»¹⁹⁴, descrive l'esigenza, avvertita negli ordinamenti territorialmente e culturalmente composti, che il pluralismo in essi presenti venga riflesso nell'organizzazione e nella composizione dell'apparato giurisdizionale¹⁹⁵ e che, sebbene applicabile al potere giudiziario onnicomprensivamente inteso, qui si approfondirà in relazione alla composizione delle Corti costituzionali o

¹⁹¹ [Mount Scopus Approved Revised International Standards of Judicial Independence](#), par. 2.15 e 2.15.1.

¹⁹² Cit. in Shetreet S., *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in Id (a cura di), *Women in Law*, Londra-Cambridge, 1998, 189.

¹⁹³ [Universal Declaration on The Independence of Justice](#), par. 2.13.

¹⁹⁴ Toniatti R., *Il principio del «reflective judiciary» e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali negli organi giurisdizionali degli ordinamenti composti: una ricognizione del fenomeno e primi spunti ricostruttivi*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Trento, 2023, 137. Cfr. altresì quanto sostenuto da Dziedzic A., *Foreign judges on Pacific Courts: Implications for a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, 69 che – rifacendosi a quanto scritto da Rackley E., *Women, Judging and the Judiciary: From Difference to Diversity*, Milton Park-Abingdon, 2013, 24 per la quale il “reflective judiciary” richiede “a membership of individuals with a wide variety of backgrounds, cultures, opinions, styles and perspectives and that the judiciary should not be restricted to or dominated by a single group” – afferma che “In most cases, a reflective judiciary requires that diverse identity groups within the citizenry, in terms of gender, ethnicity, territorial origin, religion or linguistic affiliation, are included in the composition of the judiciary”.

¹⁹⁵ Cfr. Turenne S. (a cura di), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Berlino, 2015.

supreme, principali garanti – per le ragioni esplorate in precedenza – del pluralismo appena citato.

Per la verità, all'affermazione dell'importanza del principio del *fair reflection of society* e, più nello specifico, della partecipazione delle minoranze con riferimento al potere giudiziario può ricondursi altresì quanto previsto a livello OCSE sia dalla Dichiarazione di Copenaghen del 1990, ove si legge che «*The participating States recognize that the questions relating to national minorities can only be satisfactorily resolved in a democratic political framework based on the rule of law, with a functioning independent judiciary*»¹⁹⁶, nonché dalle Raccomandazioni di Lund sull'effettiva partecipazione delle minoranze nazionali alla vita pubblica del 1999, il cui punto 6, con riferimento alla partecipazione al processo decisionale, recita che «*States should ensure that opportunities exist for minorities to have an effective voice at the level of the central government, including through special arrangement as necessary. These may include, depending upon the circumstances: special representation of national minorities, for example, [...] formal or informal understandings for allocating to members of national minorities [...] seats on the supreme or constitutional court or lower courts*»¹⁹⁷.

Da ultimo, anche il documento *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* adottato nel 2006 dall'*United Nations Economic and Social Council (ECOSOC)* in forma di risoluzione e nel solco degli *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary* del 1985, pur non occupandosi di composizione degli organi giurisdizionali, nel raccomandare ai giudici alcuni comportamenti basati sui valori di base della funzione giurisdizionale e includendo tra i contenuti applicativi del principio di eguaglianza la previsione per cui «*A judge shall be aware of, and understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes ("irrelevant grounds")*»¹⁹⁸, nonché – nel relativo Commentario – il c.d. *Duty to be responsive to cultural diversity*¹⁹⁹, può leggersi come teso a dare rilevanza al rapporto pluralismo-giurisdizione.

¹⁹⁶ [Document of The Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of The CSCE](#), sec. 30.

¹⁹⁷ [The Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities, and Explanatory Note, September 1999](#), punto 6. Si veda altresì quanto sancito nel principio n. 5 contenuto nelle Raccomandazioni di Graz su accesso alla giustizia e minoranze nazionali adottate dall'Alto Commissario OSCE per le minoranze nazionali nel 2017, ove si prevede che «*The composition of courts, tribunals, prosecution offices, law-enforcement agencies, correctional services, enforcement agencies (or bailiffs) and human rights institutions, should aim to reflect the diversity of the population at all levels*». Cfr. [The Graz Recommendations on Access to Justice and National Minorities & Explanatory Note, November 2017](#).

¹⁹⁸ [The Bangalore Principles of Judicial Conduct](#), par. 5.1.

¹⁹⁹ «*It is the duty of a judge not only to recognize, and be familiar with cultural, racial and religious diversity in society, but also to be free of bias or prejudice on any irrelevant grounds. A judge should attempt, by appropriate means, to remain informed about changing attitudes and values in society, and to take advantage of suitable educational opportunities (which ought to be made reasonably available) that will assist the judge to be, and appear to be, impartial. However, it is necessary to take care that these efforts enhance, not detract from, the judge's perceived impartiality*». Il testo del Commentario è disponibile su [Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, The Judicial Integrity Group, March 2007](#).

Fatto questo breve richiamo a tali documenti internazionali dal valore evidentemente non vincolante, una ricostruzione in chiave teorica del principio del *fair reflection of society* può – a parere di chi scrive – essere utilmente affrontata scindendo il lemma in parola.

A questo proposito, dopo aver affrontato, a partire dal termine *society*, il tema della diversità quale concetto descrittivo onnicomprensivamente e dinamicamente in grado di fotografare il pluralismo e la complessità sociale che il diritto lega tradizionalmente, a fini regolativi, alla condizione delle minoranze, con riferimento poi all'espressione *fair reflection* si indagherà se e in quali termini il potere giudiziario e, più nello specifico, le Corti costituzionali o supreme possano dirsi nella loro composizione rappresentative o riflessive della complessità citata, quale sia la *ratio* di una simile scelta e quali i relativi rischi in termini tanto di indipendenza quanto di imparzialità delle stesse.

2. La diversità nelle società complesse: limiti e vantaggi di un approccio giuridico

«Pur non essendo in grado di definire i criteri che determinano l'esistenza di una minoranza, mi sento di dire che riconosco una minoranza quando la vedo». Le parole pronunciate – e qui riportate – da Max Van der Stoep, Alto Commissario OSCE delle minoranze nazionali, nel 1993 riescono con una certa efficacia a rappresentare come qualsiasi tentata definizione del concetto di minoranza sconti inevitabilmente un certo grado di relatività, legata sostanzialmente alla fisiologica difficoltà che il diritto incontra nell'esatto inquadramento a fini giuridico-regolativi di un fenomeno, come quello minoritario – ma il medesimo discorso può (e deve) estendersi più in generale al fenomeno della diversità –, la cui eterogeneità empirica vede la scienza giuridica mostrarsi meno attrezzata rispetto ad altre discipline quali l'economia, la storia, la sociologia, la scienza della politica.

E tuttavia, dinanzi all'assenza di criteri universalmente validi per l'identificazione di un gruppo come minoranza²⁰⁰, tale da rendere – come detto – difficile e per certi versi nemmeno auspicabile²⁰¹ l'accesso a una definizione generale del concetto *de quo*, porre l'attenzione sull'approccio giuridico al fenomeno mantiene la sua utilità per almeno due ordini di ragioni tra loro peraltro connesse.

La prima di queste è legata al fine che il diritto persegue nel momento in cui cerca una definizione: la predisposizione di strumenti giuridici tesi a edificare un trattamento

²⁰⁰ Ciononostante, non ci si può in questa sede esimere dal richiamare la celebre definizione elaborata da Capotorti (Capotorti F., *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, 1977) anche in virtù del suo utilizzo e richiamo in vari documenti internazionali nell'ambito delle Nazioni Unite nonché nell'ambito del Consiglio d'Europa. A tale ultimo proposito cfr. la Raccomandazione 1201/1993 dell'Assemblea parlamentare. Secondo l'autore minoranza è «un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua».

²⁰¹ L'inauspicità di una definizione di minoranza è sostenuta da Palermo F. in Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato*...op. cit., 14 in quanto, dinanzi all'estrema eterogeneità delle situazioni in cui versano i gruppi minoritari nei diversi contesti, una definizione univoca potrebbe negare, quantomeno parzialmente, la specialità e la diversità di ogni singolo caso.

differenziato. In questo senso, può essere utile ai fini di questo studio evidenziare come l'affermarsi del riconoscimento, della tutela e della promozione dei diritti delle minoranze, antesignano da un punto di vista storico e quantitativo di quello che oggi viene più efficacemente definito – data la pluralità di attori, fonti e istanze di differenziazione coinvolti – «governo delle differenze»²⁰², abbia rappresentato l'esito di un travagliato percorso storico che, sebbene avviatosi sul piano internazionale già a partire dal primo dopoguerra²⁰³, a livello statale ha invece trovato nell'avvento dello Stato costituzionale di diritto del secondo dopoguerra – se si guarda in particolare al contesto europeo – una tappa fondamentale. Se infatti il costituzionalismo liberale e i suoi dogmi avevano costituito il perfetto humus politico-filosofico per l'edificazione di un modello ordinamentale – quello dello Statonazione – che, in nome di una ricercata omogeneità etnico-nazionale accanto all'unicità della lingua e – ove possibile – della religione, aveva fatto dell'uniformità normativa rappresentata dalla fonte legislativa approvata dalla maggioranza lo strumento chiave per l'edificazione e la valorizzazione di un legame istituzioni-individuo, fondato su una lettura di cittadinanza indifferenziata²⁰⁴, che nessuno spazio o riconoscimento destinava alle formazioni o corpi c.d. intermedi²⁰⁵, lo Stato costituzionale di diritto, invece, ponendosi in netta discontinuità rispetto al modello statale richiamato tramite, in particolare, l'integrazione in chiave pluralistica del principio democratico, ha indubbiamente fornito, mediante una lettura in chiave sostanziale del principio di uguaglianza, le premesse e gli strumenti giuridico-costituzionali utili al riconoscimento di diritti collettivi in capo ai gruppi variamente qualificabili come “minoranze” in quei contesti ordinamentali caratterizzati da una forte frammentazione sociale ed in cui la condivisione da parte degli individui di elementi linguistici, etnici, nazionali, religiosi, filosofici “diversi” rispetto a quelli della maggioranza rendeva questi ultimi portatori di una comune identità collettiva²⁰⁶ meritevole, in quanto distinta, di apposita tutela e/o valorizzazione.

²⁰² Come già detto nell'introduzione a questo studio, l'espressione è proposta da Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato*...op. cit., 379 ss.

²⁰³ Cfr. Toniatti R., *Minoranze (diritti delle)*, voce *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1996.

²⁰⁴ Sul punto cfr. Toniatti R., *Minoranze e minoranze*...op. cit.

²⁰⁵ Per il suo carattere emblematico può essere utile qui riportare il testo del preambolo della Costituzione francese del 1791: «*L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dériveraient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus ni vénalité, ni hérédité d'aucun office public. Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution*».

²⁰⁶ Sebbene il concetto di identità possa essere utilizzato in relazione a qualsiasi fenomeno sociale, politico, nonché economico, la presenza di marker quali l'elemento nazionalistico, etnico, linguistico, religioso, storico-tradizionale, e la loro persistenza rende più agevole la costruzione di un'identità e rende quest'ultima altresì più forte. Sul punto cfr. Hobsbawm E., Ranger T. (a cura di), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1992.

In stretta connessione con quanto appena detto, e venendo alla seconda delle ragioni che motivano un approccio giuridico alla diversità, è importante segnalare come quest'ultimo abbia consentito l'edificazione in chiave teorica di una modellistica²⁰⁷ nella quale sussumere le differenti scelte ordinamentali offerte dal panorama comparato in relazione al trattamento delle minoranze e, più in generale, delle differenze. Una modellistica utile, pur nei suoi tratti idealtipici, a individuare quei contesti ordinamentali attorno ai quali poter efficacemente sviluppare – in virtù di un certo ruolo “costitutivo” al loro interno riconosciuto in capo ai gruppi presenti – riflessioni relative all'effettiva rappresentanza o, *rectius*, rappresentazione dei gruppi medesimi all'interno dei rispettivi organi giurisdizionali costituzionali o supremi. E dunque, mettendo evidentemente da parte gli ordinamenti inquadrati dalla modellistica citata come repressivi – in quanto protagonisti di una discriminazione attiva nei confronti della diversità – nonché quelli liberali – come tali attestanti su una posizione di sostanziale indifferenza rispetto al fenomeno minoritario –, l'attenzione volge necessariamente verso quelle realtà ordinamentali definite come promozionali e multinazionali, a seconda del diverso grado di visibilità istituzionale da esse conferito alle relative istanze di diversità, con conseguenti riflessi anche – ed è quanto qui interessa – in termini di composizione delle Corti costituzionali o supreme.

A questo proposito, sebbene il quadro empirico veda i singoli ordinamenti nutrirsi talvolta contemporaneamente di elementi riconducibili all'uno come all'altro dei due modelli richiamati, con un certo – e fisiologico – grado di approssimazione può qui tuttavia essere utile evidenziare come gli ordinamenti ispirati dal principio promozionale si distinguano per una lettura del riconoscimento, della tutela e della – non a caso – promozione delle minoranze come valori fondanti: dinanzi alla presenza di un gruppo nazionale dominante, uno o più gruppi minoritari vengono infatti considerati quali elementi strutturali dello Stato. Si giustificano in tal senso azioni positive *ad hoc* poste in essere dall'ordinamento in favore di questi ultimi derogando alla disciplina generale. Dove non si può parlare di deroga, rappresentando la differenziazione la disciplina ordinaria e generale, è, invece, negli ordinamenti qualificati come multinazionali. Prescindendo dal dato numerico, in tali modelli ordinamentali l'istituzionalizzazione dei gruppi, qualificabili più propriamente come costitutivi e non come minoritari, costituisce infatti la cartina al tornasole di un patto costituzionale che dal consenso tra i gruppi medesimi ineludibilmente deriva. In questo senso, la rappresentazione istituzionale dei gruppi assurge a *conditio sine qua non* per l'esistenza stessa e la tenuta dell'intero edificio costituzionale²⁰⁸.

Si è già accennato a come la distinzione tra modello promozionale e multinazionale non debba intendersi in termini netti, bensì vada osservata tramite una lente caleidoscopica utile

²⁰⁷ Il riferimento è alla classificazione proposta, come già richiamato nella nota n. 182, da Toniatti R., *Minoranze e minoranze...* op. cit., 273 ss, nonché da Marko J., *Equality and Difference...* op. cit., 67 ss. e ripresa da Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato...* op. cit., 43 ss.

²⁰⁸ Per un'analisi degli elementi distintivi degli ordinamenti promozionali e multinazionali cfr. Palermo F., Woelk, *Diritto Costituzionale Comparato...* op.cit., 53-69.

a cogliere nelle esperienze ordinamentali concrete elementi dell'uno e dell'altro modello. L'individuazione di un'esatta linea di demarcazione tra i due modelli proposti non costituisce peraltro imperativo ineludibile per il prosieguo di tale studio nella misura in cui si considera come tanto gli ordinamenti promozionali quanto quelli multinazionali siano accomunati – ed è quanto più interessa evidenziare per sviluppare utili riflessioni sul principio del *fair reflection* – da un'esigenza di fondo: garantire, nei termini che si vedrà, l'effettiva partecipazione e inclusione delle componenti minoritarie o costitutive dello Stato nella vita pubblica.

3. Rappresentanza? Partecipazione? I tratti di un rapporto *species-genus*

*«Effective participation of national minorities in public life is an essential component of a peaceful and democratic society. Experience in Europe and elsewhere has shown that, in order to promote such participation, governments often need to establish specific arrangements for national minorities. These Recommendations aim to facilitate the inclusion of minorities within the State and enable minorities to maintain their own identity and characteristics, thereby promoting the good governance and integrity of the State»*²⁰⁹.

Queste parole, contenute nel primo paragrafo dei principi generali delle già citate Raccomandazioni di Lund del 1999, hanno il merito di enucleare al loro interno un legame trinomico alla cui realizzazione tanto gli ordinamenti multinazionali quanto gli ordinamenti promozionali summenzionati paiono ispirarsi tramite la predisposizione di appositi strumenti di ingegneria costituzionale.

Consapevoli di come la tutela dell'identità dei gruppi contribuisca alla tenuta complessiva dell'edificio costituzionale a fronte di un contesto sociale diviso se non – in alcuni casi – conflittuale, tali ordinamenti si mostrano, infatti, parimenti consci di come la garanzia della prima debba ineludibilmente passare dal diretto coinvolgimento e dalla diretta partecipazione dei gruppi medesimi ai processi decisionali, specialmente in quelli che li riguardano.

All'interno della catena eziologica qui brevemente richiamata, la partecipazione effettiva delle minoranze e dei gruppi diviene, dunque, strumento di tenuta dell'intero sistema, assicurando, in particolare, l'effettiva proiezione istituzionale del pluralismo sociale e culturale offerto dal dato empirico.

Quella della partecipazione effettiva dei gruppi e delle minoranze alla vita pubblica è una nozione ampia e polisemica, che in questa sede, tuttavia, interessa porre in relazione ad un altro concetto – quello di rappresentanza – la cui parimenti ampiezza e ambiguità terminologica riveste tuttavia, ai fini di questo studio, un utile valore euristico.

A questo proposito, prendere in esame il commentario tematico alla Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali in tema di partecipazione delle persone appartenenti a minoranze nazionali del 2008 può essere utile a inquadrare il

²⁰⁹ *The Lund Recommendations...* op. cit., 7.

concetto di rappresentanza come *species* all'interno del più ampio *genus* partecipazione di cui all'art. 15 della Convenzione. Nella misura in cui la partecipazione viene infatti letta come atto a descrivere l'ampio fenomeno della presenza e dell'inclusione delle minoranze sia nella vita pubblica che nei contesti socio-economici e culturali, la nozione di rappresentanza si lega, invece, "esclusivamente" alla presenza dei gruppi minoritari all'interno delle varie sedi istituzionali, nel novero delle quali tuttavia rientrano – ed è quanto in questa sede più interessa evidenziare – gli organi giudiziari e, in particolare, le Corti costituzionali e supreme²¹⁰.

Scontando una certa ambiguità semantica in ambito pubblicistico in virtù della sua derivazione dal più risalente diritto privato²¹¹, nel contesto delle minoranze, ma non solo, il concetto di rappresentanza viene quasi automaticamente connesso alla dimensione politica e, in particolare, alla rappresentanza delle minoranze nei parlamenti nazionali e nelle assemblee elettive, con evidenti ricadute in termini di predisposizione di discipline *ad hoc* volte ad assicurare un certo ruolo partecipativo dei gruppi minoritari sia in ottica ascendente – sovente mediante la presenza loro giuridicamente garantita o politicamente assicurata nei corpi legislativi²¹² – sia in ottica discendente – se si considera ad esempio i variamente declinati diritti di veto riconosciuti in capo ai rappresentanti delle minoranze su decisioni legislative impattanti sugli interessi delle minoranze medesime. Tuttavia, nei contesti ordinamentali a forte trazione pluralistica di cui qui si discorre, anche gli altri due rami del potere di montesqueiana memoria non possono considerarsi esenti dall'assumere una veste – per così dire – rappresentativa o riflessiva della società diversificata.

In questo senso, le strutture esecutive – con ciò intendendosi tanto il governo quanto gli organi della pubblica amministrazione – da un lato, e il potere giudiziario, dall'altro, costituiscono sedi ulteriori ove la rappresentanza delle minoranze e dei gruppi ha modo di concretarsi. Il contributo che tali forme di rappresentanza offrono in termini di partecipazione e coinvolgimento dei gruppi e delle minoranze nella gestione della società pluralistica pare peraltro attestarsi su un maggior grado di effettività: sull'inclusione normativa all'interno degli organi esecutivi e giudiziari di persone alle minoranze e ai gruppi medesimi appartenenti non gravano, infatti, i limiti che la rappresentanza declinata a livello prettamente politico incontra, invece, in virtù della progressiva perdita di centralità degli organi legislativi nonché della posizione – per definizione stessa – non dominante in questi

²¹⁰ Cfr. [*Commentary on the effective participation of persons belonging to national minorities*](#), 5 Maggio 2008.

²¹¹ Toniatti R., *Introduzione. La rappresentanza politica e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali: le ragioni, i fondamenti, i limiti*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze...* op. cit., 10-11.

²¹² Sulla differenza tra rappresentanza politicamente assicurata, basata sulla presupposizione nei contesti elettorali della sussistenza di talune condizioni pre-giuridiche tali da assicurare la rappresentanza preferenziale delle minoranze, e rappresentanza giuridicamente garantita, basata su precisi e più incisivi strumenti derogatori utili a ottenere un preciso risultato elettorale in favore delle minoranze, cfr., con riguardo in particolare al contesto italiano, Toniatti R., *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche: i ladini fra rappresentanza "assicurata" e "garantita"*, in *Le Regioni*, 6/1995, 1271 ss.

ultimi ricoperta dai rappresentanti delle minoranze²¹³.

Se poi si considera come siffatta partecipazione vada a interessare, più nello specifico, la composizione degli organi giurisdizionali costituzionali o supremi, si comprende bene come, in virtù del ruolo costituzionale di cui questi ultimi sono investiti, la rappresentanza al loro interno delle istanze minoritarie e dei gruppi assuma una portata e un significato maggiore rispetto a quella assicurata o garantita tanto negli organismi elettivi quanto in quelli esecutivi e amministrativi, poiché intrinsecamente legata al relativo *pactum societatis*, di cui le minoranze e i gruppi medesimi sono variamente protagonisti e della cui salvaguardia le Corti costituzionali o supreme sono invece – come visto – custodi.

Accostare il concetto di rappresentanza (dei gruppi e delle minoranze) all'amministrazione della giustizia, anche di natura costituzionale, conserva, tuttavia, profili problematici. Sciogliere questi ultimi può però consentire di ricostruire in quali termini quella che forse è più corretto definire rappresentazione o riflessione delle varie componenti della società pluralistica all'interno delle Corti costituzionali o supreme conferisca a queste ultime una legittimazione – secondo quanto detto in premessa del presente capitolo – pluridimensionale, poiché legata tanto al loro essere pluralisticamente attrezzate quanto – e anche qui riprendendo quanto già accennato agli inizi della Parte II del presente capitolo – all'essere percepite come tali.

4. Corti “rappresentative”: un ossimoro necessario?

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento a come la rappresentanza all'interno degli organi giudiziari delle diverse componenti di una società pluralistica si realizzi concretamente mediante l'inclusione normativa di soggetti a queste ultime appartenenti all'interno di tali organi.

Se però, da un lato, una tale forma di partecipazione pare in determinati contesti sociali frammentati ineludibile, dall'altro, parlare di un giudiziario rappresentativo può apparire una scelta dai tratti ossimorici.

Non può, infatti, ignorarsi come il concetto di rappresentanza faticchi, quantomeno in via teorica, a non collidere con il valore dommatico che il principio di indipendenza e quello di imparzialità del potere giudiziario ricoprono all'interno delle diverse tradizioni costituzionali.

Concentrandoci, in particolare, sul secondo – che del primo rappresenta lo sviluppo in chiave dinamica²¹⁴ – particolarmente efficace appare la metafora proposta in dottrina²¹⁵ secondo la quale, così come uno scienziato, una volta fatto ingresso nel proprio laboratorio, si libera delle influenze su di lui esercitate dal suo percorso formativo e dai suoi maestri e fa della

²¹³ Palermo F., *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche e nazionali in Europa*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze...* op. cit., 21-36.

²¹⁴ Cfr. nota 175 del presente studio.

²¹⁵ Gianformaggio Bastida L., *Gli argomenti di Perelman. Dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, 1976.

neutralità il criterio di metodo cui ispirare la propria attività, così il giudice dovrebbe spogliarsi di se stesso nella sua attività giurisdicente, in tal modo attestandosi sui binari della terzietà da un punto di vista istituzionale, da un lato, e collocandosi in una posizione di indipendenza rispetto tanto ai cittadini quanto agli altri organi dello Stato, dall'altro²¹⁶. In questo senso, risulta evidente come un simile processo di spoliamento rinverrebbe nell'inclusione di soggetti "rappresentativi" o "riflessivi" delle minoranze e dei gruppi un evidente ostacolo.

E tuttavia, una tale lettura del *modus operandi et decidendi* del giudice, vicina alla concezione del giudice come *bouche de la loi* cara al costituzionalismo di ispirazione giacobina, se già diventa difficilmente accostabile agli ordinamenti appartenenti alla tradizione di *common law* – ove si riconosce un certo ruolo creativo al giudice comune nel momento in cui formula o disvela il *common law* qualora il caso a lui sottoposto non trovi specifica disciplina all'interno di un atto legislativo – con riguardo alla giurisdizione costituzionale diviene evidentemente insostenibile.

Come si è avuto modo di vedere nel primo capitolo, il *decision-making* del giudice costituzionale impone, infatti, a quest'ultimo uno sforzo interpretativo *sui generis*, posto al crocevia tra diritto e politica. Quella interpretativa ascrivibile al giudice costituzionale è sicuramente inquadrabile come un'attività di carattere creativo, la cui difficoltà si attesta peraltro su livelli direttamente proporzionali al grado più o meno elevato di fragilità degli equilibri sottesi al relativo patto costituzionale della cui tenuta il giudice medesimo è chiamato dinamicamente a porsi come garante.

A questo ultimo proposito, adottando un punto di osservazione prismatico, a seconda del grado di divisione e conflittualità innervanti i diversi contesti ordinamentali, il compito cui il giudice costituzionale può essere chiamato ad assolvere può variare sensibilmente.

Ai casi in cui al giudice è affidata, in chiave anti-maggioritaria, la tutela dei diritti del singolo appartenente a una minoranza o i diritti collettivi della minoranza stessa contro i possibili rischi di una maggioranza tiranna, si affiancano altre ipotesi nelle quali alla giustizia costituzionale è affidata la difficile gestione delle dinamiche e delle tensioni sociali di carattere etnico-nazionale tra gruppi identitari, costitutivi dello Stato. Qualora tali dinamiche, tipiche del modello ordinamentale multinazionale – ma definito variamente in dottrina altresì come «democrazia consociativa etnica»²¹⁷ o «*power-sharing*»²¹⁸ –, riguardino poi contesti post-conflittuali talora pacificati dall'adozione di un accordo di pace disciplinante le condizioni della pace medesima, compito del giudice costituzionale, in un crescendo di responsabilità in cui ben può vedersi rispecchiato il fenomeno in dottrina

²¹⁶ Come sostenuto da Fazzalari E., *L'imparzialità del giudice*, in AA. Vv., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, 343, «imparzialità, indipendenza del giudice, parità fra i litiganti s'implicano e interagiscono, in moto circolare, ciascuna a servizio delle altre».

²¹⁷ Toniatti R., *Minoranze e minoranze...* op. cit.

²¹⁸ McEvoy J., O'Leary B (a cura di), *Power Sharing in Deeply Divided Places*, Philadelphia, 2013; Weller M., Metzger B., Johnson N.P. (a cura di), *Settling self-determination disputes: Complex power-sharing in theory and practice*, Leiden, 2008.

definito come giurisdizionalizzazione della politica²¹⁹ o *juristocracy*²²⁰, diviene addirittura quello di farsi interprete e (ri)negoziatore non solo della Costituzione ma altresì dell'accordo di pace ad essa collegato. In questo senso, mediare le divergenti esigenze dei diversi gruppi etnici eleva in questi casi il giudice costituzionale a principale attore nel mantenimento e nella costruzione della pace²²¹.

Se è dunque questa la portata – e la conseguente difficoltà – del compito di cui le Corti costituzionali, nella veste di veri e propri «alchimisti»²²², sono investite in contesti particolarmente divisi, se non conflittuali, la “rappresentazione” al loro interno della diversità diviene elemento necessario affinché questo venga assolto con gli idonei strumenti ermeneutici.

Il terreno ove ci si sta muovendo attiene, evidentemente, alla prima delle dimensioni della legittimazione delle Corti cui si accennava: il loro essere pluralisticamente attrezzate.

Il carattere “riflessivo” delle Corti – così definito in dottrina proprio per rimarcare l'impossibilità di una lettura del giudice quale soggetto posto in rappresentanza di un particolare gruppo o minoranza all'interno della comunità²²³ – offrirebbe dunque un contributo migliorativo all'agire delle stesse.

Non si tratta, evidentemente, di equiparare una simile lettura del *fair reflection* nelle Corti al concetto di *substantive representation* proposto nel noto studio di Hanna Pitkin che, muovendo da una prospettiva politologica, a tale interpretazione della rappresentanza legava

²¹⁹ La giurisdizionalizzazione della politica viene descritta come «*the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives*». Cfr. Vallinder T., *When the Courts Go March In*, in Tate C.N., Vallinder T. (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995, 13. Ma si veda altresì Stone Sweet A., *Governing with judges: Constitutional Politics on Europe*, Oxford, 2000; Shapiro M., Stone Sweet A., *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, 2002.

²²⁰ «*Courts have become crucial fora for dealing with the most fundamental questions a democratic polity can contemplate. This global trend towards juristocracy is arguably one of the most significant developments in late-twentieth and early-twenty-first century government. Armed with judicial review procedures, constitutional courts in most leading democracies have been frequently called upon to determine a range of matters, from the scope of expression and religious freedoms, privacy and reproductive rights, to public policies pertaining to education, immigration, criminal justice, property, commerce, consumer protection, and environmental regulation. Bold newspaper headlines reporting on landmark court rulings concerning hotly contested issues such as same sex marriage, limits on campaign finance, or affirmative action have become a common phenomenon. This is true in the United States, where the legacy of active judicial review recently marked its bicentennial anniversary, and where courts have long played a significant role in policy-making and also in younger constitutional democracies that have established active judicial review mechanisms only in the past few decades*». Cfr. Hirschl R., *Towards Juristocracy: the...op. cit.* Parla invece di *courtcracy* Scheppele K.L., *Declaration of Independence: Judicial Reaction to Political Pressure*, in Burbank S.B., Friedman B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroad*, Thousand Oaks, 2002.

²²¹ Sul ruolo delle Corti come soggetti attivi nella costruzione della pace cfr. Sapiano J., *Courting peace: Judicial review and peace jurisprudence*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, 1/2017, 131-165 ma altresì, più ampiamente, Harvey C., Schwartz A. (a cura di), *Rights in Divided Societies, Human Rights Law in Perspective*, Londra, 2012.

²²² La metafora è efficacemente proposta da Daly T.G. in Daly T.G., *The Alchemist: Courts as democracy-builders in contemporary thought*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, 1/2017, 101-130 e, più ampiamente, in Id., *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge, 2017.

²²³ Si veda ad esempio Rackley E., *Women, Judging and...op. cit.*, 24; Cahill-O'Callaghan R.J., *Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity*, in *Legal Studies*, vol. 35, 1/2015, 1, 4.

il ruolo del rappresentante come soggetto agente per conto e nell'interesse del rappresentato²²⁴. E tuttavia, dal richiamo alla rappresentanza così intesa possono trarsi elementi utili per evidenziare come l'analisi del carattere riflessivo del giudiziario e – per quanto qui interessa – delle Corti costituzionali o supreme vada affrontata connettendo quest'ultimo alla concreta attività giurisdizionale, evidenziando rischi e benefici di un simile legame.

5. I rischi

Da quanto appena richiamato, emerge come la “rappresentazione” all'interno degli organi di giustizia costituzionale della diversità sottesa a contesti particolarmente divisi o conflittuali costituisca un elemento ineludibile per la validità della costituzione stessa degli organi medesimi. Se, però, il maggior grado di pluralismo nella composizione delle Corti costituisce un requisito necessario, esso non esclude il possibile verificarsi di cortocircuiti che vedano l'operato delle stesse non mediare, quanto ricalcare – se non acuire – le divisioni settarie presenti all'interno della società. A questo proposito, possono qui richiamarsi due casi emblematici che hanno visto due Corti costituzionali, operanti in due contesti ordinamentali riconducibili al modello multinazionale²²⁵, dividersi lungo la linea etnica.

Il riferimento è alla nota sentenza sui popoli costitutivi della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina del 1 luglio del 2000 (U 5/98-III)²²⁶ nonché alla sentenza della Corte costituzionale della (allora denominata) Repubblica di Macedonia relativa alla costituzionalità della legge sull'uso delle bandiere delle comunità del 24 ottobre 2007 (U.no.133/2005)²²⁷.

5.1 La sentenza sui popoli costitutivi

Procedendo con ordine – e anticipando quanto si vedrà anche in seguito – è noto come la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina non rappresenti che una delle autorità

²²⁴ Pitkin H.F., *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Angeles-Londra, 1967, 113-114. Pettit P. (Pettit P., *Varieties of Public Representation*, in Shapiro I. et al (a cura di), *Political Representation*, Cambridge, 2009, 65) parla di «*responsive representation*» in quanto il soggetto rappresentante deve seguire e rispondere alla volontà di chi rappresenta.

²²⁵ Toniatti R., *Minorities and Protected Minorities: Constitutional Models Compared*, in Dunne M., Bonazzi T. (a cura di), *Citizenship and Rights in Multicultural Societies*, Keele, 1995 annovera Bosnia ed Erzegovina e Macedonia del Nord tra i c.d. ordinamenti multinazionali paritari. La rappresentanza dei gruppi viene in entrambi i contesti ordinamentali garantita tramite gli strumenti di *power sharing* quali il governo di grande coalizione di tutti i gruppi, la loro rappresentanza istituzionalizzata, un'autonomia segmentale per i gruppi in settori da essi ritenuti importanti, nonché diritti di veto. Sebbene Bosnia ed Erzegovina e Macedonia del Nord condividano l'istituzionalizzazione del fattore etnico, una sostanziale differenza riposa nella – quantomeno formale – negazione di un qualsiasi collegamento tra territorio e etnia in Macedonia del Nord, e, per converso, nella piena istituzionalizzazione territoriale delle etnie in Bosnia. Sul punto cfr. Palermo F., *Diritto Costituzionale Comparato*...op. cit., 352-352.

²²⁶ [U 5/98-III](#).

²²⁷ La traduzione non ufficiale in lingua inglese della sentenza è disponibile su [U.no.133/2005](#).

civili²²⁸ previste dall'Accordo internazionale di pace concluso a Dayton nel 1995 con il quale, accanto alla cessazione dei conflitti interetnici occorsi tra il 1992 e il 1995, venne assicurata l'unità e la continuità statale della Bosnia ed Erzegovina tramite il riconoscimento formale come "Entità" di uno Stato federale (la Bosnia ed Erzegovina) alle due entità etno-nazionali protagoniste della guerra e delle operazioni di pulizia etnica: la Federazione di Bosnia ed Erzegovina (FBiH) e la Repubblica serba (RS)²²⁹. Il neonato Stato federale, a fondamento della ricostruzione del quale veniva prevista all'allegato 4 dell'Accordo una Costituzione, risulta strutturato con il fine precipuo di garantire, tramite strumenti di democrazia consociativa etnica, la coesistenza tra i tre popoli definiti dal preambolo della Costituzione stessa come «costitutivi (insieme ad altri)»: bosgnacchi (di norma musulmani), i croati (cattolici) e i serbi (ortodossi).

Al modello paritario tra i tre popoli costitutivi si ispira – giocoforza – anche la composizione della Corte costituzionale, essendo quest'ultima caratterizzata dalla presenza di nove giudici, tre dei quali stranieri di nomina internazionale²³⁰ – in ragione dei profili di internazionalizzazione che caratterizzavano (e caratterizzano) la Costituzione di Bosnia ed Erzegovina – e i restanti sei espressione due ciascuno dei tre popoli costitutivi.

Posta la competenza della Corte, *inter alia*, a conoscere in via principale della compatibilità delle disposizioni delle costituzioni delle entità con quelle della costituzione statale, su richiesta di un membro della presidenza, del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Presidente o del Vicepresidente di ciascun ramo del Parlamento, di 1/4 dei membri di ciascuna camera del Parlamento dello Stato o dei Parlamenti delle Entità secondo quanto previsto dall'art. VI 3 lett. a) della Costituzione, la decisione che qui vuole brevemente richiamarsi originava dal ricorso promosso dall'allora Presidente della FBiH, Alija Izetbegović, il quale nel marzo 1998 contestava, *inter alia*²³¹, la compatibilità con la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina, da un lato, del preambolo della Costituzione della RS, che dichiarava il «diritto inalienabile del popolo serbo all'autodeterminazione» nonché che la «RS è lo Stato del popolo serbo», e dall'altro, del Preambolo della Costituzione della

²²⁸ Accanto a essa possono, infatti, considerarsi altre autorità civili, tutte peraltro caratterizzate da una componente internazionale variamente declinata, quali: l'OSCE per l'organizzazione delle elezioni (all. 3); la Banca centrale (all. 4, art. VII con un governatore di nomina internazionale); la Commissione per i Diritti Umani (HRC; all. 6, art. II: la cui maggioranza era composta da giudici internazionali ed il cui mandato è terminato nel 2003); la Commissione per i ricorsi dei diritti di proprietà (CRPC – *Real Property Claims Commission*; all. 7, art. VII); l'Alto Rappresentante (all. 10) e la Task Force internazionale di politica (IPTF, all. 11, artt. I-II).

²²⁹ Sul punto cfr. ampiamente per tutti Woelk J., *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Padova, 2008.

²³⁰ Sulla preferibilità dell'uso dell'espressione "giudici stranieri di nomina internazionale" in luogo di "giudici internazionali" cfr. Montanari L., *La composizione della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina tra influenza del fattore etnico e garanzie internazionali*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali...* op. cit., 130 ss.

²³¹ Il ricorso riguardava la presunta incostituzionalità di numerose disposizioni delle costituzioni delle due Entità, tutte implicanti il giudizio della Corte su elementi strutturali del modello multinazionale come il carattere prescrittivo della Costituzione, il concetto di popolo costitutivo, il diritto all'autodeterminazione, l'appartenenza a una minoranza, la natura federale dello Stato, la rappresentanza politica dei gruppi e delle minoranze.

FBiH che riconosceva solo i bosniaci e i croati come «popoli costitutivi».

Secondo il ricorrente, tali disposizioni, ponendosi in contrasto con il preambolo della Costituzione della Bosnia-Erzegovina che riconosce i tre popoli costitutivi (bosgnacchi, croati e serbi – insieme agli altri) come cittadini dello Stato di Bosnia-Erzegovina, costituivano la base della discriminazione contro i serbi nella FBiH e dei bosgnacchi e dei croati nella RS.

La Corte Costituzionale si trovava a dover delineare lo status dei popoli costitutivi all'interno delle due Entità nonché a doversi pronunciare sulla validità delle ripartizioni etniche del disegno di condivisione del potere della Costituzione della Bosnia-Erzegovina.

In una decisione, salutata in dottrina come storica²³², la Corte, dopo aver distinto i popoli costitutivi dalla categoria costituzionale di minoranza²³³, da questa distinzione faceva discendere l'obbligo per le Entità di non discriminare i popoli costitutivi che, per ragioni fattuali, costituivano una minoranza a livello numerico all'interno dei loro territori.

Più nello specifico, tramite l'elaborazione del concetto di «uguaglianza collettiva» tra i popoli costitutivi, come tale ostativa a qualsiasi trattamento privilegiato riservato, rispettivamente, al popolo serbo nella RS e ai popoli croati e bosgnacchi nella FBiH, la Corte dichiarava incostituzionali una serie di disposizioni che, di fatto, equiparavano le Entità al territorio di uno specifico popolo costitutivo²³⁴. L'utilizzo dell'elemento (e della separazione) territoriale quale strumento per perpetrare una politica di omogeneizzazione etnica e di segregazione ai danni di quei popoli costitutivi che si trovano di fatto in posizione di minoranza numerica all'interno dei due territori veniva, infatti, dalla Corte ritenuto incostituzionale, poiché sostanzialmente riproduttivo delle conseguenze delle pulizie etniche occorse in passato²³⁵.

Sposando quello che in dottrina è stato efficacemente proposto come il principio «tre popoli, uno Stato» in luogo di quello «un popolo, un'Entità»²³⁶, la Corte ha dunque tentato di fornire un'impronta e una spinta multietnica al modello multinazionale bosniaco-erzegovese, scongiurandone così le possibili derive segregazioniste. Per far ciò, giova segnalare come la Corte abbia fatto altresì leva sul diritto al ritorno dei profughi nelle aree dalle quali erano fuggiti o stati espulsi – principio fondamentale previsto nell'Accordo di Dayton²³⁷ – e per la cui applicazione al caso concreto essa non ha mancato di ricorrere in via interpretativa all'ausilio delle fonti di diritto internazionale e sovranazionale richiamate nella

²³² Così, nel commentare la sentenza, Palermo F., *Bosnia-Erzegovina: la Corte costituzionale fissa i confini della (nuova) società multinetica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2000, 1479 ss. Per un'ampia disamina della sentenza cfr. altresì Marko J., “*United in Diversity*”? *Problems of State and Nation-Building in Post-Conflict Situations: The Case of Bosnia-Herzegovina*, in *Vermont Law Review*, vol. 30, 3/2006, 503-550.

²³³ Cfr. par. 63.

²³⁴ Cfr. parr. 44, 56, 60.

²³⁵ Cfr. par. 61.

²³⁶ Woelk J., *La transizione costituzionale...* op. cit., 117.

²³⁷ Cfr. in particolare allegato 7 dell'Accordo di Dayton.

Costituzione²³⁸.

A tale ultimo proposito, è stato sostenuto come, di fatto, la Corte abbia affidato l'imposizione della scelta multietnica più alla vincolatività dei diritti internazionali dell'uomo che alla Costituzione, così facendo derivare altresì la prescrittività della Costituzione stessa da principi di natura extra-costituzionale.

Dal quadro brevemente offerto, emerge una Corte protesa nello sforzo di garantire parità di trattamento a tutti i cittadini, indipendentemente dal popolo costitutivo di appartenenza e dall'Entità di residenza.

E tuttavia, quanto ai nostri fini più interessa sottolineare è come la sentenza in esame sia stata resa con un voto di 5 a 4: a favore i tre giudici di nomina internazionale e i due bosgnacchi; contro i due serbi e i due croati. Più nello specifico, le differenti opinioni dei giudici, dividendosi lungo la linea etnica, non hanno fatto altro che rispecchiare sostanzialmente le preoccupazioni espresse dalle élites politiche nazionaliste di ciascun popolo costitutivo.

Se infatti la posizione dei giudici bosgnacchi rispecchiava la volontà espressa sin dalla creazione della Bosnia ed Erzegovina da parte dei leader politici bosgnacchi di edificare, dato il loro maggiore peso numerico, uno Stato maggiormente integrato o centralizzato, basato sui diritti dei cittadini piuttosto che su quelli dei gruppi etnici, tra le righe delle opinioni dissenzienti dei giudici serbi e di quelli croati emergevano le opposte posizioni delle compagini partitiche serbe e croate.

In questo senso, il giudice serbo Popović, dopo aver affermato come l'interpretazione proposta dalla maggioranza non fosse coerente con la *ratio* consociativa sottesa alle disposizioni costituzionali, comprese quelle riguardanti la composizione della Corte, si spingeva sino a considerare entrambe le entità come stati a sovranità limitata²³⁹, così ponendosi in linea con l'obiettivo della compagine politica serba che mirava a preservare lo *status quo* nella RS e a proteggere i privilegi etnici e l'autonomia dei serbi senza escludere l'ipotesi secessionista in futuro. Nel medesimo solco si poneva altresì l'opinione separata della giudice serba Savić la quale, ritenendo la lettura dei serbi, croati e bosgnacchi come popoli costitutivi eguali in entrambe le Entità come incoerente con la logica sottesa all'Accordo di Dayton, sosteneva come, in luogo della creazione di una struttura statale integrata garante dei diritti di tutti i cittadini in entrambe le Entità, dovesse essere garantita

²³⁸ È stato sostenuto come, di fatto, la Corte abbia affidato l'imposizione della scelta multietnica più alla vincolatività dei diritti internazionali dell'uomo che alla Costituzione, così facendo derivare altresì la prescrittività della Costituzione stessa da principi di natura extra-costituzionale. A questo proposito Palermo F., *Diritto Costituzionale Comparato...* op. cit., 367 parla delle disposizioni dell'Allegato 7 dell'Accordo di Dayton sul ritorno dei profughi come un "grimaldello" utile alla Corte per scardinare la Costituzione bosniaco-erzegovese. Cfr. altresì Woelk J., *The Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina between Nationalism and European Conditionality*, in Benedizione L., Scotti V.R. (a cura di), *Twenty years after Dayton: the Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina: Proceedings of the Conference*, Roma, 2016, 36-37.

²³⁹ «Based on the above, it can be concluded that both the Republika Srpska and the Federation of BiH are states with limited sovereignty». Spec. pag 81 della sentenza.

l'autonomia delle due Entità (dei serbi nella RS e dei croati e bosgnacchi nella FBiH)²⁴⁰. Spostandoci sul “lato” croato, nella sua opinione separata, il giudice Miljko, considerando inopportuni – sebbene firmati dalla Bosnia ed Erzegovina – gli accordi internazionali²⁴¹ richiamati dalla maggioranza a sostegno della decisione, descriveva la struttura costituzionale della Bosnia ed Erzegovina come una «soluzione di compromesso» tesa a risolvere la «questione nazionale che era il problema costituzionale cruciale» e si mostrava pertanto interessato al mantenimento dello status quo e, in particolare, alla salvaguardia della condizione dei Cantoni all'interno della FBiH. Parimenti a favore della tutela dello status quo risultava l'opinione dissenziente del giudice Mirko Zovko il quale considerava le conclusioni della maggioranza come una «minaccia» al carattere etnico delle Entità e mirava a sostenere la continuazione degli equilibri etnici innervanti la struttura costituzionale.

Nelle due opinioni dissenzienti dei giudici di “derivazione” croata si rivedevano le rivendicazioni delle compagini politiche croate che, dopo aver – invano – rivendicato una propria Entità durante i negoziati di pace, miravano in seguito a preservare l'autonomia etnica dei croati all'interno dei Cantoni presenti nel territorio della FBiH.

In base a quanto brevemente ricostruito, è possibile dunque concludere come una simile decisione da parte della Corte sia stata resa possibile solo grazie alla presenza dei giudici di nomina internazionale²⁴², ago della bilancia all'interno di un collegio i cui restanti membri hanno sostanzialmente riproposto gli interessi politici dei rispettivi gruppi di provenienza, così ponendo interrogativi circa la loro indipendenza e (conseguente) imparzialità.

5.2 La sentenza sull'uso delle bandiere delle comunità

Dove, invece, la divisione lungo la linea etnica all'interno del collegio giudicante ha avuto risvolti istituzionali ancora più traumatici, trovando questi ultimi soluzione solo mediante l'inattuazione a livello politico della decisione resa, è stato – come anticipato – nella pronuncia sulla costituzionalità della legge sui simboli delle comunità resa il 24 ottobre 2007 dalla Corte costituzionale dell'odierna Macedonia del Nord.

Anche in questo caso, è utile ricordare come la Corte del Paese balcanico rechi nella sua composizione i segni di un compromesso costituzionale post-conflittuale guidato dall'intervento della comunità internazionale. Il riferimento è al procedimento eterodiretto di revisione costituzionale intervenuto in Macedonia alla luce degli Accordi di Ohrid

²⁴⁰ Emblematiche le parole usate dalla Giudice nella sua opinione dissenziente, a pag. 62 ove si legge «*If Bosniacs, Croats and Serbs were to be constituent peoples individually in both Entities, Bosnia and Herzegovina would not be a complex state union as stipulated by the Dayton Peace Agreement (and under the Constitution of BiH), i.e. the raison d'être for the Entities would cease to exist*».

²⁴¹ Il riferimento è alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, alla Carta europea delle lingue regionali o minoritarie e alla Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali.

²⁴² L'importanza dell'“elemento internazionale” si è manifestata anche in sede di attuazione della sentenza. Dopo il fallimento dei lavori delle Commissioni costituzionali in entrambe le Entità, e a seguito dell'operazione di boicottaggio dell'accordo tra i principali partiti politici, le modifiche alle costituzioni delle Entità utili a adeguare queste ultime ai principi stabiliti dalla sentenza vennero infatti imposte unilateralmente nel 2002 dall'Alto Rappresentante.

conclusisi sotto la mediazione internazionale tra i rappresentanti del governo macedone e i leader di etnia albanese il 13 agosto del 2001²⁴³.

La Costituzione della Macedonia indipendente del 1991, che già nel preambolo sottolineava il carattere «nazionale» dello Stato, aveva infatti sostanzialmente riconosciuto la sovranità dell'etnia macedone qualificandola come «popolo» a differenza delle altre «nazionalità». La numerosa comunità albanese presente nel territorio reagiva rivendicando il proprio riconoscimento come “popolo costituente” sino ad arrivare, sotto la spinta della forza paramilitare denominata Esercito di Liberazione Nazionale Albanese, all'espressa richiesta di autodeterminazione.

Nel porre fine alle ostilità, gli Accordi di Ohrid (*Ohrid Framework Agreement-OFA*) hanno disegnato dunque un quadro che, mirando allo sviluppo pacifico e armonioso della società civile nel rispetto dell'identità etnica e degli interessi di tutti i cittadini macedoni, ha predisposto modalità di *power sharing* – poi concretatesi tramite il richiamato procedimento di revisione – volte ad assicurare la pacifica convivenza e coesistenza delle diverse comunità presenti nel territorio²⁴⁴.

Pur tenendo presente l'evidente *favor* emergente dall'analisi del disposto dell'OFA e della Costituzione riformata nei confronti delle istanze provenienti dalla comunità albanese rispetto a quelle delle altre comunità²⁴⁵ – tale da indurre attenta dottrina a ricondurre l'ordinamento macedone a un modello *de facto* binazionale²⁴⁶ –, ciò che in questa sede più interessa evidenziare è come il principio fondamentale attorno al quale ruota il disposto dell'OFA è quello di non discriminazione e di eguale rappresentazione – in particolare in ambito pubblico – del carattere multietnico della società macedone²⁴⁷. Non a caso, anche la

²⁴³ Sul punto cfr., *ex plurimis*, Vankovska B., *The Role of the Ohrid Framework Agreement and the Peace Process in Macedonia*, in Bianchini S. et al. (a cura di), *Regional Cooperation, Peace Enforcement, and the Role of the Treaties in the Balkans*, Ravenna, 2007, 41-63; Andonovski S., *The Effects of Post-conflict Constitutional Designs: the “Ohrid Framework Agreement” and the Macedonian Constitution*, in *Croatian International Relations Review*, vol. 24, 81/2018, 23-50.

²⁴⁴ [Ohrid Freedom Agreement](#).

²⁴⁵ Si pensi al limite richiesto di «almeno il 20% della popolazione totale dello Stato» – percentuale di fatto raggiungibile solo per i membri della comunità albanese – previsto dall'OFA e dalla Costituzione al fine di 1) ottenere il riconoscimento di lingua ufficiale, con riferimento alle modalità specifiche per quanto riguarda il suo utilizzo; 2) garantire un'equa rappresentazione in tutti gli enti pubblici centrali e locali; 3) godere di una maggiore autonomia locale attraverso processi di decentramento; 4) poter utilizzare il veto su questioni che coinvolgono la cultura, l'uso della lingua, l'istruzione, l'uso di simboli, leggi sulla finanza locale, elezioni locali, istruzione universitaria nella propria lingua madre, equa rappresentazione negli organi di polizia.

²⁴⁶ Cfr. Nikolovska N., Siljanovska-Davkova G., *Macedonian transition in deficiency: from unitarian to a bi-national state*, Skopje, 2001; Dicosola M., *Stati, Nazioni e Minoranze. La ex Jugoslavia tra revival etnico e condizionalità europea*, Milano, 2010, 256 ss.; Cukani E., *Consocial power sharing as a tool for democracy: the experiences of Macedonia and Kosovo*, in *Eunomia*, 1/2014, 157 ss.; Engstrom J., *Multi-ethnicity or Bi-nationalism? The Framework Agreement and the Future of Macedonian State*, in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 1/2002, 1-20.

²⁴⁷ Cfr. in particolare gli art. 1.3 e 4.2 dell'OFA in cui rispettivamente si afferma che «*The multi-ethnic character of Macedonia's society must be preserved and reflected in public life*» e che «*Laws regulating employment in public administration will include measures to assure equitable representation of communities in all central and local public bodies and at all levels of employment within such bodies, while respecting the rules concerning competence and*

composizione della Corte costituzionale, in base a quanto previsto dall'art. 4.3 degli Accordi, vede, dei nove giudici previsti, 1/3 di questi essere scelti dalla *Sobranie* con una maggioranza dei parlamentari tale da includere la maggioranza di coloro dichiaratisi appartenenti alle comunità non in maggioranza nella popolazione macedone²⁴⁸.

Incorporando quanto previsto dal richiamato art. 4.3 degli Accordi, l'emendamento XIV alla Costituzione del 1991²⁴⁹, garantisce una Corte riflessiva del carattere multietnico del Paese, vedendo al suo interno la presenza non solo di giudici di etnia macedone ma altresì turca e, soprattutto, albanese.

Tenendo dunque a mente le ragioni di una Corte così composta, è ora possibile analizzare brevemente la sentenza richiamata.

Il caso sorgeva in virtù di cinque ricorsi circa la costituzionalità degli art. 4, 5, 6 e 8 della legge sull'uso delle bandiere delle comunità approvata nel 2005 dal Parlamento macedone²⁵⁰ che, nell'intento di distendere le relazioni interetniche nel Paese, disciplinava la possibilità di esporre pubblicamente le bandiere delle comunità etniche nelle autonomie locali ove le comunità risiedevano. Quanto della sentenza in esame interessa sottolineare è la sua natura – così come sostenuto in dottrina – centralistica, poiché limitativa della possibilità per ogni autorità decentrata di esporre la sola bandiera rappresentativa dell'identità presente in maggioranza all'interno della rispettiva municipalità. Pur riconoscendo implicitamente come l'esposizione della propria bandiera fuori dagli edifici municipali conferisse alla maggioranza locale (in particolare quella albanese) uno specifico diritto collettivo, la Corte ne respingeva, infatti, l'opportunità poiché lesiva dei diritti collettivi degli altri gruppi²⁵¹. Più nello specifico, riconosciuta la compatibilità della legge in esame con l'emendamento VIII relativo al diritto dei membri delle comunità di esprimere, promuovere e sviluppare

integrity that govern public administration. The authorities will take action to correct present imbalances in the composition of the public administration, in particular through the recruitment of members of under-represented communities. Particular attention will be given to ensuring as rapidly as possible that the police services will generally reflect the composition and distribution of the population of Macedonia, as specified in Annex C».

²⁴⁸ «For the Constitutional Court, one-third of the judges will be chosen by the Assembly by a majority of the total number of Representatives that includes a majority of the total number of Representatives claiming to belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia...».

²⁴⁹ «1. Three of the members shall be elected by a majority vote of the total number of Representatives, within which there must be a majority of the votes of the total number of Representatives who belong to the communities not in the majority in the population of Macedonia».

2. This amendment is added to paragraph 2 of Article 104 of the Constitution of the Republic of Macedonia».

²⁵⁰ Ai sensi dell'art. 4 «nella municipalità in cui le comunità etniche vivono e sono la maggioranza della popolazione, la bandiera della comunità sventolerà presso il Palazzo della municipalità e presso le altre istituzioni municipali insieme alla bandiera della Repubblica di Macedonia». Ai sensi dell'art. 5 «nella municipalità in cui le comunità etniche vivono e sono la maggioranza della popolazione, di fronte agli edifici statali e alle istituzioni municipali la bandiera della comunità sventolerà insieme alla bandiera della Repubblica di Macedonia». Ai sensi dell'art. 6 «nella municipalità dove le comunità etniche vivono e sono la maggioranza della popolazione, la bandiera della comunità sarà usata accanto alla bandiera della Repubblica di Macedonia durante gli incontri, visite, celebrazioni internazionali e in altri eventi politici e culturali». L'art. 8 disciplina infine come la bandiera della Repubblica di Macedonia sia esposta con le bandiere delle comunità e con la bandiera della municipalità o città.

²⁵¹ Walsh D., *Constitutional courts as arbiters of post-conflict territorial self-government: Bosnia and Macedonia*, in *Regional & Federal Studies*, vol. 29, 1/2019, 77-78.

liberamente la loro identità e le loro caratteristiche comunitarie nonché di utilizzare i loro simboli comunitari, la Corte riteneva che il diritto all'uso della propria bandiera non dovesse essere legato alla forza numerica di una comunità in una determinata municipalità, poiché incompatibile tanto con il già citato emendamento VIII quanto con gli artt. 20 e 21 della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali.

Una volta stabilito come nelle istituzioni statali dovesse essere esposta esclusivamente la bandiera dello Stato in quanto l'unica rappresentativa della sovranità statale, dinanzi agli edifici municipali l'uso delle bandiere veniva dunque esteso a quelle di tutte le comunità, senza che peraltro ciò venisse considerato dalla Corte lesivo, nonostante la coincidenza delle bandiere delle comunità etniche con i simboli di altri Stati sovrani²⁵², della sovranità e dell'integrità statale della Repubblica di Macedonia.

Sulla base di quanto appena detto, emerge in maniera chiara il contributo offerto dalla Corte costituzionale alla lettura della Macedonia come uno Stato multiculturale inclusivo di tutte le comunità, e non come uno Stato binazionale, dominato dalle comunità etniche macedone e albanese²⁵³.

Si spiegano in tal modo le reazioni che la sentenza medesima ha suscitato a livello politico e, in particolare, nei partiti di etnia albanese, protagonisti – per la verità – di tensioni con i partiti di etnia macedone già durante lo scrutinio della legge da parte della Corte.

Il divieto di esporre la bandiera albanese negli edifici e nei luoghi di rilevanza statale, da un lato, e l'estensione della possibilità di esporre le proprie bandiere a livello locale alle comunità anche non in maggioranza nelle rispettive municipalità, vennero infatti letti come un attacco all'identità della comunità albanese²⁵⁴.

Quanto però in questa sede più interessa evidenziare è come la tensione politica generatasi attorno alla pronuncia ebbe modo di riverberarsi sulla Corte medesima. Il Presidente della Corte costituzionale Jusufi e il giudice Polozani, entrambi di etnia albanese, rassegnavano infatti le dimissioni subito dopo la decisione del caso. In un'intervista resa a un'emittente nazionale la sera stessa della decisione nonché una settimana prima della pubblicazione della sentenza, il Presidente dimissionario, nell'affermare come accanto a lui anche gli altri due giudici di estrazione albanese avessero votato in dissenso rispetto a una decisione della Corte definita come «politica», sosteneva, in particolare, come le sue dimissioni fossero un gesto necessario a fornire un segnale maggiormente incisivo rispetto al mero dissenso²⁵⁵. Parimenti significative risultavano le parole del giudice Polozani che qualificava le sue

²⁵² A questo proposito la Corte fa esplicito riferimento all'art. 29 della Convenzione di Vienna relativo all'uso di bandiere e degli stemmi nazionali degli Stati stranieri nonché all'art. 64 co 1 della Costituzione della Repubblica di Slovenia che riconosce il diritto delle comunità italiana e ungherese e dei loro membri presenti nel territorio di utilizzare liberamente i propri simboli al fine di preservare la propria identità nazionale.

²⁵³ Risteska M., Shurkov E., [The Transformative Role of the Macedonian Constitutional Court](#), Working Paper 3/2016, Analitika – Center for Social Research, 41-42.

²⁵⁴ *Ibid.*, 43.

²⁵⁵ Cfr. [Macedonia Court Bans Display of Albanian Flag](#), Balkan Insight, 25 ottobre 2007.

dimissioni come un «atto di natura morale»²⁵⁶.

Il divisivo *decisum* della sentenza e le “rumorose” dimissioni ad essa associate esacerbarono i toni di una crisi che da politica assunse tratti istituzionali, richiedendo l’intervento del Presidente Crvenovski con un appello indirizzato ai partiti a trovare un accordo sulla questione e, contemporaneamente, a non intaccare la reputazione della Corte costituzionale²⁵⁷.

Tale appello venne in qualche modo accolto, concretandosi, da un lato, nella sostanziale inattuazione della sentenza²⁵⁸, e dall’altro, nel successivo dialogo tra i partiti politici dante poi luogo, nel 2011, all’introduzione di alcune modifiche alla legge in esame con la previsione, *inter alia*²⁵⁹, della possibilità per le comunità rappresentanti più del 50% della popolazione all’interno di una municipalità di esporre la propria bandiera accanto a quella statale negli edifici statali e locali, nonché della facoltà per le autorità locali di decidere quando la bandiera comunitaria dovesse essere utilizzata²⁶⁰.

6. I benefici

I casi bosniaco-erzegovese e macedone appena richiamati rappresentano ipotesi-limite utili a mostrare come talora il legame “riflessivo” tra i componenti dell’organo di giustizia costituzionale, da un lato, e il gruppo costitutivo di cui essi sono espressione, dall’altro, possa ingenerare nette fratture all’interno dell’organo, facendo così sorgere dubbi in merito all’imparzialità dei primi nell’assumere decisioni dal proprio gruppo o comunità di “provenienza” ritenute particolarmente importanti, in quanto connesse a questioni di carattere politico-identitario.

E tuttavia, una lettura travisata – se non demonizzante – del principio dei *fair reflection* come foriero di parzialità nelle decisioni giudiziarie può essere utilmente scongiurata se si considera come il principio *de quo* possa essere in grado, invece, di conferire alle Corti un’imparzialità – per usare un’espressione efficacemente proposta in dottrina – di carattere «strutturale»²⁶¹.

Se già lo stesso caso bosniaco da poco richiamato, analizzato da un’altra prospettiva, ben

²⁵⁶ Cfr. [Macedonia's Constitutional Court President Resigns](#), Balkan Insight, 30 ottobre 2007.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Nel commentare il non dare seguito alla sentenza, Palermo F., *Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali*, in Toniatti R., Magrassi M. (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed...op. cit.*, 317, ha parlato di «via balcanica al primato della politica». Cfr. altresì Ripiloski S., Pendarovski S., *Macedonia and the Ohrid Framework Agreement: Framed Past, Elusive Future*, in *PERCEPTIONS: Journal of International Affairs*, vol. XVIII, 2/2013, 147.

²⁵⁹ Veniva altresì previsto che la bandiera nazionale fosse più grande di 1/3 rispetto alle altre bandiere e che la bandiera comunitaria potesse essere issata anche durante le visite ufficiali di alti rappresentanti della Comunità internazionale nella municipalità nonché durante gli eventi locali e internazionali organizzati dalla municipalità.

²⁶⁰ Risteska M., Shurkov E., *The Transformative Role...op. cit.*, 44.

²⁶¹ Ifill S.A., *Judging the Judges: Racial Diversity, Impartiality and Representation on State Trial Courts*, in *Boston College Law Review*, vol. 39, 1/1997, 99 rinviando a propria volta a Howe S.W., *Juror Neutrality or an Impartiality Array? A Structural Theory of the Impartial Jury Mandate*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 70, 5/1995, 1773 ss.

risulta idoneo a dimostrare l'importanza di una composizione plurale del collegio – mostrandosi dirimente la presenza nello specifico dei giudici di designazione internazionale – per addivenire a una decisione il più possibile lontana da intenti settari, un approccio pragmaticamente consapevole di come l'imparzialità del singolo giudice non renda (e non possa rendere) quest'ultimo aprioristicamente scevro dal proprio *background* personale²⁶², soprattutto nel dirimere casi densi di contenuti politico-valoriali quali i giudizi di costituzionalità, consente di leggere non solo come una necessità ma altresì come un possibile beneficio la presenza di voci diverse all'interno dei consessi giurisdizionali costituzionali o supremi. Una Corte pluralisticamente composta apparirebbe infatti con migliori probabilità lungi dall'essere dominata da un solo gruppo e dal monismo valoriale di cui quest'ultimo si fa interprete e portatore.

Più in particolare, la Corte può dirsi strutturalmente imparziale nella misura in cui il suo output istituzionale rappresenta il frutto di un processo bifasico così caratterizzato: ad un primo momento “ascendente” nel quale ogni singolo giudice, utilizzando il proprio specifico *background* sociale e culturale come lente di analisi e di comprensione dei casi sottoposti, porta i risultati di tale processo analitico all'attenzione del collegio in modo tale da abbattere altresì eventuali posizioni pregiudiziali assunte dai suoi colleghi, segue un secondo momento definibile “discendente” che vede la definitiva pronuncia giurisdizionale attestarsi quale portato non tanto del dominio di una élite padrona dei valori della Corte con esclusione delle altre componenti della società, quanto dell'incontro e del dialogo di un più ampio spettro di opinioni²⁶³.

Il contributo migliorativo che la composizione pluralisticamente caratterizzata delle Corti fornisce a quest'ultime nell'operare in contesti particolarmente divisi non si limita, peraltro, a declinarsi nei termini dell'imparzialità strutturale. Ricollegandosi alla sfera meritocratica cui si accennava all'inizio della parte II del presente capitolo con riferimento ai requisiti tecnico-professionali di cui i giudici devono essere titolari, giova qui segnalare, infatti, come tra questi ultimi possano annoverarsi taluni elementi posti al crocevia tra dimensione tecnica e dimensione identitaria. Si tratta, in altre parole, di quei fattori che, sebbene assurgano a criteri distintivi di una specifica minoranza o gruppo, offrono un beneficio di ordine pratico,

²⁶² Emblematiche, a questo proposito, risuonano le parole pronunciate dall'allora Chief Justice della Corte Suprema del Canada Beverley McLachlin la quale, nell'ambito della Conferenza annuale inaugurale del Comitato per gli studi giudiziari tenutasi a Edimburgo nel giugno del 2012 affermava come la funzione giurisdizionale “*is not an exercise of cold reason, uncontaminated by personal views and preconceptions*”. Cfr. The Right Honourable Beverly McLachlin, Chief Justice of Canada, *Judging: the Challenges of Diversity* (Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture, Edimburgh, 7 June 2012), 7. Cfr. altresì Young I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton-New Jersey, 1990, 198; Schwartz A., Murchison M., *Judicial Impartiality and Independence in Divided Societies: An Empirical Analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina*, in *Law & Society Review*, vol. 50, 4/2016, 822-855.

²⁶³ Sull'apporto migliorativo che la diversità nella composizione delle Corti assicura al *decision making* emblematiche risultano le parole pronunciate dalla Justice Hale, la quale ha affermato come “*in disputed points you need a variety of perspectives and life experiences to get the best possible results. You will not get the best possible results if everybody comes at the same problem from exactly the same point of view*”. Cfr. *House of Lords Select Committee on the Constitution, Judicial Appointments* (HL Paper 272 25th Report of Session 2010-2012), 31.

rivelandosi ineludibilmente utili ai lavori della Corte.

Può, a questo proposito, menzionarsi, ad esempio, l'elemento linguistico che, pur attestandosi tra i marker più facilmente percepibili del patrimonio storico, tradizionale, culturale caratteristico di una determinata comunità e attorno al quale la comunità medesima edifica la sua identità²⁶⁴, diviene cionondimeno necessario strumento per i lavori di quelle Corti operanti in contesti ordinamentali attraversati proprio dal *cleavage* linguistico. A questo proposito, si pensi, ad esempio, alla già citata Bosnia ed Erzegovina, ovvero – come si vedrà meglio in seguito – al Regno del Belgio, da sempre dominato dal dualismo franco-neerlandese, o ancora al Canada che – come si vedrà nel terzo capitolo del presente studio a tale ordinamento specificamente dedicato – vede la sua storia costituzionale geneticamente legata alla diarchia anglo-francofona dei due popoli fondatori.

Sempre il caso canadese consente, poi, di richiamare un altro elemento che, con riguardo alla composizione pluralisticamente caratterizzata di talune Corti, è capace di garantirne un operato efficiente coniugando il dato meritocratico a quello identitario: la conoscenza da parte di alcuni membri del collegio di un sistema giuridico differente rispetto a quello noto ai colleghi.

Se con riguardo al Canada, il riferimento è al *civil law* di tradizione romanistica agevolmente “maneggiabile” dai tre giudici provenienti dalla Provincia francofona del Québec in cui tale sistema giuridico trova applicazione, un ulteriore e utile esempio giunge dall'analisi della Corte Suprema del Regno Unito, la quale, tra i 12 giudici nominati dalla Corona a seguito della procedura a base meritatoria introdotta con il *Constitutional Reform Act 2005*²⁶⁵, vede al suo interno la presenza di due giudici che abbiano conoscenza del sistema giuridico di *Scots law*, prevalentemente codificato e, in virtù delle radici romanistiche, dotato di fonti solo parzialmente influenzate dal diritto inglese di *common law*.

Posta infatti la competenza della *United Kingdom Supreme Court, inter alia*²⁶⁶, a conoscere

²⁶⁴ Per un'ampia ricostruzione del contributo che l'elemento linguistico offre, quale strumento di aggregazione e identificazione sociale, alla costruzione dell'identità di una comunità cfr. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001.

²⁶⁵ Sul procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema del Regno Unito si tornerà in seguito. Tuttavia, può essere utile qui segnalare come il procedimento di nomina, così come disciplinato dalle *sections* 25-31 e dalla *schedule* 8 del *Constitutional Reform Act 2005* così come modificate dal successivo *Tribunal and Enforcement Act 2007*, si articoli in tre fasi quali 1) la convocazione da parte del *Lord Chancellor* di una *Selection Commission* indipendente, 2) il vaglio delle candidature pervenute da parte della *Selection Commission* stessa e 3) la nomina formale.

²⁶⁶ Alla giurisdizione di carattere “devolutivo” riguardante gli appelli provenienti da Scozia, Galles e Irlanda del Nord, la Corte affianca, con le garanzie introdotte nell'ordinamento domestico dallo *Human Rights Act 1998*, una giurisdizione relativa alla tutela dei diritti, cui va ad aggiungersi, soprattutto alla luce delle due sentenze *Miller I* e *II* 2017 e 2019 legate alla Brexit, una giurisdizione “sui conflitti” e, in particolare, sui conflitti tra istituzioni. Per una riflessione sull'evoluzione della giurisdizione della *UK Supreme Court* anche nel prisma di un suo inserimento nell'orizzonte della giustizia costituzionale cfr., per la dottrina italiana, la sezione curata da Torre A., *In lode della Corte Suprema del Regno Unito nel suo decennale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020, e *ivi* in particolare Id., *La Corte Suprema, probabile Corte Costituzionale del Regno Unito? Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, 5-25; Caravale G., *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, 27-45; Martino P., *I giudici supremi britannici e le garanzie dei diritti convenzionali. La Cedu sopravvive alla Brexit (per ora)*, 47-66; Martinelli C., *Il ruolo costituzionale della Corte Suprema alla luce della giurisprudenza sulla Brexit*, 89-108.

degli appelli nei casi di *civil law* provenienti dalla *Court of Session* scozzese²⁶⁷, la presenza dei due giudici scozzesi sicuramente contribuisce in maniera determinante ai lavori di una Corte protesa nello sforzo non tanto di omogeneizzare il diritto in chiave britannica, quanto di aderire al sistema di *Scots law*, partecipandovi e garantendone l'autonomia culturale e giudiziaria tramite l'applicazione dei relativi principi giuridici²⁶⁸.

E tuttavia, non può negarsi – sulla scia di quanto appena detto – come il pluralismo giuridico anglo-scozzese costituisca altresì una delle voci della multiformità britannica, erede del parallelo radicarsi in Inghilterra e in Scozia di due distinte realtà istituzionali, specchio, a loro volta, di una distinta identità nazionale che proprio nel diritto e nelle Corti trova un naturale presidio²⁶⁹.

7. Da «cosa il giudice fa» a «chi il giudice è»

Ricostruito il contributo migliorativo – sebbene non esente da rischi – che la rappresentazione del pluralismo all'interno delle Corti costituzionali o supreme può avere sull'operato di queste ultime, così contribuendo al rinverimento di una legittimazione che alle Corti medesime deriva dal risultare – come detto – strutturalmente attrezzate, è bene ora volgere l'attenzione verso l'altra dimensione della legittimazione – quella legata all'essere percepite come pluralisticamente attrezzate – cui si accennava in precedenza, e che, per usare un'espressione efficacemente proposta in dottrina, vede il principio del *fair reflection* legarsi non tanto o, *rectius*, non solo a «cosa il giudice fa» quanto a «chi il giudice è»²⁷⁰ o «sembra»²⁷¹.

A questo proposito, riprendere il già citato lavoro di Hanna Pitkin, e le categorie ermeneutiche da ella elaborate attorno al concetto di rappresentanza, può rivelarsi una scelta nuovamente utile.

Il riferimento è, in particolare, alla *symbolic representation* e alla *descriptive representation*, entrambe formulate dalla politologa tedesca per descrivere il legame rappresentante-rappresentato secondo un approccio in questo caso statico e non – come nella già citata *substantive representation* – dinamico.

Più nello specifico, al concetto di rappresentanza simbolica l'autrice riconduce la veste che il rappresentante assume quale simbolo che *stands for* una serie di sentimenti o espressioni cari al rappresentato²⁷².

Il concetto di rappresentanza descrittiva vede, invece, rappresentante e rappresentato legati

²⁶⁷ Nei casi scozzesi di diritto penale il definitivo appello compete invece alla *High Court of Justiciary*, venendo così esclusa la giurisdizione della *UK Supreme Court*.

²⁶⁸ Torre A., *Le Corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo Giudiziario*, in *DPCE Online*, 4/2020, 5035-5037.

²⁶⁹ Sul punto cfr. Torre A., *Regno Unito*, Bologna, 2021, 153 ss.

²⁷⁰ Comba M.E., *Reflective Judiciary: more an illusion than a temptation*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms...* op. cit., 184.

²⁷¹ Dziedzic A., *Foreign judges on...* op. cit., 70.

²⁷² H. F. Pitkin, *The Concept of Representation...* op. cit., 92 ss.

tra loro da un rapporto di somiglianza o riflessione (l'autrice parla di *resemblance or reflection*). Il carattere rappresentativo del primo rispetto al secondo riposa infatti più nelle sue caratteristiche – e dunque in ciò che è o ciò che sembra – piuttosto che in ciò che fa. Il rappresentante così descrittivamente inteso può considerarsi tale non in quanto agisca per conto del rappresentato, bensì perché così rassomigliante al secondo da far immaginare che abbia agito come il secondo stesso avrebbe agito²⁷³.

E dunque, traslando le seguenti categorie concettuali nell'ambito del potere giudiziario e, in particolare, della giurisdizione costituzionale operante in contesti particolarmente divisi, è possibile sicuramente sostenere come la rappresentazione del pluralismo all'interno delle Corti assolve innanzitutto a una funzione simbolica.

È stato evidenziato, infatti, come la rappresentazione di determinati gruppi identitari all'interno del giudiziario costituisca per questi ultimi il segnale tangibile del superamento di un passato di discriminazioni precedentemente vissuto, in favore, per contro – quantomeno a livello simbolico –, di una raggiunta inclusione e eguaglianza dei diritti²⁷⁴. A questo proposito, se da un lato, alcuni studi hanno dimostrato – ad esempio con riferimento al contesto statunitense – come la presenza di giudici di colore all'interno delle corti statali e federali abbia rinvigorito il senso di orgoglio e abbia rappresentato motivo di ispirazione per i membri della relativa comunità²⁷⁵, dall'altro, nell'ambito di ricerche condotte in materia di rappresentanza di genere, è stato opportunamente sottolineato come la presenza di donne all'interno degli organi giurisdizionali costituisca anche un fine e un valore da perseguire in sé, quale espressione di un'effettiva parità e uguaglianza tra i sessi²⁷⁶, indipendentemente

²⁷³ *Ibid.*, 60 ss.

²⁷⁴ Cfr. ad esempio per il Canada Sossin L., *Should Canada Have a Representative Supreme Court?*, in Verrelli N. (a cura di), *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Montreal, 2013, 33; per gli Stati Uniti Chen E.M., *The Judiciary, Diversity, and Justice For All*, in *California Law Review*, vol. 91, 4/2003, 1117; per il Sud Africa cfr. Du Bois F., *Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa*, in Russell P.H., Malleson K. (a cura di), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, 2006, 283-284.

²⁷⁵ Crockett G.W., *Judicial selection and the black experience*, in *Judicature*, vol. 58, 9/1975, 438 ss; Smith M.D., *Race Versus Robe: The Dilemma of Black Judges*, Port Washington-NY, 1983. Sempre il contesto statunitense fornisce, tuttavia, l'esempio forse più emblematico di come la rappresentazione del pluralismo all'interno delle corti, letto in chiave simbolica, non sia immune da limiti e criticità. Il giudice Clarence Thomas, secondo afroamericano a far parte della Corte Suprema dopo Thurgood Marshall, pur ergendosi, infatti, fisicamente quale simbolo per la comunità afroamericana, nel corso della sua attività giurisdizionale non ha dimostrato di condividere le posizioni sostenute dai membri della comunità medesima in materia di diritti civili. Cfr. sul punto Ifill S.A., *Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 57, 2/2000, 405 ss.

²⁷⁶ Cfr. Caielli M., *Why do women in the judiciary matter? The struggle for gender diversity in European courts*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms...* op. cit., 165 ss. Sull'importanza della c.d. *gender balance* nelle Corti cfr. altresì Baines B., *Women Judges and Constitutional Courts: Why Not Nine Women?*, in Irving H. (a cura di), *Constitutions and Gender*, Cheltenham, 2017, 290 ss.; Hunter R., *More than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-making*, in *Current Legal Problems*, vol. 68, 1/2015, 119 ss.; Valdinì M.E., Shortell C., *Women's Representation in the Highest Court: A Comparative Analysis of the Appointment of Female Justices*, in *Political Research Quarterly*, vol. 69, 4/2016, 865 ss.

dalla valutazione del relativo impatto in termini giurisprudenziali²⁷⁷.

Una composizione pluralisticamente caratterizzata fa dunque sembrare le Corti simbolicamente «aperte a tutti»²⁷⁸.

E tuttavia, accanto a quello “simbolico”, quanto ora interessa richiamare – poiché maggiormente influente in termini di legittimazione – è il valore “descrittivo” che il pluralismo nella composizione delle Corti assume per queste ultime nel loro rapporto con la società in cui operano.

A questo proposito, si è opportunamente parlato in dottrina di «*judicial resemblance*» per fare riferimento a come Corti descrittivamente rappresentative della comunità sociale abbiano maggiori probabilità di godere della fiducia della comunità stessa²⁷⁹. Percepite – grazie alla loro particolare composizione – come consessi in grado di operare per tutte le componenti della società e non solo per il gruppo maggioritario, tali Corti godrebbero infatti di un elevato livello di credibilità dinanzi soprattutto ai gruppi minoritari che, tramite l’inclusione di propri membri all’interno di queste ultime, vedrebbero alimentato e appagato il sentimento di una giustizia loro garantita²⁸⁰.

Le declinazioni di tale «fiducia pubblica», così come definita da più parti in dottrina²⁸¹, – e della legittimazione a essa evidentemente connessa – paiono attestarsi su due binari tra loro peraltro connessi.

Il primo è legato alla circostanza per la quale la pubblica fiducia nelle Corti rende queste ultime il canale privilegiato cui la comunità si affida per dirimere i propri conflitti interni, evitando così di ricorrere a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, eventualmente lesivi della stabilità costituzionale soprattutto quando accompagnati – nelle ipotesi più estreme – dall’utilizzo della violenza. In questo senso una Corte, prima ancora che tramite la propria attività giurisdizionale, già con la sua composizione pluralisticamente caratterizzata contribuirebbe al rafforzamento della democrazia costituzionale e del *pactum societatis* più o meno stabile posto alla base di essa.

²⁷⁷ Sull’impatto positivo che la presenza di una diversità di genere all’interno delle Corti ha sulla qualità delle decisioni delle Corti medesime cfr. Rackley E., *Women, Judging and...* op. cit.; Fila Rais N., *The Importance of Female Judge Representation in the Constitutional Court of Indonesia to Achieve Gender Equality during Judicial Review Procedure*, in *SHS Web of Conferences*, vol. 54, 2018.

²⁷⁸ L’espressione è usata, con riferimento al contesto statunitense, da Graham B.L., *Toward an Understanding of Judicial Diversity in American Courts*, in *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 10, 1/2004, 159.

²⁷⁹ Dziedzic A., *Foreign judges on...* op. cit., 70. Cfr. altresì Rackley E., *Women, Judging and...* op. cit., 23-24; Hoster P.E., *Understanding the Value of Judicial Diversity through the Native American Lens*, in *American Indian Law Review*, vol. 36, 2/2012, 459-461.

²⁸⁰ Cfr. Comba M.E., *Reflective Judiciary: more...* op. cit., 181 ove l’A., inoltre, intravede bagliori di *Reflective Judiciary* già in quanto affermato da Montesquieu nel suo Spirito delle Leggi (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu*, vol. 1., Londra, 1777, 201) ove egli afferma «*The judges ought likewise to be of the same rank as the accused, or, in other words, his peers; to the end, that he may not imagine he is fallen into the hands of persons inclined to treat him with rigour*».

²⁸¹ In questi termini, ex multis, Caldeira G.A., *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, in *American Political Science Review*, vol. 80, 4/1986, 1209-1226; Ifill S.A., *Racial Diversity on...* op. cit., 405 ss.; Caielli M., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms...* op. cit., 5; Dziedzic A., *Foreign judges on...* op. cit., 72 ss.

Connessa all'effettiva attività giurisdizionale è invece il secondo dei binari cui si accennava. La fiducia pubblica che la composizione pluralisticamente caratterizzata delle Corti è in grado di ingenerare nei confronti di esse consente, infatti, che le decisioni delle Corti incontrino il rispetto e l'adesione volontaria da parte dei gruppi i cui membri sono presenti nella composizione di queste ultime, anche qualora il loro output non risulti ai gruppi medesimi favorevole. Anche in questo caso, la pubblica fiducia generata dalla composizione plurale delle Corti, contribuendo all'accettazione delle decisioni da parte delle diverse componenti di una società frammentata, costituirebbe ulteriore fattore di rinvigorimento e tenuta del relativo edificio costituzionale²⁸².

Se sono dunque queste le potenzialità, tanto sul piano simbolico che descrittivo, che l'applicazione del principio del *fair reflection* come criterio per la composizione delle Corti costituzionali o supreme possiede in favore di una maggiore legittimazione delle Corti medesime rispetto alle comunità in cui operano, va tuttavia precisato, a conclusione di questa ricostruzione teorica del principio *de quo*, come le comunità stesse non possano considerarsi un elemento cristallizzato, caratterizzandosi, per converso, per progressivi mutamenti tanto in termini demografici che valoriali.

L'emergere, in virtù del fenomeno migratorio, di «nuove»²⁸³ o «altre»²⁸⁴ minoranze tendenzialmente alla ricerca dell'integrazione nella società ospitante, da un lato, e l'affermarsi – nei termini di una avvertita esigenza di visibilità e valorizzazione istituzionale – di ulteriori fattori differenziali – tra tutti, ad esempio, quello legato al genere –, dall'altro, sono solo due esempi di come le odierne società siano attraversate da continue trasformazioni.

In questo senso, la sfida alla quale gli ordinamenti contemporanei sono chiamati a rispondere è dunque quella di garantire, anche mediante l'introduzione di modifiche sul piano positivo, che la composizione delle Corti costituzionali o supreme sia in grado di rispondere ai predetti mutamenti demografici e valoriali, recependo l'inevitabile evolversi dello scenario contestuale e, a un tempo, scongiurando gli eventuali rischi “delegittimanti” derivanti dalla mera riproposizione di compromessi costituzionali iniziali, ormai necessitanti di opportune integrazioni, specchio di una diversità sociale magmatica e *in fieri*.

²⁸² Sulla lettura del principio del *Reflective judiciary* come strumento atto a garantire che le decisioni giudiziarie siano accettate e approvate da una particolare comunità cfr. Turenne S. (a cura di), *Fair Reflection of...* op. cit., 12.

²⁸³ Medda Windischer R., *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Padova, 2010. Il termine “nuove minoranze” con riferimento ai gruppi originati da fenomeni migratori è tuttavia contestato da taluna dottrina poiché farebbe presumere la presenza di analogie con le minoranze c.d. tradizionali o autoctone. Sul punto cfr. Joppke C., *Minority Rights for Immigrants? Multiculturalism versus Antidiscrimination?*, in *Israel Law Review*, vol. 43, 1/2010, 49 ss.

²⁸⁴ Cfr. ampiamente Toniatti R. (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, Trento, 2022.

SEZIONE II

IL PRINCIPIO DEL *FAIR REFLECTION OF SOCIETY*: IL QUADRO EMPIRICO

1. Note preliminari

Delineate le coordinate teoriche del *fair reflection of society*, le pagine che seguono intendono offrire una panoramica relativa alle forme di manifestazione concreta del principio *de quo*. Nel tentativo di ricostruire un quadro che, con riferimento alle ragioni ispiratrici e alle soluzioni normative adottate dai singoli ordinamenti, presenta tratti estremamente eterogenei, l'analisi delle regole relative alla composizione delle Corti verrà collocata all'interno di quattro categorie, a seconda del contesto 1) di transizione costituzionale prevalentemente post-conflittuale, 2) di decolonizzazione, 3) multinazionale, 4) di ricercato incremento della *judicial diversity* in cui le Corti medesime si trovano ad operare.

È bene sin da ora chiarire, tuttavia, come all'interno di tali categorie, dai tratti – come si vedrà – non assoluti, verranno annoverati alcuni casi nei quali, con riferimento al principio pluralistico, dal disposto normativo non emerga formalmente alcun riferimento a requisiti di ordine soggettivo cui il giudice oggetto di selezione debba essere titolare. E tuttavia, una simile scelta si deve – come avrà modo di vedersi – alla contestualizzazione di queste Corti all'interno del rispettivo ordinamento costituzionale e alla conseguente riconducibilità, in via sostanziale, delle regole relative alla loro composizione al principio in esame.

2. Il *fair reflection* nei contesti di transizione costituzionale prevalentemente post-conflittuale

Nella sezione precedente del presente capitolo si è già avuto modo di richiamare due Corti costituzionali che, nella loro composizione, recano i tratti di un compromesso costituzionale ottenuto faticosamente tramite l'indispensabile intervento delle comunità internazionale a conclusione di conflitti armati interetnici occorsi rispettivamente tra il 1992 e il 1995, da un lato, e nel 2001, dall'altro. Il riferimento è alla Corte costituzionale di Bosnia ed Erzegovina, la cui istituzione e particolare composizione si deve agli Accordi siglati a Dayton nel 1995, e alla Corte costituzionale della Macedonia del Nord, la cui composizione pluralisticamente caratterizzata è legata alla revisione costituzionale occorsa in attuazione degli Accordi di Ohrid del 2001.

Procedendo con ordine, l'analisi della composizione della Corte bosniaco-erzegovese può essere condotta adottando due lenti di osservazione: la prima attenta al dato “internazionalistico”, la seconda a quello etnico, entrambi conviventi all'interno di quella che attenta dottrina non ha mancato di definire a questo proposito come una Corte dal carattere ibrido²⁸⁵.

²⁸⁵ Cfr. Grewe C., Riegner M., *Internationalized Constitutionalism in Ethnically divided society: Bosnia-Herzegovina and Kosovo compared*, in Von Bogdandy A., Wolfrum R. (a cura di), *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, vol. 15, 2011, 39 ss.; Dickinson L., *The Relationship Between Hybrid Courts and*

Riprendendo quanto già richiamato in precedenza, è dunque opportuno evidenziare innanzitutto come dietro la scelta di prevedere all'art. VI.1 a) e b) della Costituzione che dei nove membri della Corte tre venissero selezionati dal Presidente della Corte EDU sentita la Presidenza bosniaco-erzegovese e che questi, oltre a essere giuristi dall'alta caratura morale, non fossero cittadini né della Bosnia ed Erzegovina né di uno Stato con essa confinante, vi fosse l'intento, *inter alia*²⁸⁶, di mitigare – inizialmente (e utopisticamente) solo per i primi cinque anni²⁸⁷ – l'inevitabile²⁸⁸ composizione etnica della Corte e, in questo modo, garantire la presenza di un consesso strutturalmente in grado di assicurare l'attuazione della Costituzione intervenendo in maniera imparziale contro eventuali discriminazioni derivanti dall'incapacità da parte di istituzioni ancora troppo giovani di assicurare la tutela dei diritti. Per quanto invece riguarda il dato etnico, il disposto costituzionale si limita ad affermare come degli altri sei giudici, quattro debbano essere selezionati dalla Camera dei Rappresentanti della FBiH e due dall'Assemblea Nazionale della RS. È questo un caso – come si accennava – in cui se ci si fermasse al dato positivo, non potrebbe formalmente trarsi alcuna indicazione in merito all'applicazione del principio del *fair reflection* con riferimento alle caratteristiche soggettive del giudice da selezionare. E tuttavia, a una lettura contestualizzata della disposizione non sfugge come, in via sostanziale, sebbene non via sia alcuna previsione normativa che osti alla selezione di un giudice costituzionale non appartenente a uno dei tre popoli costitutivi, l'istituzionalizzazione territoriale delle etnie in Bosnia ed Erzegovina conduca senza alcun margine di dubbio la Camera dei Rappresentanti della FBiH a eleggere due giudici bosgnacchi e due croati e l'Assemblea Nazionale della RS a eleggere due giudici serbi. Tale dato risulta peraltro – per così dire – “blindato” dalla circostanza che vede le leggi sulla nomina dei giudici costituzionali essere, da un alto, di competenza delle Assemblee delle due Entità e, dall'altro, non prevedere maggioranze qualificate per le richiamate elezioni, venendo così esclusa qualsiasi interferenza da parte delle minoranze o dei popoli costitutivi numericamente minoritari all'interno del rispettivo territorio nel processo di selezione²⁸⁹.

Il dominio che, in via esclusiva, la difficile dialettica tra i tre popoli costitutivi esercita sulla Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina dalla composizione si estende, giocoforza, altresì nei confronti del funzionamento della stessa, ove si consideri come, dipendendo la selezione dei giudici esclusivamente dalle rispettive Assemblee legislative, i due legislativi

International Courts: the Case of Kosovo, in *New England Law Review*, vol. 37, 2003, 1059 ss.; Id., *The Promise of Hybrid Courts*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 97, 2/2003, 295 ss.

²⁸⁶ La presenza dei tre giudici di nomina internazionale era altresì preordinata ad assicurare la conformità delle sentenze della neonata Corte costituzionale alla Convenzione EDU e alla giurisprudenza della Corte EDU.

²⁸⁷ La lettera d) dell'art. VI.1 prevede che una legge dello Stato avrebbe dovuto stabilire entro la fine del primo mandato di cinque anni dei giudici i criteri per sostituire quelli di nomina internazionale. La disposizione risulta, tuttavia, ad oggi inapplicata per le difficoltà nel raggiungere le maggioranze previste ex art X.1 necessarie alla revisione della Costituzione, unito a un certo scetticismo internazionale in merito alla sottrazione della giustizia costituzionale al bilanciamento esterno.

²⁸⁸ La composizione del tutto etnicamente neutrale della Corte risultava, infatti, impraticabile data la partecipazione egualitaria dei popoli costitutivi in tutte le istituzioni dello Stato e delle Entità.

²⁸⁹ Cfr. Steiner F., Adamovic M., *Constitution of Bosnia and Herzegovina: Commentary*, Bonn, 2010, 673 ss.

abbiano il potere di impedire i lavori della Corte qualora decidessero di non procedere all'elezione di un nuovo giudice di loro competenza.

Sono – quelli richiamati – tutti elementi che portano a leggere l'applicazione del principio del *fair reflection* alla composizione della Corte costituzionale bosniaco-erzegovese come uno strumento che, sebbene introdotto nell'immediato dopoguerra per la gestione del conflitto, conserva ancora oggi il proprio carattere necessario a fronte di un quadro costituzionale che vede la Bosnia ed Erzegovina divisa su base etnica in tutti gli ambiti istituzionali in un clima di mancata fiducia e cooperazione tra i gruppi.

Muovendo l'attenzione sulla Corte di Skopje, si è già evidenziato come il carattere multietnico della società macedone, affermato nel punto 1.3 dei Principi Fondamentali degli Accordi di Ohrid, abbia informato altresì la nuova disciplina, introdotta tramite revisione costituzionale, relativa alla sua composizione. Anche in questo caso, il carattere “riflessivo” della Corte rispetto al pluralismo presente nella società non è garantito da una formale previsione normativa, bensì si ricava dal ruolo assicurato nel procedimento di nomina ai parlamentari appartenenti alle comunità minoritarie nel Paese. Sebbene per tutti i nove giudici sia prevista l'elezione da parte della *Sobranie* a maggioranza assoluta su proposta del Presidente della Repubblica, del Consiglio giudiziario e del Comitato parlamentare sulle elezioni e nomine, per tre di essi è infatti necessario che nella maggioranza assoluta raggiunta sia compresa la maggioranza dei parlamentari dichiaratisi appartenenti alle comunità non in maggioranza nella popolazione macedone.

Il nuovo procedimento introdotto rende la Corte, nella sua composizione, coerente con il rinnovato impianto costituzionale, attento alla protezione delle minoranze e alla valorizzazione del principio pluralistico. Può, a questo proposito, risultare utile richiamare, a titolo esemplificativo, quanto previsto dal nuovo art. 7 della Costituzione che, accanto alla definizione del macedone quale lingua ufficiale, riconosce il medesimo status – e i benefici in termini di utilizzo da esso derivante – a ogni altra lingua parlata da almeno il 20% della popolazione. Un ulteriore rafforzamento in senso pluralistico di alcuni diritti e libertà può altresì rinvenirsi sempre nell'art. 7, ove viene introdotto l'uso delle lingue minoritarie nelle unità di autogoverno che abbiano una percentuale di residenti appartenenti a un gruppo minoritario, nonché nell'art. 48 che invece riguarda il diritto di coltivare e sviluppare la propria identità nazionale. Da ultimo, giova qui richiamare l'art. 69 della Costituzione che, per l'approvazione di leggi in materia di cultura, istruzione, uso della lingua, documenti e uso dei simboli, impone che la maggioranza richiesta comprenda non solo quella dei parlamentari presenti ma altresì quella dei deputati non facenti parte la comunità maggioritaria macedone. Viene in questo modo garantita dalla Costituzione l'autonomia culturale delle minoranze, prevedendo peraltro altresì che un apposito Comitato per le relazioni inter-comunitarie – organo parlamentare di diciannove membri di cui sette scelti tra i macedoni, sette tra gli albanesi e gli altri tra le altre comunità costituzionalmente nominate – sia competente, *inter alia*, a dirimere tutte le controversie relative

all'applicazione del procedimento ex art. 69 citato.

Alla medesima esigenza di riflettere un contesto sociale multietnico e post-conflittuale rispondono le regole relative alla composizione di un'altra Corte costituzionale, istituita in un contesto ordinamentale anch'esso erede del sanguinoso processo di dissoluzione della Federazione jugoslava degli anni '90 nonché, successivamente, della Serbia: il riferimento è alla Corte costituzionale del Kosovo²⁹⁰.

Inserita all'interno di un ordinamento costituzionale attualmente ancora sottoposto a tutela internazionale al fine di monitorare la contrapposizione fra la maggioranza di lingua albanese e la minoranza serba, la Corte costituzionale kosovara, secondo il disposto dell'art. 114 della Costituzione, vede applicato il principio di *fair reflection* alla sua composizione secondo una duplice via. Se da un lato, infatti, il comma 1 dell'articolo citato prevede – tuttavia in maniera piuttosto generica – che per la selezione dei nove giudici venga rispettata l'uguaglianza di genere²⁹¹, dall'altro lato, dalla lettura del comma 3 emerge come il principio *de quo* vada a informare, nello specifico, il procedimento relativo alla proposta dei candidati giudici da parte del Parlamento. Posto come la decisione di proporre sette giudici richieda una maggioranza di 2/3 dei deputati dell'Assemblea presenti e votanti, il comma *de quo* prosegue infatti prevedendo che per l'elezione dei restanti due giudici sia sufficiente la medesima maggioranza, a condizione, tuttavia, che intervenga il consenso della maggioranza dei deputati dell'Assemblea occupanti i seggi riservati o garantiti ai rappresentanti delle Comunità non maggioritarie in Kosovo. Tale previsione acquista significato con riguardo all'assicurata composizione pluralisticamente caratterizzata della Corte ove si consideri la presenza delle minoranze all'interno del Parlamento monocamerale kosovaro che l'art. 64 della Costituzione garantisce nella parte in cui prevede che «*twenty of the one hundred twenty seats are guaranteed for representation of communities that are not in the majority in Kosovo as follows:...*», di cui 10 seggi garantiti ai rappresentanti della comunità serba²⁹² e i restanti 10 variamente divisi tra i rappresentanti delle comunità rom, egiziana, ashkali, bosgnacca, turca e gorana²⁹³.

Anche in questo caso, la disciplina relativa alla composizione della Corte costituzionale rispecchia a pieno quella volontà di fondo che ha animato sin dall'inizio il processo tanto di *State building* quanto di democratizzazione del Kosovo condotto dalle Nazioni Unite a

²⁹⁰ Sull'evoluzione storica, politica e giuridica del Kosovo cfr. ampiamente Mazza M., *L'ordinamento costituzionale del Kosovo*, Napoli, 2008.

²⁹¹ Art. 114 co.1 “...*Principles of gender equality shall be respected*”.

²⁹² Art. 64 co.1 “*Parties, coalitions, citizens' initiatives and independent candidates having declared themselves representing the Kosovo Serb Community shall have the total number of seats won through the open election, with a minimum ten (10) seats guaranteed if the number of seats won is less than ten (10)*”.

²⁹³ Art. 64 co.2 “*Parties, coalitions, citizens' initiatives and independent candidates having declared themselves representing the other Communities shall have the total number of seats won through the open election, with a minimum number of seats in the Assembly guaranteed as follows: the Roma community, one (1) seat; the Ashkali community, one (1) seat; the Egyptian community, one (1) seat; and one (1) additional seat will be awarded to either the Roma, the Ashkali or the Egyptian community with the highest overall votes; the Bosnian community, three (3) seats; the Turkish community, two (2) seats; and the Gorani community, one (1) seat if the number of seats won by each community is less than the number guaranteed*».

partire dalla resa della Jugoslavia nei territori kosovari nel 1999 sino alla Dichiarazione di indipendenza del 2008: la tutela delle minoranze, tuttavia mai definite come tali dal testo costituzionale, ove viene preferito – come visto – il termine «comunità». Non stupisce, pertanto, come la Costituzione del 2008 – che già all’art. 3 definisce la Repubblica del Kosovo come una società multietnica costituita da albanesi e altre comunità e, agli artt. 5 e 6, edifica attorno al principio pluralistico la disciplina relativa all’uso rispettivamente delle lingue e dei simboli statali – dedichi un intero capitolo, il III, alla disciplina e alla tutela tanto dei diritti collettivi in capo alle comunità quanto dei diritti individuali dei membri alle comunità medesime appartenenti, contemplando altresì un obbligo positivo in capo allo Stato di assicurare le condizioni utili a consentire alle comunità e ai loro membri di preservare, proteggere e sviluppare le loro identità. Particolarmente significativa risulta poi l’istituzione, ex art. 60, di un Consiglio consultivo per le Comunità, rappresentativo delle comunità e la cui composizione si caratterizza per la presenza – *inter alia* – dei rappresentanti delle associazioni delle comunità, avente, tra le altre, la funzione di garantire uno scambio regolare tra le Comunità e il Governo del Kosovo nonché di assicurare un certo grado di partecipazione delle Comunità stesse all’elaborazione delle politiche pubbliche o all’iniziativa legislativa. Da ultimo, giova altresì segnalare la previsione, ex art. 61 della Costituzione, pur nel rispetto dei requisiti di competenza e integrità richiesti per il lavoro nella pubblica amministrazione, il principio di equa rappresentanza dei membri delle diverse comunità nel pubblico impiego²⁹⁴.

Parla di «proporzionale» e non «equa» rappresentanza, *inter alia*, nel pubblico impiego, nella parte relativa ai diritti delle persone appartenenti a «nazioni minoritarie» e ad altre «comunità nazionali minoritarie» il comma 10 dell’art. 79 di un’altra Costituzione nata dal processo disgregativo della Federazione jugoslava: il riferimento è alla Costituzione del Montenegro, adottata nel 2007 a seguito del referendum sull’indipendenza dalla Confederazione di Serbia e Montenegro tenutosi il 21 maggio 2006.

Quella montenegrina è l’unica esperienza di indipendenza e transizione democratica nell’area balcanica esente da conflitti etnici. E tuttavia, attenendosi ai dati del 2011 – non essendo ad oggi ancora disponibili gli esiti del censimento condotto a fine 2023 – la Repubblica di Montenegro risulta il Paese balcanico con il più alto grado di eterogeneità etnica: i membri di nazionalità montenegrina si attestano infatti attorno appena al 45%, seguiti da quelli di nazionalità serba pari al 28%²⁹⁵.

A fronte di un pluralismo così marcato, la Costituzione propende, tuttavia, per un certo equilibrismo tra, da un lato, l’affermazione di un concetto indifferenziato di cittadinanza –

²⁹⁴ Toniatti R., *Il principio del «reflective judiciary»*...op. cit., 141-144.

²⁹⁵ I dati del censimento del 2011 sono disponibili [qui](#). Lo stesso Preambolo della Costituzione fa riferimento a «we, as free and equal citizens, members of peoples and national minorities who live in Montenegro: Montenegrins, Serbs, Bosniacs, Albanians, Muslims, Croats and the others...».

come ben risulta già dal Preambolo²⁹⁶ ove si parla genericamente di «*citizens of Montenegro*» nonché dall'art. 12 proprio in materia di cittadinanza o ancora dall'art. 17 relativo al principio di eguaglianza²⁹⁷ –, e dall'altro lato, la valorizzazione dell'elemento identitario, se si considera, ad esempio, la previsione, sempre nel Preambolo, del multiculturalismo²⁹⁸ nel novero dei valori fondanti dello Stato, o, ancora, la protezione che la Costituzione assicura tanto a livello procedurale – tramite la riserva di legge imposta dall'art. 16.2 per la regolazione delle questioni relative all'esercizio dei diritti speciali delle minoranze²⁹⁹ – quanto a livello sostanziale – se si considera il lungo e dettagliato art. 79 già citato e non a caso rubricato «*protection of identities*» – dei diritti delle minoranze.

A fronte di un simile quadro costituzionale, risulta interessante notare come il principio del *fair reflection* non trovi – quantomeno espressamente – applicazione con riferimento alle regole relative alla composizione della Corte costituzionale montenegrina, la cui disciplina è contenuta nella Parte VI del testo costituzionale agli artt. 149-154. E tuttavia, dall'analisi della legge sulla Corte costituzionale del 2015 emerge come il principio *de quo* influenzi il procedimento di selezione dei candidati alla nomina. Più in particolare, l'art. 10.6 della legge prevede che nella scelta dei candidati, i soggetti proponenti – Presidente del Montenegro e la commissione parlamentare competente – debbano «tenere in considerazione la rappresentanza proporzionale dei membri delle minoranze e delle altre comunità etniche minoritarie, così come una rappresentanza di genere equilibrata»³⁰⁰. Alla luce di quanto previsto, se già la prescrizione (ex art. 91.3 della Costituzione) della maggioranza qualificata in un Parlamento culturalmente composito come quello montenegrino per l'elezione dei sette giudici costituzionali pare diretta a garantire una Corte pluralisticamente caratterizzata nella sua composizione, dal carattere così dettagliato della previsione della legge del 2015 appena richiamata pare trasparire l'intento di elevare i requisiti richiesti per la proposta dei candidati a criteri per la composizione stessa della Corte, potendosi in conclusione parlare anche con riferimento al contesto montenegrino di una –

²⁹⁶ «...*The decision of the citizens of Montenegro to live in an independent and sovereign state of Montenegro, made in the referendum held on May 21, 2006; The commitment of the citizens of Montenegro to live in a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law; The determination that we, as free and equal citizens, members of peoples and national minorities who live in Montenegro: Montenegrins, Serbs, Bosniacs, Albanians, Muslims, Croats and the others, are committed to democratic and civic Montenegro;...*».

²⁹⁷ Art. 17: “*In Montenegro there shall be a Montenegrin citizenship. Montenegro shall protect the rights and interests of the Montenegrin citizens. Montenegrin citizen shall not be expelled or extradited to other state, except in accordance with the international obligations of Montenegro*”.

²⁹⁸ L'introduzione del multiculturalismo tra i valori fondanti dell'ordinamenti si deve, tuttavia, alla revisione costituzionale del 2013.

²⁹⁹ Art. 16.2: “*The law, in accordance with the Constitution, shall regulate: 2. the manner of exercise of the special minority rights;*”.

³⁰⁰ Cfr. [Law on the Constitutional Court of Montenegro](#), art. 10.

sebbene indiretta e non esente da criticità³⁰¹ – possibile applicabilità del *fair reflection* quale principio informatore per la composizione dell'organo di giustizia costituzionale³⁰².

3. Il *fair reflection* nei contesti di decolonizzazione

La regione dei Balcani occidentali rappresenta, come visto, un importante laboratorio in relazione al quale è possibile dare una lettura della composizione pluralisticamente caratterizzata delle nuove o rinnovate Corti costituzionali quale parte ineludibile delle più ampie soluzioni istituzionali che i Paesi dell'area hanno dovuto adottare per pacificare i conflitti e mediare le immanenti tensioni ereditati dalla dissoluzione della Jugoslavia socialista in un contesto di transizione di regime.

Se, tuttavia, si muove lo sguardo geograficamente oltre il continente europeo e, in particolare, verso il continente africano, è possibile rinvenire un'ulteriore esperienza ordinamentale ove intravedere, nell'applicazione del principio del *fair reflection* alle regole relative alla composizione della Corte costituzionale, i segni di un avvenuto processo di transizione costituzionale in un contesto parimenti post-conflittuale. È questo il caso della Corte costituzionale sudafricana, prevista per la prima volta dalla Costituzione *ad interim* del 1993 e posta al vertice del sistema giudiziario nella *Final Constitution*, approvata nel 1996 al termine di un percorso istituzionale iniziato tra il 1989 e il 1990 e volto a superare il regime di *apartheid* ufficialmente introdotto nel 1948³⁰³.

Invero, l'istituzione stessa della Corte può considerarsi un tassello fondamentale delle negoziazioni che condussero all'approvazione della Costituzione democratica, non a caso definita – per usare le parole del giudice costituzionale Albie Sachs – «*more than just giving a basic law to the country. It was a peace treaty, it put to an end more than 50 years of armed struggle, it was an independence document bringing the African people into sovereignty for the first time. It was a social pact out of people who had been trying to kill each other, now trying to live together in one country on a secure basis. The solution lied in the way the problems were solved, the way the two sides tried to accommodate the other*»³⁰⁴. Dopo

³⁰¹ Il requisito della maggioranza qualificata è stato infatti di recente utilizzato per impedire l'elezione del candidato Resulbegovic in ragione del suo background nazionale. In particolare, poste la nazionalità albanese di quest'ultimo, la coalizione albanese e il partito bosgnacco non hanno infatti trovato l'accordo, data la volontà dei bosgnacchi di eleggere come giudice costituzionale il bosgnacco Beganovic. Sul punto cfr. Kajosevic A., [Montenegro Starts Unblocking Constitutional Court, Electing New Judges](#), in *Balkan Insight*, 27 febbraio 2023.

³⁰² Cfr. Toniatti R., *The Principle of Reflective Judiciary in Divided Societies: Challenges and Opportunities*, in *Diritti Comparati*, 3/2023, 199-201.

³⁰³ Sulla transizione costituzionale in Sudafrica cfr., *ex plurimis*, Ebrahim H., *The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa*, Città del Capo, 1998; per la dottrina italiana Orrù R., *La Costituzione di tutti: il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della "rainbow nation"*, Torino, 1998; Dau F.R., *Costituzionalismo e rappresentanza. Il caso del Sudafrica*, Milano, 2011 nonché, ampiamente, Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions: Lessons from South Africa*, Firenze, 2006.

³⁰⁴ Intervista condotta a Johannesburg il 28 febbraio 2005. Cfr. Federico V., *Democratic transitions and Constitution-making Processes. The Role of Constitutionalism as Mechanism of Building Consensus. The South African case*, in Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic...* op. cit., 50-51.

decenni³⁰⁵ della *white minority rule*, resa possibile da un utilizzo del principio della sovranità parlamentare come strumento per legittimare l'assoggettamento della maggioranza nera in nome di un principio di democrazia formale durante il periodo coloniale e dell'*apartheid*, le negoziazioni costituzionali condotte in seno alla Convenzione per un Sudafrica democratico (CODESA) e al Processo di negoziazione multipartitico (MNPN) prima del 1994 e, tra il 1994 e il 1996, nell'Assemblea Costituente, hanno portato infatti all'approvazione di una «*transformative Constitution*»³⁰⁶ che nel suo Preambolo, riconoscendo e condannando le ingiustizie dell'*apartheid* e del passato coloniale, impegna il Paese a superare le divisioni del passato e a stabilire una società basata sui valori democratici, sulla giustizia sociale e sui diritti umani fondamentali, nonché alla costruzione di una forma di governo legittimata dalla volontà popolare e fondata sull'eguaglianza dinanzi alla legge di tutti i cittadini, e auspica il radicale cambiamento della cultura giuridica nonché rimedi alle oppressioni subite dalla maggioranza della popolazione in virtù della segregazione razziale³⁰⁷. A tutela di questo rinnovato disegno costituzionale viene appunto istituita la Corte Costituzionale che, pur non esimendosi inizialmente dal mostrare segnali di continuità – con tutte le criticità che un ampio dibattito in dottrina ha sollevato in termini di legittimazione dell'organo³⁰⁸ – con il precedente regime poiché integrata nel collegio da giudici che avevano applicato le norme sull'*apartheid*³⁰⁹, vede nella disciplina relativa alla sua composizione – ma il medesimo discorso è estendibile all'intero giudiziario – il rinnovamento che una transizione democratica di tale portata richiedeva a tutte le istituzioni pubbliche. Se infatti prima della svolta del 1994 il procedimento selettivo era sostanzialmente informale, segreto, *unaccountable* e senza alcuna garanzia in termini di rappresentatività di genere e di razza³¹⁰, l'art. 174 della *Final Constitution* del 1996, nel solco di quanto già affermato dalla Costituzione *ad interim* del 1993, disciplina nel dettaglio il procedimento di nomina tanto dei membri del giudiziario quanto degli undici componenti della Corte Costituzionale affidando un ruolo fondamentale alla neo-istituita *Judicial Service Commission*, la cui composizione “politicizzata” ha superato il vaglio di costituzionalità operato dalla Corte stessa, nell'esercizio del noto potere di *certification* attribuitole dalla *Interim Constitution*³¹¹.

³⁰⁵ Risale infatti al 1909 l'adozione della Costituzione dell'Unione Sudafricana tramite il *South Africa Act* approvato dal Parlamento britannico.

³⁰⁶ O'Reagan K., *Text Matters: Some Reflections on the Forging of a New Constitutional Jurisprudence in South Africa*, in *Modern Law Review*, vol. 75, 1/2012, 5.

³⁰⁷ Cfr. [Constitution of the Republic of South Africa, 1996 – Preamble](#).

³⁰⁸ Ricostruisce il dibattito sulla nomina dei giudici sudafricani Cowen S., [Judicial Selection in South Africa](#), I ed., Città del Capo, 2013.

³⁰⁹ Martino P., *I fantasmi del passato: la dottrina del precedente in Sudafrica tra continuità e trasformazione*, in Aa.Vv., *Le trasformazioni costituzionali...* op. cit., 334-335.

³¹⁰ Corder H., *The Appointment of Judges: Some Comparative Idea*, in *Stellenbosch Law Review*, 3/1992, 207 ss.

³¹¹ Cfr. sec 71(2) della *Interim Constitution* secondo cui «*The new constitutional text passed by the Constitutional Assembly, or any provision thereof, shall not be of any force and effect unless the Constitutional Court has certified that all the provisions of such text comply with the Constitutional Principles referred to in subsection (1) (a)*». Si è a questo proposito parlato in dottrina di una co-partecipazione all'esercizio del potere

Orbene, sebbene l'articolo *de quo*, con riferimento specifico alla selezione dei giudici costituzionali, si soffermi nel prevedere come la nomina dei giudici spetti al Presidente previa consultazione della *Judicial Service Commission* e dei leader dei partiti dell'Assemblea Nazionale sulla base di una ristretta lista di nomi (superiore nel numero di tre rispetto ai soggetti da nominare) redatta dalla Commissione medesima, il dato che più rileva qui segnalare, in quanto pienamente espressione del principio del *fair reflection* con riguardo sia al giudiziario in generale ma altresì alla Corte costituzionale, è il comma 2 dell'art. 174 ove si prevede che «*The need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when judicial officers are appointed*»³¹².

Nel richiedere in via esplicita un giudiziario e una Corte costituzionale attenti nella loro composizione – sul piano del pluralismo razziale e di genere – a riflettere la società sudafricana, è possibile infatti leggere l'intento del Sudafrica democratico di affrancarsi, così come sancito dal nuovo patto costituzionale frutto del processo costituente pur sommariamente richiamato, dal retaggio coloniale e dal passato di segregazione razziale vissuto³¹³.

Scostando l'attenzione dal contesto africano – che pur vede nell'esperienza costituzionale dello Zimbabwe un altro esempio di applicazione del principio del *fair reflection* ove si consideri l'art. 184 della Costituzione del 2013 secondo cui «*Appointments to the judiciary must reflect broadly the diversity and gender composition of Zimbabwe*» –, ove l'imperativo decoloniale si presenta con ancora più veemenza, costituendo la ratio ideologica ispiratrice dell'intero impianto costituzionale, e permeando conseguentemente di sé anche le regole relative alla composizione dell'organo di giustizia costituzionale, è nel contesto ordinamentale boliviano.

La Costituzione della Bolivia del 2009, attorno al rifiuto della logica coloniale tradizionalmente foriera di emarginazione per i popoli indigeni, edifica, infatti, un nuovo patto sociale che nei concetti di plurinazione, di intercultura e di pluralismo individua le sue voci fondamentali, unite in un trionomio dall'intreccio indissolubile, come certificato dall'art. 1 della Costituzione che definisce quello boliviano uno Stato «*Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*» e prosegue affermando che la «*Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*». E tuttavia, per comprendere le ricadute che un simile impianto ideologico ha sulla composizione dell'organo di giustizia costituzionale –

costituente da parte della Corte. Sul punto cfr. Lollini A., *La Corte costituzionale sudafricana*, in Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 787 ss.

³¹² Art. 174 co. 2.

³¹³ Può essere utile qui richiamare l'art. 1 co.1 lett. b della Costituzione sudafricana ove si afferma che «*The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: b. Non-racialism and non-sexism*».

non a caso ufficialmente denominato *Tribunal Constitucional Plurinacional* (TCP) – può essere utile, sebbene succintamente, prendere in esame singolarmente le voci richiamate. Procedendo con ordine, è noto come la scelta costituzionale boliviana – peraltro affiancata dalla quasi coeva equadoriana – di proclamarsi Stato plurinazionale sia dovuta all’incontro, avvenuto in sede costituente tramite la partecipazione di rappresentanti di popoli e comunità indigeni, tra la tradizione giuridica occidentale fedele al modello westfaliano di Stato-nazione, da un lato, e il riconoscimento della pari dignità alle diverse culture e nazionalità del Paese, dall’altro³¹⁴. Si deve, in particolare, a tale seconda anima il riconoscimento nel Capitolo IV della Costituzione dei diritti delle nazioni e dei popoli indigeni originari contadini e degli afrodiscendenti, la cui massima estrinsecazione può rinvenirsi nel diritto all’autonomia quale esercizio di autogoverno previsto ex artt. 2³¹⁵ e 289³¹⁶.

In questo senso, il carattere plurinazionale dello Stato boliviano va oltre la mera soluzione “territoriale”: pur rappresentando l’autonomia territoriale uno strumento utile a consentire alle nazioni e ai popoli indigeni di perseguire – così come affermato dalla *Comisión Vision Pais* dell’Assemblea costituente – una vita piena³¹⁷, la plurinazionalità, costituendo una sorta di dato pre-giuridico teso a indicare l’esistenza di nazioni e popoli indigeni originari contadini, comunità interculturali e afroboliviane e boliviane e boliviani, tutti insieme costituenti il popolo boliviano, trova il proprio elemento complementare non tanto nel decentramento territoriale, quanto nella dimensione culturale. Il vero strumento tramite il quale lo Stato boliviano vede garantito il proprio carattere plurinazionale è, in altre parole, l’interculturalità, la quale, sostenendo il costante scambio di saperi, valori e tradizioni tra diverse persone e comunità, assicura uno sviluppo di queste ultime quanto più lontano dalla dinamica *cultura dominante-culture a essa subordinate*, tipica del modello coloniale e storicamente mezzo di emarginazione dei popoli indigeni³¹⁸.

La convivenza e la coesione armonica ed equilibrata tra tutti i popoli e le nazioni che, pertanto, lo Stato boliviano, nel suo carattere interculturale (e plurinazionale), sostiene, trova

³¹⁴ Bagni S., [Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità](#), in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, 2020, 5-6.

³¹⁵ Art. 2 Cost.: «Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley».

³¹⁶ Art. 289 Cost.: «La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias».

³¹⁷ Cfr. la [Declaración constitucional plurinacional 0006/2013](#) del Tribunal Constitucional Plurinacional del 5 giugno 2013, 12.

³¹⁸ Cfr. Walsh C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, Quito, 2009, 41 ss; Clavero B., *Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución*, in Bagni S. (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, Bologna, 2017, 19 ss. Sul concetto di interculturalismo per la dottrina italiana cfr. Bagni S., *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in Bagni S., Figueroa Mejía G.A., Pavani G. (a cura di), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Città del Messico, 2017, Tomo II, 137-190.

peraltro in ambito giuridico – così venendo al terzo degli elementi del trinomio prima citato – una delle sue più importanti declinazioni. Negare la supremazia del diritto di produzione statale nei confronti di qualsiasi altro sistema giuridico interno, riconoscendo per contro – come la Costituzione boliviana *apertis verbis* fa – la coesistenza di vari sistemi normativi all'interno del medesimo contesto statale, significa, infatti, scongiurare – ancora una volta in un'ottica di decolonizzazione – l'imporsi di un'unica visione e unico sistema di regole di convivenza, sostenute da una sola nazione a nocimento delle altre collettività culturali e politiche. La transizione verso un paradigma inclusivo della diversità culturale e la transizione dal monismo al pluralismo giuridico (e giurisdizionale) rappresentano, in questo senso, due facce della stessa medaglia³¹⁹.

A questo proposito, è utile segnalare come la Costituzione boliviana riconosca e consideri vincolanti per gli appartenenti alle comunità di riferimento gli atti e le decisioni giudiziali emesse dalle autorità indigene.

Invero, ai sensi dell'art. 410 co. 2 pt 3 della Costituzione, nella gerarchia delle fonti – e sebbene questo dato strida con quanto previsto dagli artt. 2 e 30 co. 1 pt. 14 secondo cui l'applicazione del diritto delle comunità indigene nei casi riguardanti i propri membri incontri il limite del rispetto anche della legge oltre che della Costituzione – la legislazione indigena è parificata alle leggi nazionali, agli statuti autonomici, alle carte organiche e alla legislazione dei dipartimenti e municipi. Parimenti parificate, nell'ambito – si badi – di una funzione giudiziaria unitaria così come previsto dall'art 179 co. 2 Cost., risultano la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione indigena³²⁰.

I limiti che quest'ultima incontra sono rappresentati, da un lato, dal diritto alla vita, dalla difesa giudiziale e dagli altri diritti e garanzie stabiliti in Costituzione³²¹, e dall'altro, dai c.d. presupposti di ordine personale, territoriale e materiale, la cui esplicitazione è stata affidata – non senza sollevare critiche in dottrina riguardo all'eccessiva restrizione dell'autonomia indigena³²² – a una *Ley de Deslinde Jurisdiccional* (n. 073 del 2010), disciplinante i meccanismi di coordinamento e cooperazione tra le diverse giurisdizioni³²³.

Dinanzi a questo quadro, tenendo a mente, da un lato, come la funzione giurisdizionale sia unitaria e come dunque la giustizia indigena sia parte dell'apparato giurisdizionale dello

³¹⁹ Segnala la concomitanza tra la transizione costituzionale verso un paradigma inclusivo della diversità culturale e la transizione dal monismo al pluralismo giuridico (e giurisdizionale) negli ordinamenti dell'America latina Toniatti R. (Toniatti R., *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in Bagni S., Figueroa Mejía G.A., Pavani G. (a cura di), *La Ciencia del...op. cit.*, Tomo III, 1450).

³²⁰ Art. 179; «*La función judicial es única.... II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía*».

³²¹ Art. 190 co. 2 Cost.

³²² Cfr. Grijalva Jiménez A., Exeni Rodríguez J.L., *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in de Sousa Santos B., Exeni Rodríguez J.L. (a cura di), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, 2012, 723 ss.

³²³ Sui limiti all'esercizio della giurisdizione indigena con particolare riferimento alla *Ley de Deslinde Jurisdiccional* del 2010 cfr. Baldin S., *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano*, in D'Alessandro C.A., Marchese C. (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, Vol. I, Roma, 2018, 374-382.

Stato, e dall'altro, come l'ordinamento boliviano sposi un sistema accentrato di giustizia costituzionale, deve segnalarsi come il TCP ricopra una posizione di assoluta centralità. Prendendo in considerazione le sue competenze inerenti alla sfera dell'autoctonia, a esso spetta risolvere i conflitti di attribuzione tra giustizia ordinaria, indigena e agro-ambientale³²⁴; esprimere pareri, su istanza delle autorità autoctone, sull'applicazione delle loro regole ai casi concreti³²⁵; pronunciarsi in via preventiva sulla costituzionalità dei progetti di statuti delle autonomie, tra le quali si annoverano quelli delle autonomie indigene originarie³²⁶; risolvere i conflitti tra governo plurinazionale, entità territoriali autonome e decentrate, e fra queste ultime³²⁷; rivedere le decisioni prese dalle giurisdizioni riconosciute dall'ordinamento, ivi comprese dunque quelle delle autorità indigene, se incompatibili con il rispetto e l'effettività dei diritti e delle garanzie costituzionali³²⁸.

A fronte di un simile ventaglio di competenze, non stupisce come le regole relative alla composizione del TCP prevedano l'incorporazione dell'"elemento" indigenità. Più precisamente, se da un lato la Costituzione afferma, agli artt. 197 co 1 e 198 Cost., che il TPC debba essere integrato da magistrati e magistrato eletti a suffragio universale secondo criteri di plurinazionalità, provenienti dalla magistratura e da quella indigena ordinaria contadina, dall'altro lato, la legge di attuazione sul Tribunale specifica che dei sette giudici componenti il collegio, almeno due debbano provenire, per autoidentificazione personale, dal sistema indigeno originario contadino, e che tutti debbano parlare almeno due lingue riconosciute, e pertanto almeno una lingua indigena insieme al castigliano³²⁹. Tenendo poi a mente come la procedura di elezione preveda una prima fase di preselezione dei candidati ad opera dell'Assemblea Legislativa Plurinazionale e una seconda fase di elezione da parte del corpo elettorale³³⁰, è qui importante segnalare come la Costituzione preveda, da un lato, che si debba altresì tener conto, nella valutazione dei requisiti di merito del candidato, dei ruoli di autorità svolti da quest'ultimo secondo il proprio sistema di giustizia³³¹, e dall'altro, che le candidature, oltre che individualmente, possano essere formulate non solo da organizzazioni della società civile ma altresì dai popoli indigeni originari e contadini³³².

³²⁴ Art. 202 pt. 11 Cost.

³²⁵ Art. 202 pt 8 Cost.

³²⁶ Art. 275 Cost.

³²⁷ Art. 202 pt.3 Cost.

³²⁸ Art. 202 pt. 6 Cost.

³²⁹ Cfr. Art 13 della Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (n. 027/2010): «*El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera: Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal*».

³³⁰ Sul procedimento di nomina cfr. Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 45-46.

³³¹ Art. 199 co. 1 Cost.: «*Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia*».

³³² Art. 199 co. 2 Cost.: «*Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*».

Alla luce della disciplina richiamata, il caso boliviano costituisce forse l'esempio più emblematico di come dietro la rappresentazione del principio pluralistico, declinato in chiave soggettiva, all'interno dell'organo di giustizia costituzionale, elemento identitario – legato alla presenza di giudici indigeni – e elemento tecnico-professionale – legato alla familiarità da parte di questi ultimi con il sistema normativo indigeno – si intersechino e si alimentino vicendevolmente, assicurando una lettura interculturale e plurinazionale del testo costituzionale. In questo senso, la disciplina relativa alla composizione del TPC pare funzionale – come attentamente sostenuto in dottrina – non tanto alla tutela di una componente minoritaria, quanto del patto costituzionale in sé e del suo carattere – come visto – plurinazionale, interculturale, pluralistico e – in definitiva – decoloniale³³³.

4. Il *fair reflection* nei contesti storicamente multinazionali

Nel presente paragrafo l'attenzione si sposta verso il continente europeo occidentale e, in particolare, su come il principio del *fair reflection* informi la composizione di due organi giustizia costituzionale a competenza – solo inizialmente nel secondo caso – limitata. Il riferimento è alla Confederazione Elvetica e al suo Tribunale Federale, da un lato, e al Regno del Belgio e alla sua Corte Costituzionale (già *Cour d'Arbitrage*), dall'altro.

Si tratta di due ordinamenti tradizionalmente ricondotti dalla dottrina al modello multinazionale, in relazione ai quali dunque – in base a quanto detto in precedenza – non può propriamente farsi riferimento in senso stretto ai concetti di maggioranza e minoranze. Dato comune a entrambe le esperienze costituzionali richiamate è la centralità del pluralismo linguistico-culturale, vero fattore costitutivo dei due ordinamenti e, non a caso, riscontrabile altresì nella composizione dei rispettivi organi di giustizia costituzionale.

Procedendo con ordine, con riguardo al Tribunale Federale Svizzero è bene sottolineare come il principio del *fair reflection* trovi affermazione esclusivamente *de facto*, non figurando nella Costituzione frutto della revisione totale del 1999 e delle revisioni parziali del 2000, 2003 e 2004 alcuna disposizione che, con riferimento alle regole relative alla composizione dell'autorità giudiziaria suprema della Confederazione, dia espressa rappresentazione alla complessa articolazione della nazionalità composta dalle quattro comunità linguistiche tedesca, francese, italiana e romanza nel Paese³³⁴. Le disposizioni relative alla composizione del Tribunale Federale si limitano infatti a sancire come possa essere eletto giudice federale chiunque abbia il diritto di voto³³⁵, e come i giudici siano eletti dall'Assemblea federale³³⁶ – come noto composta dal Consiglio nazionale, eletto in ogni cantone proporzionalmente alla popolazione, e dal Consiglio degli stati, formato dai

³³³ Bagni S., *Il ruolo delle...op. cit.*, 10.

³³⁴ Basta L.R., Fleiner T., *Federalism and Multiethnic States: the Case of Switzerland*, Friburgo, 2000.

³³⁵ Art. 143 Cost.: «È eleggibile al Consiglio nazionale, al Consiglio federale e al Tribunale federale chiunque abbia diritto di voto». Cfr. altresì l'art. 5 della [Legge sul Tribunale federale](#) «1. I giudici sono eletti dall'Assemblea federale. 2 È eleggibile chiunque abbia diritto di voto in materia federale».

³³⁶ Art. 168 co. 1 Cost.: «L'Assemblea federale elegge i membri del Consiglio federale, il cancelliere della Confederazione, i giudici del Tribunale federale e il generale».

rappresentanti dei cantoni – per un periodo di sei anni³³⁷. Atteso come la Costituzione affidi alla legge il compito di stabilire il numero di giudici, ai sensi dell'art. 1 della Legge sul Tribunale federale (LTF) entrata in vigore nel gennaio 2007, il Tribunale federale si compone di 35-45 giudici ordinari e di alcuni giudici non di carriera, il cui numero è al massimo pari a 2/3 di quello dei giudici ordinari.

Quanto ai nostri fini interessa maggiormente sottolineare è, tuttavia, come l'elezione sia organizzata dalla Commissione giudiziaria, composta da 12 membri del Consiglio nazionale e da 5 membri del Consiglio degli stati, la quale, operando in seno all'Assemblea federale, sottopone a quest'ultima i candidati per l'elezione³³⁸. Senza volersi qui soffermare sul carattere evidentemente politico – data la composizione della Commissione proponente – del processo di nomina³³⁹, e sui dubbi in termini di opportunità che una simile scelta non ha mancato di sollevare in dottrina³⁴⁰, giova segnalare come il Parlamento, tuttavia solo *de facto*, vigili sulla rappresentanza delle lingue ufficiali in seno al Tribunale nonché, sempre però per ragioni politiche, su una certa rappresentanza cantonale.

Ove l'elemento linguistico riacquista invece un certo grado di valorizzazione nel dato positivo, sebbene anche in tal caso in termini alquanto generici, è in una delle disposizioni che attengono alla dimensione – per così dire – organizzativa del Tribunale federale. Posto il riconoscimento in capo al Tribunale federale, ai sensi dell'art. 13 della LTF, dell'autonomia organizzativa e amministrativa – ragione per la quale esso oggi opera dividendosi in otto corti (due di diritto civile, quattro di diritto pubblico e due di diritto penale)³⁴¹ e non più di una sola camera come in origine – l'art. 18 co. 2 della LTF stabilisce che «Per costituire le corti si tiene adeguatamente conto delle conoscenze specifiche dei giudici e delle lingue ufficiali».

Se dunque il caso svizzero si distingue per rimettere sostanzialmente alla prassi politica la rappresentazione del pluralismo linguistico all'interno del Tribunale federale – oggi composto da 40 giudici di cui 3 di madrelingua italiana, 14 di madrelingua francese e 23 di madrelingua tedesca³⁴² –, l'esperienza belga vede, invece, affidata la garanzia della parità linguistica all'interno della sua Corte costituzionale al dato positivo. È l'art. 31 della *Loi*

³³⁷ Art. 145 Cost.: «I membri del Consiglio nazionale e del Consiglio federale nonché il cancelliere della Confederazione sono eletti per un quadriennio. I giudici del Tribunale federale sono eletti per sei anni».

³³⁸ [Commissione giudiziaria – campi d'attività.](#)

³³⁹ La Commissione, per la cui composizione ogni gruppo parlamentare ha diritto ad almeno un seggio, tiene conto delle rappresentanze proporzionali dei principali partiti politici. Di fatto, dunque, l'Assemblea federale, nell'elezione dei giudici rispetta gli equilibri politici presenti nel Paese. Cfr. Belser E.M., Cramer F.E., Oleschak-Pillai R., *The Long Journey of Women to the Courts: Some Evidence on Gender Diversity and Gender Awareness in the Swiss Federal Supreme Court*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms...* op. cit., 136 e dottrina ivi citata.

³⁴⁰ Sul punto cfr. Borghi M., *La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges*, in *Justice - Justiz - Giustizia*, 1/2016 e dottrina ivi citata.

³⁴¹ [Organizzazione del Tribunale.](#)

³⁴² [Giudici federali.](#)

*spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle*³⁴³ ad affermare infatti – ponendosi peraltro nel solco di quanto già previsto agli artt. 21 e 22 della legge del 1983 istitutiva dell'organo³⁴⁴ – come la Corte sia composta da dodici membri, di cui sei di lingua francese e sei di lingua neerlandese – requisito accertato, richiamando parte del disposto dell'art. 34 della medesima legge, in base alla lingua di conferimento del diploma attestante la formazione giuridica, nel caso dei giudici provenienti dalle cariche dell'alta magistratura o dalla docenza universitaria, ovvero alla luce del gruppo linguistico parlamentare di precedente appartenenza, nel caso dei giudici che abbiano fatto per almeno cinque anni parte della Camera dei rappresentanti o del Senato o di una delle assemblee legislative delle Comunità e delle Regioni.

Una simile scelta non deve stupire ove si consideri come l'istituzione stessa della Corte, non a caso nata sotto il nome di *Cour d'Arbitrage*, poiché votata alla soluzione dei conflitti di competenza tra gli enti federati e le autorità federali – ma di fatto alla regolamentazione dei conflitti tra le due principali componenti linguistiche –, andasse a inserirsi pienamente nel quadro delle soluzioni istituzionali progressivamente elaborate a partire dagli anni '70 dall'ordinamento belga per far fronte alla coesistenza tra le due comunità linguistiche (fiamminga di lingua neerlandese e vallona di lingua francese), rivelatasi sin dalla nascita del Belgio unitario nel 1830 dalla difficile governabilità³⁴⁵.

Invero, prendendo le mosse dal desiderio di emancipazione linguistica e culturale manifestato dal movimento nazionalista fiammingo nelle Fiandre nei confronti del monopolio del francese – lingua dell'élite borghese dominante –, poi appagato nel 1921 con la separazione linguistica fra Fiandre e Regione Vallona e il riconoscimento del bilinguismo nel distretto di Bruxelles, la questione linguistica ha progressivamente assunto in Belgio una dimensione istituzionale, informando di sé il progressivo cammino dello Stato verso una soluzione federale *sui generis* e peraltro ancora *in fieri*³⁴⁶.

Autorevolmente qualificato in dottrina³⁴⁷ come federalismo 1) *de dissociation* – poiché frutto

³⁴³ La Costituzione non definisce infatti la composizione della Corte, affidando tale compito, secondo quanto previsto nell'art. 142, a una fonte superlegislativa quale la *loi spéciale* per la cui approvazione è richiesto un quorum molto alto all'interno del Parlamento federale, corrispondente alla maggioranza dei voti in ciascun gruppo linguistico di ognuna delle Camere, a condizione che sia presente la maggioranza dei membri di ciascun gruppo e purché il totale di voti positivi emessi nei due gruppi linguistici raggiunga i due terzi dei voti espressi.

³⁴⁴ [*Loi portant l'organisation la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage*](#), 28 giugno 1983.

³⁴⁵ Sulle origini della giustizia costituzionale in Belgio cfr., *ex plurimis*, Delpérée F., Rasson-Roland A., *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996; Delpérée F., Rasson-Roland A., Verdussen M., *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Deux ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruxelles, 1995; per la dottrina italiana Carrozza P., *La Cour d'arbitrage belga come Corte costituzionale. Indagine comparatistica sulle garanzie costituzionali della struttura decentrata degli ordinamenti*, Padova, 1985; Orrù R., *La Cour d'arbitrage tra «corte dei conflitti» e corte costituzionale a competenza generale*, in Delpérée F. (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1996, 71 ss.; Grasso G., *L'organizzazione ed il funzionamento degli organi di giustizia costituzionale negli Stati federali a base nazionale (le esperienze di Belgio e Svizzera)*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il...* op. cit., 516 ss.

³⁴⁶ Sulla rilevanza della questione linguistica nell'evoluzione del modello costituzionale belga e più in generale sul federalismo disaggregativo belga cfr. Mastromarino A., *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli stati multinazionali*, Milano, 2010, 157 ss.

³⁴⁷ Delpérée F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, 2000, 388-393.

della dissociazione di uno Stato inizialmente unitario – 2) *de superposition* – poiché dante luogo a diverse entità come Regioni e Comunità con materie e aree di competenza proprie e differenti che si sovrappongono dal punto di vista territoriale – e 3) *de confrontation* – poiché attento alla predisposizione di meccanismi di cooperazione tra i vari attori istituzionali, il modello belga edifica un articolato sistema di ripartizione di spazi e competenze che vede sovrapposte la componente soggettiva legata all'appartenenza alle comunità linguistiche (fiamminga, francofona e germanofona) e quella oggettiva relativa alla dimensione territoriale. Prescindendo dagli sforzi di semplificazione del sistema succedutisi negli anni a seguito della svolta federale del 1993³⁴⁸, il dato che più interessa qui richiamare è tuttavia come l'ordinamento belga risulti *de facto* permeato dallo storico dualismo cui si accennava, essendo ogni aspetto della vita politica e istituzionale del Paese innervato dal separatismo linguistico franco-neerlandese.

Quella della parità linguistica nella composizione della Corte – nonché nel funzionamento della stessa ove si consideri, ad esempio, come ciascun gruppo linguistico scelga al proprio interno un Presidente che esercita l'ufficio di Presidente della *Cour* alternandosi ogni anno con il suo omologo³⁴⁹, e come anche i referendari (pari ad un numero massimo di 24) che assistono i giudici nell'attività debbano essere equamente individuati sulla base della lingua³⁵⁰ nonché, da ultimo, come non sia possibile organizzare sezioni di lavoro monolingue – risulta dunque essere una soluzione di inevitabile coerenza istituzionale che tuttavia non ha mancato di garantire alla giurisprudenza della Corte legittimazione presso entrambi i gruppi linguistici³⁵¹.

Al risultato da ultimo richiamato – è bene precisare – contribuiscono peraltro due ordini di fattori: l'uno di carattere “discendente” e l'altro “ascendente”.

Con riguardo alla dimensione discendente, giova richiamare come l'impossibilità per i membri della Corte di rendere opinioni concorrenti o dissenzienti rafforzi il carattere unitario di quest'ultima, scongiurando così la possibile emersione di spaccature interne alla Corte

³⁴⁸ Si pensi, da un lato, all'assorbimento degli organi e delle competenze della Regione fiamminga da parte della Comunità fiamminga e, dall'altro, al trasferimento di parte delle competenze delle istituzioni della Comunità francese alla Regione vallona.

³⁴⁹ Cfr. Art. 33 della loi spéciale «*Les juges d'expression française et les juges d'expression néerlandaise de la Cour constitutionnelle choisissent, chacun en ce qui les concerne, en leur sein, un président d'expression française et un président d'expression néerlandaise*» nonché l'art. 54 co. 1 «*La présidence est exercée à tour de rôle par chaque président pour une période d'un an*».

³⁵⁰ Cfr. art. 35 co. 1 della legge speciale del 1989 secondo cui «*La Cour constitutionnelle est assistée par vingt-quatre référendaires au maximum, dont la moitié est d'expression française et l'autre d'expression néerlandaise, selon la langue du diplôme et qui ont justifié d'une connaissance suffisante de la seconde langue nationale devant un jury constitué par l'administrateur délégué du Bureau de sélection de l'Administration fédérale*».

³⁵¹ Parla, con riferimento alla parità linguistica caratterizzante la Corte costituzionale e alla separazione linguistica nell'organizzazione dell'intero potere giudiziario, come di una risposta a un'esigenza di carattere prettamente istituzionale Mastromarino A., *Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio*, in D'Alessandro C.A., Marchese C. (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, Vol. II, Roma, 2018, 459 ss.

eventualmente in grado di acuire il dualismo etno-linguistico prima citato³⁵². In merito, invece, alla dimensione ascendente va chiarito come, accanto alla sfera prettamente soggettiva riguardante la lingua parlata da ogni singolo giudice, la circostanza per la quale il procedimento di selezione preveda la nomina a vita da parte del Sovrano sulla base di una duplice lista di candidati presentata con alternanza da parte della Camera dei rappresentanti e del Senato con una maggioranza qualificata dei due terzi dei voti dei parlamentari presenti³⁵³, renda l'individuazione dello specifico giudice una scelta condivisa da entrambi i gruppi linguistici posto – da un lato – l'alta maggioranza parlamentare richiesta e – dall'altro – il monopolio da questi ultimi esercitato sulle dinamiche parlamentari in virtù dell'obbligo per ogni rappresentante eletto di aderirvi.

In questo senso, è stato opportunamente sostenuto come sebbene la logica della rappresentazione linguistica investa inevitabilmente anche la Corte – divenuta peraltro formalmente “Costituzionale” nel 2007 a seguito di un cammino di emancipazione dal mero ruolo di arbitro dei conflitti per affermarsi progressivamente quale “giudice dei diritti” con estensione del parametro del giudizio –, quest'ultima si sia abilmente dimostrata capace di emanciparsi rispetto alla questione etnico-culturale pervasivamente caratterizzante l'ordinamento belga³⁵⁴, ergendosi quale fattore di coesione del sistema e di neutralizzazione in chiave unificante delle ambizioni separatiste provenienti in particolare dal lato fiammingo³⁵⁵.

5. Il *fair reflection* nei contesti di ricercato incremento della *judicial diversity*

Il riferimento da ultimo compiuto all'ordinamento costituzionale belga consente di muovere l'attenzione verso quei casi nei quali l'esigenza di rappresentazione all'interno delle Corti di una società che non può considerarsi – come accennato sul finire della sezione I del presente capitolo – nei suoi tratti e nei suoi equilibri cristallizzata, abbia comportato l'introduzione di alcune modifiche più o meno pregnanti nella disciplina relativa alla composizione di queste ultime.

Analizzare, appunto, l'esperienza costituzionale belga può risultare, a questo proposito, interessante ove si consideri il progressivo rilievo che la rappresentazione di genere o *gender balance* ha assunto nel procedimento teso all'individuazione dei membri della *Cour constitutionnelle*.

Fermo restando il dualismo franco-neerlandese, come visto assoluto protagonista del dato

³⁵² In questo senso cfr. Sciannella L.G., *La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Composizione, indipendenza, legittimazione...* op. cit., 152; Popelier P., *Judicial Functions and Organisation in Belgium*, in Woelk J. (a cura di), *Jurisdiction and Pluralisms: Judicial Function and Organisation in Federal Systems*, in *Papers on Federalism*, 2/2020, 93.

³⁵³ Art. 32 co. 1 della loi spéciale: «*Les juges sont nommés à vie par le Roi sur une liste double présentée alternativement par la Chambre des représentants et par le Sénat. Celle-ci est adoptée à la majorité des deux tiers des suffrages des membres présents*».

³⁵⁴ Così Mastromarino A., *Belgio*, Bologna, 2012, 157.

³⁵⁵ Mastromarino A., *Evaporazione vs solidificazione: la sfida belga*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2014, 909 ss.

strutturale della Corte a scapito sia delle articolazioni territoriali ma soprattutto della Comunità germanofona – la cui tutela si limita alla previsione che almeno un giudice costituzionale tra quelli di formazione giuridica conosca il tedesco³⁵⁶ –, la presenza oggi di sei donne all'interno del collegio si deve a un duplice sforzo che il legislatore speciale ha compiuto, dapprima nel 2003 e successivamente nel 2014, al fine di sovvertire un trend negativo che in parte si legava alla modalità stessa di designazione dei giudici, posta la sottorappresentazione delle donne negli ambiti – precisamente giurisdizioni superiori, professione universitaria, assemblee rappresentative – da cui attingere per la selezione. A fronte, infatti, della revisione costituzionale che nel 2002 aveva riguardato gli artt. 10 e 11 della Costituzione prevedendo rispettivamente, all'art. 10 co. 3, il principio per cui «l'eguaglianza delle donne e degli uomini è garantita», e all'art. 11bis – introdotto *ex novo* –, l'attribuzione al legislatore, sia centrale che locale, del ruolo di garante dell'eguale esercizio dei diritti di libertà da parte degli uomini e delle donne in particolare per quanto concerne l'accesso agli incarichi pubblici³⁵⁷, nel 2003 veniva approvata la modifica dell'art. 34 della legge speciale del 1989 in base alla quale «§ 5. *La Cour se compose de juges de sexe différent*».

Se, tuttavia, una simile previsione si concretava più in una misura antidiscriminatoria, il cui rispetto poteva dirsi conseguito anche con la presenza di una sola donna nel collegio, e senza che dunque si intervenisse a promuovere effettivamente le pari opportunità all'interno dell'organo³⁵⁸, nel 2014, a seguito di un dibattito durato più di un decennio relativamente all'aumento della diversità di genere all'interno della Corte, il legislatore speciale interveniva con maggiore efficacia aggiungendo a quanto già previsto nel 2003 che «*Elle compte au moins un tiers de juges de chaque sexe*»³⁵⁹. Una sorta di *sex quota* nella composizione della Corte veniva, dunque, introdotta al fine di assicurare la presenza, nella misura di quantomeno di 1/3 del totale, di giudici appartenenti al sesso sottorappresentato³⁶⁰ – soglia come visto oggi superata data la composizione della Corte equamente caratterizzata dalla presenza di uomini e donne.

Un ulteriore caso che si vuole qui portare all'attenzione quale esempio in cui alcune disposizioni relative alla composizione della Corte paiono propendere verso il recepimento – sebbene con scarsi risultati in ragione soprattutto al carattere non tassativo di queste ultime – del pluralismo sociale e della diversità, è quello della Corte Suprema del Regno Unito, già

³⁵⁶ Art. 34 § 4, [Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle](#) secondo cui «*Un juge au moins, comptant parmi les juges qui répondent aux conditions fixées au § 1er, 1°, doit justifier d'une connaissance suffisante de l'allemand. Le Roi détermine le mode de justification de la connaissance de l'allemand*». Va tuttavia segnalato come ai sensi dell'art. 35 co. 2 della legge speciale del 1989 almeno un referendario di lingua francese e un referendario di lingua olandese devono dimostrare una conoscenza sufficiente del tedesco.

³⁵⁷ Art. 11bis Cost.: «*La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics [...]*».

³⁵⁸ Sciannella L.G., *La legittimazione delle...* op. cit., 144-145.

³⁵⁹ Art. 34 § 5 della *loi spéciale*.

³⁶⁰ Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 103-104.

citata in precedenza con riferimento al valore tecnico-identitario della presenza al suo interno di giudici di origine scozzese.

È noto come l'approvazione del *Constitutional Reform Act 2005* abbia rappresentato lo strumento tramite il quale conferire visibilità istituzionale al principio – ben radicato per la verità nel costituzionalismo britannico già a partire dall'*Act of Settlement* del 1701 – dell'indipendenza del giudiziario³⁶¹, intervenendo in particolare in via limitativa sui poteri del *Lord Chancellor* e istituendo appunto una Corte Suprema formalmente separata dalla *House of Lords* e composta in base a una procedura di reclutamento a base meritatoria³⁶².

Quanto interessa qui evidenziare del neointrodotta procedimento trifasico, composto da 1) convocazione da parte del *Lord Chancellor* di una *Selection Commission* indipendente, 2) vaglio da parte della *Selection Commission* stessa delle autocandidature pervenute e 3) nomina formale del candidato proposto³⁶³ – è come una certa valorizzazione, attualmente solo auspicata, del fattore diversità emerga a più riprese, informando sia la composizione della Commissione di selezione sia l'effettiva scelta dei giudici supremi.

Più nello specifico, posta la presenza all'interno della Commissione di 5 membri – il Presidente della *UKSC*, un giudice *senior*³⁶⁴ e tre membri nominati ciascuno rispettivamente dalla *Judicial Appointments Commission*³⁶⁵ per l'Inghilterra e il Galles, per la Scozia e per l'Irlanda del Nord –, in base a quanto previsto dal *regulation 11 par. 3 del Supreme Court (Judicial Appointment) Regulations 2013/2193*, ai soggetti preposti alle nomine per la composizione della Commissione giunge un incoraggiamento (si legge «*it is desirable that*») a tener conto sia della rappresentazione di genere che dell'appartenenza a differenti gruppi razziali³⁶⁶. A tale disposizione, dal valore evidentemente persuasivo, si affianca, poi, quanto

³⁶¹ Emblematiche in questo senso risultano le parole di Lord Bingham ([A New Supreme Court for the United Kingdom](#), The Constitution Unit, Spring Lecture, 1 maggio 2002, 8), secondo cui «*reflect in institutional terms what is undoubtedly true in functional terms, the Law Lords are judges not legislators and do not belong in a House to whose business they can make more than a slight contribution*». Sull'indipendenza del giudiziario nel Regno Unito cfr. Torre A., *Magistratura e potere dello Stato: antiche e moderne esperienze britanniche*, in Gambino S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 295 ss.

³⁶² Sul ruolo e il significato che l'istituzione della Corte Suprema ha assolto nel più ampio disegno di rafforzamento dell'indipendenza della magistratura cfr. Neudorf L., *The Supreme Court and the New Judicial Independence*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1/2012, 25 ss.

³⁶³ Sul procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema del Regno Unito cfr. Osti, *La nomina dei...* op. cit., 53-62.

³⁶⁴ Ai fini di questa nomina tra i giudici *senior* non vengono inclusi i giudici della Corte Suprema. Si deve al *Crime and Courts Act 2013* la previsione della presenza all'interno della *Selection Commission* di un giudice *senior* in luogo del *Deputy President* della Corte suprema. Inoltre, ai sensi del *Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations 2013/2193*, reg. 11 (1) (e) e 14 (1) (b) la nomina viene effettuata dal Presidente della Corte tenendo in debito conto la composizione territoriale della Commissione.

³⁶⁵ Create con il *Constitutional Reform Act* del 2005 sempre con l'intento di prendere istituzionalmente visibile l'indipendenza del *judiciary*, tali commissioni hanno il compito di selezionare i candidati alla carica di giudice sulla base del solo merito, purché questi ultimi si distinguano per *good character* e considerando il fattore della *diversity in the range of persons available for judicial selection*. Sono composte ciascuna da 15 membri di cui alcuni laici e altri appartenenti alle categorie di giudici, avvocati e professori universitari in materie giuridiche.

³⁶⁶ Cfr. *Supreme Court (Judicial Appointment) Regulations 2013/2193*, reg. 11 (3): «*The person making the nomination must, in doing so, have regard (alongside all other relevant considerations) to the fact that it is*

previsto dalla sec. 27 del *Constitutional Reform Act 2005*, così come modificata dal *Crime and Courts Act* del 2013, ove si prevede che, qualora due candidati alla nomina a giudice supremo siano dalla Commissione considerati a pari merito, quest'ultima possa – occorre evidenziarlo – preferire il soggetto maggiormente in grado di accrescere la diversità all'interno del supremo consesso³⁶⁷.

Come già accennato, il carattere non tassativo e alquanto laconico delle previsioni richiamate non ha consentito un aprirsi in maniera decisiva della Corte, nella sua composizione, al pluralismo culturale e di genere, potendosi registrare la nomina di sole cinque donne e di alcun soggetto di colore o appartenente a una minoranza etnica al supremo consesso dalla data della sua istituzione sino ad oggi.

In risposta a una simile carenza di *judicial diversity* va, tuttavia, segnalato come, a seguito di un intenso dibattito a livello politico occorso negli ultimi anni³⁶⁸, nel maggio del 2021 la Corte Suprema (e il *Judicial Committee of the Privy Council*) abbia lanciato la c.d. *Judicial Diversity and Inclusion Strategy 2021-2025*³⁶⁹ che, nell'ambito di una più ampia lettura della diversità nel giudiziario quale strumento utile ad una migliore comprensione e a un migliore servizio nei confronti della collettività, annovera, tra gli obiettivi utili a realizzare la propria visione volta a «*be a true reflection of the society we live in, to respect our differences and support equal opportunity for everyone*»³⁷⁰, anche il supporto all'aumento del numero dei candidati appartenenti a gruppi sottorappresentati per il ruolo di giudice della Corte Suprema mediante, da un lato, il sostegno a una migliore comprensione del ruolo dei giudici supremi, e dall'altro, la promozione di attività di tutoraggio, eventi e altre opportunità a favore dei gruppi sottorappresentati³⁷¹.

6. A mo' di conclusione: il *fair reflection* “oltre Westfalia”

Obiettivo fondamentale della sezione che qui ci si appresta a concludere, è stato quello di offrire un quadro relativo alle forme di manifestazione concreta del principio del *fair reflection* con riferimento alle regole relative alla composizione di Corti costituzionali o supreme operanti in contesti tra loro estremamente eterogenei. Allargando, tuttavia, l'analisi

desirable that the members of the selection commission should include (a) both women and men; and (b) members drawn from a range of different racial groups (within the meaning of section 9(3) of the Equality Act 2010)».

³⁶⁷ *Constitutional Reform Act 2005, sec. 27 (5A)* «Where two persons are of equal merit (a) section 159 of the Equality Act 2010 (positive action: recruitment etc) does not apply in relation to choosing between them, but (b) Part 5 of that Act (public appointments etc) does not prevent the commission from preferring one of them over the other for the purpose of increasing diversity within the group of persons who are the judges of the Court».

³⁶⁸ Si consideri, ad esempio, il Report commissionato ad alcuni avvocati dal Governo ombra labourista nel 2014 (Geoffrey B., Karon M., [Judicial Diversity: Accelerating Change](#)) nel quale, al fine di incrementare la *judicial diversity*, veniva proposta l'introduzione di quote di riserva per le donne e gli appartenenti alle minoranze etniche.

³⁶⁹ [The Supreme Court of the United Kingdom and the Judicial Committee of the Privy Council - Judicial Diversity and Inclusion Strategy 2021-2025](#).

³⁷⁰ [Diversity and Inclusion](#).

³⁷¹ *Objective n.3 del The Supreme Court of the United Kingdom and the Judicial Committee of the Privy Council - Judicial Diversity and Inclusion Strategy 2021-2025*.

oltre l'orizzonte statuale, e in parziale ossequio alla lettura – prima richiamata – della Corte EDU e della CGUE quali giudici materialmente costituzionali o paracostituzionali o, ancora, quasi costituzionali, non ci si può esimere dall'analizzare altresì le regole relative alla composizione delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, per riscontrare – come si vedrà – come il principio *de quo* possa accostarsi ermeneuticamente anche ad esse.

In base a quanto previsto dall'art. 20 della CEDU e dall'art. 19 co. 2 del TUE, emerge infatti come le due Corti siano composte da un giudice per ogni Parte contraente – nel primo caso – e per ogni Stato membro – nel secondo.

Orbene, se, per un verso, simili previsioni possono essere lette come piena espressione del principio di eguaglianza degli Stati nel diritto internazionale³⁷², per l'altro, la circostanza per la quale, in base alla rispettiva fonte normativa, ciascuno Stato è titolare in via esclusiva del potere di proporre il nome del futuro componente della Corte – sicché, da un lato, non possa giungere alcuna candidatura da altri soggetti, e dall'altro, anche in caso di candidatura respinta spetti sempre al medesimo Stato proporre un altro nome – aiuta a inquadrare il rapporto Stato-giudice nei termini del *fair reflection*³⁷³. La presenza all'interno delle Corti di giudici nominati dai rispettivi Stati costituisce, infatti, un fondamentale strumento di rappresentazione dei soggetti statuali posti a fondamento delle giurisdizioni europee e della legittimazione di queste ultime³⁷⁴.

Guardando la dimensione “dinamica”, è poi possibile notare come il legame tra giudice e Stato si declini nei termini di una maggiore intensità nel caso della Corte EDU rispetto alla CGUE. In virtù del carattere propriamente internazionale del consesso di Strasburgo, infatti, l'art. 26 della Convenzione, ai commi 3 e 4, impone, con esclusione delle ipotesi in cui la controversia sia di competenza del giudice monocratico, che nel procedimento riguardante un determinato Stato, nel collegio giudicante sia di diritto presente il giudice dal medesimo Stato individuato nell'ambito della procedura di elezione formalmente affidata all'Assemblea parlamentare ai sensi dell'art. 22 CEDU.

Una simile previsione non è rinvenibile con riferimento all'ordinamento eurounitario, ove invece lo statuto della CGUE esclude, per contro, la possibilità per la parte del procedimento

³⁷² Fusco A., *L'indipendenza dei custodi...* op. cit., 74-75.

³⁷³ Riguardo alla Corte EDU, ai sensi dell'art. 22 Convenzione «I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente». Con riferimento alla CGUE e al Tribunale Generale, secondo l'art. 19 co.2 TUE «La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati generali. Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro» mentre l'art. 254 co. 2 TFUE recita che «[...] Essi sono nominati di comune accordo per sei anni dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato di cui all'articolo 255.». Va, a questo proposito, richiamato il citato art. 255 TFUE in base al quale «È istituito un comitato con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale, prima che i governi degli Stati membri procedano alle nomine in conformità degli articoli 253 e 254. Il comitato è composto da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo. Il Consiglio adotta una decisione che stabilisce le regole di funzionamento di detto comitato e una decisione che ne designa i membri. Esso delibera su iniziativa del presidente della Corte di giustizia».

³⁷⁴ Toniatti R., *Il principio del...* op. cit., 148.

di invocare la nazionalità di un giudice, ovvero l'assenza in seno alla Corte o ad una sua sezione di un giudice della propria nazionalità per richiedere la modifica della composizione della Corte o di una delle sue sezioni³⁷⁵. Tale circostanza non esclude, tuttavia, come sostenuto da taluna dottrina, che il rapporto *un giudice-uno Stato* all'interno della CGUE rafforzi la legittimazione di quest'ultima in quanto «*each Member State feels that 'our' judge was present, even though judges naturally exercise their mandate in full independence of their Member States and will not be in most cases present when a case originating from their Member State is being decided*»³⁷⁶.

Se è dunque questo il rapporto più o meno intenso intercorrente tra singolo giudice e Stato contraente/membro nel contesto delle giurisdizioni europee, deve tuttavia anche in questo caso escludersi – come visto nell'ambito della ricostruzione teorica del principio del *fair reflection* – qualsivoglia legame di rappresentanza tra soggetto designante e soggetto designato.

Se infatti, con riferimento alla CGUE, è l'art. 253 del TFUE a prevedere espressamente l'indipendenza nel novero dei requisiti di ordine personale necessari – accanto a quelli di natura strettamente professionale – per la nomina a giudice di Lussemburgo³⁷⁷, con riguardo alla Corte EDU, la garanzia in termini di indipendenza offerta dalla procedura di selezione, che lascia l'elezione dei giudici – sebbene «in relazione a ciascuna Alta Parte contraente» – comunque nelle mani dell'Assemblea parlamentare, viene ulteriormente rafforzata da quanto previsto dall'art. 21 comma 3 della Convenzione, ove si precisa che i giudici siedono alla Corte «a titolo individuale».

³⁷⁵ Cfr. l'art. 18 co. 4 dello Statuto della CGUE ai sensi del quale «Una parte non può invocare la nazionalità di un giudice, né l'assenza in seno alla Corte o ad una sua sezione di un giudice della propria nazionalità, per richiedere la modificazione della composizione della Corte o di una delle sue sezioni».

³⁷⁶ In questi termini Bobeck M., *The Court of Justice of the European Union*, in *European Legal Studies - Research Papers in Law*, 2/2014, 10.

³⁷⁷ Cfr. l'art. 253 co. 1 secondo cui «I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia, scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza [...]».

CAPITOLO 3

LA COMPOSIZIONE DELLA CORTE SUPREMA CANADESE: UN QUADRO IN CONTINUA EVOLUZIONE

SOMMARIO: Premessa metodologica. – Parte I: Dimensione ascendente. – 1. Note preliminari. – Sezione I: La Costituzione canadese: un percorso a tappe. – 1. Il *British North America Act*: atto imperiale o patto costituzionale? – 2. I protagonisti del patto costituzionale. – 3. Le voci del patto costituzionale: una triplice dicotomia. – 3.1 ...nella fase costituente. – 3.2 ...nel dato positivo. – 4. L'evolversi (e il rompersi) del patto costituzionale: dalla *Quiet Revolution* alla *Patriation* del 1982. – 4.1 I limiti del disposto costituzionale. – 4.2 La reazione quebecchese. – 4.3 La mossa (inizialmente) unilaterale di Trudeau: il *Constitution Act* e il mancato rimpatrio del Québec. – 5. Ricucire il patto costituzionale: il fallimento di due accordi, un referendum e una richiesta di *Reference*. – 6. *Clarity Act* v. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*: l'incomunicabilità come esito della *Reference*. – 7. *Laïcité de l'État* e tutela della francofonia: le attuali coordinate del nazionalismo *québécois*. – 7.1 Una mozione simbolica e i suoi epigoni. – 7.2 (Segue) Il *Bill 21* e il *Bill 96* per una rinnovata "distintività" quebecchese. – Sezione II: La composizione pluralistica di una Corte (divenuta) costituzionale. – 1. Note preliminari. – 2. *A general court of appeal for Canada*: la "prudenza" del costituente. – 3. *An Act Establishing a Supreme Court, and a Court of the Exchequer, for the Dominion of Canada*: una Corte Suprema per il Canada...nel nome. – 4. 1875-1949: da *Captive Court* a Corte Suprema...nei fatti. – 5. 1949-1982: una nuova centralità per la Corte Suprema. – 6. La svolta del 1982: la Corte Suprema diviene costituzionale? – 6.1 La Supreme Court tra controllo concreto e controllo astratto di costituzionalità. – 6.2 La Corte Suprema: un organo "costituzionale" istituzionalmente fragile. – 7. La *Nodon Reference*: la Corte Suprema come *historic compromise*. – 7.1 A mo' di premessa: le *legal and conventional rules* a governo della selezione dei giudici supremi. 7.2 Una nomina controversa *ab origine*. – 7.3 Il parere della Corte... – 7.4 ...e la chiusura di un cerchio. – Parte II: Dimensione discendente. – 1. Note preliminari. – Sezione I: Corte Suprema e giurisdizione dei conflitti. – 1. Quali conflitti? Una limitazione del campo di indagine. – 2. I dissent della componente francofona: cronache di un'eccezione. – 3. *Québec-Rest of Canada*: la Corte Suprema dinanzi a un rapporto a "criticità" variabile. – 4. (Segue) *Le Upper House references*. – 5. (Segue) *Il Patriation round*. – 6. (Segue) *La Secession Reference*. – Sezione II: Corte Suprema e giurisdizione dei diritti linguistici. – 1. Una premessa. – 2. I diritti linguistici nell'ordinamento canadese: il quadro normativo. – 3. Come classificare e perché: il criterio geografico come bussola del viaggio. – 4. I casi provenienti dal Québec. – 4.1 *Blaikie No. 1* e *Blaikie No. 2*. – 4.2 *Protestant School Boards*. – 4.3 *MacDonald v. City of Montreal*. – 4.4 *Forget, Ford* e *Devine*. – 4.5 *Solsky, Gosselin* e *Nguyen*. – 5. I casi provenienti dal *Rest of Canada*. – 5.1 *Re: Manitoba Language Rights*. – 5.2 *Bilodeau* e *Société des Acadiens*. – 5.3 *Mahe v. Alberta*. – 5.4 *Reference re Public Schools*

Act. – 5.5 *Arsenault-Cameron.* – 5.6 *R. v. Beaulac.* – 5.7 *Doucet-Boudreau.* – 5.8 *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada* e *DesRochers v. Canada (Industry).* – 5.9 *Rose-des-vents v. British Columbia* e *Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique v. British Columbia.* – 5.10 *Bessette v. British Columbia* e *R. v. Tayo Tompouba.* – 5.11 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories.* – 6. La Corte Suprema come fucina di risposte *within the Canadian Constitution.* – Parte III: Corte Suprema e *Canadian diversity*: itinerari di un legame riflessivo. – 1. Note preliminari. – Sezione I: Le componenti “altre” dell’*ethnic mosaic* canadese. – Sottosezione I: Il cammino istituzionale del multiculturalismo canadese. – 1. La natura intrinsecamente multiculturale della società canadese. – 2. Alcune luci...e molte ombre prima del 1971. – 3. La svolta del 1971: un multiculturalismo «*within a bilingual framework*». – 4. La costituzionalizzazione del multiculturalismo e i suoi epigoni. – 4.1 Multiculturalismo e decisore politico. – 4.2 Multiculturalismo e giurisprudenza costituzionale. – Sottosezione II: I popoli indigeni del Canada e il *Reconciliation Journey* tra *Aboriginal* e *non-Aboriginal peoples*. – 1. Una breve premessa. – 2. Dalla *Royal Proclamation* del 1763 all’*Indian Act* del 1876: cronache di un “tradimento” istituzionale. – 3. La svolta costituzionale del 1982: un nuovo *pactum societatis* dai contenuti incerti. – 4. Il contributo del formante giurisprudenziale. – 5. Il contributo “socialmente indirizzato” e “internazionalmente orientato” del formante legislativo. – Sezione II: Il procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema: opportunità e sfide di uno schema “dinamicamente” composto. – 1. Note preliminari. – 2. Una disciplina scarna e i (vani) tentativi di colmarne le lacune. – 3. 2003-2015: cronache di un percorso incerto e travagliato. – 4. I limiti “oggettivi” e “soggettivi” dei procedimenti passati. – 5. Un procedimento “aperto”, “trasparente” e “responsabile” per una Corte *istituzionalmente* riflessiva della diversità canadese. – 6. (Segue) Luci e ombre di un quadro flessibile.

Premessa metodologica

«*At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province*»³⁷⁸.

Con queste parole la sec. 6 del *Supreme Court Act*, approvato nel 1875 sotto il nome di *Supreme and Exchequer Courts Act* e così come modificato dapprima nel 1927 e, in particolare, nel 1949 a seguito dell’abolizione dell’appello di ultimo grado dinanzi al *Privy Council*³⁷⁹, prevede che tre dei nove giudici chiamati a comporre la Corte Suprema del

³⁷⁸ [Supreme Court Act \(R.S.C., 1985, c. S-26\)](#).

³⁷⁹ Il *Privy Council*, organo consultivo della Corona composto da un vasto numero di membri nominati dal Sovrano su proposta del Primo ministro, vedeva al suo interno la presenza di un *Judicial Committee*, apposito comitato formato dai componenti del *Privy Council* appartenenti alla magistratura, con la competenza di decidere in ultimo grado sugli appelli per tutte le colonie inglesi. Per una descrizione del *Privy Council* del

Canada provengano dalla Provincia francofona del Québec.

Già questa previsione basterebbe per annoverare l'ordinamento canadese e la sua Corte Suprema tra i casi di applicazione concreta del principio del *fair reflection of society* di cui si è discusso.

La scelta di dedicare il presente capitolo interamente ai profili organizzativi della Corte di Ottawa si deve, tuttavia, a una serie di fattori che fanno dell'ordinamento costituzionale canadese e del suo supremo consesso un punto di osservazione privilegiato per l'analisi del principio *de quo*.

Il passato coloniale anglo-francese; il pluralismo giuridico ed etno-linguistico da tale passato derivante e tutt'ora caratterizzante l'ordinamento; la possibilità per i membri della Corte di rendere opinioni concorrenti o dissenzianti; una procedura selettiva scarsamente disciplinata a livello positivo e pertanto suscettibile – come effettivamente verificatosi – di continui mutamenti sono tutti elementi di un quadro a geometria variabile nel quale, peraltro, il ruolo della Corte, da un lato, e l'ordinamento canadese, dall'altro, hanno visto i propri percorsi evolutivi intrecciarsi.

Un quadro che, per essere qui utilmente ricomposto, verrà analizzato percorrendo tre filoni fondamentali.

Il primo di questi – dimensione “ascendente” – riguarderà l'esame dei profili storico-costituzionali utili a comprendere come la composizione anglo-francofona della Corte rappresenti lo specchio di una pluridimensionale dicotomia radicata nel passato coloniale del Paese nordamericano, capace altresì di perpetrarsi e rinnovarsi ancora oggi all'interno del suo tessuto sociale e politico anche a fronte dei mutamenti costituzionali occorsi nel tempo. Il secondo filone – dimensione “discendente” – riguarderà invece l'analisi della giurisprudenza della Corte, al fine di verificare il ruolo assolto dalla componente *québécoise* all'interno del supremo consesso di Ottawa con riguardo, in particolare, ad alcuni passaggi “critici” del cammino costituzionale canadese nonché nella materia particolarmente sensibile – per i motivi che saranno chiariti – dei diritti linguistici.

Nella terza parte del capitolo, riflessioni saranno dedicate a due recenti nomine alla Corte intervenute rispettivamente nel 2021 e nel 2022 in quanto utili, da un lato, ad approfondire il lungo e controverso dibattito attorno alla modifica del procedimento relativo alla selezione dei giudici supremi e, dall'altro – e forse in maniera dirimente ai fini di questo studio – a considerare le altre due “anime” – precipuamente 1) la presenza di popoli indigeni che occupavano il territorio prima della colonizzazione europea e 2) l'attuale composizione della popolazione caratterizzata dalla presenza di persone di più o meno recente immigrazione – del pluralismo culturale canadese, la cui essenza non può ridursi esclusivamente alla dialettica – pur protagonista nei suoi tratti anche traumatici nell'evolversi della storia costituzionale del Paese – tra “Canada francofono”, da un lato, e “resto del Canada”,

Regno Unito e del suo *Judicial Committee* cfr. Russell P.H., *The Judiciary in Canada. The Third Branch of Government*, Toronto, 1987, 336 ss.

dall'altro.

Tale approfondimento sarà infatti utile a suggerire come il nuovo procedimento per la selezione dei giudici supremi adottato a partire dal 2016, introducendo l'elemento della diversità tra i requisiti soggettivi dei candidati alla nomina al supremo consesso di Ottawa, abbia quantomeno contribuito affinché quest'ultimo vedesse al suo interno riflesse, lungo i binari di un rinnovato percorso "istituzionalmente" connotato, le componenti "altre" del patto costituzionale canadese, a beneficio – per la ragioni esposte nel precedente capitolo – della sua legittimazione.

PARTE I

DIMENSIONE ASCENDENTE

1. Note preliminari

«That is, even though there are some who see the federation in terms of a compact, the compact initially was more between socio-cultural groups – two nations (French and English) warring in the breast of a single state – than in terms of colonial territorialism»³⁸⁰. Con queste parole, usate in un suo celebre saggio del 1996, Roderick A. Macdonald, nel considerare "mitologica" una visione degli Stati federali come scaturenti da un patto tra Stati sovrani che cedono parte della propria sovranità, rilevava che, se proprio si volesse parlare di un patto con riferimento al Canada, esso avesse visto come protagonisti i due gruppi socio-culturali, quello inglese e quello francese, e non le diverse componenti territoriali. È a partire da quanto richiamato che, nelle pagine che seguiranno, si tenterà di offrire una lettura del *British North America Act* (BNAA), atto fondativo del *Dominion* canadese nel 1867, quale patto costituzionale tra le due componenti inglese e francese del Canada. Una simile interpretazione del BNAA potrà, infatti, successivamente aiutare a comprendere le ragioni poste alla base dell'istituzione – nella sua particolare composizione – della Corte Suprema, pur nella consapevolezza del faticoso cammino che quest'ultima ha dovuto percorrere per affermarsi, dapprima, come Corte di ultima istanza, e successivamente – a seguito della svolta costituzionale del *Constitution Act* del 1982, come vero e proprio organo di giustizia costituzionale del Paese nordamericano.

SEZIONE I

LA COSTITUZIONE CANADESE: UN PERCORSO A TAPPE

³⁸⁰ Macdonald R.A., *The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: the Canadian Experiment*, in Kulcsar K., Szabo D. (a cura di), *Dual Images. Multiculturalism on Two sides on the Atlantic*, Budapest, 1996, 74.

1. Il *British North America Act*: atto imperiale o patto costituzionale?

«Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom»³⁸¹.

Alla luce delle righe qui riportate del preambolo del *British North American Act* del 1867 si possono cogliere tutte le difficoltà che la dottrina ha incontrato nel dare una lettura univoca dell'atto del Parlamento britannico entrato in vigore il primo luglio del 1867 a seguito del *Royal Assent* del 29 marzo del medesimo anno da parte della Regina Vittoria.

Senza la pretesa di dare esaustivamente conto delle diverse interpretazioni proposte, a una visione del BNAA come atto legislativo «*pure and simple*»³⁸² proveniente da Westminster, si è contrapposta una lettura di quest'ultimo come formale istituzionalizzazione in termini legislativi di un patto concluso tra le Province e i due principali gruppi etnici presenti sul territorio nordamericano³⁸³.

Come noto, le vicende storiche consegnano all'osservatore la volontà da parte delle *élites* delle Province – del cui inquadramento storico-istituzionale si darà conto nel successivo paragrafo – di dar vita a un'Unione utile a scongiurare la crisi economica, creare un mercato unico, sviluppare la rete delle comunicazioni e gestire i problemi relativi alla difficile convivenza delle componenti anglofona e francofona, anche alla luce delle vicine e tragiche vicende della guerra civile americana³⁸⁴. Della possibilità di una loro unificazione i delegati delle Province discutevano in un primo incontro nel settembre del 1864 a Charlottetown e, successivamente, a Québec nell'ottobre del medesimo anno³⁸⁵. Nel corso di tale ultima riunione venivano redatte settantadue risoluzioni, basi fondative della nuova “Unione delle Province” da sottoporre all'approvazione dei parlamenti provinciali³⁸⁶. A seguito del voto, una delegazione ufficiale di rappresentanti delle tre Province (Canada, Nova Scotia e New Brunswick) si recava a Londra per preparare, con l'ausilio di alcuni funzionari imperiali, il progetto di legge da sottoporre alla Camera dei Comuni, la cui entrata in vigore – come già detto – sarebbe occorsa il primo luglio del 1867.

³⁸¹ [Constitution Act, 1867](#).

³⁸² Arès R., *Confederation: a Pact or a Law?*, in Krikorian J.D., Cameron D.R., Martel M., McDougall A.W., Vipond R.C. (a cura di), *Roads to Confederation: The Making of Canada, 1867*, Vol. 1, Toronto, 2017, 285.

³⁸³ Può già essere utile riportare quanto affermato da Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours*, in Woehrling J., Morin J.Y. (a cura di), *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, I, Montréal, 1994, 123 ss il quale legge il BNAA come un patto multilaterale tra le Province e, contemporaneamente, un'intesa bilaterale tra due “popoli fondatori”, con ciò riferendosi ai canadesi francesi cattolici e i canadesi inglesi protestanti.

³⁸⁴ Groppi T., *Federalismo e Costituzione*...op. cit., 88.

³⁸⁵ Alla riunione di Charlottetown parteciparono quindici delegati delle tre province marittime (Nova Scotia, Prince Edward, New Brunswick) e otto della provincia del Canada. Alla riunione di Québec erano invece presenti dodici delegati della provincia del Canada e ventuno per le province atlantiche. Cfr. Bruti Liberati L., Codignola L., *Storia del Canada*, Milano, 1999, 405 ss.

³⁸⁶ Il governo di Prince Edward e quello di Terranova decisero, facendo eco al sentimento popolare delle colonie, di non sottomettere le risoluzioni al voto dei rispettivi parlamenti.

Dinanzi al dato fattuale, il dibattito tra i sostenitori della teoria «*centralist*» e quella «*provincialist*»³⁸⁷ relative al BNAA si sviluppava, a questo punto, attorno al significato da attribuire a quest'ultimo.

Posta la derivazione, a livello strettamente giuridico, della Costituzione canadese dal potere imperiale inglese³⁸⁸, i primi basavano la loro interpretazione di quest'ultima come una semplice legge del Parlamento britannico, richiamando le profonde differenze intercorrenti tra le Province e Londra in termini di peso decisionale.

Erano, in particolare, J.S. Ewart e William Francis O'Connor a rilevare come:

- 1) il BNAA non fosse una riproduzione delle risoluzioni di Québec, venendo queste ultime discusse e ampiamente modificate nel corso della conferenza di Londra senza che i delegati delle Province avessero l'autorità di esprimere il consenso agli emendamenti posti;
- 2) solo la conferenza di Londra potesse essere considerata una vera assemblea costituente, rappresentando le conferenze di Charlottetown e Québec delle mere assemblee consultive;
- 3) le risoluzioni di Québec non fossero state sottoposte al Parlamento della Nova Scotia, il cui successivo voto aveva peraltro sancito la sconfitta dei federalisti;
- 4) tutte le procedure fossero state intraprese dai federalisti nella massima segretezza, nel timore dell'opposizione da parte della popolazione delle Province³⁸⁹.

A tali obiezioni, i sostenitori della teoria *provincialist* rispondevano sottolineando, in maniera speculare, come:

- 1) sebbene il BNAA non fosse un'esatta riproduzione delle risoluzioni di Québec, di queste ultime conservasse i tre principi ispiratori quali a) l'istituzione di un'unione federale e non meramente legislativa; b) il rispetto per l'autonomia delle Province; 3) il rispetto di tutte le istituzioni specifiche e del Québec, risultando, peraltro, l'intervento degli esperti legali britannici meramente ausiliario e non preponderante rispetto al lavoro dei delegati delle Province³⁹⁰;
- 2) la conferenza di Québec non fosse stata un mero incontro preliminare, bensì il luogo di edificazione delle fondamenta – precipuamente l'unione federale, l'autonomia provinciale e il rispetto per gli interessi del Québec – della Confederazione;

³⁸⁷ Così Arès R., *Confederation: a Pact...* op. cit., 285-287.

³⁸⁸ Così Brosio G., *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Torino, 1994, 67.

³⁸⁹ Cfr. Ewart J.S., *The Independence Papers*, vol. 2, Ottawa, 1925-30, 172-175.

³⁹⁰ A conferma di ciò può giovare riportare quanto affermato da Cartier – padre fondatore proveniente dal Canada est – il quale, al suo rientro da Londra, nel descrivere i lavori della conferenza appena svoltasi sottolineò che «*Eh bien, Messieurs, vous savez ce qui est arrivé: nous sommes allés en Angleterre, et nous y avons été traités justement, géné-*

reusement. On a eu égard à toutes nos représentations, quand nous avons élevé la voix, on n'a point fait la sourde oreille; au contraire, on nous a écoutés avec intérêt, et l'on a recueilli nos réclamations. Les Canadiens, ont dit les ministres anglais, viennent nous trouver avec une constitution toute faite, résultat d'une entente cordiale entre eux, d'une discussion mûre de leurs intérêts et de leurs besoins. Ils sont les meilleurs juges de ce qui leur convient, ne changeons point ce qu'ils ont fait, sanctionnons leur Confédération». «*Oui, c'est dans cet esprit que l'Angleterre a accueilli notre demande. Nous avons besoin de sa sanction, elle l'a donnée sans hésiter, sans vouloir intervenir dans notre oeuvre...L'Acte constitutionnel que nous avons fait adopter en Angleterre...*». Cfr. Tassé J., *Discours de Sir Georges Cartier*, Montréal, 1893, 523-524.

3) la mancata sottoscrizione della Nova Scotia non avesse scalfito la teoria del patto, rappresentando meramente lo specchio delle difficoltà incontrate da ogni realtà federale di nuova istituzione;

4) le c.d. macchinazioni dei federalisti non avessero minato la solidità della teoria del patto, data la sottoposizione dell'atto, una volta approvato a Londra, ai legislativi provinciali e alla collettività³⁹¹.

A ulteriore conferma della lettura del BNAA come patto giungono in ausilio altresì le parole dei *Fathers of Confederation* che non esitarono a definirlo come «*a treaty settled between the different colonies, each clause of which had been fully discussed, and which had been agreed to by a system of mutual compromise*»³⁹² o, ancora, come «*the treaty into which they (contracting provinces) had entered*»³⁹³.

Se poi a tale dato si aggiunge, da ultimo, come il medesimo approccio nei confronti del BNAA emergesse nelle parole delle istituzioni britanniche stesse – si consideri ad esempio i lavori parlamentari in cui esso venne definito come «*treaty and compact between provinces*»³⁹⁴, nonché, successivamente, le pronunce dello stesso *Privy Council* ove l'atto venne definito come «*a treaty of union amongst the provinces*»³⁹⁵ – pare sostenibile la natura sostanzialmente pattizia dell'atto costitutivo del *Dominion* canadese.

Diviene a questo punto fondamentale, per il prosieguo di tale studio, definire chi siano i protagonisti e quali siano le voci del patto appena richiamato.

2. I protagonisti del patto costituzionale

«*The BNA Act was primarily the work of Canadians; it was the first time they had ever prepared a constitution for themselves*»³⁹⁶. Se, in base a quanto richiamato nel paragrafo precedente, le parole di autorevole dottrina qui riportate echeggiano nella loro emblematicità, occorre interrogarsi sul significato da attribuire al lemma «*Canadians*».

Una prima chiave di lettura può sicuramente legarsi al ruolo esercitato dalle Province. Si è già ricordato, infatti, come le settantadue risoluzioni di Québec avessero costituito il frutto del lavoro dei delegati provinciali, i quali, tramite la sottoposizione ai rispettivi governi, si impegnavano a ottenere, successivamente, l'approvazione da parte dei parlamenti locali «*for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference*»³⁹⁷.

³⁹¹ Arès R., *Confederation: a Pact...* op. cit., 287-290.

³⁹² *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada. Printed by Order of the Legislature*, Québec, 1865, 15.

³⁹³ Ibid. 714.

³⁹⁴ Queste le parole di Mr. Adderley, membro della House of Commons, citate nel *Report on the B.N.A. Act*, allegato 4, 149.

³⁹⁵ Nel 1914 il visconte Haldane, membro del Privy Council affermò che il BNAA dovesse essere accettato come un trattato di unione tra le Province. Cfr. il *Report on the B.N.A.*, allegato 4, 150.

³⁹⁶ Scott F.R., *Political Nationalism and Confederation*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science/ Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 8, 3/1942, 396.

³⁹⁷ Cfr. la 70° risoluzione della Conference di Quebec: «*The sanction of the Imperial and Local Parliaments shall be sought for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference*».

E tuttavia, a tale ricostruzione se ne può affiancare un'altra, utile, da un lato, a dare efficacemente conto delle origini coloniali del *Dominion*, e dall'altro, a spiegare molto – si badi non tutto – in merito alle caratteristiche strutturali non solo del BNAA ma altresì dell'intera esperienza costituzionale canadese giunta sino ai giorni nostri.

Il riferimento è, evidentemente, a una lettura del BNAA quale patto tra due popoli fondatori³⁹⁸: quello inglese e quello francese. Tralasciando solo momentaneamente – e con l'impegno di dedicarvi adeguato spazio nel prosieguo di tale studio – le riflessioni sui popoli indigeni stanziati nel territorio canadese prima dell'arrivo degli europei, la storia costituzionale canadese trova infatti le proprie origini nella colonizzazione francese e inglese, iniziata alla fine del XV secolo e articolatasi solo inizialmente su binari paralleli, per poi percorrere la strada del conflitto.

Più nello specifico, all'iniziale successo francese, perpetratosi fino agli inizi del XVII secolo con l'espansione dei possedimenti coloniali della così denominata *Nouvelle France* sino al Golfo del Messico, seguiva un progressivo declino scandito, in un primo momento, da una serie di conquiste inglesi di alcuni possedimenti francesi, ratificate dal Trattato di Utrecht del 1713 posto a fine delle ostilità e, successivamente – e in maniera decisiva –, dalla Guerra dei Sette anni, al cui esito, nel 1763, la Francia veniva costretta a cedere i propri possedimenti nordamericani alla Gran Bretagna secondo i termini del Trattato di Parigi.

Si apriva a questo punto una fase delicata che vedeva, per quanto qui interessa, i francofoni, stanziati nella regione del Québec da oltre 150 anni, dover accettare di convivere con il *common law* anglosassone, dopo che per più di un secolo avevano sviluppato una tradizione giuridica di *civil law* con proprie leggi, tradizioni, usi e costumi. Il basarsi su uno schema giuridico completamente differente rispetto a quello della tradizione francese, da un lato, e il veicolarsi tramite una lingua non compresa dai nuovi sudditi, vedeva, tuttavia, il diritto dei dominatori inglesi trovare rilevanti difficoltà nell'imporsi sui primi, determinando altresì ampio malcontento e confusione sia nei francofoni che negli anglofoni.

Nel tentativo di risolvere tale *empasse* veniva adottato il *Québec Act* del 1774³⁹⁹ che, *inter alia*⁴⁰⁰, non solo ripristinava la validità del diritto civile francese nelle controversie tra

³⁹⁸ Parla del federalismo canadese come il risultato di un “compromesso politico” tra i due popoli fondatori – anglofoni-protestanti e francofoni-cattolici – Piergigli V., *I diritti linguistici nella giurisprudenza della Corte Suprema: oscillazioni interpretative e linee di tendenza*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 149. Cfr. altresì Ceccherini E., *La diarchia Quebec e resto del Canada e i riflessi nella giurisprudenza della Corte suprema*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 149-152.

³⁹⁹ Formalmente *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Québec in North America*.

⁴⁰⁰ Ai sensi del Quebec Act il governo della Provincia veniva affidata a un Governatore e a un Consiglio Legislativo. Quest'ultimo era composto da non meno di 17 e non più di 23 membri nominati dalla Corona. Di conseguenza non vi era spazio per un governo rappresentativo. Sul punto cfr. Hassard A.R., *Canadian Constitutional History and Law*, Toronto, 1900, 31 ss.

individui⁴⁰¹ – non senza qualche interferenza con il *common law* valido nell’ambito del diritto pubblico – ma altresì eliminava dal giuramento di fedeltà necessario per l’accesso alle cariche pubbliche ogni riferimento di natura confessionale, venendo così incontro ai francofoni tradizionalmente di fede cattolica⁴⁰².

Nonostante gli sforzi compiuti dalla Gran Bretagna al fine di pacificare i rapporti tra coloni francesi e inglesi, la lettura del *Québec Act* come un tentativo degli inglesi di imporre una nuova forma di amministrazione coloniale carente di un organo legislativo provinciale elettivo, da un lato, e l’arrivo anche in Québec di un ingente numero di lealisti britannici in fuga dalla guerra d’indipendenza americana (1775 – 1783), dall’altro, rendevano necessario un ulteriore intervento legislativo, poi concretatosi nell’adozione del *Constitutional Act* del 1791.

Veniva con esso sancito, in particolare, la divisione della Colonia in due Province – il *Lower Canada* a maggioranza francofona e l’*Upper Canada* a prevalenza anglofona – prevedendo per ognuna di esse organi di governo simmetrici e reciprocamente indipendenti. Le sempre più pressanti richieste di autonomia da parte del *Lower Canada* nei confronti della Madrepatria sfociarono, tuttavia, ben presto nella celebre Ribellione del 1837-38 da parte dei francofoni, con conseguente sospensione da parte del Parlamento di Westminster del *Constitutional Act*.

A parziale recepimento delle raccomandazioni di Lord Durham, inviato dalla Corona come commissario per trovare eventuali soluzioni alla conflittualità della Provincia⁴⁰³, la risposta britannica si concretò nell’*Act of Union* del 1840, che sancì – non senza un intento assimilazionista della realtà francofona se si pensa ad esempio al riconoscimento della sola lingua inglese come idioma dei lavori parlamentari (previsione poi ritirata nel 1848 dopo alcune proteste)⁴⁰⁴ – l’unione di *Upper* e *Lower Canada* in un’unica Provincia divisa in due regioni.

La nuova realtà politico-istituzionale veniva dotata di un’unica assemblea legislativa con un egual numero di rappresentanti per entrambe le regioni, chiamate ora *East Canada* (ex *Lower*

⁴⁰¹ La sez. VIII ripristinava espressamente le regole e i principi riguardanti la proprietà e ai diritti civili, applicati prima della conquista, nelle controversie che opponevano i francofoni (*Property and Civil Rights*), mentre nelle cause penali il diritto francese sarebbe stato estromesso in favore di quello inglese, ergendo un sistema di *bijuralism*: la *civil law* nel diritto privato e la *common law* nel diritto pubblico

⁴⁰² La sez. V del *Québec Act* stabilì che, per maggior serenità e benessere degli abitanti francofoni della Provincia, era loro consentito di professare la propria religione senza che, per la prima volta, fosse imposta la conversione a quella protestante, neanche per l’accesso alle funzioni amministrative provinciali. Per quanto riguarda la struttura di governo, erano previsti un Governatore e un’Assemblea legislativa, entrambi nominati dalla Corona.

⁴⁰³ Noto è il c.d. *Durham Report* in cui il Commissario, per porre fine ai conflitti anglo-francofoni, raccomandava di concedere maggiore autonomia al Canada e rafforzarne le istituzioni, nonché di rafforzare i legami con la madrepatria, in particolare anche attraverso l’anglicizzazione della provincia francofona. Sulla base di ciò, raccomandava vivamente l’unificazione delle due Province in un’unica entità governata da istituzioni comuni.

⁴⁰⁴ Venne invece conservato il sistema di *civil law*, tanto che nel 1866 entrerà in vigore il primo codice di diritto privato, il *Civil Code of Lower Canada*, sostituito solo nel 1994 come fondamentale espressione del lessico, delle regole e dei principi del diritto privato del Québec.

Canada e attuale Québec) e *West Canada* (ex *Upper Canada* e attuale Ontario). Se una tale struttura istituzionale consentì alla Colonia di guadagnare maggiore autonomia dalla Madrepatria, con la previsione di un Consiglio esecutivo responsabile dinanzi a un'assemblea divenuta elettiva a partire dal 1856 e l'approvazione del *Colonial Laws Validity Act* nel 1865 limitante l'invalidità delle leggi coloniali ai soli casi di contrasto con le leggi imperiali e non con le altre leggi (*received statutes*) o norme di *common law*, la questione francofona era lungi dall'essere risolta⁴⁰⁵.

In particolare, il principio della duplice maggioranza, secondo il quale – da un lato – nessun atto riguardante il territorio di una regione potesse essere approvato senza il consenso dei rappresentanti di quest'ultima e – dall'altro – un'eguale rappresentanza delle due regioni dovesse essere prevista per la composizione del governo, finivano per indebolire l'edificio istituzionale della Provincia la quale, resa oggetto dell'animata dialettica tra le sue due componenti, viveva un'instabilità insostenibile⁴⁰⁶ anche alla luce delle eventuali velleità espansionistiche degli Stati Uniti attraversati dalla guerra civile⁴⁰⁷.

Ecco che, alla luce di quanto richiamato, la predisposizione di un'unione con le province del New Brunswick e della Nova Scotia diveniva per le due componenti della Provincia del Canada⁴⁰⁸, coagulatesi attorno a una maggioranza composta dai liberali e conservatori del *West Canada* e dai conservatori dell'*East Canada*, una possibilità da cogliere con favore, ma solo a determinate condizioni.

Se si riguardano i dibattiti in sede costituente emerge, in particolare, come il necessario consenso dei franco-canadesi all'Unione fosse subordinato, da un lato, alla natura federale del patto, e dall'altro, al riconoscimento di questi ultimi quali gruppo nazionale distinto e posto allo stesso livello degli anglofoni⁴⁰⁹. Un'ineludibilità, quella del pari coinvolgimento francofono nel progetto unionale, che forse nelle parole di Sir John A. Macdonald, in un dibattito celebrativo nella Camera dei Comuni di Ottawa nel 1890, trova la sua più compiuta espressione: «*Whether it was conquered or ceded, we have a constitution now under which all British subjects are in a position of absolute equality, having equal rights of every kind, of language, of religion, of property and of person. There is no paramount race in this country, there is no conquered race this country, we are all British Subjects, and those who*

⁴⁰⁵ Mostacci E., *The Canadian constitutional history and its determinants*, in *DPCE Online*, 1/2019, 631-632.

⁴⁰⁶ Sull'impraticabilità del principio della duplice maggioranza cfr. Hassard A.R., *Canadian Constitutional History...* op. cit., 59; Creighton D., *The 1860s*, in Careless J.M.S., Craig Brown R. (a cura di), *The Canadians 1867-1967*, Toronto, 1969, 8.

⁴⁰⁷ Cfr. Vipond R., *1867: Confederation*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017, 87 che parla dell'unione tra le colonie britanniche come necessaria «*to ensure territorial integrity against a military power wanting to punish Britain for its support of the South*».

⁴⁰⁸ Il Dominion canadese istituito con il BNAA vedrà la presenza di quattro Province (Ontario, Québec, Nova Scotia e New Brunswick), cui si aggiungeranno progressivamente: Manitoba e Territori del Nord-Ovest nel 1870; Columbia Britannica nel 1871; Isola del Principe Edoardo nel 1873; Yukon nel 1898; Alberta e Saskatchewan nel 1905; Terranova nel 1949 e, da ultimo, il territorio di Nunavut nel 1999.

⁴⁰⁹ Speech of February 8, 1865, *Parliamentary Debates on...* op. cit., 85; Speech of February 7, 1865, *Parliamentary Debates on...* op. cit., 57.

*are not English are none the less British Subjects on that account»*⁴¹⁰.

Se sono dunque questi i protagonisti del patto costituzionale, ben si spiegano determinate voci che del patto medesimo fanno parte.

3. Le voci del patto costituzionale: una triplice dicotomia

3.1 ...nella fase costituente

Nella ricostruzione sin qui compiuta delle origini del BNAA si è posta particolare attenzione sull'elemento linguistico quale fondamentale *cleavage* posto ineludibilmente alla base del compromesso costituzionale del 1867. E in effetti, se si riprendono ancora i passaggi del dibattito costituente, emblematiche paiono le parole di Macdonald il quale, nel segnalare come affidare alla buona volontà della maggioranza il mantenimento della lingua francese rappresentasse un inconveniente, sottolineava che al fine di rimediarvi, «...nella Conferenza fu deciso di incorporare tale previsione all'interno dell'Atto Imperiale (con ciò intendendosi il BNAA). Questo fu proposto dal governo canadese per timore che potesse verificarsi un incidente in seguito, e fu approvato dalla delegazione di ogni provincia, affinché l'uso della lingua francese dovesse costituire uno dei principi su cui la Confederazione doveva essere stabilita, e che il suo uso, come attualmente, dovesse essere garantito dall'Atto Imperiale»⁴¹¹. Seguivano le parole di Cartier, il quale evidenziava come fosse inoltre necessario «proteggere le minoranze anglofone del *Lower Canada* per quanto riguarda l'uso della loro lingua, poiché nel Parlamento locale del *Lower Canada* la maggioranza sarà composta da franco-canadesi. I membri della Conferenza hanno auspicato che non sia in potere di questa maggioranza decretare l'abolizione dell'uso della lingua inglese nella legislatura locale del *Lower Canada*, e che non sia in potere del legislativo federale farlo per quanto riguarda la lingua francese. Aggiungo che l'uso di entrambe le lingue sarà garantito nell'Atto imperiale che si baserà su queste risoluzioni»⁴¹².

E tuttavia, se si ripercorrono le righe del paragrafo precedente, riconoscendo un certo grado di “pervasività” alla divisione sul piano linguistico, altri due *cleavages* emergevano quali elementi a quest'ultima connessi: la diversa fede religiosa, da un lato, e il differente sistema giuridico, dall'altro.

Già alla data dell'*Act of Union* sopra citato, infatti, nonostante l'unione politica del *East Canada* e del *West Canada*, era ben chiara la divisione tra le due comunità, composte rispettivamente da francofoni di religione cattolica e anglofoni di fede protestante.

Per quanto riguarda, invece, le origini di quel fenomeno che, con riferimento al Canada, viene oggi comunemente definito *bijuralism*⁴¹³, è noto come già prima della conquista

⁴¹⁰ House of Commons Debate, 1890, vol. I, 745.

⁴¹¹ *Parliamentary Debates on...* op. cit., 944.

⁴¹² *Parliamentary Debates on...* op. cit., 945.

⁴¹³ Sul punto cfr., *ex plurimis*, Gervais M.C., Séguin M.F., *Some thoughts on bijuralism in Canada and the world*, 2000.

britannica sancita dal Trattato di Parigi del 1763, nel territorio dell'allora *Nouvelle France* vigesse un sistema di diritto privato disciplinato principalmente dalla *Coutume de Paris* – diritto consuetudinario imposto dal Re Luigi XIV nel 1663. Il *Québec Act* – come già detto – aveva poi previsto la preservazione delle leggi del Canada (*ancien droit, civil law*) relativamente ai *Property and Civil Rights*, mentre nel 1866, da ultimo, e nel pieno del dibattito costituente, era stato approvato il *Code civil du Bas-Canada*, edificato sulla base, da un lato, dell'interpretazione giudiziale del diritto dei giudici nel *Lower Canada* e, dall'altro, del Codice napoleonico del 1804.

Non stupisce, dunque, come anche rispetto a questi altri due *cleavages* il dibattito costituente avesse mostrato particolare attenzione, con le relative conseguenze a Londra in sede di adozione definitiva dell'Atto.

Con riguardo al primo, su tutte si considerino, infatti, le parole di Lord Carnarvon che, con riferimento alla sec. 93 del BNAA – di cui si parlerà a breve –, dapprima dinanzi alla Camera dei Lord il 19 febbraio 1867, e dopo pochi giorni in sede di discussione in commissione, affermava che l'obiettivo della clausola fosse quello di «garantire alla minoranza religiosa di una provincia gli stessi diritti, privilegi e protezione di cui può godere la minoranza religiosa di un'altra provincia» e, più nello specifico, che «la minoranza di fede cattolica nell'*Upper Canada*, la minoranza protestante nel *Lower Canada* e la minoranza cattolica nelle Province marittime fossero poste su un piano di precisa uguaglianza»⁴¹⁴. In merito al secondo *cleavage*, sempre il parlamentare britannico affermava durante il dibattito presso la Camera dei Lord che «il Lower Canada è geloso e meritatamente orgoglioso dei suoi costumi e delle sue tradizioni ancestrali; è legato alle sue istituzioni peculiari e entrerà in questa unione solo con la chiara consapevolezza di mantenerle [...] la *Coutume de Paris* è ancora la base accettata del codice civile, e le loro istituzioni nazionali sono state rispettate dai loro concittadini e sostenute da loro stessi. È con questi sentimenti e a queste condizioni che il Basso Canada acconsente ora a entrare in questa Confederazione.»⁴¹⁵.

Di questa, dunque, triplice dicotomia, sviluppatasi attorno al dato linguistico, si faceva gioco forza esprimere il neonato testo costituzionale in alcune sue sezioni fondamentali.

3.2 ...nel dato positivo

«Une nouvelle ère commence aujourd'hui pour nous; un nouveau régime politique remplace pour nous, habitants du Canada, celui qui nous régissait depuis vingt-six ans. En ce jour, par la force de la loi, quatre millions d'hommes disséminés sur une immense étendue de territoire, sont réunis sous un même drapeau, le drapeau de la Confédération du Canada. Donc en elles ont été unies sous un seul drapeau, le drapeau de la Confédération du Canada.

⁴¹⁴ Speech of February 19, 1867, in Henry Howard Molyneux, Fourth Earl of Carnarvon, *Speeches on Canadian Affairs*, a cura di Sir Robert Herbert, Londra, 1902, 105 e Speech of February 22, 1867, in *Ibid.*, 133. Trad mia.

⁴¹⁵ Cfr. *Ibid.*, 110-111.

[...] *Cette époque est, sans contredit, l'une des plus célèbres de notre histoire, et grâce à la sagesse des chefs politiques ces changements constitutionnels se sont accomplis sans trouble et sans aucune effusion de sang.*»⁴¹⁶.

Non senza far trasparire un certo grado di ottimismo, il periodico *La Gazette de Joliette* così commentava l'entrata in vigore, il primo luglio del 1867, del BNAA.

Un documento costituzionale che, nel confermare come tutti i poteri esecutivi rimanessero in capo alla Corona britannica⁴¹⁷, e nel descrivere all'interno del proprio preambolo come le Province si riunissero politicamente come *Dominion* britannico «*with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom*» – rappresentando tale elemento la base per lo sviluppo di una forma di governo parlamentare sia a livello federale che provinciale –, rinveniva nell'elemento federale, per le ragioni prima esplorate, il proprio elemento fondante, idoneo a garantire – non senza una certa ambiguità – alle diverse comunità stanziati sul territorio di collaborare al progresso dell'Unione conservando ognuna la propria identità⁴¹⁸.

Posta una certa ambivalenza delle disposizioni costituzionali⁴¹⁹, talune di impronta centralista, talaltre protese alla valorizzazione dell'autonomia provinciale⁴²⁰, quanto in questa sede più interessa verificare è come i tre *cleavages* cui si è fatto prima riferimento trovino positivamente espressione all'interno del testo.

A questo proposito, se già dalla *section 22* – prescrittore per la composizione del Senato la divisione del territorio federale in tre *divisions* (Québec, Ontario e Province marittime)⁴²¹ ad ognuna delle quali attribuire il pari numero di 24 senatori ciascuna – traspariva un certo *favor* nei confronti del Québec mediante l'attribuzione di una vera e propria quota “riservata” utile a garantire la tutela della diversità francofona, procedendo con ordine, è innanzitutto utile richiamare il contenuto della sec. 133 del BNAA.

Quest'ultima infatti, nel prevedere

⁴¹⁶ [La Gazette de Joliette](#), 1° Luglio 1867, 2.

⁴¹⁷ Sec. 9 [BNAA](#).

⁴¹⁸ Cfr. Gambino S., *Federalismo, diritti, corti. Riflessioni introduttive a partire dall'esperienza canadese*, in Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un...* op. cit., 34 ss. secondo il quale l'opzione in senso federale accolta del BNAA rispondeva alle esigenze delle comunità territoriali canadesi di preservare e promuovere la propria peculiare identità culturale e il riconoscimento costituzionale di sfere di autonomia politica a favore delle componenti istituzionali della Federazione rispecchiava la presenza, in seno al nascente Stato canadese, di un dualismo di tipo socio-culturale (francofoni/anglofoni) fondato sulla condivisione di elementi linguistici, religiosi ed etnici differenti.

⁴¹⁹ Sulla natura ambivalente delle disposizioni del BNAA, anche con riferimento a una diversa interpretazione tra anglofoni e francofoni del patto costituzionale cfr. Tosi D.E., *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli, 2007, 118 ss.

⁴²⁰ Si considerino, infatti, da un lato, l'attribuzione al governo federale delle competenze più importanti, dei poteri residuali o di alcuni strumenti di controllo delle Province, quali il potere di *disallowance*, nonché la nomina federale dei Vicegovernatori provinciali e dei membri del Senato, la previsione di una Camera dei Comuni, eletta su base proporzionale rispetto alla popolazione nazionale, e dall'altro, la previsione della competenza provinciale in tema di risorse naturali, educazione e, più in generale, prestazioni sociali, così come la selezione dei senatori su base regionale, utili a garantire effettività alla tutela degli interessi locali.

⁴²¹ Con il [British North America Act 1915 \(c. 45\), s. 1\(1\)\(ii\)](#), è stata aggiunta una quarta divisione comprendente le province occidentali del Manitoba, British Columbia, Saskatchewan, e Alberta.

1) la possibilità che le lingue inglese e francese fossero usate entrambe nei dibattiti parlamentari, sia all'interno del Parlamento federale che nell'Assemblea Nazionale del Québec,

2) che la redazione dei rispettivi documenti e verbali, la stampa e la pubblicazione delle leggi di entrambi gli organi rappresentativi contemplasse sia la versione inglese sia quella francese,

3) che entrambe le lingue potessero essere usate da qualsiasi persona in ogni procedimento giurisdizionale, di fronte a giudici federali e del Québec

dava sostanzialmente luogo a un'istituzionalizzazione di una forma embrionale di bilinguismo franco-inglese, sebbene limitata alle istituzioni centrali e alla Provincia del Québec.

Muovendo lo sguardo verso il secondo dei *cleavages* menzionati, è bene richiamare il dettato della già menzionata sec. 93, relativa alla tutela del diritto all'istruzione nella lingua madre e secondo i precetti religiosi della minoranza di appartenenza. Essa affidava, infatti, alle Province la competenza in materia di ordinamento scolastico, stabilendo come esse fossero le uniche competenti ad adottare leggi in materia di educazione e istruzione scolastica, garantendo, inoltre, alle scuole confessionali presenti in ciascuna Provincia – cattoliche del *Rest of Canada* e protestanti in Québec – il mantenimento di privilegi, funzioni e diritti di cui godevano in base alle leggi di quella Provincia al momento dell'approvazione dell'Atto di Unione. Ancora, la sec. 93 stabiliva altresì che, qualora i legislativi provinciali avessero adottato leggi in pregiudizio dell'autonomia delle minoranze cattolica o protestante e dei loro sistemi educativi, tale atto sarebbe stato suscettibile di ricorso dinanzi al Governatore Generale e che, nel caso in cui le Province non avessero correttamente dato esecuzione alle previsioni della sec. in esame, il Parlamento federale avrebbe potuto modificarne la normativa.

Infine, è tramite la lente teleologica della tutela del diritto di tradizione romanista del Québec – segno del terzo e ultimo dei *cleavages* citati – che possono leggersi il disposto della sec. 129, nel quale si dava sostanzialmente copertura alla coesistenza fra *civil* e *common law*⁴²², nonché quanto previsto dalla sec. 92.13⁴²³, ove si riservava alla competenza provinciale il potere di approvare leggi in materia di *Property* e *Civil Rights*, non figurando peraltro il Québec nel novero delle Province nei confronti delle quali la sec. 94 prevedeva l'invito a unificare la disciplina sostanziale e processuale in materia di proprietà e diritti civili

⁴²² «Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act».

⁴²³ Accanto a essa può essere utile segnalare altresì la sec. 92(16) che riservava alla competenza dei legislatori provinciali le materie «of a merely local or private Nature in the Province».

uniformandola sotto il controllo federale. Un'asimmetria⁴²⁴, quella emergente dal BNAA in risposta alla natura bi-sistemica del neonato ordinamento canadese, rinvenibile altresì nella sec. 98 in merito alla selezione dei giudici delle corti del Québec, ove si prevedeva che essi dovessero essere selezionati dal «*Bar of that Province*».

4. L'evolversi (e il rompersi) del patto costituzionale: dalla *Quiet Revolution* alla *Patriation* del 1982

4.1 I limiti del disposto costituzionale

Bilinguismo anglo-francofono, tutela dell'identità religiosa tramite la garanzia dell'istituzione di scuole confessionali e bijuralismo parrebbero, a prima vista, trovare adeguato recepimento nel dettato costituzionale del BNAA. A favore, peraltro, di una valutazione sostanzialmente positiva in termini di efficacia per la tenuta del neonato impianto federale delle misure richiamate gioverebbe altresì l'analisi dei primi decenni della Confederazione, ove all'interno di un generale quadro di stabilità istituzionale, il primo episodio perturbatore dell'equilibrio federale giungeva non certo dal Québec, quanto dall'Esecutivo della Nova Scotia che, intenzionato inizialmente nel 1868 a chiedere, tramite l'invio di una delegazione a Londra, il distacco dal resto della Federazione, vedeva presto soddisfatte le proprie pretese senza alcuna modifica costituzionale, mediante l'ottenimento da parte del Governo federale di agevolazioni sul piano finanziario⁴²⁵.

Ad un più attento sguardo, tuttavia, si può ben comprendere come le ragioni del richiamato iniziale quadro di stabilità non fossero tanto legate all'accomodamento delle diversità tra i due popoli fondatori garantito dalle misure richiamate, quanto a una non pienamente matura consapevolezza politica.

È stato, infatti, sostenuto come il conservatorismo sociale e politico e il nazionalismo prettamente difensivo del Québec – legato quest'ultimo, secondo autorevole dottrina, anche al forte peso sociale ricoperto all'interno della Provincia francofona dalla Chiesa cattolica⁴²⁶ – si andassero a collocare all'interno di un più generale contesto che vedeva i diversi soggetti della vita politica approfondire il loro impegno nel mero perseguimento di un livello di stabilità del sistema che potesse garantire la tranquillità sociale e la sicurezza utili al fiorire degli

⁴²⁴ Parla della natura bi-sistemica dell'ordinamento canadese quale motore delle scelte asimmetriche operate dai costituenti canadese Martinico G., *La genesi "mista" dell'asimmetria canadese*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese...* op. cit., 15 ss. Più in generale, sul carattere asimmetrico del federalismo canadese cfr. Olivetti Rason N., *Un federalismo asimmetrico: il Canada*, in Olivetti Rason N., Pegoraro L. (a cura di), *Esperienze federali contemporanee*, Padova, 1996, 91 ss; Robledo A.R., *Los derechos fundamentales en el federalismo canadiense*, in *Revista Vasca de Administracion Publica*, 49/1997, 230 ss.

⁴²⁵ Sul punto cfr. Russell P.H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, Toronto, 1993; Morin J.Y., Woehrling J., *Les constitutions du...* op. cit., 416 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴²⁶ Cfr. Woehrling J., *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 10/1992, 200 ss. che accanto al già citato peso della Chiesa cattolica aggiunge le origini rurali della comunità francofona e la percezione di essere un gruppo minoritario ed isolato.

scambi commerciali sotto l'egida costituzionale del BNAA, senza che temi quali il pluralismo nazionale, l'allocazione della sovranità o eventuali revisioni del dato costituzionale si affermassero come prioritari nel dibattito pubblico⁴²⁷.

Non deve, pertanto, stupire come il quadro dei rapporti tra Québec e il *Rest of Canada* abbia iniziato ad incrinarsi proprio con l'emergere, nel corso degli anni, dei limiti e delle fragilità celantesi dietro il disposto delle citate *sections* 133 e 93.

Procedendo con ordine, l'art. 133, limitando il bilinguismo alle istituzioni parlamentari e giudiziarie a livello federale e nel Québec⁴²⁸, realizzava, di fatto, un dualismo solo apparentemente paritario, tutelando in realtà la comunità anglofona stanziata in posizione minoritaria in Québec e non anche le minoranze francofone del *Rest of Canada*, pur diffuse in maniera consistente nella neonata Federazione⁴²⁹. Invero, accanto a un quadro federale che, dall'approvazione del BNAA quasi fino alla metà del secolo successivo, non aveva visto un'implementazione significativa a livello legislativo delle pur minime potenzialità espansive insite nella *section* in esame⁴³⁰, la mancata attribuzione espressa a favore delle Province ovvero della Federazione da parte del BNAA della competenza in materia linguistica⁴³¹, aveva fatto sì che, in base alla tecnica dei c.d. poteri ancillari o accessori – consistente nell'attribuzione nelle materie di rispettiva competenza anche della relativa regolazione in questo caso dei comportamenti linguistici –, si fossero sviluppate a livello provinciale⁴³² politiche restrittive sull'uso del francese nelle sue più rilevanti manifestazioni nei diversi ambiti della vita quotidiana nonché in campo economico⁴³³.

Muovendo l'attenzione sulla sec. 93, anche in questo caso, sebbene la disciplina fosse stata concepita quale strumento teso ad assicurare il rispetto e la reciproca convivenza delle due

⁴²⁷ Tosi D.E., *Secessione e costituzione...* op. cit., 120-122.

⁴²⁸ Si segnala peraltro come la citata disposizione impiega formule linguistiche semplicemente facoltizzanti con riferimento all'uso del francese e dell'inglese nei dibattiti del Parlamento federale e della assemblea legislativa del Québec nonché nelle procedure scritte e orali davanti ai Tribunali federali e del Québec, mentre l'obbligo di impiegare entrambe le lingue è previsto soltanto nella redazione dei documenti parlamentari e delle leggi federali e della provincia del Québec.

⁴²⁹ Piergigli V., *I diritti linguistici...* op. cit., 153-154.

⁴³⁰ Non può ritenersi significativa la decisione di apporre la parola francese «postes» sui francobolli commemorativi del 55° anniversario della Confederazione.

⁴³¹ L'impiego delle lingue non era previsto né nell'elenco di materie enumerate dalla sec. 91 come riservate alla competenza del Parlamento federale, né in quello, previsto alla sec. 92, relativo alle materie di esclusiva competenza provinciale.

⁴³² Si pensi ad esempio all'*Official Language Act* approvato nel 1890 dall'Assemblea legislativa del Manitoba che aboliva l'uso del francese nel Parlamento e nei tribunali della Provincia nonostante la precedente approvazione della *Loi de 1870 sur le Manitoba* che all'art. 23 aveva previsto una serie di disposizioni molti simili al dettato della sec. 133 del BNAA. Si consideri altresì l'adozione nel 1890 da parte del Ministero dell'istruzione dell'Ontario di una serie di regolamenti tesi a sancire l'inglese come la lingua dell'insegnamento, limitando l'uso del francese nelle classi primarie delle scuole bilingui ai soli studenti che non conoscevano l'inglese. Simili previsioni si riscontravano a partire dal 1897 in Nova Scotia, Territori del Nord-Ovest, Alberta e Saskatchewan, nella quale ad esempio, con il Saskatchewan School Act veniva proclamato nel 1931 l'inglese come unica lingua di insegnamento. È del 1912, inoltre, il Regolamento 17 con cui in Ontario si riconosceva all'inglese la sola lingua d'insegnamento dopo il terzo anno, limitando lo studio del francese a un'ora al giorno. Cfr. Loprieno D., *La politica linguistica del Quebec tra diritti individuali e diritti collettivi*, in Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un...* op. cit., 309-310.

⁴³³ Woehrling J., *La Constitution canadienne...* op. cit., 196-198.

principali confessioni religiose, essa aveva in sostanza permesso l'affermarsi della supremazia del gruppo protestante-anglofono, senza che fosse garantita un'adeguata tutela ai cattolici. Le forti politiche di secolarizzazione del sistema scolastico, occorse negli anni tramite un ampio intervento pubblico in termini di finanziamento e controllo, come tali incompatibili con la visione cattolica dell'educazione, avevano, infatti, progressivamente condotto all'assimilazione anglofona di molti cittadini non protestanti⁴³⁴.

4.2 La reazione quebecchese

Il quadro di sostanziale regressione della francofonia qui descritto non lasciava, tuttavia, più indifferente il Québec che, a partire dagli anni '60 del Novecento, dismessi i panni del tradizionale immobilismo di matrice clericale, e forte di un rinnovato sentimento nazionalistico alimentato in maniera complementare da uno sviluppo di ordine economico, politico e culturale, si risolveva a rivendicare un diverso posizionamento all'interno del contesto federale, secondo quel fenomeno pluridimensionale definito come "Rivoluzione Tranquilla"⁴³⁵, che, accanto alla richiesta di maggiori e più ampie competenze, nella difesa del *visage linguistique* della Provincia rinveniva il proprio elemento cardine da contrapporre all'omogeneizzazione anglofona in corso.

La risposta a tali elementi di tensione da parte del Governo federale non si fece attendere, venendo istituita nel 1963 da parte del Primo Ministro L.B. Pearson la *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism (B&B Commission)*, con il fine di redigere un «rapporto sullo stato presente del bilinguismo e del biculturalismo in Canada» e di proporre le misure necessarie a «sviluppare la Confederazione canadese sulla base di una partnership paritaria tra le due razze fondatrici».

Composta da dieci membri (uno per Provincia), tutti bilingui, al termine dei suoi lavori svoltisi tra il 1965 e il 1970, la Commissione d'inchiesta ebbe modo – *inter alia*⁴³⁶ – di constatare come il disposto del BNAA non fosse stato in grado di assicurare l'*equality* e la *equal partnership* tra anglofoni e francofoni, determinando così per questi ultimi un'effettiva

⁴³⁴ Gaggero M., *Il diritto all'educazione nelle lingue dei "padri fondatori": verso un'uguaglianza realmente sostanziale?*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte...* op. cit., 394-395.

⁴³⁵ Sotto il governo di Jean Lesage, leader del Partito liberale, la Provincia francofona attraversò infatti una fase di sviluppo economico, politico e culturale. Si registrò, in particolare, un importante intervento pubblico nel settore economico, dell'istruzione e del lavoro, con una parallela (e necessaria) crescita dell'apparato burocratico provinciale. Sul periodo della *Quiet Revolution*, o *Révolution Tranquille*, cfr., *ex plurimis*, Simeon R., *Aspetti istituzionali del federalismo canadese*, in Aa.Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, 58 ss.; Codignola L., Bruti Liberati L., *Storia del Canada*, cit., 671 ss.; Id., *La difficile evoluzione costituzionale del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000, 10 ss.; Louvin R., *Legami federativi e declino della sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Torino, 2001, 68 ss.; De Fiores C., *La vicenda costituzionale canadese tra federalismo e secessione*, in Pace A. (a cura di), *Quale dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, 290 ss.; Woehrling J., *La Constitution canadienne...* op. cit., 206 ss.

⁴³⁶ Già nel Rapporto preliminare del febbraio 1965, 5, la Commissione parlava, con riferimento alla situazione anglo-francofona come «la più grande crisi della storia del Canada» e suggeriva la necessità di grandi cambiamenti.

sottorappresentazione a livello sia politico che economico.

È a parziale recepimento delle raccomandazioni proposte nel rapporto finale dalla Commissione⁴³⁷ che va dunque letta l'approvazione nel 1969, su impulso del Governo federale, dell'*Official Languages Act* o *Loi sur les langues officielles*, in cui si riconoscevano sia l'inglese che il francese come lingue ufficiali del Canada, attribuendo a entrambe le lingue lo stesso status e gli stessi diritti e privilegi quanto al loro impiego in tutte le istituzioni, prescrivendone l'uso in Parlamento, nei tribunali e, per la prima volta, nell'amministrazione federale.

Tale intervento non si mostrò, tuttavia, sufficiente a mitigare un nazionalismo quebecchese che correva oramai politicamente lungo i binari delle rivendicazioni indipendentiste.

In particolare, l'ascesa al potere del neonato *Parti québécois* del 1976, dopo una campagna elettorale incentrata sulla promessa referendaria volta all'ottenimento della sovranità della Provincia francofona e il mantenimento di meri legami economici e monetari con il resto del Canada, si poneva in chiaro contrasto con il progetto politico del Governo federale guidato da Pierre Elliot Trudeau, il quale, invece, mirava a un Canada capace, sulla base dell'integrazione di tutte le sue componenti identitarie in un più ampio e comprensivo spettro di multiculturalismo istituzionale, di recidere i legami con la Madrepatria britannica – secondo la nota formula della *Patriation* – mediante, in particolare, l'adozione di una Costituzione rigida e di una Carta dei diritti federale che di tale integrazione identitaria fosse piena espressione.

Si delineava, pertanto, un quadro in cui all'edificazione di una identità *pan-Canadian* a livello federale si contrapponeva un nazionalismo quebecchese che, inaspritosi a seguito della *Quiet Revolution*, non mancava di rinvenire nella tutela della francofonia un elemento a sé consustanziale. Si consideri, a tale ultimo proposito, l'adozione su proposta del Governo del *Parti québécois* della *Charte de la langue française* (nota come legge 101 o *Bill* 101) che, posti i medesimi fini di una precedente legge del 1974 denominata *Loi sur la langue officielle*, predisponesse, per il perseguimento degli stessi, mezzi tuttavia più incisivi se non addirittura coercitivi⁴³⁸. Il riconoscimento del francese quale lingua ufficiale nella Provincia comportava infatti una lettura della stessa come «lingua normale e abituale del lavoro,

⁴³⁷ Partendo da una lettura del biculturalismo come concetto implicante sia la statica coabitazione delle due principali culture, sia la dinamica collaborazione tra queste ovvero un'efficace cooperazione tra gli individui e i gruppi (per la quale tuttavia non sussistevano le condizioni adatte) e sottolineando come la vitalità della lingua fosse una condizione necessaria per l'integrale conservazione di una cultura, i Commissari raccomandavano che 1) l'inglese e il francese dovessero essere dichiarate, con formula piena e inequivocabile, entrambe lingue ufficiali del Parlamento del Canada, così come nei tribunali amministrativi federali, cercando, nel complesso, di stabilire un nuovo partenariato tra anglofoni e francofoni; 2) l'Ontario (e soprattutto Ottawa) e il New Brunswick dovessero divenire ufficialmente bilingui; 3) dovessero crearsi distretti bilingui in regioni del Canada, dove i membri della comunità minoritaria, francese o inglese, costituivano almeno il 10 % della popolazione locale; 4) i genitori dovessero godere del diritto di far frequentare ai loro figli la scuola nella lingua di loro scelta, in regioni dove si fosse avuta una «domanda sufficiente». Si vedano in particolare i volumi I, II e V del *Final Report* del 1968.

⁴³⁸ Il riferimento è alla previsione di forti sanzioni e l'affidamento a cinque nuovi organismi, tra cui l'Ufficio e il Consiglio della lingua francese, del compito di controllare l'applicazione della legge in oggetto.

dell'insegnamento, delle comunicazioni, del commercio e degli affari» ma anche dello «Stato e della legge». Più nello specifico, sul piano giudiziario, attesa l'imposizione dell'uso del francese nelle procedure scritte, per le decisioni rese in Québec, solo quelle in tale lingua erano qualificate come ufficiali. Con riferimento ai rapporti di lavoro, di commercio e negli affari, si registravano, inoltre, incisivi interventi tesi a *franciser* l'economia.

E tuttavia, ove la legge *de qua* manifestava con più veemenza la propria ratio ispiratrice era nell'ambito dell'istruzione. La c.d. clausola Québec prevedeva, infatti, che solo i bambini i cui genitori avessero ricevuto in Québec l'istruzione primaria in inglese ovvero quelli già iscritti alla scuola inglese – con estensione ai loro fratelli e sorelle cadette – potessero accedere all'istruzione pubblica in lingua inglese. Una simile possibilità veniva invece preclusa 1) agli immigrati, indipendentemente dal luogo di provenienza, 2) agli stessi francofoni del Québec e, da ultimo – e con ciò limitando fortemente il diritto dei genitori di scegliere autonomamente la scuola ritenuta maggiormente idonea per l'educazione dei propri figli –, 3) ai canadesi trasferitesi in Québec dalle altre Province della Federazione. Alla luce di quanto richiamato, particolarmente efficaci paiono dunque le parole utilizzate da autorevole dottrina che, nel descrivere la legge 101, la inquadrava come «l'equivalente morale dell'indipendenza in quanto essa consacrava il carattere essenzialmente francese del Québec»⁴³⁹.

Indipendenza sulla quale, come promesso in campagna elettorale, gli elettori del Québec furono chiamati a esprimersi, nel pieno del dibattito federo-provinciale legato al già citato processo di *Patriation* e conseguente revisione del BNAA, in un referendum popolare tenutosi il 20 maggio 1980 e volto eventualmente a legittimare il governo della Provincia francofona a negoziare la sua piena sovranità con le autorità federali⁴⁴⁰.

4.3 La mossa (inizialmente) unilaterale di Trudeau: il *Constitution Act* e il mancato rimpatrio del Québec

L'esito della consultazione, pur risoltosi con il 59,6% dei suffragi a favore del “no”, non mutava la ferma opposizione quebecchese al progetto di Trudeau, il quale, tuttavia, fallito l'ennesimo tentativo di raggiungere un'intesa con i governi provinciali – irrigiditisi attorno alla rivendicazione di un peso pari a quello del Québec – attorno alla modifica della

⁴³⁹ Fournier P., *The future of Quebec nationalism*, in Banting K., Simeon R. (a cura di), *One No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto, 1983, 159-160.

⁴⁴⁰ Il quesito referendario, preceduto dalla pubblicazione di un libro bianco sul progetto della sovranità-associazione, recitava: «*Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples; cette entente permettrait au Québec d'acquiescer le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté – et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada?*».

Costituzione, procedeva unilateralmente «*over the heads of provincial politicians*»⁴⁴¹ alla presentazione di un progetto di modifica del BNAA che prevedeva, in particolare, 1) la *Patriation* di quest'ultimo – non più pertanto soggetto all'autorità britannica in ordine alla sua modifica –, 2) la conseguente predisposizione di una procedura di revisione del BNAA, nonché 3) l'approvazione di una Carta dei diritti e delle libertà⁴⁴².

Superata l'iniziale opposizione delle Province a tale schema⁴⁴³, soprattutto in virtù della *Amendment of the Constitution Reference* della Corte Suprema intervenuta nel 1981 e sulla quale si avrà modo di ritornare ampiamente nel prosieguo di questo studio, il Governo federale aveva modo di riaprire il dialogo con le Province arrivando – a seguito di alcune modifiche alla formula di revisione costituzionale contenuta nel progetto – a trovare, nell'ambito della Conferenza dei *premiers* del 5 novembre 1981, il consenso unanime di quest'ultime, ad eccezione, tuttavia, del Québec, che non solo non aveva preso parte all'accordo, ma altresì tentava successivamente, tramite l'avvio di un nuovo giudizio di *reference*, di rivendicare, da un lato, la necessità di un consenso unanime per qualsiasi modifica che incidesse sulle competenze delle Province e, dall'altro, la sussistenza di un diritto di veto in capo alla Provincia francofona in virtù del dualismo della società canadese da essa rappresentato.

Prima ancora che la Corte Suprema potesse pronunciarsi il 6 dicembre 1982 in merito alla mancanza di un diritto di veto in capo al Québec, così deludendo – nei termini che anche in questo caso si avrà modo di approfondire in avanti – le aspettative della Provincia francofona, il *Canada Act* – e il *Constitution Act* ad esso allegato – riceveva a Ottawa la sanzione regia il 17 aprile 1982, quale ultimo atto relativo al Canada adottato dal Parlamento britannico⁴⁴⁴ a seguito di una risoluzione congiunta della Camera dei Comuni e del Senato canadesi⁴⁴⁵.

Un nuovo patto costituzionale si andava dunque ad aggiungere a quello del BNAA, includendo al suo interno due elementi fondamentali: 1) la formula di revisione della

⁴⁴¹ Così Russell P.H., *Constitutional Odyssey*. Can...op. cit., 111.

⁴⁴² Il progetto, comprensivo altresì dell'introduzione del principio della perequazione fiscale in ordine alla distribuzione delle risorse tra Federazione e Province, trovò l'approvazione da parte della Camera dei Comuni il 24 aprile 1981 e, il giorno successivo, da parte del Senato.

⁴⁴³ In senso favorevole alla proposta si erano, infatti, espresse solo Ontario e New Brunswick. Manitoba, Newfoundland e Québec avevano invece interpellato nell'ambito del giudizio di *reference* le rispettive Corti d'Appello e poi la Corte Suprema in merito alla necessità di consultare le entità federate prima di inoltrare una richiesta di modifica del BNAA al Governo britannico.

⁴⁴⁴ Il *Canada Act* ricevette la sanzione regia già il 29 marzo 1982 a Londra. E tuttavia, venne promulgato tramite lettere patenti dalla Regina nel corso della sua visita in Canada il 17 aprile 1982. Si tratta di una legge di soli quattro articoli con la quale viene disposta la fine dell'autorità del Parlamento britannico sul Canada, sancendone dunque il rimpatrio della Costituzione. Il *Constitution Act, 1982* costituisce invece l'allegato B al *Canada Act* e contiene la Carta dei diritti e delle libertà, la nuova formula di revisione costituzionale ed altre modifiche al diritto costituzionale canadese.

⁴⁴⁵ La risoluzione congiunta venne votata il 2 dicembre 1981 dalla House of Commons e l'8 dicembre 1981 dal Senato.

Costituzione, scandita – dopo un dibattito durato oltre un ventennio⁴⁴⁶ – secondo cinque tipi di procedura in base alle norme oggetto della revisione⁴⁴⁷ e 2) la Carta dei diritti e delle libertà, portatrice di valori sui quali edificare una nuova identità nazionale.

Un patto che, nel sancire la piena sovranità del Paese nordamericano rispetto alla (ormai) ex Madrepatria⁴⁴⁸, vedeva, tuttavia, escluso proprio il Québec, con ciò facendo dubitare – come è stato sostenuto da autorevole dottrina⁴⁴⁹ – della presenza in Canada di una Costituzione in senso sostanziale, intesa quale corpo di valori e principi attorno alla condivisione generale e incondizionata dei quali i cittadini potessero identificarsi come un unico popolo.

Il dissenso del Québec si concentrava, peraltro, proprio attorno ai due elementi su richiamati: alla continua rivendicazione, con riguardo alla procedura di revisione, di un vero e proprio diritto di veto che andasse oltre le previsioni previste nel *Constitution Act*, si sommava una lettura della Carta dei diritti e delle libertà come strumento di assimilazione della Provincia francofona all'interno della nazione pan-canadese auspicata da Trudeau⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Sulle proposte negli anni succedutesi in tema di revisione costituzionale quali ad esempio la *Fulton-Favreu Formula* del 1964, la *Victoria Charter* del 1970, la *Vancouver Formula* del 1981 cfr. Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle...* op. cit., 433 ss.; Russell P.H., *Constitutional Odyssey. Can...* op. cit., 89 ss.; Beaudoin G.A., *La Constitution du Canada*, Montréal, 1990, 231 ss.; Hurley J.R., *La modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, 1996, 23 ss. Va segnalato come, sebbene nel silenzio del BNAA in merito alla sua revisione le modifiche a tale atto potessero essere apportate formalmente solo dal Parlamento britannico, la prassi sviluppatasi già dal 1895, e secondo la quale qualsiasi modifica dovesse essere richiesta dal Parlamento canadese con una risoluzione che il Parlamento inglese si limitava a riprodurre, dal 1930 si affermò come consuetudine costituzionale. In merito alla partecipazione delle Province nel procedimento di revisione, non era rintracciabile una convenzione costituzionale che portasse il Governo federale, prima di presentare una proposta di revisione al Parlamento del *Dominion*, a richiedere il consenso delle Province. Tuttavia, nonostante spesso non venissero consultate – e comunque anche qualora lo fossero state non fosse ritenuto necessario il consenso unanime –, va segnalato come i tre principali emendamenti sul riparto di competenze legislative tra i diversi livelli di governo, risalenti rispettivamente al 1940, al 1951 e al 1964 furono preceduti dal consenso unanime delle Province. Il dibattito tra 1) chi sosteneva che la proposta di revisione potesse provenire solo dagli organi centrali canadesi e 2) chi richiedeva una partecipazione delle Province se non il loro consenso unanime continuò nonostante l'approvazione del BNAA n.2 del 1949 che alla sec. 91(1) conferiva al Parlamento del *Dominion* la competenza a emendare «di volta in volta» la «Costituzione del Canada». Da un lato, infatti, rimanevano escluse le materie più controverse dei rapporti centro-periferia (attribuzioni esclusive dell'assemblee legislative provinciali, i diritti e i privilegi attribuiti da un atto costituzionale all'assemblea legislativa o al governo di una Provincia o, ancora, a gruppi di persone con riguardo all'ambito scolastico o all'uso delle lingue inglese o francese), e dall'altro, nulla si diceva in merito al ruolo delle Province nella procedura di revisione ad appannaggio unicamente canadese. Cfr. Groppi T., *Federalismo e Costituzione...* op. cit., 177-180.

⁴⁴⁷ Sulle cinque procedure di revisione cfr. le secs. 38-49 del *Constitution Act* del 1982.

⁴⁴⁸ Reposo A., *Sul «rimpatro» dell'amending power nell'ordinamento costituzionale canadese*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 63/1984, 41 ss.; Olivetti Rason N., *Canada, 1982-1992: come non si modifica la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1993, 325 ss.; Groppi T., *Federalismo e Costituzione...* op. cit., 180 ss.; Frémont S., *Le fonti del diritto costituzionale canadese*, in Aa.Vv., *L'ordinamento costituzionale del...* op. cit., 24 ss.

⁴⁴⁹ Rolla G., *Il referendum sulla sovranità del Québec e il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1996, 3270.

⁴⁵⁰ Sulla lettura, da parte quebecchese, delle Carta dei diritti e delle libertà come strumento di negazione del carattere storicamente bi-nazionale del Canada e dello status differenziato del Québec in quanto popolo fondativo, anche tramite la ricerca di un nuovo tessuto civico comune su cui fondare l'identità nazionale comprensivo delle popolazioni indigene e delle c.d. “nuove minoranze” frutto dell'immigrazione cfr. Ceccherini E., *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio tra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei...* op. cit., Milano, 2000, 41 ss.; Vizioli N., *Il Québec tra Costituzione e prassi*, in *Amministrare*, 1-2/2002, 251 ss.

A questo proposito, la previsione all'interno della Carta dei diritti di un bilinguismo istituzionale nelle secs. 16-22 dedicate alla "Lingue ufficiali del Canada", cui si aggiungeva un'apposita e separata sezione (sec. 23) riservata alla disciplina dell'istruzione nelle lingue minoritarie, da un lato, e la previsione – a tutela del carattere federale del sistema – della *notwithstanding clause* (sec. 33), secondo la quale sia il Parlamento federale che le singole assemblee legislative provinciali potevano sospendere l'applicazione di un numero considerevole di diritti fondamentali previsti dalla Carta per un periodo (rinnovabile) di cinque anni tramite una semplice legge ordinaria espressamente derogatoria, dall'altro, non risultavano sufficienti a placare il dissenso da parte del Québec nei confronti di una Carta che peccava nel non riconoscere alla Provincia francofona il carattere di "società distinta". Una simile situazione, anche in virtù del rinvigorirsi delle tendenze separatiste quebecchesi, non lasciava indifferente il Governo federale che, dinanzi al rischio di una rottura dell'unità dell'ordinamento, e a fronte di mutato quadro politico⁴⁵¹, si impegnava negli anni successivi in due ulteriori tentativi di rimpatrio della *Belle Province*.

5. Ricucire il patto costituzionale: il fallimento di due accordi, un referendum e una richiesta di *Reference*

Il 30 aprile 1987 avrebbe potuto rappresentare un giorno fondamentale per la storia costituzionale canadese. In quella data, infatti, a seguito di un anno di trattative, con gli accordi di Meech Lake, trovavano approvazione da parte del Governo federale e dei leader delle dieci province le proposte presentate dal Québec, utili a consentire l'adesione della Provincia francofona al *Constitution Act* del 1982. Esse riguardavano essenzialmente⁴⁵² 1) il riconoscimento del diritto di veto della Provincia francofona sulle riforme delle istituzioni federali e sulla creazione di nuove Province, 2) la previsione di limiti al potere di spesa federale nelle materie di dominio esclusivo provinciale, 3) l'attribuzione alle Province della competenza a nominare i giudici della Corte Suprema, 4) il riconoscimento di maggiori poteri provinciali in materia di immigrazione e, soprattutto, 5) il riconoscimento del Québec come "società distinta"⁴⁵³.

Nonostante il testo costituzionale imponesse la regola dell'unanimità solo per alcuni punti

⁴⁵¹ Dopo il ritiro dalla scena politica di Trudeau nel 1984, alle elezioni generali il partito liberale veniva sconfitto dai conservatori guidati da B. Murloney. A livello provinciale, invece, al ritiro di Levesque faceva seguito nel 1985 la vittoria elettorale dei liberali di R. Bourassa sul Parti québécois.

⁴⁵² L'accordo politico raggiunto, che prevedeva l'allargamento a tutte le Province delle richieste formulate dal Governo francofono, ad eccezione del riconoscimento della natura distinta della collettività quebecchese, contemplava altresì alcune modifiche sulle modalità di nomina dei senatori, volte a rendere la camera alta maggiormente rappresentativa delle istanze locali.

⁴⁵³ Per un'attenta analisi degli accordi di Meech Lake, *ex plurimis*, cfr. Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle...* op. cit., 543 ss.; Olivetti Rason N., *Canada, 1982-1992...* op. cit., 334 ss.; Simeon R., *Aspetti istituzionali del...* op. cit., 80 ss.; Lajoie A., *Il Québec e la costituzione canadese: «processo» al federalismo*, in Aa. Vv., *L'ordinamento costituzionale del...* op. cit., 118; Monahan P.J., *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, 1991; Forest R., *L'adhésion du Québec à l'accord du lac Meech: points de vue juridiques et politiques*, Montréal, 1988.

toccati dalla riforma, per la definitiva approvazione della stessa si decise di perseguire la via dell'unanimità, tramite l'ottenimento – entro, tuttavia, tre anni dalla prima deliberazione di un'assemblea provinciale – del consenso delle assemblee legislative di tutte le altre Province⁴⁵⁴. Adottato pertanto dall'assemblea del Québec il 23 giugno 1987, il progetto trovava successivamente l'approvazione da parte di altre sei Province. Alcuni provvedimenti adottati dal governo francofono nelle more del procedimento di approvazione del progetto⁴⁵⁵, da un lato, e l'insoddisfazione delle mutate compagini di governo in New Brunswick, Newfoundland e Manitoba in merito ad alcuni punti dell'accordo, dall'altro, portavano, tuttavia, a una fase di stallo, cui si tentò di ovviare tramite la convocazione di una nuova conferenza costituzionale all'inizio del mese di giugno del 1990.

Gli sforzi profusi risultarono, tuttavia, inutili. Alla data del 23 giugno del medesimo anno – termine ultimo per il buon esito della procedura – l'accordo incontrava l'approvazione della sola assemblea del New Brunswick, arenandosi, invece, nelle assemblee provinciali di Manitoba e Newfoundland⁴⁵⁶.

Con la cessazione del procedimento in atto falliva, dunque, il tentativo di revisione costituzionale, aprendosi conseguentemente una nuova fase di instabilità, alimentata, in particolare, dall'istituzione, da parte dell'Esecutivo francofono a guida liberale, in accordo col *Parti québécois*, di una Commissione parlamentare incaricata di valutare possibili soluzioni per l'avvenire politico-costituzionale del Québec. Le due soluzioni alternative presentate dalla Commissione Bélanger-Campeau al termine dei propri lavori consistevano, da un lato, nella profonda modifica del quadro costituzionale, e dall'altro, nel perseguimento per il Québec, anche in via unilaterale, della piena sovranità⁴⁵⁷.

La fine del 1992 veniva, in particolare, indicata quale momento di indizione di un referendum sulla sovranità qualora non fossero state ritenute soddisfacenti le proposte di

⁴⁵⁴ La scelta di adottare un procedimento ad hoc diverso da quanto già previsto in Costituzione pare legarsi al convincimento, comune agli esponenti dei diversi governi, di trovarsi dinanzi alla predisposizione di un patto costituzionale capace di riscrivere i rapporti tra i vari elementi della Federazione e, come tale, necessitante di una maggiore legittimazione. Sul punto cfr. Tosi D.E., *Secessione e costituzione...* op. cit., 140-141.

⁴⁵⁵ Il riferimento è alle forti critiche sollevatesi contro la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, adottata nel 1988 per conformare la legislazione linguistica della Provincia francofona alla sentenza *Ford* della Corte Suprema – su cui si avrà modo di tornare – che aveva dichiarato contrario alla Carta dei diritti l'uso obbligatorio della lingua francese per le insegne commerciali. Sul punto cfr. Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle*, cit., 554 ss.

⁴⁵⁶ La mancata approvazione dell'accordo da parte dell'Assemblea del Manitoba si deve al dissenso di un deputato di origine indigena il quale, opponendosi – forte del requisito dell'unanimità richiesto – alla sospensione di alcune regole procedurali interne all'assemblea legislativa, necessaria per poter procedere alla discussione dell'accordo, di fatto impedì l'approvazione delle riforme entro i termini stabiliti. L'ostruzionismo del deputato costituiva espressione del dissenso delle associazioni rappresentative dei popoli indigeni, contrarie ad una riforma che riconosceva il carattere distinto solo alla comunità quebecchese senza prevedere incisive forme di partecipazione degli indigeni nelle procedure di revisione costituzionale. La successiva decisione di sospendere la discussione dell'accordo dinanzi alla propria assemblea da parte del Primo Ministro del Newfoundland fu dovuta al richiamato ostruzionismo all'interno dell'assemblea legislativa manitobiana e alla considerata impossibilità di concludere l'iter procedurale nei tempi richiesti. Sul punto cfr. Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle...* op. cit., 561, ove si menziona anche il sostegno da parte degli indigeni del Québec. Sulla posizione degli autoctoni in relazione agli accordi di Meech Lake cfr. Simeon R., *Aspetti istituzionali del...* op. cit., 77 ss.

⁴⁵⁷ Sul punto, cfr. Lajoie A., *Il Québec e...* op. cit., 119 ss.

riforma eventualmente presentate dall'Esecutivo federale o dagli altri Esecutivi provinciali⁴⁵⁸.

A questo punto, si apriva nuovamente il dialogo intergovernativo al fine di scongiurare i rischi disgregativi derivanti dalla nuova iniziativa quebecchese.

In particolare, a seguito di varie iniziative tese a realizzare un maggiore coinvolgimento della base sociale tanto a livello federale che provinciale⁴⁵⁹, il Governo federale, ottenuta la disponibilità del Primo Ministro quebecchese, dava il via ad una serie di conferenze intergovernative con le Province.

Al termine dell'incontro tenutosi a Charlottetown alla fine di agosto del 1992, un nuovo compromesso su un nuovo testo di revisione costituzionale vedeva come firmatari gli undici primi ministri, i leader dei Territori unitamente a quattro organizzazioni rappresentanti dei popoli indigeni. Gli accordi, riprendendo in parte gli emendamenti costituzionali già proposti negli accordi di Meech Lake, si premuravano, tuttavia, di affiancare all'attenzione verso la peculiarità del Québec, anche la valorizzazione di altre differenze, quali, ad esempio, il riconoscimento del diritto all'autonomia di governo ai popoli indigeni o l'eguaglianza delle varie Province secondo la c.d. "*Canada clause*".

Un esteso potere di veto veniva riconosciuto al Québec e, in materia di lingua e cultura francese, ai senatori di estrazione francofona. Alla riduzione del numero dei senatori spettanti alla Provincia francofona faceva da contraltare la previsione di un maggior numero di deputati quebecchesi presso la Camera dei Comuni. Da ultimo, accanto alla previsione di ulteriori competenze in campo economico e nella nomina dei giudici della Corte Suprema, si affiancava – come già previsto nei precedenti accordi – il riconoscimento per il Québec della natura di società distinta all'interno del Canada.

Anche tali accordi, tuttavia, rimasero lettera morta. Discostandosi dal dato costituzionale, il Primo Ministro Mulroney decideva di sottoporre gli accordi di Charlottetown a un referendum a livello federale, prima ancora della ratifica da parte delle Province, la quale sarebbe dovuta comunque avvenire all'unanimità. Venendo il referendum respinto il 26 ottobre 1992 con una maggioranza di voti contrari pari a circa al 55% dei votanti in sei delle dieci province (tra cui il Québec), falliva anche questo tentativo di rimpatriare nel patto costituzionale la Provincia francofona.

A fronte di questa nuova situazione di stallo, il *Parti québécois*, tornato al governo e in accordo con i leader degli altri partiti quebecchesi favorevoli alla soluzione independentista, proponeva all'inizio del settembre del 1995 all'Assemblea provinciale un progetto di legge sull'avvenire del Québec. Dopo poco più di un mese, si celebrava un referendum in merito

⁴⁵⁸ Cfr. La *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, approvata dall'Assemblea nazionale quebecchese nel giugno del 1991.

⁴⁵⁹ Il riferimento è all'istituzione di un comitato bicamerale speciale incaricato di raccogliere opinioni e suggerimenti all'interno del Paese, alla celebrazione a livello federale e provinciale di una serie di conferenze volte a consultare i gruppi di interesse più influenti, nonché l'organizzazione di incontri tra le autorità federali e provinciali e i rappresentanti indigeni.

all'accessione della Provincia francofona alla condizione di sovranità a seguito di una – non precisamente chiarita – *partnership* politica ed economica con il Canada⁴⁶⁰.

L'esito della consultazione, che per soli 52.488 voti e con una affluenza alle urne pari al 94% aveva visto scartata l'ipotesi secessionista, spingeva il Governo federale a reagire secondo due differenti strade.

La prima, maggiormente conciliativa nei confronti delle istanze francofone, si concretava nell'introduzione – a livello ordinario tramite l'*Act Respecting Constitutional Amendments* del 1996 – di un certo *favor* nei confronti del Québec in relazione alla partecipazione provinciale al procedimento di revisione costituzionale disciplinato ex sec. 38 del *Constitution Act* e noto come *7/50 rule*. Più nello specifico, al già previsto requisito dell'approvazione dell'emendamento costituzionale da parte delle due Camere del Parlamento federale e di un minimo di sette province rappresentative di almeno il 50% della popolazione totale⁴⁶¹, il nuovo intervento normativo attribuiva “asimmetricamente” un potere di veto in capo, *inter alia*⁴⁶², al Québec esercitabile eventualmente prima che la proposta di modifica costituzionale del Governo potesse giungere al Parlamento federale secondo il procedimento previsto dalla sec. 38⁴⁶³.

La seconda e parallela via percorsa dal Governo federale, secondo un approccio maggiormente rigoroso alla lettura dei rapporti Québec-*Rest of Canada*, si concretava, invece, nella richiesta di *reference* alla Corte Suprema in merito alla legittimità, sul piano del diritto interno e internazionale, di un eventuale secessione unilaterale del Québec dal resto del Canada.

Solo accennando elementi che saranno meglio affrontati nel prosieguo di questo studio, può qui essere utile richiamare come il supremo consesso di Ottawa, pronunciandosi il 20 agosto 1998, subordinava la legittimità della separazione territoriale e politica della Provincia a un intervenuto accordo fra quest'ultima e la Federazione, escludendo in tal modo ogni iniziativa di carattere unilaterale, e in ogni caso imponendo il rispetto dei principi supremi

⁴⁶⁰ Dal quesito – così formulato «*Do you agree that Quebec should become sovereign, after having made a formal offer to Canada for a new Economic and Political Partnership, within the scope of the Bill respecting the future of Quebec and the agreement signed on June 1, 1995?*» – il corpo elettorale non è investito, come nel referendum del 1980, della decisione se conferire o meno un mandato per la negoziazione di un accordo con il Governo federale che riconosca la sovranità del Québec. Nel 1995 la decisione sulla sovranità non è infatti più delegata alla contrattazione intergovernativa, ma viene affidata al voto diretto dei quebecchesi. Le trattative successive alla consultazione popolare riguardano infatti esclusivamente la proposta di una nuova forma di associazione politico-economica.

⁴⁶¹ Sec 38 (1): «*An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by (a) resolutions of the Senate and House of Commons; and (b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces*».

⁴⁶² Ai sensi dell'*Act Respecting Constitutional Amendments 1996* tale potere di veto viene riconosciuto non solo in capo al Québec, ma altresì all'Ontario, alla British Columbia, ovvero ad almeno due Province atlantiche o due Province delle praterie rappresentative di almeno la metà della popolazione del rispettivo gruppo di Province.

⁴⁶³ Cfr. Heard A., Swartz T., *The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 30, 2/1997, 339-356.

dell'ordinamento canadese, considerati tra loro in simbiosi e individuati nel federalismo, nel costituzionalismo e nel principio di legalità, nella democrazia e nella protezione delle minoranze.

A seguito, infatti, di un'analisi dettagliata dei principi richiamati, dall'applicazione di questi ultimi al processo di autodeterminazione quebecchese, la Corte desumeva come il principio federale, in congiunzione con il principio democratico, prevedesse che il chiaro rifiuto dell'ordine costituzionale esistente e la chiara espressione mediante referendum del desiderio di perseguire la secessione da parte della popolazione di una Provincia desse luogo a un obbligo delle parti di negoziare modifiche costituzionali tese a rispondere a tale desiderio. Tuttavia – ed è quanto più interessa qui sottolineare – la Corte lasciava alla sfera del “non detto” la specifica definizione sia dei presupposti sia del contenuto del negoziato costituzionale. Emblematiche a tal proposito risultavano le parole della Corte secondo cui «la conciliazione dei diversi interessi costituzionali legittimi [...] fa parte inevitabilmente della sfera politica piuttosto che di quella giudiziaria»⁴⁶⁴, spettando alla prima il compito di «determinare in che cosa consiste una maggioranza chiara in risposta a una domanda chiara, nelle circostanze nelle quali un futuro referendum potrà essere tenuto»⁴⁶⁵.

6. *Clarity Act* v. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*: l'incomunicabilità come esito della *Reference*

L'atteggiamento «salomonico»⁴⁶⁶ della Corte, unito a un certo *self-restraint* da quest'ultima dimostrato al fine di scongiurare una sua attrazione all'interno dell'agone politico, se, da un lato, mirava a riconciliare interessi divergenti, dall'altro, non sopiva il perdurare della dialettica tra il Governo federale e il Québec.

Seguivano infatti due atti legislativi, rispettivamente federale e provinciale, che della *Reference* richiamata davano un'interpretazione divergente.

Il Governo federale nella primavera del 2000 otteneva infatti l'approvazione da parte del Parlamento del *Clarity Act*⁴⁶⁷. Tale atto, nello stabilire le condizioni affinché si potesse registrare una chiara maggioranza su un quesito chiaro in favore della secessione tale da obbligare il Governo federale ad avviare i negoziati con la Provincia interessata e con tutte le altre Province, individuava nella Camera dei Comuni il soggetto istituzionale titolare di tali valutazioni relative alla chiarezza del quesito e del risultato referendario.

⁴⁶⁴ Par. 101.

⁴⁶⁵ Par 153.

⁴⁶⁶ Mandel M., *A Salomonic judgement?*, in *Canada Watch*, vol. 7, 1-2/1999, 20 parla, con riferimento alla pronuncia del supremo consesso di Ottawa come di un «giudizio salomonico», in quanto dante in parte ragione alle pretese di Ottawa e in parte a quelle del Québec.

⁴⁶⁷ *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference*, S.C. 2000, c. 26. Dell'approccio non “dialogante” o “conciliativo” dell'atto può ritenersi un segnale la circostanza per la quale esso sia stato approvato all'esito di un procedimento che non ha visto un preventivo confronto con il Québec e, più in generale, con gli altri gruppi di interesse. Inoltre, la struttura del preambolo reintroduce la definizione della secessione come “rottura” di uno Stato democratico.

Si prevedeva infatti che, entro trenta giorni dall'iniziativa assunta dall'Esecutivo provinciale, la Camera dei Comuni dovesse esprimersi sulla chiarezza del quesito. Posto come per la valutazione di quest'ultima la Camera dei Comuni dovesse tener conto 1) dell'opinione espressa dalle forze politiche provinciali rappresentate nell'Assemblea legislativa, 2) delle dichiarazioni ufficiali provenienti dall'Esecutivo e dal Legislativo provinciali nonché 3) di eventuali risoluzioni votate dal Senato e dai rappresentanti dei popoli indigeni, la chiarezza del quesito veniva in ogni caso esclusa – ai sensi della legge *de qua* – qualora il quesito avesse riguardato in generale il conferimento di un mandato agli organi provinciali per negoziare con le istituzioni federali senza precisare che il voto avesse riguardato la permanenza della provincia nella Confederazione ovvero se il referendum avesse contemplato oltre alla secessione altre questioni relative alla cooperazione economica e politica con il Canada.

Superato il vaglio della chiarezza del quesito, sempre alla Camera dei Comuni il *Clarity Act* affidava la determinazione della chiarezza del risultato referendario, vincolando la discrezionalità dell'Assemblea al mero rispetto di una serie di indicazioni alquanto fumose⁴⁶⁸, e che comunque non prevedevano nel proprio novero eventuali soglie o la scelta della procedura di revisione costituzionale da seguire. In merito a quest'ultima, l'atto si limitava, infatti, a chiarirne il carattere necessario ai fini della legittimità della secessione nonché la circostanza per cui essa dovesse essere preceduta da una negoziazione quantomeno tra Esecutivo federale ed Esecutivi provinciali⁴⁶⁹.

A una legge federale che taluna dottrina non ha mancato efficacemente di definire come foriera di «arbitrarietà e non di chiarezza»⁴⁷⁰ – con ciò facendo criticamente riferimento alla scelta di affidare alla Camera dei Comuni la decisione unilaterale con riguardo alla chiarezza sia del quesito che dell'esito referendario, affidando all'Assemblea federale il contemporaneo ruolo di parte e arbitro della “contesa” secessionista⁴⁷¹ – l'Assemblea nazionale del Québec rispondeva con la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*. Approvata sempre nel 2000, tramite numerosi richiami al diritto all'autodeterminazione del popolo quebecchese e alla circostanza per la quale quest'ultimo potesse unilateralmente, tramite le proprie istituzioni

⁴⁶⁸ Tra gli elementi di valutazione si prevedevano 1) le dimensioni della maggioranza espressa tramite voti validi a favore della secessione; 2) la percentuale di affluenza alle urne; 3) ulteriori circostanze che potessero considerarsi rilevanti, tra cui le opinioni delle istituzioni provinciali, dei loro componenti e dei gruppi politici, quelle dei senatori nonché dei rappresentanti dei popoli indigeni residenti nella Provincia.

⁴⁶⁹ Fasone C., *Il parere della Corte suprema canadese sulla secessione del Quebec. Quali spunti per le odierne tensioni secessioniste in Europa?*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese...* op. cit., 41-42.

⁴⁷⁰ Taillon P., *De la clarté à l'arbitraire : Le contrôle de la question et des résultats référendaires par le parlement canadien*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 20/2014, 13 ss.

⁴⁷¹ Guénette D., Gagnon A.G., *From referendum to sécession – Québec's self-determination process and its lessons*, in Cagiao y Conde J., Gagnon A.G. (a cura di), *Federalism and Secession*, Losanna, 2021, 163-165. Tierney S., *Constitutional Referendums*, Oxford, 2012 nota inoltre come la Corte Suprema avesse affermato come la definizione della chiarezza del quesito dovesse essere affidata agli “attori politici”, senza con ciò intendere esclusivamente gli attori federali.

politiche e senza che vi fosse alcun dovere costituzionale di negoziazione, determinare «le modalità di esercizio del suo diritto di scegliere il suo regime politico e il suo status giuridico»⁴⁷², la legge stabiliva che, in caso di referendum, il 50% dei votanti più uno fosse la soglia sufficiente a considerare vittorioso quest'ultimo, in quanto idonea a soddisfare il requisito di chiarezza previsto nella *Reference* della Corte Suprema.

Da quanto appena descritto è possibile dunque desumere come entrambe le *parti* avessero accolto con favore la pronuncia. Tuttavia, l'adozione di due atti legislativi tra loro inconciliabili – in quanto frutto di due interpretazioni parimenti inconciliabili della pronuncia medesima – costituiva la prova tangibile di un sostanziale dissenso in merito ai requisiti utili a consentire eventualmente al Québec di accedere legittimamente alla propria sovranità. Se tale incertezza si deve in parte anche all'equilibrismo mostrato dalla Corte nel suo giudizio di *Reference*, ad esso va riconosciuto il merito di aver condotto sul piano politico a una pacificazione dei rapporti⁴⁷³, scongiurando la convocazione di nuovi referendum e contribuendo a condurre la posizione della Provincia francofona verso un nazionalismo di matrice non prettamente secessionista.

7. *Laïcité de l'État* e tutela della francofonia: le attuali coordinate del nazionalismo québécois

7.1 Una mozione simbolica e i suoi epigoni

«*Que cette Chambre reconnaisse quel les quebecoise e les Quebecois forment une nation au sein d'un Canada uni*»⁴⁷⁴. Queste parole, contenute nella mozione approvata a larga maggioranza⁴⁷⁵ dalla Camera dei Comuni il 27 novembre 2006 su proposta del Primo Ministro Harper, costituivano l'esito, dopo anni di stasi, di un rinnovato dialogo tra la Federazione e il Québec.

La mozione *de qua* rappresentava peraltro la risposta federale a una parallela proposta proveniente dal *Bloc Québécois* – partito independentista a livello federale – che chiedeva, a sua volta, il riconoscimento dei *Québécois* come Nazione, senza tuttavia alcun riferimento all'unità del Canada. In tal senso, la scelta di Harper fu vista come un modo per disinnescare il potenziale riaccendersi degli spiriti secessionisti della *Belle Province*.

Una mossa che, al di là dei dubbi sorti all'indomani dell'approvazione della mozione in merito alla sua opportunità politica nonché delle diverse interpretazioni a livello politico e dottrinale succedutesi in merito al concetto di nazione e al valore giuridico della mozione

⁴⁷² Art. 3.

⁴⁷³ Fasone C., *Il parere della Corte suprema...* op. cit., 59.

⁴⁷⁴ Risoluzione del 27 novembre 2006, par 265 Debats de la Chambre des communes, 39° parl, 1 re sess, vol. 141, n° 84 22 novembre 2006 5197. Mathiue C., Tailoon P., *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in *McGill Law Journal*, vol. 60, 4/2015, 781 fanno peraltro notare come ai sensi della mozione citata i cittadini, e non il Québec come entità politica, formino una nazione in un Canada unito.

⁴⁷⁵ La mozione fu approvata con 266 voti favorevoli e solo 16 contrari.

stessa⁴⁷⁶, si sarebbe rivelata oculata se si considera, da un lato, l'intervenuta votazione a favore anche da parte dell'inizialmente contrario *Bloc Québécois*, e dall'altro – e più significativamente per i fini che qui interessano – il contributo da essa fornito a una progressiva rimodulazione – testimoniata anche dal calo del consenso elettorale dei partiti spiccatamente separatisti⁴⁷⁷ – in chiave identitaria piuttosto che indipendentista del nazionalismo quebecchese.

Venendo infatti agli anni recenti, i rapporti Québec-*Rest of Canada* possono considerarsi, infatti, dominati dalla dialettica – risalente agli anni della già citata Rivoluzione Tranquilla e da allora sempre caratterizzante la storia costituzionale canadese – tra il modello multiculturale brandito dalla Federazione e quello interculturale quebecchese, declinata tuttavia *within Canada's Constitution*.

Riservandoci di approfondire in una fase successiva di tale studio il multiculturalismo pan-canadese, può ora risultare utile spendere alcune parole sul concetto di interculturalismo fatto proprio dalla Provincia francofona, in quanto basato su un concetto di nazione minoritaria in contrasto, appunto, con la visione multiculturale promossa da Ottawa.

A partire dalla seconda metà del XX secolo, a fronte di una nuova visione del Canada quale società civica, bilingue e multiculturale, il processo di riconfigurazione identitaria, sociale e politica promosso dalla Rivoluzione Tranquilla conduceva il Québec a sviluppare un regime di cittadinanza interculturale⁴⁷⁸, rafforzando l'idea di rappresentare una nazione minoritaria francofona da differenziare dalla comunità politica canadese nel suo complesso⁴⁷⁹.

Radicato anch'esso nella filosofia del pluralismo, l'approccio interculturale si differenzia(va) rispetto al multiculturalismo in quanto, 1) al rifiuto di approcci assimilazionisti 2) alla difesa di politiche di riconoscimento e 3) alla facilitazione di un'equa integrazione degli immigrati nelle società di accoglienza – tipiche altresì del multiculturalismo – affianca(va) una lettura dello Stato quale soggetto che, pur nel dirsi aperto nei confronti della diversità, mostrava un certo *favor* nei confronti delle preferenze della maggioranza culturale, a sua volta nazione minoritaria, come nel caso del Québec⁴⁸⁰.

7.2 (Segue) Il *Bill 21* e il *Bill 96* per una rinnovata “distintività” quebecchese

⁴⁷⁶ Passaniti G., *Il Québec è una “nazione”: un passo verso la “riconciliazione” o la secessione?*, in *federalismi.it*, 2/ 2017, 1 ss.; Martinico G., *[I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i québécois come Nazione all'interno del Canada unito](#)*, in *Cronache – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 30 gennaio 2007.

⁴⁷⁷ Frosina L., *Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2017, 10.

⁴⁷⁸ Gagnon A.G., *Plaidoyer pour l'interculturalisme*, in *Possibles* 24, vol. 24, 4/2000, 11-25; Mathieu F., *Interculturalism and the Fair Management of Diversity in Multinational Democracies: The Contribution of Quebec-Canada Dynamics*, in Abu-Laban Y., Gagnon A.G., Tremblay A. (a cura di), *Assessing Multiculturalism in Global Comparative Perspective*, Londra, 2023, 153-169.

⁴⁷⁹ Gagnon A.G., Iacovino R., *Federalism, Citizenship and Quebec*, Toronto, 2006.

⁴⁸⁰ Mathieu F., Hart A., *Representations of the Quebec nation through reactions to Bills 21 and 96: an analysis of editorials and Op-eds in English-language media*, in *Frontiers in Political Science*, 6/2024, 2-3.

Si spiega in tal modo la scelta degli attori politici quebecchesi, soprattutto dopo il referendum del 1995, di approfondire i propri sforzi verso la tutela dell'identità della Provincia e dei suoi valori fondamentali.

Si consideri, ad esempio, l'istituzione nel 2007, per volontà del Governo quebecchese, in immediata reazione alla celebre sentenza *Multani*⁴⁸¹ – simbolo dell'approccio multiculturale canadese in relazione al porto dei simboli religiosi –, della *Commission Bouchard-Taylor sur les accommodements raisonnables au Québec*⁴⁸² con l'incarico di rispondere alle crescenti tensioni pubbliche riguardanti appunto la *reasonable accommodation*⁴⁸³ di gruppi minoritari etno-culturali e religiosi – principalmente musulmani, sikh e ebrei – da parte della popolazione a maggioranza franco-canadese; nonché le numerose iniziative legislative susseguites in tema di *laïcité*, proprio a partire dal rapporto finale della Commissione citata, tra le quali⁴⁸⁴ può essere utile richiamare 1) il tentativo, fallito, di introdurre nel 2013 la *Charte des valeurs québécoises*, comprensiva del divieto per tutti gli impiegati pubblici di indossare in modo ostentato simboli religiosi⁴⁸⁵, 2) l'avvenuta adozione della *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État* (Bill 62), tuttavia immediatamente impugnata e dichiarata incostituzionale per violazione del diritto alla libertà religiosa ai sensi della sec. 2 della Carta dei diritti e dell'art. 3 della *Charte des droits et libertés de la personne*, e da ultima, 3) l'adozione nel 2019 della *Loi sur la laïcité de l'État*, protetta in questo caso, tramite l'attivazione della già citata *notwithstanding clause*, da ogni iniziativa giurisprudenziale avversa.

Tale ultimo atto legislativo (noto come *Bill 21*) più di tutti rappresenta l'esempio del rinnovato approccio identitario del nazionalismo quebecchese. Ispirata a un concetto repubblicano di laicità alla francese⁴⁸⁶, la legge vieta l'esposizione da parte dei dipendenti pubblici – intesi tuttavia in senso ampio⁴⁸⁷ – di simboli religiosi vistosi (c.d. norma anti-burqua), estendendo il divieto altresì all'utente beneficiario del servizio pubblico qualora ciò sia necessario per la verifica della sua identità o per ragioni di sicurezza. Per taluni funzionari

⁴⁸¹ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

⁴⁸² Cfr. Bouchard G., C. Taylor C., [Building the future. A Time for Reconciliation](#), Québec, 2008.

⁴⁸³ Sul concetto di *reasonable accommodation* inteso quale conseguenza giuridica dell'introduzione del multiculturalismo come criterio ermeneutico delle disposizioni della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali del 1982 cfr. Piciocchi C., *L'interculturalismo nel diritto costituzionale. Una storia di parole*, in *DPCE Online*, 2/2019, 1297 ss. Cfr. altresì Dicosola M., *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del duty of accommodation*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 135 ss.

⁴⁸⁴ Tra i progetti di legge introdotti nell'Assemblea legislativa quebecchese sul punto si segnalano il Bill 195 (*Loi sur l'identité québécoise*) del 2007, il Bill 391 (*Loi visant à affirmer les valeurs fondamentales de la nation québécoise*) del 2009; il Bill 94 (*Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*) del 2010.

⁴⁸⁵ Sulla Carta dei valori quebecchese cfr. Olivetti M., *Una «Carta dei valori» per il Québec?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2013, 990 ss.

⁴⁸⁶ Sul punto cfr. Mathieu F., Laforest G., *Uncovering National Nexus's Representations: The Case of Québec*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, vol. 16, 3/2016, 378 ss.

⁴⁸⁷ Vengono infatti inclusi i dipendenti dei datori di lavoro che beneficiano di finanziamenti da parte della Provincia.

pubblici, identificati come titolari di una posizione di autorità⁴⁸⁸, la legge prevede, inoltre, il divieto di recare con sé oggetti che possano essere ragionevolmente considerati espressione di un'appartenenza religiosa o che possano assumere tale significato soggettivamente per la persona interessata⁴⁸⁹.

Ecco che, in una simile volontà di porre una chiara linea di demarcazione tra sfera religiosa e dimensione pubblica, possono ritrovarsi gli echi della Rivoluzione Tranquilla e del movimento di profonda secolarizzazione che di essa aveva costituito la quintessenza. Non deve pertanto stupire come la legge, al momento della sua presentazione, sia stata definita come uno strumento di costruzione della nazione quebecchese, tesa a favorire l'integrazione dei nuovi arrivati e delle minoranze all'interno della cultura pubblica e delle istituzioni comuni francofone.

Qualora ciò non bastasse, emblematiche paiono le parole pronunciate il 29 febbraio 2024 dal Primo Ministro quebecchese Legault il quale, nel commentare la decisione con cui la Corte d'Appello del Québec⁴⁹⁰ ha ritenuto compatibile con la sec. 23 della Carta dei diritti il divieto imposto ai sensi del Bill 21 ai consigli scolastici di lingua inglese di assumere insegnanti che indossano simboli religiosi⁴⁹¹, ha definito la pronuncia del giudice d'appello «*une belle victoire pour la nation québécoise*»⁴⁹².

Tramite il caleidoscopio di un rinnovato nazionalismo identitario del Québec può altresì leggersi l'adozione, nel giugno del 2022, della *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français* (noto come *Bill 96*) che, nel modificare la già citata *Charte de la langue française* del 1977 (Bill 101), ritenuta uno dei più importanti atti legislativi mai prodotti per l'edificazione della nazione quebecchese⁴⁹³, ha sancito il francese come unica lingua ufficiale e comune del Québec rafforzandone lo status in tutte le sfere della società, con l'attivazione anche in questo (e non a) caso della *notwithstanding clause*. La legge si distingue per unire la previsione di misure tese a promuovere l'uso del francese nell'educazione, nei luoghi di lavoro e nella sfera pubblica a una particolare enfasi sull'affermazione del francese come lingua principale di comunicazione per le persone che vivono nella Provincia francofona. Accanto a ciò, può essere utile richiamare, ancora, come la legge in esame intensifichi i requisiti linguistici di conoscenza e uso del francese nella sfera economica-commerciale, nei servizi governativi e nella materia dell'immigrazione, adottando come ratio ispiratrice l'obiettivo di preservare e promuovere la lingua e la cultura

⁴⁸⁸ Tra i funzionari pubblici elencati rientrano poliziotti, giudici, guardie carcerarie, il Presidente e il Vicepresidente dell'Assemblea parlamentare, il Ministro della Giustizia, il Procuratore Generale, direttori e insegnanti nelle scuole.

⁴⁸⁹ Strazzari D., *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata*, Napoli, 2020, 339-340.

⁴⁹⁰ [*Constitutionnalité de la Loi sur la laïcité de l'État*](#).

⁴⁹¹ Come noto la *notwithstanding clause* può operare solo a limitazione dei diritti previsti dalla sec. 2 o dalle secs. da 7 a 15 della Carta dei diritti, venendo da tale novero esclusi i diritti linguistici e il diritto all'educazione nelle lingue minoritarie.

⁴⁹² [*La Presse, «Une belle victoire pour la nation québécoise», dit Legault*](#)

⁴⁹³ Così Poirier É., *La charte de la langue française. Ce qu'il reste de la Loi 101 quarante ans après son adoption*, Québec, 2016.

francofona in Québec.

Particolarmente significativo pare inoltre l'art. 159 della legge *de qua*, il quale prevede la modifica della sec. 90 del *Constitution Act* del 1867, introducendo la sec. 90 Q.1 secondo cui «*Quebecers form a nation*» e la sec. 90 Q.2. secondo cui «*French shall be the only official language of Quebec. It is also the common language of the Quebec nation.*», accendendo peraltro il dibattito in dottrina circa la legittimità di una tale modifica unilaterale del testo costituzionale tramite il ricorso alla sec. 45 del *Constitution Act* del 1982, facoltizzante emendamenti da parte di qualsiasi legislatore provinciale tesi a modificare «*the constitution of the province*»⁴⁹⁴.

Venendo alle conclusioni, è forse possibile affermare come tanto il Bill 21 quanto il Bill 96, entrambi – lo si rammenta – “assistiti” dalla *notwithstanding clause*, rappresentino nella maniera più emblematica lo specchio di una dialettica Québec-Rest of Canada che, sebbene paia lontana (almeno per ora) da un lessico secessionista, non è tuttavia scevra da elementi di criticità, basati oggi sul contrasto tra la visione identitaria pan-canadese ben incorporata nella Carta dei diritti e delle libertà del 1982, da un lato, e la continua ricerca di affermazione quale “*société distincte*” che accompagna invece la Provincia francofona sin dalle vicende del suo passato coloniale, dall'altro.

Una dialettica che non smette di ricordare all'osservatore come il Canada resti ancora – per usare le parole di attenta dottrina – «un ordinamento in bilico fra due culture»⁴⁹⁵.

SEZIONE II

LA COMPOSIZIONE PLURALISTICA DI UNA CORTE (DIVENUTA) COSTITUZIONALE

1. Note preliminari

Nella sezione precedente si è tentato di ricostruire le principali tappe della storia costituzionale canadese adottando come prisma di osservazione l'articolarsi e l'evolversi dei rapporti tra i due c.d. popoli fondatori. Uno studio che si prefigga di individuare il legame tra l'architettura costituzionale canadese e la pluralistica composizione della Corte Suprema all'apice e a tutela di questa architettura posta, non può che adottare il medesimo approccio metodologico per l'analisi della Corte medesima. La consapevolezza di trovarsi dinanzi a un organo che ha visto il proprio ruolo essere attraversato da significative trasformazioni dal momento della sua introduzione, passando faticosamente – come si vedrà – dalla funzione

⁴⁹⁴ Per una critica verso la modifica unilaterale del Constitution Act del 1967 prevista nella *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français* cfr. Macfarlane E., *Provincial Constitutions, the Amending Formula, and Unilateral Amendments to the Constitution of Canada: An Analysis of Quebec's Bill 96*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 60, 3/2023, 655 ss.

⁴⁹⁵ Così Ceccherini E., *La diarchia Quebec...* op. cit., 155.

di “arbitro” dell’assetto federale dello Stato⁴⁹⁶ a quella di giudice costituzionale *tout court*, non cancella l’utilità di uno sforzo teso a dimostrare come l’istituzione e – congiuntamente – la particolare composizione della Corte non sfuggano alla diarchia anglo-francofona prima ricostruita, rappresentandone invece una delle più rilevanti espressioni.

2. *A general court of appeal for Canada*: la “prudenza” del costituente

Quando si è discusso delle origini del BNAA si è fatto riferimento a come l’opzione dell’Unione federale fosse emersa nel dibattito costituente come elemento ineludibile per la futura nascita del *Dominion*. Si è altresì sottolineato come a una lettura del *Constitution Act* del 1867 quale patto tra popoli fondatori se ne potesse affiancare un’altra che, valorizzando lo sforzo compiuto dai delegati provinciali nella stesura delle più volte richiamate settantadue risoluzioni di Québec, privilegiava appunto il ruolo fondamentale esercitato dalle Province nell’adozione dell’atto.

Si tratta evidentemente di due letture non in rapporto di reciproca esclusione.

Se infatti risulta intuitivo comprendere le ragioni che avevano condotto il Québec a farsi vivo sostenitore di un sistema federale caratterizzato da una forte autonomia delle Province, una chiara conferma la si può rinvenire altresì nel contenuto stesso del BNAA che, se da un lato si caratterizza(va) per alcune disposizioni – *supra* richiamate – tese ad assicurare una tutela, per così dire, asimmetrica della posizione costituzionale del Québec all’interno della neonata Unione federale, dall’altro, trova(va) nel riparto delle competenze legislative basato soprattutto⁴⁹⁷ su una doppia lista di materie assegnate rispettivamente alla potestà esclusiva della Federazione⁴⁹⁸ e delle Province⁴⁹⁹ il suo elemento cardine⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Sul ruolo della Corte suprema canadese come giudice del riparto di competenze tra stato federale e province, si vedano: Swinton K., *Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada*, in *Law and Contemporary Problems*, 1/1992, 121-146; Weiler P.C., *The Supreme Court of Canada and the Canadian Federalism*, in *Osgoode Law Journal*, vol. 11, 2/1973, 225-251.

⁴⁹⁷ Il BNAA prevede, infatti, altresì materie concorrenti tra i livelli di Governo e una duplice potestà legislativa, rispettivamente federale e provinciale, riconducibile a due clausole generali quali la *Peace, order and good government* e la *Local matters*. Da ultimo è prevista una competenza residuale a favore della Federazione nelle materie non enumerate tra quelle provinciali. Secondo la *POGG clause (Peace, Order and Good Government)* il Parlamento federale è dotato di poteri legislativi addizionali in materie non incluse nella lista di quelle attribuite all’esclusiva competenza federale ai sensi della sec. 91, purché – parimenti – non previste espressamente nell’elenco delle materie riservate all’esclusiva competenza provinciale. La *Local matters clause* prevede, invece, alla sec. 92.16, la competenza dei legislatori provinciali su tutte le materie «*of a merely local or private Nature in the Province*».

⁴⁹⁸ Sec. 91 BNAA.

⁴⁹⁹ Sec. 92 BNAA.

⁵⁰⁰ Può giovare segnalare, secondo quanto riportato da Smiley D.V., *Canada in question: federalism in the seventies*, Toronto, 1976, 3, come in uno studio del 1939 svolto per conto della *Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, D. Creighton affermò che le competenze legislative erano state attribuite alla Federazione o alle Province distinguendo le attività «*associated with land*» da quelle «*associated with commerce*». Nel *Report della Quebec Royal Commission on constitutional problems* del 1956 si sostiene, invece, come alle Province siano rimaste le competenze legislative corrispondenti agli interessi e alle tradizioni più forti all’interno delle comunità di lingua inglese e francese. Pitino A., *Il federalismo canadese e i «limiti ragionevoli» in una free and democratic society*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent’anni dalla...op. cit.*, 137 segnala inoltre come, rappresentando il BNAA la sintesi tra la posizione dell’Ontario – più favorevole alla

Dinanzi a questo quadro, ben si spiegano le ragioni per le quali fosse presente nei dibattiti svolti in sede costituente la questione relativa alla creazione di una Corte che fosse incaricata, da un lato, di favorire l'unificazione giuridica del Paese consentendo la formazione di un diritto federale valido per l'intera nazione e al cui interno potessero coesistere il *common law* e il *civil law*, e dall'altro, di garantire la risoluzione delle controversie costituzionali eventualmente emergenti tra autorità federale e autorità provinciali sul riparto di competenze legislative così come disegnato dal BNAA⁵⁰¹.

Tuttavia, i *Fathers of Confederation* si accontentarono di prevedere semplicemente la possibilità di creare una Corte di questo tipo, lasciando che fosse il Parlamento federale, in un secondo momento, a prendere in considerazione una simile decisione⁵⁰². A questo proposito, nella sec. 101 del BNAA si prevedeva che «*The Parliament of Canada may [...] provide for the constitution, maintenance and organization of a General Court of Appeal for Canada*» senza che alcuna indicazione emergesse in merito ai membri della Corte, alle modalità di selezione di questi ultimi nonché alla competenza della Corte stessa.

La “prudenza” – per così dire – del costituente si riconduceva a due ordini di ragioni.

La prima, di carattere “esogeno”, era legata alla circostanza per la quale il sistema giuridico delle colonie canadesi già conosceva una giurisdizione finale di appello: il già citato *Privy Council* britannico. Esclusa qualsiasi ipotesi relativa all'eliminazione della possibilità di ricorrere alla Corte londinese contro le decisioni delle Corti provinciali, l'istituzione di una Corte d'appello canadese veniva, infatti, vista come un ultroneo – anche in termini di costi – passaggio intermedio per le parti delle controversie⁵⁰³.

La seconda era invece dovuta a elementi più di carattere “endogeno” e sui quali qui interessa soffermarsi con maggiore attenzione, in quanto legati a doppio filo con le riflessioni svolte nella sezione precedente.

L'elemento più controverso in merito all'istituzione di una Corte generale d'appello per il Canada riguardava, infatti, le conseguenze uniformatrici del diritto canadese che la giurisprudenza della stessa avrebbe potuto recare con sé. In particolare, la circostanza per la

nascita di uno Stato unitario – e quella del Québec – sostenitore invece di un sistema federale caratterizzato da una forte autonomia provinciale –, non sia un caso che la parte più importante dell'atto costituzionale riguardi la distribuzione delle competenze legislative tra la Federazione e le Province e dei poteri tra gli organi costituzionali dello Stato.

⁵⁰¹ Rolla G., *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1996, 200-201.

⁵⁰² Cfr. *Parliamentary Debates on...* op. cit., 41 in cui Sir John Macdonald così si esprimeva: «... it was thought wise and expedient to put into the constitution a power to the General Legislature, that, if after full consideration they think it advisable to establish a General Court of Appeal from all the Superior Courts of all the provinces, they may do so». Si veda altresì quanto affermato da George E. Cartier, il quale considerava l'istituzione di tale Corte come elemento fondamentale per la neonata unione: «Accordingly, when we have lived some years under the Federal regime, the urgent need of such a Court of Appeal with jurisdiction in such matters will be felt, and, if it is created, it will be fit that its jurisdiction should extend to civil causes which might arise in the several Confederate Provinces, because it will necessarily be composed of the most eminent judges in the different provinces, of the jurists whose reputation stands highest, of men, in short, profoundly skilled in the jurisprudence of each of the provinces which they will respectively represent». Ibid., 576.

⁵⁰³ Cfr., ad esempio, il discorso di Henri E. Taschereau, *Parliamentary Debates on...* op. cit., 896. Va inoltre ricordato come l'Ontario e il Québec avessero già corti d'appello provinciali.

quale, dinanzi a un ricorso proveniente da una corte provinciale su una questione di diritto provinciale, la Corte potesse introdurre tramite il suo *decisum* misure di uniformità nei sistemi giuridici provinciali incontrava la ferma opposizione dei rappresentanti francofoni. Più nello specifico, la previsione secondo cui le sentenze riguardanti il codice civile quebecchese, rese da giudici provinciali che si erano formati e avevano esercitato la professione nell'ambito del sistema giuridico di tradizione romanistica, potessero essere ribaltate da una Corte d'appello composta solo in minoranza da giudici esperti del sistema di *civil law* quebecchese avrebbe dato luogo a un meccanismo secondo cui – per usare le parole di Joseph Cauchon – «*those same laws would be explained by men who would not understand them, and who would, involuntarily perhaps, graft English jurisprudence upon a French code of laws*»⁵⁰⁴.

Forti erano, dunque, le preoccupazioni nei confronti dell'istituzione di una Corte che, composta in prevalenza da giuristi di *common law*, sarebbe stata investita del potere di controllo sul diritto civile di derivazione francese⁵⁰⁵.

Una simile diffidenza verso l'affidare a giudici di tradizione britannica l'interpretazione del *Code civil du Bas-Canada* non era peraltro legata esclusivamente a ragioni esclusivamente giuridiche. Posta infatti l'asserita contrarietà ma, al contempo, inevitabilità della giurisdizione di ultima istanza del *Privy Council* – unita a un certo grado di deferenza professionale nei confronti dei giuristi che del *Privy Council* stesso facevano parte⁵⁰⁶ –, le remore dei delegati francofoni si legavano altresì a una lettura del sistema di *civil law* come elemento cardine della distintività culturale del Québec, come tale richiedente la presenza di attori giurisdizionali ben consapevoli dei metodi giurisprudenziali e dei valori sociali di quella cultura caratteristici⁵⁰⁷.

Alla luce di quanto detto possono ben comprendersi le ragioni e le difficoltà che il dibattito costituente ha incontrato nel prevedere una Corte Suprema per il neonato *Dominion* canadese. Difficoltà che, peraltro, hanno avuto modo di perpetrarsi anche negli anni immediatamente successivi all'adozione del BNAA, vedendo il primo governo federale Macdonald fallire nel duplice tentativo di istituire la Corte nel biennio 1869-1870, e il successivo governo Mackenzie riuscirvi nel 1875 solo a seguito di un'attenta opera di compromesso.

3. *An Act to Establish a Supreme Court, and a Court of the Exchequer, for the Dominion of Canada*: una Corte Suprema per il Canada...nel nome

⁵⁰⁴ *Parliamentary Debates on...* op. cit., 575.

⁵⁰⁵ Sulla scia di Cauchon si collocavano le riflessioni nel dibattito costituente di Antoine Dorion e Henri Tascherau. Cfr. *Parliamentary Debates on...* op. cit., 690, 896-897.

⁵⁰⁶ Si veda quanto affermato da Tascherau secondo cui “*Lower Canadians will assuredly be less satisfied with the decisions of a federal court of appeals than with those of her majesty's privy council*”. Cfr. *Parliamentary Debates on...* op. cit., 896-897.

⁵⁰⁷ Russell P.H., *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, Information Canada, 1969, 7-9.

«*The difficulties connected with establishing a Court satisfactory to the Province of Quebec was one of the great reasons that made me hesitate so long in presenting a measure for the establishment of the Supreme Court, which I twice submitted to the Parliament of Canada...*»⁵⁰⁸. Con queste parole, in un dibattito parlamentare del 1880, Macdonald ripercorreva le difficoltà incontrate un decennio prima nell'introdurre una legge istitutiva della Corte Suprema.

Tali difficoltà si legarono, in effetti, all'opposizione della Provincia francofona, contraria – come nel dibattito costituente – all'attribuzione a una Corte d'appello nazionale del potere di riformare le decisioni dei giudici quebecchesi in questioni di diritto civile.

A tali remore si affiancava inoltre l'insorgenza di alcuni dubbi relativamente alla competenza stessa del Parlamento federale di prevedere, ai sensi della sec. 101⁵⁰⁹, la possibilità di un ricorso avverso le decisioni delle corti provinciali in materie soggette alla competenza legislativa provinciale. Si sosteneva, infatti, come, in base al disposto della sec. 92.14 del BNAA, la decisione di concedere o meno il *right of appeal* in tali materie spettasse non alla Federazione quanto ai Legislativi provinciali⁵¹⁰.

Il riconoscimento di una giurisdizione d'appello a livello nazionale non fu peraltro l'unico terreno ove ebbe modo di manifestarsi – fruttuosamente – l'opposizione provinciale alle ambizioni di Macdonald relativamente all'istituzione della Corte Suprema.

Nel primo progetto da quest'ultimo presentato veniva, infatti, riconosciuta in capo alla Corte anche la giurisdizione originaria nelle aree ritenute di interesse federale. Tale previsione, letta come potenzialmente lesiva della giurisdizione delle corti provinciali data la preponderante importanza e pervasività che le questioni giuridiche federali parevano a quel tempo ricoprire all'interno del neoistituito ordinamento federale, incontrò infatti aspre critiche dal lato (peraltro non solo) quebecchese⁵¹¹.

Critiche che non vennero sopite nemmeno con la limitazione – ai sensi della seconda proposta presentata – di tale giurisdizione originaria ai soli casi relativi alle leggi tributarie federali, a quelli di estradizione e di *reference* di provenienza governativa⁵¹².

Se furono dunque queste le ragioni che determinarono l'incapacità di Macdonald nel conciliare le posizioni divergenti prima della caduta del suo Governo a seguito della sconfitta elettorale nel 1873, il testimone relativo all'introduzione di una legge sulla Corte Suprema veniva, questa volta con esiti positivi, raccolto – come già anticipato – dal successivo

⁵⁰⁸ [House of Commons Debates, 4th Parliament, 2nd Session : Vol. 1](#), 240.

⁵⁰⁹ È bene segnalare come la sec. 101 preveda la possibilità per il Parlamento federale di istituire anche «*any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada*».

⁵¹⁰ La questione fu giuridicamente risolta dal Privy Council a favore della Federazione solo nel 1908 ove venne stabilito che dinanzi a un conflitto tra legislazione federale e legislazione riguardante in materia di appello alla Corte Suprema prevalesse la prima. Cfr. *Crown Grain Co. v. Day* [1908] A.C.504. La Corte Suprema si era peraltro già pronunciata similmente sul punto in *Clarkson v. Ryan* (1890) 17 S.C.R. 251 e *Union Colliery Co. of B.C. v. A.-G. B.C.* (1897) 27 S.C.R. 637.

⁵¹¹ È importante segnalare ad esempio il voto di protesta contro la previsione della giurisdizione originaria della Corte Suprema formalmente presentato dalla Barristers' Society of New Brunswick con il sostegno altresì dell'allora Chief Justice del New Brunswick Ritchie. Cfr. Russell P.H., *The Supreme Court...* op. cit., 10-11

⁵¹² P.A.C., Macdonald Papers, Bill No. 48, ss. 47, 50, 51.

Governo Mackenzie.

L'8 aprile 1875 il Parlamento federale approvava il *Supreme and Exchequer Courts Act*, creando così una Corte Suprema composta da sei membri – un *Chief Justice* e cinque *Puisne Justices* – nominati dal *Governor in Council*.

L'atto legislativo rappresentava ancora una volta il frutto di un intenso lavoro del Governo federale teso a superare le ostilità del Québec.

Ponendosi nel solco delle proposte del Governo precedente, quanto qui giova segnalare del disegno di legge è come, ai sensi di quest'ultimo, il principale ruolo della Corte fosse quello di giurisdizione di appello con ampi poteri di revisione sulle corti provinciali. Nelle cause civili si prevedeva in capo alla Corte la giurisdizione di appello su tutti i giudizi finali resi delle corti di massima istanza delle Province. Venendo però incontro alle istanze quebecchesi, si prevedeva una soglia di 2000 dollari come valore monetario della materia del contendere, al di sotto della quale la Corte non si sarebbe potuta pronunciare in appello⁵¹³.

Il disegno di legge mirava, poi, ad affidare alla Corte Suprema la giurisdizione originaria nei casi riguardanti l'interpretazione del BNAA, in modo da evitare che le questioni di diritto costituzionale fossero giudicate dalle corti provinciali prima di giungere alla Corte Suprema. Forte era, a questo proposito, la volontà di scongiurare eventuali violazioni del BNAA da parte dei legislatori provinciali.

Permanendo, tuttavia, dubbi sulla effettiva competenza in capo al Parlamento federale, ai sensi della sec. 101, di affidare alla Corte Suprema un potere giurisdizionale esclusivo in questioni di diritto costituzionale, si decise di prevedere – in parte riprendendo la seconda proposta di Macdonald – lo strumento del *reference* da richiedere alla Corte da parte del Governo federale, e che la Corte avrebbe reso in forma di parere e non di sentenza, così evitando le possibili criticità costituzionali relative al conferimento in via legislativa di una competenza giurisdizione federale originaria in tale ambito⁵¹⁴.

Riguardo poi i rapporti centro-periferia, le controversie tra il *Dominion* e una Provincia o tra due o più Province venivano affidate alla giurisdizione della *Exchequer Court* e, in appello, alla Corte Suprema.

Se quanto da ultimo richiamato trovò una relativamente facile approvazione in sede

⁵¹³ Bushnell I., *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal, 1992, 14; Snell J.G., Vaughan F., *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, 1985, 7-8. Era previsto inoltre l'appello *per saltum* dalla corte di giurisdizione originaria qualora le parti fossero d'accordo. Nei casi penali o di estradizione il progetto di legge prevedeva la possibilità di appellare una sentenza di una corte provinciale di condanna o in cui era stata rifiutata una richiesta di habeas corpus qualora la corte stessa non si fosse pronunciata all'unanimità. Era prevista la giurisdizione concorrente con le corti provinciali per l'emanazione degli writs of habeas corpus. Ancora, la Corte operava come Exchequer Court con giurisdizione originaria nei casi riguardanti leggi tributarie federali o quelli nei quali il Dominion fosse parte. Solo nel 1887 l'Exchequer Court divenne un organo separato dalla Corte Suprema.

⁵¹⁴ Va peraltro segnalato come che la sec 52 del *Supreme Court Act*, 1875 prevedesse – strategicamente – l'applicabilità dell'istituto del *reference* non in merito, nello specifico, a “constitutional questions” come previsto nel secondo progetto di Macdonald, bensì più genericamente a “any matters whatsoever”. Cfr. Russell P.H., *The Supreme Court...* op. cit., 12.

parlamentare, difficoltà si incontrarono – come prevedibile – in merito al riconoscimento in capo all’istituenda Corte Suprema del potere di rivedere le decisioni pronunciate in materia di diritto civile dalle corti provinciali del Québec. L’opposizione⁵¹⁵ alla scelta – usando le parole criticamente espresse da L.F.G. Baby – «*of submitting the laws relating to property, to civil rights and civil procedure in the Province of Quebec, the causes and the fate of citizens of that Province to judges, who, for the most part are strangers to their language, their manners, their usages, and their customs, to the origin of their codes and to the numerous commentators thereon, and to the practice of their Courts*»⁵¹⁶ venne, tuttavia, questa volta superata accogliendo l’emendamento alla sec. 4 proposto da T.A.R. Laflamme, ai sensi del quale, con riferimento ai membri della Corte, si prevedeva che «*Two of whom at least shall be taken from the Judges of the Superior Court or Court of Queen’s Bench, or from amongst the Barristers or Advocates of the Province of Quebec*»⁵¹⁷.

Alla questione – solo apparentemente risolta⁵¹⁸ – relativa alla composizione pluralistica del collegio di Ottawa, se ne affiancava – per certi versi intersecandola – un’altra, parimenti spinosa: l’eventualità di porre fine alla possibilità di ricorrere in ultima istanza al *Privy Council*.

Si è già detto come una simile opzione fosse stata esclusa dai costituenti del BNAA. In sede di approvazione del *Supreme Court Act*, invece, non mancarono alcune voci che – anche con un certo spirito nazionalista – individuavano nella Corte Suprema un’alternativa più valida rispetto al *Privy Council* per ragioni sia economiche e sia legate alla presenza nel consesso decidente di giuristi quebecchesi⁵¹⁹. A tali posizioni, che a loro sostegno recavano altresì le evidenze di una giurisprudenza del *Privy Council* non scevra dal ribaltare decisioni delle corti quebecchesi in materia di *civil law* anche rese all’unanimità, si contrapponeva, anche da parte francofona, la volontà di conservare la giurisdizione d’appello di Londra, ritenuta, secondo alcuni, maggiormente capace di proteggere i diritti e le rivendicazioni del Québec, anche in virtù della riconosciuta competenza tanto in termini linguistici che giuridici dei giuristi britannici⁵²⁰.

⁵¹⁵ Su alcuni degli emendamenti proposti tesi a salvaguardare al specificità del Québec sino a spingersi, in alcuni casi, all’eliminazione di ogni possibilità di proporre appello alla Corte suprema in questioni di diritto provinciale cfr. quanto affermato da T.A.R. Laflamme (937), H. Taschereau (969); J.-A. Ouimet (941-942) in [House of Commons Debates, 3rd Parliament, 2nd Session: Vol. 1.](#)

⁵¹⁶ *Ibid.*, 922.

⁵¹⁷ *Ibid.*, 970.

⁵¹⁸ Come avrà modo di vedersi nel successivo paragrafo, l’opposizione quebecchese avverso una simile composizione della Corte continuò anche a seguito dell’istituzione della Corte.

⁵¹⁹ Cfr. Quanto affermato da T.A.R. Laflamme secondo cui “*We are preparing for the future. We have formed laws which meet our wants and which suit our peculiar circumstances, and those laws were not and could not be the same as those of England; and on a question of interpretation, the judicial atmosphere in which the English Judges lived was different from that in which dwelt the Judges who were born and brought up in Canada and were acquainted with the wants of this country*”. *Ibid.*, 936. O ancora quanto sostenuto da J. Langlois il quale sosteneva come a fronte di un ricorso dal costo di 1000 dollari dinanzi alla Corte Suprema, le spese minime per l’appello dinanzi al *Privy Council* si attestassero intorno ai 4000 dollari. Cfr. *Ibid.*, 936, 933.

⁵²⁰ L.F.G. Baby parla in particolare del *Judicial Committee* come un organo composto da uomini “*acquainted, in general, with English and French languages, as also with the laws and institutions of England and France*”.

Al di là di una lettura interrelata tra il dualismo anglo-francofono e l'abolizione della giurisdizione del *Privy Council* – da relativizzare in parte se si considera la forte volontà dei conservatori di Macdonald di conservare la giurisdizione d'appello a Londra quale strumento per mantenere il legame con l'Impero – quanto qui più interessa richiamare è l'approvazione – nel suo carattere come si vedrà paradossale – dell'emendamento proposto da Irving e incorporato nel *Supreme Court Act* nella celebre *clause 47*. Secondo quest'ultima «*The judgment of the Supreme Court shall in all cases be final and conclusive, and no error or appeal shall be brought from any judgment or order of the Supreme Court to any court of appeal established by the Parliament of Great Britain and Ireland, to which appeals or petitions to Her Majesty in Council may be ordered to be heard, saving any right which Her Majesty may be graciously pleased to exercise as her royal prerogative*». Nonostante l'animato dibattito sviluppatosi attorno a tale clausola, immediatamente dopo la sua approvazione apparve sin da subito chiaro come il riconoscimento del carattere finale e conclusivo ai giudizi della Corte Suprema fosse in realtà privo di alcun significato giuridico nei rapporti con Londra. Il carattere preminente della *royal prerogative*, da un lato, e l'impossibilità di inquadrare il *Judicial Committee of Privy Council* come *court of appeal established by the Parliament of Great Britain and Ireland*, dall'altro, non alterava di fatto in alcun modo la possibilità di ricorrere in ultima istanza ai giudici britannici⁵²¹.

Nasceva così nel 1875 una Corte solo nel nome *Suprema* e pronta invece a vivere negli anni successivi un lungo periodo di “adolescenza”⁵²² sotto l'ombra del Consiglio Privato della Corona.

4. 1875-1949: da *Captive Court* a Corte Suprema...nei fatti

«*Constitutional questions cannot be finally determined in this Court. They never have been and can never be under the present system*»⁵²³. Queste parole, pronunciate dal justice Taschereau nella sentenza *The Attorney General (Canada) v. The Attorney General of the Province of Ontario* del 1894 risultano più che emblematiche nel rappresentare i caratteri – e i limiti – di una Corte che autorevole dottrina non ha esitato a definire, con un certo grado di efficacia, *captive*⁵²⁴. In effetti, l'epiteto di Corte prigioniera ben si confà a un consenso

Cfr. altresì quanto sostenuto da J.A. Mousseau che, nel comparare il *Judicial Committee* alla Corte Suprema, si riferisce a quest'ultima come meno abile, meno capace e soprattutto meno imparziale rispetto al primo. Cfr. *Ibid.*, 923-924.

⁵²¹ Sulla *clause 47* cfr. MacKinnon F., *The Establishment of the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Historical Review*, vol. 7, 3/1946, 262 ss; Underhill F.H., *Edward Blake, the Supreme Court and the Appeal to the Privy Council*, in *The Canadian Historical Review*, vol. 19, 3/1938, 260.

⁵²² In questi termini si esprime Rolla G., *La giustizia costituzionale...* op. cit., 202, ma anche Russell P.H., *The Political Role of the Supreme Court in Its First Century*, in *Canadian Bar Review*, vol. 53, 3/1975, 578.

⁵²³ [The Attorney General \(Canada\) v. The Attorney General of the Province of Ontario](#), (1894) 23 S.C.R. 458, 472.

⁵²⁴ Il riferimento è a Bushnell I., *The Captive Court...* op. cit., 1992, ma si veda altresì quanto affermato da Laskin B., *The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians*, in *The Canadian Bar Review*, vol. 29, 10/1951, 1075 che, con riferimento alla Corte, sostiene: «*It has far too long been a captive court...*»,

ampiamente limitato nella propria azione nel periodo successivo alla sua istituzione.

Per i fini che qui interessano, può, tuttavia, risultare utile ricondurre o – se si vuole – contestualizzare la debolezza e la subordinazione rispetto al *Privy Council* della Corte Suprema canadese alle ostilità ancora una volta manifestate nei confronti di quest'ultima da parte della componente *québécoise* del *Dominion* e, più nello specifico, alle remore mostrate da alcuni giuristi e politici francofoni in merito alla giurisdizione della Corte sulle questioni relative al *civil law* della *Belle Province*.

Risale infatti già al 1881 l'introduzione da parte di Auguste Landry – membro della Camera dei Comuni originario di Québec City – di un progetto di legge teso ad abolire la Corte Suprema⁵²⁵. Coeva è altresì la proposta presentata da Désiré Girouard – sempre francofono – relativa all'eliminazione della giurisdizione della Corte nelle materie di esclusiva competenza legislativa provinciale.

Giova peraltro segnalare come, accanto ai “tradizionali” timori relativi alla limitata competenza della Corte in materia di *civil law*, se ne aggiungesse un ulteriore legato specificamente alle difficoltà linguistiche incontrate dagli avvocati quebecchesi nel comparire dinanzi a una Corte composta da soli due membri francofoni⁵²⁶ – circostanza quest'ultima da taluni elevata a fattore lesivo dell'originario patto costituzionale tra i due popoli fondatori⁵²⁷.

Furono dunque questi i fattori che alimentarono, negli anni successivi, la presentazione di una serie di progetti di legge tutti generalmente tesi ad abolire la giurisdizione di appello della *Supreme Court* nelle questioni giuridiche provinciali, alla luce di un radicato sentimento di avversione a un consesso ritenuto estraneo, in linea di principio, alla tradizione del diritto civile quebecchese⁵²⁸.

Un clima di “diffidenza”, quello appena richiamato, che ebbe modo di perpetrarsi lungo i primi decenni di vita della Corte e che di certo aiuta a spiegare il rinvio da parte del Canada di qualsiasi proposta o dibattito che mirasse all'abolizione della giurisdizione del *Privy Council*, condannando la prima a una «*uneasy infancy*»⁵²⁹ caratterizzata da una chiara soggezione rispetto al secondo.

1) La possibilità per le parti di proporre appello al *Privy Council* contro le decisioni dei

nonché da Read H.E., *The Judicial Process in Common Law Canada*, in *Canadian Bar Review*, vol. 37, 2/1959, 274: «*While the Privy Council functioned as the ultimate court, the Supreme Court of Canada, as merely an intermediate tribunal, became itself as completely captive to English authority...*».

⁵²⁵ Più precisamente Landry ereditò la sponsorship di tale progetto di legge da Joseph Keeler, proveniente dall'Ontario, il quale nel 1880, prima di decedere, aveva introdotto tale Bill in virtù delle critiche di carattere tecnico e professionale mosse nei confronti della Corte.

⁵²⁶ Cfr. quanto affermato da M.J. Coursol, avvocato ed ex giudice di Montreal, secondo cui «*it is next to impossible for French Canadian lawyers, not fully acquainted with English language, to appear before that tribunal, only two of whose members can speak French*». [House of Commons Debates, 4th Parliament, 3rd Session: Vol. 2](#). 924.

⁵²⁷ Cfr. quanto affermato da J. Tassé, avvocato francofono di Ottawa, secondo cui tali ostacoli linguistici risultavano “*contrary to the spirit of our Constitution which places the two languages on the same footing*”. Ibid., 1301.

⁵²⁸ Russell P.H., *The Supreme Court...*op. cit., 20-21.

⁵²⁹ In questi termini Laskin B., *The Supreme Court...*op. cit., 1039.

giudici supremi canadesi, 2) l'ulteriore opzione per queste ultime di bypassare completamente la Corte Suprema ricorrendo direttamente dinanzi al giudice londinese contro una decisione di una corte provinciale, e – non ultimo per importanza – 3) l'obbligo per i giudici di Ottawa di attenersi, in virtù del principio dello *stare decisis*, alle pronunce del *Privy Council* per le questioni di diritto costituzionale nonché, nelle materie da tale ambito escluse, addirittura alle decisioni della *House of Lords*, hanno spinto autorevole dottrina a attribuire alla Corte Suprema – con riferimento a tale periodo – da un lato il carattere di «*inferior tribunal in need of supervision by a higher appellate court*»⁵³⁰, e dall'altro di interprete non della Costituzione quanto del significato che alla Costituzione il *Privy Council* conferiva⁵³¹.

Tale situazione di soggezione iniziò tuttavia a mutare nel 1926 quando, a seguito di una pronuncia⁵³² del *Privy Council* con la quale veniva invalidata – poiché ritenuta contraria alla legislazione imperiale – una legge federale del 1888 ostativa all'esperibilità del ricorso ai giudici londinesi nelle cause penali, notevoli polemiche venivano sollevate in Canada, alimentate altresì da un certo sentimento – per così dire – “nazionalista” che poco riteneva coerente il perdurare della subordinazione “giurisdizionale” del *Dominion* con il modello di autonomia a livello legislativo ed esecutivo che stava progressivamente affermandosi.

In questo senso, la successiva approvazione dello *Statute of Westminster* del 1931 – con il quale veniva riconosciuta autonomia politica e legislativa ai *Dominions* britannici⁵³³ – rendeva ormai politicamente inevitabile la risoluzione di tale incoerenza.

Rimosso ogni ostacolo giuridico all'abolizione dell'appello al *Privy Council* in materie soggette alla legislazione federale – così come confermato altresì dagli stessi giudici inglesi nel caso *British Coal Corporation v. The King* del 1935 –, restava solo da stabilire se il Parlamento canadese avesse il potere di attribuire alla Corte Suprema la giurisdizione esclusiva di ultima istanza non solo nelle materie di competenza federale ma altresì

⁵³⁰ Così Iacobucci F., *The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 4, 1/2002, 29.

⁵³¹ «*The task of the Supreme Court was not to interpret the constitution but rather to interpret what the Privy Council said the constitution meant*». Cfr. Laskin B., *The Supreme Court...* op. cit., 1069. Parla di sostanziale soggezione della Corte Suprema al *Privy Council* altresì Read H.E., *The Judicial Process...* op. cit., 265 ss.

⁵³² *Frank Nadan v The King* [1926] UKPC 13, [1926] AC 482.

⁵³³ Cfr. in particolare la sec 2 dello [Statute of Westminster, 1931, 22 Geo. V, c. 4 \(U.K.\)](#) che, riguardo alla validità delle leggi dei parlamenti dei dominions, affermava: «*1. The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion. 2. No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion*». Lo *Statute of Westminster* prevedeva altresì la rinuncia dell'Inghilterra ad esercitare il suo potere formale di emanare in via autonoma norme vincolanti per il Canada. Va inoltre segnalato come già nel 1926, mediante l'adozione della *Balfour Declaration* venne riconosciuta ad alcuni Dominions del Commonwealth – in particolare Canada, Australia, Eire, Nuova Zelanda e Sud Africa – la condizione di comunità autonome, operanti all'interno dell'Impero in posizione di non subordinazione reciproca nell'esercizio degli affari interni ed esterni.

provinciale. Posta la presentazione, a tal fine, di vari progetti di legge dal 1937 al 1939, la costituzionalità di queste misure venne dapprima riconosciuta dalla Corte Suprema in un giudizio di *reference* richiesto il 21 aprile 1939 dal Governatore Generale, e successivamente confermata dal *Privy Council* il 13 gennaio 1947 nella sentenza *Attorney-General of Ontario and others v. Attorney-General of Canada and others and Attorney-General of Quebec*⁵³⁴. Il 23 dicembre 1949, con le modifiche apportate al *Supreme Court Act*, la Corte Suprema diveniva dunque anche nei fatti tale, concludendo il proprio periodo di adolescenza per affermarsi quale «*final court of appeal of and for Canadians*»⁵³⁵ e vedendo peraltro estendersi il numero dei suoi componenti a nove giudici⁵³⁶, tre dei quali provenienti dal Québec – così rispondendo in una certa misura⁵³⁷ alle istanze della Provincia francofona, posto il quorum minimo di cinque giudici per la trattazione dei singoli casi⁵³⁸.

5. 1949-1982: una nuova centralità per la Corte Suprema

Gli anni immediatamente successivi alla svolta della metà del XX secolo appena citata ponevano la Corte (finalmente anche nei fatti) Suprema dinanzi, tuttavia, a una duplice sfida di carattere tanto pratico quanto istituzionale.

Quale tribunale di ultima istanza per l'intero Paese, dal 1949 il suo carico di lavoro era notevolmente aumentato in termini quantitativi. Gli interventi di riorganizzazione interna e l'assunzione di nuovo personale poco erano serviti a rimediare ai grandi volumi di arretrato accumulato dalla Corte a seguito dei numerosi ricorsi ad essa giunti tra gli anni '50 e '60, così come certificato da un rapporto reso agli inizi degli anni '70 dalla *Special Committee of the Canadian Bar Association*⁵³⁹.

Si rendeva dunque necessario un intervento legislativo che rispondesse a un'esigenza tanto pratica quanto – e forse in maniera più significativa – istituzionale. A questo proposito, al fine di garantire una Corte, da un lato, efficiente nei suoi lavori, e dall'altro, vera protagonista nell'interpretazione e nello sviluppo del diritto per l'intero ordinamento, veniva a partire dal 1975 eliminato il mero criterio monetario – pari a 10000 dollari come valore minimo della controversia – per l'accesso automatico al supremo consesso, imponendo, invece, alle parti

⁵³⁴ A-G. Ont. v. A.-G. Can., [1947] A.C. 127.

⁵³⁵ Laskin B., *The Supreme Court*...op. cit., 1038. Va precisato che l'abolizione della possibilità di proporre appello al *Privy Council* in materia penale fosse già stato abolito nel 1933.

⁵³⁶ S.C., 1949, (2nd Sess.), c. 37, s. 1. Va precisato che già nel 1927 il numero dei giudici venne portato a sette, mantenendo il numero dei giudici francofoni a due. L'attuale numero dei giudici, ai sensi della sec 4(1) del *Supreme Court Act* è pari a nove: «4 (1) *The Court shall consist of a chief justice to be called the Chief Justice of Canada, and eight puisne judges*».

⁵³⁷ Come avrà modo di vedersi nel prosieguo di questo studio, le rimozioni quebecchesi – ma non solo – nei confronti della composizione del collegio continueranno anche dopo il 1949 concentrandosi in particolare sulla mancata partecipazione delle Province al procedimento di nomina.

⁵³⁸ Russell P.H., *The Political Role of*...op. cit., 578.

⁵³⁹ In tale rapporto del 1974 si segnalava come oltre 100 casi fossero pronti per essere uditi dinanzi alla Corte nella sessione primaverile nel 1973 e come circa altri 200 fossero in attesa della documentazione per poi essere anch'essi pienamente udibili. Cfr. *The Report of the Special Committee of the Canadian Bar Association on the Caseload of the Supreme Court of Canada* (1974).

l'onere di dimostrare dinanzi a una Corte provinciale d'Appello, o alla Corte d'Appello Federale ovvero, ancora, alla Corte Suprema stessa il valore sufficientemente rilevante della questione giuridica posta al centro del proprio caso e tale da meritare la relativa trattazione dinanzi ai giudici di Ottawa⁵⁴⁰.

Una Corte Suprema finalmente “padrona” del proprio *docket* si allontanava, dunque, dal ruolo di mero arbitro delle controversie fra le parti, per assurgere a «*primarily a “public law” court*»⁵⁴¹, dedicata a conoscere solo delle cause capaci di sollevare questioni giuridiche di rilevanza nazionale⁵⁴².

Le modifiche appena richiamate, unitamente al ruolo di arbitro nei conflitti multilivello tra Province e Federazione sulla base del disposto del BNAA, consegnano all'osservatore una Corte certamente posta sulla via dell'avvicinamento a una – per così dire – dimensione “costituzionale”.

Tuttavia, di mero “avvicinamento” è bene parlare: emergevano, infatti, qui tutti i limiti di una Corte posta a chiusura di un ordinamento costituzionale di un Paese non pienamente sovrano.

Va a questo proposito sottolineato come sebbene, da un lato, il carattere rigido del BNAA avesse trovato conferma anche a seguito del citato *Statute of Westminster* – che alla sec 7(1)⁵⁴³ ne confermava il valore di parametro per il giudizio di *repugnancy* degli atti posti in essere dalle autorità federali o provinciali⁵⁴⁴ – dall'altro, l'atto costitutivo del *Dominion* rappresentasse, quantomeno formalmente, ancora un atto del Parlamento londinese, e come tale solo da quest'ultimo modificabile.

Se a tale dato si somma, poi, l'assenza al suo interno – fatto salvo quanto previsto per le ragioni già esplorate alle secs. 133 e 93 – di un catalogo dei diritti, non potendosi considerare vincolante, e di conseguenza costituzionalmente giustiziabile, il *Canadian Bill of Rights* approvato dal Parlamento federale nel 1960 tanto per il legislatore federale successivo quanto per i legislativi provinciali⁵⁴⁵, evidenti ostacoli permanevano all'inquadramento della

⁵⁴⁰ Russell P.H., *The Political Role of...* op. cit., 587-588.

⁵⁴¹ Così Russell P.H., *The Judiciary in Canada...* op. cit., 334.

⁵⁴² Cessava in materia civile il ricorso di diritto alla Corte Suprema, venendo invece preservato in materia penale qualora fosse intervenuto un dissent su una questione di diritto nella Corte d'Appello provinciale ovvero qualora l'assoluzione di un imputato fosse stata annullata dalla Corte d'Appello. Cfr. Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, S. 691(1)(a) e 691(2)(b).

⁵⁴³ «*Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts 1867 to 1930 or any order, rule or regulation made thereunder*».

⁵⁴⁴ In questo senso il BNAA si andava a inserire, rientrandovi quale parametro, in quella forma di *judicial review* prevista dal già citato *Colonial Laws Validity Act, 1865* il quale riconosceva in capo alle corti canadesi la competenza di disapplicare le leggi coloniali che contrastassero con le *Imperial laws*. In questo senso, paragonando l'origine del *judicial review* canadese a quello statunitense Russell P.H., *The Judiciary in Canada...* op. cit., 93 affermava come il primo «*was based more on imperialism than constitutionalism*».

⁵⁴⁵ Per un approfondimento sull'incapacità del *Canadian Bill of Rights* di ergersi a fonte vincolante per la legislazione ordinaria, nonostante il tentativo di rafforzarne l'efficacia passiva attraverso la previsione secondo cui «*every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment of infringement of any of the rights or freedoms*

Corte Suprema quale vero e proprio organo di giustizia costituzionale, capace tramite il *judicial review of legislation* di garantire tanto il rispetto dei diritti fondamentali quanto l'osservanza dei valori fondanti la Costituzione del Paese.

Si spiegano in questi termini, allora, le ragioni che hanno spinto autorevole dottrina a descrivere l'approvazione del più volte citato *Constitution Act* del 1982 come uno momento «spartiacque tanto nel processo costituzionale canadese, quanto nell'evoluzione dell'attività della Corte Suprema»⁵⁴⁶, capace di sollevare, tuttavia, taluni problemi in merito alla qualificazione istituzionale della stessa, il cui approfondimento risulterà – come avrà modo di vedersi – utile al prosieguo del presente studio.

6. La svolta del 1982: la Corte Suprema diviene costituzionale?

6.1 La *Supreme Court* tra controllo concreto e controllo astratto di costituzionalità

«The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada».

Con queste parole i commi 1 e 3 della sec. 52 del *Constitution Act*, 1982 qui riportate sancivano rispettivamente la rigidità e la conseguente immodificabilità – se non mediante le procedure da essa prevista – della Costituzione canadese finalmente “rimpatriata”.

Una Costituzione pluridocumentale comprensiva altresì – come già detto – di una Carta dei diritti e delle libertà fondamentali la quale, nel vincolare al suo rispetto – secondo il disposto della sec. 32 in essa previsto – tanto il Parlamento e il Governo federale quanto i Legislativi e gli Esecutivi di ogni Provincia⁵⁴⁷, andava a definire i tratti valoriali e identitari di una comunità nazionale scopertasi definitivamente sovrana⁵⁴⁸, consentendo peraltro a tutti coloro

herein recognized and declared» (sec 2), cfr. Passaglia P., *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla...op. cit.*, 51-53, ove, peraltro, l'A., al momento di svolta, con riguardo alla storia della giustizia costituzionale canadese, del 1982 non riconduce un netto cambio di direzione rispetto al passato, bensì un mutamento di intensità nell'evoluzione del sistema: intravedendo e, conseguentemente, evidenziando i legami tra il sistema di giustizia costituzionale canadese disegnato nel 1982 e il passato coloniale, l'A. sposa infatti una lettura del sistema di giustizia costituzionale canadese come in parte beneficiario di un modello inglese non del tutto estraneo, sebbene in via astratta, all'idea del controllo di validità delle leggi. Cfr. *Ibid.*, 48 ss.

⁵⁴⁶ Rolla G., *La giustizia costituzionale...op. cit.*, 204.

⁵⁴⁷ «32 (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province».

⁵⁴⁸ Parla di come la Costituzione «*positively linked many Canadians to the constitution and given them constitutional identities they formerly lacked*» Morton F.L., *Judicial politics Canadian style the Supreme Court's contribution to the constitutional crisis of 1992*, in Cook C. (a cura di), *Constitutional Predicament: Canada after the Referendum of 1992*, Montreal, 1994, 134.

ritenessero a loro nocumento lesi o negati i diritti e le libertà da essa garantiti di ricorrere in via giurisdizionale per ottenere «*such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances*»⁵⁴⁹.

Tramite la presenza di una Costituzione rigida e – come tale – superiore alla legislazione ordinaria, da un lato, e la previsione al suo interno di una Carta dei diritti vincolante per tutti i pubblici poteri e contro questi ultimi direttamente azionabile nei suoi contenuti dinanzi ai giudici, dall’altro, l’ordinamento canadese si dotava definitivamente di un sistema di giustizia costituzionale maturo⁵⁵⁰. Pur con il rilevante limite della già menzionata *notwithstanding clause* – efficacemente inquadrata in dottrina come foriera di una rigidità «ad intensità variabile»⁵⁵¹ con riguardo a una parte consistente della *Charter* – i giudici e, al loro vertice, la Corte Suprema si ergevano, infatti, a custodi della Costituzione canadese. All’interno di questo quadro, il carattere diffuso del sistema di giustizia costituzionale – come tale basato sul controllo di costituzionalità per disapplicazione effettuato dai giudici di ogni ordine e grado – vedeva la Corte Suprema, posta al vertice di un sistema giudiziario peraltro unitario – sebbene organizzato a livello provinciale –, assurgere, tramite il noto principio dello *stare decisis*, a organo titolare dell’ultima parola sulla costituzionalità delle leggi.

Accanto a ciò che, a partire dal 1982, si profila, dunque, oggi come un controllo concreto di costituzionalità di cui la Corte Suprema è investita nel ruolo di giudice di ultima istanza, se ne affianca, tuttavia, un altro – già menzionato e ricollegabile alla tradizione inglese⁵⁵² – che pare avvicinarla, per certi versi, al controllo astratto di matrice tipicamente europea⁵⁵³. Il riferimento è alla procedura di *reference* attivabile dinanzi alla Corte – tra gli altri⁵⁵⁴ – per

⁵⁴⁹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sec. 24.

⁵⁵⁰ Nella sua prima pronuncia resa dopo l’entrata in vigore del Constitution Act, 1982 ([Law Society Upper Canada v. Shapinker](#), 1984), quasi a voler autolegittimarsi quale giudice costituzionale, la Corte fece richiamo nel corpo della motivazione alla sentenza *Marbury v. Madison*.

⁵⁵¹ In questi termini Passaglia P., *Modello inglese vs...* op. cit., 53, il quale conclude leggendo il *legislative override* in capo al legislatore federale o provinciale – da taluna dottrina visto come indice di una certa “debolezza” del sistema di giustizia costituzionale canadese (cfr. Tushnet M.V., *New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy – based worries*, in *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, 813 ss. spec. 814 secondo cui «*weak-form systems hold out the promise of protecting liberal rights in a form that reduces the risk of wrongful interference with democratic self-governance*») – come un elemento idoneo non a far venir meno la rigidità costituzionale quanto a determinarne un affievolimento.

⁵⁵² «*It shall be lawful for His Majesty to refer to the said Judicial Committee for hearing or consideration any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit; and such Committee shall thereupon hear or consider the same, and shall advise His Majesty thereon in manner aforesaid*». Con queste parole la sec. 4 del *Judicial Committee Act 1833* (3 & 4 Will 4, c. 41) ha previsto per l’esecutivo la possibilità di consultare il *Judicial Committee of the Privy Council*. Sul legame tra il passato coloniale e il procedimento di *reference* canadese, in un’ottica più generale volta quantomeno a ridimensionare la riconduzione in termini stringenti della giustizia costituzionale canadese al modello statunitense cfr. Passaglia P., *Modello inglese vs...* op. cit., 54 ss.

⁵⁵³ Groppi T., Luatti L., *La Corte Suprema del Canada, “custode della Costituzione”*: alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura di controllo di costituzionalità, in *Politica del diritto*, 2/1997, 220.

⁵⁵⁴ La Sezione 54 del Supreme Court Act consente alla Camera dei Comuni e al Senato di attivare la procedura di *reference* esclusivamente al fine di richiedere un esame delle petizioni e dei progetti di legge di interesse privato (c.d. *private bills*), essendo in questo caso sufficiente che la Corte sia composta da due giudici. Mathen C., *Courts Without Cases. The Law and Politics of Advisory Opinions*, Oxford, 2019, 71.

un verso, dal Governo federale, dotato a questo proposito di ampi margini di discrezionalità nella proposizione dei quesiti, e per l'altro, in virtù di una modifica alla sec. 36 del *Supreme Court Act* intervenuta nel 1922, dagli Esecutivi provinciali, tramite la previsione di un appello di diritto avverso il parere reso su loro richiesta dalle rispettive Corti d'Appello provinciali⁵⁵⁵.

Mentre per questi ultimi il quesito può riguardare questioni relative indifferentemente alla legislazione provinciale o federale, il parere richiesto dal Governo federale può invece vertere, secondo il disposto della sec. 53 par. 1 del *Supreme Court Act*, su temi, di fatto o di diritto, concernenti 1) l'interpretazione della Costituzione; 2) la costituzionalità o l'interpretazione di una legge federale o provinciale; 3) la competenza in grado di appello in materia di istruzione; 4) i poteri del Parlamento federale o delle assemblee legislative provinciali, o dei rispettivi Governi, indipendentemente dal fatto che tale potere sia già stato o meno già esercitato.

Se a tale dato si somma, poi, la possibilità per il Governo federale, per espressa previsione del par. 2 della sec. 53, di richiedere un parere su qualsiasi questione ritenuta opportuna anche al di fuori delle ipotesi tassativamente appena indicate, risulta evidente come la Corte Suprema, nell'esercizio di questa sua «giurisdizione speciale»⁵⁵⁶, sia depositaria di un potere dall'evidente impatto costituzionale.

Può, in questo senso, parlarsi del giudizio di *reference* come di un ulteriore strumento di controllo di costituzionalità delle leggi che, slegandosi dalla dimensione fattuale e dalla risoluzione di un caso concreto tipico del *judicial review*, ben si presta allo scioglimento in via astratta e talora preventiva di rilevanti dubbi interpretativi a livello costituzionale nonché alla gestione delle dinamiche legate al federalismo canadese quali la distribuzione delle competenze e il riparto dei poteri tra la Federazione e le Province.

È in particolare asservendo alla funzione da ultimo richiamata che il giudizio di *reference*, quale vero e proprio «*tool of federalism*»⁵⁵⁷, ha conferito alla Corte una posizione di piena centralità all'interno dell'architettura costituzionale canadese⁵⁵⁸. Ai chiarimenti tanto giurisprudenziali quanto dottrinali circa il valore meramente consultivo dei pareri resi dalla Corte, è seguito, infatti, sul piano sostanziale, una riconosciuta efficacia vincolante *erga omnes* degli stessi se si considerano, da un lato, l'ossequioso rispetto delle decisioni del consesso di Ottawa da parte dell'Esecutivo federale, e dall'altro, il riconoscimento di queste

⁵⁵⁵ Prima del 1922, infatti, l'istituto venne introdotto in tutte le Province (prima fra tutte il Manitoba nel 1890) mediante leggi provinciali secondo una formulazione analoga a quella contenuta nella legge sulla Corte Suprema. Per un'attenta analisi dell'istituto del *reference* nel contesto costituzionale canadese cfr. Falorni F., *La funzione consultiva delle Corti Supreme in prospettiva comparata. La peculiare procedura di reference nell'esperienza canadese*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2022, 267 ss.

⁵⁵⁶ In questi termini Groppi T., Luatti L., *La Corte Suprema del Canada...* op. cit., 227; Drigo C., *La giustizia costituzionale in Canada*, in Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli...* op. cit., 671.

⁵⁵⁷ K. Puddister, *The Canadian Reference Power: Delegation to the Courts and the Navigation of Federalism*, in *The Journal of Federalism*, vol. 49, 4/2018, 573.

⁵⁵⁸ Huffman J.L., Saathoff M., *Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction*, in *Minnesota Law Review*, vol. 74, 1990, 1290.

ultime sul piano giurisdizionale come precedenti vincolanti sia in senso verticale che orizzontale⁵⁵⁹.

Se sono dunque questi gli elementi che, in definitiva, fanno della Corte Suprema un organo profondamente distante – per funzioni e peso costituzionale – da quella *Captive Court* istituita nel 1875 ai sensi della sec. 101 del BNAA, un elemento di debolezza istituzionale proprio legato alle vicende della seconda metà dell’800 richiamate ha animato il dibattito dottrinale negli anni successivi alla sua piena affermazione nel 1982 .

Il riferimento è alle criticità che la previsione in via meramente legislativa della Corte Suprema solleva in ordine alla carenza, quantomeno sul piano formale, di una garanzia costituzionale relativa alla composizione, alla competenza ed ai poteri di quest’ultima.

6.2 La Corte Suprema: un organo “costituzionale” istituzionalmente fragile

«41 An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

[...](d) the composition of the Supreme Court of Canada».

«42 (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

[...]d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;».

Nell’imporre che il mutamento delle disposizioni relative alla composizione della Corte Suprema debba essere approvato concordemente dal Senato, dalla Camera dei Comuni e dall’Assemblea legislativa di ogni Provincia (c.d. *unanimity formula*), da un lato, e che l’approvazione di emendamenti nelle altre materie attinenti alla Corte Suprema debba avvenire – tramite il richiamo alla sec. 38 – con il consenso sia del legislatore federale, sia dei due terzi delle Province, rappresentativi del 50% della popolazione secondo la già citata *7/50 rule*, dall’altro, il combinato disposto delle secs. 41 e 42 del *Constitution Act, 1982* qui richiamate conferisce al regime relativo alla Corte Suprema una forza passiva simile a quella che, in un sistema a Costituzione rigida, possiedono le norme costituzionali⁵⁶⁰. Il dilemma su cui la dottrina si è, tuttavia, interrogata è se tale elemento risultasse sufficiente a sciogliere affermativamente il nodo circa la possibilità o meno di includere la Corte Suprema nel novero degli organi costituzionali del Canada⁵⁶¹, posta la mancata previsione del *Supreme Court Act* nell’elenco degli atti legislativi “costituzionalizzati” – in quanto

⁵⁵⁹ Falorni F., *La funzione consultiva*...op. cit., 284 ss.

⁵⁶⁰ Rolla G., *La giustizia costituzionale in Canada*...op. cit., 211.

⁵⁶¹ Per un’attenta ricostruzione del dibattito dottrinale sul punto cfr. Newman W.J., *The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode’s Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 47, 1/2009, 429 ss.

richiamati nel relativo Allegato – ai sensi della sec. 52.2 del *Constitution Act* del 1982⁵⁶². La questione ai nostri fini non è di poco conto, soprattutto se si considera come la mancata previsione formale della Corte Suprema nella Costituzione del 1982 fosse stata legata proprio ai contrasti e alle divisioni emersi in fase costituente in relazione, *inter alia*⁵⁶³, alla possibilità di aumentare il numero dei giudici nonché alla distribuzione del potere di nomina di questi ultimi tra Governo federale e Province, tema quest’ultimo che – come avrà modo di vedersi – ricorrerà carsicamente nel dibattito politico-istituzionale sino a giungere ai giorni nostri.

Ecco che, dunque, il dibattito ha visto contrapporsi, da un lato, la posizione di chi, nella previsione di una procedura aggravata per la modifica delle regole relative alla composizione della Corte Suprema ha intravisto una lettura della Corte da parte del *Constitution Act, 1982* come organo costituzionale presupposto, protetto – assieme, ed è quanto qui importa sottolineare, alla legge di quest’ultimo istitutiva – dall’intervento del legislatore ordinario⁵⁶⁴, e dall’altra parte, l’opinione di chi, per converso, partendo da una lettura tassativa ed esaustiva dell’elenco contenuto nella sec. 52 e del relativo allegato, nella mancata inclusione in quest’ultimo del *Supreme Court Act* ha rinvenuto la ragione ostativa al riconoscimento della Corte Suprema quale organo propriamente costituzionale, poco rilevando i richiami alla medesima contenuti nelle citate secs. 41 e 42 del *Constitution Act, 1982*⁵⁶⁵. Il riconoscimento della Corte Suprema come organo costituzionale, e la correlata questione relativa alle regole concernenti la modifica del *Supreme Court Act*, è un nodo che negli anni si è dunque mostrato tanto cruciale quanto lontano da un’univoca soluzione in dottrina.

Quanto, tuttavia, in questa sede più interessa sottolineare è come a rendersi, in qualche modo, parte e a un tempo oggetto di questo dibattito sia stata proprio la Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi in un giudizio di *reference* nel 2014 in merito alla controversa nomina di Marc Nadon a giudice del supremo consesso di Ottawa. Una pronuncia sulla quale ci si soffermerà

⁵⁶² «Sec 52 (2) The Constitution of Canada includes: (a) the Canada Act 1982, including this Act; (b) the Acts and orders referred to in the schedule; and (c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b)».

⁵⁶³ Ci si interrogò altresì se qualificare la Corte Suprema come Corte d’appello e come Corte costituzionale. Un tema riproposto negli accordi di Meech Lake dove veniva previsto che la Corte Suprema avesse la duplice natura di Corte d’appello generale del Canada e di “additional court for the better administration of the laws of Canada”.

⁵⁶⁴ Lederman W.R., *Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada*, in *Les Cahiers de droit*, vol. 26, 1/1985, 195 ss; Cheffins R.I., *The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications*, in *The Supreme Court Law Review*, 4/1982, vol. 43, 52-53; Scott S.A., *Pussycat, Pussycat of Patriation and the New Constitutional Amendment Processes*, in *University of Western Ontario Law Review*, vol. 20, 2/1982, 247 ss.

⁵⁶⁵ Hogg P.W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1996, 7 ss., 71 (nota 52). L’autore, nel richiamare come la modifica al *Supreme Court Act* si avvenuta nel 1987 tramite legge ordinaria, la lega alla circostanza per la quale, sebbene la Corte Suprema sia tra le materie espressamente elencate nella sec 42 del *Constitution Act, 1982* e pertanto soggetta alla procedura aggravata ex sec 38, a differenza delle altre materie previste dalla sec 42 essa non è contemplata in alcuna parte della Costituzione canadese. Poiché, dunque, la sec 42 si applica solo agli emendamenti alla Costituzione canadese, non rientrandovi il *Supreme Court Act*, ne consegue che la tale atto legislativo sia ancora aperto a modifiche in via ordinaria da parte del Parlamento. Il medesimo ragionamento viene dall’autore svolto in relazione alla sec 41 del *Constitution Act, 1982*.

nelle prossime pagine, in quanto capace di rappresentare in maniera più che emblematica il legame – alla luce del quale si è tentato di impostare metodologicamente lo sviluppo di questa sezione del presente studio – tra la collocazione istituzionale della Corte Suprema nell’architettura costituzionale canadese, da un lato, e la composizione così pluralisticamente caratterizzata della stessa, dall’altro.

7. La Nadon Reference: la Corte Suprema come *historic compromise*

7.1 A mo’ di premessa: le *legal and conventional rules* a governo della selezione dei giudici supremi

Un’analisi che si proponga di esaminare con attenzione il citato caso Nadon non può prescindere da un richiamo più approfondito alle regole che presiedono alla selezione e, correlativamente, alla composizione della Corte Suprema canadese. Si tratta, invero, di una premessa utile alla comprensione non solo del significato costituzionale del *reference* in esame, ma altresì del più generale dibattito pluridecennale attorno a tali regole articolatosi e del quale, tuttavia, si darà dettagliatamente conto nella terza parte del presente capitolo, quale fondamentale strumento di contestualizzazione delle recenti due nomine al supremo consesso intervenute.

Se sino a ora si è meramente richiamata la nomina dei giudici da parte del *Governor in Council*, così come previsto già nel *Supreme and Exchequer Courts Act* del 1875, nonché la necessaria presenza della quota quebecchese nella misura di tre giudici su nove per la composizione del collegio, porre l’attenzione sul dettato normativo del *Supreme Court Act*, così come integrato, tuttavia, da alcune radicate fonti di natura convenzionale, aiuterà a fornire un quadro maggiormente completo.

Procedendo con ordine, è allora importante sin da subito sottolineare come la prima delle due previsioni appena richiamate, e oggi sancita alla sec. 4(2) del *Supreme Court Act*, non possa che considerarsi integrata da una convenzione costituzionale⁵⁶⁶ secondo la quale, in ossequio alla tradizione britannica, il *Governor in Council* vede la propria scelta relativa alla designazione dei giudici supremi essere di fatto vincolata dalla proposta del Primo Ministro, titolare pertanto in via sostanziale del potere di nomina.

Ove tale potere incontra alcuni limiti sul piano legislativo è nel disposto delle secs. 5 e 6 del *Supreme Court Act*. Se ai sensi della sec. 5 i soggetti papabili per la nomina devono, infatti, essere giudici delle corti superiori provinciali o avvocati con almeno dieci anni di esercizio della professione nel foro di una Provincia, secondo la sec. 6, legata alla tutela della specialità quebecchese, almeno tre dei giudici supremi devono essere nominati tra i giudici della Corte d’appello del Québec o della Corte Superiore del Québec, ovvero tra gli avvocati della Provincia francofona.

⁵⁶⁶ Per un approfondimento sul peso delle convenzioni costituzionali in Canada cfr. Heard A., *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Oxford, 1991.

A tali previsioni si affianca una convenzione costituzionale in forza della quale, al fine di riflettere il pluralismo territoriale del Paese nordamericano, tre dei restanti sei giudici debbano provenire dalla Provincia dell'Ontario – la più popolosa del Canada anglofono –, uno dalla British Columbia, e gli ultimi due – secondo un principio di rotazione – rispettivamente dalle c.d. Province delle praterie⁵⁶⁷ e dalle c.d. Province Atlantiche⁵⁶⁸.

Se, tuttavia, ci si sofferma ancora sul *Supreme Court Act*, si può notare come esso preveda alle secs. 5.1 e 6.1 – introdotte «*for great certainty*» tramite le clausole 471 e 472 dell'*Economic Action Plan 2013 Act, No 2* dal Parlamento federale – che possa essere nominato giudice supremo rispettivamente chi, in qualsiasi momento, sia stato avvocato o patrocinatore con almeno dieci anni di esercizio nel foro provinciale⁵⁶⁹, e chi sia stato anche solo in passato, purché anche in questo caso con almeno dieci anni di esercizio della professione, membro del *barreau* quebecchese⁵⁷⁰.

Il riferimento ultimo a questi due emendamenti non costituisce scelta casuale, potendo leggersi, invero, in strettissima connessione con le controverse vicende innescatesi a seguito della citata nomina del giudice Nadon, avvenuta il 30 settembre 2013 da parte del Primo Ministro Harper e sulla quale è opportuno, a questo punto, soffermarsi.

7.2 Una nomina controversa *ab origine*

«1. *Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the Supreme Court Act?*

“2. *Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled Economic Action Plan 2013 Act, No. 2?*»⁵⁷¹.

Sono questi i due quesiti sui quali la Corte Suprema, il 21 marzo 2014, si è pronunciata a seguito della procedura di *reference* avviata il 22 ottobre precedente da parte del *Governor in Council* con riguardo alla controversa nomina del giudice Nadon come membro del supremo consesso di Ottawa⁵⁷².

Il percorso che ha condotto la Corte a esprimersi nel parere richiesto vedeva come punto di partenza una nomina, intervenuta come detto il 30 settembre del 2013 e perfezionatasi a

⁵⁶⁷ Alberta, Manitoba e Saskatchewan.

⁵⁶⁸ Prince Edward Island, Nova Scotia, New Brunswick, Newfoundland and Labrador.

⁵⁶⁹ «5.1 *For greater certainty, for the purpose of section 5, a person may be appointed a judge if, at any time, they were a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province.*».

⁵⁷⁰ «6.1 *For greater certainty, for the purpose of section 6, a judge is from among the advocates of the Province of Quebec if, at any time, they were an advocate of at least 10 years standing at the bar of that Province.*».

⁵⁷¹ [Reference re Supreme Court Act, ss 5 and 6](#), 2014 SCC 21, par. 7.

⁵⁷² Sulla vicenda Nadon cfr. Spinelli M.A., *Does Judicial appointment process matter? Il caso della Corte Suprema canadese*, in *federalismi.it*, 5/2016, 10-12; Osti A., *La nomina dei...op. cit.*, 131-135.

seguito del giuramento il 7 ottobre successivo⁵⁷³, che già dagli albori mostrava forti elementi di criticità.

Marc Nadon, nominato per coprire la vacanza di uno degli scranni della Corte riservati al Québec, risultava, infatti, al momento della designazione, giudice sovrannumerario della Corte Federale d'Appello⁵⁷⁴. Pur con un passato ultradecennale quale membro del *barreau* quebecchese, la sua attuale posizione non lo rendeva, dunque, designabile ai sensi di quanto previsto dalla sec 6.1 del *Supreme Court Act* che – come visto – dei giudici federali non fa menzione.

Si spiegano in questi termini le ragioni che conducevano dunque Rocco Galati, noto avvocato specializzato in diritto costituzionale, a proporre ricorso dinanzi alla Corte Federale proprio nel giorno del giuramento del giudice francofono, contro una nomina da questi ritenuta, appunto, non rispettosa dei criteri previsti dalla sec 6 del *Supreme Court Act*.

Un ricorso a fronte del quale la risposta governativa non si fece attendere. Su iniziativa, infatti, dell'Esecutivo Harper, il Parlamento federale approvava con una certa celerità le modifiche al *Supreme Court Act* sopra citate e sostanzialmente volte a rendere designabili come giudici supremi anche i giudici federali che avessero in passato esercitato per almeno un decennio la professione forense nei rispettivi ordini provinciali.

Dinanzi a una situazione di evidente criticità, aggravata altresì dalla paventata contestazione della nomina anche da parte dell'Esecutivo quebecchese, la Corte Suprema sospendeva il giudice Nadon, per espressa volontà di quest'ultimo, dall'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, in attesa della definizione del giudizio innanzi alla Corte federale⁵⁷⁵.

Le circostanze erano evidentemente mature per la citata proposizione della *reference*, sulla quale la Corte ebbe a pronunciarsi, come anticipato, nel marzo dell'anno successivo⁵⁷⁶.

7.3 Il parere della Corte...

«Section 6 reflects the historical compromise that led to the creation of the Supreme Court...the protection of Quebec through a minimum number of Quebec judges was central to the creation of this Court. A purposive interpretation of s. 6 must be informed by and not undermine that compromise».

«The purpose of s. 6 is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but

⁵⁷³ Il giuramento del 7 ottobre ha fatto seguito al *public hearing* del 2 ottobre precedente. Sul procedimento di nomina si avrà modo di tornare in seguito.

⁵⁷⁴ Appartengono alla categoria dei *supernumeraries judges* i giudici federali, con un'età minima di 65 anni e almeno 15 anni di servizio, decidono di continuare, sebbene con minori carichi di lavoro, la professione, posto il limite massimo dei 75 anni di età.

⁵⁷⁵ [Supreme Court of Canada, News Release](#), 8 ottobre 2013.

⁵⁷⁶ Accanto a un'opinione di maggioranza, il parere vede un'opinione di minoranza a firma del *justice* Moldaver il quale ha risposto affermativamente al primo quesito, sostenendo come la sec. 6 andasse letta in combinato disposto con la sec. 5 e che dunque fosse possibile non solo per gli attuali ma altresì per gli ex membri del *barreau* du Québec con almeno dieci anni di esercizio della professione essere nominate giudici supremi in quota quebecchese. Ne discende, per il giudice dissenziente, la non necessità della risposta al secondo quesito.

also to ensure that Quebec's distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights. Put differently, s. 6 protects both the functioning and the legitimacy of the Supreme Court as a general court of appeal for Canada»⁵⁷⁷.

Anche il solo richiamo qui compiuto ai parr. 48 e 49 della *reference* in parola è capace di chiarire con una sorprendente efficacia il peso e il significato riconosciuto dalla Corte alla sua componente *québécoise*. Un significato e un peso di una rilevanza tale da condurre il supremo consesso a rispondere in senso negativo al primo dei quesiti ad essa sottoposti, relativo – come visto nel paragrafo precedente – all'estendibilità dei requisiti generali per la nomina a giudice supremo previsti nella sec. 5 anche alla sec. 6, relativa alle nomine dei giudici della Provincia francofona.

Quanto qui più interessa approfondire della risposta al primo quesito è come la Corte abbia ricondotto al già citato *historic compromise*, o – rileggendo il par. 20 relativo sempre al ruolo che siffatti requisiti di nominabilità per i giudici di quota quebecchese hanno assolto per la nascita della Corte nel 1875⁵⁷⁸ – all'*historic bargain*, ragioni di carattere non solo tecnico, per tale intendendosi la competenza in materia di *civil law*, ma altresì “costituzionale”.

Andando più nello specifico, secondo la ricostruzione del citato parere, peraltro particolarmente sensibile all'elemento storico, emerge come accanto all'esigenza di dotare la Corte degli strumenti di comprensione della tradizione giuridica romanistica, la componente quebecchese fosse stata prevista al fine altresì di edificare un certo grado di fiducia da parte della Provincia francofona nell'organo appena istituito. Una fiducia da leggersi, peraltro, con le più ampie lenti del patto costituente tra i due popoli fondatori posto alla base – come si è visto – del *British North America Act*, e del quale la Corte Suprema stessa si ergeva a garante.

In questo senso, il supremo consesso di Ottawa, tramite un approccio interpretativo alla sec. 6 efficacemente definito in dottrina come letterale e a un tempo teleologico, leggeva una simile restrizione – legata all'attualità della loro titolarità – dei requisiti di nominabilità, da un lato, come strumento teso ad assicurare costanza alla competenza in materia di diritto civile unitamente alla connessione con i valori sociali della rispettiva comunità, e dall'altro, come voce fondamentale e, soprattutto, ineludibile del patto fondativo della Federazione⁵⁷⁹. Il regime di nominabilità per i giudici quebecchesi così disegnato veniva dunque considerato, nel parere del consesso di Ottawa, come necessario a garantire non solo che questi ultimi fossero qualificati per rappresentare il Québec in seno alla Corte, ma che fossero altresì – ed

⁵⁷⁷ Reference re Supreme Court Act, ss 5 and 6, 2014 SCC 21, parr. 48, 49.

⁵⁷⁸ «*The eligibility requirements for appointments from Quebec are the result of the historic bargain that gave birth to the Court in 1875.[...]*».

⁵⁷⁹ Sul punto cfr. Ceccherini E., *Il ruolo dei giudici francofoni nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in *IANUS Diritto e Finanza*, 18/2018, 58.

è quanto ai nostri fini più rileva – percepiti dai *quebecers* come tali⁵⁸⁰.

Una Corte così “informata” del suo carattere biculturale superava infatti, secondo la ricostruzione storica compiuta nel parere – e così come si è provato a illustrare in precedenza –, le ostilità dei parlamentari quebecchesi alla sua istituzione, fregiandosi della fiducia⁵⁸¹ del popolo quebecchese che in essa individuava l’arbitro finale posto a tutela dei propri diritti. Se dunque una chiara endiadi legava, nel ragionamento del supremo consesso di Ottawa, una simile conformazione del sec. 6 del *Supreme Court Act* e il rapporto di *confidence* nutrito dal Québec nei confronti della Corte, può meglio comprendersi il percorso argomentativo che ha condotto quest’ultima, pronunciandosi sul secondo quesito, a negare la legittimità costituzionale di una modifica condotta in via meramente legislativa del *Supreme Court Act* e idonea a incorporare nella sec. 6 quanto previsto dalla sec. 5 relativamente alla nominabilità a giudice supremo degli avvocati anche solo in passato iscritti per almeno dieci anni all’ordine forense quebecchese.

Prescindendo dal dato formale collocante l’atto relativo alla composizione e al funzionamento del supremo consesso di Ottawa nel novero delle leggi di rango ordinario – circostanza peraltro dalla maggioranza ritenuta normale se posta in relazione a una Costituzione canadese non ancora “rimpatriata” al momento dell’approvazione dell’atto medesimo –, la ragione in forza della quale i supremi giudici hanno giustificato, infatti, l’inclusione del *Supreme Court Act*, quantomeno con riguardo alle norme relative alla composizione della Corte, nel novero delle materie blindate dal procedimento super-aggravato di revisione costituzionale previsto alla sec. 41 del *Constitution Act, 1982* prima richiamato (c.d. *unanimity formula*) – a sua volta idoneo secondo i giudici a realizzare l’attrazione dell’atto istitutivo della Corte sempre relativamente alle norme inerenti alla composizione dell’organo all’interno della Costituzione del Canada – si è concretata, riprendendo la *ratio* compromissoria posta alla base del *Supreme Court Act*, e come tale volta a rispondere all’esigenza di preservare il bijuralismo quale elemento cardine dell’ordinamento canadese, nella volontà riconosciuta dai giudici in capo al costituente del 1982 di conferire al Québec la garanzia costituzionale che eventuali mutamenti della suo peso rappresentativo all’interno della Corte non potessero avvenire senza il consenso della Provincia francofona⁵⁸².

⁵⁸⁰ Cfr. par. 56: «Viewed in this light, the purpose of s. 6 is clearly different from the purpose of s. 5. Section 5 establishes a broad pool of eligible candidates; s. 6 is more restrictive. Its exclusion of candidates otherwise eligible under s. 5 was intended by Parliament as a means of attaining the twofold purpose of (i) ensuring civil law expertise and the representation of Quebec’s legal traditions and social values on the Court, and (ii) enhancing the confidence of Quebec in the Court. Requiring the appointment of current members of civil law institutions was intended to ensure not only that those judges were qualified to represent Quebec on the Court, but that they were perceived by Quebecers as being so qualified».

⁵⁸¹ Il termine «*confidence*» o «*confiance*» relativamente alla posizione del Québec nei confronti della Corte è usato dalla maggioranza della Corte nei parr. 18, 54, 56, 104; 49 e 59 con riferimento a «*people of Quebec*».

⁵⁸² Cfr. Par 93: «...Requiring unanimity for changes to the composition of the Court gave Quebec constitutional assurance that changes to its representation on the Court would not be effected without its consent. Protecting the composition of the Court under s. 41(d) was necessary because leaving its protection to s. 42(1)(d) would

Circostanza peraltro suffragata dal richiamo, compiuto dalla Corte al par. 92, al c.d. *April Accord* del 1981 che, vedendo come firmatario anche il Québec, nelle sue note esplicative ben chiariva l'intenzione di voler imporre un limite al potere unilaterale del Parlamento federale di riformare la Corte Suprema. Intenzione, appunto, poi positivamente esplicatasi nella citata sec. 41 del *Constitution Act, 1982*, la quale, assieme alla sec. 42(1)(d) – anch'essa come visto prescrivente una procedura aggravata per l'eventuale modifica della Corte Suprema in tutte le altre sue caratteristiche essenziali⁵⁸³ –, non a caso veniva letta dai giudici, in un altro passo del loro parere, come piena espressione del consenso politico e sociale di cui la Corte godeva ai tempi della formazione del *Constitution Act, 1982*, quale componente essenziale della «*Canada's constitutional architecture*»⁵⁸⁴.

7.4 ...e la chiusura di un cerchio

Sulla base di quanto appena richiamato, il 21 marzo 2014, come già detto, la maggioranza della Corte rispondeva dunque negativamente a entrambi i quesiti posti, invalidando così sia la nomina che il giuramento del giudice Nadon.

Da un lato, infatti, la lettura della disciplina contenuta nella sec. 6 come espressione della specificità francofona ostava, secondo i supremi giudici, all'estensione a tale sezione delle indicazioni generali previste dalla sec. 5, e dall'altro, le modifiche introdotte dall'*Economic Action Plan 2013, No 2 2013* venivano considerate rispettivamente 1) *ultra vires* con riferimento all'inclusione anche degli ex avvocati quebecchesi tra i possibili candidati alla nomina alla Corte Suprema e 2) ridondanti nella parte in cui veniva sostanzialmente ripreso quanto già previsto dalla sec. 5 del *Supreme Court Act*.

A prescindere dalla frattura ingeneratasi – con conseguenze peraltro rilevanti, come si vedrà in seguito, sul procedimento di nomina dei giudici supremi – tra Governo e Corte Suprema subito dopo l'emissione della pronuncia, e concretatasi in un attacco frontale del Primo Ministro Harper in particolare nei confronti del Presidente della Corte Suprema McLachlin, “reo”, in base ad alcune indiscrezioni, di aver inizialmente condiviso con l'Esecutivo la *short list* dei possibili nominabili al supremo consesso contenente tra gli altri il nome del giudice Nadon⁵⁸⁵, quanto qui più interessa evidenziare della *reference* in parola è il rapporto trinomico *Costituzione canadese come patto-Corte Suprema-Composizione pluralistica della stessa* dalla lettura della stessa emergente.

Il parere reso dalla Corte nel caso Nadon riesce, a parere di chi scrive, a ben rappresentare

have left open the possibility that Quebec's seats on the Court could have been reduced or altogether removed without Quebec's agreement».

⁵⁸³ Le altre caratteristiche essenziali sono dalla Corte individuate quantomeno nella «*the Court's jurisdiction as the final general court of appeal for Canada, including in matters of constitutional interpretation, and its independence*». Cfr. Par. 94.

⁵⁸⁴ Par. 100.

⁵⁸⁵ Sullo scontro, peraltro dai tratti non pienamente definiti, tra Primo Ministro e Chief Justice cfr. Devlin R., *Dirty Laundry: Judicial Appointments in Canada*, in Corder H., Van Zyl Smit J. (a cura di), *Securing Judicial Independence: The Role of Commissions in Selecting Judges in the Commonwealth*, Città del Capo, 2017, 9.

infatti come la composizione pluralistica della Corte rappresenti elemento ineludibile affinché quest'ultima possa operare con un certo grado di legittimazione all'interno dell'ordinamento costituzionale canadese, animato dalla convivenza delle due comunità, anglofona e francofona, del Paese.

In altre parole, nella Corte Suprema e, più nello specifico, nella così pluralisticamente caratterizzata composizione della stessa è possibile rinvenire il nerbo di quel patto costituente anglo-francofono che della stessa architettura costituzionale canadese costituisce condizione di esistenza e permanenza nel tempo.

In questo senso, può dunque concludersi come la Corte Suprema ricavi la propria rilevanza e la propria collocazione costituzionale dalla sua particolare composizione, in quanto capace – quest'ultima – di assicurare e rinnovare costantemente il legame tra il supremo consesso e la Provincia francofona.

Giunti a questo punto, occorrerà dunque verificare – così passando alla dimensione discendente citata nella premessa del presente capitolo – i termini di questo legame da ultimo richiamato.

Diviene, in altre parole, opportuno verificare se la componente quebecchese della Corte si sia dimostrata in un certo senso “partigiana” oppure no.

Sarà, peraltro, questo il modo tramite cui si tenterà di fornire una risposta, con riferimento specifico all'esperienza costituzionale canadese, a quegli interrogativi – esplorati nel capitolo precedente – che il principio del *fair reflection of society* solleva in merito all'esatta inquadrabilità del rapporto *giudice-minoranza/componente costitutiva della società di cui è espressione* in termini di rappresentazione o riflessione e non di rappresentanza.

Per far ciò, il percorso – come già accennato – si articolerà secondo due filoni: il primo relativo all'analisi delle più importanti pronunce della Corte nei passaggi più critici della storia costituzionale canadese legati al rapporto Québec-*Rest of Canada*; il secondo legato allo studio della giurisprudenza del supremo consesso nella delicata materia dei diritti linguistici, non a caso definiti da autorevole dottrina come «più fondamentali» degli altri diritti costituzionali⁵⁸⁶, assurgendo a protagonisti del patto costituzionale dal BNAA sino ai giorni nostri anche alla luce delle recenti modifiche prima richiamate alla *Charte de la langue française* con l'adozione della *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*.

PARTE II

DIMENSIONE DISCENDENTE

⁵⁸⁶ Tremblay A., *L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques*, in *Manitoba Law Journal*, vol. 13, 4/1983, 652; Tremblay A., Bastarache M., *Language Rights (Sections 16-22)*, in Beaudoin G.A., Ratushny E. (a cura di), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto-Calgary-Vancouver, 1989, 657.

1. Note Preliminari

Quando si è tentato di ricostruire le coordinate teoriche del principio del *fair reflection of society*, si è avuto modo di sottolineare come l'inevitabile e necessario legame rappresentativo o riflessivo che si instaura tra la componente soggettiva dell'organo di giustizia costituzionale e il pluralismo sotteso a contesti particolarmente divisi possa risultare ambivalentemente foriero, da un lato, di rischi – con ciò riferendosi alla possibile riproposizione ed esacerbazione all'interno del collegio delle divisioni innervanti il contesto in cui il collegio medesimo opera –, e dall'altro, di benefici – se si considerano, nel segno di quella che si è *supra* definita «imparzialità strutturale», i vantaggi che una composizione pluralisticamente caratterizzata della Corte reca a quest'ultima nei termini di un output istituzionale maggiormente equilibrato –.

Di tale dialettica rischi-benefici si darà conto in questa seconda parte del presente capitolo, andando ad analizzare l'agire della Corte Suprema canadese nella duplice veste – secondo la nota distinzione qui adottata solo per comodità espositiva – di giudice dei conflitti e giudice dei diritti (linguistici), così da verificare, come detto, il ruolo ricoperto dalla componente francofona all'interno del supremo consesso.

Che la distinzione funzionale tra giurisdizione dei conflitti e giurisdizione dei diritti linguistici con riferimento alla Corte di Ottawa costituisca ai fini di questo studio una scelta mossa prevalentemente da ragioni di opportunità espositiva, lo si comprende bene nella misura in cui viene a considerarsi come tanto l'opzione federale quanto la disciplina relativa ai diritti linguistici possano entrambe ermeneuticamente leggersi come parti – tra loro peraltro connesse – del compromesso politico tra i due popoli fondatori cui si è fatto riferimento nella pagine precedenti. E tuttavia, un esame così strutturato può mettere meglio in risalto l'influenza esercitata dai giudici francofoni tanto nelle decisioni della Corte legate a questioni attinenti a una sfera prettamente territoriale quanto – come si vedrà – in quelle connesse a una dimensione altresì personale.

SEZIONE I

CORTE SUPREMA E GIURISDIZIONE DEI CONFLITTI

1. Quali conflitti? Una limitazione del campo di indagine

Quando nelle pagine precedenti si è inteso sostenere una lettura del BNAA quale patto e non – secondo il già richiamato approccio «*centralist*» – quale mero atto imperiale del Parlamento britannico, si è altresì fatto riferimento a come esso si prestasse a sua volta, alternativamente, a un'interpretazione quale accordo multilaterale tra le Province ovvero come intesa bilaterale tra i due popoli fondatori franco-cattolici e anglo-protestanti.

Una simile bipartizione costituisce ancora oggi un utile lente ermeneutica tramite cui

avvicinarsi all'analisi del federalismo canadese, animato contemporaneamente, da un lato, dalla sua dimensione territoriale, vicina a una lettura dell'impianto disegnato dal BNAA quale strumento di efficiente unione delle diverse componenti appunto territoriali, e dall'altro, da quella multinazionale, rinveniente la propria ratio ispiratrice nella garanzia e nella promozione delle differenti identità nazionali che percorrono il Paese nordamericano. A fronte di un simile quadro, ben si potrebbe analizzare l'attività della Corte Suprema rispetto al federalismo territoriale, evidenziando come il ruolo del supremo consesso sia risultato cruciale nel contribuire⁵⁸⁷, tramite in particolare una lettura evolutiva del testo costituzionale, al passaggio da un federalismo di tipo duale o «a compartimenti stagni»⁵⁸⁸ – con ciò facendo riferimento alla nota metafora utilizzata per descrivere la particolare interpretazione del riparto di competenze previsto nel BNAA da parte del *Judicial Committee of the Privy Council* – a un federalismo di tipo cooperativo, oggi tratto caratterizzante dell'ordinamento costituzionale canadese⁵⁸⁹.

E tuttavia, per un'analisi che si proponga di analizzare il ruolo della componente francofona all'interno della Corte sotto la lente ermeneutica della rappresentazione o riflessione del pluralismo di cui la componente medesima è espressione, può risultare maggiormente utile focalizzarsi sulla giurisprudenza legata ai rapporti Québec-*Rest of Canada* e, più nello specifico, su alcune significative pronunce riguardanti – talora indirettamente – la posizione costituzionale del Québec all'interno della Federazione, posto l'esiguo numero di decisioni – che pur qui verranno richiamate data l'importanza per l'identità quebecchese della materia del contendere nei primi due casi e la particolare lettura dei rapporti federo-provinciali nell'altro – ove è stato possibile rinvenire un *dissent* in blocco da parte di tutti e tre i giudici francofoni sedenti nel supremo consesso.

2. I dissent della componente francofona: cronache di un'eccezione

⁵⁸⁷ Un ruolo fondamentale nella costruzione di un federalismo cooperativo o collaborativo è altresì assolto nell'esperienza canadese dalle relazioni intergovernative, articolate su tre livelli (tra primi ministri e Primo ministro; tra ministri; tra alti funzionari) e per diversi scopi, che spaziano dal mero scambio di informazioni all'edificazione di veri e propri accordi. Cfr. Gaudreault-DesBiens J.F., Poirier J., *From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook...* op. cit., 398-400; Mathen C., *The Federal Principle: Constitutional Amendment and Intergovernmental Relations*, in Macfarlane E. (a cura di), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, 2018, 65-84; Ceccherini E., *La negoziazione interistituzionale*, in *Amministrare*, 1-2/2002, 59-68; Fasone C., *Canada as an “importer” and as an “exporter” of federal arrangements: A view from Europe*, in *DPCE Online*, 1/2019, 659-665.

⁵⁸⁸ L'espressione «*watertight compartments*» usata per descrivere la rigida concezione duale del federalismo canadese venne utilizzata da Lord Atkin nella pronuncia *Canada (A.G.) v Ontario (A.G.)* [1937] AC 326 (UKPC) 356 ove si legge «*While the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure*».

⁵⁸⁹ Sul contributo della Corte Suprema al passaggio da un federalismo duale a un federalismo cooperativo cfr. Brouillet E., *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in Aroney N.T., Kincaid J. (a cura di), *Courts in Federal Countries*, Toronto, 2017, 135-164.

*Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*⁵⁹⁰; *Public Service Board v. Dionne*⁵⁹¹; *Quebec (A.G.) v. Canada*⁵⁹²: sono questi i tre casi in cui la Corte Suprema canadese, nel 1978 con riferimento ai primi due e nel 2015 riguardo al terzo, ha visto allegare alle proprie decisioni le opinioni dissenzianti in blocco dei tre giudici di estrazione quebecchese.

Le prime due sentenze possono qui richiamarsi assieme, in quanto rese il medesimo giorno ed entrambe inerenti alla disciplina relativa alle frequenze televisive. Il punto attorno al quale si è consumata la spaccatura tra maggioranza e minoranza francofona all'interno della Corte concerneva, infatti, la riconducibilità della disciplina relativa alle trasmissioni via cavo alla competenza federale – al pari di quelle via etere – ovvero a quella provinciale.

Andando più nello specifico, nel primo caso, la *Rogers Cable* – società fornitrice di un servizio di abbonamento ai programmi televisivi statunitensi – contestava la decisione della *Canadian Radio Television Commission* – agenzia federale canadese regolatrice dei servizi radiotelevisivi e di telecomunicazione – di imporre alle emittenti televisive, tra cui la *Rogers*, di rimuovere gli spot provenienti dalle trasmissioni televisive statunitensi per sostituirli con spot canadesi. La Corte veniva chiamata, in particolare, a valutare se rientrasse nella competenza federale intervenire sui contenuti della televisione via cavo.

Nel c.d. *Dionne Case*, la Corte veniva, invece, ad esprimersi sulla legittimità di numerose licenze di autorizzazione concesse dal *Quebec Public Service Board* relativamente al funzionamento di sistemi di televisione via cavo in diverse zone del Québec. Il quesito riguardava, in particolare, se fosse o meno di competenza provinciale la regolamentazione del funzionamento dei sistemi di televisione via cavo attraverso i quali i segnali televisivi venivano intercettati e trasmessi ai rispettivi abbonati.

Il dato che qui più interessa richiamare è come, a fronte di una maggioranza in entrambi casi espressasi per la risoluzione dei casi con il riconoscimento in capo alla Federazione della competenza normativa relativamente anche alle comunicazioni via cavo, assimilandole a questo fine a quelle via etere, l'opinione dei giudici francofoni si sia attestata su una posizione differente, riconoscendo, in particolare nella pronuncia *Dionne*, la competenza in materia di comunicazioni via cavo non tanto alle autorità federali quanto in capo alle Province.

Il processo argomentativo dei giudici francofoni partiva, in particolare, dal chiedersi se la competenza federale sulle radiocomunicazioni si estendesse anche a tutti i sistemi di distribuzione via cavo che utilizzavano segnali ricevuti tramite radiocomunicazione ovvero se si limitasse solo all'ambito delle radiocomunicazioni. Per rispondere a tale interrogativo, i giudici prendevano come esempio la materia della navigazione, evidenziando, nello specifico, come l'inclusione, ex sec. 91(10) BNAA, della navigazione e del trasporto

⁵⁹⁰ [*Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, \[1978\] 2 S.C.R. 141.](#)

⁵⁹¹ [*Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, \[1978\] 2 S.C.R. 191.](#)

⁵⁹² [*Quebec \(Attorney General\) v. Canada \(Attorney General\)*, \[2015\] 1 S.C.R. 693\).](#)

marittimo nel novero delle materie riservate alla competenza federale non comportasse la soggezione di tutte le imprese operanti nel campo della navigazione alla disciplina dettata dal legislatore federale: esse potevano infatti considerarsi, ai sensi della sec. 92(10) soggette alla disciplina federale nei soli casi in cui avessero collegato tra loro più Province o qualora si fossero estese sino ai confini della Provincia, rimanendo in tutte le altre ipotesi soggette alla competenza delle autorità provinciali.

Sottolineando come il medesimo discorso potesse applicarsi alle comunicazioni telegrafiche, nonché – alla luce della sentenza *Toronto v. Bell Telephone Co.* del 1905 del *Privy Council* – telefoniche, rientranti nella competenza delle autorità provinciali, e assimilando a esse le comunicazioni via cavo, i tre giudici quebecchesi riconoscevano l'accesso a questa competenza alla Provincia francofona e non, come per l'opinione di maggioranza, in capo alle autorità di Ottawa⁵⁹³.

Nelle opinioni dissenzienti delle due pronunce richiamate non vi è alcun riferimento espresso, per la verità, alla dimensione identitaria quebecchese. E tuttavia, non può negarsi come la materia dei media e delle comunicazioni tocchi inevitabilmente le sensibili corde della dimensione *de qua*.

Ove il confronto tra maggioranza e minoranza francofona nel collegio si è caratterizzato per una maggiore intensità, andando a riguardare una diversa lettura del federalismo cooperativo prima citato, è nel caso *Quebec (A.G.) v. Canada* del 2015 summenzionato.

Il caso sorgeva su ricorso del Québec avverso la distruzione, prevista ai sensi della sec. 29 dell'*Ending Long Gun Registry Act (ELRA)* federale⁵⁹⁴, della banca dati in cui erano contenuti i nominativi dei proprietari di armi da fuoco a canne lunghe, e alla cui elaborazione avevano contribuito anche le autorità provinciali. In seguito all'approvazione dell'atto legislativo federale, vedendosi infatti la Provincia francofona rifiutata dalle autorità federali la sua richiesta di condivisione dei dati relativi ai portatori di armi al fine di creare e mantenere un proprio registro, quest'ultima impugnava la sec. 29 dell'*ELRA* ritenendo la disposizione esulante dai poteri federali.

Giunto dinanzi alla Corte Suprema dopo una pronuncia all'unanimità della Corte d'Appello del Québec a favore delle autorità federali⁵⁹⁵, il caso ha visto i giudici di Ottawa confermare con una risicata maggioranza di 5 contro 4 la sentenza appellata, in particolare ritenendo il Parlamento federale pienamente titolare del potere di gestione della banca dati, data la competenza legislativa esclusiva in materia penale a Esso riconosciuto dalla sec. 91(27) del *Constitution Act, 1867*.

Le argomentazioni spese dalla maggioranza della Corte a sostegno della piena titolarità in capo alle autorità federali del potere di distruggere unilateralmente la banca dati sulle armi da fuoco muovevano dall'asserita impossibilità per il principio del federalismo cooperativo

⁵⁹³ Cfr. *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, pp. 193-194.

⁵⁹⁴ [*Ending the Long-gun Registry Act*](#).

⁵⁹⁵ *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, parr. 11-14.

di imporsi quale limite all'esercizio altrimenti valido della competenza legislativa⁵⁹⁶. Considerare il principio *de quo* come potenzialmente in grado di limitare l'autorità legislativa o di imporre un obbligo positivo di cooperazione tra centri di potere anche dinanzi a un disposto costituzionale legittimante l'azione in via unilaterale veniva, infatti, considerato dalla maggioranza come lesivo della sovranità parlamentare e foriero di incertezza giuridica ogniqualvolta un livello di governo fosse intervenuto in via legislativa incidendo sugli obiettivi politici dell'altro livello di governo⁵⁹⁷.

Passando poi al giudizio sulla natura *ultra vires* o meno della sec. 29 dell'*ELRA*, la maggioranza partiva specificando come una disposizione legislativa abrogativa di un reato rientrasse nell'esercizio del potere in materia penale, pur non costituendo in senso stretto una legge applicativa di un divieto e una sanzione per un fine pubblico⁵⁹⁸.

Precisava, poi, sulla base della *pith and substance analysis* condotta⁵⁹⁹, come la disposizione *de qua* fosse determinativa di «cosa accadrà ai dati raccolti nell'ambito del regime ora abrogato, un regime che la Corte ha precedentemente definito in relazione alla sicurezza pubblica»⁶⁰⁰.

A questo punto, pur riconoscendo la differenza fattuale tra l'abrogazione di una disposizione penale e la previsione di cosa accadrà ai dati raccolti in base a tale disposizione, la maggioranza non intravedeva nel caso in esame una distinzione giuridica significativa tra queste due azioni, in quanto i dati in questione erano stati comunque raccolti esclusivamente mediante l'esercizio del potere in materia penale. Posto allora il riconoscimento di una certa ampiezza al potere di abrogazione di una norma penale, la maggioranza della Corte riconosceva in capo al Parlamento federale il potere di distruggere i dati raccolti ai fini di una norma penale: se infatti una legge istitutiva di un regime richiedente la raccolta di dati si considerava una legge «posta in relazione» al diritto penale, allora anche la legislazione che prevedeva la distruzione di tali dati in seguito all'abrogazione del regime *de quo* doveva considerarsi una legge «posta in relazione» al diritto penale⁶⁰¹ e, come tale, rientrante nell'esclusiva competenza delle autorità federali.

Un percorso argomentativo significativamente differente portava, invece, i tre giudici francofoni, affiancati nella loro opinione dissenziente anche dalla *Justice* Abella, a

⁵⁹⁶ Par. 19.

⁵⁹⁷ Par. 20.

⁵⁹⁸ Par. 33.

⁵⁹⁹ La *pith and substance analysis* costituisce il primo strumento che le corti canadesi utilizzano per determinare quale livello di governo sia competente nella disciplina di una determinata questione o problema. In particolare, nello svolgimento di tale analisi, il giudice si chiede quale sia il carattere essenziale o l'oggetto specifico della legge in esame, così da individuarne lo scopo e l'effetto fondamentale, e stabilire, alla luce dell'analisi svolta, se la competenza legislativa spetti alla Federazione ovvero alle entità federate. Sulla *pith and substance analysis* cfr. [*Pith and Substance, July 4, 2019, in Centre for Constitutional Studies – Centre d'études constitutionnelles*](#).

⁶⁰⁰ Par. 37: “[...]However, in this case, the repealing enactment’s purpose and effects are to determine what will happen to the data collected under the now repealed scheme, a scheme that the Court previously characterized as being in relation to public safety.”.

⁶⁰¹ Par. 43.

considerare la sec. 29 dell'*ELRA* incostituzionale, senza tuttavia riconoscere il diritto in capo al Québec di ottenere il trasferimento dei dati presenti nel registro⁶⁰².

Più nello specifico, dopo aver esaminato il percorso di elaborazione dell'atto – il *Firearms Act* del 1995 – posto alla base del registro della cui cancellazione l'*ERLA* si occupava, i giudici dissenzienti riconoscevano come ci fosse stato un elevato grado di coinvolgimento provinciale nella costruzione del sistema, e come, pertanto, il principio di leale collaborazione impedisse che il comune lavoro posto in essere dalle autorità federali assieme a quelle provinciali dovesse vedere dispersi i suoi risultati in virtù di una decisione presa unilateralmente da Ottawa⁶⁰³.

Dopo aver qualificato, mediante la *pith and substance analysis*, la disposizione impugnata come un mezzo atto a ostacolare qualsiasi tentativo provinciale di utilizzo dei dati del registro delle armi lunghe⁶⁰⁴, e avendone riconosciuta l'incompatibilità con il riparto di competenze federo-provinciali vista la riconducibilità della materia per molti profili ai «*property and civil rights*» di competenza provinciale⁶⁰⁵, i giudici dissenzienti, non ritenendo la disciplina idonea nemmeno a superare il test di legittimità contemplato dalla dottrina dell'*ancillary power*⁶⁰⁶, dichiaravano la sec. 29 dell'*ELRA* incostituzionale, nella misura in cui, alla distruzione unilaterale dei dati del registro non era stata prevista in via preventiva l'offerta dei dati medesimi alle Province⁶⁰⁷.

E tuttavia, quanto a conclusione di questa disamina – e altresì per il prosieguo di tale studio – più interessa evidenziare è come i giudici abbiano osservato come l'assenza di un ostacolo giuridico al trasferimento dei dati non significasse necessariamente che il Québec avesse dimostrato di avere il diritto di ottenere siffatto trasferimento per via giudiziaria.

Più nello specifico, a parere della minoranza, se, da un lato, le autorità federali non potevano decidere unilateralmente di distruggere i dati accumulati nell'ambito del partenariato senza considerare l'impatto di una tale scelta sulle competenze provinciali, dall'altro lato, il Québec non poteva imporre alle prime l'ottenimento di quanto «aveva il diritto di» ricevere a conclusione del rapporto con esse.

⁶⁰² Parr. 50-52.

⁶⁰³ Per i termini di questo rapporto collaborativo e di partenariato cfr. parr. 115-135.

⁶⁰⁴ Parr. 167-168.

⁶⁰⁵ Par. 176.

⁶⁰⁶ Secondo la dottrina dell'*ancillary power* un atto legislativo federale invasivo della competenza provinciale può essere considerato costituzionalmente legittimo qualora superi il c.d. *rational connection test* nell'ambito della sec. 91(2) BNAA (*The Regulation of Trade and Commerce*). A fronte di uno schema normativo considerato valido, il giudice deve stabilire se la disposizione impugnata sia sufficientemente integrata nello schema da poter essere sostenuta in virtù di tale relazione. A tal fine, è necessario considerare il grado di ingerenza nelle competenze provinciali per decidere quale sia lo standard adeguato per tale relazione e se la disposizione supera questo test di integrazione, è considerato *intra vires* in quanto esercizio del potere generale in materia di commercio e scambi. Il grado di integrazione di una disposizione necessario affinché un'invasione sia considerata accessoria varia a seconda della gravità, o dell'entità o dell'invasione. Se l'ingerenza della disposizione impugnata nella competenza dell'altro livello di governo è solo marginale o limitata, può essere sufficiente una relazione funzionale tra la disposizione e lo schema normativo. Se, invece, la disposizione è fortemente intrusiva nei confronti dei poteri dell'altro livello di governo, si applicherà un test di necessità più rigoroso.

⁶⁰⁷ Par. 191.

In tal senso, e assumendo una posizione – per così dire – conciliativa, i giudici francofoni auspicavano dunque una successiva fase negoziale tra autorità federali e autorità provinciali tesa a risolvere la disputa *de qua*⁶⁰⁸.

3. Québec-*Rest of Canada*: la Corte Suprema dinanzi a un rapporto a “criticità” variabile

Pur in dissenso con la maggioranza del collegio, dalla posizione comunque conciliativa assunta dai tre giudici francofoni nel caso *Quebec (A.G.) v. Canada* del 2015 da ultimo richiamato, emerge come, accanto al dato quantitativo, anche quello qualitativo faccia propendere verso una lettura della minoranza francofona quale componente non partigiana all’interno del collegio nella risoluzione dei conflitti centro-periferia.

E tuttavia, per suffragare una simile asserzione, può essere qui utile prendere in esame – come anticipato – alcune significative decisioni del supremo consesso, assunte non a caso – dato il grande impatto politico-costituzionale a tale strumento di «giurisdizione speciale» associato – nella forma del *reference*.

Come già accennato, il minimo comune denominatore di queste decisioni consiste nell’essere intervenute a sopire le più importanti controversie politico-istituzionali consumatesi negli ultimi quarant’anni di storia costituzionale canadese, tutte comportanti – sebbene con un diverso grado di centralità – la valutazione da parte dei giudici di Ottawa del peso e del ruolo costituzionale del Québec all’interno della Federazione.

Proprio il diverso grado di centralità – e di connessa tensione – assunto dai rapporti Québec-*Rest of Canada* all’interno delle pronunce considerate verrà qui utilizzato quale criterio classificatorio tramite cui procedere all’analisi di queste ultime⁶⁰⁹.

4. (Segue) Le *Upper House references*

Le prime due pronunce che si intendono qui richiamare sono la *Reference Re: Authority of Parliament in Relation to the Upper House (Upper House Reference)*⁶¹⁰ del 1980 e la *Reference re Senate Reform*⁶¹¹ del 2014. Entrambi promossi dal Governo federale, i pareri in parola avevano ad oggetto il Senato canadese, eterno Amleto diviso tra la veste di Camera alta di riflessione composta mediante nomina governativa e quella di Camera rappresentativa delle entità territoriali.

Invero, sin dalla sua istituzione quella dell’*Upper House* canadese è stata ed è ancora oggi una vicenda istituzionale caratterizzata da forti critiche legate alla sua particolare

⁶⁰⁸ Cfr. par. 200.

⁶⁰⁹ Per un’attenta analisi delle pronunce che ora si richiameranno, protesa ugualmente a individuare un ruolo rappresentativo dei giudici quebecchesi della Corte Suprema ma seguendo il criterio cronologico cfr. Schertzer R., *Quebec Justice as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court of Canada’s Federalism Jurisprudence*, in *Publius*, vol. 46, 4/2016, 539-567.

⁶¹⁰ [Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House, \[1980\] 1 S.C.R. 54.](#)

⁶¹¹ [Reference re Senate Reform \[2014\] 1 S.C.R. 704.](#)

composizione e al suo funzionamento. Senza voler qui ignorare iniziative maggiormente “di rottura” spintesi sino a proporre l’abolizione dell’organo in favore di un assetto monocamerale, numerosi tentativi si sono susseguiti nel corso degli anni al fine, da un lato, di rendere il Senato canadese una vera e propria seconda camera federale rappresentativa delle Province e dei Territori – talora proponendo altresì l’elezione diretta da parte dei cittadini delle entità federate –, e dall’altro, di rafforzare la legittimazione democratica dell’organo riequilibrando i suoi poteri in ambito legislativo più in favore della Camera dei Comuni⁶¹².

Quanto, tuttavia, in questa sede più interessa sottolineare è come il minimo comun denominatore di queste proposte di riforma sia stato rappresentato dalle forti resistenze politico-costituzionali da queste ultime incontrate per motivi di ordine procedurale, legati, in particolare, ai dubbi in merito al riconoscimento in capo al Parlamento federale del potere di procedere unilateralmente alle modifiche della Camera senatoriale ovvero all’ineludibile necessità di coinvolgere, per le modifiche suddette, seppure in diversa misura, le entità provinciali e territoriali.

Dinanzi a tale quadro, non deve pertanto stupire come anche la Corte Suprema sia stata chiamata in due occasioni, e a distanza di oltre trent’anni tra loro – sintomo di un dibattito mai totalmente sopito –, a pronunciarsi proprio sulle regole procedurali da osservare per eventuali interventi modificativi del Senato.

E dunque, procedendo con ordine, nella *Upper House Reference* del 1980 il duplice quesito sottoposto al supremo consesso riguardava, da un lato, la possibilità o meno per il Parlamento federale di procedere unilateralmente all’abolizione del Senato, tramite in particolare l’abrogazione delle *secs* da 21 a 36 del BNAA, e dall’altro, la possibilità sempre per il Parlamento federale di introdurre, anche in questo caso in via unilaterale, una serie di modifiche alla Camera alta in materia, *inter alia*, di durata del mandato, numero e modalità di selezione dei membri, ruolo all’interno dell’*iter legis*⁶¹³.

⁶¹² Sul senato canadese per la dottrina italiana cfr. Casella R., *L’irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall’“impossibile” revisione costituzionale al Trudeau Plan*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2016, 1 ss.; Mastromarino A., *Un senato per le società distinte del Canada*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent’anni dalla...op. cit.*, 98-121; P. Passaglia, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2003, 1915 ss.

⁶¹³ Il testo completo del secondo quesito è il seguente: «Rientra nell’autorità legislativa del Parlamento canadese emanare una legge che modifichi o sostituisca la Camera alta del Parlamento, in modo da realizzare uno o tutti i seguenti aspetti: (a) cambiare il nome della Camera alta; (b) modificare il numero e la proporzione dei membri con cui le province e i territori sono rappresentati in tale Camera; (c) modificare le qualifiche dei membri della Camera; (d) modificare il mandato dei membri della Camera; (e) modificare il metodo di elezione dei membri della Camera, in particolare (I) conferendo alle assemblee legislative provinciali l’autorità di selezionare, su nomina dei rispettivi Luogotenenti Governatori in Consiglio, alcuni membri della Camera Alta e, se l’assemblea legislativa non ha selezionato tali membri entro i termini previsti, l’autorità alla Camera dei Comuni di selezionare tali membri su nomina del Governor General in Council, e (II) conferire alla Camera dei Comuni l’autorità di scegliere, su nomina del Governor General in Council, alcuni membri della Camera Alta da ogni provincia e, se la Camera dei Comuni non ha scelto tali membri da una provincia entro il termine previsto, l’autorità all’assemblea legislativa della provincia di scegliere tali membri su nomina del Lieutenant Governors in Council, (III) conferendo ai Lieutenant Governors in Council delle province o a qualche altro

Quanto delle risposte ai due quesiti – entrambe rese in senso negativo e, giova segnalare, all’unanimità – intende qui evidenziarsi, è come in esse sia emerso da parte della Corte una chiara lettura del Senato quale tassello fondamentale di un impianto federale da inquadrarsi – tramite il ricorso a una ricostruzione testuale e storica – come «patto»⁶¹⁴ o «compromesso»⁶¹⁵ fondamentale.

Più nello specifico, la Corte, per arrivare a negare la possibilità che il Governo federale potesse unilateralmente apportare modifiche al Senato, si è basata su un’interpretazione della rappresentanza delle entità territoriali al suo interno garantita tanto come strumento utile ad assicurare la protezione degli interessi provinciali nel procedimento legislativo e, dunque, nella formulazione della politica nazionale⁶¹⁶, quanto come *conditio sine qua non* per la costituzione stessa della Federazione. Emblematiche, in questo senso, risuonano le parole della Corte nella parte in cui, dopo aver ribadito come il BNAA avesse rappresentato il frutto di un compromesso in base al quale le Province originarie avevano accettato di unirsi a condizione di vedere assicurata la tutela dei diritti delle minoranze – tutela erettasi poi a fondamento della neonata struttura –, ha affermato come il sistema di rappresentanza territoriale assicurato dall’*Upper House* costituisse una delle caratteristiche fondamentali di quest’ultima al momento della sua elaborazione, e come, dunque, senza di esso l’elemento fondamentale del Senato quale parte dello impianto federale canadese sarebbe inevitabilmente venuto meno⁶¹⁷.

Pur senza un esplicito riferimento ai rapporti tra il Québec e la Federazione, da quanto appena detto, nonché dai richiami compiuti dai giudici altresì ai dibattiti svoltisi in sede costituente nell’ambito della Conferenza di Québec del 1864 in merito alla camera senatoriale⁶¹⁸, emerge il quadro di una Corte attenta alla tutela degli interessi provinciali e, tra questi, a quelli della *Belle Province* nell’ambito di una struttura federale valorizzata, qui, nella sua dimensione precipuamente pattizia.

Ove una certa attenzione verso la specialità quebecchese all’interno dell’architettura federale canadese è emersa questa volta in chiave esplicita è, invece, nella già citata *Reference re Senate Reform* del 2014.

La pronuncia *de qua* si inseriva in un quadro sensibilmente mutato rispetto al 1980: l’adozione del *Constitution Act, 1982*, a seguito dell’avvenuta *Patriation*, aveva infatti comportato l’adozione della sec. 44 che – per ciò che qui interessa – riconosceva in capo al Parlamento federale il potere di procedere unilateralmente alla modifica della Costituzione

organo o ente la facoltà di scegliere alcuni o tutti i membri della Camera Alta, o (IV) prevedere l’elezione diretta di tutti o di alcuni membri della Camera Alta da parte del pubblico; o (f) prevedere che i disegni di legge approvati dalla Camera dei Comuni possano ricevere il parere conforme e la forza di legge dopo il passaggio di un certo periodo di tempo, nonostante la Camera Alta non li abbia approvati? Se no, in quale particolare o quali particolari e in che misura?».

⁶¹⁴ P. 67.

⁶¹⁵ P. 71.

⁶¹⁶ Pp. 56, 66-69.

⁶¹⁷ P. 76.

⁶¹⁸ Cfr. pp. 66-67.

canadese con riguardo al Senato, fatta eccezione per le ipotesi relative, da un lato, ai poteri dell'organo e al metodo di selezione dei suoi membri (sec 42.1 b), e dall'altro, al numero di membri con cui una Provincia aveva diritto di essere rappresentata nell'organo e ai requisiti di residenza dei senatori (sec 42.1 c), per le quali, invece, veniva imposto il rispetto della già richiamata *7/50 rule*⁶¹⁹.

A fronte di un simile dettato costituzionale, il Governo federale chiedeva al supremo consesso quale fosse la corretta procedura emendativa da seguire per introdurre alcune riforme riguardanti il Senato e, più in particolare, 1) l'introduzione di limiti temporali al mandato senatoriale, 2) la previsione di elezioni di carattere consultivo a livello provinciale sui candidati senatori, 3) l'eliminazione dei requisiti di patrimonio netto e immobiliare per la nomina a senatore, 4) l'abolizione dell'organo.

Richiamare le risposte rese dalla Corte anche in questo caso all'unanimità, e concretatesi nell'accordare al Parlamento la possibilità di agire unilateralmente solo nel caso di modifiche ai requisiti patrimoniali dei senatori, "suggerendo" – come noto vincolativamente – invece il rispetto della *7/50 rule* in materia di elezioni consultive e durata del mandato senatoriale e dell'*unanimity formula* in caso di abolizione dell'organo, acquista rilevanza ai fini di questo studio solo nella misura in cui si consideri come a guidare un simile output istituzionale sia stato – come osservato altresì nella precedente *reference* richiamata – il simbiotico articolarsi, nel percorso argomentativo della Corte, da un lato, della lettura del Senato quale fondamentale elemento all'interno dell'architettura federale canadese, per la modifica del quale si imponeva dunque l'effettivo coinvolgimento dei soggetti che di questa architettura federale facevano parte (autorità centrali e provinciali), e dall'altro, l'interpretazione dell'architettura medesima quale patto tra i livelli di governo.

Più nello specifico, posto il riconoscimento in capo al Senato della duplice funzione di Camera di riflessione complementare rispetto alla Camera dei Comuni e di organo deputato ad assicurare la rappresentanza degli interessi provinciali nel processo legislativo federale e, dunque, nell'elaborazione della politica nazionale⁶²⁰, i giudici di Ottawa qualificavano i proposti interventi modificativi su tale organo come impattanti proprio sulle funzioni medesime dell'organo e, in particolare, su quella relativa alla tutela degli interessi provinciali.

A questo punto, partendo da una lettura dell'ordinamento costituzionale federale come edificio interamente costruito sul dialogo federo-provinciale da rinnovare anche in caso di modifica dello stesso⁶²¹, risultava chiaro, nel convincimento della Corte, come un intervento che andasse ad alterare i meccanismi di valorizzazione e tutela proprio degli interessi provinciali non potesse che avvenire alla sola condizione di un coinvolgimento ampio e effettivo delle Province medesime, con la sola eccezione delle modifiche relative ai requisiti

⁶¹⁹ Sec. 44: «Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons».

⁶²⁰ Par. 15.

⁶²¹ Cfr. parr. 29-31.

di ordine patrimoniale che, proprio perché – sempre secondo la Corte – non incidenti sulla capacità del singolo senatore di adempiere ai suoi doveri e alle sue funzioni, non necessitavano dell'intervento provinciale, risultando sufficiente la mera azione unilaterale del Parlamento federale⁶²².

E tuttavia, proprio in relazione a tale ultima modifica proposta è emerso, nell'unanime parere della Corte, l'esplicita tutela della Provincia francofona cui si accennava.

In particolare, riconosciuta la possibilità in capo al Parlamento federale di intervenire unilateralmente sul requisito secondo cui i senatori debbano avere un patrimonio netto personale di almeno 4000 dollari (s. 23(4), *Constitution Act, 1867*)⁶²³ e una proprietà immobiliare dal valore di almeno 4000 dollari nella Provincia per la quale sono nominati (s. 23(3), *Constitution Act, 1867*)⁶²⁴, la Corte ha tuttavia affermato come l'eliminazione completa della sec. 23 (3) avrebbe reso inoperativa la sec. 23(6), secondo la quale, con riferimento al Québec, il requisito patrimoniale immobiliare non impone al candidato senatore di risiedere necessariamente nella relativa *division* elettorale⁶²⁵.

Di conseguenza, per la modifica di una simile disposizione, evidentemente volta a consentire ai francofoni non residenti in Québec di avanzare la propria candidatura per la *Upper House* in rappresentanza della Provincia francofona pur non abitandovi, i supremi giudici hanno chiarito come il procedimento emendativo dovesse necessariamente contemplare il consenso dell'Assemblea nazionale del Québec⁶²⁶, a conferma e a tutela così di quel *favor* nei confronti della Provincia francofona posto alla base del patto costituzionale risalente al 1867⁶²⁷.

5. (Segue) Il *Patriation round*

Nei giudizi di *reference* sul Senato appena richiamati, fatta eccezione – come visto – per quanto affermato con riguardo ai requisiti patrimoniali immobiliari dei senatori quebecchesi, la questione relativa alla posizione costituzionale del Québec all'interno della Federazione è stata affrontata dalla Corte solo in via indiretta.

E tuttavia, forti del criterio classificatorio prima menzionato, è ora opportuno richiamare due casi ove, invece, la questione quebecchese ha assunto un ruolo pienamente centrale dinanzi ai giudici di Ottawa. Il riferimento è alla *Reference re Resolution to amend the Constitution*

⁶²² Par. 90.

⁶²³ Sec. 23: «*The Qualifications of a Senator shall be as follows: 4. His Real and Personal Property shall be together worth Four thousand Dollars over and above his Debts and Liabilities*».

⁶²⁴ Sec. 23(3): «*He shall be legally or equitably seised as of Freehold for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Free and Common Socage, or seised or possessed for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Franc-alieu or in Roture, within the Province for which he is appointed, of the Value of Four thousand Dollars, over and above all Rents, Dues, Debts, Charges, Mortgages, and Incumbrances due or payable out of or charged on or affecting the same*».

⁶²⁵ Sec. 23(6): «*In the Case of Quebec he shall have his Real Property Qualification in the Electoral Division for which he is appointed, or shall be resident in that Division*».

⁶²⁶ Par. 93.

⁶²⁷ Ceccherini E., *Il ruolo dei...* op. cit., 56-57.

(*Patriation Reference*)⁶²⁸ e alla *Reference re Objection by Quebec to Resolution to amend the Constitution (Quebec Veto Reference)*⁶²⁹, rese rispettivamente nel 1981 e nel 1982⁶³⁰. Il riferimento temporale aiuta a comprendere come queste si siano inserite nel pieno del già citato processo di *Patriation* della Costituzione canadese. Un processo, quello di recisione del legame con la Madrepatria britannica, perseguito – come si è avuto modo di vedere – in via inizialmente unilaterale dal Primo Ministro Trudeau e in un clima di pressoché unanime avversione da parte delle Province⁶³¹, superata in un secondo momento anche grazie all'intervento proprio della Corte Suprema, senza tuttavia comportare, come noto, l'adesione del Québec al rinnovato patto costituzionale del Canada (finalmente) sovrano.

Procedendo allora con ordine, è bene innanzitutto precisare come la *Patriation Reference* fosse sorta su istanza di tre – tra cui il Québec⁶³² – delle otto Province oppostesi alla modifica unilaterale del BNAA che il progetto di *Patriation* elaborato a livello federale recava con sé, e come in tale parere la Corte fosse stata chiamata a pronunciarsi sulla presenza o meno di un obbligo, a livello convenzionale ovvero costituzionale, in capo al Governo federale di ottenere il consenso delle Province per le modifiche del BNAA che implicassero conseguenze in ordine ai poteri, ai diritti e alle prerogative delle Province medesime.

Posto il parere unanime con cui la Corte ha riconosciuto come gli emendamenti al BNAA promossi dal Governo federale implicassero effettivamente conseguenze sui poteri, sui diritti e sulle prerogative delle Province, nonché sulle relazioni federo-provinciali, l'elemento che qui più interessa evidenziare, per verificare l'eventuale posizione partigiana dei tre componenti della Corte di estrazione quebecchese, è come attorno al riconoscimento come giuridicamente ovvero convenzionalmente obbligatorio del consenso delle Province per le proposte modifiche del BNAA il parere si sia articolato in due distinte maggioranze.

Una prima maggioranza del collegio (7-2), dopo aver sottolineato come l'approvazione dello *Statute of Westminster* del 1931 non avesse in alcun modo messo in dubbio il riconoscimento in capo al Parlamento britannico della titolarità in via esclusiva del potere di modificare il BNAA, ha sottolineato come, da un punto di vista strettamente giuridico, le autorità federali potessero unilateralmente chiedere a Londra l'approvazione delle modifiche al BNAA. A sostegno di una simile conclusione, i giudici privilegiavano, richiamandosi al dato positivo nonché giurisprudenziale, una lettura centralizzata dell'architettura federale: pur riconoscendo come il BNAA prevedesse la competenza legislativa esclusiva delle Province

⁶²⁸ [*Re: Resolution to amend the Constitution*, \[1981\] 1 S.C.R. 753.](#)

⁶²⁹ [*Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, \[1982\] 2 S.C.R. 793.](#)

⁶³⁰ Per un'analisi delle due pronunce *de quibus* con una riflessione altresì sul valore delle convenzioni costituzionali nell'ordinamento canadese cfr. Rosa F., *La Corte Suprema di fronte alla patriation della Costituzione*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte...* op. cit., 51-73.

⁶³¹ In senso favorevole alla proposta federale di modifica del BNAA si espressero le sole province dell'Ontario e del New Brunswick.

⁶³² Furono in particolare le province del Manitoba, Newfoundland e Québec a interpellare le rispettive Corti d'appello in merito alla necessità di consultare le entità federate prima di inoltrare una richiesta di modifica del BNAA a Londra. In seguito alla pronuncia della Corte d'appello del Newfoundland in merito alla necessità costituzionalmente imposta di ottenere il consenso delle Province, il Governo federale interpellava la Corte Suprema sul punto.

in determinate materie, secondo la maggioranza dall'intero impianto costituzionale emergeva una preminenza alle autorità federali, che, nel suo carattere eminentemente giuridico, non poteva essere scalfita da convenzioni dalla mera valenza politica legate a ricostruzioni in chiave pattizia delle Federazione.

Se dunque, a livello giuridico, l'approvazione della risoluzione con cui il Parlamento canadese domandava a quello britannico la revisione del BNAA veniva ritenuto dalla maggioranza rispettosa del dettato costituzionale, una seconda maggioranza (6-3) si pronunciava, tuttavia, in favore dell'esistenza – sulla base del test trifasico elaborato in dottrina da Jeggins⁶³³ – di una convenzione costituzionale in base alla quale le proposte modificative del BNAA impattanti sui poteri, i diritti e le prerogative delle Province ovvero sulle relazioni federo-provinciali dovessero essere indirizzate al Parlamento britannico solo previo ottenimento di un «*substantial degree of consent*» da parte delle entità federate.

Si tratta di una conclusione alla quale tale maggioranza giunge in virtù di una lettura della federazione maggiormente protesa, questa volta, a valorizzarne il carattere pattizio, tramite, in particolare, l'individuazione della *ratio* del BNAA non tanto nella volontà di fondere le entità provinciali in una sola o di subordinare i governi provinciali a un'autorità centrale, bensì in quella di creare un edificio federale ove tutte le entità provinciali potessero essere rappresentate e cui potesse affidarsi l'amministrazione in via esclusiva delle questioni in cui esse avessero un interesse comune, lasciando per il resto a ciascuna Provincia la propria sfera di autonomia.

Non deve, a questo proposito stupire, dunque come, con riferimento alla prima fase del test richiamato e relativo alla verifica di eventuali precedenti, la Corte abbia rammentato come nelle cinque revisioni impattanti sui rapporti federo-provinciali ovvero sui poteri legislativi provinciali, ciascuna di esse fosse stata approvata all'unanimità delle Province ovvero dall'unanimità delle Province interessate, sottolineando altresì come in altri casi il mancato consenso delle Province avesse bloccato il processo di riforma avviato dal Governo federale, annoverando – e qui giova porlo in evidenza – tra essi anche gli episodi che avevano visto l'opposizione anche del solo Québec risultare sufficiente a bloccare l'iniziativa governativa federale di revisione.

Due differenti maggioranze, dunque, per due diverse letture del federalismo: l'una propensa a difendere positivisticamente la preminenza degli interessi federali su quelli provinciali, l'altra sensibile alla difesa di questi ultimi – e tra essi di quelli del Québec – nel procedimento di revisione sulla scorta di una visione onnicomprensiva della Costituzione del Paese quale frutto della somma tra testo costituzionale e convenzioni costituzionali⁶³⁴.

E tuttavia, il dato che qui interessa richiamare è come i nomi dei tre giudici quebecchesi

⁶³³ Cfr. Jeggins I., *The Law and the Constitution*, Londra, 1959, 134 ss., secondo cui sono tre le domande che compongono il test relativo alla configurabilità di una convenzione costituzionale: 1) ci sono dei precedenti?, 2) coloro che hanno agito lo hanno fatto con la convinzione di essere obbligati a rispettare una norma?, 3) tale norma ha una ragione d'essere?

⁶³⁴ Cfr. pp. 883-884.

possano rinvenirsi in entrambe le opinioni di maggioranza, potendosi anche in questo caso escludere un loro ruolo partigiano, per una decisione sostanzialmente articolatasi attorno al grado di vincolatività da attribuire alla fonte convenzionale, ma che ha avuto in ogni caso il merito, come già accennato, di incentivare il dialogo tra gli attori politici per una soluzione condivisa – poi raggiunta tramite la riapertura da parte del Primo Ministro Trudeau della concertazione con le Province e il successivo accordo sui contenuti della riforma poi recepiti nella risoluzione approvata dalle Camere del Parlamento nel dicembre 1981.

Eppure, come più volte richiamato, da un simile accordo restava esclusa la Provincia francofona, non a caso unico soggetto istituzionale proponente il secondo giudizio di *reference* che qui si intende approfondire.

Nella *Québec Veto Reference* la Corte veniva interpellata⁶³⁵, da un lato, sull'esistenza o meno di una convenzione costituzionale che imponesse il consenso unanime delle Province in caso di modifiche della Costituzione idonee a impattare sulle competenze legislative delle entità federate, e dall'altro, sul riconoscimento sempre per convenzione costituzionale in capo al Québec, in virtù del dualismo nella società canadese da tale Provincia rappresentato, di un diritto di veto sulle modifiche costituzionali riguardanti le sue competenze legislative nonché lo status ovvero il ruolo del Legislativo o dell'Esecutivo provinciali francofoni all'interno della Federazione canadese⁶³⁶.

Il duplice quesito poneva la Corte dinanzi a una scelta tra due poli sensibilmente opposti: da un lato, sostanzialmente delegittimare *ex post* – con le relative conseguenze politico-costituzionali – la *Patriation* nel mentre già intervenuta, dall'altro, porre in dubbio lo storico dualismo anglo-francofono posto alla base della Federazione⁶³⁷.

Una Corte consapevole di come dietro il riconoscimento di qualsiasi convenzione costituzionale contemplante il requisito dell'unanimità o il diritto di veto si celasse una lettura pattizia – tra Province o tra popoli fondatori – dell'impianto federale⁶³⁸, in merito al primo quesito, riprendeva quanto già affermato nella *Patriation Reference* per escludere la configurabilità di una convenzione costituzionale che prescrivesse il consenso all'unanimità delle Province in relazione alla modifica del BNAA⁶³⁹.

Con riguardo, invece, al presunto potere di veto in capo al Québec, pur riconoscendo il principio del dualismo all'interno dell'ordinamento canadese, la Corte escludeva l'attestarsi

⁶³⁵ Dopo il raggiunto accordo tra Governo federale e gli esecutivi provinciali, il Québec promuoveva il giudizio di *reference* dinanzi alla Corte d'appello provinciale chiedendo se procedere alle modifiche costituzionali previste dall'accordo fosse "unconstitutional in the conventional sense". Pronunciata in senso negativo la Corte d'Appello all'unanimità il 7 aprile 1982, il caso finiva dinanzi alla Corte Suprema il 13 aprile, quattro giorni prima della definitiva entrata in vigore del *Constitution Act, 1982*.

⁶³⁶ Pp. 793, 798.

⁶³⁷ «Thus, the Supreme Court of Canada in dealing with this case was truly between a rock and a hard place». Così, in maniera simbolicamente efficace, si esprime Russell nel commentare la posizione dinanzi alla quale la Corte era stata posta in ragione del parere richiesto. Cfr. Russell P.H., *The Patriation and Quebec Veto References: The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 54, 1/2011.

⁶³⁸ Pp. 801, 804, 812-815.

⁶³⁹ Pp. 807-812.

di quest'ultimo come convenzione costituzionale in grado di conferire alla Provincia francofona il diritto di veto rivendicato in ragione di una netta differenziazione rispetto alle altre entità federate.

L'argomento tramite il quale la Corte perveniva a questa conclusione si basava nuovamente sul già richiamato test di Jeggins, approfondito questa volta dai supremi giudici nel suo secondo step, in base al quale perché una regola possa assurgere a convenzione costituzionale essa deve essere percepita come vincolante dai soggetti istituzionali interessati.

Sottolineando, a questo proposito, da un lato, come non vi fossero prove tangibili e documentali che dimostrassero come in passato il Primo Ministro del Canada e gli omologhi delle altre Province si fossero sentiti vincolati da una norma che richiedeva il consenso del Québec, e dall'altro, come una simile sensibilità o permeabilità istituzionale non fosse stato possibile riscontrarla neppure nelle recentissime vicende legate alla *Patriation*, la Corte stabiliva pertanto come la Provincia francofona non fosse convenzionalmente titolare del diritto di veto sugli emendamenti costituzionali riguardanti il suo potere e il suo status all'interno della Federazione posti in essere da una *Patriation* – come ricordato dai giudici⁶⁴⁰ – peraltro già realizzatasi.

Si concludeva in questo modo il c.d. *Patriation Round*: con una pronuncia resa – giova ai nostri fini segnalarlo – all'unanimità dal collegio di Ottawa.

Forse dinanzi alla più grande occasione (o tentazione) di farsi promotori di un indirizzo “pro-Québec” i giudici francofoni, mostrando peraltro una certa coerenza con le posizioni sostenute un anno prima nella *Patriation Reference*, aderivano infatti a un'opinione di netta chiusura nei confronti delle ambizioni di distintività manifestate dalla Provincia francofona.

6. (Segue) La *Secession Reference*

Le ambizioni di distintività da ultimo richiamate (ri)divennero⁶⁴¹ negli anni avvenire, come noto, vere e proprie rivendicazioni secessionistiche. Come visto nel § 5 della parte I sezione I del presente capitolo, falliti i tentativi conciliativi di Meech Lake nel 1987 e di Charlottetown nel 1992, il perpetrarsi del «peccato originale»⁶⁴² rappresentato dal mancato consenso quebecchese alla *Patriation* del 1982 sfociò, infatti, successivamente nella celebrazione nel 1995 del secondo referendum sull'indipendenza del Québec.

Quanto della già richiamata reazione del Governo federale all'esito referendario interessa qui approfondire è la proposizione del giudizio di *reference* in merito alla legittimità, sul piano del diritto interno e internazionale, di un eventuale secessione unilaterale del Québec

⁶⁴⁰ Pp. 805-806.

⁶⁴¹ Vuole qui farsi riferimento al già richiamato referendum popolare tenutosi il 20 maggio del 1980 e volto eventualmente a legittimare il governo della Provincia francofona a negoziare la piena sovranità del Québec con le autorità federali.

⁶⁴² In questi termini Rosa F., *La Corte Suprema...* op. cit., 69.

dal resto del Canada.

La risposta a tale quesito costituisce, infatti, l'ultimo banco di prova ove intende qui testarsi il ruolo della componente francofona all'interno del collegio in una questione ancora una volta centrale per la definizione – in questo caso nei termini di un'eventuale divisione – della posizione costituzionale della Provincia francofona rispetto alla Federazione.

E dunque, andando più nello specifico, ai supremi giudici di Ottawa veniva richiesto 1) se in base alla Costituzione canadese il Québec potesse unilateralmente procedere alla secessione, 2) se il Québec potesse unilateralmente secedere in virtù di un diritto all'autodeterminazione a esso riconosciuto dal diritto internazionale e 3) se in caso di conflitto tra diritto interno e internazionale in ordine al diritto di procedere unilateralmente alla secessione quale dei due sarebbe prevalso.

Risolti con una certa facilità il secondo e terzo quesito mediante rispettivamente una risposta in senso negativo – in ragione dell'impossibilità di riconoscere a favore del Québec un diritto all'autodeterminazione riconducibile, ai sensi del diritto internazionale, solo a un popolo colonizzato o oppresso – e una mancata risposta – legata alla conseguente assenza di un contrasto tra diritto internazionale e diritto interno –, la risposta sulla quale la Corte più si è soffermata, e sui cui qui occorre parimenti maggiormente concentrarsi, riguarda la costituzionalità della secessione unilaterale.

Pur non escludendo in linea di principio come una secessione unilaterale realizzatasi in via di fatto tramite l'effettivo controllo del territorio da parte del Governo provvisorio e il correlato riconoscimento da parte della comunità internazionale non potesse che incontrare il riconoscimento da parte del Governo canadese sulla base del principio di effettività⁶⁴³, la Corte ha negato la legittimità costituzionale della secessione unilaterale, stabilendo come essa dovesse essere invece intrapresa, da un lato, rispettando le procedure previste per la modifica della Costituzione⁶⁴⁴ – senza che la Corte avesse indicato quale tra queste –, e dall'altro, solo a seguito di un processo di negoziazione avente come protagonisti il Governo federale nonché tutte le altre entità federate oltre al Québec con il fine di determinare i termini e le condizioni della separazione *de qua*.

Per far sorgere quello che, con riferimento alla negoziazione da ultimo citata, veniva qualificato come un obbligo sussistente in capo alle parti menzionate, la Corte ha tuttavia richiesto come necessaria “a monte” la risposta affermativa da parte di una maggioranza «chiara» – non specificata dai giudici nella sua concreta entità – della popolazione francofona a un quesito parimenti «chiaramente» formulato relativo al progetto secessionistico della *Belle Province*, senza che tuttavia questo determinasse in via

⁶⁴³ Par. 140.

⁶⁴⁴ Imponendo la revisione costituzionale per la realizzazione della secessione la Corte si poneva nel solco dell'orientamento espresso dalla dottrina maggioritaria canadese sul punto. Cfr. Woehrling J., *Les aspects juridiques d'une éventuelle secession du Québec*, in *Revue du barreau canadien*, 2/1995, 293 ss.; Hogg P.W., *Principles Governing the Secession of Quebec*, in *National Journal of Constitutional Law*, 8/1997, 19 ss.; Monahan P., *The Law and Politics of Quebec Secession*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, 1/1995, 1 ss.; Finkelstein N., Vegh G., *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, Toronto, 1992.

automatica l'accoglimento del progetto medesimo, rimanendo il suo esito affidato alla dialettica tra le parti, come detto, "obbligate" a dialogare.

Una decisione, quella richiamata, evidentemente – e volutamente – votata a lasciare ampio spazio all'azione – poi concretatasi come visto nel *Clarity Act* e nella *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* – agli attori politici, alla quale la Corte tuttavia è pervenuta – ed è quanto qui più interessa sottolineare – facendo leva come già detto su quattro principi fondamentali – federalismo, democrazia, costituzionalismo e principio di legalità, rispetto delle minoranze – considerati in posizione di reciproca equiordinazione e in una veste non meramente descrittiva bensì normativa.

E tuttavia, per uno studio che si prefigga di individuare l'eventuale ruolo assolto, nella decisione *de qua*, dalla componente francofona all'interno del supremo collegio, può risultare dirimente sottolineare, in particolare, l'effettiva coabitazione o coesistenza all'interno della medesima *reference* di due opposte letture – pattizia e con una certa distintività riconosciuta al Québec, da un lato, e *pan-canadian*, dall'altro, – tanto del federalismo quanto, e correlativamente, della Costituzione canadese.

Più nello specifico, per quanto riguarda la visione pattizia dell'edificio federale, se già nei passi dedicati alla ricostruzione storica la Corte ha avuto modo di evidenziare come il BNAA fosse nato in virtù di un patto tra Province⁶⁴⁵ altresì dotato dei necessari elementi atti a garantire la lingua e la cultura francese sia direttamente – rendendo il francese una delle lingue ufficiali in Québec e in Canada – sia indirettamente – assegnando la competenza in materia di istruzione e di "*Property and Civil rights in the Province*" alle Province⁶⁴⁶, nella ricostruzione del principio del federalismo la Corte non ha poi esitato a riconoscere come esso si basasse sul riconoscimento 1) delle diversità innervanti la Federazione nonché 2) del diritto dei governi provinciali di favorire lo sviluppo delle proprie comunità all'interno delle rispettive materie di competenza.

All'interno di un quadro che ha visto la Corte sottolineare come tutte le Province nell'arco della storia canadese abbiano letto nel federalismo lo strumento idoneo per meglio tutelare non solo la loro autonomia governativa ma anche le loro rispettive tradizioni culturali⁶⁴⁷, un'attenzione specifica veniva peraltro riservata, nel par. 59 del parere, al Québec. Nelle parole della Corte, infatti, si riconosceva al principio del federalismo il merito di consentire il perseguimento di obiettivi collettivi da parte delle minoranze culturali e linguistiche costituenti a un tempo la maggioranza all'interno di una particolare Provincia, menzionando, a questo proposito, espressamente il Québec, caratterizzato per la presenza della maggioranza di lingua francese e con una cultura distinta.

La Corte proseguiva argomentando come la realtà sociale e demografica del Québec

⁶⁴⁵ Par. 37.

⁶⁴⁶ Par. 38.

⁶⁴⁷ Par. 60.

spiegasse l'esistenza stessa della Provincia quebecchese come unità politica e, in effetti, come fosse stata una delle ragioni fondamentali che aveva determinato la predisposizione di un'architettura federale per l'Unione canadese costituita nel 1867 a seguito della fallita soluzione del Canada East e del Canada West ai sensi dell'*Union Act* del 1840: la struttura federale adottata aveva infatti permesso ai canadesi francofoni, da un lato, di formare una maggioranza numerica nella provincia del Québec, così potendo esercitare i considerevoli poteri provinciali conferiti dal BNAA funzionalmente alla promozione della loro lingue e cultura, e dall'altro, di godere di una rappresentanza garantita in seno al Parlamento federale. E tuttavia, proprio il riferimento compiuto dalla Corte, nel citato par. 59, relativamente al Québec, a una *distinct culture* e non, come rivendicato dalla Provincia francofona, a una *distinct society*, costituisce l'abbrivio per portare qui all'attenzione considerazioni di tutt'altro tenore compiute dai supremi giudici e inequivocabilmente riconducibili a una visione pan-canadese dell'edificio federale e, correlativamente, della Costituzione.

Si considerino, a questo proposito, i passaggi nei quali la Corte ha, ad esempio, qualificato il BNAA come un «atto di edificazione di una nazione»⁶⁴⁸ e la Costituzione come espressione della sovranità della popolazione del Canada nonché della volontà di un popolo di essere governato conformemente a certi principi ritenuti fondamentali e a certe prescrizioni che circoscrivono i poteri del corpo legislativo e del Governo⁶⁴⁹. Una simile lettura del Canada come *pactum societatis*⁶⁵⁰ non costruito su legami o rivendicazioni di carattere etnico o identitario emerge altresì nella parte del *reference* in cui i giudici hanno sottolineato come con l'entrata in vigore del *Constitution Act* del 1982, il Québec fosse comunque rimasto vincolato a una Costituzione differente rispetto a quella precedente, sebbene avesse rifiutato di aderirvi⁶⁵¹.

L'argomento (pan)nazionale ritorna altresì quando la Corte, discorrendo sull'illegittimità costituzionale della secessione unilaterale e, in particolare, sul carattere tanto necessario quanto difficile delle negoziazioni per un'eventuale separazione del Québec dal *Rest of Canada*, ha evidenziato, da un lato, come dietro la riconosciuta e constatata difficoltà di una seppur negoziata uscita della Provincia francofona dal consesso federale si celasse una «nostra esistenza nazionale, così strettamente intessuta sotto tanti aspetti», e dall'altro lato, riprendendo l'intervento del Procuratore Generale del Saskatchewan, come «una nazione è costruita quando le collettività che la compongono assumono degli impegni nei suoi confronti, quando esse rinunciano a scelte e opportunità in nome di una nazione, [...] quando le collettività che la compongono fanno dei compromessi, quando si danno delle garanzie reciproche, quando scambiano e, forse ancor più, quando ricevono da altri i benefici della solidarietà nazionale. I fili di migliaia di concessioni reciproche tessono la tela della

⁶⁴⁸ Par. 43.

⁶⁴⁹ Par. 85.

⁶⁵⁰ Così Groppi T., *Concezioni della democrazia e della Costituzione nella decisione della Corte Suprema del Canada sulla secessione del Quebec*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1998, 3073-3076.

⁶⁵¹ Par. 47.

nazione»⁶⁵².

Da quanto sino ad ora esposto, e in virtù delle già richiamate conclusioni cui è pervenuta la Corte, se dunque si ponessero simbolicamente su una bilancia la visione pan-canadese, da un lato, e quella pattizia, dall'altro, dell'ordinamento costituzionale canadese risultanti dal parere *de quo*, essa – può sostenersi – penderebbe a favore della prima delle due.

Una simile conclusione assume qui rilevanza nella misura in cui si considera, anche in questo caso, come la *Secession Reference* sia stata resa dalla Corte all'unanimità.

Anche nella pronuncia *de qua*, i tre giudici francofoni hanno, dunque, mostrato piena adesione a una lettura sostanzialmente pan-canadese della Costituzione canadese, tale da riconoscere sì un certo grado di distintività alla Provincia francofona, ma sempre all'interno di un quadro unitario federale, all'eventuale rottura del quale la Corte comunque apre, purché essa venga celebrata con i crismi di un negoziato sulla definizione del quale il supremo consesso si guarda bene dal pronunciarsi, evitando così di fare ingresso in un terreno – quello della dialettica politica – potenzialmente lesivo della propria legittimazione e, conseguentemente, del valore persuasivo della pronuncia medesima.

SEZIONE II

CORTE SUPREMA E GIURISDIZIONE DEI DIRITTI LINGUISTICI

1. Una premessa

*«Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them»*⁶⁵³.

*«The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society»*⁶⁵⁴.

*«Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is a means by which a people may express its cultural identity. It is also the means by which one expresses one's personal identity and sense of individuality»*⁶⁵⁵.

Se già dalla ricostruzione della storia costituzionale canadese prima compiuta indossando le

⁶⁵² Par. 96.

⁶⁵³ [Mahe v. Alberta](#), [1990] 1 S.C.R. 342, p. 362.

⁶⁵⁴ [Re Manitoba Language Rights](#), [1985] 1 S.C.R. 721, p. 744.

⁶⁵⁵ [Ford v. Quebec \(A. G.\)](#), [1988] 2 S.C.R. 712, par. 40.

lenti del patto tra i due popoli fondatori è emerso come la questione linguistica abbia costituito tratto ineludibilmente caratterizzante la nascita – prima – e l’evoluzione – poi – dell’ordinamento in esame, il merito delle appena richiamate parole, pronunciate dalla Corte Suprema rispettivamente nell’ordine in *Mahé v. Alberta* del 1990, *Re Manitoba Language Rights* del 1985 e *Ford v. Quebec* del 1988, è quello di riuscire con un certo grado di emblematicità a meglio chiarire le ragioni per le quali la disamina della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti linguistici può costituire un elemento sicuramente utile alla valutazione, in termini eventualmente rappresentativi, del ruolo assolto dalla componente francofona all’interno della Corte Suprema stessa.

Tanto dai passi *supra* appena richiamati, quanto dalle vicende storico-costituzionali viste, emerge con chiarezza, infatti, come il caso canadese rappresenti uno degli esempi più lampanti ove riscontrare l’indissolubile legame che unisce lingua e sviluppo culturale di una comunità: più che in altri casi, infatti, apprestare una adeguata tutela ai diritti linguistici ha significato (e significa ancora oggi) in Canada preservare e promuovere, nei suoi elementi materiali e immateriali, il patrimonio culturale e identitario delle collettività di lingua ufficiale⁶⁵⁶.

Se questo è vero, diviene allora agevole comprendere come i casi relativi ai diritti linguistici posti all’attenzione della Corte Suprema costituiscano un utile banco di prova ove testare, ancora una volta, il grado di identificazione dei giudici francofoni con la comunità di appartenenza, verificando il contributo da questi ultimi offerto alle decisioni della Corte in una materia normativamente edificata – come si vedrà – anche attorno al criterio personale, posta la configurabilità delle comunità anglofona e francofona alternativamente come gruppi minoritario o maggioritario a seconda del combinarsi, in relazione a ciascun caso concreto, del dato demografico con quello di localizzazione geografica all’interno dell’intero territorio canadese.

Ricostruire il quadro normativo costituisce, a questo proposito, il primo passo con il quale procedere.

2. I diritti linguistici nell’ordinamento canadese: il quadro normativo

Analizzare l’operato della Corte Suprema in tema di diritti linguistici richiede preliminarmente un richiamo al parametro normativo in relazione al quale la Corte medesima è stata chiamata pronunciarsi.

Una “cassetta degli attrezzi” – quella cui la Corte ha potuto ermeneuticamente fare riferimento – che ha visto il proprio contenuto arricchirsi progressivamente nel tempo, trovando, in particolare, un vero e proprio momento dirimente nell’approvazione del *Constitution Act, 1982* e nella coeva entrata in vigore della Carta dei diritti e delle libertà

⁶⁵⁶ Piergigli V., *I diritti linguistici...* op. cit., 150-151.

fondamentali⁶⁵⁷.

È stato già ricordato, infatti, come nel BNAA del 1867, l'unica previsione riconducibile alla sfera dei diritti linguistici fosse la sec. 133. Quest'ultima prevedeva 1) la possibilità dell'uso dell'inglese e del francese nei dibattiti parlamentari, sia all'interno del Parlamento federale che nell'Assemblea Nazionale del Québec; 2) che la redazione dei rispettivi documenti e verbali, nonché la stampa e la pubblicazione delle leggi di entrambi gli organi rappresentativi contemplassero sia la versione inglese sia quella francese; 3) che entrambe le lingue potessero essere usate da qualsiasi persona in ogni procedimento giurisdizionale dinanzi ai giudici federali e del Québec.

E tuttavia, della sec. 133 – e dell'embrionale istituzionalizzazione del bilinguismo da essa realizzata – è stato altresì sottolineato, da un lato, il limitato impatto sull'effettiva tutela, in particolare, delle minoranze francofone fuori dal Québec, e dall'altro, la sua scarsa implementazione a livello legislativo quasi fino alla metà del secolo successivo.

Nonostante l'adozione del *Manitoba Act* del 1870 – istitutivo, in particolare nella sua sec. 23, del bilinguismo quale diritto esercitabile nel Parlamento e nelle Corti del Manitoba⁶⁵⁸ – e del già citato *Official Languages Act* del 1969 – nato a seguito delle conclusioni della *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* e più volte modificato nel corso del tempo con lo scopo di garantire il rispetto della parità di status di inglese e francese nelle istituzioni federali nonché di sostenere lo sviluppo delle lingue ufficiali delle minoranze –, non deve pertanto stupire come la Corte Suprema, fino all'approvazione della Carta dei diritti, non avesse avuto modo di pronunciarsi con una certa frequenza e, conseguentemente, significatività nella materia dei diritti linguistici.

L'approvazione della Carta del 1982 ha, in questo senso, segnato un netto cambio di passo: l'inclusione di un catalogo di diritti linguistici all'interno della Costituzione con l'obiettivo di fornire garanzie costituzionali onnicomprensivamente utili alla salvaguardia dell'inglese e del francese, da un lato, e il carattere – così come definito in dottrina – a un tempo «meravigliosamente ambiguo»⁶⁵⁹ del disposto costituzionale *de quo*, dall'altro, hanno richiesto e determinato il progressivo affermarsi della Corte quale supremo interprete anche dei diritti linguistici.

Venendo dunque all'analisi del quadro disegnato in materia dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, può essere utile ricondurre le norme poste a tutela dei diritti linguistici

⁶⁵⁷ Parla più in generale dell'approvazione della Carta dei diritti e delle libertà come «uno spartiacque nella concezione dei diritti e nel riconoscimento delle differenze culturali» nella storia costituzionale del Canada Rolla G., *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi...* op. cit., 11.

⁶⁵⁸ Cfr. sec. 23 [Manitoba Act, 1870](#): «*Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be Printed and published in both those languages*».

⁶⁵⁹ Così Magnet J.E., *The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism*, in *Supreme Court Law Review*, 4/1982, 170.

a tre diversi ambiti di applicazione: 1) politico-istituzionale, 2) giudiziario, 3) educativo⁶⁶⁰. Si tratta di una classificazione, questa, che investe disposizioni nella *Charter* rubricate sia sotto la voce «*Official Languages of Canada*» e sia sotto quella relativa ai «*Minority Language Educational Rights*», in ossequio all'inevitabile legame – emerso peraltro già dall'analisi della sec. 93 del BNAA precedentemente richiamata – tra istruzione e lingua. E dunque, procedendo con ordine, con riguardo all'ambito politico-istituzionale, la sec. 16(1) stabilisce che l'inglese e il francese sono le lingue ufficiali del Canada e conferisce a entrambe pari dignità e pari diritti e privilegi riguardo al loro utilizzo nelle istituzioni. La sec. 17(1) prevede, invece, che inglese e francese possano paritariamente utilizzarsi in ogni discussione e nei procedimenti parlamentari. La sec. 18(1) impone che ciascun atto del Parlamento o del Governo debba essere scritto, pubblicato e diffuso in entrambe le lingue ufficiali. Prima di passare all'ambito giudiziario, va, da ultimo, richiamato il disposto della sec. 20(1), secondo cui ciascun cittadino canadese ha il diritto di relazionarsi con l'apparato centrale federale alternativamente in inglese e francese, mentre, per quanto riguarda gli uffici centrali federali periferici, il cittadino può chiedere di interagirvi in una delle due lingue qualora sussista una «domanda significativa» in tal senso ovvero in virtù della natura del servizio richiesto⁶⁶¹.

In merito all'ambito giudiziario, l'unica disposizione che occorre segnalare è la sec. 19(1), ai sensi della quale viene riconosciuto in via espressa il diritto dei cittadini a utilizzare l'inglese o il francese in qualsiasi Corte istituita dal Parlamento federale.

Da ultimo, posto come le secs. 21 e 22, a chiusura della voce «*Official Languages of Canada*», si premurino di chiarire come nessuna delle sezioni precedenti abroghi o deroghi rispettivamente, da un lato, ai diritti, privilegi o obblighi riguardanti le due lingue ufficiali già previsti in base alla Costituzione del Canada, e dall'altro lato, a alcun diritto – positivo o convenzionale – o privilegio acquisito da altre lingue prima dell'entrata in vigore della Carta, l'analisi dei diritti linguistici nel terzo ambito della classificazione adottata impone il riferimento alla sec. 23, concepita – come suggerito dalla voce sotto la quale si colloca – per la tutela delle minoranze francofone presenti fuori dal Québec e della minoranza anglofona nella Provincia francofona.

In essa viene riconosciuto ai cittadini canadesi la cui lingua materna sia quella della minoranza francofona o anglofona della Provincia di residenza (23(1)(a)), ovvero che abbiano frequentato in Canada la scuola primaria in francese o in inglese e che risiedono in una Provincia ove la lingua di istruzione sia quella della minoranza francofona o anglofona (23(1)(b)), il diritto di far istruire i propri figli a livello primario e secondario nella lingua materna. Posto come ai sensi della sec. 23(2) il cittadino canadese che abbia scelto di far

⁶⁶⁰ Si serve di tale tripartizione Petrillo P.L., *Diritti linguistici e multiculturalismo in Canada*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2016, 993 ss.

⁶⁶¹ Va precisato come, in virtù della volontaria scelta del New Brunswick di divenire ufficialmente bilingue, le *sections* da 16 a 20 della Carta dei diritti contengono specifiche previsioni per il New Brunswick perfettamente in linea con quanto previsto a livello federale.

istruire in Canada uno dei propri figli in francese o in inglese nella scuola primaria e secondaria goda del diritto di far impartire l'insegnamento agli altri figli nella medesima lingua, il godimento dei diritti previsti ex sec. 23(1) e (2) viene subordinato dalla sec. 23(3) alla circostanza in base alla quale il numero di figli di cittadini che godono di tale diritto venga ritenuto sufficiente (secondo la nota formula «*numbers warrant*»⁶⁶²) a giustificare l'offerta di istruzione in una lingua minoritaria con fondi pubblici (23(3)(a)) – circostanza che, ove verificata, non esclude che, sempre qualora il numero di studenti lo richieda, a tal fine vengano predisposte apposite strutture educative parimenti finanziate con fondi pubblici (23(3)(b)).

Se questo è, dunque, il quadro costituzionale, talora meglio specificato a livello di legislazione federale se si pensa al già citato *Official Languages Act* o all'art. 530 del Codice penale relativo alla lingua dell'imputato – sul quale si avrà a breve modo di tornare in occasione nella disamina giurisprudenziale ventura –, va altresì rammentato come l'assenza di una disposizione costituzionale circa il riparto di competenze tra Federazione e Province in materia linguistica abbia consentito l'elaborazione anche a livello provinciale, sulla base della nota tecnica delle attribuzioni ancillari, di legislazioni sull'uso delle lingue ufficiali negli ambiti materiali di competenza riconosciuti in capo alle Province.

Sebbene non immediatamente riconducibile alla materia dei diritti linguistici, a conclusione del quadro normativo qui brevemente ricostruito, giova, da ultimo, richiamare la sec. 1 della *Charter*, la quale introduce una clausola derogatoria ai diritti inclusi nella Carta medesima, prevedendo, in particolare, che «*the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*».

A partire da questa disposizione, infatti, nella nota sentenza *R v. Oakes* del 1986⁶⁶³, la Corte Suprema ha avuto modo di elaborare un proprio test interpretativo secondo cui, al fine di stabilire se il limite al diritto garantito dalla Carta sia «*reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society*», devono essere rispettate due condizioni fondamentali⁶⁶⁴. In primo luogo, deve essere stabilita l'esistenza di uno scopo di sufficiente importanza, tale

⁶⁶² Tale riferimento tornerà utile per l'analisi della giurisprudenza della Corte a partire dal caso *Male v. Alberta* del 1990.

⁶⁶³ Cfr. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Il caso riguardava la legittimità del *Narcotic Control Act* del 1970, legge federale secondo la quale chiunque fosse stato trovato in possesso di sostanze stupefacenti, a prescindere dalla quantità, sarebbe stato accusato presuntivamente di traffico di stupefacenti. L'onere di provare che il possesso di droga fosse finalizzato non allo spaccio ma ad altri usi quali ad esempio il consumo personale, ai sensi della sec. 8 della legge *de qua*, era a carico dell'accusato. Tale inversione dell'onere della prova indusse sia il giudice di primo grado e la Corte d'Appello dell'Ontario a dichiarare incostituzionale la sec. 8, poiché contraria alla sec. 11(d) della Carta, relativa alla presunzione di innocenza per l'accusato. La Corte Suprema confermò l'incostituzionalità della sec. 8, non ritenendo applicabile la sec. 1 della Carta quale fondamento giuridico per giustificare i limiti al diritto ex sec. 11(d) della Carta.

⁶⁶⁴ Sull'*Oakes test* cfr. Rodriquez S., *La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte...* op. cit., 243 ss.

da autorizzare la compressione di un diritto o di una libertà costituzionalmente garantita⁶⁶⁵. In secondo luogo, si richiede che la parte che invoca la sec. 1 debba dimostrare che i mezzi scelti per raggiungere lo scopo medesimo siano «*reasonable and demonstrably justified*»⁶⁶⁶. Si tratta, quest'ultimo, del requisito della proporzionalità, a sua volta scomposto dalla Corte in tre passaggi fondamentali, secondo cui le misure della normativa derogatoria 1) devono essere attentamente progettate, o razionalmente collegate, allo scopo perseguito dalla normativa stessa; 2) devono pregiudicare il diritto costituzionalmente garantito nella minore misura possibile; 3) devono comportare degli effetti limitativi del diritto non sproporzionati rispetto allo scopo che la normativa vuole perseguire⁶⁶⁷.

E dunque, se si considera come l'Oakes test sia stato talora utilizzato dalla Corte Suprema anche nelle sue pronunce in materia di diritti linguistici, pare evidente come quest'ultimo richiamo arricchisca ulteriormente lo strumentario per l'analisi giurisprudenziale che ci si appresta a compiere, non prima di averne, tuttavia, definito – e giustificato – il criterio metodologico.

3. Come classificare e perché: il criterio geografico come bussola del viaggio

La ricostruzione della giurisprudenza in materia di diritti linguistici può prestarsi a numerosi approcci classificatori: si consideri, ad esempio, quello di carattere cronologico⁶⁶⁸, quello legato alla connessa materia oggetto di trattazione o, ancora, quello attento a vagliare il livello di dialogo tra giudiziario e decisore politico ingenerato dalle decisioni rese⁶⁶⁹. E tuttavia, per un'analisi volta – come già ricordato – a verificare il ruolo assolto anche in questa materia, particolarmente connessa alla dimensione identitaria, dalla componente francofona all'interno del supremo consesso di Ottawa, il criterio che pare maggiormente opportuno in questa sede adottare è quello che opera una ripartizione delle pronunce sulla base del luogo ove il caso ha tratto origine o, più precisamente, tra i casi sorti in Québec e quelli sorti nel *Rest of Canada*.

Si tratta, questa, di una scelta derivante dall'impossibilità – come peraltro visto altresì con riguardo alla giurisdizione dei conflitti – di avere un riscontro quantitativamente rilevante circa la presenza di casi nei quali i tre giudici quebecchesi abbiano manifestato in blocco

⁶⁶⁵ «First, the objective to be served by the measures limiting a Charter right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection».

⁶⁶⁶ «Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified».

⁶⁶⁷ «To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective -- the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be».

⁶⁶⁸ Tale criterio è adottato ad esempio, per la dottrina italiana, da Piergigli V., *I diritti linguistici...* op. cit., 149-178; De Caria R., [The case-law of the supreme court of Canada on minority linguistic rights: an attempt to disseminate charter patriotism, and its inconveniences](#), CDCT-ELC working paper, 5-2012.

⁶⁶⁹ De Caria R., *Some reflections on the case-law of the Supreme Court of Canada on minority linguistic rights: the dangers of an instrumental approach*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla...* op. cit., 204-206.

un'opinione differente rispetto al collegio in tema, in questo caso, di diritti linguistici.

Prescindendo dalle pronunce emesse all'unanimità, tra quelle che hanno visto il collegio dividersi nelle opinioni rese non emerge, infatti, alcun caso in cui figura un simile scenario⁶⁷⁰.

Se allora – tenendo a mente la dinamica rischi-benefici richiamata nelle note preliminari di questa Parte II del presente capitolo – risultano scongiurati i timori circa la riproposizione all'interno della Corte del cleavage linguistico, analizzare la giurisprudenza costituzionale in materia di diritti linguistici lungo il richiamato filo Québec-*Rest of Canada* con riguardo al dato geografico di provenienza dei casi può invece risultare utile a verificare, questa volta sul fronte dei benefici, l'eventuale contributo equilibratore offerto dalla componente francofona all'output istituzionale della Corte, a vantaggio di quella «imparzialità strutturale» di cui si è precedentemente discusso.

4. I casi provenienti dal Québec

4.1 *Blaikie No. 1* e *Blaikie No. 2*

Volendo adottare il criterio cronologico per l'analisi della giurisprudenza rinveniente la propria origine nel contesto della *Belle Province*, le prime due decisioni che occorre qui menzionare sono quelle rese dalla Corte nei casi noti come *Blaikie No. 1* del 1979⁶⁷¹ e *Blaikie No. 2* del 1981⁶⁷². Su ricorso presentato avverso la precedente decisione della Corte d'Appello del Québec, la Corte Suprema si pronunciava sulla legittimità costituzionale dell'intero capitolo III della *Charte de la langue française*, vero manifesto – come visto in precedenza – delle rivendicazioni identitarie della Provincia francofona. Le disposizioni oggetto di scrutinio si distinguevano per riconoscere alla lingua francese il predominio assoluto rispetto all'inglese nell'Assemblea Nazionale del Québec, nelle corti nonché con riguardo all'interpretazione della legge. Più nello specifico, con riferimento alle leggi si prevedeva che esse dovessero essere redatte, a seguito di votazione e approvazione, in lingua francese e che, pur consentendosi la stampa altresì in inglese, solo la versione nella prima delle due lingue fosse ufficiale. Con riferimento ai procedimenti giudiziari, si prevedeva analogamente che essi dovessero tenersi solo in francese, così come solo in tale lingua dovessero essere forniti i documenti a essi connessi e che, da ultimo, solo la versione francese delle decisioni rese fosse quella da riconoscersi come ufficiale.

Una Corte unanime in *Blaikie No. 1* giudicava le restrizioni alla lingua inglese stabilite dalla Assemblea Nazionale quebecchese come *ultra vires*, poiché contrarie al disposto della sec. 133 del BNAA. Descritta la sec. 133 come quella sezione in grado di conferire a qualsiasi

⁶⁷⁰ In merito ai casi che si esamineranno a breve, i giudici dissenzienti provenienti dal Québec sono stati la giudice L'Heureux-Dubé nel caso *Forget v. Quebec (Attorney General)* del 1988; il giudice Le Bel e la giudice Deschamps nel caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* del 2003.

⁶⁷¹ [Att. Gen. of Quebec v. Blaikie et al., \[1979\] 2 S.C.R. 1016.](#)

⁶⁷² [Attorney General of Quebec v. Blaikie et al., \[1981\] 1 S.C.R. 312.](#)

persona il diritto di utilizzare l'inglese o il francese 1) nei dibattiti parlamentari, federali e del Québec, 2) nello svolgimento dei processi dinanzi alle corti federali o quebecchesi, 3) nonché nella redazione, stampa e pubblicazione di qualsiasi atto parlamentare federale o quebecchese⁶⁷³, la Corte, pur riconoscendo come la sec. 133 non facesse espressamente riferimento ad alcun obbligo di promulgazione in entrambe le lingue – parlando il testo solo di dibattiti, verbali e registrazioni di atti parlamentari –, tramite un'interpretazione ampia del disposto costituzionale, estendeva tale obbligo di bilinguismo anche all'atto promulgato. Nelle parole della Corte, infatti, poiché i testi per i quali l'obbligo veniva imposto venivano definiti come «*Acts*», e i testi non potevano divenire, appunto, «*Acts*» senza promulgazione, diveniva evidente come l'obbligo fosse implicito anche per la promulgazione medesima, risultando peraltro «strana» la previsione dell'obbligo di usare l'inglese e il francese per verbali e registrazioni dei dibattiti parlamentare, e non per la promulgazione⁶⁷⁴.

Una simile – e più incisiva – conclusione veniva ribadita, due anni più tardi, nella *Blaikie No. 2*. Chiamata a chiarire se si potessero riconoscere come costituzionalmente legittime talune eccezioni alla regola ex sec. 133 restrittive dell'uso dell'inglese, la Corte non esitava ad ampliare il significato della sec. *de qua*, prevedendo, in particolare, come l'obbligo di rispettare il bilinguismo, accanto alla sfera legislativa e giurisdizionale, si estendesse altresì a tutti gli “atti” adottati, anche dal Governo, in virtù della funzione attuativa della legislazione assolto dal potere regolamentare governativo⁶⁷⁵.

4.2 Protestant School Boards

La *Charte de la langue française* finiva nuovamente sotto lo scrutinio della Corte Suprema nel 1984 nella sentenza *Protestant School Boards*⁶⁷⁶.

Chiamata a pronunciarsi circa l'obbligo da parte dei Consigli scolastici inglesi del Québec di ammettere nelle scuole pubbliche inglesi i bambini che soddisfacevano i requisiti ex sec. 23 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali ma non quelli previsti in particolare dagli artt. 72 e 73 della *Charte*, subordinanti – questi ultimi – l'accessibilità all'istruzione in lingua inglese all'aver ricevuto da parte dei genitori, dei fratelli o degli stessi bambini, gran parte dell'istruzione primaria e secondaria in inglese eventualmente anche fuori dal Québec⁶⁷⁷, una Corte anche in questo caso unanime considerava le restrizioni previste ex art.

⁶⁷³ P. 1026.

⁶⁷⁴ P. 1022.

⁶⁷⁵ P. 327. In particolare, la Corte stabiliva che il bilinguismo legislativo riguardasse non solo le leggi, ma anche i progetti di legge e la legislazione delegata, nonché i regolamenti governativi e amministrativi, fatta eccezione per i regolamenti adottati dalle autorità municipali e scolastiche.

⁶⁷⁶ [Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.](#), [1984] 2 S.C.R. 66.

⁶⁷⁷ *Charter of the French language*: «72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

73. In derogation of section 72, the following children, at the request of their father and mother, may receive their instruction in English: (a) a child whose father or mother received his or her elementary instruction in English, in Québec; (b) a child whose father or mother domiciled in Québec on 26 August 1977, received his

73 della *Charte* non giustificabili in base a quanto previsto dalla sec. 1 della *Charter* e, dunque, in contrasto con quanto previsto nella sec. 23⁶⁷⁸.

Il duplice dato che occorre a tale ultimo proposito richiamare è come i supremi giudici, da un lato, non abbiano individuato ragioni sufficienti per giustificare la limitazione ai diritti della minoranza anglofona pur in assenza della proclamazione da parte dell'Assemblea Nazionale quebecchese necessaria ai sensi della sec. 59 del *Constitution Act* del 1982 per l'entrata in vigore in particolare della sec. 23 (1)(a) anche in Québec, e dall'altro, come, pur non inquadrando le disposizioni contenute nella sec. 23 come «una codificazione di diritti essenziali, preesistenti e più o meno universali confermati e forse chiariti, estesi o modificati, e che, soprattutto, hanno ricevuto un nuovo primato e una nuova validità grazie al loro inserimento nella legge suprema del Paese», le abbiano tuttavia lette come «un insieme unico di previsioni costituzionali, del tutto peculiari per il Canada»⁶⁷⁹, utili, evidentemente, a custodire la tenuta della non facile convivenza tra le due comunità all'interno del territorio canadese.

4.3 *MacDonald v. City of Montreal*

Nel 1986 giungeva dinanzi alla Corte un caso nuovamente inerente la sec. 133 del BNAA. Il quesito nel caso *MacDonald v. City of Montreal*⁶⁸⁰ riguardava la compatibilità con la sec. 133 di una comunicazione – relativa a una multa per eccesso di velocità – resa solo in lingua francese a un cittadino anglofono. Più in particolare, la Corte, ricostruendo ed enucleando l'istanza del ricorrente, si pronunciava in merito alla presenza o meno, ai sensi della sec. 133, di un diritto in capo a qualsiasi persona, anglofona o francofona, di essere citata davanti a qualsiasi tribunale del Canada e del Québec in un processo reso nella propria lingua, almeno quando lo «Stato» fosse parte in causa, come nei casi penali⁶⁸¹. La risposta della maggioranza, inclusiva dei giudici quebecchesi⁶⁸², si attestava su un esito negativo. Pur evidenziando, da un lato, come la natura legislativa delle regole processuali e la necessità di salvaguardare il diritto di tutti i litiganti costituissero i due motivi per i quali le norme di procedura dovessero essere promulgate e applicate in entrambe le lingue ufficiali e, dall'altro, come nel novero dei diritti processuali da tutelare vi fosse anche quello di capire cosa accade nel processo, tale da imporre, dunque, al giudice di rivolgersi agli imputati nella loro lingua⁶⁸³, la maggioranza della Corte non intravedeva nella sec. 133 il riconoscimento

or her elementary instruction in English outside Québec; (c) a child who, in his last year of school in Québec before 26 August 1977, was lawfully receiving his instruction in English, in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school; (d) the younger brothers and sisters of a child described in paragraph c.».

⁶⁷⁸ P. 88.

⁶⁷⁹ P. 79.

⁶⁸⁰ [MacDonald v. City of Montreal, \[1986\] 1 S.C.R. 460.](#)

⁶⁸¹ Par. 58.

⁶⁸² L'unico dissent reso fu, infatti, quello della justice Wilson. Cfr. parr. 135 ss.

⁶⁸³ Parr. 58. 65.

in capo all'appellante di un diritto di carattere linguistico in quanto destinatario della citazione.

In altre parole, l'emissione dell'atto di citazione in entrambe le lingue ufficiali nei confronti del destinatario di un procedimento giudiziario veniva dalla Corte sicuramente auspicato, ma non ricondotto – e pertanto imposto – all'art. 133 BNAA, dal quale invece la Corte faceva discendere solo il dovere per il Parlamento federale e per l'Assemblea nazionale quebecchese di usare le due lingue ufficiali in ambito legislativo, nonché il dovere negativo di non violare i diritti linguistici conferiti direttamente ai parlamentari e ai giudici, liberi pertanto di utilizzare una lingua tra francese e inglese⁶⁸⁴. In questo senso, la maggioranza, interpretando (e derubricando) il diritto di capire cosa accadesse nel processo e di essere compreso non come diritto linguistico bensì come parte del diritto a un equo processo, concludeva affermando come un'eventuale difficoltà del soggetto a comprendere lo svolgersi del procedimento per motivi linguistici potesse essere sufficientemente risolta tramite l'erogazione di un adeguato servizio di traduzione⁶⁸⁵.

4.4 *Forget, Ford e Devine*

Procedendo oltre, il 1988 ha rappresentato un anno di intensa attività della Corte Suprema in materia di diritti linguistici. Le sentenze *Forget*⁶⁸⁶, *Ford*⁶⁸⁷ e *Devine*⁶⁸⁸ vedevano i supremi giudici di Ottawa pronunciarsi – nel primo caso indirettamente – nuovamente in merito alla *Charte de la langue française*.

Il caso *Forget* veniva portato all'attenzione della Corte su ricorso di una assistente infermiera che contestava l'art. 2(a) del *Règlement sur la connaissance de la langue officielle nécessaire pour l'obtention d'un permis d'un ordre professionnel*, adottato alla luce dell'art. 35 della *Charte* che impone(va) agli ordini professionali di rilasciare autorizzazioni solo a soggetti «la cui conoscenza della lingua ufficiale sia adeguata all'esercizio della professione». L'art. 2(a) richiedeva, per i soggetti che non avessero ricevuto almeno tre anni di istruzione a tempo pieno in francese a livello secondario o superiore, il superamento di un esame volto a dimostrare una conoscenza della lingua francese sufficiente per l'iscrizione alla *Corporation professionnelle des infirmiers et infirmières auxiliaires du Québec*. Non avendo sostenuto con successo la prova *de qua*, la ricorrente contestava la legittimità della previsione ritenendola discriminatoria in base alla lingua ai sensi dell'art. 10 della *Charte des droits et libertés de la personne*, relativo al diritto all'eguale riconoscimento ed esercizio

⁶⁸⁴ Parr. 67-69.

⁶⁸⁵ Par. 114.

⁶⁸⁶ [Forget v. Quebec, \[1988\] 2 S.C.R. 90.](#)

⁶⁸⁷ [Ford v. Quebec \(A. G.\), \[1988\] 2 S.C.R. 712.](#)

⁶⁸⁸ [Devine v. Quebec \(A. G.\), \[1988\] 2 S.C.R. 790.](#)

dei diritti e delle libertà⁶⁸⁹. La Corte⁶⁹⁰, sottolineando come il regolamento non avesse vietato ai soggetti non francofoni di iscriversi a un ordine professionale per motivi arbitrari e estranei alle attitudini richieste e come esso avesse, invece, dato modo di dimostrare il possesso delle necessarie competenze linguistiche, riteneva il differente canale di accesso all'ordine non lesivo del principio di uguaglianza previsto all'art. 10 della Carta dei diritti quebecchese⁶⁹¹, anche in ossequio a una certa coerenza – ritenuta dalla Corte medesima sufficientemente ragionevole e giustificata – della previsione regolamentare *de qua* con gli obiettivi del – si badi non contestato dalla ricorrente – art. 35 della *Charte*⁶⁹². Ove, invece, la *Charte de la langue française* è stata direttamente oggetto di scrutinio da parte della Corte Suprema, in una sentenza definita emblematica, è stato nel già menzionato caso *Ford*. Qui la Corte focalizzava la sua attenzione, in particolare, sugli artt. 58 e 69 della *Charte*, prescriventi rispettivamente l'uso esclusivo del francese nei segnali pubblici, nei manifesti e nelle insegne commerciali, da un lato, e l'utilizzo della sola versione in lingua francese del nome delle imprese, dall'altro. Il duplice quesito sottoposto ai supremi giudici di Ottawa concerneva la compatibilità di tali previsioni, per un verso, con la libertà di espressione sancita sia nella sec. 2(b) della Carta dei diritti canadese che nell'art. 3 della *Charte des droits et libertés de la personne*, e per l'altro, con il già citato art. 10 della *Charte* medesima.

Dopo essersi espressa circa il significato analogo da attribuire alla libertà di espressione prevista in entrambe la Carte dei diritti⁶⁹³, una Corte ancora una volta unanime dichiarava l'incostituzionalità delle due disposizioni della *Charte*.

Per addivenire a tale esito, i supremi giudici muovevano innanzitutto – come visto nel passo riportato nella premessa della presente sezione – dal sottolineare la presenza di un forte legame tra la lingua e la libertà di espressione. Più nello specifico, essi sostenevano come non vi potesse essere vera libertà di espressione tramite la lingua dinanzi a un divieto imposto al soggetto di utilizzare la lingua di sua scelta. Questo perché la lingua – nelle parole della Corte – si legava al contenuto di un'espressione e, dunque, al suo significato, assurgendo inoltre a strumento mediante cui il soggetto esprimeva la propria identità personale e la propria individualità. In questo senso, la Corte, richiamandosi al Preambolo della stessa

⁶⁸⁹ Art. 10 della *Charte des droits et libertés de la personne* (versione in vigore alla data della pronuncia): «Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grosseur, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit».

⁶⁹⁰ Il dissent da parte di tre giudici della Corte (tra cui la quebecchese justice L'Heureux-Dubé) concerneva solo l'asserita valenza meramente accademica della questione portata all'attenzione della Corte, non riguardando pertanto il merito della decisione.

⁶⁹¹ Parr. 21-24.

⁶⁹² Par. 33.

⁶⁹³ Par. 39.

Charte de la langue française, affermava altresì come la lingua fosse un mezzo tramite cui un popolo poteva esprimere la propria identità culturale.

Arricchiti dunque i diritti linguistici – così come sostenuto in dottrina – di una dimensione altresì individuale, tramite la riconduzione degli stessi nell'alveo della libertà di espressione, oltre che collettiva, la Corte passava a verificare, tramite il già citato *Oakes test*, la proporzionalità o meno delle misure della *Charte* contestate. A questo proposito, pur qualificando come serio e legittimo – in quanto legato alla preoccupazione circa la sopravvivenza del francese – lo scopo perseguito dalla politica linguistica posta in essere dal legislatore tramite l'adozione *Charte*, e pur riconoscendo l'effettiva sussistenza di un collegamento razionale tra la protezione del francese e il contenuto delle disposizioni della *Charte* sotto scrutinio, la Corte riteneva come l'imposizione da queste ultime prevista dell'uso esclusivo della lingua francese non fosse né necessario né proporzionato al conseguimento dell'obiettivo⁶⁹⁴.

Giudicata come eccessiva, pertanto, l'imposizione dell'uso della sola lingua francese come mezzo per conseguire il fine (legittimo) di tutelare la lingua medesima, e suggerite, a questo proposito, soluzioni meno restrittive, quali, ad esempio, l'aggiunta del francese accanto alle altre lingue ovvero il conferimento a esso di una maggiore visibilità⁶⁹⁵, la Corte volgeva poi a verificare l'eventuale violazione da parte delle disposizioni della *Charte* del principio di uguaglianza sancito ex art. 10 della Carta dei diritti quebecchese. L'analisi aveva esito positivo: i giudici riconoscevano in capo alle disposizioni contestate un impatto differente su diverse categorie di persone sulla base della loro lingua d'uso. I francofoni venivano, infatti, autorizzati a utilizzare la loro lingua madre, mentre tale possibilità veniva preclusa agli anglofoni e agli altri soggetti non francofoni. Un simile risultato veniva dalla Corte ritenuto lesivo dell'art. 10 della Carta dei diritti quebecchese, poiché idoneo ad annullare o danneggiare il diritto al pieno ed eguale riconoscimento ed esercizio dei diritti e delle libertà dell'uomo riconosciuti dalla Carta medesima⁶⁹⁶.

Il medesimo giorno della sentenza *Ford*, la Corte si pronunciava all'unanimità altresì sul già citato caso *Devine*. Sotto lo scrutinio dei supremi giudici di Ottawa giungevano, in questo caso, accanto al già citato art. 58 della *Charte de la langue française*, altresì gli artt. 52 e 57 – richiedenti l'utilizzo del francese per la scrittura di alcuni documenti pubblicitari o commerciali⁶⁹⁷ – nonché gli artt. 59, 60 e 61 – dal contenuto eccettivo rispetto al contenuto dell'art. 58 – della Carta medesima.

La Corte chiariva come le disposizioni prescriventi l'uso congiunto del francese non costituissero, come invece sostenuto dai ricorrenti⁶⁹⁸, un ostacolo incostituzionale alla libera

⁶⁹⁴ Par. 73.

⁶⁹⁵ Ibidem.

⁶⁹⁶ Par. 82.

⁶⁹⁷ Art. 52 : «...les catalogues, les brochures, les dépliants, les annuaires commerciaux, les bons de commande et tout autre document de même nature qui sont disponibles au public...». Art. 57 : «Les factures, les reçus, les quittances et les autres documents de même nature...».

⁶⁹⁸ Imprese locali e proprietari di aziende di Montréal.

circolazione (delle persone e delle merci), elemento fondamentale della Costituzione canadese sulla base di quanto previsto sia dalla sec. 121 del BNAA, rubricato «*Canadian manufactures, etc.*», e sia dalla sec. 6 della Carta dei diritti rubricata «*Mobility Rights*». Esse non imponevano condizioni capaci di costituire un ostacolo inaccettabile alla mobilità e all'ingresso degli individui in Québec: erano dalla Corte qualificate, infatti, come semplici condizioni per condurre gli affari e alle quali chiunque poteva conformarsi⁶⁹⁹. Inoltre, mentre con riguardo agli artt. 59, 60 e 61 la Corte non esitava – in ragione del loro legame con l'art. 58 e dell'intervenuta inefficacia dello stesso in base al *decisum* della coeva sentenza *Ford* – a dichiararli parimenti privi di efficacia, maggiori riflessioni venivano spese in merito agli artt. 52 e 57 della *Charte*. Tramite, in particolare, la lettura altresì dell'art. 89 della *Charte* – in base al quale «se la legge non impone l'uso esclusivo del francese, si può continuare a impiegare, contestualmente, la lingua ufficiale e un'altra lingua» – la Corte desumeva come gli artt. 52 e 57 non vietassero che i documenti in essi elencati venissero redatti anche in inglese. Risultava in questo modo superato, nel convincimento della Corte, il test previsto dall'art. 9.1 della Carta dei diritti quebecchese per quanto riguarda l'art. 52, e altresì quello previsto dalla sec. 1 della *Charter* canadese per quanto riguarda l'art. 57: veniva dai giudici riconosciuto, infatti, alle disposizioni *de quibus* l'idoneità a perseguire l'obiettivo di protezione della lingua francese in maniera proporzionata e, pertanto, legittima.

4.5 *Solsky, Gosselin e Nguyen*

Prescindendo dall'immediata reazione quebecchese alle sentenze *Ford* e *Devine*, concretatasi nell'approvazione di una modifica alla legislazione linguistica e nella contestuale attivazione della *notwithstanding clause* atta a blindarne i contenuti per i successivi cinque anni, per rinvenire ulteriori casi significativi provenienti dal Québec ove la Corte Suprema si sia pronunciata in materia di diritti linguistici è necessario fare un salto temporale di oltre quindici anni. Le sentenze, a questo proposito, da richiamare – e poste a chiusura del presente paragrafo – sono le coeve *Solsky*⁷⁰⁰ e *Gosselin*⁷⁰¹ del 2005 nonché la *Nguyen*⁷⁰² del 2009, tutte rese all'unanimità e riguardanti l'istruzione nella lingua minoritaria.

Procedendo con ordine, nel caso *Solsky* tre famiglie canadesi, la cui lingua madre non era una delle due lingue ufficiali, si erano viste rifiutare la propria richiesta volta a ottenere l'autorizzazione ad iscrivere i loro figli a una scuola pubblica di lingua inglese nella Provincia francofona, in quanto i bambini non avevano ricevuto fino ad allora la «maggior parte» della loro istruzione in inglese, così come invece imposto dall'art. 73(2) della *Charte de la langue française* quale condizione contemplata – *inter alia* – dall'art. 73 medesimo per

⁶⁹⁹ Par. 19.

⁷⁰⁰ [Solski \(Tutor of\) v. Quebec \(Attorney General\), \[2005\] 1 S.C.R. 201.](#)

⁷⁰¹ [Gosselin \(Tutor of\) v. Quebec \(Attorney General\), \[2005\] 1 S.C.R. 238.](#)

⁷⁰² [Nguyen v. Quebec \(Education, Recreation and Sports\), \[2009\] 3 S.C.R. 208.](#)

derogare all'art. 72 della *Charte*, ove si prevede(va) invece che l'istruzione dell'infanzia, primaria e secondaria fosse impartita in francese.

Il quesito posto alla Corte ineriva, a questo punto, alla compatibilità del criterio della «maggior parte» ex art. 73(2) della *Charte* con la sec. 23(2) della Carta canadese dei diritti. Per rispondervi, i supremi giudici procedevano – anche tramite il richiamo alla propria giurisprudenza precedente sulla quale si avrà modo di ritornare – a una lettura costituzionalmente contestualizzata sia della sec. 23 della Carta che dei diritti linguistici in generale. Veniva innanzitutto sottolineato come la protezione dei diritti linguistici delle minoranze ex sec. 23 potesse ricondursi nel più ampio principio costituzionale – così come affermato dalla *Secession Reference* – della tutela dei diritti delle minoranze. L'insegnamento nella lingua minoritaria veniva, inoltre, qualificato come elemento fondamentale data la lettura della lingua non solo come mezzo di comunicazione ma altresì come parte dell'identità e della cultura di chi la parla. In questo senso, la Corte richiamava, inoltre, la duplice dimensione, individuale e collettiva, dei diritti linguistici e ne rammentava la necessaria interpretazione in chiave estensiva, al fine di perseguire la conservazione e la promozione di entrambe le comunità linguistiche ufficiali presenti in Canada.

Un simile percorso ricostruttivo conduceva i supremi giudici, da un lato, a individuare lo scopo della sec. 23(2) 1) nella garanzia della continuità ai diritti all'istruzione nella lingua minoritaria, 2) nella promozione della mobilità e 3) nella tutela dell'unità familiare⁷⁰³, e dall'altro – e conseguentemente –, a sostenere la costituzionalità del criterio della «maggior parte» purché interpretato non in senso quantitativo, e cioè guardando meramente al dato aritmetico del tempo trascorso nelle scuole di lingua minoritaria dal bambino, bensì qualitativo, ossia con una certa attenzione qualitativamente rivolta verso il percorso formativo del bambino e la sua condizione personale.

Letto secondo questo canone interpretativo, secondo i giudici di Ottawa il criterio della «maggior parte» previsto ex art. 73 della *Charte* risultava conforme alla sec. 23(2) della Carta canadese dei diritti, assicurando, in particolare, che le finalità legittimamente perseguite dalla Provincia francofona non recassero nocumento al diritto di far frequentare la scuola della minoranza linguistica ai soggetti che ne fossero effettivamente e, pertanto, legittimamente titolari.

Sempre il disposto dell'art. 73 della *Charte*, questa volta però contestato alla luce del principio di uguaglianza previsto dalla sec. 15 della Carta canadese dei diritti e dagli artt. 10 e 12 della Carta dei diritti quebecchese, era oggetto di scrutinio da parte della Corte Suprema nel caso *Gosselin*, in una sentenza resa, come detto, il medesimo giorno del caso *Solsky*.

Un gruppo di genitori francofoni, che si erano visti respingere, poiché sprovvisti dei requisiti previsti dall'art. 73 della *Charte*, la loro richiesta di includere i propri figli nel sistema d'insegnamento pubblico in lingua francese, ritenevano tale esclusione come foriera di un trattamento discriminatorio dei bambini francofoni rispetto a quegli anglofoni.

⁷⁰³ Par. 30.

Chiamata a pronunciarsi, dunque, sul rapporto tra il diritto costituzionale all'istruzione nella lingua minoritaria e il principio di uguaglianza, la Corte, forte di una lettura della Costituzione come un corpo organico non caratterizzato da rapporti gerarchici tra le diverse disposizioni, non esitava a evidenziare come le rivendicazioni degli appellanti, appartenenti alla comunità francofona di maggioranza in Québec, si ancorassero strumentalmente al principio di uguaglianza, nella sua veste meramente formale, al fine di accedere a un diritto garantito nella Provincia francofona, invero, alla sola minoranza di lingua inglese⁷⁰⁴ e frutto di quel compromesso attentamente disegnato dalla sec. 23 della Carta dei diritti. In questo senso, ribaltando le argomentazioni dei ricorrenti, la Corte concludeva come la disciplina legislativa quebecchese contestata si attestasse quale strumento idoneo ad attuare positivamente la responsabilità costituzionale che incombe su tutte le Province per offrire alla comunità di minoranza l'insegnamento nella sua lingua, e costituisse, di conseguenza, legittima espressione di un potere teleologicamente legato alla promozione dell'uguaglianza sostanziale e alla tutela delle minoranze linguistiche tramite il canale dell'istruzione⁷⁰⁵.

Da ultimo, come anticipato, giova qui richiamare la pronuncia resa dalla Corte Suprema nel caso *Nguyen* nel 2009. La Corte veniva qui chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità con la sec. 23 della Carta dei diritti di alcune modifiche alla *Charte de la langue française* introdotte dall'Assemblea Nazionale quebecchese per porre fine alla pratica – ritenuta abusiva dalle autorità quebecchesi – secondo la quale i genitori francofoni sprovvisti dei requisiti tali da soddisfare le condizioni previste ex art. 73 della *Charte*⁷⁰⁶, iscrivevano i loro figli per brevi periodi presso istituti scolastici di lingua inglese privati o non sovvenzionati, per poi chiedere che venisse loro riconosciuta la possibilità, ai sensi della sec. 23(2) della Carta dei diritti, di iscrivere i propri figli presso scuole di lingua inglese pubbliche o sovvenzionate quebecchesi. Le modifiche prevedevano pertanto che i genitori i cui figli erano stati iscritti in scuole private per brevi periodi o avessero usufruito dell'istruzione in lingua inglese solo mediante una specifica autorizzazione non potessero beneficiare del disposto della sec. 23(2).

In questo caso veniva dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni *de quibus*: pur qualificando come importanti e legittimi gli obiettivi – corrispondenti alla protezione e promozione della lingua francese in Québec – da esse perseguite, e riconoscendo la sussistenza di un collegamento razionale tra questi ultimi e le disposizioni stesse, i giudici non ritenevano soddisfatto il più volte citato test di proporzionalità. Richiamandosi alla sentenza *Solsky* e a come, in particolare, il criterio della «maggior parte» fosse stato ritenuto – a seguito di una corretta interpretazione – costituzionalmente legittimo poiché attento a una valutazione complessiva e qualitativa del percorso educativo dei bambini, il supremo consesso riteneva, infatti, le disposizioni contestate in *Nguyen* portatrici di una valutazione

⁷⁰⁴ Par. 10.

⁷⁰⁵ Parr. 15-16.

⁷⁰⁶ Il riferimento è all'istruzione ricevuta in Canada non in inglese. Cfr. par. 9.

solo parziale dell'iter educativo dei bambini e, pertanto, eccessivamente limitative delle garanzie previste ex sec. 23(2) della Carta dei diritti canadese.

5. I casi provenienti dal *Rest of Canada*

Analizzati i casi giunti all'attenzione della Corte Suprema dalla *Belle Province*, occorre ora – come anticipato – soffermarsi su quelli sorti nel contesto delle altre Province e nei quali, pertanto, il supremo consesso è stato chiamato a pronunciarsi in merito allo status della francofonia all'interno dell'intero territorio canadese.

5.1 *Re: Manitoba Language Rights*

Adottando – come nel precedente paragrafo – il criterio cronologico, il primo caso che occorre a questo proposito richiamare è il *Re: Manitoba Language Rights* del 1985⁷⁰⁷. Oggetto del giudizio di *reference de quo* era il *Manitoba Language Act* del 1890, con il quale il legislatore provinciale manitobiano aveva stabilito che per la redazione dei verbali e dei documenti dell'Assemblea legislativa provinciale, nonché per i ricorsi, i processi e le decisioni di qualsiasi tribunale del Manitoba dovesse farsi esclusivo uso della lingua inglese. Si prevedeva, altresì, come qualsiasi atto del legislativo provinciale dovesse essere redatto e pubblicato esclusivamente in lingua inglese.

Simili previsioni avevano fatto in modo che, a partire dall'entrata in vigore dell'atto, la Provincia avesse perpetrato per circa un secolo una politica di unilinguismo, non adottando le leggi altresì in lingua francese. Dinanzi alla Corte giungeva, dunque, il quesito circa la compatibilità tra simili previsioni – e gli effetti da esse ingenerate – con il disposto della sec. 133 del BNAA nonché della sec. 23 del *Manitoba Act* del 1870. Veniva nello specifico chiesto ai supremi giudici se la disciplina in tema di bilinguismo prevista nelle due disposizioni da ultimo richiamate dovesse considerarsi vincolante (*mandatory*) ovvero meramente indicativa (*directory*) per l'azione legislativa (in questo caso provinciale). Un collegio unanime, statuendo come non vi fosse in Canada alcuna autorità con il potere di applicare la dottrina *mandatory/directory* alle disposizioni costituzionali, chiariva come qualora non vi fosse alcuna indicazione a livello testuale in merito al carattere indicativo di una disposizione costituzionale, quest'ultima dovesse considerarsi vincolante. Rientrando in tale ipotesi le due disposizioni assunte come parametro, la Corte non esitava a sottolinearne il carattere vincolante, aggiungendo con particolare riguardo alla sec. 23 del *Manitoba Act* – ed è quanto qui interessa anche riprendendo il passo richiamato nella premessa della presente sezione – come quest'ultimo costituisse l'espressione del più ampio diritto dei franco-manitobiani di usare la propria lingua, e come l'importanza dei diritti linguistici si radicasse nel ruolo fondamentale assolto dalla lingua per l'esistenza, lo sviluppo e la dignità umana,

⁷⁰⁷ [Re Manitoba Language Rights, \[1985\] 1 S.C.R. 721.](#)

in quanto ponte teso a connettere, tramite il chiarimento dei diritti e doveri reciproci, l'individuo con la propria comunità.

Una tale conclusione portava la Corte – così rispondendo al secondo e terzo quesito poste nella *reference*⁷⁰⁸ – a dichiarare tutti gli atti normativi (legislativi e regolamentari) provinciali non redatti e pubblicati in entrambe le lingue invalidi e privi di efficacia. E tuttavia, tramite il ricorso alla c.d. *de facto doctrine*⁷⁰⁹, la Corte si pronunciava con una dichiarazione di invalidità differita, affermando come le leggi dovessero considerarsi comunque valide sino allo scadere del tempo minimo necessario per la loro traduzione, adozione, scrittura e pubblicazione anche nell'altra lingua ufficiale. Venivano, in questo modo, prudentemente scongiurati dai supremi giudici tutti i rischi sistemici connessi all'enorme vuoto normativo che si sarebbe inevitabilmente creato con una pronuncia di incostituzionalità a efficacia immediata.

5.2 *Bilodeau e Société des Acadiens*

La *de facto doctrine* in relazione al *Manitoba Language Act* del 1890 veniva richiamata altresì nel successivo caso *Bilodeau* del 1986⁷¹⁰, risolto dalla Corte in maniera analoga – dato il carattere speculare dell'oggetto – al già visto caso *MacDonald v. City of Montreal*. La vicenda *de qua* riguardava, infatti, una comunicazione – relativa anche qui a una multa per eccesso di velocità – resa solo in lingua inglese nei confronti di un cittadino francofono. Più nello specifico, i supremi giudici, dopo aver affermato come la legge disciplinante la fattispecie in esame dovesse considerarsi invalida poiché lesiva della sec. 23 del *Manitoba Act* del 1870, ricorrevano tuttavia alla dottrina *de facto* per salvarne l'efficacia per il tempo necessario alla traduzione anche in francese. L'aver sciolto tale nodo, consentiva alla Corte, basandosi sul proprio precedente *MacDonald*, e – non a caso – con la medesima maggioranza 6-1⁷¹¹, di concludere come la comunicazione resa in questo caso esclusivamente in lingua inglese non costituisse una violazione né della sec. 133 del BNAA né della sec. 19 della Carta dei diritti canadese.

Proprio l'appena menzionata sec. 19 della Carta dei diritti, tuttavia con riferimento nello specifico al suo comma 2, relativo – in virtù della scelta volontaria del New Brunswick di divenire ufficialmente bilingue – al diritto di ciascuno a utilizzare l'inglese o il francese in qualsiasi tribunale della Provincia atlantica, è stato portato all'attenzione della Corte

⁷⁰⁸ Il secondo quesito recitava: «*Are those statutes and regulations of the Province of Manitoba that were not printed and published in both English and French languages invalid by reason of s. 23 of the Manitoba Act, 1870?*» mentre il terzo quesito recitava: «*If the answer to question 2 is affirmative, do those enactments that were not printed and published in English and French have any legal force and effect, and if so, to what extent and under what conditions?*»

⁷⁰⁹ In base a tale dottrina, gli atti ufficiali compiuti da qualcuno che ha occupato irregolarmente o illegalmente una posizione pubblica, “under color or right or authority” mantengono loro validità fino a quando il vizio non viene sanato ovvero indefinitamente.

⁷¹⁰ [Bilodeau v. A.G. \(Man.\), \[1986\] 1 S.C.R. 449.](#)

⁷¹¹ Come nel caso *MacDonald* a rendere il dissent fu esclusivamente la giudice Wilson.

Suprema nel caso *Société des Acadiens* del 1986⁷¹².

La decisione della Corte nasceva su ricorso presentato dalla *Société des Acadiens* e dall'*Association des conseillers scolaires francophones du Nouveau-Brunswick*, le quali lamentavano una lesione dei loro diritti linguistici in ambito processuale. Esse sostenevano, infatti, come nel corso di un giudizio dinanzi alla Corte d'Appello del New Brunswick le loro ragioni fossero state ascoltate da un panel composto da tre giudici, tra i quali figurava uno di cui si contestava la capacità di comprendere il francese. Per quanto qui interessa, ciò che i supremi giudici venivano chiamati a chiarire era, dunque, se la sec. 19(2) della Carta dei diritti conferisse o meno alle parti ricorrenti in un processo dinanzi a un tribunale del New Brunswick il diritto di essere ascoltate da giudici in grado di comprendere gli atti del procedimento, le prove nonché gli argomenti, scritti e orali, a prescindere dalla lingua ufficiale dalle parti medesime scelta⁷¹³.

A questo proposito, posto il rigetto all'unanimità del ricorso per ragioni fattuali legate alla mancanza di prove atte a dimostrare l'inidonea preparazione del giudice interessato con riguardo alla lingua francese, una Corte a maggioranza 5-2 riconduceva il diritto rivendicato dai ricorrenti non tanto alla sec. 19(2) della Carta dei diritti – secondo la quale sia l'inglese che il francese possono essere utilizzati da qualsiasi persona «*in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick*» –, quanto all'allora sec. 13(1) dell'*Official Languages of New Brunswick Act* – in base a cui in ogni procedimento davanti a un tribunale, qualsiasi persona che stia in giudizio o che fornisca delle prove può essere udita nella lingua ufficiale di sua scelta e senza che quest'ultima scelta le rechi alcuno svantaggio –. Una simile precisazione rileva nella misura in cui, nel ragionamento della Corte, i testi dei due articoli presentavano una formulazione e, conseguentemente, un significato differente.

A tal riguardo, può giovare ai nostri fini porre in evidenza come la maggioranza abbia intravisto nella sec. 19(2) della *Charter* la tutela dei diritti linguistici corrispondenti, nella natura e nella portata, a quelli previsti ex sec. 133 del BNAA. Ciò, infatti, conduceva i giudici, nel solco di quanto già affermato nel caso *MacDonald*, a non inquadrare propriamente come diritto linguistico il diritto delle parti di essere ascoltate e comprese da un tribunale nella loro lingua madre.

Sottolineando infatti come i diritti linguistici, sebbene parzialmente ampliati nel loro ambito di azione e incorporati nella Carta dei diritti, rimanessero comunque fondati su un compromesso politico teso a pacificare i rapporti tra anglofoni e francofoni, la Corte, con un approccio restrittivo, riteneva come questi ultimi non potessero paragonarsi agli altri diritti e libertà fondamentali e dovessero pertanto inquadrarsi come diritti negativi⁷¹⁴, tali da non

⁷¹² [Société des Acadiens v. Association of Parents, \[1986\] 1 S.C.R. 549.](#)

⁷¹³ Par. 2.

⁷¹⁴ Parr. 63-65.

imporre – con riferimento al caso in esame – che l’oratore venisse ascoltato e compreso, in quanto titolare di un diritto positivo, nella lingua ufficiale di sua scelta⁷¹⁵.

5.3 *Mahe v. Alberta*

Se dagli ultimi due casi – *Bilodeau* e *Société des Acadiens* – richiamati è emerso un approccio restrittivo adottato dalla Corte nei confronti delle disposizioni riguardanti i diritti linguistici in particolare in ambito giudiziario, con il successivo caso *Mahe v. Alberta* del 1990 – di cui si è riportato in premessa un passo per la sua particolare emblematicità – si apriva una nuova fase della giurisprudenza di Ottawa, più ampia e liberale da un punto di vista ermeneutico nelle controversie sorte sempre nel *Rest of Canada* in materia di diritti linguistici.

Il caso richiamato giungeva all’attenzione dei supremi giudici su ricorso presentato da un gruppo di genitori francofoni residenti in Alberta, i quali si erano visti rifiutare dalle autorità provinciali la loro richiesta di istituire una nuova scuola elementare nella città di residenza al fine di garantire ai bambini l’istruzione primaria completamente in francese e in un ambiente totalmente francofono. La richiesta prevedeva altresì che la scuola sarebbe stata amministrata da un Comitato di genitori sotto la supervisione di un Consiglio Scolastico autonomo francofono e che avrebbe attuato un programma di insegnamento in grado di riflettere la cultura francofona.

Riconoscendo la lesione – secondo quanto sostenuto dai ricorrenti in relazione al rifiuto *de quo* – dei diritti linguistici previsti ex sec. 23 della Carta dei diritti, una Corte unanime chiariva per la prima volta l’effettiva portata della menzionata disposizione, affermando come l’obiettivo fondamentale di quest’ultima – e del riconosciuto diritto all’istruzione nella lingua minoritaria ai figli dei genitori di lingua minoritaria in tutto il territorio canadese in essa previsto – fosse quello di preservare e promuovere le due lingue ufficiali e le loro rispettive culture, facendo in modo, in particolare, che ognuna di esse fiorisse il più possibile nelle Province ove non venisse parlata dalla maggioranza della popolazione. Nel percorso argomentativo dei supremi giudici veniva posto in rilievo il legame tra lingua – soprattutto nel contesto dell’istruzione – e cultura: letta non meramente come mezzo di comunicazione bensì come parte integrante dell’identità e della cultura di chi la parla, la prima costituiva il mezzo atto ad assicurare agli individui la comprensione reciproca e del mondo loro circostante⁷¹⁶. In questo senso, alla sec. 23 veniva inoltre ricondotta la funzione di correggere, su scala nazionale, la progressiva erosione della cultura delle minoranze

⁷¹⁵ Par. 53. Il medesimo principio viene dalla Corte adottato nel successivo caso *R v. Mercure* del 1988 ([R. v. Mercure, \[1988\] 1 S.C.R. 234](#)) in cui, a fronte del ricorso del sig. Mercure che chiedeva 1) di poter presentare un’istanza avverso una multa per eccesso di velocità in lingua francese, 2) che il processo si tenesse in tale lingua e 3) di rinviare l’udienza fino a quando non fossero state adottate le disposizioni legislative pertinenti per il caso in lingua francese, la Corte accoglieva solo la prima istanza riconoscendo all’appellante il diritto di usare il francese, non di imporre ad altri di fare lo stesso.

⁷¹⁶ P. 362.

linguistiche ufficiali al fine di instaurare una partnership paritaria tra i due gruppi linguistici maggiori nel contesto dell'istruzione⁷¹⁷. Si delineavano, così, i tratti di un diritto dalla dimensione collettiva, per la garanzia del quale si rendeva dunque necessario un intervento attivo da parte delle pubbliche autorità – in questo caso corrispondente all'impiego di fondi pubblici per assicurare l'istruzione in lingua francese.

A questo proposito, centrale si attestava nel convincimento della Corte la consapevolezza che i termini effettivi di siffatto intervento attivo dipendessero dal significato concreto da attribuire al termine «*numbers warrant*» previsto nella sec. 23, ed in base al quale – come visto – ai genitori veniva riconosciuto il diritto di far istruire i propri figli nella lingua minoritaria solo qualora il numero di bambini residenti nella zona risultasse sufficiente per giustificare la spesa pubblica.

Per meglio delineare, dunque, i termini di tale intervento attivo, la Corte introduceva il modello della c.d. *sliding scale*: in netta opposizione alla rigida individuazione – così come operata fino a quel momento dalle Province con l'avallo giurisprudenziale – di due soglie numeriche in base alle quali assicurare il diritto a un pieno servizio scolastico nella lingua minoritaria (scuola separata, autonomamente gestita e controllata dalla minoranza) ovvero un insieme di servizi linguistici aggiuntivi (corsi linguistici, insegnamenti parziali nella lingua minoritaria e servizi di trasporto), la Corte riteneva che dal dettato della sec. 23 si potesse desumere una scala di protezione cui far riferimento, individuando, con un certo margine di discrezionalità, le misure atte ad assicurare la tutela linguistica più adeguata in base alle circostanze del singolo caso concreto⁷¹⁸.

Tale approccio portava la Corte, nel caso *de quo*, a concludere come, tenendo conto del livello di spesa pubblica necessaria e del numero di studenti interessati, pur non sussistendo i requisiti per l'istituzione di un Consiglio scolastico francofono autonomo, le richieste di una scuola francofona e di un certo grado di gestione e controllo da parte dei genitori (ad esempio tramite l'istituzione di un gruppo di rappresentanti dei genitori in seno al Consiglio scolastico già esistente) fossero giustificate ai sensi della sec. 23⁷¹⁹. Veniva pertanto imposto alla Provincia l'adozione di leggi e, se necessario, regolamenti in linea con quanto previsto dalla sec. *de qua*⁷²⁰.

⁷¹⁷ P. 364.

⁷¹⁸ Pp. 366-368.

⁷¹⁹ Pp. 374-376. Può essere utile sottolineare come il caso *Mahe v. Alberta* rivesta una certa importanza anche quale caso dal quale emerge emblematicamente l'importanza di una Corte bilingue. Dinanzi alle possibili obiezioni in merito all'interpretazione da dare alla sec. 23 (3)(b) («*includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.*»), la Corte chiariva infatti come mentre nella versione inglese la frase “minority language educational facilities” potesse significare sia le strutture “della” (e cioè appartenenti alla) minoranza ovvero le strutture “per” la minoranza, il testo francese («*comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.*») fugasse ogni dubbio, chiarendo come la Carta dei diritti intendesse “strutture appartenenti alla minoranza linguistica”. Cfr. pp. 370-371.

⁷²⁰ P. 389. Si noti come il Governo provinciale abbia creato un Consiglio scolastico francofono nel 1993 a seguito di negoziazioni con la comunità francofona.

5.4 Reference re Public Schools Act

I principi fissati nel caso *Mahe* venivano utilizzati e meglio specificati dalla Corte nella successiva *Reference re Public Schools Act* del 1993⁷²¹, ove i supremi giudici venivano chiamati a chiarire 1) se per «strutture educative di lingua minoritaria» menzionate nella sec. 23(3)(b) si intendesse, nel concreto, ambienti fisici effettivamente distinti e 2) se le secs. 23 e 15 della Carta dei diritti assicurassero un diritto di gestione o controllo in relazione alle garanzie relative all'insegnamento e alle strutture in lingua francese previste dalla sec. 23 e, in caso affermativo, se a queste garanzie fossero conformi le misure previste dalla legislazione del Manitoba in materia di scuole pubbliche⁷²². Una Corte anche in questo caso unanime, riguardo al primo quesito sottolineava come, sebbene nel precedente *Mahe* non fosse stato fatto alcun esplicito riferimento – con riguardo alle scuole intese come centri culturali – ad ambienti fisici distinti, appariva ragionevole dedurre dalla sec. 23(3)(b) la necessità di porre in essere una certa separazione degli ambienti, con la precisazione, tuttavia, di come un simile riconoscimento non comportasse automaticamente la predisposizione di strutture completamente separate, dipendendo le specifiche soluzioni organizzative dal singolo caso concreto⁷²³.

In merito al secondo quesito, invece, veniva stabilito che i numeri relativi al Manitoba giustificassero, almeno in alcune aree, l'istituzione di un Consiglio Scolastico francofono autonomo⁷²⁴ e che la legislazione provinciale allora in vigore, non contemplando la possibilità per i genitori degli studenti francofoni di avere la gestione e il controllo dell'istruzione in lingua francese, violava i diritti previsti dalla sec. 23⁷²⁵. Diritti, questi ultimi, dalla Corte richiamati e valorizzati in una dimensione anche individuale, ovverosia sottolineando come essi, pur ineludibilmente legati per il loro esercizio al raggiungimento di una determinata soglia numerica, espressione a sua volta dell'esistenza di un gruppo, si prestassero a un riconoscimento in capo ai singoli individui a prescindere dalla volontà espressa dal gruppo minoritario di appartenenza⁷²⁶.

5.5 Arsenault-Cameron

Quanto da ultimo richiamato non cancella, tuttavia, la piena consapevolezza da parte dei supremi giudici della dimensione collettiva che caratterizza i diritti sanciti dalla sec. 23 della Carta. Se ne rinviene, a questo proposito, traccia nella sentenza *Arsenault-Cameron* del

⁷²¹ [Reference re Public Schools Act \(Man.\), s. 79\(3\), \(4\) and \(7\), \[1993\] 1 S.C.R. 839.](#)

⁷²² Pp. 840-841. Il riferimento era alle parti I, II e III del *The Public Schools Act* riguardante la formazione delle divisioni e dei distretti scolastici, l'elezione dei Consigli scolastici nonché i poteri e i doveri di questi ultimi.

⁷²³ Pp. 855-856.

⁷²⁴ P. 859.

⁷²⁵ P. 860.

⁷²⁶ Cfr. p. 862: «The rights provided by s. 23, it must be remembered, are granted to minority language parents individually. Their entitlement is not subject to the will of the minority group to which they belong, be it that of a majority of that group, but only to the “numbers warrant” condition».

2000⁷²⁷, che occorre pertanto richiamare ora, derogando, solo momentaneamente, al criterio cronologico scelto in questo paragrafo.

La sentenza *de qua* nasceva su ricorso di alcuni genitori francofoni avverso il rifiuto – avallato dalla allora *Supreme Court of Prince Edward Island (Appeal Division)* – da parte del Ministro dell'Istruzione dell'Isola del Principe Edoardo di approvare la costruzione nella loro area di residenza di una scuola francofona per l'istruzione da uno a sei anni, limitandosi invece a offrire il prosieguo del pagamento del servizio di trasporto per i figli dei ricorrenti presso una scuola francofona già esistente, ma più lontana dal luogo di residenza di questi ultimi.

Una Corte anche in questo caso unanime, riprendendo quanto già affermato nel precedente *Mahe*, ricostruiva il legame indissolubile tra lingua e cultura, rimarcando altresì l'importanza della sec. 23 quale disposizione atta sia a riparare, su scala nazionale, la storica e progressiva erosione dei gruppi di lingua ufficiale e sia ad attuare una partnership paritaria tra i due gruppi linguistici ufficiali nel contesto dell'istruzione⁷²⁸. Proprio il richiamato carattere riparativo della sec. 23 conduceva la Corte verso considerazioni in tema di uguaglianza sostanziale. La Corte riteneva, infatti, incompatibile con tale disposizione costituzionale un approccio formale al principio di uguaglianza, teso ad assicurare lo stesso trattamento ai gruppi linguistici ufficiali di maggioranza e di minoranza. Questi ultimi, in particolare, dovevano infatti beneficiarie, in base alle circostanze e necessità particolari del caso concreto, di un trattamento differenziato idoneo, secondo il convincimento dei supremi giudici, a fornire loro un livello di istruzione sostanzialmente equivalente a quello della maggioranza di lingua ufficiale⁷²⁹.

Calando simili considerazioni nel caso concreto, la Corte partiva innanzitutto dall'evidenziare come da una ricostruzione storica e contestuale dei diritti linguistici nella Provincia atlantica emergesse una situazione di assimilazione linguistica e culturale della minoranza francofona, specchio, a sua volta, del fallimento da parte Governo provinciale nell'adempimento degli obblighi previsti ex sec. 23⁷³⁰. A partire da questo dato empirico, i supremi giudici ritenevano errato lo *sliding scale approach* operato dal Ministro dell'Istruzione, prima, e dalla *Appeal Division* della Corte Suprema provinciale, poi. Quest'ultima aveva, in particolare, ritenuto che i vantaggi derivanti dall'istituzione di una scuola di lingua francese a Summerside (zona di residenza delle famiglie francofone) non potessero sostituire gli svantaggi di ricevere un'istruzione considerata inferiore da un punto di vista pedagogico a quella offerta ai bambini nella lingua ufficiale di maggioranza, aggiungendo altresì come il trasporto in autobus potesse farsi rientrare nel novero delle strutture educative a garanzia dei diritti ex sec. 23 e come esso non costituisse un ostacolo all'esercizio dei diritti dei genitori nell'area di Summerside, posto come il tempo medio di

⁷²⁷ [Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island](#), [2000] 1 S.C.R. 3.

⁷²⁸ Par. 26.

⁷²⁹ Par. 31.

⁷³⁰ Par. 29.

percorrenza per giungere alla scuola francofona già esistente non superasse la media provinciale⁷³¹.

Brandendo ermeneuticamente il principio di uguaglianza nella sua accezione sostanziale, la Corte riteneva, invece, come l'istituzione di una scuola francofona nella zona di residenza dei genitori ricorrenti dovesse ritenersi giustificata in ragione della situazione di svantaggio in cui si trovavano i bambini francofoni. Questi ultimi, infatti, a differenza dei bambini di lingua maggioritaria, per un verso, venivano disincentivati a frequentare la scuola in lingua minoritaria a causa dei lunghi tempi di percorrenza, e per l'altro, trovavano nella scelta stessa di viaggiare un fattore di assimilazione, visti non solo i lunghi tempi di percorrenza, ma altresì la lontananza dalla propria comunità e la collocazione della struttura educativa lontano dalla comunità medesima⁷³². Un simile impatto sulla sfera linguistica e culturale dei bambini di lingua minoritaria veniva, dunque, ritenuto non coerente con la «fioritura e la conservazione della minoranza di lingua francese»⁷³³, ricondotte dalla Corte ai diritti ex sec. 23 nella loro dimensione collettiva, come strumento utile a tutelare l'identità delle comunità di minoranza⁷³⁴.

5.6 R. v. Beaulac

L'intento riparativo e protesico all'edificazione di una partnership paritaria tra gruppi linguistici individuato dalla Corte tra le righe della sec. 23 della Carta dei diritti nei casi *Arsenault-Cameron* e *Mahe* rappresentava, in base a quanto visto, il frutto di un'interpretazione teleologica adottata dai supremi giudici nei confronti della sec. *de qua*. A questo proposito, il dato che qui giova richiamare – così sanando altresì la deroga al criterio cronologico scelto per l'analisi che qui si sta compiendo – è come il medesimo approccio ermeneutico da parte della Corte sia riscontrabile, questa volta in materia di diritti linguistici – *inter alia* – in ambito giudiziario, nella sentenza *Beaulac* del 1999⁷³⁵.

Nel caso appena menzionato la Corte veniva chiamata a pronunciarsi su ricorso del sig. Beaulac, il quale, accusato di omicidio, lamentava come l'esser stato sottoposto a un processo tenutosi in lingua inglese avesse leso i propri diritti previsti nella sec. 530(4) del Codice penale, secondo cui ove il giudice «sia convinto che sia nel migliore interesse della giustizia che l'imputato venga processato davanti [...] a un giudice e a una giuria che parlino una delle lingue ufficiali corrispondenti alla lingua dell'imputato [...], egli può, se non parla tale lingua, stabilire mediante ordinanza che l'imputato debba essere giudicato [...] da un giudice e da una giuria che parlino tale lingua o, se le circostanze lo consentono, entrambe

⁷³¹ Par. 4.

⁷³² Par. 50.

⁷³³ Par. 51.

⁷³⁴ Par. 57.

⁷³⁵ [R. v. Beaulac, \[1999\] 1 S.C.R. 768.](#)

le lingue ufficiali del Canada»⁷³⁶.

Se il *decisum* della sentenza, tramite il riconoscimento in capo a ogni persona imputata del diritto di scegliere alternativamente l'inglese o il francese come lingua con cui essere sottoposta a processo e nella quale essere compresa, ha visto la Corte accogliere le ragioni del ricorrente, ordinando che quest'ultimo dovesse essere sottoposto a un nuovo processo dinanzi a un giudice e a una giuria che parlassero non solo l'inglese ma altresì il francese, quanto più interessa sottolineare della decisione *de qua* è l'approccio interpretativo finalistico (c.d. *purposive approach*) che il supremo consesso ha adottato e sostenuto con riguardo ai diritti linguistici. Superando l'interpretazione restrittiva del precedente *Société des Acadiens*, la Corte affermava, infatti, come i diritti linguistici in tutti i casi dovessero essere letti come connessi alla tutela e allo sviluppo delle comunità linguistiche ufficiali del Canada, valorizzando, in particolare, il legame tra la persona, portatrice della sua identità linguistica e culturale, e la propria comunità di appartenenza⁷³⁷.

In questo senso, la lettura operata dalla Corte della sec. 530 del codice penale quale disposizione atta a sancire, da un lato, il diritto – di natura sostanziale e inderogabile dall'autorità giudiziaria procedente – dell'imputato di avere parità di accesso alle corti designate nella lingua ufficiale da quest'ultimo considerata come propria, e dall'altro, il corrispondente obbligo per le corti chiamate a occuparsi di questioni penali di essere istituzionalmente bilingui⁷³⁸, risultava in ultima analisi funzionale, sempre secondo i supremi giudici, a garantire alle comunità minoritarie di lingua ufficiale il mantenimento e la promozione della loro identità culturale.

A conferma di questa doppia anima – individuale e collettiva – ricondotta dalla Corte ai diritti linguistici, giova segnalare un ultimo punto sul quale il supremo consesso ha avuto modo di soffermarsi: la differenza tra i diritti linguistici in materia giudiziaria e il diritto al servizio di traduzione simultanea⁷³⁹. Mentre il secondo veniva dalla Corte inserito nel più ampio alveo delle garanzie assicurate dal principio del giusto processo a qualsiasi soggetto non in grado di comprendere gli atti processuali, i secondi – nel caso *de quo* concretatisi nel diritto per l'imputato di accesso paritario a un servizio pubblico adeguato alla sua identità linguistica e culturale – venivano dai supremi giudici ricondotti alla precisa scelta politico-

⁷³⁶ S. 530(4): «If an accused fails to apply for an order under subsection (1) or (2) and the judge, provincial court judge, judge of the Nunavut Court of Justice or justice of the peace before whom the accused is to be tried, in this Part referred to as “the court”, is satisfied that it is in the best interests of justice that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the language of the accused is not one of the official languages of Canada, the official language of Canada in which the accused, in the opinion of the court, can best give testimony, the court may, if it does not speak that language, by order remand the accused to be tried by a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak that language or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada».

⁷³⁷ Par. 25.

⁷³⁸ Par. 28.

⁷³⁹ Par. 41.

costituzionale di proteggere le minoranze linguistiche ufficiali nel Paese e di assicurare l'eguale status del francese e dell'inglese⁷⁴⁰.

5.7 *Doucet-Boudreau*

La sec. 23 della Carta dei diritti tornava all'attenzione della Corte Suprema nel 2003 con il caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*⁷⁴¹. E tuttavia, è bene sin da subito precisare come l'intervento dei supremi giudici riguardasse in particolare i rimedi all'accertata violazione della sec. *de qua* e, a questo riguardo, il significato ermeneutico da attribuire alla successiva sec. 24, relativa all'effettiva applicazione dei diritti previsti nella Carta⁷⁴².

I ricorrenti erano un gruppo di genitori francofoni i quali, dinanzi alla mancata predisposizione da parte del Governo della Nova Scotia di strutture e programmi atti a garantire per il loro figli il diritto – peraltro riconosciuto dalle stesse autorità provinciali – all'istruzione secondaria in lingua francese, si erano rivolti alla Corte Suprema provinciale per ottenere un provvedimento che imponesse alle autorità provinciali l'adempimento, mediante l'impiego di fondi pubblici, delle misure richiamate. Riscontrando effettivamente un ritardo da parte della provincia atlantica nell'adempire ai propri obblighi ai sensi della sec. 23, il giudice provinciale aveva dunque ordinato la predisposizione di strutture scolastiche e programmi in lingua francese entro una determinata scadenza, riservandosi altresì – ed è quanto qui interessa evidenziare – di valutare i progressi nell'attuazione da parte del Governo provinciale delle misure imposte.

Tale ultima previsione era stata contestata – a ragione secondo la Corte d'Appello – da parte delle autorità provinciali per violazione del principio di *common law* del *functus officio*, che vede il giudice perdere la giurisdizione sul caso sottopostogli una volta risolta la questione tra le parti.

Su ricorso presentato dai genitori francofoni avverso la decisione del giudice d'appello, il supremo consesso di Ottawa veniva, dunque, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento adottato dalla Corte Suprema provinciale.

E dunque, con riferimento alla sec. 23, la Corte, basandosi sui suoi precedenti, tornava, da un lato, a evidenziare il legame tra il diritto all'istruzione nella lingua ufficiale minoritaria e la tutela e promozione della cultura della minoranza stessa, e dall'altro, a sottolineare l'intento riparativo rispetto alle passate ingiustizie innervante la sec. *de qua*, perseguito sia arrestando la progressiva erosione della cultura delle lingue ufficiali minoritarie in tutto il Canada e sia promuovendone lo sviluppo⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Cfr. Piergigli V., *I diritti linguistici...* op. cit., 171-173.

⁷⁴¹ [Doucet-Boudreau v. Nova Scotia \(Minister of Education\), \[2003\] 3 S.C.R. 3.](#)

⁷⁴² La sec. 24(1) in particolare sancisce che «*Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances*».

⁷⁴³ Parr. 26-27.

Dopo aver sottolineato, inoltre, come i diritti all'istruzione nella lingua minoritaria ex sec. 23 costituissero elemento cardine dello sforzo dell'intera nazione nel perseguimento dei valori del bilinguismo e biculturalismo⁷⁴⁴, da una lettura della mancata ovvero tardiva adozione delle misure attuative della sec. in esame come potenzialmente foriere di conseguenze assimilatorie ai danni delle minoranze la Corte desunse la legittimità dei provvedimenti da parte delle corti atti ad assicurare una protezione effettiva e, conseguentemente, tempestiva dei diritti linguistici⁷⁴⁵.

Calato un simile ragionamento nel caso concreto, e richiamato, a questo proposito, l'alto tasso di assimilazione della comunità francofona realizzatosi in Nova Scotia in ragione dell'inadempimento da parte delle autorità provinciali degli obblighi derivanti dalla sec. 23, la Corte non esitava a collocare il provvedimento della Corte Suprema provinciale in un contesto pressante di erosione culturale in corso nella Provincia atlantica⁷⁴⁶.

A questo punto, seguivano ineludibilmente, nel percorso argomentativo della Corte, le riflessioni concernenti la sec. 24(1) della Carta dei diritti e, in particolare, la legittimità o meno del provvedimento adottato dalla Corte Suprema provinciale nella parte in cui si prevedeva il monitoraggio giurisdizionale dei progressi fatti dalle autorità provinciali nell'attuazione delle misure stabilite. A questo proposito, tramite un'interpretazione ampia e finalistica della sec. 24(1), la Corte, con una maggioranza risicata di 5-4⁷⁴⁷, riteneva che le circostanze del caso imponessero un rimedio che garantisse il soddisfacimento del diritto ex sec. 23 in un lasso di tempo ragionevole, e che quanto previsto dal provvedimento della Corte provinciale – tramite lo svolgimento di periodiche audizioni circa l'avanzamento delle misure attuative – risultasse al raggiungimento di tale obiettivo idoneo. In questo senso, agli occhi della maggioranza, il principio del *functus officio*, che pure veniva inquadrato in via generale come recessivo rispetto al disposto della sec. 24⁷⁴⁸, non risultava in questo caso violato, considerata l'impossibilità per la Corte provinciale di modificare la sua decisione alla luce dei resoconti informativi circa le misure progressivamente attuate⁷⁴⁹.

5.8 *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada e DesRochers v. Canada (Industry)*

Proseguendo l'itinerario cronologico prescelto, l'attenzione muove ora verso due pronunce intervenute rispettivamente nel 2008 e nel 2009, riguardanti entrambe il diritto di relazionarsi in inglese o in francese, nel primo caso, con le autorità pubbliche del New Brunswick ai

⁷⁴⁴ Par. 28.

⁷⁴⁵ Par. 29.

⁷⁴⁶ Parr. 38-40.

⁷⁴⁷ I giudici dissenzienti LeBel, Deschamps, Major e Binnie, pur non mettendo in dubbio l'applicabilità o l'importanza della sec. 23, ritenevano che l'imposizione di report informativi da parte della Corte Suprema provinciale, da un lato, non fosse necessaria per l'attuazione della sec. 23, e dall'altro, violasse il principio del *functus officio* e quello della separazione dei poteri. Cfr. parr. 91-147.

⁷⁴⁸ Par. 75.

⁷⁴⁹ Par. 80.

sensi della sec. 20(2) della Carta dei diritti, e nel secondo caso, con le istituzioni federali secondo il disposto della sec. 20(1) della Carta medesima⁷⁵⁰.

Procedendo con ordine, il caso *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*⁷⁵¹ originava dal ricorso presentato dalla sig.ra Marie-Claude Paulin, di lingua francese, la quale, avendo ricevuto una multa per eccesso di velocità da un agente della *Royal Canadian Mountain Police* (RCMP) in servizio in New Brunswick senza che quest'ultimo si fosse rivolto a lei in francese, agiva, affiancata dalla *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.*, dinanzi alla Corte Federale per ottenere l'accertamento del proprio diritto a ricevere la notifica della sanzione nella sua lingua madre.

Il caso, giunto dinanzi alla Corte Suprema a seguito dell'appello presentato con successo dalla RCMP contro la decisione di primo grado, verteva sulla sussistenza o meno dell'obbligo in capo a quest'ultima, ai sensi della sec. 20(2) della *Charter* – secondo cui «ogni cittadino del New Brunswick ha il diritto di comunicare con qualsiasi ufficio di un'istituzione legislativa o governativa provinciale e di ricevere i relativi servizi in inglese o in francese» –, di rendere i propri servizi in entrambe le lingue ufficiali nell'esercizio delle funzioni di polizia provinciale in New Brunswick.

L'ostacolo che si poneva, infatti, al riconoscimento di un simile obbligo in capo alla RCMP era rappresentato dall'attestarsi di quest'ultima formalmente come istituzione federale, in quanto tale non soggetta al disposto della sec. 20(2) della Carta.

E tuttavia, una Corte unanime, accogliendo le ragioni dei ricorrenti, affermava come lo status di istituzione federale della RMPC non fosse in questo caso dirimente: l'accordo federale-provinciale in forza del quale era stato stabilito che il Ministro della Giustizia della Provincia atlantica potesse disporre della polizia federale determinandone gli obiettivi, le priorità, le finalità e gli standard di somministrazione del servizio veniva letto, infatti, dalla Corte come foriero di un vincolo di subordinazione tra la RCMP e il Ministro provinciale medesimo, qualificando di conseguenza la prima come un'articolazione dell'Esecutivo provinciale⁷⁵², come tale sottoposta all'obbligo previsto ex sec. 20(2) della Carta dei diritti⁷⁵³.

Sempre all'unanimità la Corte si pronunciava altresì nel pressoché coevo caso *DesRochers v. Canada (Industry)* del 2009⁷⁵⁴, riguardante la minoranza francofona nella Provincia dell'Ontario.

Prima di analizzare il merito della pronuncia, occorre preliminarmente chiarire come a monte della controversia sorta vi fosse l'azione della *North Simcoe CFDC*, organizzazione no-profit cui spettava l'attuazione dei contenuti del *Community Futures Program*, un piano di sviluppo e promozione dell'attività economica e commerciale nelle aree rurali dell'Ontario

⁷⁵⁰ Per un'analisi dei due casi cfr. Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2008-2009*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2010, 4262-4265.

⁷⁵¹ [Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada](#), [2008] 1 S.C.R. 383.

⁷⁵² Par. 16.

⁷⁵³ Parr. 18-19.

⁷⁵⁴ [DesRochers v. Canada \(Industry\)](#), [2009] 1 S.C.R. 194.

predisposto nel 1985 dal Dipartimento dell'Industria del Governo federale. Proprio l'attività della *North Simcoe CFDC* veniva contestata dal sig. DesRochers, direttore della *Corporation de développement économique communautaire* (CALDECH), creata per volontà delle organizzazioni appartenenti alla comunità linguistica francofona stanziata prevalentemente in Huronia – regione centrale dell'Ontario – per ovviare alle carenze riscontrate dalle organizzazioni medesime nei servizi di sviluppo economico forniti dalla *North Simcoe* alla popolazione francofona della regione richiamata.

Già nel 2000, la CALDECH presentava un reclamo al *Commissioner of Official Languages of Canada* (*Commissioner*), lamentando come la mancata erogazione da parte della *North Simcoe* dei suoi servizi in francese costituisse fattore di penalizzazione per le attività imprenditoriali condotte dagli operatori economici francofoni e fosse pertanto incompatibile con il disposto della parte IV e VII dell'*Official Languages Act* (OLA), a sua volta applicativo della sec. 20(1) e della sec. 16(1) della Carta dei diritti.

Dinanzi all'accertata violazione secondo il *Commissioner* dell'OLA e all'inefficacia, sempre da quest'ultimo constatata, degli interventi correttivi posti in essere dalla *North Simcoe* negli anni immediatamente successivi, le istanze del sig. DesRochers, affiancato dall'Ombudsman linguistico, giungevano all'attenzione della Corte Federale con la richiesta del risarcimento dei danni, di un accreditamento di fondi per la sua organizzazione e del rimborso delle spese processuali.

Venendo al giudizio della Corte Suprema, quanto ai fini di questo studio interessa sottolineare sono le riflessioni da quest'ultima sviluppate riguardo alla parte IV dell'OLA e, in particolare, alla sua sec. 22 – secondo la quale «ogni istituzione federale ha il dovere di garantire che qualsiasi soggetto possa con essa comunicare e ottenere i servizi disponibili in entrambe le lingue ufficiali, e ha lo stesso dovere con riferimento a qualsiasi altro suo ufficio o struttura [...] in Canada o altrove, qualora vi sia una domanda significativa di comunicazioni e servizi in tale lingua da parte di tale ufficio o struttura»⁷⁵⁵ –, da leggere, tuttavia, secondo i supremi giudici, alla luce dello scopo dell'OLA stesso, consistente, in base a quanto previsto dalla sec. 2(a), nel «garantire il rispetto dell'inglese e del francese come lingue ufficiali del Canada e assicurare la parità di status e la parità di diritti e privilegi per quanto riguarda il loro uso in tutte le istituzioni federali, in particolare per quanto riguarda il loro uso nei procedimenti parlamentari, negli strumenti legislativi e di altro tipo, nell'amministrazione della giustizia, nella comunicazione con il pubblico o nell'erogazione di servizi al pubblico e nello svolgimento del lavoro delle istituzioni federali»⁷⁵⁶.

Posta la riscontrabilità nella regione dell'Huronia di una «domanda significativa» – così

⁷⁵⁵ «Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or (b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language».

⁷⁵⁶ Par. 41.

come prevista dalla sec. 22 dell'OLA – di comunicazioni e servizi in francese, la Corte chiariva come l'oggetto del suo intervento dovesse essere un'analisi comparativa tesa a determinare se i servizi resi dall'istituzione federale in entrambe le lingue ufficiali si attestassero sui medesimi livelli qualitativi⁷⁵⁷. Proprio con riguardo alla definizione di questa “pari qualità” richiesta, la Corte, coerentemente con un'interpretazione liberale e finalistica delle disposizioni sui diritti linguistici orientata alla tutela e allo sviluppo delle comunità linguistiche ufficiali in Canada, chiariva come dovesse farsi ricorso a una lettura sostanziale, e non formale, del principio di uguaglianza⁷⁵⁸.

In questo senso, respingendo la posizione del Dipartimento dell'Industria secondo cui il Governo avesse il solo obbligo di modificare le modalità di erogazione del servizio e non il contenuto dello stesso⁷⁵⁹, la Corte sosteneva, invece, come l'uguaglianza linguistica nell'erogazione di servizi non si intendesse raggiunta con lo sviluppo e l'attuazione di servizi identici per ciascuna comunità linguistica, ma potesse comportare – per dirsi effettivamente sostanziale – altresì l'erogazione di servizi dal contenuto diverso in base alla comunità linguistica destinataria dei servizi medesimi.

In altre parole, secondo i supremi giudici, il contenuto del principio di uguaglianza linguistica nei servizi pubblici non doveva necessariamente essere uniforme, trovando invece definizione alla luce della natura e dello scopo del servizio in questione⁷⁶⁰.

Per queste ragioni, nel caso *de quo*, la Corte, rammentando come lo stesso Dipartimento dell'Industria nel suo programma di sviluppo economico avesse qualificato quest'ultimo come particolarmente adattabile alle comunità in cui doveva operare⁷⁶¹, affermava come i servizi da esso predisposti nei confronti della comunità francofona dovessero caratterizzarsi per un contenuto differente⁷⁶².

E tuttavia, dalla somministrazione dei servizi su base “sostanzialmente” paritaria, così come desunto dall'OLA dalla Corte, quest'ultima non faceva derivare un obbligo per il Dipartimento dell'Industria di raggiungere un livello minimo di qualità del servizio⁷⁶³. Inoltre, riteneva che il raggiungimento di risultati diversi per le diverse comunità linguistiche non indicasse necessariamente una violazione degli obblighi dell'OLA: l'apparente disparità di risultati tra le due comunità linguistiche non doveva infatti leggersi in via automatica come sintomo di un trattamento discriminatorio, ma poteva costituire invece l'esito di una serie di altri elementi causali⁷⁶⁴.

Per questi motivi, pur non perdendo occasione di sottolineare come il Dipartimento dell'Industria fosse costituzionalmente obbligato a predisporre servizi in francese

⁷⁵⁷ Par. 23.

⁷⁵⁸ Par. 31.

⁷⁵⁹ Par. 48.

⁷⁶⁰ Par. 51.

⁷⁶¹ Par. 52.

⁷⁶² Par. 54.

⁷⁶³ Par. 55.

⁷⁶⁴ Parr. 56, 62.

nell'Huroniana tenendo conto delle esigenze della comunità minoritaria francofona, constatando come il Dipartimento stesso avesse già rimediato all'inadeguatezza dell'erogazione dei servizi in francese da parte della *North Simcoe CFDC*, la Corte rigettava l'appello promosso dai ricorrenti per presunta lesione del principio di parità linguistica nelle comunicazioni e nell'erogazione dei servizi previsto nella parte IV dell'OLA, limitandosi a riconoscere a questi ultimi le spese processuali.

5.9 *Rose-des-vents v. British Columbia* e *Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique v. British Columbia*

Dopo oltre cinque anni dalla sua ultima decisione in materia, la Corte tornava a pronunciarsi significativamente in tema di diritti linguistici e, in particolare, con riguardo alla sec. 23 della Carta dei diritti, nel caso *Rose-des-vents v. British Columbia* del 2015⁷⁶⁵. Giova precisare come all'analisi della sentenza *de qua* farà seguito in questa sede, per le ragioni presto chiarite, quella di un'altra decisione, *Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique v. British Columbia* del 2020⁷⁶⁶, sorta sempre a partire da un caso proveniente dalla Provincia affacciata sul Pacifico e relativa anch'essa alla tutela dei diritti linguistici nell'ambito dell'istruzione.

Procedendo con ordine, con riguardo al caso *Rose-des-vents*, dinanzi ai supremi giudici giungevano le istanze di un'associazione di genitori francofoni che lamentavano la lesione dei loro diritti previsti ex sec. 23 a fronte dell'inadeguato servizio scolastico reso ai loro figli dall'unica scuola primaria pubblica di lingua francese situata a ovest di Main Street a Vancouver. Dalla sua apertura nel 2001, le iscrizioni presso la scuola *de qua* erano infatti aumentate sensibilmente rendendo secondo i ricorrenti la struttura inadeguata per il riscontrato bacino di utenza, soprattutto considerando come, invece, le strutture delle scuole anglofone con il medesimo numero di iscritti fossero più grandi e in condizioni migliori. Inoltre, veniva segnalato come mentre oltre l'85% degli studenti della scuola francofona dovessero prendere l'autobus per recarvisi e come più di 2/3 di loro impiegassero oltre 30 minuti di viaggio, le scuole anglofone si trovassero, invece, a meno di un chilometro a piedi per la maggior parte degli studenti.

Una storia processuale caratterizzata dall'accoglimento delle ragioni dei ricorrenti da parte della Corte Suprema della British Columbia, e dal rovesciamento della decisione in appello, portava dunque il caso dinanzi ai supremi giudici di Ottawa, i quali all'unanimità, accoglievano il ricorso *de quo*.

Il percorso argomentativo della Corte partiva innanzitutto dal richiamare, nel solco dei suoi precedenti, il carattere riparativo della sec. 23 e come quest'ultimo fosse espressione dell'impegno del Canada nella tutela e promozione del proprio carattere bilingue e

⁷⁶⁵ [Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia \(Education\)](#), [2015] 2 S.C.R. 139.

⁷⁶⁶ [Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia](#), [2020] 1 S.C.R. 678.

biculturale. Alla sec. *de qua*, sempre riprendendo la propria giurisprudenza, la Corte riconosceva la funzione di correzione e prevenzione dell'erosione dei gruppi linguistici minoritari di lingua ufficiale, in modo da realizzare una partnership paritaria dei due gruppi linguistici ufficiali nel contesto dell'istruzione, sottolineando, a tale ultimo proposito, come l'inazione o il ritardo delle autorità nell'attuazione (ovvero nel porre rimedi alla violazione) di tale diritto comportasse conseguenze assimilatorie tali da compromettere il godimento del diritto stesso⁷⁶⁷.

Fatta questa ricostruzione, la Corte faceva poi riferimento alla *sliding scale*, rammentando come qualora i numeri giustificassero l'erogazione del massimo livello di servizi alla comunità linguistica minoritaria, sorgesse per i soggetti interessati il diritto a strutture scolastiche complete, distinte ed equivalenti a quelle predisposte per il gruppo linguistico maggioritario, nonché il diritto secondo cui tali strutture fossero accessibili e, ove possibile, situate nella comunità di residenza dei bambini, con possibilità di prevedere altresì la predisposizione di Consigli scolastici autonomi di lingua minoritaria per la loro gestione e controllo.

Determinato il livello dei servizi in base al numero dei bambini, la Corte chiariva come il quesito al quale dovesse risponderci fosse se ai genitori, titolari dei diritti ex sec. 23, fosse stata effettivamente fornito un trattamento sostanzialmente eguale rispetto ai genitori di lingua maggioritaria.

A questo proposito, la Corte introduceva per la prima volta il c.d. *test of equivalence*, corrispondente a un'analisi comparativa tra l'esperienza educativa nella scuola di lingua minoritaria e quella nelle vicine scuole di lingua maggioritaria, condotta appunto lungo i binari dell'eguaglianza sostanziale.

Prescindendo infatti da dati quali i costi pro-capite e altri indicatori di equivalenza formale, la Corte sottolineava come occorresse considerare le scelte effettivamente a disposizione dei genitori titolari dei diritti ex sec. 23. A questo proposito, parafrasando le parole dei supremi giudici, si incorrerebbe nella violazione della sec. *de qua* qualora i genitori siano dissuasi dal mandare i loro figli in una scuola di lingua minoritaria poiché significativamente inferiore a una scuola di lingua maggioritaria e, più precisamente, qualora l'esperienza educativa, globalmente considerata – e cioè comprensiva della qualità delle strutture, dell'insegnamento, dei risultati educativi, delle attività extracurricolari e dei tempi di percorrenza –, delle scuole di lingua maggioritaria sia così superiore rispetto a quella offerta dalle quelle di lingua minoritaria da minare il desiderio dei genitori medesimi di far studiare i propri figli nella lingua minoritaria, generando così effetti assimilatori contrari, appunto, a disposto della sec. 23.

È, in altre parole, fondamentale, secondo i supremi giudici, che l'esperienza educativa degli studenti di lingua minoritaria sia di qualità significativamente simile a quella degli studenti di lingua maggioritaria, in modo che i genitori non siano dissuasi dal mandare i propri figli

⁷⁶⁷ Parr. 25-28.

in una scuola di lingua minoritaria⁷⁶⁸.

Calando il *test of equivalence* nel caso concreto, la Corte Suprema accoglieva le ragioni dei ricorrenti ritenendo come il giudice della Corte Suprema della British Columbia a ragione avesse concluso come i programmi offerti dall'unica scuola francofona non fossero così superiori da compensare l'inadeguatezza della struttura, il sovraffollamento della stessa e i lunghi tempi di percorrenza utili a raggiungerla. La disparità tra la scuola di lingua minoritaria e quelle di lingua maggioritaria era, pertanto, considerata tale da limitare le iscrizioni e contribuire all'assimilazione della comunità francofona, determinandosi così una lesione dei diritti ex sec. 23 dei genitori a tale comunità minoritaria appartenenti⁷⁶⁹.

Dove il *test of equivalence* ha trovato nuovamente concreta applicazione nella giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti linguistici nell'ambito dell'istruzione, è stato – come anticipato – nella sentenza *Commission scolaire francophone de Colombie-Britannique v. British Columbia* del 2020⁷⁷⁰.

Il caso sorgeva su ricorso del *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, della *Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique* e di tre genitori francofoni che lamentavano come le autorità provinciali avessero violato il diritto all'istruzione nella lingua minoritaria ex sec. 23, finanziando in maniera non sufficientemente adeguata l'istruzione scolastica di lingua francese.

La storia processuale del caso in esame aveva visto i ricorrenti lamentare come il Consiglio scolastico francofono non avesse ricevuto dalle autorità provinciali, in particolare, né la sovvenzione annuale per la manutenzione e il finanziamento delle scuole francofone, né i fondi per il miglioramento delle scuole già esistenti. Di contro, la Provincia aveva sostenuto di non poter fornire tutti i servizi richiesti dal Consiglio scolastico e, a questo proposito, come il numero di bambini fosse insufficiente per giustificare le spese ai servizi medesimi necessarie.

All'esito del giudizio di primo e secondo grado, l'applicazione della *sliding scale* aveva determinato il rigetto delle ragioni dei ricorrenti. Ad eccezione delle risorse dedicate al trasporto scolastico degli studenti appartenenti alla minoranza francofona, nel giudizio di appello era stata infatti riconosciuta in particolare come legittima, in base alla sec. 1 della Carta e all'*Oakes test* da essa derivante, la parziale compressione del disposto della sec. 23 della Carta: la promozione dell'insegnamento del francese per un esiguo numero di studenti cedeva, infatti, rispetto alla necessità di allocare gli esigui fondi pubblici sull'intero sistema scolastico della Provincia.

In una decisione resa a maggioranza (7-2) inclusiva della componente quebecchese, la Corte accoglieva parzialmente il ricorso chiarendo – *inter alia* – come il rifiuto della Provincia di fornire un maggior numero di scuole francofone costituisse una violazione dei diritti ex sec.

⁷⁶⁸ Sul *test of equivalence* cfr. parr. 32-41.

⁷⁶⁹ Parr. 51-57.

⁷⁷⁰ Cfr. Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2022, 2476-2477.

23 dei ricorrenti non ragionevolmente giustificabile ai sensi della sec. 1 della Carta, e concludeva pertanto come il Consiglio scolastico francofono avesse diritto a ottenere 6 milioni di dollari per i trasporti sottofinanziati, 1,1 milioni di dollari per una sovvenzione annuale per le strutture negata e per tutti i costi, nonché al finanziamento di 8 nuove scuole francofone omogenee.

Quanto della sentenza interessa qui sottolineare è proprio l'attenzione dai supremi giudici dedicata a chiarire, da un lato, i principi introdotti in *Mahe* e, in particolare, il giusto approccio con cui collocare un determinato numero di studenti nella *sliding scale analysis*, e dall'altro, la corretta valutazione di una violazione della sec. 23 alla luce della sec. 1 della Carta.

E dunque, con riferimento alla *sliding scale*, la Corte ricordava come i necessari passi cui procedere fossero: 1) stabilire la soglia numerica di studenti a partire dalla quale far sorgere l'obbligo di attuazione di un servizio; 2) operare un'analisi comparativa fra le scuole di lingua minoritaria per valutare la loro efficienza da un punto di vista sia economico-finanziario che pedagogico; 3) determinare il livello di servizio che deve essere somministrato⁷⁷¹. La Corte chiariva, pertanto, come quando il numero di studenti di lingua minoritaria si collocava al più alto grado della scala mobile, fosse giustificata la predisposizione di una scuola omogenea, mentre qualora il numero medesimo si attestava a un grado inferiore i servizi potessero oscillare tra il riconoscimento di alcune ore di lezione nella propria lingua al controllo dei locali in una scuola condivisa con la maggioranza.

Ciò detto, venendo al caso concreto, la Corte evidenziava gli errori compiuti dal giudice di primo grado nella costruzione della *sliding scale*. In particolare, con riferimento al primo step, giudicando come erronea la scelta del giudice di primo grado di fare riferimento a proiezioni a breve termine o statiche delle iscrizioni degli studenti, la Corte teneva invece conto delle proiezioni a lungo termine o dinamiche, come tali relative al numero di studenti che potenzialmente avrebbero usufruito del servizio educativo⁷⁷². In secondo luogo, giudicando come errata la scelta del giudice di primo grado di operare l'analisi comparativa citata a livello locale, la Corte segnalava che essa dovesse condursi su base provinciale⁷⁷³. Evidenziate tali inesattezze nella *sliding scale* edificata dal giudice di primo grado, la Corte stabiliva come il numero di studenti interessati in questo caso si attestasse all'apice della scala mobile e concludeva, pertanto, come fosse appropriato, dal punto di vista economico e pedagogico, che gli studenti ricevessero l'istruzione in scuole omogenee di lingua francese. Si trattava, questa, di una soluzione secondo la Corte coerente con il diritto in capo ai genitori ex sec. 23 di far fruire ai propri figli un'esperienza educativa sostanzialmente equivalente a quella delle vicine scuole a maggioranza linguistica. Un'equivalenza che, a differenza del precedente *Rose-des-vents*, veniva dalla Corte imposta indipendentemente dalle dimensioni

⁷⁷¹ Parr. 58-84.

⁷⁷² Parr. 59, 60, 95.

⁷⁷³ Parr. 65-67.

della scuola o dal programma in questione⁷⁷⁴. Particolarmente significative risuonano, a questo proposito, le parole della par. 115 ove la Corte sottolineava che «in un Paese come il Canada, dove il sistema educativo è adeguatamente finanziato, i genitori hanno il diritto di aspettarsi un'esperienza educativa di alta qualità indipendentemente dalle dimensioni della scuola dei loro figli».

Come detto, la Corte ebbe altresì modo di riprendere l'*Oakes* test per verificare se una deroga alla sec. 23 fosse giustificabile ai sensi della sec. 1 della Carta. Ricordato come la violazione di un diritto previsto nella Carta dovesse legarsi necessariamente a preoccupazioni «*pressing and substantial in a free and democratic society*»⁷⁷⁵, e come le misure atte a realizzarla dovessero 1) essere razionalmente connesse allo scopo, 2) pregiudicare il diritto costituzionalmente garantito nella minore misura possibile, 3) comportare degli effetti limitativi del diritto non sproporzionati rispetto allo scopo che la normativa, con riferimento specifico all'eventuale violazione della sec. 23 la Corte sosteneva come essa vedesse la propria legittimità subordinata al rispetto di uno standard giustificativo particolarmente stringente.

Le ragioni di tale tassatività erano, secondo la Corte, legate a tre caratteristiche fondamentali della sec. 23 stessa:

- 1) i padri della Carta dei diritti avevano imposto obblighi positivi – da ottemperare peraltro con tempestività per scongiurare esiti assimilatori – in capo ai governi federale e provinciali, tali per cui questi ultimi avevano il dovere, qualora il numero di bambini lo giustificasse, di predisporre fondi pubblici per l'istruzione nelle lingue ufficiali minoritarie;
- 2) l'immunità della sec. *de qua* dagli effetti della *notwithstanding clause* segnalava l'importanza attribuita ai diritti in essa previsti dai redattori della Carta e la loro intenzione di limitare rigorosamente eventuali deroghe a essi;
- 3) la sec. 23 aveva già un limite al suo interno, legato alla necessaria presenza di una soglia minima di bambini a partire dalla quale far scattare le garanzie previste nella sec. in parola. Si trattava di una soluzione elaborata dai redattori della Carta tenendo conto di considerazioni pratiche, tra le quali i costi nonché le esigenze pedagogiche dei bambini potenzialmente interessati⁷⁷⁶.

Volendo tirare le fila, non possono non intravedersi anche nell'applicazione particolarmente rigida da parte della Corte dell'*Oakes* test alle violazioni della sec. 23 i segni del particolare significato costituzionale attribuito ancora una volta dai supremi giudici alla tutela dei diritti all'istruzione nelle lingue ufficiali minoritarie.

A questo proposito, parafrasando proprio – e non a caso – un passo della sentenza in commento, la Corte, dopo aver ricordato l'attestarsi della sec. 23 quale elemento cardine

⁷⁷⁴ Parr. 104-138.

⁷⁷⁵ Cfr. par. 145: «*More specifically, the measure must "relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important"*», in cui si richiamano le parole usate nella sentenza *Oakes* alle pagine 138-139.

⁷⁷⁶ Parr. 147-151.

dello sforzo dell'intera nazione nel perseguimento dei valori del bilinguismo e biculturalismo⁷⁷⁷, non esitava a intravederne nel disposto tre scopi fondamentali: il primo di carattere preventivo, legato cioè a scongiurare l'erosione delle comunità linguistiche ufficiali; il secondo di ordine riparativo, ovverosia teso a porre rimedi alle ingiustizie del passato e a promuovere lo sviluppo delle due comunità; il terzo di natura unificante, e cioè connesso al favorire la mobilità, consentendo ai cittadini di spostarsi ovunque nel Paese senza il timore di dover abbandonare la propria lingua e la propria cultura⁷⁷⁸.

5.10 Bessette v. British Columbia e R. v. Tayo Tompouba

L'iter cronologico porta ora a muovere l'attenzione verso la sentenza *Bessette v. British Columbia* del 2019⁷⁷⁹, alla cui analisi si farà tuttavia immediatamente seguire, per comodità espositiva, quella relativa al recente caso *R. v. Tayo Tompouba* del 2024⁷⁸⁰. Sono queste, infatti, le ultime due sentenze in cui la Corte Suprema si è pronunciata in materia di diritti linguistici in ambito giudiziario in occasione di controversie sorte fuori dal Québec.

Procedendo con ordine, in *Bessette v. British Columbia* il caso giungeva all'attenzione della Corte Suprema su ricorso del sig. Bessette il quale, nell'ambito di una contestazione giudiziaria per un'infrazione stradale ai sensi del *Motor Vehicle Act* della British Columbia, si era visto rifiutare la propria richiesta affinché il relativo processo si tenesse in lingua francese, così come garantito dalla sec. 530 del Codice penale. Più nello specifico, il giudice del tribunale provinciale aveva respinto l'istanza affermando – e così avallando la tesi sostenuta dalle autorità provinciali – come la legislazione provinciale non conferisse all'imputato il diritto di essere processato per reati provinciali nella lingua ufficiale di sua scelta. Su ricorso presentato dal sig. Brunette avverso la decisione del giudice della causa, la Corte Suprema della British Columbia parimenti respingeva l'istanza del ricorrente sostenendo come quest'ultimo avrebbe dovuto attendere la decisione finale sulla sua colpevolezza e, in caso di condanna, ricorrere avverso tale decisione con riguardo alla lingua del processo. Del medesimo parere risultava altresì la Corte d'Appello della British Columbia, anch'essa interpellata dal ricorrente.

A fronte di questo percorso processuale, il supremo consesso di Ottawa accoglieva, di contro, le ragioni del ricorrente affermando come la sec. 530 del Codice penale – come noto relativa alla libertà per le parti di scegliere la lingua processuale – si applicasse ai procedimenti penali contro i soggetti accusati ai sensi del *Motor Vehicle Act*, e ordinando, dunque, che il processo nei confronti di quest'ultimo fosse condotto in francese.

Per addivenire a una simile conclusione, una Corte unanime sottolineava come le infrazioni previste dal *Motor Vehicle Act* dovessero trattarsi e giudicarsi ai sensi dell'*Offence Act* della

⁷⁷⁷ Par. 12.

⁷⁷⁸ Par. 15.

⁷⁷⁹ [Bessette v. British Columbia \(Attorney General\), \[2019\] 2 S.C.R. 535.](#)

⁷⁸⁰ [R. v. Tayo Tompouba, 2024 SCC 16.](#)

British Columbia, assimilabile a un codice processuale. Tutte le infrazioni provinciali nella British Columbia ricadevano infatti, salvo espressa disposizione contraria – non presente a questo proposito nel *Motor Vehicle Act* –, sotto la disciplina dell'*Offence Act* citato.

A questo punto, risultava dirimente per la Corte il riferimento alla sec. 133 dell'*Offence Act* medesimo, nel quale si prevedeva come ogni lacuna all'interno dell'atto legislativo dovesse essere colmata mediante il ricorso alle disposizioni del Codice penale. Non prevedendo, infatti, né il *Motor Vehicle Act* né l'*Offence Act* alcuna disposizione relativa alla lingua da utilizzare in ambito processuale, la Corte concludeva agevolmente come la sec. 530 del Codice penale venisse incorporata nell'*Offence Act* della British Columbia, facendo pertanto sorgere in capo ai soggetti accusati di un'infrazione ai sensi del *Motor Vehicle Act* il diritto di essere giudicati nella lingua ufficiale di loro scelta.

A nulla servivano, in questo senso, le argomentazioni promosse dalle autorità provinciali e volte a sostenere come l'*Offence Act* non potesse incorporare la sec. 530 del Codice penale per i procedimenti relativi a infrazioni provinciali in quanto a disciplinare la fattispecie *de qua* fosse, invece, il *1731 Act*⁷⁸¹ britannico, ancora in forza in British Columbia, e secondo il quale tutti i processi dovevano svolgersi in lingua inglese. Tramite quella che è stata definita in dottrina come una sorta di *patriation* normativa, la Corte riduceva l'efficacia della normativa britannica affermando, infatti, come essa fosse stata implicitamente abrogata dall'*Offence Act*.

Sebbene la sentenza *de qua* rilevi soprattutto per la volontà di (ri)affermare la distanza normativa dell'ordinamento giuridico canadese dal passato coloniale britannico, non può negarsi come traspaia anche qui il costante impegno della Corte a favore della parità di status tra inglese e francese nelle istituzioni canadesi⁷⁸²: pur non avendo lamentato il ricorrente alcuna lesione dei suoi diritti linguistici ai sensi della Carta dei diritti, la decisione incarna il valore della protezione del bilinguismo, non mancando peraltro un esplicito riferimento da parte dei supremi giudici, in particolare nel par. 38, a come il diritto a un processo nella lingua ufficiale di propria scelta, ove applicabile, sia “fondamentale”, e come esso sia sostanziale e non meramente procedurale: non attiene infatti al giusto processo, ma all'affermazione dell'identità linguistica e culturale dell'imputato, dal carattere intrinsecamente “personale”⁷⁸³.

Ove il legame tra la tutela dei diritti linguistici in ambito giudiziario, da un lato, e l'importanza da essi ricoperta per l'intero edificio costituzionale canadese, dall'altro, emerge con ancora più vigore è nel già citato sentenza *R. v. Tayo Tompouba*.

⁷⁸¹ *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26.

⁷⁸² Cfr. Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2020, 2693.

⁷⁸³ Par. 38: «*Second, this Court has recognized that the right to a trial in the official language of one's choice, where it applies, is “fundamental”. The right is substantive, not merely procedural. It is not concerned with trial fairness, but with affirming the accused's linguistic and cultural identity, which is inherently “personal”. The violation of the right is a “substantial wrong”* (Beaulac, at paras. 23, 25, 28, 34, 45, 47 and 53-54)».

Il caso sorgeva su ricorso di un soggetto francofono bilingue, il quale era stato condannato per violenza sessuale dalla Corte Suprema della British Columbia a seguito di un processo condotto in lingua inglese. Durante il processo *de quo* il giudice non si era assicurato che il ricorrente fosse stato informato – così come previsto invece dalla sec. 530(3) del Codice penale⁷⁸⁴ – del suo diritto a essere processato in francese, né quest'ultimo aveva eccepito la violazione del diritto a ricevere tale informazione.

Ove il ricorrente aveva eccepito la lesione del diritto previsto ai sensi della citata sec. 530(3), affermando come egli avrebbe voluto che il processo si fosse svolto in francese, era stato in occasione dell'appello presentato contro la condanna ricevuta.

Il giudice di secondo grado aveva, tuttavia, respinto l'appello: pur considerando la violazione del giudice di primo grado come un errore di diritto tale da giustificare il suo intervento, la Corte d'Appello della British Columbia aveva rilevato come il ricorrente non avesse soddisfatto l'onere di provare come la violazione da parte del giudice del dovere ex sec. 530(3) avesse comportato un'effettiva lesione del suo diritto fondamentale a essere giudicato nella lingua ufficiale di sua scelta.

Il caso giungeva a questo punto dinanzi alla Corte Suprema, la quale, a dispetto di quando stabilito dalle corti inferiori, con una maggioranza di 5-2 accoglieva le ragioni del ricorrente adottando il seguente processo argomentativo.

I supremi giudici, per addivenire a una simile conclusione, partivano dal sottolineare innanzitutto come la sec. 530(3) imponesse in capo al giudice un duplice dovere informativo nei confronti dell'imputato giunto dinanzi a lui per la prima volta: il primo volto a garantire che l'imputato venisse debitamente informato del suo diritto fondamentale e delle modalità di esercizio dello stesso; il secondo relativo, ove richiesto dalle circostanze, all'adozione delle misure necessarie affinché l'imputato venisse informato di ciò.

Ricostruite le coordinate di questo dovere informativo, la Corte evidenziava come la violazione di quest'ultimo costituisse un errore di diritto tale da giustificare l'intervento del giudice in appello ai sensi della sec. 686(1)(a) del Codice penale: la violazione *de qua*, infatti, viziava la sentenza di primo grado facendo sorgere la presunzione di avvenuta lesione del diritto fondamentale dell'imputato di essere giudicato nella lingua ufficiale di sua scelta, così come stabilito nella sec. 530. Una presunzione che spettava dunque all'accusa confutare affinché potesse azionarsi la *curative proviso* prevista nella sec. 686(1)(b)(VI) e secondo la quale il giudice d'appello può rigettare un appello qualora l'irregolarità dimostrata dall'imputato non abbia a quest'ultimo causato alcun pregiudizio.

Sottolineando, a questo proposito, come, per un verso, il ricorrente avesse con successo dimostrato come in primo grado si fosse verificato un errore procedurale sindacabile in appello, e per l'altro, come l'accusa non fosse riuscita a dimostrare come il diritto

⁷⁸⁴ Sec. 530(3): «*Accused to be advised of right: (3) The judge, provincial court judge, judge of the Nunavut Court of Justice or justice of the peace before whom an accused first appears shall ensure that they are advised of their right to apply for an order under subsection (1) or (2) and of the time before which such an application must be made*».

fondamentale del ricorrente a essere giudicato nella lingua ufficiale di sua scelta non fosse stato effettivamente leso nonostante l'occorsa violazione da parte del giudice del suo dovere di informazione ex sec. 530(3), i supremi giudici accoglievano il ricorso *de quo*, annullando la condanna e ordinando la celebrazione di un nuovo processo da tenersi, questa volta, in lingua francese.

Quanto della decisione più interessa qui evidenziare è come essa costituisca il frutto di una lettura ampia e liberale del disposto della sec. 530 del Codice penale, attenta, in particolare, a sottolineare come oltre al diritto di essere giudicato nella lingua ufficiale di sua scelta, parimenti fondamentale per l'imputato sia altresì il diritto di essere informato della titolarità di tale diritto.

Particolarmente utile può risultare, a questo proposito, richiamare l'attenzione dedicata dalla Corte all'analisi anche – e soprattutto – teleologica della sec. *de qua*.

Procedendo idealmente lungo un percorso ascendente, molto significativo pare – a parere di chi scrive – quanto previsto nel par. 44, ove i supremi giudici hanno legato all'uso dei verbi «*ensure*» e – nella versione in francese – «*veille*» nel testo della sec. 530(3) la volontà del Parlamento di fare in modo che i giudici «vigilassero» o si «prendessero attivamente cura» di garantire che l'imputato fosse debitamente informato del suo diritto e delle modalità di esercizio: in altre parole, che garantissero in modo proattivo e sistematico che l'imputato fosse adeguatamente informato, a prescindere dalla circostanza per cui egli sembrasse appartenere a una minoranza linguistica o potesse essere stato o avrebbe potuto in futuro essere informato di questo diritto da un'altra persona.

Tale precisazione acquista rilevanza ai nostri fini ove si consideri, proseguendo il percorso ascendente, come dal par. 36 sia emersa con chiarezza la consapevolezza da parte della Corte di come il diritto di ogni imputato di essere processato nella lingua ufficiale di sua scelta e – si badi – anche quello di essere informato del diritto medesimo rispondessero allo scopo fondamentale di «garantire equo accesso ai tribunali agli imputati che parlano una delle lingue ufficiali del Canada, al fine di aiutare le minoranze linguistiche ufficiali a preservare la propria identità culturale».

Se, tuttavia, si risale un ulteriore e ultimo gradino dell'iter ascendente metaforicamente costruito, è possibile notare come i supremi giudici, abbiano inquadrato l'analisi della sec. 530 del Codice penale all'interno di un più ampio richiamo al peso dei diritti linguistici all'interno dell'architettura costituzionale canadese. Il riferimento da parte dei supremi giudici a una lettura dei diritti linguistici come fondamentali strumenti atti ad assicurare la protezione delle minoranze linguistiche ufficiali, l'uguaglianza di status tra francese e inglese, nonché la tutela e lo sviluppo delle due comunità linguistiche ufficiali⁷⁸⁵, da un lato, e l'attenzione sempre dalla Corte dedicata a precisare come i diritti linguistici in ambito giudiziario si legassero non tanto al principio del giusto processo quanto allo scopo di assicurare a ciascuno un eguale accesso a un servizio pubblico corrispondente alla propria

⁷⁸⁵ Par. 24.

identità linguistica e culturale nel segno di un «*institutional judicial bilingualism*» frutto a sua volta del combinato disposto della sec. 133 del BNAA e della sec. 19(1) della Carta dei diritti⁷⁸⁶, dall'altro, sono tutti elementi che la Corte ha utilizzato a sostegno di un'interpretazione ampia, liberale e costituzionalmente suffragata della sec. 530 del Codice penale, utile nel caso concreto – ma nel solco, come visto, della precedente giurisprudenza in materia – alla tutela della francofonia fuori dal Québec.

5.11 *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories*

A chiusura della qui ripercorsa disamina della giurisprudenza dalla Corte Suprema in materia di diritti linguistici nei casi sorti nel *Rest of Canada* giova, da ultimo, richiamare la sentenza *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories*⁷⁸⁷, resa da un collegio unanime di 7 giudici a dicembre del 2023 e riguardante i diritti all'istruzione nelle lingue minoritarie ex sec. 23 della Carta dei diritti.

Il caso originava dal rifiuto da parte della Ministra dell'Istruzione, della Cultura e del Lavoro dei Territori del Nord-Ovest di accogliere le richieste di cinque genitori, non titolari del diritto di far studiare i propri figli in una delle due lingue ufficiali ex sec. 23 della Carta, in merito all'ammissione dei loro figli a un programma di istruzione in lingua francese.

Più nello specifico, sebbene una direttiva ministeriale sui programmi di istruzione in lingua francese avesse aperto alla possibilità anche per alcune categorie di genitori di iscriverne a tali programmi i loro figli anche se non titolari dei diritti ex sec. 23⁷⁸⁸, la Ministra, ignorando altresì le raccomandazioni della *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest* che sottolineavano come l'accoglimento di tali istanze avrebbe promosso lo sviluppo della comunità francofona dei Territori del Nord-Ovest, aveva negato ciascuna delle domande di ammissione presentate sulla base del mancato possesso, da parte dei genitori, dei requisiti utili a rientrare nelle condizioni stabilite dalla direttiva medesima, senza peraltro fare uso dei propri poteri discrezionali residuali, utili ad ammettere al programma interessato in via derogatoria i figli dei genitori richiedenti.

A seguito di un percorso processuale che aveva visto, dapprima, la Corte Suprema dei Territori del Nord-Ovest – accogliendo le ragioni dei genitori e della *Commission scolaire francophone* – annullare le decisioni della Ministra e invitare quest'ultima a riesaminare le istanze a lei presentate, ma successivamente, la Corte d'Appello dei Territori del Nord-Ovest

⁷⁸⁶ Parr. 25-32.

⁷⁸⁷ [Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest v. Northwest Territories \(Education, Culture and Employment\), 2023 SCC 31.](#)

⁷⁸⁸ La direttiva ministeriale prevedeva in particolare tre circostanze nelle quali ai figli dei genitori non titolari dei diritti ex sec. 23 veniva consentito l'accesso alle scuole francofone: a) figli di genitori che avrebbero avuto i diritti ex sec. 23 se non fosse stato per la mancanza di opportunità da parte dei loro genitori o nonni di frequentare una scuola di lingua francese; b) coloro che soddisfano i criteri di cui alla sec. 23, ma non sono cittadini canadesi; c) immigrati in Canada che al loro arrivo non parlano né inglese né francese e si iscrivono per la prima volta a una scuola canadese. Cfr. par. 14.

ripristinare le decisioni ministeriali annullate riconoscendo come la Ministra non fosse tenuta a considerare la sec. 23 nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali data la mancata titolarità da parte dei genitori interessati dei diritti previsti dalla sec. medesima, il caso giungeva all'attenzione della Corte Suprema, la quale accoglieva il ricorso annullando le ordinanze della Corte d'Appello ripristinatorie delle decisioni ministeriali.

Per addivenire a un simile *decisum* la Corte partiva, innanzitutto, dall'evidenziare come il caso in esame dovesse trovare soluzione facendo riferimento ai precedenti *Doré v. Barreau du Québec* del 2012 e *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* del 2019, riguardanti, rispettivamente, il sindacato giurisdizionale sulle decisioni amministrative coinvolgenti la Carta dei diritti, da un lato, e la definizione del criterio di ragionevolezza quale standard da seguire nel sindacato giurisdizionale proprio sulle decisioni di natura amministrativa, dall'altro.

A questo proposito, ripercorrendo i passaggi fissati nel precedente *Doré*, la Corte sottolineava come il primo step al quale dovesse procedersi fosse quello di stabilire se la decisione amministrativa avesse coinvolto la Carta limitandone le tutele, con ciò intendendosi sia i diritti e sia i valori in essa previsti. In caso di esito affermativo, occorreva poi stabilire se il decisore amministrativo avesse bilanciato in maniera proporzionale il diritto o valore della Carta con i rilevanti obiettivi legislativi. In questo senso, la Corte, affinché la decisione amministrativa potesse considerarsi proporzionata, richiamandosi al precedente *Vavilov*, affermava come quest'ultima dovesse costituire il frutto di un processo che avesse visto l'autorità amministrativa tenere in considerazione i rilevanti valori della Carta e aver "significativamente" analizzato gli effetti sul gruppo o sull'individuo della decisione stessa.

Consapevoli di come il dissenso tra le parti riguardasse il considerare o meno interessata dalla decisione ministeriale la sec. 23 della Carta, non risultando i genitori dei bambini interessati dal diniego titolari dei diritti ex sec. 23, e non potendosi pertanto strettamente parlare di una violazione dei diritti previsti nella Carta⁷⁸⁹, i supremi giudici, da un lato, ricordavano come il quadro elaborato in *Doré* trovasse applicazione non solo in relazione alle decisioni amministrative direttamente lesive dei diritti della Carta ma anche a quelle coinvolgenti un valore della Carta medesima, e dall'altro, chiarivano il rapporto tra diritti e valori della Carta, spiegando come questi ultimi fossero «inseparabili» dai primi, poiché posti alla loro base e danti loro significato⁷⁹⁰.

Seguiva poi un richiamo all'importanza dei valori della Carta dei diritti nell'ambito del diritto amministrativo canadese. A questo proposito, la Corte – legando tale aspetto all'analisi di ragionevolezza presente in *Vavilov* e richiedente che la decisione amministrativa trovasse giustificazione in relazione a circostanze fattuali e giuridiche – sottolineava come nell'esercizio del proprio potere discrezionale le autorità amministrative

⁷⁸⁹ Par. 62.

⁷⁹⁰ Par. 75.

avessero l'obbligo generale di prendere in considerazione i valori rilevanti della Carta, in quanto vincoli di carattere costituzionale ai poteri delegati all'autorità decidente.

Dopo aver indicato una serie di circostanze in presenza delle quali un valore della Carta dovesse considerarsi rilevante e dovesse conseguentemente essere preso in considerazione in sede di adozione di una decisione amministrativa – ossia 1) per la natura del sistema normativo che lo disciplina, 2) perché le parti hanno fatto valere il valore della Carta dinanzi all'autorità amministrativa decidente, 3) per il legame tra il valore della Carta e la questione in esame – si poteva dunque procedere a calare il quadro teorico ricostruito nel caso concreto.

E dunque, la Corte chiariva innanzitutto come i valori sottesi alla sec. 23 fossero stati coinvolti dall'intervento della Ministra: le decisioni di quest'ultima venivano infatti lette dai supremi giudici come impattanti con ogni probabilità sul contesto educativo in lingua minoritaria nei Territori del Nord-Ovest.

Dopo aver sottolineato come la sec. 23 della Carta perseguisse il triplice scopo preventivo, riparativo e unificante più volte ricordato⁷⁹¹, la Corte evidenziava altresì come la tutela e lo sviluppo delle comunità linguistiche minoritarie rientrassero nel novero dei valori sottesi alla sec. 23, nonché come l'istruzione costituisse uno strumento essenziale per il perseguimento dell'obiettivo di tutela delle minoranze linguistiche: quello scolastico veniva, infatti, dai supremi giudici letto come un ambiente di socializzazione fondamentale per consentire agli studenti di sviluppare le loro potenzialità nella loro lingua e di familiarizzare con la loro cultura⁷⁹².

In questo senso, la Corte Suprema poteva agevolmente affermare come i valori sottesi alla sec. 23 della Carta fossero sempre rilevanti per decisioni amministrative discrezionali relative all'ammissione alle scuole di lingua ufficiale minoritaria dei figli di soggetti non titolari dei diritti ai sensi della sec. medesima: nella misura in cui si considerava, infatti, come la tutela di questi ambienti educativi promuovesse lo sviluppo delle comunità linguistiche minoritarie⁷⁹³, tale sviluppo e tale conseguente crescita della popolazione appartenente alla comunità linguistica minoritaria riduceva infatti i rischi di assimilazione e contribuiva a realizzare la collaborazione paritaria tra i due gruppi linguistici ufficiali nel campo dell'istruzione⁷⁹⁴.

Seguendo il tracciato teorico visto, la Corte passava poi a verificare se le decisioni ministeriali avessero limitato i valori sottesi alla sec. 23. La risposta risultava anche in questo caso affermativa. In particolare, il supremo consesso evidenziava come dall'analisi delle specifiche dinamiche linguistiche dei Territori del Nord-Ovest fosse emerso come la tutela e lo sviluppo della comunità francofona fossero stati sostenuti, *inter alia*, dall'ammissione alle scuole di lingua ufficiale minoritaria di un certo numero di figli di genitori non titolari

⁷⁹¹ Par. 79.

⁷⁹² Par. 80.

⁷⁹³ Par. 78.

⁷⁹⁴ Parr. 81-82.

dei diritti ex sec. 23. Anche in questo caso, i supremi giudici potevano agevolmente concludere, dunque, come i valori di tutela e sviluppo delle comunità linguistiche minoritarie sottese alla sec. *de qua* avessero incontrato un limite nel rifiuto ministeriale di ammettere i figli dei soggetti ricorrenti all'istruzione in lingua francese.

A questo punto, il successivo e ultimo passaggio richiedeva alla Corte di verificare se la Ministra fosse stata o meno in grado, nelle sue decisioni, di bilanciare in maniera proporzionata i valori di tutela e sviluppo delle comunità linguistiche minoritarie sottesi alla sec. 23 con gli interessi governativi perseguiti.

La risposta negativa resa a tale proposito dai supremi giudici si doveva, da un lato, alla circostanza per la quale, con riguardo alla decisione resa nei confronti di uno dei ricorrenti, la Ministra non avesse nemmeno fatto riferimento alla sec. 23 o ai valori a essa connessi, e dall'altro, come nelle altre decisioni si fosse fatto riferimento alla sec. 23, e tuttavia non fossero state addotte motivazioni dalle quali trasparisse un avvenuto esame dai tratti sufficientemente approfonditi dell'impatto significativo che le decisioni medesime avrebbero potuto avere sulla comunità francofona dei Territori del Nord-Ovest. Più precisamente, secondo i supremi giudici la valutazione ministeriale si era soffermata sul carattere "necessario" o meno dell'ammissione degli studenti interessati per la tutela della comunità francofona, non valutando, come invece la giusta considerazione dei valori sottesi alla sec. 23 avrebbe voluto, se l'ammissione degli studenti medesimi sarebbe stata in grado di promuovere lo sviluppo della comunità francofona⁷⁹⁵.

A tali ragioni si sommava altresì il dato secondo cui la Ministra, dando eccessiva rilevanza al suo dovere di prendere decisioni coerenti, avesse conferito nella propria valutazione – e conseguente decisione discrezionale – un peso sproporzionato al costo dei servizi previsti dall'ammissione degli studenti nelle scuole di lingua francese. Pur rammentando come la Ministra avesse chiaramente il diritto di tener conto dei costi nella sua decisione, la Corte non esitava, infatti, a chiarire come il carattere riparativo della sec. 23 rendesse le esigenze pedagogiche più importanti e, conseguentemente, prevalenti rispetto ai costi del servizio da erogare⁷⁹⁶.

Tutto quanto richiamato conduceva, dunque, la Corte a giudicare le misure ministeriali come irragionevoli e, come già detto, ad annullare le ordinanze della Corte d'Appello ripristinatorie delle decisioni ministeriali.

Volendo concludere, può pacificamente affermarsi come anche il caso appena visto vada a inserirsi a pieno titolo nel solco di una giurisprudenza consolidata che, come si è avuto modo di vedere, facendo leva sulla triplice lettura preventiva, riparativa e unificante della sec. 23 della Carta dei diritti, ha visto la Corte Suprema rendersi protagonista della tutela e promozione delle comunità linguistiche minoritarie e, in particolare, di quella francofona fuori dai confini del Québec.

⁷⁹⁵ Parr, 92-101.

⁷⁹⁶ Par. 102.

E tuttavia, la sentenza *de quo* pare aggiungere un ulteriore e significativo tassello al generale percorso di tutela e promozione richiamato. Pare dirimente, infatti, per il *decisum de quo* la consapevolezza e il conseguente riconoscimento da parte della Corte che anche i soggetti non titolari di diritti ex sec. 23 – dunque non appartenenti in senso stretto alla comunità linguistica minoritaria – possano assolvere un ruolo fondamentale nel contribuire alla conservazione e allo sviluppo della comunità linguistica minoritaria stessa. Un approccio contestuale ha, in altre parole, permesso alla Corte di ben cogliere, e dunque valorizzare, come i soggetti desiderosi di integrazione nei confronti della lingua e cultura minoritarie possano innervare di nuova linfa la lingua e la comunità medesime, così contribuendo alla concretizzazione di quei valori sottesi al disposto della sec. 23 della Carta dei diritti.

6. La Corte Suprema come fucina di risposte *within the Canadian Constitution*

Quando si è trattato di scegliere il criterio tramite il quale analizzare la giurisprudenza della Corte Suprema in materia di diritti linguistici – in assenza di un dato quantitativo dal quale emergesse una posizione partigiana assunta dai giudici francofoni in materia – si è sottolineato come la distinzione tra i casi provenienti dal Québec e quelli giunti dal *Rest of Canada* costituisse lo strumento migliore per verificare se la componente francofona potesse o meno considerarsi foriera di un contributo equilibratore alla giurisprudenza del supremo consesso, andando così a sostenere la tesi che vede la diversità all'interno del collegio garantirne la c.d. imparzialità strutturale.

All'esito della disamina svolta, pare potersi rispondere in modo affermativo a un simile quesito.

Si è infatti avuto modo di vedere – così come peraltro già sottolineato in dottrina⁷⁹⁷ – come la difesa della francofonia sia stata brandita dalla Corte Suprema con particolare convinzione e costanza più nei casi provenienti dalle Province anglofone, che in quelli sorti in Québec. Con particolare riguardo ai casi giunti all'attenzione del supremo consesso dal *Rest of Canada* è stato possibile notare, infatti, come una Corte molto spesso unanime, o comunque comprensiva della sua componente francofona, non abbia esitato a porre progressivamente un'interpretazione ampia, liberale o finalistica – per usare le parole usate dai giudici supremi stessi – dei diritti linguistici al servizio della tutela e della promozione della francofonia minoritaria.

In questo senso, tramite la propria azione ermeneutica sui diritti linguistici in particolare nell'ambito del bilinguismo istituzionale, così come in quello processuale, ma soprattutto in tema di istruzione la Corte si è fatta promotrice di una lettura pan-canadese dei rapporti tra le due comunità linguistiche ufficiali, protagoniste in questo senso, a dispetto dei differenti equilibri numerici presenti nei singoli contesti territoriali, di una *partnership* tra loro

⁷⁹⁷ Sul punto cfr. Palici di Suni, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999, 161; Piergigli V., *Minoranza anglofona in Québec “versus” minoranze francofone del “Rest of Canada”*, in *Amministrare*, 1-2/2002, 229-250.

paritaria.

A tale ultimo proposito – e così collegandoci a quanto visto in precedenza nella sezione I di questa parte II del presente capitolo – un filo rosso pare legare l’agire della Corte Suprema, anche *nella* (ma a questo punto altresì *in virtù della*) sua componente francofona tanto quale giudice dei conflitti quanto come giudice dei diritti linguistici: la volontà – figlia come visto di un’idoneità strutturale – di rispondere alla sfide poste dal dualismo anglo-francofono innervante il Paese dal momento della sua fondazione mediante soluzioni istituzionali conciliative, adottate *within the Canadian Constitution*.

PARTE III

CORTE SUPREMA E *CANADIAN DIVERSITY*: ITINERARI DI UN LEGAME RIFLESSIVO

1. Note preliminari

*«Your appointment comes as a source of pride for South Asian lawyers, for racialized people to see for the first time ever among those other 88 appointees in the over 140-year history a racialized person being appointed to the highest appellate court»*⁷⁹⁸.

*«Canada’s top court has always been missing an individual to interpret Canadian laws through an Indigenous lens – but not anymore»*⁷⁹⁹.

Le parole qui riportate, e rispettivamente pronunciate dall’On. Arif Virani in occasione dell’*hearing* del neo-nominato giudice alla Corte Suprema Mahmud Jamal il 22 giugno del 2021 dinanzi ai membri della Commissione Giustizia della Camera dei Comuni e della Commissione Affari Giuridici del Senato, da un lato, e da Elmer St. Pierre, *National Chief* del *Congress of Aboriginal Peoples* in una dichiarazione resa ai media a margine della nomina a giudice supremo della giudice Michelle O’Bonsawin ad agosto del 2022, dall’altro, ben riescono a enucleare la portata storica delle due recenti nomine intervenute al supremo consesso di Ottawa.

Invero, la nomina del primo giudice di colore – appartenente dunque a una minoranza visibile – e della prima giudice di origine indigena alla Corte hanno costituito un momento fondamentale per l’attestarsi in maniera ancora più incisiva di quest’ultima quale organo sensibile al pluralismo della società canadese, dando, in particolare, visibilità istituzionale a quella che onnicomprensivamente viene definita la *multicultural heritage of Canadians*⁸⁰⁰,

⁷⁹⁸ Rumble B., *Justice Jamal: A Step in the Right Direction for the Supreme Court*, in *theCourt.ca*, 9 Novembre 2021. Il video dell’*hearing* è tuttavia disponibile su youtube al link: [MPs and senators question Supreme Court nominee Mahmud Jamal – June 22, 2021](#).

⁷⁹⁹ Boisvert N., *Michelle O’Bonsawin becomes 1st Indigenous person nominated to Supreme Court of Canada*, in CBC News, 19 Agosto 2022.

⁸⁰⁰ La formula, seguendo quanto affermato da Olivetti Rason N., *Il patrimonio multiculturale dei canadesi*, in Rolla G. (a cura di), *L’apporto della Corte...* op. cit., 120, può essere resa in italiano con la nozione di “patrimonio multiculturale”.

fondamentale tratto distintivo del Paese nordamericano⁸⁰¹.

In effetti, come si è in parte accennato nella premessa a questo capitolo, e come si avrà modo di vedere a breve, il pluralismo canadese non può ricondursi esclusivamente al dualismo anglo-francofono. In questo senso, le nomine di recente intervenute costituiscono, per uno studio teso ad approfondire l'applicazione del principio del *fair reflection of society* con riferimento alla Corte Suprema canadese, un'occasione da cogliere con estremo favore al fine di richiamare elementi che, sebbene tralasciati sino ad ora per dare efficacemente conto delle ragioni e delle relative implicazioni del dualismo più volte citato, consentono invece di offrire un quadro più completo dell'applicazione del principio *de quo* all'organo di giustizia costituzionale canadese, valorizzando, in particolare, il legame tra, da un lato, la diversità innervante il tessuto sociale canadese, e dall'altro, il procedimento volto alla selezione dei giudici che, nella sua più recente modifica, proprio alla menzionata diversità ha riservato un inedito ed esplicito ruolo di rilievo.

A questo proposito, un primo ordine di riflessioni sarà, per l'appunto, dedicato al multiculturalismo e all'indigenità, avendo tuttavia riguardo a dar loro una lettura attenta al rispettivo legame istauratosi, e poi progressivamente evolutosi, tra il dato empirico-fattuale e la relativa scelta o reazione di carattere istituzionale.

Seguirà poi l'analisi dell'ondivago e travagliato percorso attraverso cui si è giunti al nuovo procedimento per la designazione dei supremi giudici della Corte di Ottawa, al fine di evidenziare perché ed in quale misura la valorizzazione del principio pluralistico tanto nella sua declinazione in senso soggettivo quanto in chiave oggettiva – secondo la distinzione usata nel capitolo precedente – da quest'ultimo realizzata, offra, segnando una svolta rispetto a un passato quantomeno segnato dalla scarsa trasparenza, elementi utili a una maggiore legittimazione della Corte medesima.

SEZIONE I

LE COMPONENTI “ALTRE” DELL'*ETHNIC MOSAIC* CANADESE

SOTTOSEZIONE I

IL CAMMINO ISTITUZIONALE DEL MULTICULTURALISMO CANADESE

1. La natura intrinsecamente multiculturale della società canadese

«*It's easy, in a country like Canada, to take diversity for granted. In so many ways, it's the air we breathe*»⁸⁰².

«*On this Canadian Multiculturalism Day, let's celebrate the diversity that makes us who we are*»⁸⁰³. Queste parole, pronunciate dal Primo Ministro Justin Trudeau rispettivamente il 26

⁸⁰¹ Inquadra, *inter alia*, le due recenti nomine come espressione del patrimonio multiculturale del Canada Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2022, 2463-2464.

⁸⁰² “[Diversity is Canada's Strength](#)”.

⁸⁰³ [Statement by the Prime Minister on Canadian Multiculturalism Day](#).

novembre 2015 presso l'Alto Commissariato del Canada a Londra, da un lato, e il 27 giugno 2024 in occasione del *Canadian Multiculturalism Day* a Ottawa, dall'altro, ben riescono a rappresentare come il multiculturalismo, e la diversità che di esso è vessillo, attengano con riferimento all'esperienza canadese innanzitutto a un dato di carattere empirico o fattuale. Se, in effetti, si abbraccia un significato descrittivo del termine *de quo*, collegandolo alla presenza di una molteplicità di culture, etnie, lingue e religioni in un determinato territorio, i dati dell'ultimo censimento svoltosi in Canada nel 2021 fotografano un Paese che, su un totale di quasi 37 milioni di abitanti, vede oltre 8 milioni – pari, dunque, al 23% – essere stranieri, oltre 1 milione dei quali giunti tra il 2016 e il 2021 prevalentemente dall'India, dalle Filippine e della Cina⁸⁰⁴. Sempre in base ai dati dell'ultimo censimento, i cittadini canadesi di seconda⁸⁰⁵ e terza generazione⁸⁰⁶ si attestano rispettivamente attorno a una percentuale del 17% e del 56% rispetto al totale della popolazione⁸⁰⁷.

Per quanto riguarda l'elemento linguistico, sempre il censimento del 2021 ha indicato come, mentre il 58,4% e il 20,9% della popolazione parli rispettivamente come madrelingua l'inglese e il francese, il restante 24,2% della popolazione faccia uso di un'altra delle circa 200 lingue non ufficiali parlate in Canada⁸⁰⁸.

Spiccata è, inoltre, l'eterogeneità etnica, se si pensa come oltre 450 “*ethnic or cultural origins*” sono state autodichiarate dai canadesi⁸⁰⁹, cui si accompagna altresì una parimenti spiccata eterogeneità religiosa, con un numero di fedeli, pari al 12% della popolazione, professanti un credo non legato al cristianesimo (islam, induismo, sikh, buddismo o ebraismo)⁸¹⁰.

Mantenendo un approccio di carattere descrittivo, il dato che, tuttavia, qui più interessa richiamare è quello relativo delle c.d. *visible minorities*. Si tratta, quest'ultima, di una categoria definitoria che investe in maniera trasversale i numeri e le percentuali appena citate, e che, con riferimento ai numeri a essa legati, pare affermarsi quale vera cartina di tornasole dell'evolversi del multiculturalismo canadese inteso come fenomeno di carattere empirico.

Procedendo per gradi, è allora importante chiarire innanzitutto come il termine “minoranza visibile” sia stato per la prima volta elaborato nel contesto canadese dall'attivista Kay Livingstone nel 1975 con riferimento alle ineguaglianze socio-politiche subite dalle minoranze non bianche nel Paese⁸¹¹. Un simile concetto è stato poi ufficialmente utilizzato

⁸⁰⁴ I dati sono reperibili su <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/index-eng.cfm>.

⁸⁰⁵ Per cittadini di seconda generazione si intendono quelle persone nate in Canada da genitori di cui almeno uno nato fuori dal Canada.

⁸⁰⁶ Per cittadini di terza generazione e oltre si intendono quelle persone nate in Canada da genitori entrambi nati in Canada.

⁸⁰⁷ [Statistics Canada. 2023. \(table\). Census Profile. 2021 Census of Population. Statistics Canada Catalogue no. 98-316-X2021001. Ottawa. Released November 15, 2023.](#)

⁸⁰⁸ [Mother tongue by geography, 2021 Census.](#)

⁸⁰⁹ [The Canadian census: A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity.](#)

⁸¹⁰ [Statistics Canada. 2023. \(table\). Census Profile. 2021 Census of Population. Statistics Canada Catalogue no. 98-316-X2021001. Ottawa.](#)

⁸¹¹ Cfr. [Visible Minority](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 27 ottobre 2022.

nel 1984 dalla *Commission on Equality in Employment* in via prodromica all'*Employment Equity Act*, entrato in vigore nel 1995.

Si tratta, quest'ultima, di una legge – nata con lo scopo di facilitare l'eguale accesso all'impiego per le minoranze oggetto di discriminazione – che è qui importante menzionare in virtù della precisa definizione in essa contenuta del concetto *de quo*. Ai sensi, infatti, di tale atto legislativo, sulla scorta di quanto già previsto nel report della Commissione per l'uguaglianza sul lavoro del 1984 già citata, si considerano appartenenti a una minoranza visibile «*persons, other than Aboriginal peoples, who are non-Caucasian in race or non-white in colour*»⁸¹², con ciò riferendosi principalmente ai seguenti gruppi minoritari: sud asiatici, cinesi, neri, filippini, arabi, latinoamericani, sud-est asiatici, ovest asiatici, coreani e giapponesi.

La scelta da parte della *Statistics Canada* – agenzia governativa federale incaricata di effettuare studi statistici nel Paese – di adottare una simile definizione a fini classificatori permette di osservare, con una certa cognizione di causa, quello che può definirsi un vero e proprio “exploit” vissuto da tali gruppi minoritari a livello numerico negli ultimi anni. Nel solco di un cammino iniziato già a partire dagli anni '70 anche grazie al progressivo aumento, tra la popolazione immigrata, della percentuale di persone provenienti da paesi extra-europei⁸¹³, il censimento del 2021, utilizzando ancora il termine *de quo* – ma già prefigurando l'accesso e l'utilizzo in futuro di nuove terminologie quali “*racialized population*” o “*racialized groups*” utili a rappresentare con maggiore precisione la diversità del tessuto sociale canadese – consegna all'osservatore il dato secondo cui oltre 9 milioni di canadesi – pari dunque a oltre ¼ della popolazione totale – si identifica come appartenente a una minoranza visibile. Si tratta, questo, di un dato frutto di una crescita costante, se si considera come nel 1961 la percentuale di persone appartenenti a minoranze visibili si attestasse attorno al 4,7% nel 1981, al 9,4% del 1991, all'11,2% nel 1996, al 13,4% nel 2001, al 16,2% nel 2006 e al 19,1% nel 2011 sino ad arrivare al 22,2% nel 2016⁸¹⁴.

Una crescita che, secondo le stime condotte sempre dall'agenzia federale, non accennerà peraltro a fermarsi: entro il 2041 si prevede, infatti, che la percentuale di persone appartenenti a minoranze visibili si attesterà tra il 38.2% e il 43.0% dell'intera popolazione canadese.

In base ai dati appena richiamati, è dunque agevole desumere come, con riferimento al contesto canadese, il termine multiculturalismo possa correttamente leggersi come idoneo a rappresentare la dimensione empiricamente multiculturale della società canadese, arricchita peraltro – stando a quanto emerso da un sondaggio condotto nel 2020 sulla popolazione dai

⁸¹² [Employment Equity Act \(S.C. 1995, c. 44\)](#).

⁸¹³ Si consideri l'incremento di tale percentuale dal 68,5 % del 1981 al 78,3% del 1991, sino ad arrivare al 83,9% di immigrati giunti in Canada da Paesi extra-europei tra il 2001 e il 2006.

⁸¹⁴ [Visible minority and population group by generation status: Canada, provinces and territories, census metropolitan areas and census agglomerations with parts](#); The Canadian census: A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity.

15 anni in su – da un alto grado di consenso da parte della popolazione medesima in merito alla lettura della diversità etnica e culturale del Canada come un valore per il Paese⁸¹⁵.

Se tuttavia ci si sposta, con riferimento al termine multiculturalismo, da una lettura dello stesso in chiave empirico-descrittiva – così come arricchita, in base a quanto da ultimo detto, di un certo crisma di ordine valoriale – a una maggiormente attenta alla dimensione onnicomprensivamente definibile come “istituzionale”, si comprende bene come a fare del multiculturalismo un elemento così intimamente legato all’ordinamento e all’identità nazionale canadese tale da «costituirne quasi un *brand* riconosciuto e riconoscibile a livello internazionale»⁸¹⁶ sia stata la molteplicità degli strumenti posti in essere dai diversi attori – per l’appunto – istituzionali canadesi al fine di reagire o, *rectius*, sostenere l’affermarsi e l’evolversi del *fatto* multiculturale.

Non deve, infatti, sfuggire come associare in maniera corretta il concetto di multiculturalismo a un determinato Stato richieda necessariamente il riferimento alla posizione assunta dallo Stato medesimo nei confronti della diversità culturale degli individui e dei gruppi all’interno dello spazio pubblico. Sono, in altre parole, le risposte e le scelte istituzionali in termini di tutela e promozione del fenomeno multiculturale a qualificare lo Stato propriamente come, appunto, “multiculturale”⁸¹⁷.

Ecco perché, al fine di ricostruire con efficacia il legame tra il multiculturalismo e l’ordinamento canadese – a sua volta utile a dare significato alla nomina del Justice Jamal al supremo consesso di Ottawa –, sarà particolarmente importante, nei paragrafi successivi, richiamare l’eterogenea⁸¹⁸ “cassetta degli attrezzi” utilizzata dalle autorità pubbliche canadesi.

Per far ciò, si farà ricorso a una tripartizione, proposta in dottrina, atta cronologicamente a distinguere una prima fase *incipient*, antecedente al 1971, una seconda *formative* dal 1971 al 1981, e un’ultima *institutionalization* dal 1982 sino a oggi⁸¹⁹.

2. Alcune luci...e molte ombre prima del 1971

Sebbene l’inizio del cammino “istituzionale” del multiculturalismo in Canada venga simbolicamente ricondotto all’8 ottobre 1971, data in cui il Primo Ministro Pierre Elliot Trudeau, in uno storico discorso pronunciato dinanzi alla Camera dei Comuni, annunciava l’adozione della c.d. “*policy of multiculturalism within bilingual framework*”, è utile sottolineare come le origini dell’approccio multiculturale alla gestione della diversità nel

⁸¹⁵ [The Canadian census: A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity.](#)

⁸¹⁶ In questi termini Ceccherini E., *Cittadinanza, immigrazione e integrazione: l’approccio multiculturale canadese*, in Cerrina Feroni G., Federico V. (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 346.

⁸¹⁷ Sul punto cfr. Ceccherini E., voce *Multiculturalismo (diritto comparato)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Aggiornamento vol. IV, Torino, 2008, 486-489.

⁸¹⁸ Si farà *infra* riferimento, infatti, a atti legislativi di rango ordinario e costituzionale, politiche pubbliche e arresti della giurisprudenza costituzionale.

⁸¹⁹ Raimondo F., *Il multiculturalismo canadese e il “caleidoscopio” della diversità religiosa*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese...* op. cit., 185 ss.

Paese nordamericano possano rinvenirsi già negli anni '60 del secolo scorso: il riferimento è, in particolare, all'adozione del già citato *Canadian Bill of Rights* del 1960 nonché all'istituzione dell'anch'essa già menzionata *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* nel 1963.

I due strumenti appena richiamati possono, infatti, annoverarsi tra i primissimi sforzi messi in campo dalle autorità canadesi per invertire un approccio alla diversità che negli anni precedenti si era invece distinto per il carattere assimilazionista se non, in alcuni casi, discriminatorio.

La mente corre, ad esempio, all'adozione, nel 1885, del *Chinese Immigration Act*, in forza del quale, tramite la c.d. *Chinese Head tax*, veniva imposto a ciascun cittadino cinese giunto in Canada il pagamento di 50\$, poi progressivamente elevatisi negli anni a 500\$⁸²⁰. Una modifica a tale atto legislativo sostituiva, nel 1923 – e sino al 1947 –, tale sistema di tassazione con il totale divieto di immigrazione per i cittadini cinesi, prevedendo inoltre per i già residenti sul suolo canadese un obbligo di auto-registrazione dinanzi alle pubbliche autorità, pena la comminazione di sanzioni pecuniarie o detentive, ovvero la deportazione⁸²¹. È bene chiarire come il progressivo inasprirsi dell'atteggiamento istituzionale di chiusura nei confronti dei cittadini cinesi si andasse a inserire all'interno di un più ampio approccio assimilazionista adottato dalle autorità canadesi nella prima metà del '900 quale conseguenza della forte volontà di anglofonizzazione del Paese. Gli sforzi protesi alla costruzione di un Canada anglofono si riverberavano, infatti, in via endogena, nella lettura di ogni cultura, lingua o religione diversa da quella dominante come subordinate nella gerarchia sociale e, pertanto, da relegare nella sfera privata, e in via esogena, nel sostanziale contrasto a un'immigrazione proveniente da Paesi extra-europei⁸²².

Ove, tuttavia, l'approccio restrittivo assunse tratti ancora più rigidi, sfociando in posizioni discriminatorie, fu in occasione del trattamento riservato ai cittadini originari dei Paesi ostili al Canada durante il secondo conflitto mondiale.

A questo proposito, se verso gli italiani e i tedeschi, qualificati come *enemy aliens* dai *Defence of Canada Regulations* del 1939-1940 attuativi del *War Measures Act* del 1914, vennero messe in campo misure securitarie quali, ad esempio, l'obbligo di registrazione per i naturalizzati dopo il 1922 presso gli uffici gestiti dal *Registrar General of Enemy Aliens* o la possibilità di arresto o internamento per i soggetti sospettati di spionaggio o sabotaggio, o non ritenuti affidabili o rei di aver tenuto comportamenti lesivi dell'ordine pubblico, o ancora l'imposizione dell'obbligo di avere sempre i documenti con sé e di presentarsi una volta al mese presso gli uffici della polizia locale⁸²³, è nei confronti dei nippo-canadesi che ebbe

⁸²⁰ Nel 1902 l'importo era salito a 100\$ e l'anno successivo a 500\$. Cfr. Joy A., *Ethnicity in Canada*, New York, 1989, 69 ss.

⁸²¹ Per un approfondimento cfr. [Chinese Immigration Act, 1923](#).

⁸²² Day R., *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, Toronto, 1999, 178.

⁸²³ Tintori G., *Politiche di internamento in Canada durante la Seconda guerra mondiale*, in Dotoli G. (a cura di), *Il Canada tra modernità e tradizione*, Fasano, 2001, 115; Bruti Liberati L., *L'internamento degli*

modo di manifestarsi con più veemenza l'azione discriminatoria: il ricollocamento forzato e l'internamento in massa, l'obbligo per i congiunti di sostenerne le spese detentive nonché la confisca e l'alienazione dei beni di loro proprietà delineano in maniera piuttosto chiara l'atteggiamento pienamente ostile mostrato dalle autorità canadesi nei confronti di questo gruppo minoritario durante la guerra⁸²⁴.

Se è questo, dunque, il quadro dell'approccio alla diversità adottato dal Canada sino alla prima metà del secolo scorso, ben si spiegano i motivi che conducono a leggere i due strumenti istituzionali richiamanti all'inizio di questo paragrafo come un iniziale cambio di rotta.

Se già il *Canadian Citizenship Act* del 1947, introducendo la cittadinanza canadese in luogo di quella britannica, costituiva un primo segnale di apertura mediante, in particolare, la concessione della cittadinanza sulla regola dello *ius soli* puro⁸²⁵, l'approvazione da parte del Parlamento federale, sulla scia di quanto già fatto da parte dei legislativi provinciali, del *Canadian Bill of Rights* nel 1960 costituiva un primo riconoscimento istituzionale del pluralismo. Pur con tutti i limiti – precedentemente esplorati – relativi alla non vincolatività di un simile atto normativo tanto per il futuro legislatore federale che per quelli provinciali, esso si segnalava, infatti, per la previsione del divieto di ogni discriminazione in base alla razza, origine, colore, religione e sesso.

I primi anni '60 segnavano altresì una netta inversione di tendenza nella politica migratoria, capace di mostrare i propri effetti anche a livello interno. Più nello specifico, la sostituzione di una normativa privilegiante l'arrivo di immigrati di origine europea con un sistema a punti basato, in particolare, sul possesso di competenze professionali, apriva la strada a una massiccia immigrazione che, interessando soggetti provenienti da Paesi extra-europei, innescava nel Paese un processo di riflessione e ripensamento in merito alla condizione e al ruolo assolto dalle comunità etniche minoritarie rispetto ai due popoli fondatori.

Sintomo di questo processo di ripensamento fu proprio l'istituzione della *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* del 1963. Accanto al compito – come visto nelle pagine precedenti di questo studio – di redigere un rapporto sullo stato presente del bilinguismo e del biculturalismo in Canada e di proporre misure atte ad assicurare l'uguaglianza tra le due “razze fondatrici”, la Commissione venne, infatti, investita altresì della funzione di predisporre raccomandazioni su come assicurare il continuo contributo delle comunità culturali “altre” del Canada alla società canadese.

Si tratta, questo, di un evidente segnale circa la consapevolezza da parte delle autorità

italocanadesi durante la Seconda guerra mondiale, in Bruti Liberati L. (a cura di), *Il Canada e la Guerra dei Trent'anni. L'esperienza bellica di un popolo multietnico*, Milano, 1989, 199 ss.

⁸²⁴ Tintori G., *Politiche di internamento...* op. cit., 109; Cfr. [Internment of Japanese Canadians](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 17 settembre 2020.

⁸²⁵ Secondo il *Canadian Citizenship Act*, chiunque sia nato sul territorio, ad eccezione dei figli di funzionari consolari o diplomatici o di organizzazioni internazionali, beneficia della cittadinanza canadese, indipendentemente dal possesso o dalla regolarità dello status di cittadino dei genitori. Sul punto cfr. Dicosola M., *Il diritto alla cittadinanza: problemi e prospettive*, Santarcangelo di Romagna, 2022, 120-122.

canadesi del ruolo ricoperto dalle comunità minoritarie nel Paese e della conseguente impossibilità di vedere quest'ultime totalmente oscurate dal duopolio anglo-francofono. Consapevolezza confermata nel report finale della Commissione che, segnalando la necessità di includere tali componenti minoritarie assicurandone la piena partecipazione alla società canadese, preparava il terreno per la citata “svolta” multiculturale del 1971.

3. La svolta del 1971: un multiculturalismo «*within a bilingual framework*»

«*National unity if it is to mean anything in the deeply personal sense, must be founded on confidence in one's own individual identity; out of this can grow respect for that of others and a willingness to share ideas, attitudes and assumptions. A vigorous policy of multiculturalism will help create this initial confidence*». Da queste parole, pronunciate dal Primo Ministro Trudeau nel richiamato discorso dell'8 ottobre del 1971, emerge con chiarezza l'intento del leader liberale di legare in un'endiadi indissolubile la promozione del multiculturalismo alla costruzione di un'identità nazionale pan-canadese.

Pur non ignorando come una simile scelta abbia costituito strategicamente altresì una reazione da parte del Governo federale ai paralleli sussulti identitari quebecchesi connessi alla *Quiet Revolution*, non può negarsi come l'adozione della *Multiculturalism policy* si sia attestata quale momento di svolta per il percorso di affermazione del Canada – secondo quanto detto nel primo paragrafo di questa sottosezione – come Stato propriamente multiculturale, impegnato nella tutela e promozione della diversità “altra” rispetto ai due gruppi fondatori.

Invero, facendo tesoro delle raccomandazioni della *B&B Commission*, la politica multiculturale canadese promossa da Trudeau, pur inquadrando l'inglese e il francese come lingue ufficiali, dello stesso crisma non ricopriva le culture in tali lingue incorporate: nessuna cultura veniva, infatti, considerata prevalente sulle altre. Ogni canadese, indipendentemente dalla sua origine, doveva essere sì messo nelle condizioni di conoscere almeno una delle due lingue ufficiali usate in ambito pubblico, ma doveva altresì aver modo di esercitare la propria libertà culturale. La politica governativa si prometteva di agire, in particolare, su quattro punti: 1) assistere, compatibilmente con le risorse disponibili, lo sviluppo dei gruppi culturali che avevano dimostrato il desiderio e lo sforzo di continuare a svilupparsi e di contribuire alla crescita del Canada; 2) sostenere i membri di tutti i gruppi culturali nel superamento degli ostacoli culturali a una loro piena partecipazione alla società canadese; 3) promuovere incontri e scambi tra i gruppi culturali canadesi nell'interesse dell'unità nazionale; 4) continuare a sostenere gli immigrati nell'imparare almeno una delle due lingue ufficiali così da renderli pienamente partecipi della società canadese⁸²⁶.

Fissati questi quattro macro-obiettivi, seguivano, nel 1972, l'istituzione del *multicultural directorate* per l'effettiva attuazione del programma, e nel 1973, la creazione di un apposito

⁸²⁶ [Library and Archives Canada. Canada, Parliament, House of Commons, Debates, 28th Parliament, 3rd Session, vol. 8 \(October 8, 1971\)](#), 8545-8548, Appendix, 8580-8585.

ministero con compiti di monitoraggio delle iniziative multiculturali adottate dai diversi dipartimenti governativi.

Il riconoscimento, la tutela ma, soprattutto, la valorizzazione delle identità culturali presenti nel Paese divenivano evidentemente gli ingredienti di un rinnovato approccio “promozionale” – per usare il lessico del precedente capitolo – all’alterità, in base al quale il fine da perseguire non atteneva all’integrazione delle differenze all’interno della comunità politica canadese, quanto all’esaltazione di quest’ultime e delle loro caratteristiche distintive, alla luce di una lettura delle stesse come risorsa per la costruzione e lo sviluppo di una composita identità nazionale canadese⁸²⁷.

A questo punto, se l’unico limite di questa nuova linea programmatica disegnata dal Governo federale si sostanzialmente nello scarso valore normativo ad essa associata, la forte volontà politica di Trudeau, mosso – anche in reazione al referendum sulla sovranità del Québec tenutosi nel 1980 – dal desiderio di costruire un’identità canadese basata su un catalogo dei diritti percepiti dai cittadini come propri indipendentemente dalla presenza o meno di un legame con le radici culturali dei due popoli fondatori, conduceva a sublimare, nel 1982, la scelta multiculturale a livello costituzionale, introducendo, in particolare, alla *section 27* della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, una clausola interpretativa relativa al mantenimento e la promozione del patrimonio culturale dei canadesi.

Si realizzava, così, la piena ed esplicita costituzionalizzazione del principio multiculturale, con rilevanti effetti – come si vedrà – per il prosieguo del cammino istituzionale del multiculturalismo nel Paese nordamericano.

4. La costituzionalizzazione del multiculturalismo e i suoi epigoni

«*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*». Con queste parole, previste nell’appena citata sec. 27 della Carta dei diritti, il multiculturalismo trovava pieno riconoscimento nel nuovo quadro costituzionale disegnato dalla *Patriation* del 1982, andando così ad inserirsi tra i principi fondanti del nuovo patto costituzionale del Canada (finalmente) sovrano⁸²⁸.

A questo proposito, occorre segnalare, peraltro, come il principio multiculturale non avesse inizialmente assunto un ruolo centrale all’interno del processo costituente: fatta eccezione per la proposta presentata nella Conferenza ministeriale del giugno 1980 relativamente all’introduzione, nel Preambolo della Carta, di un riferimento esplicito alla diversità del

⁸²⁷ Ceccherini E., *Cittadinanza, immigrazione e integrazione...* op. cit., 363-364. Cfr. altresì Groppi T., *Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell’identità nazionale: l’esperienza del Canada*, in Amirante D., Pepe V. (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale*, Torino, 2011, 17-30.

⁸²⁸ «*Canada is distinctive in the extent to which we have not only legislated, but also constitutionalized, our practices of accommodation. Our commitment to multiculturalism is enshrined not only in statutory legislation, but also in section 27 of the Constitution. No other western country has constitutionalized multiculturalism*». In questi termini Kymlicka (Kymlicka W., [Canadian multiculturalism in historical and comparative perspective: Is Canada unique?](#), in *Constitutional Forum/Forum Constitutionnel*, vol. 13, 1/2003, 4) sulla costituzionalizzazione del multiculturalismo in Canada.

Paese, delle sue genti e delle sue culture – poi scartata in ragione della ferma opposizione quebecchese –, il dibattito era stato infatti monopolizzato dal dualismo anglo-francofono. Ove la questione relativa alla valorizzazione dell’eterogeneità delle componenti della società canadese si fece vigorosamente strada fu nelle riunioni del Comitato parlamentare congiunto⁸²⁹. In quella sede, infatti, un’importante attività di *lobbying* da parte di numerose associazioni nei confronti del Governo federale e dei componenti del Comitato circa il riconoscimento della diversità culturale quale elemento fondante della nascita architettura costituzionale canadese sfociò nella messa in votazione di un emendamento aggiuntivo, divenuto poi, a seguito della definitiva approvazione della Carta, e con l’esatta corrispondenza testuale, la sec. 27 di cui qui si discorre⁸³⁰.

Quanto, tuttavia, qui interessa maggiormente approfondire è – come anticipato – l’influenza che tale clausola interpretativa, pur nella sua generica formulazione – non a caso fatta oggetto inizialmente in dottrina di ampio dibattito sul significato ad essa da attribuirsi⁸³¹ –, ha esercitato per il percorso di affermazione istituzionale del principio multiculturale.

In particolare, i canali che di questo percorso può risultare utile richiamare attengono, da un lato, all’intervento del decisore politico, protagonista in via legislativa e tramite politiche pubbliche dell’attuazione e integrazione del disposto costituzionale, e dall’altro lato, all’agire della giurisprudenza costituzionale, impegnata nel tenere bene in considerazione la conservazione e la valorizzazione del patrimonio multiculturale dei canadesi nell’interpretazione di altre norme costituzionali, nel sindacato di legittimità costituzionale nonché nel bilanciamento dei diritti individuali con quelli collettivi.

4.1 Multiculturalismo e decisore politico

«Dear fellow Canadians, I am pleased to introduce a Bill, which upon passage, will become the world’s first national Multicultural Act. It contains the government’s new policy respecting multiculturalism, an essential component of our Canadian identity [...] Its intention is to strengthen our unity, reinforce our identity, improve our economic prospects, and give recognition to historical and contemporary realities[...]. Multiculturalism has long been fundamental to the Canadian approach to nation-building [...]. Canadians are coming

⁸²⁹ Il Comitato parlamentare congiunto, composto da dieci deputati e quindici senatori, era stato istituito dal Primo Ministro Trudeau nel 1980 con il fine, da un lato, di superare i veti provinciali al processo costituente e, dall’altro, di permettere la partecipazione della società civile al processo decisionale tramite l’esame delle diverse istanze da essa provenienti. Sul ruolo del Comitato parlamentare congiunto nel processo costituente canadese cfr. Dodek A. (a cura di), *The Charter Debates: The Special Joint Committee on the Constitution, 1980-81, and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 2018.

⁸³⁰ Cfr. Ceccherini E., *Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe*, in Rolla G. (a cura di), *L’apporto della Corte...* op. cit., 27-28 in cui l’A., con riferimento all’inaspettato – se si considera l’iniziale duopolio anglo-francofono in sede di Comitato ministeriale – porsi della questione del multiculturalismo all’interno del Comitato parlamentare congiunto, parla simbolicamente di un *coup de théâtre*.

⁸³¹ In un’ottica svalutativa, per autori come Hogg P.W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1996 o Brotz H., *Multiculturalism in Canada: a Muddle*, in *Canadian Public Policy*, 1/1980, 41 ss. la sec. 27 costituiva un mero *retorical flourish*, mentre autori come Gibson D., *Section 27 of the Charter: more than a “Retorical Flourish”*, in *Alberta Law Review*, 3/1990, 589 ss. tendevano a porne in luce la portata più politica che giuridica.

*to realize that substantial social, economic and cultural benefits will flow from a strengthened commitment to multiculturalism»*⁸³².

Con queste parole, David Crombie, Segretario di Stato e successivamente Ministro responsabile per il Multiculturalismo del Governo conservatore-progressista Mulroney, introduceva quello che, a seguito del *Royal Assent* del 21 luglio 1988, sarebbe divenuto il primo atto legislativo al mondo a incorporare la politica multiculturale, elevando il multiculturalismo a caratteristica fondamentale del patrimonio e dell'identità canadese nonché a risorsa essenziale per il futuro del Paese.

In questo senso, l'approvazione del *Canadian Multiculturalism Act*⁸³³ nel 1988 segnava, da un lato, l'attuazione in via legislativa di quanto previsto – sebbene come visto mediante una clausola interpretativa – dal disposto costituzionale, e dall'altro, il naturale completamento della visione promossa più di un decennio prima da Trudeau. Giova sottolineare, infatti, come il Bill C-93, poi approvato sotto il nome appunto di *Canadian Multiculturalism Act*, trovasse le proprie radici nel Bill C-48, presentato alla Camera dei Comuni il 21 giugno 1984 dal Governo del leader liberale sotto il nome di *An Act respecting Multiculturalism*⁸³⁴.

E tuttavia, rispetto alla politica multiculturale lanciata a partire dal 1971, la legge del 1988 presentava importanti novità. Innanzitutto, il *Canadian Multiculturalism Act* ribattezzava il «*multiculturalism within a bilingual framework*» come «*multiculturalism policy of Canada*» e specificava i doveri del governo federale in merito all'attuazione di tale politica. Venivano altresì dettagliati i doveri e le responsabilità in capo alle istituzioni federali con riguardo all'attuazione della politica governativa ufficiale e veniva, inoltre, istituito il Dipartimento del Multiculturalismo con l'indicazione dei compiti attribuiti alla neonata figura del Ministro per il Multiculturalismo.

Più nello specifico, volendo riassumere i principali obiettivi sanciti dalla legge, essi attenevano e attengono tutt'oggi 1) al riconoscimento e alla tutela del patrimonio multiculturale dei canadesi, 2) alla promozione – tramite la rimozione dei relativi ostacoli – della piena ed equa partecipazione degli individui e delle comunità, a prescindere dal gruppo etnico di appartenenza, all'evoluzione di tutti gli aspetti della società canadese, nonché 3) alla garanzia che tutti gli individui ricevano uguale trattamento e uguale protezione dalla legge, rispettando e valorizzando la loro diversità culturale. Quest'ultima viene, infatti, riconosciuta come caratteristica fondamentale dell'identità canadese. Di conseguenza, tutti i canadesi devono avere l'opportunità di preservare, valorizzare e condividere il proprio patrimonio culturale.

A fronte di tali obiettivi, per il perseguimento degli stessi la legge assegna(va) alle istituzioni

⁸³² Citazione riportata in Mitchell K., *Crossing the Neoliberal Line: Pacific Rim Migration and the Metropolis*, Philadelphia, 2004, 104.

⁸³³ [*Canadian Multiculturalism Act, R.S.C., 1985, c. 24.*](#)

⁸³⁴ Sul legame tra il Bill C-48 e il *Canadian Multiculturalism Act*, con la precisazione della natura maggiormente estensiva del secondo rispetto al primo cfr. Uberoi V., *Legislating Multiculturalism and Nationhood: The 1988 Canadian Multiculturalism Act*, in *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, vol. 49, 2/2016, 278 ss.

e organizzazioni federali il compito 1) di lavorare per le pari opportunità, 2) di promuovere il rafforzamento delle capacità per consentire a tutti gli individui e a tutte le comunità di contribuire alla continua evoluzione del Canada, 3) di migliorare la comprensione e il rispetto della diversità, 4) di raccogliere ricerche e dati per sostenere lo sviluppo di politiche, programmi e pratiche a tali obiettivi connessi, 5) di fare un uso appropriato delle competenze linguistiche e delle conoscenze culturali degli individui di qualsiasi origine e in generale operare in modo tale da rispondere alla realtà multiculturale del Canada.

Giunti a questo punto, richiamato l'obbligo, previsto ai sensi della sec. 7.3 del *Canadian Multiculturalism Act*, di redigere un report annuale sull'implementazione degli obiettivi in esso previsti, quanto interessa qui chiarire è come il quadro legislativo in materia di multiculturalismo disegnato dall'atto legislativo *de quo* abbia costituito l'ossatura normativa per lo sviluppo di una politica multiculturale governativa⁸³⁵ che nel corso degli anni ha visto i propri obiettivi espandersi dall'attenzione ad aspetti propriamente linguistici e culturali a quelli inerenti 1) a questioni di giustizia sociale, affrontati con un approccio teso a contrastare ogni discriminazione razziale, 2) all'equa partecipazione ed equo trattamento di tutti i cittadini indipendentemente dal gruppo di appartenenza, 3) alla costruzione, mediante il riconoscimento e la rappresentazione delle diverse culture presenti all'interno della società, di un comune sentimento di appartenenza a un'unica comunità nazionale⁸³⁶. Un percorso, quello dell'implementazione del principio multiculturale mediante le politiche governative, non esente peraltro da rallentamenti o – se si vuole – deviazioni.

Si consideri, infatti, come durante i quasi dieci anni di Governo conservatore a guida Harper (2006-2015) si siano registrati una serie di interventi più o meno velatamente idonei a mettere in discussione il significato stesso da attribuire al principio del multiculturalismo. Il riferimento è, ad esempio, alla riconcettualizzazione del *Canadian Multiculturalism Act* del 1988 quale strumento preposto non tanto a “riconoscere la diversità” quanto a “promuovere l'integrazione”, nonché al forte definanziamento della politica multiculturale⁸³⁷. Seguiva poi la promozione da parte dell'Esecutivo federale di una diversa lettura della nazione canadese, lontana dal mito dell'identità multiculturale, e maggiormente legata, invece, al passato di colonia britannica – esaltato anche mediante la celebrazione nel 2012 del bicentenario del conflitto tra gli Stati Uniti e le rimanenti colonie nordamericane dell'Impero Britannico in Canada nel 1812 –⁸³⁸, a cui si aggiungeva, inoltre, un approccio securitario nei confronti degli immigrati – se si considera il regime di cittadinanza “a due velocità” fissato dal

⁸³⁵ Politiche multiculturali sono state adottate anche a livello provinciale (cfr. Brosseau L., Dewing M., [Canadian Multiculturalism](#), Library of Parliament, Publication no 2009-20-E, 15 settembre 2009, rev. 3 gennaio 2018)) e territoriale (per i Northwest Territories cfr. [Strong cultures, strong territories, GNWT Culture and Heritage Strategic Framework 2015-2025](#)).

⁸³⁶ Raimondo F., *Il multiculturalismo canadese...* op. cit., 189-190.

⁸³⁷ Tremblay A., *Diversity in Decline? The Rise of the Political Right and the Fate of Multiculturalism*, Cham, 2019, 100-106.

⁸³⁸ Il Governo federale investì 28 milioni di fondi pubblici per finanziare le attività celebrative legate alla commemorazione *de qua*.

Strengthening Canadian Citizenship Act del 2015⁸³⁹ –, da un lato, e poco aperto verso le pratiche religioso-culturali dei canadesi di fede musulmana – se si guarda al divieto di prestare il giuramento di cittadinanza a volto coperto, e dunque col *niquab*, imposto nel 2011 dalla sec. 6.5 della *Guide to Citizenship Ceremonies* – dall’altro.

E tuttavia, se ancora oggi il multiculturalismo – la cui portata terminologica viene ultimamente, e non senza criticità⁸⁴⁰, ricondotta non solo alle differenze dettate dall’elemento culturale, etnico, razziale o religioso ma altresì a quelle legate ad altri fattori ordine sociale⁸⁴¹ – continua ad attestarsi quale tratto identificativo dell’ordinamento canadese, lo si deve alla capacità del disegno multiculturale promosso da Trudeau, ma sublimato da Mulroney tramite il *Canadian Multiculturalism Act*, di legare in un’endiadi indissolubile il riconoscimento e l’inclusione delle minoranze etnoculturali, da un lato, e la promozione dell’unità nazionale, dall’altro. Più nello specifico, ed usando le parole di Kymlicka, il multiculturalismo “istituzionale” canadese ha (avuto) il merito, da un lato, di creare per i *native-born citizens* un legame tra l’identità nazionale e la solidarietà nei confronti degli immigrati e delle minoranze, e dall’altro, di ingenerare negli immigrati e nelle minoranze stesse un profondo senso di identificazione e appartenenza nei confronti del Paese nordamericano⁸⁴². Una simile convergenza ha così dato luogo all’ingenerarsi e al radicarsi di una concezione multiculturale di nazione canadese capace di travalicare le mutevoli stagioni della politica contingente⁸⁴³.

4.2 Multiculturalismo e giurisprudenza costituzionale

La costituzionalizzazione del multiculturalismo tramite la sec. 27 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali ha inevitabilmente reso protagonista anche la Corte Suprema nel cammino di istituzionalizzazione del principio *de quo*. E tuttavia, è bene sin da subito chiarire come, dinanzi alla natura interpretativa e non precettiva della disposizione, il principale terreno ove la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di offrire il proprio contributo all’affermazione del multiculturalismo sia stato quello della libertà religiosa.

Sempre adottando il criterio cronologico, può risultare utile, a questo proposito, richiamare

⁸³⁹ Il *Strengthening Canadian Citizenship Act* – formalmente la *Section (J)* del *Bill C-24 (An Act to amend the Citizenship Act and to make consequential amendments to other Acts)* – prevedeva infatti la revoca della cittadinanza ai soggetti aventi doppia cittadinanza che, da cittadini canadesi, avessero compiuto determinate azioni contrarie all’interesse nazionale del Canada, vietando in modo permanente a costoro di riacquistare la cittadinanza. Per i critici di tale normativa, si andava a realizzare un regime di cittadinanza a due velocità secondo cui vi erano canadesi che non potevano essere privati della loro cittadinanza canadese (es. i canadesi con una sola nazionalità ufficiale) e altri canadesi che potevano essere privati della loro cittadinanza (es. canadesi con più di una nazionalità ufficiale).

⁸⁴⁰ La lettura estensiva del multiculturalismo, discostandosi dalla concezione del 1971, sembra propendere più per un approccio teso a ignorare i fattori differenziali al fine di assicurare parità di trattamento e pari opportunità piuttosto che, come invece secondo l’approccio multiculturale ortodosso, al mantenimento e alla promozione delle differenze. Sul punto cfr. Ceccherini E., *Cittadinanza, immigrazione e integrazione...* op. cit., 377 ss.

⁸⁴¹ Il riferimento è a fattori differenziali quali l’età, il genere, l’orientamento sessuale, la disabilità.

⁸⁴² Kymlicka W., *The Current State of Multiculturalism in Canada and Research Themes on Canadian Multiculturalism 2008-2010*, Citizenship and Immigration Canada, Minister of Public Works and Government Services Canada, 9-10.

⁸⁴³ Tremblay A., *Diversity in Decline?*...op. cit., 81-121.

innanzitutto la sentenza *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* del 1985⁸⁴⁴ in cui la Corte, nel giudicare incostituzionale il disposto della sec. 4 del *Lord's Day Act* del 1906 – prescrivente il divieto di apertura domenicale degli esercizi commerciali – in quanto incompatibile con la libertà religiosa prevista dalla sec. 2(a) della Carta, leggeva quest'ultima come duplicemente composta da una parte positiva, con ciò intendendo «il diritto di credere ciò che si vuole in materia religiosa, il diritto di professare apertamente credenze religiose senza timore di impedimenti e ritorsioni e il diritto di manifestare le proprie credenze religiose attraverso la pratica, il culto, l'insegnamento e la divulgazione», e una parte negativa, legata all'assenza di costrizioni o vincoli in materia religiosa in quanto «nessuno può essere costretto ad agire contrariamente alle proprie credenze o alla propria coscienza» e «se una persona è costretta dallo Stato o dalla volontà altrui ad una certa condotta che altrimenti non sceglierebbe di adottare, tale persona non agisce di proprio grado e non si può dire che sia veramente libera»⁸⁴⁵.

Quanto qui interessa evidenziare è come la Corte, a sostegno di questa lettura evidentemente estensiva del disposto ex sec. 2(a) abbia fatto richiamo proprio alla sec. 27 della Carta. Più nello specifico, il riferimento alla clausola multiculturale ha permesso alla Corte di declinare la libertà religiosa come un'istanza identitaria dal carattere non solo individuale ma altresì collettivo. Tutelare la libertà religiosa all'apertura domenicale, intesa quale posizione giuridica soggettiva del ricorrente, veniva dalla Corte ritenuta, per il tramite della sec. 27, un modo per tutelare l'ordinamento stesso e i suoi fini, nel cui novero ben possono comprendersi il principio del multiculturalismo e la tutela delle minoranze (non solo) religiose contro il volere della maggioranza⁸⁴⁶.

Così interpretata, la libertà religiosa si concretava nel diritto di ogni fedele di partecipare attivamente alla dimensione politica, economica e sociale del Paese in posizione di eguaglianza con gli altri e senza vedersi costretto a rinunciare o negare i dogmi della propria fede⁸⁴⁷.

La medesima lettura della libertà religiosa quale diritto dalla dimensione sia individuale che collettiva e, come tale, intrinsecamente legato al carattere costituzionalmente – e non solo maggioritariamente – democratico dell'ordinamento canadese è rinvenibile nella sentenza *Syndicat Northcrest v. Amselem* del 2004⁸⁴⁸.

Nel caso *de quo* la Corte riconosceva la violazione della libertà religiosa dei ricorrenti, di

⁸⁴⁴ [R. v. Big M Drug Mart Ltd., \[1985\] 1 S.C.R. 295.](#)

⁸⁴⁵ Par. 95

⁸⁴⁶ Cfr. il par. 99 «I agree with the submission of the respondent that to accept that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. To do so is contrary to the expressed provisions of s. 27» nonché il par. 96: «What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The Charter safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority».

⁸⁴⁷ Ryder B., *State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion*, in *The Supreme Court Law Review*, vol. 29, 1/2005, 169 ss.

⁸⁴⁸ [Syndicat Northcrest v. Amselem, \[2004\] 2 S.C.R. 551.](#)

fede ebraica, cui era stato intimato il divieto di costruire sui propri balconi le *sukkah*, capanne sprovviste di tetto utili alla celebrazione del *Sukkot*, festività religiosa commemorativa dell'esodo del popolo d'Israele della durata di nove giorni. Per addivenire a una simile conclusione, anche in questo caso, infatti, la Corte sottolineava come essere costretti a rinunciare alla propria appartenenza religiosa fosse incompatibile con l'attiva partecipazione a una società che volesse considerarsi realmente democratica⁸⁴⁹. In questo senso, la Corte non mancava di sottolineare come in un «Paese multietnico e multiculturale come il nostro, che rimarca e rende note le proprie iniziative in materia di rispetto della diversità culturale e dei diritti della persona, nonché in materia di promozione dell'inclusione nei confronti delle minoranze religiose e culturali – e che, su questi temi, costituisce un esempio per altre società – l'argomento del convenuto, secondo il quale trascurabili interessi di ordine estetico dovrebbero prevalere sull'esercizio della libertà religiosa dei ricorrenti, è inaccettabile»⁸⁵⁰. Accanto al legame evidentemente edificato dai supremi giudici tra dimensione collettiva e dimensione individuale della libertà religiosa, la sentenza si segnala altresì per non aver subordinato il riconoscimento di quest'ultima alla presenza o meno di precetti della religione ufficiale o alle posizioni delle autorità religiose. Più nello specifico, rifiutando una logica per la quale l'istituzione giudiziaria avrebbe potuto procedere a un controllo più o meno invasivo della soggettività religiosa, la Corte, indipendentemente dalla presenza o meno di un dogma religioso obbligatorio cui legare lo svolgimento delle pratiche religiose⁸⁵¹, considerava queste ultime, sia obbligatorie che volontarie, coperte dalla sec.2(a) della Carta purché il fedele avesse dimostrato di credere sinceramente nel valore religioso delle pratiche stesse e che un'eventuale limitazione alla propria libertà religiosa fosse stata più che irrilevante o inconsistente⁸⁵².

Ove la Corte ha, invece, avallato l'incursione del diritto nella sfera religiosa, mossa tuttavia ancora una volta dalla tutela del multiculturalismo, inteso quale perno dell'ordinamento costituzionale⁸⁵³, è nella sentenza *Bruker v. Markovitz* del 2007⁸⁵⁴. I supremi giudici condannavano in questo caso il Sig. Markovitz a pagare i danni all'ex moglie per non averle concesso il *get* (divorzio ebraico), così come previsto da una clausola dell'accordo stipulato

⁸⁴⁹ Par. 1: «An important feature of our constitutional democracy is respect for minorities, which includes, of course, religious minorities: see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 79-81. Indeed, respect for and tolerance of the rights and practices of religious minorities is one of the hallmarks of an enlightened democracy».

⁸⁵⁰ Par. 87.

⁸⁵¹ Par. 66.

⁸⁵² Parr. 46, 59, 69.

⁸⁵³ Cfr. in particolare il par. 1 della pronuncia: «Canada rightly prides itself on its evolutionary tolerance for diversity and pluralism. This journey has included a growing appreciation for multiculturalism, including the recognition that ethnic, religious or cultural differences will be acknowledged and respected. Endorsed in legal instruments ranging from the statutory protections found in human rights codes to their constitutional enshrinement in the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the right to integrate into Canada's mainstream based on and notwithstanding these differences has become a defining part of our national character».

⁸⁵⁴ *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607. Per un'analisi della sentenza cfr. Astengo F., *Libertà religiosa o eguaglianza tra i sessi? La Corte Suprema del Canada si pronuncia su un caso di divorzio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 settembre 2008.

dagli ormai ex coniugi quindici anni prima in sede di divorzio civile. Posto come l'ottenimento del *get* costituisca condizione ineludibile affinché i coniugi possano contrarre nuovamente matrimonio con rito ebraico, e come qualora questo non si verifichi, pur potendo le donne contrarre nuovo matrimonio civile, queste ultime subiscano peggiori conseguenze, venendo definite adultere dalla comunità ed essendo i loro figli considerati illegittimi, l'elemento che ai nostri fini più interessa evidenziare è il fatto che le obiezioni del convenuto circa l'incompetenza dei tribunali civili a pronunciarsi su un accordo dante luogo a un obbligo puramente morale e di ispirazione religiosa siano state dai supremi giudici superate facendo riferimento a come la libertà religiosa del convenuto non potesse porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, ivi compreso l'uguaglianza tra uomo e donna che, nel caso *de quo*, andava a impregnarsi esso stesso di un significato dinamicamente "multiculturale", concretandosi nell'assicurare anche alle donne ebreo il diritto di ricostruirsi una vita nel segno del rispetto dei loro precetti religiosi.

In questo senso, posta l'impossibilità di modificare i dogmi di una confessione religiosa, la maggioranza della Corte riconduceva al carattere multiculturale dell'ordinamento non tanto una neutralità – da brandire in termini assoluti – dello Stato nei confronti del fenomeno religioso, quanto un'attenzione da mostrare nei confronti delle istanze di rinnovamento provenienti da una parte dei fedeli particolarmente esposta alle conseguenze pregiudizievoli di alcune pratiche legate alla loro confessione religiosa. Per l'ordinamento si trattava, in altri termini, di fornire una protezione a una minoranza all'interno di una minoranza, facendosi così tutore e promotore di una visione dinamica della diversità.

Sebbene senza un esplicito richiamo al disposto della sec. 27, multiculturalismo e libertà religiosa rinvenivano un ulteriore e importante sede di dialogo nella giurisprudenza della Corte Suprema nel celebre e già citato⁸⁵⁵ caso *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* del 2006⁸⁵⁶.

La controversia era sorta in conseguenza del divieto rivolto ad uno studente di religione sikh d'indossare, all'interno di una scuola pubblica, il *kirpan*, una sorta di pugnale dal riconosciuto valore simbolico-rituale. Quanto della pronuncia della Corte – espressasi all'unanimità per l'illegittimità del divieto – interessa qui evidenziare è l'utilizzo da quest'ultima fatto, nel solco, peraltro, di alcuni precedenti tra cui *Amselem*, della tecnica interpretativa della *reasonable accommodation*, utile a salvaguardare l'applicabilità di precetti culturali e religiosi dei singoli in deroga alle norme del diritto positivo, ma altresì inserita dalla Corte nella più ampia lettura dell'ordinamento canadese quale tutore e promotore della diversità.

Più nello specifico, nel risolvere il contrasto tra le esigenze securitarie manifestate dalla Commissione Scolastica relativamente all'introduzione all'interno della scuola di un oggetto

⁸⁵⁵ Cap. 3, Part. I, Sez. 1, § 7.2.

⁸⁵⁶ [Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, \[2006\] 1 S.C.R. 256.](#)

considerato potenzialmente pericoloso⁸⁵⁷, da un lato, e l'espressione della libertà religiosa, dall'altro, i supremi giudici legavano il rispetto delle tradizioni e delle pratiche religiose di comunità minoritarie, tra cui quella sikh, al carattere multiculturale della società canadese. Nel convincimento della Corte un'effettiva garanzia della libertà religiosa passava ineludibilmente da una lettura in chiave sostanziale del principio di uguaglianza. I supremi giudici non escludevano, infatti, come norme del tutto neutrali – in quanto foriere di un eguale trattamento – rispetto alla libertà religiosa potessero comunque comportare effetti di ordine discriminatorio a danno delle minoranze religiose in un contesto di pluralismo religioso. L'accomodamento ragionevole, assicurando un trattamento differenziato nei confronti degli individui appartenenti a gruppi religiosi minoritari, costituiva, in questo senso, un legittimo rimedio atto a correggere una condizione di ineguaglianza effettiva, altrimenti perpetrata dall'applicazione *erga omnes* della regola generale.

Ciò che in questa sede più interessa evidenziare è come la Corte abbia ricondotto la legittimazione di scelte derogatorie per ragioni religiose – nel caso di specie concretatesi nel consentire il porto del *kirpan* a scuola pur con gli accorgimenti proposti dal Consiglio scolastico e accettati dagli interessati – non solo a una tutela effettiva della sec. 2(a) della Carta dei diritti, ma altresì – e correlativamente – alla continua aspirazione del Canada a essere una società multireligiosa⁸⁵⁸. Tollerare la presenza del *kirpan* a scuola significava per il supremo consesso promuovere il rispetto per ogni religione e ogni minoranza presente sul territorio canadese, scongiurando così la mortificazione di valori quali il multiculturalismo, la diversità e lo sviluppo di una cultura rispettosa dei diritti altrui che da un diniego di carattere assoluto sarebbe per contro derivata⁸⁵⁹. In questo senso, la tutela di una posizione giuridica soggettiva veniva ancora una volta letta come specchio di un più ampio impegno istituzionale volto a garantire l'uguaglianza nella differenza e ad assicurare eguale dignità ai diversi gruppi, compresi quelli minoritari, valorizzati nella loro dimensione identitaria all'interno della composita società canadese.

La stessa attenzione mostrata dalla Corte nel correggere l'impatto potenzialmente discriminatorio di una normativa dal carattere apparentemente neutro non si rinviene, tuttavia, nella successiva sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* del 2009⁸⁶⁰, sempre in tema di libertà religiosa.

Chiamata, infatti, a pronunciarsi sulla costituzionalità della legislazione dell'Alberta, che

⁸⁵⁷ Più precisamente, a seguito dell'intervenuto accordo tra il Consiglio d'Istituto e la famiglia dello studente relativamente alla possibilità per quest'ultimo di portare il *kirpan* a scuola purché all'interno degli indumenti indossati e dentro un involucri di stoffa, la Commissione Scolastica aveva rifiutato di sottoscrivere l'accordo sostenendo che il porto del *kirpan* violasse l'art. 5 del Codice di condotta, emanato in conformità alla Legge sull'istruzione pubblica e posto a tutela della sicurezza all'interno della scuola.

⁸⁵⁸ Par. 76: «*Religious tolerance is a very important value of Canadian society. If some students consider it unfair that Gurbaj Singh may wear his kirpan to school while they are not allowed to have knives in their possession, it is incumbent on the schools to discharge their obligation to instil in their students this value that is, as I will explain in the next section, at the very foundation of our democracy*».

⁸⁵⁹ Parr. 71, 78, 79.

⁸⁶⁰ [Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, \[2009\] 2 S.C.R. 567.](#)

aveva abrogato la deroga che consentiva agli hutteriti il possesso di patenti di guida senza foto, in ragione del divieto da questi ultimi dedotto dal Secondo comandamento circa il farsi ritrarre in immagini fotografiche, la Corte, sebbene fortemente divisa al suo interno⁸⁶¹, nel giustificare la disciplina normativa provinciale alla luce della necessità di limitare i furti di identità, si mostrava maggiormente attenta a salvaguardare l'interesse generale a scapito dei diritti identitari degli appartenenti alla minoranza religiosa hutterita.

A questo proposito, il percorso argomentativo seguito dalla Corte partiva, innanzitutto, dal sottolineare l'inapplicabilità del principio della *reasonable accommodation* al caso *de quo*. La circostanza che vedeva il vaglio giurisdizionale riguardare non una fonte secondaria o frutto dell'autonomia privata – come tale valutabile alla luce del principio di accomodamento ragionevole come visto per il regolamento scolastico nel caso *Multani* – bensì una fonte di diritto primario, chiamava infatti i giudici ad applicare il già citato *Oakes* test e, pertanto, a verificare meramente che la disciplina legislativa avesse comportato la minore violazione possibile del diritto – in questo caso – alla libertà religiosa.

In questo senso, non imponendosi il raggiungimento di una soluzione compromissoria come previsto dal principio dell'accomodamento ragionevole, ma solo il vaglio della proporzionalità delle misure previste dal disposto legislativo rispetto ai fini dal quest'ultimo perseguiti, il baricentro dell'analisi giurisdizionale si spostava dall'attenzione ai diritti soggettivi alla libertà religiosa lesi dalla normativa, alla tutela dell'interesse generale dalla normativa medesima perseguita, anche ad eventuale e “giustificato” scapito dei diritti soggettivi citati⁸⁶².

Alla luce di quanto detto, è evidente, rispetto ai precedenti citati, il mutamento di approccio da parte della Corte, protesa nello sforzo di promuovere il rispetto della diversità non tanto – secondo la concezione ortodossa del multiculturalismo – mediante la legittimazione di condotte derogatorie rispetto alla regola generale, bensì tramite l'eliminazione di manifestazioni culturali e religiose capaci di alterare la neutralità dello spazio pubblico⁸⁶³, a sua volta utile affinché nessun credo venisse favorito e tutte le fedi ricevessero eguale tutela e valorizzazione.

Se tuttavia nel caso appena visto la menzionata difesa della neutralità dello spazio pubblico ha visto i propri effetti dispiegarsi a scapito del gruppo religioso minoritario hutterito, la medesima conclusione non può trarsi dall'analisi della sentenza *Mouvement laïque québécois v Saguenay* del 2015⁸⁶⁴ sempre in materia di libertà religiosa, utile qui da richiamare a conclusione di questa rassegna giurisprudenziale anche in ragione del riferimento in essa presente alla sec. 27 della Carta dei diritti, ad ulteriore conferma del

⁸⁶¹ Si consideri, infatti, la presenza di tre opinioni dissenzienti di Abella, LeBel e Fish.

⁸⁶² Per un'approfondita analisi della sentenza cfr. Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2008-2009*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2010, 4247-4256.

⁸⁶³ Cfr. Ceccherini E., *Cittadinanza, immigrazione e integrazione...* op. cit., 282 in qui l'A. parla, a questo proposito, di uno «smorzamento da parte della Corte della militanza multiculturale, intesa come sforzo di rendere visibili e vistose le identità collettive in un'ottica promozionale delle stesse».

⁸⁶⁴ [Mouvement laïque québécois v. Saguenay \(City\)](#), [2015] 2 S.C.R. 3.

cammino comune che multiculturalismo e libertà religiosa hanno percorso nella giurisprudenza della Corte Suprema, come si è tentato di porre in luce nel presente paragrafo che ci si appresta a chiudere.

I supremi giudici venivano in questo caso chiamati a pronunciarsi in merito alla compatibilità con gli artt. 3 e 10 della *Charte des droits* quebecchese – relativi rispettivamente alla libertà *inter alia* di coscienza e religione e al divieto di discriminazione anche per motivi religiosi – della recita di una preghiera riconducibile alla fede cattolica da parte del sindaco della città di Saguenay all’inizio di ogni seduta del Consiglio comunale. Il sig. Simoneau, assistito dal *Mouvement laïque québécois*, in quanto ateo, sosteneva, infatti, come la recita della preghiera, anche nei termini successivamente specificati da un regolamento adottato dalle autorità cittadine, lo facesse sentire escluso e isolato in ragione delle sue idee religiose nel momento in cui partecipava alle riunioni del Consiglio.

La decisione della Corte, concretatasi nell’accoglimento delle ragioni del ricorrente, vedeva al proprio centro l’analisi del dovere di neutralità dello Stato, quale principio ricavabile dall’interpretazione della libertà di coscienza e di religione. Quest’ultima, infatti, proteggeva secondo i giudici non solo il diritto di ognuno di avere ed esprimere la propria fede, ma anche quello di non vedersi costretto a aderire a determinati precetti religiosi e ad agire contrariamente alla propria fede. In questo senso, la libertà di coscienza e di religione, nel convincimento della Corte, faceva sorgere per lo Stato il divieto di mostrare un atteggiamento favorevole o sfavorevole per un particolare fede ovvero per i non credenti⁸⁶⁵. Più nello specifico, la Corte riteneva violato il dovere di neutralità dello Stato qualora quest’ultimo avesse intrapreso un’azione che, concretandosi nel professare, adottare o favorire una determinata fede ad esclusione di tutte le altre, interferisse in maniera più che banale o insignificante con la libertà di coscienza e di religione di un soggetto, risultando pertanto discriminatoria⁸⁶⁶.

E tuttavia, il dato che in questa sede più interessa evidenziare è come nella pronuncia in esame i supremi giudici abbiano teleologicamente legato il dovere in capo allo Stato di edificare rispetto al fenomeno religioso uno spazio pubblico neutro alla tutela e alla promozione del carattere multiculturale della società canadese così come disposto dalla sec. 27 della Carta dei diritti.

Una sfera pubblica libera da coercizioni, pressioni e giudizi da parte delle pubbliche autorità in materia religiosa veniva, infatti, dalla Corte letta come strumentale alla tutela della libertà e dignità di ogni persona, e, in tal modo, coerente con il disposto della sec. 27, richiedente, sempre secondo i giudici, che il dovere di neutralità dello Stato dovesse essere interpretato

⁸⁶⁵ Parr. 68, 69.

⁸⁶⁶ Parr. 84, 85.

alla luce non soltanto degli obiettivi di protezione della Carta dei diritti, ma altresì di una visione tesa alla promozione e alla valorizzazione della diversità⁸⁶⁷.

SOTTOSEZIONE II

I POPOLI INDIGENI DEL CANADA E IL *RECONCILIATION JOURNEY*: TAPPE DI UN PERCORSO ISTITUZIONALE ANCORA IN FIERI

1. Una breve premessa

A partire dal 2021, a seguito di un intervento del legislatore federale emendativo del *Bills of Exchange Act*, dell'*Interpretation Act* e del *Canada Labour Code*⁸⁶⁸, il 30 settembre di ogni anno si celebra in Canada il *National Day for Truth and Reconciliation*. Si tratta di una festività nazionale nella quale si rende omaggio e si commemorano – usando le parole presenti sul sito del Governo canadese – «i bambini [indigeni] che non sono mai tornati a casa e i sopravvissuti delle *residential schools*, le loro famiglie e le loro comunità»⁸⁶⁹. Nella medesima data si celebra altresì l'*Orange Shirt Day*, giornata commemorativa gestita fondamentalmente dalle comunità indigene, e volta anch'essa a sensibilizzare l'opinione pubblica sull'impatto intergenerazionale avuto dalle *residential schools* a livello individuale, familiare e comunitario nei confronti delle comunità autoctone⁸⁷⁰ presenti sul territorio canadese⁸⁷¹.

Termini quali *Residential schools* e *Reconciliation* qui appena riportati si distinguono per un forte valore evocativo tanto per l'immaginario collettivo canadese, quanto – e conseguentemente – per un'analisi che si prefigga di ricostruire l'evolversi sul piano istituzionale dei rapporti tra *Aboriginal* e *non-Aboriginal peoples* in Canada. Come si è infatti accennato più volte, accanto alla diarchia anglo-francofona e alle numerose comunità di immigrati, il primo vero fattore costitutivo del complesso *ethnic mosaic* canadese è rappresentato dalla presenza di popoli indigeni, risalente al periodo antecedente la

⁸⁶⁷ Par. 74: «By expressing no preference, the state ensures that it preserves a neutral public space that is free of discrimination and in which true freedom to believe or not to believe is enjoyed by everyone equally, given that everyone is valued equally. I note that a neutral public space does not mean the homogenization of private players in that space. Neutrality is required of institutions and the state, not individuals [...]. On the contrary, a neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity. The neutrality of the public space therefore helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society enshrined in s. 27 of the Canadian Charter. Section 27 requires that the state's duty of neutrality be interpreted not only in a manner consistent with the protective objectives of the Canadian Charter, but also with a view to promoting and enhancing diversity [...]».

⁸⁶⁸ [Bill C-5](#), 3 giugno 2021.

⁸⁶⁹ [National Day for Truth and Reconciliation](#).

⁸⁷⁰ Le parole “indigeni”, “aborigeni” e “autoctoni” sono sinonimi e verranno in tale sede usati alternativamente. Tali termini sono usati per indicare gli abitanti originari di un determinato luogo. Il termine “indigeni” è usato all'interno della Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni dell'Assemblea Generale dell'ONU del 2007. Tuttavia, all'interno della sec. 35(2) del Constitution Act del 1982, come si vedrà, si parla di diritti dei «popoli aborigeni» con riferimento alle First Nations, agli Inuit e ai Métis. Preme qui sottolineare come i termini “Indiani” o “Indians” verranno da parte mia utilizzati solo ed esclusivamente per definizioni da inquadrare storicamente, nella consapevolezza dell'odierno riconosciuto carattere discriminatorio dei termini richiamati.

⁸⁷¹ [Orange Shirt Society](#).

colonizzazione europea.

Quello tra le autorità inglesi e francesi, prima, e canadesi, poi – da un lato – e i popoli indigeni del Canada – dall’altro – è dunque un rapporto plurisecolare caratterizzato da diverse fasi e dall’intervento di plurimi attori.

Prima di analizzarne più nello specifico i tratti, può sin da ora essere utile dividere storicamente l’evolversi di quest’ultimo in due fasi fondamentali: la prima, riconducibile alla pesante colonizzazione operata dagli inglesi e dai francesi, e perpetrata dalle autorità canadesi mediante aggressive politiche di assimilazione culturale nei confronti dei popoli autoctoni; la seconda, ancora in corso, caratterizzata invece dalla volontà da parte delle autorità canadesi di rimediare al passato coloniale mediante l’edificazione con questi ultimi – presenti in base all’ultimo censimento nel numero di 1.807.250 unità⁸⁷² – di un rapporto improntato sul riconoscimento dei diritti, sul rispetto, sulla cooperazione e sulla partnership paritaria.

Ecco che, in relazione alle due fasi appena menzionate, proprio le parole *Residential schools* e *Reconciliation* acquistano rispettivamente un significato emblematico. Solo anticipando quanto si dirà meglio in seguito, giova infatti segnalare come l’istituzione sul finire del 1800 del sistema di scuole residenziali, nelle quali i bambini appartenenti dapprima solo alle First Nations ma successivamente altresì ai Métis e agli Inuit venivano deportati per essere istruiti ed educati a uno stile di vita “civilizzato” e ove sono stati documentati abusi da questi ultimi subiti di carattere fisico e psicologico, abbia rappresentato l’apice dell’approccio coloniale, assimilazionista e discriminatorio perpetrato nei confronti dei popoli indigeni da parte delle autorità canadesi, resesi protagoniste, per usare le parole della *Truth and Reconciliation Commission of Canada* (TRC) – sulla quale si ritornerà – di un vero e proprio genocidio culturale ai danni di questi ultimi⁸⁷³.

Sempre le parole della TRC aiutano a inquadrare invece la *Reconciliation* come quel processo – e l’impegno dalle autorità canadesi manifestato affinché tale processo vada avanti – teso a stabilire e a mantenere un rapporto di reciproco rispetto tra *Aboriginal* and *non-Aboriginal peoples*, avendo consapevolezza del passato, riconoscendo i danni inflitti, riparando le cause e agendo per cambiare le condotte passate⁸⁷⁴.

Sono queste, dunque, le macro-coordinate di un itinerario ricostruttivo che a questo punto occorre analizzare più nel dettaglio tramite la lente cronologica, così da comprendere, anche

⁸⁷² [Statistics Canada. 2023. \(table\). Census Profile. 2021 Census of Population. Statistics Canada Catalogue no. 98-316-X2021001. Ottawa. Released November 15, 2023.](#)

⁸⁷³ «For over a century, the central goals of Canada’s Aboriginal policy were to eliminate Aboriginal governments; ignore Aboriginal rights; terminate the Treaties; and, through a process of assimilation, cause Aboriginal peoples to cease to exist as distinct legal, social, cultural, religious, and racial entities in Canada. The establishment and operation of residential schools were a central element of this policy, which can best be described as “cultural genocide”». Cfr. [Honouring the Truth, Reconciling for the Future, Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada](#), 1.

⁸⁷⁴ «To the Commission, reconciliation is about establishing and maintaining a mutually respectful relationship between Aboriginal and non-Aboriginal peoples in this country. In order for that to happen, there has to be awareness of the past, acknowledgement of the harm that has been inflicted, atonement for the causes, and action to change behaviour». Ibidem., 6-7.

in questo caso, il peso e il significato della nomina alla Corte Suprema della Justice O'Bonsawin.

2. Dalla *Royal Proclamation* del 1763 all'*Indian Act* del 1876: cronache di un "tradimento" istituzionale

Se nel titolo di questo paragrafo si è scelto di usare simbolicamente la parola "tradimento" lo si deve alla circostanza per la quale, all'arrivo dei colonizzatori su suolo canadese, questi ultimi avevano affidato – quantomeno inizialmente – la disciplina dei loro rapporti con i popoli indigeni ivi già presenti al sistema dei trattati, già in uso tra questi molto prima, appunto, dell'approdo degli europei⁸⁷⁵.

Tanto i francesi quanto gli inglesi a partire dai primi anni del XVII secolo⁸⁷⁶, guidati, in particolare, da ragioni di ordine economico – se si considera l'interesse al commercio di pellicce – e militare – costituendo gli indigeni utili alleati nella lotta contro le potenze rivali –, si erano infatti impegnati a stipulare con i popoli autoctoni trattati di pace e di amicizia nel rispetto delle regole e dei protocolli in uso⁸⁷⁷. Sebbene i colonizzatori considerassero i trattati finalizzati in ogni caso alla realizzazione del progetto coloniale, credevano che quest'ultimo non potesse che realizzarsi in via pattizia e non, pertanto, mediante una azione di carattere unilaterale⁸⁷⁸.

Altri tipi di trattati riguardavano, poi, il trasferimento del titolo di proprietà della terra. Essi trovarono, in particolare, un'importante cornice istituzionale nella firma della *Royal Proclamation* del 1763. Essa costituiva, in linea di principio, un accordo tra First Nations e la Corona britannica, considerati entrambi sovrani. Le popolazioni indigene venivano infatti riconosciute come Nations e veniva altresì stabilito che i Governi coloniali non potessero appropriarsi o cedere territori, autorizzare sudditi britannici a occupare o ad acquistare terre indigene, nonché che i diritti indigeni sulle terre potessero essere acquisiti solamente da parte della Corona e nel rispetto di una procedura definita⁸⁷⁹.

I contenuti della *Royal Proclamation* trovavano, poi, un ulteriore sede di assenso da parte delle First Nations, nel 1764, mediante il Trattato di Niagara, ove veniva sancita un'alleanza – confermata peraltro dal successivo appoggio indigeno nella già citata guerra anglo-americana del 1812 – fra la Corona e le comunità autoctone, in quella sede rappresentate da circa duemila capi indigeni, aprendo conseguentemente la strada alla stipula di ulteriori

⁸⁷⁵ Per un'attenta analisi dei trattati in Canada prima della colonizzazione europea cfr. Williams R.A., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York-Londra, 1997.

⁸⁷⁶ Non va tuttavia omissa la presenza anche di colonizzatori olandesi, in particolare, nella zona meridionale della regione dei Grandi Laghi lungo la costa atlantica.

⁸⁷⁷ Webber J., *Contending Sovereignities*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook...* op. cit., 281. I trattati di pace e amicizia sono citati in Brown G., Maguire R., *Indian Treaties in historical perspective*, Ottawa Department of Indian Affairs, 1979, 11, 19-20, 49.

⁸⁷⁸ Grammond S., *Treaties as Constitutional agreements*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook...* op. cit., 307-308.

⁸⁷⁹ Land L., Townshend R., *Land Claims: Stuck in Never-never Land*, in Bird J., Land L., MacAdam M. (a cura di), *Nation to Nation, Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002, 54.

trattati negli anni successivi⁸⁸⁰.

E tuttavia, proprio nella *Royal Proclamation* già potevano rinvenirsi i germi dell'approccio predatorio e assimilazionista che avrebbe in seguito informato la politica delle autorità britanniche – prima – e canadesi – poi – nei confronti dei popoli indigeni del territorio nordamericano.

Pur rappresentando un primo passo verso il riconoscimento istituzionale dei diritti e titoli aborigeni esistenti⁸⁸¹ – tanto da indurre taluno a parlare con riguardo ad esso come dell'«*Indian Magna Charta*» o dell'«*Indian Bill of Rights*»⁸⁸² – il proclama reale *de quo*, redatto esclusivamente dai britannici senza alcun contributo dei popoli autoctoni, sanciva infatti inequivocabilmente il monopolio della Corona britannica sulle terre indigene: parole quali «*the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories*»⁸⁸³ in esso presenti ben possono leggersi come una dichiarazione di sovranità sulle terre indigene, indipendentemente dai *land treaties* con essi conclusi.

E infatti, un simile spirito quantomeno paternalistico non tardò a consolidarsi nel corso del XIX secolo. Lo squilibrio in termini demografici, economici e militari progressivamente affermatosi a vantaggio della Corona rispetto ai popoli indigeni condusse le autorità coloniali a ritenere il procedimento di stipula dei trattati come un mero strumento atto a espropriare in via formale le comunità autoctone delle loro terre, ricollocarle in modo forzato e, da ultimo, assimilarle.

Alla legittimazione degli obiettivi predatori ed espropriativi delle terre indigene contribuì altresì l'applicazione al contesto nordamericano della *fictio* relativa alla proprietà originaria regia sulla terra, ai sensi della quale i soggetti proprietari delle terre venivano considerati tali solo grazie a una mera concessione da parte della Corona, unica vera titolare della proprietà

⁸⁸⁰ Ceccherini E., *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in Rolla G. (a cura di), *Eguale, ma diversi...* op. cit., 85-86.

⁸⁸¹ La *Royal Proclamation* sanciva che le terre non cedute o acquistate dalla Corona erano riservate ai popoli indigeni. Il proclama reale stabiliva inoltre in maniera esplicita che l'*Aboriginal title* esisteva e continuava ad esistere e che tutte le terre sarebbero state considerate aborigene fino a quando non fossero state cedute tramite trattato. Cfr. Walters M.D., *The Aboriginal Charter of Rights: The Royal Proclamation of 1763 and the Constitution of Canada*, in Fenge T., Aldridge J. (a cura di), *Keeping Promises: The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montreal, 2015, 49 ss.

⁸⁸² Cfr. R. v. Marshall, 2003 NSCA 105, (2004) 218 N.S.R. (2d) 78, par. 202 (citando a sua volta R. v. Secretary of State of Foreign and Commonwealth Affairs, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), par. 912-913, 917-918). Cfr. altresì [R. v. Marshall](#); [R. v. Bernard](#), [2005] 2 S.C.R. 220, par. 86 («*The Royal Proclamation must be interpreted liberally, and any matters of doubt resolved in favour of aboriginal peoples*: Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36. Further, the Royal Proclamation must be interpreted in light of its status as the “Magna Carta” of Indian rights in North America and Indian “Bill of Rights”: R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, [1982] 1 Q.B. 892 (C.A.), at p. 912. I approach the question on this basis»; [Calder v. British Columbia](#) [1973] S.C.R. 313, p. 395 ove, con riferimento alla *Royal Proclamation* si afferma che «*Its force as a statute is analogous to the status of Magna Carta which has always been considered to be the law throughout the Empire*».

⁸⁸³ See [The Royal Proclamation](#), 7 ottobre 1763.

sull'intero territorio. Il ricorso a tale *fictio* consentiva, dunque, alle autorità pubbliche di agire come proprietarie delle terre ancestrali occupate dai popoli indigeni, sfruttandole, vendendole, e rilasciando autorizzazioni relative al loro utilizzo⁸⁸⁴.

Se a quanto detto si aggiunge, inoltre, l'intensificarsi della produzione normativa riguardante il territorio canadese da parte delle autorità britanniche, il quadro emergente vedeva il graduale affermarsi di una concezione monista di sovranità sposata prima dal Regno Unito e, successivamente, dal Canada con riguardo al loro rapporto con i popoli indigeni stanziati prima dell'arrivo europeo⁸⁸⁵.

A tale ultimo proposito, occorre evidenziare come di questa lettura monista si fece interprete, dandovi veste costituzionale, lo stesso BNAA del 1867. I *Fathers of Confederation* omisero, infatti, qualsiasi riferimento alle lingue, alle culture, ai diritti fondiari e all'autodeterminazione dei popoli indigeni, assegnando peraltro alle autorità federali, in base alla sec. 91(24) del BNAA, la competenza – e dunque il controllo – in via esclusiva sugli «*Indians, and Lands reserved for the Indians*».

Il dato risulta particolarmente rilevante ove si consideri come sia stata proprio questa sezione a costituire il perimetro costituzionale all'interno del quale le autorità canadesi hanno nel corso degli anni edificato la loro politica assimilazionista ai danni dei popoli indigeni del Paese nordamericano, guidate dalla convinzione per la quale la soluzione per questi ultimi più favorevole sarebbe stata quella di essere confinati in determinate aree ristrette in attesa di una piena assimilazione nel modello di società euro-canadese oramai dominante.

A tal proposito, diviene a questo punto fondamentale fare riferimento all'approvazione, nel 1876, dell'*Indian Act*, con il quale il Parlamento federale, mettendo a sistema i contenuti di una serie di atti legislativi che disciplinavano i rapporti delle autorità con i popoli indigeni⁸⁸⁶, diede vita a un corpo normativo organico utile a garantire un approccio coordinato ai citati aneliti di assimilazione.

Tale atto legislativo, riferendosi solo alle First Nations e non ai Métis e agli Inuit, perseguiva il disegno assimilazionista agendo in tre ambiti fondamentali: 1) il patrimonio culturale degli indigeni, 2) le loro strutture di governo e 3) il loro status giuridico⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Macklem P., *The form and substance of Aboriginal title*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook...* op. cit., 327-330. La *fictio* relativa alla proprietà originaria regia veniva accompagnata dalla c.d. Dottrina della Scoperta. Fondata su una serie di Bolle papali a partire dal 1400, la Dottrina della Scoperta è stato un concetto giuridico e religioso utilizzato per secoli per giustificare la conquista coloniale cristiana. Basandosi sulla presunta superiorità dei popoli, della cultura e della religione europei, essa veniva utilizzata quale strumento per legittimare l'invasione e la sottomissione di terre, popoli e nazioni non cristiane, l'imposizione loro del cristianesimo e la rivendicazione delle loro risorse. Con riferimento alla Dottrina della Scoperta e al suo sviluppo nel contesto canadese cfr., ad esempio, Reid J., *The Doctrine of Discovery in Canadian Law*, in *The Canadian Journal of Native Studies*, vol. 30, 2/2010, 335-359.

⁸⁸⁵ Macklem P., *The form and...* op. cit., 325-326.

⁸⁸⁶ Il riferimento è, ad esempio, al [Gradual Civilization Act](#), approvato nel 1857 al fine di promuovere l'assimilazione dei popoli indigeni con riguardo agli usi economici e sociali della società colonizzatrice europea, o al [Gradual Enfranchisement Act](#) del 1869, relativo al controllo, alla regolamentazione e all'assimilazione della *First Nations*.

⁸⁸⁷ Per un'analisi evolutiva dell'*Indian Act* cfr. [The Indian Act, Indigenous Foundations, University of British Columbia](#); [Indian Act](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 23 settembre 2022.

In merito al primo, esso prevedeva, ad esempio, il divieto di celebrare cerimonie religiose o di organizzare incontri di carattere culturale. Nel 1884 il Governo federale ebbe infatti modo di vietare le *potlatches*, rappresentanti i riti cerimoniali più importanti per le comunità autoctone della costa pacifica⁸⁸⁸. Negli anni successivi vennero altresì vietati i festival indigeni, ulteriori cerimonie, nonché le danze, prima solo al di fuori delle riserve indigene, e successivamente in via assoluta.

Con riguardo all'autogoverno dei popoli indigeni, l'*Indian Act* sostituì i c.d. *Hereditary chiefs* – leader individuati per discendenza – con un sistema di *chiefs and councils* che, pur selezionati mediante elezione, dovevano tuttavia rendere conto dinanzi all'allora Dipartimento federale per gli Affari Indiani, con esclusione peraltro delle donne relativamente all'accesso alle cariche elettive sino al 1951. Inoltre, l'*Indian Act* stabilì il divieto per i popoli indigeni di organizzarsi politicamente e di incaricare avvocati al fine di rivendicare i propri diritti con riguardo alle terre da loro occupate.

Prima di muovere l'attenzione sul terzo menzionato campo di intervento dell'*Indian Act*, è bene puntualizzare come dopo la Seconda guerra mondiale alcune modifiche interessarono l'atto legislativo *de quo*, ad esempio rimuovendo il divieto per le comunità autoctone di praticare i loro usi e costumi, consentendo ai loro membri di indossare fuori dal territorio della riserva gli abiti tradizionali senza la necessaria autorizzazione da parte dell'*Indian Agent* – rappresentante del Governo federale all'interno delle riserve indigene⁸⁸⁹ –, nonché autorizzando le comunità autoctone ad accedere all'assistenza legale.

Con riguardo alla disciplina dello status giuridico dei membri delle comunità autoctone, ai sensi dell'*Indian Act*, veniva considerato “Indiano” qualsiasi persona di sesso maschile di sangue indiano (*Indian blood*) considerato appartenente a una determinata banda indigena. Il medesimo status veniva altresì riconosciuto in capo a qualsiasi suo figlio e alla moglie. A questo proposito, lo strumento che faceva della regolazione dello status prevista nell'*Indian Act* un rilevante strumento di assimilazione – anche a seguito della sostituzione del concetto di *Indian blood* con quello di *status through registration* previsto con le modifiche del 1951 e secondo il quale discendere da un membro indigeno non era più elemento di per sé sufficiente per ottenere lo status – era la disciplina del c.d. *enfranchisement* in esso previsto. Si trattava, questo, di un procedimento giuridico che sanciva l'automatica perdita dello status indigeno al verificarsi di determinate ipotesi. Tra esse figuravano, ad esempio, l'aver prestato servizio nelle forze armate canadesi, l'aver conseguito una laurea, o l'esser divenuti ecclesiastici, medici o avvocati, o ancora l'aver trascorso lunghi periodi di tempo lontani dalla riserva di origine.

⁸⁸⁸ Cfr. [Potlatch](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 7 giugno 2024.

⁸⁸⁹ Gli Agenti Indiani furono, come detto, i rappresentanti del Governo canadese all'interno delle riserve delle First Nations a partire dagli anni '30 dell'Ottocento fino agli anni '60 del Novecento. Alle dipendenze dell'allora Dipartimento per gli Affari Indiani, essi erano incaricati di attuare la politica federale in materia di indigeni e amministrare coloro i quali il Governo federale qualificava come *Indians* all'interno dei loro rispettivi distretti. Cfr. [Indian Agents in Canada](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 25 ottobre 2018.

Simili previsioni avevano poi una ricaduta ancor più rilevante per le donne indigene, il cui status – assieme a quello dei figli – dipendeva completamente dal soggetto che sposavano. L'affrancamento di un uomo precedentemente titolare dello status indigeno si riverberava, infatti, automaticamente anche sulla moglie e sui figli. Inoltre, qualora una donna provvista di status avesse sposato un soggetto non qualificabile come *Indian*, si prevedeva per quest'ultima la perdita dello status e dei diritti a esso connessi⁸⁹⁰.

Giunti a questo punto, e prescindendo dalle modifiche che dell'*Indian Act* sono successivamente intervenute al fine di renderlo quanto più possibile compatibile con il mutato quadro costituzionale e internazionale⁸⁹¹ – posto l'obiettivo oggi espressamente dichiarato da parte del Governo canadese di abrogarlo in quanto chiaro retaggio di un passato coloniale da ripudiare⁸⁹² –, preme ora soffermarsi, nel percorso ricostruttivo qui in atto, sull'elemento che dell'atto legislativo *de quo* più ha rappresentato l'intento assimilazionista: il riferimento è alla piena istituzionalizzazione, realizzatasi sotto la sua egida, a partire dal 1920 del citato sistema delle *residential schools*.

Se infatti già a partire dagli anni '80 dell'Ottocento, in concomitanza con altre politiche federali di assimilazione, il Governo aveva iniziato a istituire e finanziare scuole residenziali affidate alla gestione clericale in tutto il Canada, conducendo sovente i bambini delle First Nations in istituti scolastici lontani dalle loro comunità di origine nell'ambito di una strategia volta ad allontanarli dal loro ambiente familiare, un emendamento all'*Indian Act* nel 1920 rese definitivamente obbligatorio per ogni bambino titolare dello status indiano la frequenza di una scuola residenziale⁸⁹³.

Se però, come si è detto in precedenza, la parentesi storica delle *residential schools* rappresenta oggi un passato la cui commemorazione interessa l'intera popolazione canadese a ogni latitudine, lo si deve altresì alla già citata circostanza che ha visto il sistema di istruzione forzata *de quo* venire progressivamente esteso dal Governo federale altresì ai

⁸⁹⁰ La perdita dello status significava per la donna perdere i benefici derivanti dal trattato in essere, i benefici legati alla tutela della salute, la possibilità di continuare a vivere nella riserva nonché di ereditare i beni della sua famiglia ed essere sepolta nella riserva.

⁸⁹¹ Particolarmente significative risultarono, ad esempio, le modifiche introdotte dal Bill C-31 nel 1985 al fine di superare la discriminazione di genere sottese all'*Indian Act*. Utile è, a questo proposito, rammentare come, accanto all'adozione della Carta dei diritti nel 1982, un ulteriore fattore che contribuì all'introduzione delle modifiche all'*Indian Act* fu altresì la decisione del 1984 con la quale il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite si pronunciò a favore di Sandra Lovelace – che nel 1970 aveva perso il suo status di indiana per aver sposato un bianco – ritenendo come la sezione 12(1)(b) dell'*Indian Act* («una donna che ha sposato una persona che non è indiana... [non ha] diritto a essere registrata») contravenisse agli obblighi del Canada ai sensi dell'art. 27 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici («Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, alle persone appartenenti a tali minoranze non sarà negato il diritto, in comunità con gli altri membri del loro gruppo, di godere della propria cultura, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua»). Cfr. [Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 83 \(1984\)](#). Per una lettura critica delle modifiche intervenute nel 1985, come foriere di ulteriori discriminazioni, cfr. Cannon M., *Revisiting Histories of Legal Assimilation, Racialized Injustice and the Future of Indian Status in Canada*, in White J.P., Wingert S., Beavon D., Maxim P. (a cura di), *Aboriginal Policy Research, Moving Forward, Making a Difference*, Toronto, 2007, 35-48.

⁸⁹² Cfr. [The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act - Action Plan](#), spec. 30, 52.

⁸⁹³ [1920-1927 Indian Act Becomes More Restrictive](#). Cfr. altresì Davin N.F., [Report on Industrial Schools for Indians and Half-Breeds](#), Ottawa 14 marzo 1879.

danni dei bambini appartenenti ai popoli Métis e Inuit.

E dunque, lungo un arco temporale di circa 150 anni – se si considera la chiusura dell’ultima scuola residenziale nel 1996 –, edificato per il fine ultimo di – per usare un’espressione tristemente nota – «*kill the indian in the child*»⁸⁹⁴, il sistema delle *residential schools* si basava sull’isolamento dei bambini indigeni dalle loro famiglie, portando questi ultimi così a scindere ogni legame con la loro lingua, la loro cultura e la loro religione⁸⁹⁵.

1) Il cronico sottofinanziamento, la malagestione e la presenza di personale non qualificato determinanti scarsi livelli di istruzione e malnutrizione per almeno 150.000 bambini indigeni⁸⁹⁶; 2) un numero solo approssimativo – e molto probabilmente inferiore al dato reale viste le operazioni governative di occultamento delle prove⁸⁹⁷ – pari a 6000 vittime⁸⁹⁸; 3) la sepoltura dei corpi all’interno dei siti scolastici e spesso in tombe anonime senza che venissero informate le famiglie o che venissero loro restituiti questi ultimi⁸⁹⁹; 4) abusi di carattere fisico, sessuale e psicologico uniti a lavori forzati e studi medici non autorizzati: sono questi gli elementi di uno strumento di assimilazione che ha determinato danni e traumi di carattere intergenerazionale, dividendo intere famiglie e comunità, e causando a migliaia di indigeni limitate opportunità di lavoro, dipendenze, disturbi psicologici, lesioni fisiche e deformità, nonché disfunzioni sessuali oggi ancora tangibili⁹⁰⁰.

Sono dunque queste le ragioni che inducono qui a considerare, come detto, l’esperienza delle *residential schools* come l’apice dell’atteggiamento assimilazionista, predatorio e discriminatorio mostrato dalle autorità canadesi nei confronti dei popoli indigeni. Un atteggiamento agli antipodi rispetto a quei trattati di pace e amicizia inizialmente utilizzati dai colonizzatori europei all’arrivo nel Paese nordamericano per la regolazione dei loro rapporti con le comunità autoctone ivi *ab immemorabili* insediate.

3. La svolta costituzionale del 1982: un nuovo *pactum societatis* dai contenuti incerti

Se sino ad ora si è guardato alle relazioni tra *Aboriginal* e *non-Aboriginal peoples* dalla prospettiva delle autorità statali, sottolineando l’approccio progressivamente assimilazionista e predatorio adottato da queste ultime nei confronti dei primi, mutare il

⁸⁹⁴ L’espressione è stata attribuita allo scrittore canadese Duncan Campbell Scott ma alcuni critici ritengono originasse dal gergo militaresco statunitense. A prescindere dalla sua origine, tale frase ben enuclea la volontà di eradicare l’indigenità dai bambini per renderli adulti “civilizzati”.

⁸⁹⁵ Mahoney K., *Indigenous laws and human rights uprisings*, in *Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. XXI, 2/2020, 110-111; Nagy R.L., *The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission*, in *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 7, 1/2013, 55-59.

⁸⁹⁶ Cfr. Milloy J.S., *A National Crime: The Canadian Government and the Residential School System, 1879 to 1986*, Winnipeg, 1999; Miller J.R., *Shingwauk’s Vision: A History of Native Residential Schools*, Toronto, 1996.

⁸⁹⁷ Tra il 1936 e il 1944 circa 200.000 documenti del Dipartimento per gli Affari Indiani vennero distrutti. Cfr. *Honouring the Truth...* op. cit., 90.

⁸⁹⁸ [Residential Schools in Canada](#), in *The Canadian Encyclopedia*, ultima modifica 11 gennaio 2024.

⁸⁹⁹ [Dr. Peter Henderson Bryce: A Story of Courage](#), First Nations Child and Family Caring Society of Canada, 2016.

⁹⁰⁰ Mahoney K., *How Indigenous Legal Principles Informed the Largest Settlement in Canadian Legal History*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 69, 2019, 199-201.

punto di osservazione consente qui di evidenziare come, nonostante le discriminazioni subite, i popoli indigeni canadesi non abbiano mai abbandonato la difesa della propria identità.

A questo proposito, volendo proseguire la ricostruzione storico-istituzionale in atto mediante questa differente lente di osservazione, è utile rammentare come negli anni '70 del Novecento due momenti abbiano contribuito a dare vigore alle rivendicazioni identitarie delle comunità autoctone.

Il primo di essi attiene all'opposizione, rivelatasi poi fruttuosa, da parte degli Aborigeni e delle loro associazioni al *White Paper* introdotto dal Governo Trudeau nel 1969⁹⁰¹. Partendo dalla constatazione del fallimento delle politiche messe in atto dalle autorità federali nei confronti degli indigeni in quanto foriere di dipendenza e subalternità dei secondi rispetto alle prime, il disegno governativo si proponeva, in un'ottica liberale, di abrogare la distinzione tra Indigeni e non, così da favorire la piena integrazione – e assimilazione – dei membri delle comunità autoctone, intesi come singoli, all'interno della *mainstream society* di origine europea.

La ferma risposta delle comunità autoctone non si fece attendere: il 4 giugno 1970 venne infatti presentato al Governo federale il c.d. *Citizen Plus* (o *Red Paper*)⁹⁰², ove si sottolineava come la subalternità degli “Indiani” non fosse legata al loro status distinto, quanto all'approccio paternalistico federale che, non rispettando i loro diritti sanciti nei trattati e frustrando le loro aspirazioni all'autogoverno, ne aveva deresponsabilizzato le condotte⁹⁰³. Le pesanti critiche mosse dai popoli autoctoni portarono, dunque, Trudeau a rinunciare al progetto di integrazione, rafforzando contemporaneamente la consapevolezza dei primi relativamente alla titolarità in capo a loro stessi di diritti di carattere collettivo.

Consapevolezza rafforzata – venendo al secondo dei momenti utili da rammentare – da quanto sancito dalla Corte Suprema nel 1973 nella nota sentenza *Calder*⁹⁰⁴, ove sei giudici su sette, pur non pronunciandosi a favore del ricorrente Frank Calder – fondatore e presidente del *Nisga'a Tribal Council* –, ebbero modo di affermare come i diritti dei popoli indigeni fossero specifici e non derivassero da una concessione della Corona o in virtù di un riconoscimento di tipo legale o, ancora, perché stabiliti in un trattato. Essi, infatti, originavano dalla circostanza che aveva visto in passato gli indigeni essere stati popoli sovrani su quel territorio: in questo senso, il loro possesso delle terre al momento dell'arrivo dei colonizzatori europei costituiva, secondo il supremo consesso, la prova dell'*Aboriginal title* in capo a questi ultimi⁹⁰⁵.

A questo punto, il passo indietro di Trudeau a seguito del *Citizen Plus*, da un lato, e il certo

⁹⁰¹ [The White Paper, 1969.](#)

⁹⁰² [Foundational Document - Citizens Plus.](#)

⁹⁰³ Ceccherini E., *Un antico dilemma...* op. cit., 73-75.

⁹⁰⁴ [Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia, \[1973\] S.C.R. 313.](#)

⁹⁰⁵ Per un commento alla sentenza cfr. Macklem P., *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, 2001, 268 ss; Dickason O.P., *Reclaiming Stolen Land*, in Bird J., Land L., Macadam M. (a cura di), *Nation to Nation...* op. cit., 35 ss.

favor mostrato dalla Corte Suprema nei confronti dell'identità autoctona nella sentenza *Calder*, dall'altro, aprirono la strada al coinvolgimento anche degli indigeni nel processo di edificazione del nuovo patto costituzionale canadese del 1982, riconoscendo loro il ruolo di popoli fondatori al pari degli anglofoni e dei francofoni⁹⁰⁶. Un coinvolgimento effettivamente verificatosi mediante intense consultazioni, le quali condussero alla costituzionalizzazione dei loro diritti tramite l'approvazione delle secs. 25 e 35 all'interno del *Constitution Act, 1982*⁹⁰⁷.

Ai sensi della sec. 25 della Carta dei diritti viene, infatti, sancito che «*The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including:*

a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

b) any rights or freedoms that now exist by way of land claim agreements or may be so acquired».

La sec. 35 prevede, invece, che «*The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed*» con la precisazione secondo la quale «*In this Act, aboriginal peoples of Canada includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada*».

Se a ciò si somma la successiva previsione – a seguito della conferenza costituzionale tenutasi nel 1983 e alla quale presero parte sia i *Premiers* federale e provinciali sia i rappresentanti delle comunità autoctone⁹⁰⁸ – all'interno della sec. 35.1 del *Constitution Act, 1982* della necessaria partecipazione dei rappresentanti dei popoli indigeni qualora un progetto di riforma costituzionale comporti la modifica della sec. 91 (24) del *Constitution Act, 1867* o delle secs. 25 e 35 appena citate, risulta evidente come l'avvenuta *Patriation* ridisegnasse il quadro dei rapporti tra *Aboriginal e non-Aboriginal peoples* secondo un modello di reciproco riconoscimento e collaborazione, inequivocabilmente lontano dalla logica assimilazionista e discriminatoria del passato.

Veniva, infatti, riconosciuto valore costituzionale sia agli *existing rights*, per tali intendendosi i diritti già appartenenti alle comunità autoctone prima dell'insediamento europeo ed ancora riconosciuti a seguito della realizzatasi *Patriation*, sia ai *treaty rights*, nel cui novero rientravano, invece, i diritti espressi e riconosciuti nei trattati stipulati dalle autorità federali e provinciali con i popoli indigeni.

E tuttavia, se nel titolo di questo paragrafo si è fatto riferimento, con riguardo alla svolta

⁹⁰⁶ Russell P.H., *Constitutional Odyssey. Can...* op. cit., 94; Rolla G., *I caratteri di...* op. cit., 1 ss; Erasmus G., Sanders J., *Canadian History: An Aboriginal Perspective*, in Bird J., Land L., Macadam M. (a cura di), *Nation to Nation...* op. cit., 9 ss.

⁹⁰⁷ Sulla codificazione dei diritti dei popoli autoctoni nel *Constitution Act, 1982* cfr. Ceccherini E., *Il processo di adozione...* op. cit., 24-27.

⁹⁰⁸ Zlotkin N.K., *Unfinished business: aboriginal peoples and the 1983 Constitutional Conference*, Kingston, 1983.

costituzionale *de qua*, a una “incertezza contenutistica”, lo si deve alla circostanza per la quale il neo-introdotto disposto costituzionale trovava i diversi attori istituzionali non concordi in sede di attribuzione ad esso di una precisa portata: il fallimento, in particolare, delle conferenze costituzionali a tal fine predisposte tra il 1984 e il 1987 tra le autorità federali e provinciali e i rappresentanti indigeni⁹⁰⁹, nonché, successivamente, la mancata approvazione in particolare degli accordi di Charlottetown che sul tema dei diritti degli autoctoni si proponevano di fornire un contributo chiarificatore e integrativo⁹¹⁰, consegnavano, infatti, un quadro di grande fumosità e incertezza definitoria, determinato dal grande divario interpretativo tra indigeni e non indigeni in particolare attorno alla sec. 35 del *Constitution Act*.

4. Il contributo del formante giurisprudenziale

A fronte, dunque, della riscontrata incapacità a livello politico-istituzionale nel chiarire l'esatta portata e gli specifici contenuti della sec. *de qua*⁹¹¹, l'istituzione che per prima ha contribuito a edificare un nuovo quadro di relazioni tra la Corona e i popoli indigeni, alla luce degli avvicendamenti costituzionali occorsi, è stata la Corte Suprema, la quale, sin dalle sue prime pronunce, ha chiarito come il potere delle autorità federali con riguardo ai popoli aborigeni ai sensi della sec. 91(24) del *Constitution Act, 1867* dovesse essere esercitato seguendo un paradigma che valorizzasse un rapporto fiduciario con questi ultimi, garantendo

⁹⁰⁹ Mentre i rappresentanti indigeni chiedevano che venisse riconosciuto in Costituzione ai popoli indigeni il diritto intrinseco all'autogoverno, il Governo federale e cinque province, pur esprimendo la volontà di riconoscere tale diritto in linea di principio, si opponevano alla possibilità che quest'ultimo potesse farsi valere direttamente in via giurisdizionale, sostenendo come il riconoscimento di un terzo ordine di governo avrebbe richiesto l'istituzione dell'autogoverno attraverso negoziati. In ogni caso, il consenso di cinque province era insufficiente e i negoziati fallirono. Cfr. Sanders D., [Canada: the First Minister's Conferences on Aboriginal Rights](#), in *Aboriginal Law Bulletin*, vol. 1, 27/1987.

⁹¹⁰ Gli accordi di Charlottetown prevedevano il riconoscimento del diritto intrinseco all'autogoverno dei popoli indigeni e il rafforzamento delle procedure per la negoziazione dei trattati. Venne discussa l'introduzione di un ulteriore comma alla sec. 35 secondo cui «è previsto che l'esercizio del diritto identificato al comma 1 comporti segnatamente il potere, per i corpi legislativi debitamente costituiti da parte dei popoli autoctoni ciascuno nel loro ambito di competenze: a) di preservare e di sviluppare le loro lingue, culture, economie, identità, istituzioni e tradizioni; b) di sviluppare, mantenere e rafforzare i loro legami con le loro terre, le loro acque e il loro ambiente, affinché tali popoli possano dirigere e governare il loro sviluppo in quanto tali, conformemente ai loro valori e alle loro gerarchie di priorità, e assicurare l'integrità della loro società» (testo presente in Otis G., *Le libertà*, in Aa. Vv., *L'ordinamento costituzionale del...* op. cit., 229 ss.). Inoltre, si prevedeva una disposizione in base alla quale il potere giudiziario dovesse interpretare il *Constitution Act* considerando la circostanza per la quale le comunità autoctone dovessero preservare le loro culture e che costituissero uno dei tre livelli di governo. Infine, si disponeva che, ferma la libertà di circolazione e stabilimento, il livello istituzionale aborigeno avrebbe potuto adottare norme finalizzate a proteggere e a promuovere le lingue e le culture autoctone. Cfr. Ceccherini E., *Un antico dilemma...* op. cit., 70-71.

⁹¹¹ Incapacità che fu altresì foriera di episodi di violenza. Si pensi, ad esempio alla *Kanesatake Resistance*, altresì nota come Oka Crisis, caratterizzata dallo scontro durato 78 giorni (dall'11 luglio al 26 settembre 1990) tra manifestanti appartenenti al popolo *Kanyen'kehà:ka* (Mohawk), da un lato, e la polizia del Québec, la *Royal Canadian Mounted Police* e, infine, l'esercito canadese, dall'altro. Lo scontro armato originò dalla proposta di espansione di un campo da golf e dallo sviluppo di case a schiera nei pressi di *Kanesatake*, luogo di insediamento dei Mohawk comprendente un loro campo di sepoltura. Per un'analisi approfondita dell'Oka Crisis cfr., ad esempio, Lackenbauer P.W., *Carrying the Burden of Peace: The Mohawks, the Canadian forces, and the Oka Crisis*, in *Journal of Military and Strategic Studies*, vol. 10, 2/2008, 1 ss.

così la più ampia tutela possibile dei loro interessi⁹¹².

Può giovare, a questo proposito, menzionare la sentenza *R. v. Sparrow* del 1990⁹¹³ ove la Corte, in questa nuova ottica fiduciaria, elaborava un test atto a individuare, da un lato, le ipotesi nelle quali le condotte delle autorità si attestassero come lesive di un diritto indigeno, e dall'altro, gli elementi utili a giustificare le suddette violazioni dalle condotte medesime determinate⁹¹⁴. Anche la sentenza *R. v. Van Peet* del 1996 – ma si consideri altresì la pronuncia *Delgamuukw v. British Columbia* del 1997⁹¹⁵ – segnava un ulteriore passo nel segno della riconciliazione delle posizioni della Corona e dei popoli indigeni, in particolare chiarendo come lo scopo della sec. 35 fosse quello di conciliare la sovranità canadese con il «semplice fatto» che «quando gli europei arrivarono in Nord America, le popolazioni aborigene erano già qui, vivevano in comunità distinte sulla terra e partecipavano a culture distinte, come avevano fatto per secoli»⁹¹⁶.

Lo strumento tramite il quale, tuttavia, la Corte Suprema ha maggiormente contribuito alla rideclinazione dei rapporti tra *Aboriginal* e *non-Aboriginal peoples* secondo un paradigma quanto più distante da logiche di carattere avversariale è stato quello della c.d. *duty to consult doctrine*.

Nata e sviluppata con l'intento di invertire la tradizionale noncuranza delle autorità federali e provinciali/territoriali circa gli effetti delle loro azioni o decisioni sulle comunità indigene e, pertanto, come risposta allo squilibrio di potere tra tali autorità e le comunità autoctone⁹¹⁷, il dovere di consultazione e, se del caso, accomodamento dei popoli indigeni richiede oggi che la Corona dialoghi con i popoli indigeni e, se possibile, soddisfi le loro istanze qualora contempli di porre in essere azioni in grado, eventualmente, di avere un impatto negativo o, più in generale, di incidere sui loro diritti ancestrali o derivanti dai trattati.

Una simile definizione è, tuttavia, il frutto di un lungo percorso che ha visto la Corte impegnata in un serrato sforzo di chiarificazione contenutistica attorno alla reale portata di una norma procedurale aperta, come tale composta da elementi specifici determinati a seconda dei singoli casi concreti⁹¹⁸.

A questo proposito, il primo riferimento al dovere di consultazione in capo alle autorità pubbliche nei confronti dei popoli indigeni è stato previsto dalla Corte nella già citata

⁹¹² Kelly J.B., Murphy M., *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*, in *Publius: The Journal of Federalism*, 2/2005, 222-225.

⁹¹³ *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

⁹¹⁴ Gli elementi di giustificazione venivano dalla Corte individuati 1) nella previa consultazione del gruppo indigeno interessato dalla misura controversa, 2) nella presenza di un obiettivo legislativo valido; 3) nella coerenza della misura con il principio dell'honour of the Crown e con l'attribuzione di un'adeguata priorità all'interesse indigeno; 4) nel perseguimento del minor grado di violazione possibile nell'ottenimento del risultato desiderato; 5) nella previsione di un equo compenso in caso di esproprio. Pp. 1113-1119

⁹¹⁵ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. La sentenza *de qua* si segnala, in particolare, per aver visto la Corte Suprema del Canada riconoscere come l'*Aboriginal title* costituisse un diritto ancestrale protetto dalla sec. 35(1) del *Constitution Act*.

⁹¹⁶ *R. v. Van der Peet* [1996] 2 SCR 507, par. 30.

⁹¹⁷ Newman D.G., *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, 2014, 15.

⁹¹⁸ Lavoie M., *Assessing the Duty to Consult*, Vancouver, 2019, I, 5.

sentenza *Sparrow*, figurando, in particolare, tra gli elementi utili a giustificare la violazione dei diritti previsti ex sec. 35(1).

Ove, tuttavia, esso ha trovato una piena ed autonoma concettualizzazione, anche in termini di legittimazione teorica, quale strumento atto ad apprestare una tutela alle rivendicazioni delle comunità autoctone è stato nella sentenza *Haida Nation v. British Columbia* del 2004⁹¹⁹. In tale sentenza, infatti, la Corte, ponendo fine a una vicenda giudiziaria iniziata nel 2000 e avente ad oggetto l'opposizione delle comunità indigene locali alla decisione del Governo della British Columbia a favore del taglio dei boschi per assicurare l'espansione dei terreni agricoli in un'area da tali comunità tradizionalmente abitata, ha affermato come la Corona avesse il dovere di consultare i popoli indigeni qualora intendesse operare incidendo in modo potenzialmente negativo sui loro diritti o sui loro titoli, anche se meramente invocati e non ancora definiti tramite negoziato o confermati dai tribunali amministrativi⁹²⁰. Il fondamento teorico-costituzionale cui la Corte ha ricondotto tale dovere è stato quello dell'*honour of the Crown*⁹²¹ e, più in generale, della *Reconciliation*: in un'ottica di deflazione del contenzioso giurisdizionale in favore, invece, di soluzioni di natura negoziale⁹²², i supremi giudici hanno infatti annoverato il dovere di consultazione tra le possibili manifestazioni del più generale dovere di agire secondo buona fede e con onore in tutti i suoi rapporti con i popoli indigeni stessi, sui loro territori e sulle risorse da loro precedentemente controllate⁹²³.

Se sono dunque queste le coordinate teoriche – così come indicate dalla Corte in *Haida Nation* – del dovere di consultazione, è bene ora ricostruirne, con l'ausilio della giurisprudenza succedutasi in materia, i tratti, al fine di evidenziare tanto i pregi quanto i limiti del contributo offerto dal formante giurisprudenziale all'attuazione del disposto costituzionale in tema di tutela dell'indigenità.

In questo senso, è innanzitutto importante chiarire in presenza di quali elementi si attivi il dovere di consultazione. A questo proposito, in base alla sentenza *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council* del 2010, tale dovere si ingenera qualora 1) la Corona abbia conoscenza, effettiva o presunta, di una potenziale rivendicazione o di un diritto aborigeno, 2) sia contemplata una condotta da parte della Corona, 3) vi sia la possibilità che tale

⁹¹⁹ [Haida Nation v. British Columbia \(Minister of Forests\)](#), [2004] 3 S.C.R. 511.

⁹²⁰ Nel par. 33 la Corte precisava come limitare il dovere di consultazione alla «*post-proof sphere*» poteva limitare l'obiettivo della riconciliazione, ad esempio mettendo a rischio i territori tradizionali in attesa della risoluzione di un reclamo. Nella sentenza *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* del 2005 la Corte affermava inoltre come il dovere di consultazione si applicasse anche con riguardo alle decisioni in grado di incidere potenzialmente sui diritti desumibili dai trattati, anche se queste decisioni non costituissero una violazione effettiva dei diritti desumibili dai trattati. Cfr. [Mikisew Cree First Nation v. Canada \(Minister of Canadian Heritage\)](#), par. 59-69.

⁹²¹ Par. 16: «*The government's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown. The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples: see for example R. v. Badger, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; R. v. Marshall, [1999] 3 S.C.R. 456. It is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices*».

⁹²² Par. 51.

⁹²³ Par. 32.

condotta contemplata influisca negativamente su una rivendicazione o un diritto aborigeno⁹²⁴. Al di là della natura più o meno concreta o astratta delle decisioni delle autorità pubbliche qualificabili come “condotta della Corona”, ciò che emerge è un certo grado di difficoltà nel definire se una specifica condotta o comportamento sia in grado di far insorgere il dovere di consultazione, soprattutto se l’attività effettivamente verificatasi su un territorio di una comunità autoctona sia stata preceduta da una serie di decisioni ad essa funzionalmente prodromiche⁹²⁵. In merito, poi, al quesito secondo cui il *duty to consult* possa o meno attivarsi anche in relazione all’agire del potere legislativo, nella sentenza *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)* del 2018, la Corte ha chiarito come il dovere di consultazione dei popoli indigeni non possa trovare applicazione nel procedimento di approvazione delle leggi, poiché altrimenti si verificherebbe un’ingerenza del potere giudiziario nelle attività parlamentari, come tale non compatibile con i principi costituzionali della separazione dei poteri e della sovranità parlamentare⁹²⁶. L’inapplicabilità del dovere di consultazione nell’ambito del *law-making process* non esclude, tuttavia, che, qualora la legislazione derivante da tale procedimento sia lesiva di un diritto indigeno ancestrale o derivato dai trattati, essa risulti inidonea a costituire legittimo fondamento per qualsiasi atto normativo di esecuzione, fermo restando anche qui il superamento del già citato *Sparrow test*⁹²⁷.

Ricostruiti gli elementi ritenuti idonei, dunque, a ingenerare il *duty to consult*, è bene verificare in cosa quest’ultimo si concreti effettivamente. A questo proposito, si deve, ancora una volta, alla pronuncia *Haida Nation* il merito di aver provato a fornire alcune coordinate definitorie in merito a un concetto dai tratti contenutistici fortemente influenzati dagli specifici contesti di applicazione. In base alla pronuncia in parola, il dovere di consultazione si traduce in uno spettro di azioni che la Corona deve compiere tenendo conto di due variabili indipendenti: 1) la forza della rivendicazione del titolo o del diritto aborigeno e 2) la gravità degli effetti potenzialmente negativi sul titolo o sul diritto aborigeno invocato.

Di conseguenza, in presenza di una debole rivendicazione del titolo o di un diritto limitato e di una possibilità di violazione minima, il *duty to consult* si declina come un mero dovere di dare comunicazione, divulgare informazioni e discutere eventuali questioni sollevate in risposta alla comunicazione; viceversa, dinanzi a un’accertata fondatezza *prima facie* del reclamo, al grande peso attribuito al diritto da parte del popolo indigeno interessato e all’elevato rischio di un nocumento non risarcibile o compensabile, si rende necessaria una consultazione più approfondita che preveda, da un lato, la possibilità per il popolo indigeno di presentare osservazioni e di partecipare come parte formale al processo decisionale, e

⁹²⁴ Cfr. [Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council](#), [2010] 2 S.C.R. 650, 2010 SCC 43 par. 31.

⁹²⁵ Banks N., *The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 11, 2020, 258-259.

⁹²⁶ [Mikisew Cree First Nation v. Canada \(Governor General in Council\)](#), [2018] 2 S.C.R. 765, parr. 35-36.

⁹²⁷ *Ibidem* parr. 48, 152, 154, 156. In tale pronuncia, nell’ambito dello *Sparrow test* il *duty to consult* ha trovato maggiore valorizzazione.

dall'altro, la presentazione da parte delle autorità canadesi di motivazioni scritte volte a dimostrare l'avvenuta considerazione e presa in esame delle istanze autoctone⁹²⁸. Sebbene il *duty to consult* possa in alcuni casi, come chiarito nella sentenza *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.* del 2017, specificarsi ed estendersi sino a prevedere che le autorità, da un lato, finanzino l'effettiva partecipazione degli indigeni al processo decisionale e, dall'altro, garantiscano risposte adeguate alle istanze di questi ultimi⁹²⁹, esso non si traduce mai nell'imporre alla Corona il perseguimento di un risultato specifico o di un inafferrabile livello di perfezione: purché le consultazioni siano condotte in buona fede e con il massimo sforzo da parte delle autorità⁹³⁰, il dovere può infatti considerarsi da queste ultime rispettato.

In questo senso, il *duty to consult* non comporta il riconoscimento di un potere di veto in capo ai popoli indigeni sui progetti potenzialmente incidenti sui loro territori e sui loro diritti⁹³¹, rendendosi necessario il loro consenso limitatamente alle ipotesi nelle quali sul quel determinato territorio sia stato precedentemente riconosciuto un titolo aborigeno come riconosciuto nel caso *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* del 2014⁹³², e ferma restando anche qui la possibilità per la Corona, in caso di mancato ottenimento del necessario consenso, di superare tale *empasse* giustificando la violazione secondo quanto previsto dallo *Sparrow test*.

Il terzo aspetto che va, a questo punto, chiarito è quali siano effettivamente le parti coinvolte nel *duty to consult*. A tal riguardo, se, da un lato, risulta agevole sottolineare come il dovere di consultazione veda come destinatario l'intero gruppo indigeno e come, sulla base di quanto affermato dalla Corte Suprema nella sentenza *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation* del 2010, il singolo componente del gruppo, preso individualmente, non possa legittimamente considerarsi parte necessaria e imprescindibile delle consultazioni⁹³³, dall'altro lato, il generico riferimento alla Corona, come soggetto cui spetta tale dovere, necessita di maggiore approfondimento. A questo proposito, è bene ricordare come nell'ordinamento canadese siano l'Esecutivo federale e gli Esecutivi provinciali a rappresentare la Corona. Tuttavia, tali soggetti istituzionali, nei progetti che richiedono l'adempimento del dovere di consultazione, si affidano molto spesso all'operato dei singoli

⁹²⁸ Cfr. *Haida Nation*, parr. 43, 44.

⁹²⁹ Cfr. *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1069.

⁹³⁰ Cfr. *Delgamuukw v. British Columbia*, par. 168; *Haida Nation*, par. 62.

⁹³¹ Cfr. *Haida Nation*, par. 48; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1099, par. 59; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, [2017] 2 S.C.R. 386, parr. 80, 83.

⁹³² Cfr. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256, par. 76. Inoltre, nella pronuncia *Delgamuukw v. British Columbia* la Corte ha affermato come fosse necessario il pieno consenso della comunità indigena anche qualora le autorità provinciali emanassero regolamenti di caccia e pesca in relazione alle terre aborigene. Cfr. *Delgamuukw v. British Columbia*, par. 168.

⁹³³ Sebbene il gruppo indigeno possa designare un individuo come suo rappresentante all'interno delle consultazioni, questo generalmente non comporta che il singolo sia legittimato a essere consultato separatamente rispetto al gruppo cui appartiene. Cfr. *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, par. 35.

dipartimenti o dei singoli ministri o, ancora, delle autorità amministrative indipendenti. In base alla giurisprudenza della Corte Suprema, a queste ultime, a seconda del grado di autorità conferito loro dalle leggi che ne definiscono i poteri e i doveri, la Corona può delegare totalmente o parzialmente l'adempimento del dovere di consultazione ovvero attribuire il potere e la responsabilità di determinare se il dovere stesso sia stato da essa correttamente assolto⁹³⁴. Per quanto concerne, invece, gli operatori economici promotori del progetto, sebbene la Corona possa delegare loro alcuni aspetti di carattere procedurale⁹³⁵, essi vengono, tuttavia, considerati terze parti, restando dunque in capo alle autorità federali o provinciali la responsabilità ultima di adempiere adeguatamente il proprio dovere di consultazione nei confronti dei popoli indigeni interessati dal progetto stesso⁹³⁶.

Richiamate le cause, gli elementi costitutivi e i soggetti del *duty to consult*, restano ancora da analizzare le conseguenze di un'eventuale violazione di tale dovere. Il primo rimedio possibile è, a tal proposito, una dichiarazione giudiziale attestante la violazione da parte della Corona del suo dovere di consultazione, dalla quale deriverebbe il diritto dei popoli indigeni interessati ad ottenere un'ulteriore dichiarazione giudiziale di nullità nei confronti di qualsiasi decisione adottata in violazione del dovere stesso⁹³⁷. Tuttavia, sono previsti ulteriori strumenti rimediali quali, ad esempio, l'emanazione di provvedimenti ingiuntivi, la condanna al risarcimento dei danni, nonché l'ordine per la Corona di effettuare le consultazioni o di impegnarsi in consultazioni più approfondite che possano permettere di colmare le lacune emerse tenendo contemporaneamente vivo il progetto impattante sulla comunità autoctona interessata⁹³⁸.

L'ultimo elemento da approfondire, ai fini di un efficace inquadramento del *duty to consult*, è l'eventuale dovere di soddisfazione delle istanze indigene. Nato come diretto portato dell'adozione del principio di buona fede come canone di conduzione delle consultazioni con i popoli autoctoni, tale dovere, che può concretarsi, ad esempio, nell'introduzione di modifiche relative alla portata, alla conformazione, al luogo nonché alle tempistiche del progetto oggetto di confronto, è anch'esso influenzato significativamente dalle circostanze di ogni singolo caso concreto. Inoltre, la sua insorgenza va considerata come un esito meramente possibile e non automatico⁹³⁹, rilevando a questo proposito la circostanza per la quale gli interessi indigeni, in sede di soddisfazione, debbano comunque essere bilanciati e ponderati, secondo quanto affermato ancora una volta dalla Corte Suprema, con gli altri

⁹³⁴ Cfr. *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, par. 55, 56, 57, 60, 74; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, par. 5; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 1, 22.

⁹³⁵ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 53.

⁹³⁶ Cfr. *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, par. 22.

⁹³⁷ Cfr. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 69.

⁹³⁸ Cfr. *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, par. 37; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, par. 89; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 69.

⁹³⁹ Cfr. *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, par. 66.

interessi della società⁹⁴⁰.

Prescindendo, in questa sede, dalle critiche che pur sono state sollevate in dottrina circa l'idoneità teorica e procedurale della *duty to consult doctrine* nell'assicurare una tutela effettiva delle istanze dei popoli indigeni interessati da progetti e azioni incidenti sui loro territori⁹⁴¹, il dato che sicuramente emerge dalla disamina qui brevemente condotta è il carattere significativamente elastico del dovere di consultazione, il quale, nonostante i richiamati sforzi di sistematizzazione della giurisprudenza costituzionale, sconta, nondimeno, un certo grado di subalternità rispetto ai singoli casi concreti in relazione ai quali si rende necessaria la sua attivazione ed articolazione, attestandosi conseguentemente come strumento sicuramente utile ma parimenti da solo non sufficiente per l'obiettivo di riconciliazione tra Corona e popoli indigeni fissato nel nuovo patto costituzionale del 1982.

5. Il contributo “socialmente indirizzato” e “internazionalmente orientato” del formante legislativo

Quasi contemporaneamente alla piena concettualizzazione da parte della Corte Suprema del *duty to consult* mediante la sentenza *Haida Nation*, nel 2005 si concludeva il più grande accordo nella storia canadese tra i popoli indigeni, da un lato, e il Governo federale e varie entità ecclesiastiche, dall'altro.

L'*Indian Residential Schools Settlement Agreement* (IRSSA)⁹⁴², annunciato nel 2006, costituiva il frutto di un'azione strategicamente condotta a partire già dagli anni '90 dall'*Assembly of First Nations* (AFN) sotto la guida di Phil Fontaine⁹⁴³. Primo rappresentante indigeno a parlare pubblicamente degli abusi subiti all'interno delle *residential schools* già nel 1990 come capo dell'*Assembly of Manitoba Chiefs*, divenuto leader dell'AFN nel 1997, egli riteneva come un'effettiva riparazione e un pieno sollievo dai danni subiti dai popoli indigeni in virtù del sistema delle scuole residenziali passassero non tanto dal ricorso a procedimenti giurisdizionali ordinari, quanto dalla partecipazione attiva alla ricerca e all'adozione di soluzioni di carattere politico.

A questo proposito, come primo passo, l'AFN procedeva a convocare una conferenza internazionale interdisciplinare composta da esperti, sopravvissuti, anziani, rappresentanti del Governo e delle istituzioni ecclesiastiche al fine di discutere i risarcimenti offerti nel piano alternativo di risoluzione delle controversie (ADR) proposto dal Governo medesimo. Seguiva poi una fase in cui l'AFN stabiliva intense relazioni con alti funzionari governativi

⁹⁴⁰ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, par. 50; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, par. 59.

⁹⁴¹ Cfr. Banks N., *The Duty to...op. cit.*, 264-266; Papillon M., Rodon T., *Indigenous Consent and Natural Resource Extraction: Foundations for a Made-in-Canada Approach*, IRPP Insight 16 (July 2017), Montreal, Institute for Research on Public Policy, 218-222, in cui si parla dei limiti che gli *Environmental Impact Assessment Consultations (EIAs)* e gli *Impact and Benefits Agreements (IBAs)* mostrano nell'assolvere il compito loro delegato dalle autorità di attuare il dovere di consultare, soddisfare e, in alcuni casi, ricercare il consenso dei popoli indigeni.

⁹⁴² *The Indian Residential Schools Settlement Agreement* iniziò ad essere attuato nel 2007. Per un'analisi dell'IRSSA, il cui testo è disponibile [qui](#), cfr. Mahoney K., *How Indigenous Legal...op. cit.*, 222-232.

⁹⁴³ [Phil Fontaine's 1990 account of physical and sexual abuse at residential school](#), CBC.

ed ecclesiastici nonché con rappresentanti politici con l'intento di rendere costoro edotti della sua volontà di assurgere a un ruolo centrale e di rilievo nella risoluzione della questione legata alla riparazione dei danni derivanti dal sistema delle scuole residenziali.

Il terzo passaggio vedeva l'AFN pubblicare il *Report on Canada's Dispute Resolution Plan to Compensate for Abuses in Indian Residential Schools*, all'interno del quale venivano evidenziati gli elementi utili a suffragare l'inaccettabilità del piano ADR proposto dal Governo federale⁹⁴⁴. La pubblicazione del citato *Report* apriva successivamente la strada ai negoziati tra il Governo e l'AFN, culminati con il raggiungimento di un accordo politico che impegnava il primo a risolvere la questione sotto la guida dell'AFN.

Infine, l'AFN presentava una *class action* dinanzi alle corti in rappresentanza dei sopravvissuti alle *residential schools*, tenendo tuttavia sempre aperto il canale delle discussioni a livello politico. Si trattava, quest'ultima, di una scelta strategicamente volta a fare leva sull'azione in via giurisdizionale per indurre le parti a negoziare un accordo che vedesse l'AFN investita di un ruolo di centrale rilievo⁹⁴⁵ – esito effettivamente raggiunto mediante la stipula del già citato IRSSA.

La previsione di misure di compensazione finanziaria a livello federale nei confronti dei sopravvissuti⁹⁴⁶, il finanziamento con fondi federali di progetti tesi alla riconciliazione⁹⁴⁷ e alla commemorazione⁹⁴⁸, le scuse ufficiali da parte del Governo e delle entità ecclesiastiche⁹⁴⁹ costituivano tutti fondamentali tasselli del nuovo quadro di riconciliazione disegnato dall'IRSSA.

E tuttavia, quanto in questa sede più interessa porre in luce dell'accordo *de quo* è l'istituzione in esso prevista della *Truth and Reconciliation Commission*, citata nella premessa di questa sottosezione, e attiva in Canada tra il 2008 e il 2015 con lo scopo di «lasciarci alle spalle gli eventi del passato per poter lavorare a un futuro più forte e più sano». Più nello specifico, la TRC veniva istituita per garantire il «riconoscimento delle ingiustizie e dei danni subiti» nelle scuole residenziali dai popoli indigeni, al fine di promuovere un «profondo impegno a stabilire nuove relazioni basate sul riconoscimento e sul rispetto reciproco» tra *Aboriginal* e

⁹⁴⁴ Il Rapporto illustrava in dettaglio come l'approccio del Governo fosse discriminatorio, sessista, poco inclusivo, non curante delle tradizioni giuridiche e culturali indigene basandosi sui principi della responsabilità da atto illecito. Cfr. [Assembly of First Nations Report on Canada's Dispute Resolution Plan to Compensate for Abuses in Indian Residential Schools](#).

⁹⁴⁵ Mahoney K., *How Indigenous Legal...* op. cit., 212-222; Mahoney K., *Indigenous laws and...* op. cit., 111-115.

⁹⁴⁶ Per risarcire economicamente i sopravvissuti venne istituito un fondo multimiliardario composto dal *Common Experience Payment*, dall'*Educational Fund* e dall'*Individual Assessment Fund*.

⁹⁴⁷ L'Accordo prevede l'erogazione di 125 \$ dal Governo federale per progetti relativi alla riconciliazione e per iniziative rivolte alle comunità dei sopravvissuti.

⁹⁴⁸ L'Accordo prevede l'erogazione di 20 \$ milioni per finanziare progetti commemorativi a livello sia nazionale che locale.

⁹⁴⁹ Accanto alle scuse del Governo federale, un anno dopo intervennero quelle della Chiesa Cattolica e successivamente quelle della Chiesa Anglicana del Canada, dei Missionari Oblati di Maria Immacolata, della Chiesa Presbiteriana del Canada e della Chiesa Unita del Canada.

*non-Aboriginal peoples*⁹⁵⁰.

Per raggiungere un simile obiettivo, nel suo mandato sessennale la TRC ha avuto modo di organizzare eventi nazionali e locali per ascoltare e raccogliere le storie dei sopravvissuti e di altri soggetti coinvolti, nonché di istituire un Centro nazionale di ricerca per ospitare gli archivi e i documenti della Commissione e renderli accessibili ai sopravvissuti delle scuole residenziali, alle loro famiglie e alle loro comunità, nonché al pubblico in generale.

E tuttavia, il portato più rilevante dell'attività della TRC è stata la pubblicazione, nell'ottobre del 2015, di un *Final Report* comprensivo dei risultati dei sei anni di audizioni. Al suo interno, l'elemento che può considerarsi maggiormente significativo nell'ottica del cammino istituzionale di riconciliazione del Canada con i popoli indigeni è stata la previsione di 94 *Calls to Action*⁹⁵¹, redatte con lo scopo di indicare quelle azioni istituzionali utili a porre rimedio al retaggio delle *residential schools* e a far progredire il processo di riconciliazione.

Tra queste⁹⁵² può qui essere utile focalizzarsi, in particolare, sulle numero 43 e 44. Entrambe fanno, infatti, richiamo a uno strumento normativo che più di ogni altro ha mostrato di incidere nella rideclinazione – o auspicata tale – in termini collaborativi delle relazioni tra *Aboriginal e non-Aboriginal peoples* in Canada: il riferimento è alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP), menzionata, appunto, dalle due raccomandazioni ove si invitano rispettivamente «le autorità federali, provinciali, territoriali e municipali ad adottare e attuare pienamente la Dichiarazione onusiana come quadro di riferimento per la riconciliazione»⁹⁵³ e «il Governo del Canada a implementare un *Action Plan* nazionale, strategie e altre misure concrete per raggiungere gli obiettivi della Dichiarazione»⁹⁵⁴.

Adottata il 13 settembre 2007 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite mediante risoluzione giuridicamente non vincolante, l'UNDRIP rappresenta ad oggi il più importante strumento internazionale per la tutela dei diritti umani dei popoli indigeni di tutto il mondo. All'esito di un percorso durato più di due decenni, la Dichiarazione *de qua*, consolidando

⁹⁵⁰ Cfr. [Canada, Schedule “N”: Mandate for the Truth and Reconciliation Commission, Indian Residential Schools Settlement Agreement \(May 2006\)](#).

⁹⁵¹ Cfr. [Truth and Reconciliation Commission of Canada: Calls to Action](#).

⁹⁵² Le *Calls to Action* sono state concepite per rimediare alla sistemica discriminazione nei confronti dei popoli indigeni invitando a una riforma dei programmi e delle politiche a ogni livello di governo, così da riparare ai danni e ai pregiudizi ingenerati dal sistema di scuole residenziali. Sono stati indicati interventi nei settori dell'assistenza all'infanzia, dell'istruzione, della lingua e della cultura, della salute e della giustizia. Sono inoltre state incluse raccomandazioni specifiche affinché associazioni professionali forensi e facoltà giuridiche incorporassero nei loro programmi educativi la conoscenza del diritto e della cultura indigeni.

⁹⁵³ 43. «We call upon federal, provincial, territorial, and municipal governments to fully adopt and implement the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples as the framework for reconciliation».

⁹⁵⁴ 44. «We call upon the Government of Canada to develop a national action plan, strategies, and other concrete measures to achieve the goals of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples».

una pluralità di regole già riconosciute nell'ambito della comunità internazionale⁹⁵⁵, ha fissato un ampio raggio di diritti collettivi e individuali per i popoli indigeni con il fine di garantire standard minimi legati alla loro sopravvivenza, dignità e benessere. Nei suoi 46 articoli, preceduti da un preambolo di 24 paragrafi, l'UNDRIP ha, infatti, riconosciuto ad essi diritti legati a ogni aspetto della loro vita quali l'autodeterminazione e l'autogoverno, l'uguaglianza e la non discriminazione, la lingua e la cultura, la religione e la spiritualità, l'uso della terra e delle risorse naturali, l'istruzione, la salute⁹⁵⁶.

A questo proposito, sebbene proprio il Canada si fosse distinto inizialmente tra i Paesi particolarmente contrari all'adozione, prima, e all'attuazione a livello interno, poi, della Dichiarazione onusiana⁹⁵⁷ – in ragione soprattutto del principio del *free, prior and informed consent* (FPIC) in essa previsto quale nuovo paradigma atto, *inter alia*⁹⁵⁸, a guidare gli Stati nella cooperazione e consultazione in buona fede con i popoli indigeni al fine di ottenere il loro consenso «prima di adottare o applicare misure legislative o amministrative che li riguardino»⁹⁵⁹ nonché «prima dell'approvazione di qualsiasi progetto che influisca sulle loro terre o territori e sulle altre risorse»⁹⁶⁰, e come tale avversamente letto come attributivo di un potere di veto in capo ai popoli indigeni⁹⁶¹ –, le istanze provenienti dalle *Call to Actions* 43 e 44 inducevano il neo-insediato Governo Trudeau a superare le renitenze politico-istituzionali della precedente amministrazione federale e ad aprire, in questo modo, a un processo di attuazione a livello interno della Dichiarazione *de qua*.

In questo senso, alle parole della ministra per gli *Indigenous and Northern Affairs* Carolyn Bennett con le quali veniva dichiarato, nel novembre del 2015, l'impegno da parte del Governo a rivedere tutte le leggi, i regolamenti e le politiche federali alla luce della

⁹⁵⁵ Echo-Hawk W.R., *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden, 2013, 39: «The standards in the Declaration do not create new or special rights for indigenous peoples. ... [O]ne purpose of the Declaration is to connect the human rights of indigenous peoples to the larger body of international human rights law and make that body more accountable to the needs and circumstances of indigenous peoples.».

⁹⁵⁶ Il testo completo dell'UNDRIP è disponibile su [UNDRIP](#).

⁹⁵⁷ Il sostegno, con riserva, alla Dichiarazione onusiana da parte delle autorità di Ottawa intervenne infatti solo nel 2010 ([Canada's Statement of Support on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples](#)). Nel 2007 infatti il Canada, assieme a Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda, votò contro l'adozione dell'UNDRIP.

⁹⁵⁸ Il principio del *free, prior and informed consent* è menzionato agli artt. 10, 11, 19, 28, 29 e 32 dell'UNDRIP.

⁹⁵⁹ Art. 19 UNDRIP.

⁹⁶⁰ Art. 32 co.2 UNDRIP.

⁹⁶¹ Sull'ampio dibattito relativo all'interpretazione del *free, prior and informed consent* cfr., *ex multis*, Barelli M., *Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead*, in *Int. J. Hum. Rights*, vol. 16, 1/2012, 1-24; Farget D., Fullum-Lavery M.P., *La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le plan Nord. Perspective juridique interne et internationale*, in *McGill Law Journal*, vol. 59, 3/2014, 596-653; Ward T., *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*, in *Northwest. J. Int. Hum. Rights*, vol. 10, 2/2011, 54-84.; Gilbert J., Doyle C., *A new dawn over the land: shedding light on collective ownership and consent*, in Allen S., Xanthaki A. (a cura di), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2011, 289-322; Hanna P., Vanclay F., *Human rights, Indigenous peoples and the concept of free, prior and informed consent*, in *Impact Assess and Project Appraisal*, vol. 31, 2/2013, 146-157.

Dichiarazione⁹⁶², seguiva, il 10 maggio 2016, in occasione del Forum Permanente per le questioni indigene delle Nazioni Unite⁹⁶³, la dichiarazione sempre da parte della Ministra circa il pieno sostegno e l'impegno del Canada alla piena attuazione dell'UNDRIP⁹⁶⁴.

L'appena richiamato impegno politico da parte del Governo federale, ribadito altresì nel 2017 con la pubblicazione dei *Principles respecting the Government of Canada's relationship with Indigenous peoples*⁹⁶⁵, ha rappresentato la premessa fondamentale per l'azione del legislatore, prima a livello provinciale e poi – in maniera determinante – federale, volta a rendere concretamente operativa l'UNDRIP all'interno dell'ordinamento costituzionale canadese.

In particolare, se già nel 2016 un *private Member's Bill* (Bill C-262) – in seguito decaduto per la fine della 42ª legislatura nel settembre 2019 – era stato introdotto dal deputato Romeo Saganash con l'obiettivo di avviare un processo di collaborazione mediante il quale il Governo federale avrebbe operato insieme ai popoli indigeni per individuare le leggi federali da riformare per soddisfare i requisiti dell'UNDRIP, il 21 giugno del 2021, il Parlamento federale, sulla scia di quanto già avvenuto in British Columbia nel 2019 con l'approvazione del *Declaration on the Rights of Indigenous Act* – primo testo legislativo finalizzato ad attuare gli obiettivi dell'UNDRIP e a facilitare l'adeguamento delle leggi provinciali alla stessa anche mediante la previsione dell'obbligo per il Governo provinciale di predisporre e redigere un *Action Plan* con la collaborazione dei popoli indigeni⁹⁶⁶ –, ha approvato l'*UNDRIP Act*, gettando così le basi all'edificazione di un quadro duraturo atto a promuovere l'attuazione della Dichiarazione onusiana e, di conseguenza, dare linfa al percorso di riconciliazione tra la Corona e i popoli indigeni nel Paese nordamericano.

Un significativo atteggiamento di apertura nei confronti dei popoli autoctoni da parte del Governo federale è emerso, peraltro, già in fase di stesura del relativo progetto di legge. Il

⁹⁶² J. Smith, [Canada will implement UN Declaration on Rights of Indigenous Peoples, Carolyn Bennett says, Toronto Star](#), 12 novembre 2015.

⁹⁶³ Il Forum Permanente per le questioni indigene delle Nazioni Unite (UNPFII) è un organo consultivo del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite istituito nel 2000 con l'obiettivo di affrontare le problematiche dei popoli indigeni relative allo sviluppo economico e sociale, alla cultura, all'ambiente, all'istruzione, alla salute e ai diritti umani.

⁹⁶⁴ [Speech delivered at the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues](#), New York, 10 maggio 2016. Nella dichiarazione la Ministra ha, tuttavia, sottolineato come la piena attuazione dell'UNDRIP dovesse realizzarsi in conformità con il quadro giuridico-costituzionale canadese. In merito, in particolare, al FPIC, la Ministra ha chiarito come tale principio dovesse leggersi coerentemente con le pratiche vigenti in Canada.

⁹⁶⁵ In base in particolare al n. 6 di tali Principi «Il Governo del Canada riconosce che l'impegno significativo con i popoli indigeni mira a garantire il loro consenso libero, preventivo e informato quando il Canada intende intraprendere azioni che abbiano un impatto su di loro e sui loro diritti, comprese le loro terre, territori e risorse». Cfr. [Principles Respecting the Government of Canada's Relationship with Indigenous Peoples](#), 12.

⁹⁶⁶ Il 30 marzo 2022 la British Columbia ha pubblicato il suo *Action Plan* redatto con la collaborazione dei popoli indigeni. Articolato in 89 punti, esso si sviluppa lungo quattro temi: 1) autodeterminazione e diritto intrinseco all'autogoverno dei popoli indigeni; 2) titoli e diritti dei popoli indigeni; 3) porre fine al razzismo e alla discriminazione nei confronti dei popoli indigeni; 4) benessere sociale, culturale ed economico dei popoli indigeni. In esso si prevede altresì che i progressi compiuti in collaborazione con i popoli indigeni siano esaminati su base annuale e resi pubblici in un rapporto annuale redatto in consultazione e collaborazione con i popoli indigeni e presentato all'Assemblea legislativa provinciale entro il 30 giugno di ogni anno. Si prevede altresì l'aggiornamento completo dell'*Action plan* entro cinque anni. Per il testo dell'*Action Plan* cfr. [Declaration on the rights of Indigenous peoples Act Action Plan 2022-2027](#).

Bill C-15, presentato il 3 dicembre 2020 dinanzi alla Camera dei Comuni dal Ministro della Giustizia e Procuratore Generale del Canada con il supporto del Ministro per le relazioni Corona-Indigeni, ha rappresentato, infatti, il risultato di un'intensa serie di colloqui e consultazioni che le autorità federali hanno tenuto con vari attori istituzionali, sociali ed economici.

In particolare, per quanto riguarda il dialogo con i popoli indigeni, numerosi incontri si sono tenuti non solo con i loro principali organi rappresentativi⁹⁶⁷ in merito al progetto di legge oggetto di consultazione, ma altresì con un considerevole numero di altre organizzazioni indigene portatrici di istanze specifiche, al fine di offrire loro l'opportunità di conoscere il progetto oggetto di consultazione e di condividere le loro opinioni sui miglioramenti raccomandati al testo proposto⁹⁶⁸. A tali incontri le autorità federali hanno inoltre affiancato, da un lato, tavole rotonde con gli operatori industriali interessati e, dall'altro, colloqui con le autorità provinciali e territoriali secondo il consueto canone della riservatezza, al fine di fornire chiarimenti sul progetto e recepire le preoccupazioni utili alla discussione dello stesso⁹⁶⁹.

In linea di continuità e in perfetta coerenza con il *modus operandi* dimostrato dalle autorità federali nella fase prodromica alla presentazione del progetto di legge, il testo normativo entrato in vigore il 21 giugno 2021 può oggi definirsi come il passaggio chiave ai fini del definitivo radicamento di un rapporto dialogico e cooperativo tra il Governo canadese e i popoli indigeni.

Nell'ottica del perseguimento di due obiettivi fondamentali quali, da un lato, l'affermazione dell'UNDRIP come strumento internazionale di tutela dei diritti umani utile all'interpretazione ed attuazione del diritto canadese e, dall'altro lato, la costruzione di un quadro giuridico funzionale alla piena attuazione dell'UNDRIP stessa a livello federale⁹⁷⁰, l'*UNDRIP Act* ha, infatti, previsto come il Governo del Canada, 1) nell'adottare tutte le misure necessarie per assicurare che le leggi federali siano conformi alla Dichiarazione⁹⁷¹, 2) nel predisporre ed attuare un *Action Plan* per raggiungere gli obiettivi della Dichiarazione⁹⁷² e 3) nello sviluppare un report annuale sui progressi in tal senso compiuti da sottoporre all'esame del Parlamento⁹⁷³, debba agire sempre in consultazione e cooperazione con i popoli indigeni.

Una così "pluralisticamente proceduralizzata" attuazione dell'UNDRIP a livello federale,

⁹⁶⁷ *Assembly of First Nations (AFN), Métis National Council (MNC), Inuit Tapiriit Kanatami (ITK)*.

⁹⁶⁸ Incontri si sono tenuti, ad esempio, con l'*Indigenous youth* nonché con organizzazioni di donne indigene come la *Native Women's Association of Canada*, *Les Femmes Michif Otipemisiwak/Women of the Métis Nation*, *Pauktuutit Inuit Women of Canada*, *Femmes Autochtones du Québec* e l'*Ontario Native Women's Association*. Discussioni si sono tenute altresì con il *MMIWG Sub-Working Group on 2SLGBTQIA* e l'*Urban Sub-Working Group*.

⁹⁶⁹ Per un'analisi del processo di consultazione prodromico alla presentazione del Bill C-15 cfr. [Bill C-15: What we learned report – Department of Justice](#).

⁹⁷⁰ UNDRIP Act sec. 4.

⁹⁷¹ UNDRIP Act sec. 5.

⁹⁷² UNDRIP sec. 6(1).

⁹⁷³ UNDRIP Act sec. 7(1).

prevista e auspicata in tale atto legislativo, può forse considerarsi l'apice dell'edificazione di un condiviso quadro di riconciliazione lenitivo del passato coloniale, di violenza e di discriminazione razziale vissuto nei secoli precedenti dai popoli autoctoni del Canada⁹⁷⁴. Dimensione procedurale e dimensione sostanziale paiono, in questo senso, trovare nell'*UNDRIP Act* la sede di una reciproca osmosi utile a garantire un'effettiva affermazione e protezione dei diritti dei popoli indigeni.

Con le lenti – e nel solco – di questa reciproca osmosi può peraltro guardarsi altresì all'adozione, recentemente intervenuta, dell'*UNDRIP Act Action Plan*, ultimo tassello del percorso evolutivo dei rapporti tra *Aboriginal e non-Aboriginal peoples* in Canada⁹⁷⁵.

Redatto anch'esso dal Governo federale con la cooperazione e la consultazione dei rappresentanti dei popoli indigeni in un processo bifasico intercorso tra dicembre del 2021 e giugno del 2023⁹⁷⁶, l'*Action Plan* federale promette di realizzare nei prossimi anni, anche in questo caso in cooperazione e consultazione con i popoli indigeni, una serie di misure quanto più distanti dalle logiche paternalistiche e assimilazioniste del passato coloniale, e miranti, invece, lungo diverse aree tematiche, al riconoscimento e all'attuazione del diritto intrinseco dei popoli indigeni all'autodeterminazione, in ossequio a quel ruolo di “popoli fondatori” in capo a questi ultimi riconosciuto dal nuovo patto costituzionale del 1982 di cui si è in precedenza discorso.

SEZIONE II

IL PROCEDIMENTO DI SELEZIONE DEI GIUDICI DELLA CORTE SUPREMA: SFIDE E OPPORTUNITÀ DI UNO SCHEMA “DINAMICAMENTE” COMPOSTO

1. Note preliminari

«Sono nato a Nairobi, in Kenya, nel 1967 da una famiglia originaria dell'India. Nel 1969 i miei genitori sono emigrati nel Regno Unito, alla ricerca di una vita migliore. Avendo frequentato le scuole anglicane, ho ricevuto un'educazione religiosa e culturale ibrida: a scuola sono stato educato come un cristiano, recitando il Padre Nostro e assorbendo i valori della Chiesa anglicana d'Inghilterra, e a casa come musulmano, memorizzando le preghiere arabe del Corano e vivendo come parte della comunità ismailita. Come molti altri, ho vissuto la discriminazione come un fatto di vita quotidiana. Da bambino e da ragazzo sono stato deriso e molestato a causa del mio nome, della mia religione o del colore della mia pelle. Nel 1981 la mia famiglia si è trasferita di nuovo. Siamo arrivati in Canada e ci siamo stabiliti

⁹⁷⁴ Per il testo completo della legge cfr. [UNDRIP Act](#).

⁹⁷⁵ [The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act – Action Plan](#).

⁹⁷⁶ Nell'ambito della prima fase, durata fino al febbraio 2023, il Governo federale ha individuato le priorità e le potenziali misure redigendo poi una bozza dell'*Action Plan*. La seconda fase, durata da marzo a giugno 2023, ha previsto la collaborazione con i partner indigeni per convalidare le misure proposte nella bozza, introdurre eventuali modifiche e identificare, per poi colmare, eventuali lacune. Non sono, tuttavia, mancate proteste in merito al non sufficiente coinvolgimento dei rappresentanti indigeni. Cfr. ad esempio sul punto [Alberta First Nations say they weren't consulted on Ottawa's UNDRIP action plan](#), Edmonton Journal, ultima modifica 22 giugno 2023.

a Edmonton, dove ho completato la scuola superiore. Sono stata il primo della mia famiglia a frequentare l'università, trascorrendo un anno alla London School of Economics prima di conseguire una laurea in economia all'Università di Toronto. Mi sono poi trasferito alla McGill per completare il National Program in *common law* e *civil law* del Québec. Infine, mi sono laureato in legge alla Yale Law School. Anche mia moglie è arrivata in Canada da adolescente, nel suo caso come rifugiata dall'Iran in fuga dalla persecuzione della minoranza religiosa bahá'í durante la rivoluzione del 1979. Ha trascorso diversi anni nelle Filippine prima di essere accolta dal Canada e di stabilirsi a Innisfail, in Alberta. Dopo il matrimonio, sono diventato bahá'í, attratto dal messaggio della fede sull'unità spirituale dell'umanità, e abbiamo cresciuto i nostri due figli nella comunità bahá'í multietnica di Toronto. Queste esperienze mi hanno esposto ad alcune delle sfide e delle aspirazioni degli immigrati, delle minoranze religiose e delle persone oggetto di razzializzazione. Il mio punto di vista su questi temi si è ampliato e approfondito in oltre 25 anni di attività come avvocato e giudice. Ho esercitato la professione forense in un grande studio legale nazionale dove, per la maggior parte della mia carriera, sono stato l'unico membro *racialized*. Al di fuori della mia attività abituale, ho lavorato a titolo gratuito per proteggere i diritti degli immigrati, delle minoranze religiose e dei canadesi oggetto di razzializzazione facendo parte dell'*Ontario government's Anti-Racism Consultation Group* e facendo volontariato nel *Toronto Region Immigrant Employment Council* (TRIEC) program come mentore per i nuovi immigrati in cerca di occupazione. Ho anche cercato di fare da mentore per giovani avvocati, comprese donne e persone razzializzate, facendo anche in modo che loro avessero l'opportunità di comparire dinanzi alla Corte Suprema e alle altre corti. Ora, come giudice della Corte d'Appello dell'Ontario, una delle province più diverse dal punto di vista etnico della Federazione, e in una città in cui più della metà dei residenti è *racialized*, sono uno dei quattro giudici *racialized* su un totale di 31 membri. Questo fa inevitabilmente parte dell'identità e dell'esperienza vissuta che porto in corte [...]»⁹⁷⁷.

«In quanto donna Abenaki, nutro profondo apprezzamento per le realtà dei popoli appartenenti alle First Nations, degli Inuit e dei Métis. Crescendo come giovane appartenente a una First Nation fuori dalla riserva, la mia famiglia ha sperimentato le avversità. Attorno al 1982 ho avuto una conversazione che ancora ricordo con mio padre, durante la quale mi chiese se gli altri bambini ridevano di me perché ero “nativa”. Ricordo di avergli risposto che ridevano del mio nome, che evidentemente era molto diverso dagli altri nella nostra piccola comunità prevalentemente francofona. Mio padre assunse uno sguardo triste e mi raccontò che quando era bambino, i bambini della sua scuola ridevano, lo indicavano e dicevano che veniva da “quella famiglia”, il “selvaggio” che viveva in Sunnybrae Street. Una maestra gli disse: “tu hai un cognome adatto a dormire fuori”, il che era chiaramente insensibile e ignorante. La mancanza di rispetto nei confronti di mio padre e della nostra famiglia mi ha influenzato durante la crescita.

⁹⁷⁷ [The Honourable Mahmud Jamal's questionnaire.](#)

Quando mi sono trasferita a Ottawa per frequentare la facoltà di legge, il mio mondo come donna appartenente a un First Nation è cambiato. Sono entrata a far parte della *Aboriginal Law Students' Association* e il mio coinvolgimento nelle questioni indigene è cresciuto e si è ampliato. Una volta iniziato a praticare la professione di avvocato, sono entrata a far parte degli *Aboriginal Legal Services* della Clinica di assistenza legale dell'Università di Ottawa come revisore dei fascicoli e addetta ai casi. Sono diventata anche membro del consiglio di amministrazione. In seguito, ho insegnato “*Les autochtones et le droit*” per due semestri all'Università di Ottawa, nel programma di *common law* in francese.

Ho approfondito le questioni relative alle donne indigene e ho iniziato a frequentare e a partecipare a eventi nella mia First Nation. Inoltre, grazie al mio lavoro presso il *Royal Ottawa Health Care Group (Royal)*, sono stata responsabile dell'*Indigenous Relationships Program*. Ho incontrato continuamente vari gruppi e organizzazioni indigene, comprese istituzioni come l'*Algonquin College*, per collaborare alla fornitura di servizi di salute mentale agli studenti indigeni.

La separazione coloniale della mia famiglia dalla First Nation ha limitato il mio legame con la mia cultura e la mia lingua quando ero bambina. Nel corso degli anni sono tornata nella mia comunità. Partecipo alle cerimonie, sono sostenuta dagli anziani e seguo corsi approfonditi nella mia lingua Abenaki. Per me è importante imparare la lingua dei miei antenati ed essere in grado di parlarla fluentemente. Per me la lingua Abenaki è anche la chiave della mia conoscenza culturale. Il mio obiettivo è insegnare la lingua dei miei antenati ai miei figli.

Ho anche visto quanto diverso possa essere il punto di vista degli indigeni rispetto alla storia coloniale di gran parte della popolazione canadese, pur riconoscendo e abbracciando tutti i nostri punti di vista unici che costituiscono il tessuto del nostro Paese. [...].

Credo che la mia esperienza di donna francofona appartenente a una First Nation, di genitore, di avvocato, di studioso e di giudice mi fornisca gli strumenti per comprendere e intuire la diversità canadese perché io e la mia esperienza di vita siamo parte di questa diversità. Il mio *background* è un chiaro esempio della diversità intersezionale che rende il nostro Paese così speciale per me e la mia famiglia. Le mie esperienze mi hanno insegnato che, sebbene la discriminazione sia una realtà costante in Canada, le mie capacità mi permettono di contribuire al nostro Paese e di aiutarci a essere una società più inclusiva, nonché più equa e giusta per tutti»⁹⁷⁸.

Le parole qui citate sono solo parte delle risposte fornite rispettivamente dal *Justice Jamal* e dalla *Justice O'Bonsawin* al quesito numero 2 della Parte relativa al “Ruolo del Giudiziario nel sistema giuridico canadese”⁹⁷⁹ del questionario loro sottoposto dall'*Advisory Board for Supreme Court of Canada Judicial Appointments*, ed i cui esiti sono stati pubblicati solo a seguito dell'intervenuta nomina al supremo consesso da parte del Primo Ministro Trudeau.

⁹⁷⁸ [The Honourable Michelle O'Bonsawin's questionnaire.](#)

⁹⁷⁹ Part 10 – The Role of the Judiciary in Canada's Legal System.

Riportare le risposte fornite dai due giudici al quesito «*How has your experience provided you with insight into the variety and diversity of Canadians and their unique perspectives?*» serve in questa sede a introdurre alcune riflessioni relative al contributo – come già accennato sia nella premessa al presente capitolo ma altresì nelle note preliminari di questa parte III dello stesso – che il nuovo procedimento di selezione dei supremi giudici introdotto a partire dal 2016 ha offerto nel favorire una composizione del consesso di Ottawa maggiormente sensibile anche a quelle istanze e componenti del mosaico canadese che, come si è tentato di illustrare nelle due sottosezioni precedenti, hanno avuto entrambe modo di affermarsi, quantomeno a livello istituzionale – se si considera come a livello “empirico” invece i popoli indigeni fossero già presenti su suolo canadese prima dell’arrivo europeo –, solo in un momento successivo al patto anglo-francofono dante vita alla *Confederation*, del quale la Corte si è fatta invece strutturalmente interprete, come visto, già al momento della sua istituzione e prima ancora che assurgesse al ruolo di giudice propriamente costituzionale. Indossando le lenti teoriche del principio del *fair reflection of society*, le recenti nomine *de quibus* possono, in questo senso, certamente leggersi come elementi di sicuro ausilio, in termini tanto simbolici quanto descrittivi – riprendendo il lessico traslato dall’elaborazione politologica pitkiana –, alla legittimazione dell’organo, garantendo a quest’ultimo la capacità di riflettere al suo interno un dato empirico progressivamente arricchitosi di un crisma istituzionale.

E tuttavia, se sino ad ora l’attenzione è stata rivolta a esplorare il *perché* dell’importanza delle due recenti nomine – *racialized* e indigena – per la legittimazione della Corte, preme ora approfondire, dunque, il *come* a tali nomine si sia potuto pervenire.

A questo proposito, l’analisi del procedimento *de quo* non può prescindere dalla ricostruzione degli irti itinerari che la disciplina relativa alla selezione dei supremi giudici di Ottawa ha dovuto negli anni percorrere in ragione dei rilevanti vuoti normativi di chiara matrice britannica.

2. Una disciplina scarna e i (vani) tentativi di colmarne le lacune

Quando, nel secondo capitolo di questo studio, si sono poste le premesse per l’analisi del principio del *fair reflection of society* come criterio per la composizione delle Corti costituzionali o supreme, si è richiamata la duplice declinazione, in chiave oggettiva e soggettiva, del principio pluralistico, con ciò riferendosi rispettivamente, da un lato, alla partecipazione di più soggetti istituzionali al procedimento di nomina dei giudici supremi o costituzionali, e dall’altro, alla necessaria titolarità in capo a questi ultimi di determinate caratteristiche di natura personale.

A questo proposito, la previsione a livello *quasi-costituzionale* della necessaria presenza di tre giudici quebecchesi all’interno della Corte Suprema canadese è stata posta in luce quale esempio emblematico di concreta applicazione della seconda delle declinazioni su richiamate.

E tuttavia va altresì sottolineato, alla luce di quanto già emerso nelle premesse all’analisi

della *Nadon Reference* del 2014, come la previsione in parola si inserisca all'interno di un quadro normativo evidentemente scarno con riguardo alla disciplina relativa alla selezione dei giudici supremi.

Si consideri infatti come, accanto alla previsione – come visto – di determinati requisiti di ordine professionale, l'unica disposizione di rilievo sia la sec. 4(2) del *Supreme Court Act*, in cui si afferma che «*The judges shall be appointed by the Governor in Council by letters patent under the Great Seal*».

In questo senso, pur non omettendo di richiamare l'affermarsi sin da subito di una convenzione costituzionale volta a rendere la Corte riflessiva del pluralismo territoriale mediante – come detto – la previsione della necessaria provenienza dei giudici dalle differenti Province, se si osserva la procedura selettiva dei supremi giudici di Ottawa con le lenti del principio pluralistico declinato in chiave oggettiva, il quadro normativo si presenta – per così dire – alquanto deludente.

Affidare al *Governor in Council* – nel pieno solco del sistema britannico in cui la nomina dei giudici era compiuta dalla Corona su proposta del capo del Governo – la nomina dei membri del supremo consesso si è sin da subito tradotta, infatti, in virtù di una convenzione costituzionale, nell'attribuzione di tale potere in via unilaterale nelle mani del Primo Ministro.

Una simile circostanza, sebbene non contestata per circa un secolo anche in ragione del lento affermarsi della Corte come giudice propriamente costituzionale, a partire dagli anni '70 entrò criticamente a far parte nel dibattito pubblico.

I primi rilievi critici attenevano, in particolare, al c.d. “deficit federale”. A questo proposito, già all'interno della proposta Carta di Victoria, antesignana della successiva *Patriation*⁹⁸⁰ e redatta in seno alla omonima conferenza costituzionale del 1971, veniva prevista l'attribuzione in capo ai Ministri della giustizia delle Province interessate il potere di veto sulle nomine dei giudici della Corte suprema⁹⁸¹. Il *Constitutional Amendment Bill* del 1978 e il quasi coevo rapporto conclusivo della *Task Force on Canadian Unity*⁹⁸² del 1979 proponevano, poi, il coinvolgimento provinciale nelle nomine tramite la sottoposizione di queste ultime al vaglio e al voto di una Camera alta federale propriamente rappresentativa delle regioni del Canada.

Da ultimo, anche i testi dei falliti accordi di Meech Lake e di Charlottetown contemplavano l'attribuzione agli Esecutivi delle Province del potere di sottoposizione al Governo federale

⁹⁸⁰ La Carta di Victoria prevedeva, infatti, una serie di emendamenti alla Costituzione del Canada proposti dal Primo Ministro Trudeau con l'obiettivo di rimpatriare la Costituzione canadese, aggiungendovi una Carta dei diritti e radicando l'inglese e il francese come lingue ufficiali.

⁹⁸¹ [Constitutional Conference - Victoria \(1971\)](#), spec. Part IV - Supreme Court of Canada.

⁹⁸² La *Task Force on Canadian Unity* fu istituita nel 1977 dal Governo federale in risposta alle spinte sovraniste del Québec. Co-presieduta da Jean-Luc Pépin, ex ministro federale liberale, e John Robarts, ex Primo Ministro conservatore dell'Ontario, il suo scopo era quello di raccogliere opinioni sui problemi di unità del Paese, pubblicizzare gli sforzi compiuti per risolverli e consigliare il Governo federale su come rafforzare l'unità nazionale. Cfr. [The Task Force on Canadian Unity](#).

di alcuni nomi nel novero dei quali operare poi la selezione.

E tuttavia, a partire dagli anni '90, dinanzi ai frustrati tentativi di intervenire a livello costituzionale sugli equilibri federo-provinciali, da un lato, e all'affermarsi sempre più incisivamente della Corte quale interprete della Carta dei diritti, dall'altro, il fulcro delle critiche sul procedimento di selezione dei supremi giudici si spostava dal deficit "federale" a quello "democratico", andando cioè a riguardare – così come lamentato in particolare dal *Reform Party* ma nell'ambito, per la verità, di un più ampio quadro di discussione circa la tendenziale presidenzializzazione delle democrazie contemporanee⁹⁸³ – l'eccessivo accentramento del potere di nomina dei supremi giudici nelle sole mani del Primo Ministro⁹⁸⁴.

3. 2003-2015: cronache di un percorso incerto e travagliato

Pur non sfociando in effettivi interventi modificativi della cornice costituzionale e legislativa di riferimento, le criticità sollevate rispecchiavano un'ormai maturata sensibilità politico-istituzionale al tema. Sensibilità che ebbe modo di sfociare nell'azione del Governo Martin del 2003, tradottasi, nella primavera dell'anno successivo, da un lato, in un intervento chiarificatore circa i dettagli dell'assolutamente riservato procedimento sino ad allora seguito e, dall'altro, in un'apertura all'occorrere di modifiche potenzialmente migliorative dello stesso.

Più in particolare, fu il Ministro della Giustizia Cotler a presentarsi dinanzi alla Commissione permanente della Camera dei Comuni competente in materia di giustizia e diritti umani per esporre il procedimento consultivo utilizzato per la selezione dei supremi giudici. Esso consisteva nell'individuazione, proprio da parte del Ministro della Giustizia, di una lista di candidati facendo altresì leva sulla consultazione di alcune personalità, tra cui i membri in carica della Corte Suprema, i Ministri della giustizia e i Presidenti delle corti della Provincia di provenienza del futuro giudice nonché componenti del foro e delle *law societies* locali.

Seguiva poi una valutazione, sempre da parte del Ministro, dei membri della redatta lista, in base alle loro capacità professionali, alle loro caratteristiche personali e tenendo in considerazione l'aspirazione ad avere una Corte onnicomprensivamente⁹⁸⁵ riflessiva della

⁹⁸³ Con riferimento specifico al Canada cfr. Olivetti Rason N., Petrillo P.L., *La presidenzializzazione dei governi nelle democrazie contemporanee: tendenze e contro tendenze nell'esperienza del Canada*, in Di Giovine A., Mastromarino A. (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, 265-286.

⁹⁸⁴ Delledonne G., *La designazione dei giudici della Corte suprema: osservazioni comparatistiche*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominic L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese...* op. cit., 132-136. Cfr. altresì Russell P.H., *Selecting Supreme Court Justices: is Trudeau's sunny way a better way?*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 68, 2017, 4-6; Devlin R., *Dirty Laundry: Judicial Appointments in Canada*, in Corder H., Van Zyl Smit J. (a cura di), *Securing Judicial Independence: The Role of Commissions in Selecting Judges in the Commonwealth*, Città del Capo, 2017, 1-38.

⁹⁸⁵ Preme qui sottolineare come dal criterio per cui «*the Court's composition should reflect that of Canadian society as a whole*» emerga come il fattore diversità non attenga tanto al candidato quanto a una considerazione di insieme relativa alla Corte. Cfr. Osti A., *La nomina dei giudici...* op. cit., 121.

società nel suo complesso. Di queste caratteristiche il Ministro discuteva – eventualmente coinvolgendolo anche nelle fasi precedenti – con il Primo Ministro, il quale poi raccomandava il candidato scelto al *Cabinet* affinché venisse emanato un *Order-in-Council* utile alla nomina formale⁹⁸⁶.

Accanto all'iniziativa chiarificatrice, l'audizione del Ministro Cotler dinanzi alla Commissione parlamentare permanente mirava, come detto, altresì a stimolare raccomandazioni da parte di quest'ultima relativamente a eventuali modifiche da introdurre al procedimento richiamato. Esse non tardarono ad arrivare all'interno di un *Report* reso prontamente già nel maggio del 2004, soprattutto in ragione dell'annunciato ritiro *ante tempus*⁹⁸⁷ dei supremi giudici Arbour e Iacobucci nel giugno successivo. A questo proposito, il *Report de quo* contemplava, per l'immediata sostituzione dei due giudici, la presentazione del Ministro della Giustizia dinanzi alla Commissione in pubblica audizione per spiegare il processo seguito – in termini di soggetti consultati, approfondimenti condotti e criteri adottati – per addivenire alle due nomine sostitutive.

Posto l'effettivo rispetto di tali raccomandazioni da parte del Ministro Cotler con riguardo alle nomine dei *justices* Abella e Charron⁹⁸⁸, nella seconda parte del *Report* venivano altresì abbozzate alcune indicazioni circa il procedimento da seguire in futuro. Esse vennero poi meglio specificate dalla Commissione stessa⁹⁸⁹, andando a costituire la base sulla quale il Ministro della Giustizia, nell'aprile del 2005, presentò una *Proposal to Reform the Supreme Court Canada Appointments Process*, secondo cui alla stesura da parte del Ministro della Giustizia di un'ampia lista di candidati sarebbe dovuto seguire l'intervento da parte di una commissione consultiva (*Advisory Committee*) tesa a operare in via riservata una riduzione della rosa a soli tre nomi, tra i quali il Ministro avrebbe poi dovuto scegliere il candidato da segnalare al Primo Ministro per la nomina – quest'ultima da giustificare successivamente da parte del Ministro stesso di fronte alla Commissione della Camera dei Comuni tanto con riguardo al procedimento seguito quanto alle ragioni della scelta⁹⁹⁰.

L'aver richiamato i passaggi di tale proposta rileva nella misura in cui parte degli stessi furono ripercorsi, sebbene con alcune modifiche, nel procedimento che portò alla nomina del giudice Rothstein nel 2006. A cavallo dell'avvicendamento governativo tra liberali e

⁹⁸⁶ Cfr. [Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, 37th Parl., 3rd Sess., March 30, 2004.](#)

⁹⁸⁷ I giudici restano in carica *during good behaviour* fino al pensionamento o comunque fino all'età di 75 anni, potendo tuttavia essere rimossi antecedentemente per incapacità o cattiva condotta dal Governatore generale su indicazione della Camera dei Comuni e del Senato.

⁹⁸⁸ Il Ministro si presentò dinanzi a una commissione composta da sette deputati rappresentativi dei diversi partiti presenti nella Camera dei Comuni nonché da un membro del *Canadian Judicial Council* e un componente della *Law Society of Upper Canada*.

⁹⁸⁹ Il *Report* raccomandava l'istituzione di una commissione consultiva – composta da rappresentanti della Camera dei Comuni (uno per ciascun partito), rappresentanti delle Province e membri del giudiziario e delle professioni legali – con il compito di presentare una *short list* di candidati al Ministro della Giustizia. Veniva altresì raccomandata la successiva presentazione del Ministro dinanzi alla Commissione permanente della Camera dei Comuni al fine di illustrare le ragioni che avevano guidato la scelta del candidato. Il testo completo del *Report* è disponibile su [Improving the Supreme Court of Canada Appointments Process, May 2004.](#)

⁹⁹⁰ [Proposal to Reform the Supreme Court of Canada Appointments Process.](#)

conservatori, il procedimento *de quo* vide, infatti, il Governo conservatore Harper selezionare il giudice Rothstein all'interno della *short list* di tre nomi redatta dall'*Advisory Committee* in base alla più numerosa lista presentata dal Ministro della Giustizia del precedente governo liberale a guida Martin. Gli interventi modificativi riguardarono, tuttavia, la sostituzione della presentazione del Ministro della Giustizia dinanzi alla Commissione della Camera dei Comuni con l'audizione, trasmessa in diretta televisiva, del giudice candidato dinanzi a una Commissione *ad hoc* composta da parlamentari proporzionalmente rappresentativi dei partiti presenti in Parlamento⁹⁹¹, senza che, tuttavia, quest'ultima fosse titolare di un potere di veto o pubblicasse un parere sul candidato⁹⁹².

Il cammino teso a consolidare un procedimento per la selezione dei supremi giudici sempre più pubblicamente e pluralisticamente connotato proseguiva, quantomeno nelle intenzioni, nel 2008 con l'esposizione, da parte del Ministro della Giustizia del Governo Harper, della nuova procedura che si intendeva seguire per la sostituzione del giudice Bastarache.

In particolare, a una prima fase di consultazione del Ministro della Giustizia con i suoi omologhi delle quattro Province atlantiche nonché con gli esponenti delle comunità legali locali sui possibili candidati, individuati anche tramite gli input eventualmente provenienti dalla società civile mediante una procedura informatica resa disponibile sul sito del Dipartimento di Giustizia, seguiva la compilazione di una lista – non determinata nel numero – dalla quale un Panel di 5 parlamentari (*Supreme Court Selection Panel*) avrebbe tratto, a seguito di opportuna valutazione, una rosa di soli tre candidati, all'interno della quale il Primo Ministro avrebbe poi individuato il soggetto da sottoporre a un'audizione pubblica dinanzi a una apposita Commissione parlamentare prima della nomina formale.

A questo punto, se la grave crisi istituzionale del 2008⁹⁹³ non permise che questo procedimento trovasse mai applicazione concreta, giungendosi alla nomina del giudice Cromwell senza attendere la predisposizione della *short list* da parte del Panel e senza che si procedesse all'audizione pubblica del candidato dinanzi alla Commissione parlamentare⁹⁹⁴, va tuttavia sottolineato come esso abbia rappresentato l'ossatura

⁹⁹¹ Come precisato nei confronti tanto dei membri della Commissione quanto dell'opinione pubblica dal professor Peter W. Hogg, incaricato di presiedere i lavori della Commissione, l'audizione *de qua* si distanziava dai fortemente politicizzati *confirmation hearings* statunitensi, non venendo accettate domande relative a chiarimenti su precedenti decisioni rese dal giudice nominato o riguardanti casi potenzialmente suscettibili di un vaglio da parte della Corte in futuro. Cfr. Hogg P.W., *Appointment of Justice Marshall Rothstein to the Supreme Court of Canada*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, 3/2006, 527-538.

⁹⁹² È tuttavia utile segnalare l'invito da parte del Ministro della Giustizia nei confronti dei membri della Commissione parlamentare a consultarsi con il Primo Ministro Harper, il quale, in ogni caso, due giorni dopo l'audizione procedette alla nomina. Sulla nomina del *justice* Rothstein cfr. McCormick P., *The serendipitous solution to the problem of Supreme Court Appointments*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, 3/2006, 539-545.

⁹⁹³ Il riferimento è alla volontà espressa dai partiti di opposizione, a sole sei settimane dalle elezioni federali del 14 ottobre 2008, di presentare una mozione di sfiducia nei confronti del Governo di minoranza conservatore, a seguito della quale il Primo Ministro Harper chiese e ottenne la *prorogatio* dei lavori parlamentari sino al 26 gennaio 2009. Sul punto, per la dottrina italiana, cfr. Olivetti M., *La crisi costituzionale canadese del dicembre 2008*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2009, 261-267.

⁹⁹⁴ La nomina avvenne in data 22 dicembre 2008. Cfr. Hogg P.W., *Appointment of Thomas A. Cromwell to the Supreme Court of Canada*, in *Supreme Court Law Review*, vol. 47, 1/2009, 413 ss.

fondamentale per la procedura successivamente seguita per addivenire alle nomine dei giudici Moldaver, Karakatsanis e Wagner intercorse tra il 2011 e il 2013. Quest'ultima, infatti, vedeva il Ministro della Giustizia consultare l'omologo provinciale e i membri della *law society* locale al fine di predisporre, anche qui sulla base altresì degli input provenienti dalla società civile, una lista di candidati da sottoporre a un Panel di cinque parlamentari che avrebbe poi ristretto la rosa a sei nomi, dalla quale poi il Primo Ministro e il Ministro della Giustizia avrebbero tratto il candidato da nominare previa udienza pubblica dello stesso dinanzi a una Commissione parlamentare *ad hoc*.

Giunti a questo punto, richiamati i faticosi sforzi fino a quel momento compiuti nel segno della trasparenza e del pluralismo, qualificare come – in un certo qual modo – “comprensibile” il ritorno a una procedura concentrata unilateralmente nelle mani del Primo Ministro con riguardo alle intervenute nomine dei giudici Gascon e Côté, nel 2014, e Brown, nel 2015, costituirebbe un'operazione poco oculata se si omettesse di considerare, da un lato, come il procedimento seguito per la selezione dei giudici Moldaver, Karakatsanis e Wagner fosse stato seguito nel 2013 anche per la nomina al supremo consesso del giudice Nadon, e dall'altro, di come tuttavia quest'ultima fosse stata – come *supra* visto – annullata dalla Corte Suprema nell'ambito di una crisi istituzionale senza precedenti tra Esecutivo e il vertice del giudiziario.

Uscito, infatti, “sconfitto” dallo scontro istituzionale consumatosi attorno alla vicenda Nadon, il Primo Ministro Harper non ebbe remore nel (ri)brandire le armi di un approccio restrittivamente ancorato alla lettera del dato positivo e, conseguentemente, nel riavvolgere il procedimento di nomina in un riserbo memore della storia costituzionale canadese pre-2004.

Lo scenario sarebbe, tuttavia, cambiato con la vittoria dei liberali di Trudeau nelle elezioni del 2015, la quale avrebbe aperto la strada al nuovo (e forse definitivo) procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema, più volte *supra* citato come funzionale a rendere quest'ultima maggiormente riflessiva del composito mosaico canadese, andando in particolare a sciogliere alcuni noti critici degli iter passati, che qui, tuttavia, è utile brevemente richiamare indossando la duplice (e consueta) lente oggettiva e soggettiva del principio pluralistico.

4. I limiti “oggettivi” e “soggettivi” dei procedimenti passati

Il percorso poco più che decennale di riforma del procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema canadese, attraversato – come visto – da interventi di modifica spesso coevi allo svolgimento stesso del procedimento di nomina, da un lato, e influenzato altresì da contingenze politico-istituzionali capaci di sospenderne se non di invertirne l'avanzamento, dall'altro, può sicuramente inquadrarsi come un lodevole sforzo teso a superare l'opacità e unilateralità del passato.

Uno sguardo sul piano del principio pluralistico declinato in chiave oggettiva consente, in questo senso, di guardare con favore il coinvolgimento – o il rendere esso noto – di diversi

attori istituzionali nel procedimento di nomina: si pensi, ad esempio, 1) al sistema di consultazioni reso più trasparente mediante la diffusione dei soggetti specificatamente consultati, 2) all'ingresso dell'organo parlamentare nell'iter procedurale mediante il *Supreme Court Selection Panel*, prima, e la Commissione parlamentare *ad hoc*, poi, 3) alla partecipazione della società civile tanto mediante gli input su possibili nomi nella fase delle consultazioni quanto tramite la partecipazione (passiva) all'audizione pubblica del candidato scelto.

E tuttavia, questo *motus* di coinvolgimento istituzionale recava con sé due limiti – tra loro evidentemente connessi – che ne minavano il grado di pregnanza e valore sostanziale.

A questo proposito, e procedendo in ordine temporale, in merito alle consultazioni si registrava una totale assenza di informazioni relativamente alle procedure seguite e al peso effettivamente esercitato nel procedimento decisionale sia dai soggetti interpellati e sia dalla società civile – i cui input non è dato sapere se siano effettivamente pervenuti –.

Analogamente, con riguardo all'intervento parlamentare, restava nella sfera del “non detto” l'effettivo *modus operandi* del *Supreme Court Selection Panel* nell'addivenire alla *short list* dei possibili candidati al ruolo di giudice supremo.

Questo deficit di trasparenza non può che legarsi al secondo dei limiti citati, e che qui è importante richiamare, da un lato, in quanto pervasivamente riguardante anche i momenti procedurali *altri* rispetto a quelli appena menzionati, e dall'altro, poiché utile a evidenziare le criticità dai vari procedimenti mostrate sul piano di un pluralismo declinato questa volta in chiave soggettiva.

Il limite *de quo* atteneva all'assenza – se si esclude la parentesi del 2004 – di alcun riferimento, nelle more dei procedimenti di selezione susseguitesi negli anni, ai criteri selettivi utili a orientare e informare l'iter di individuazione del candidato al supremo consesso.

Se infatti nel 2004 veniva reso noto come capacità professionali, personali e l'aspirazione ad avere una Corte onnicomprensivamente plurale orientassero il Ministro della Giustizia e il Primo Ministro nel vaglio dei candidati, a partire dal 2006 di tale attenzione si perdeva (quantomeno pubblicamente) traccia. Un silenzio, quest'ultimo, che andava a ledere il peso e significato qualitativo degli interventi istituzionali pur previsti dai procedimenti susseguitesi nel tempo.

Domande criticamente – se non causticamente – poste in dottrina⁹⁹⁵ relativamente, ad esempio, a come avrebbe potuto una Commissione parlamentare responsabilizzare il Governo sulla nomina fatta conducendo un *hearing* ignorando i criteri che a tale nomina avevano condotto ovvero a come la società civile sarebbe stata in grado di offrire un utile e consapevole contributo all'individuazione dei candidati senza conoscere i criteri in base ai quali la scelta sarebbe stata poi compiuta, colgono con efficacia le criticità – estendibili peraltro altresì alle valutazioni dei soggetti istituzionali in sede di consultazioni nonché ai

⁹⁹⁵ Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 128-131.

lavori del *Selection Panel* – di un processo partecipato formalmente presente, ma sostanzialmente non pregnante.

Inoltre, come anticipato, la mancata indicazione in via esplicita e trasparente dei criteri selettivi impediva altresì qualsiasi ricostruzione del procedimento di nomina – nelle varie forme succedutesi – come “prescrittivamente” attento alla considerazione dell’elemento diversità, innervante, come noto, il contesto demografico canadese.

In altre parole, fatta eccezione per il criterio del 2004 relativo a una Corte (peraltro solo) onnicomprensivamente plurale, non era possibile ricondurre le eventuali nomine occorse nel segno della diversità a una precisa e consapevole scelta di carattere istituzionale.

5. Un procedimento “aperto”, “trasparente” e “responsabile” per una Corte istituzionalmente riflessiva della diversità canadese

Il 2 agosto 2016, sulla scia di quanto già similmente previsto nella piattaforma programmatica del Partito liberale in vista delle elezioni federali dell’ottobre 2015⁹⁹⁶, il Primo Ministro Justin Trudeau annunciava il nuovo procedimento per la selezione dei giudici supremi, riferendosi a esso come «*open, transparent, and [able to] set(s) a higher standard for accountability*»⁹⁹⁷.

È proprio seguendo queste tre direttrici che pare qui opportuno ricostruire i tratti di un iter che, fatta eccezione per talune limitate modifiche – tutte peraltro nel segno di una maggiore apertura in senso pluralistico dello stesso –, ha trovato applicazione a partire dalla nomina del *Justice Rowe* del 28 ottobre 2016 sino alla più recente della *Justice Moreau* del 6 novembre 2023 senza soluzione di continuità.

E dunque, è sotto l’egida di una maggiore apertura e inclusività (*openness*) che va letta la previsione – per la prima volta – della possibilità per ogni soggetto titolare dei requisiti professionali previsti *ex lege* di presentare la propria auto-candidatura come futuro giudice della Corte dinanzi all’ufficio del *Commissioner for Federal Judicial Affairs*, operante quest’ultimo da primo filtro con riguardo al possesso dei requisiti e alla corretta compilazione della richiesta.

In merito all’autocandidatura giova peraltro segnalare come quest’ultima – fatta eccezione per il procedimento relativo alla nomina del *Justice Rowe* in cui il Primo Ministro aveva inizialmente dichiarato di non sentirsi vincolato dalla convenzione legata all’equilibrio

⁹⁹⁶ «*We will make the Supreme Court appointment process more transparent.*

Under Stephen Harper, the all-party Supreme Court appointment process has been disrespected and degraded, culminating in the Prime Minister’s unprecedented attacks on the Chief Justice. We will work with all parties in the House of Commons to ensure that the process of appointing Supreme Court Justices is transparent, inclusive, and accountable to Canadians. We will ensure that the process involves proper consultation with authorities throughout the legal profession, including the provinces, provincial law societies, provincial appellate and superior courts, and the Chief Justice of the Supreme Court. We will ensure that all those appointed to the Supreme Court are functionally bilingual». Cfr. [A new plan for a strong middle class, Liberal Party of Canada, 2015](#), 30-31.

⁹⁹⁷ [Prime Minister announces new Supreme Court of Canada judicial appointments process](#), Ottawa, 2 agosto 2016.

relativo alla provenienza provinciale dei membri del collegio, per poi *de facto* rispettarla⁹⁹⁸ – sia stata resa disponibile, a partire dalla procedura di nomina del 2017 e sino ad oggi, solo per i candidati la cui provenienza provinciale fosse tale da assicurare un bilanciamento geografico all'interno della Corte che si attestasse come rispettoso della convenzione costituzionale appena richiamata.

Quanto, tuttavia, dell'autocandidatura qui interessa approfondire, soprattutto perché legati a doppio filo sia con la trasparenza che con l'*accountability* dell'intero procedimento, sono 1) i contenuti della stessa 2) il soggetto istituzionale incaricato di valutarla e, soprattutto, 3) i criteri utili a guidare la valutazione *de qua*.

Procedendo con ordine, l'autocandidatura si concreta nella compilazione di un questionario dal quale emergono elementi relativi tanto alle caratteristiche personali quanto a quelle professionali del candidato.

Si considerino, ad esempio, le informazioni legate alle competenze linguistiche del candidato, al suo percorso di istruzione, alle sue esperienze professionali anche al di fuori dell'ambito giuridico, unitamente alle attività di insegnamento, di impegno civico e a quelle rese pro bono.

Inoltre, accanto alla necessità di depositare cinque sentenze o pubblicazioni ovvero documenti legali utili a dimostrare le qualità professionali del candidato, risulta di particolare interesse qui richiamare l'obbligo per quest'ultimo di rispondere ad alcune domande legate al ruolo del giudiziario all'interno dell'ordinamento canadese, e, nello specifico, 1) a quale sia stato, a suo parere, il contributo più significativo da lui/lei offerto al diritto e al perseguimento della giustizia in Canada, 2) al – già citato nelle note preliminari a questa sezione – modo in cui la sua esperienza gli/le abbia permesso di conoscere la varietà e la diversità dei canadesi e i loro unici punti di vista, 3) alla sua opinione in merito al ruolo del giudice all'interno della democrazia costituzionale, 4) a chi siano i destinatari delle decisioni rese dalla Corte Suprema e 5) a come il ruolo del giudice della Corte Suprema consenta di conciliare, da un lato, la necessità di fornire risposte su questioni giuridiche rilevanti per l'ordinamento giuridico nel suo complesso, e dall'altro, le circostanze concrete di un caso che potrebbero apparire come recanti un risultato ingiusto per una delle parti.

Se sono dunque questi i contenuti del questionario, dal quale – come visto – è possibile trarre importanti informazioni tanto relative all'esperienza professionale del candidato, quanto al suo *background* e alle sue caratteristiche di ordine personale, è bene adesso richiamare quale sia il soggetto istituzionale incaricato di analizzarne le risposte.

A questo proposito, un ruolo chiave è assolto da un *Advisory Board* indipendente, costituito

⁹⁹⁸ Il processo di candidatura venne infatti esteso all'intero territorio canadese, sulla scorta di quanto affermato dal Primo Ministro Trudeau secondo il quale il nuovo giudice, accanto ai requisiti dell'autorevolezza e del bilinguismo, avrebbe dovuto essere rappresentativo non tanto delle Province atlantiche, quanto della "*diversity of our great country*". Tuttavia, all'esito del procedimento, la scelta ricadde ugualmente su Rowe, giudice della Corte suprema di *Newfoundland and Labrador*, risultando così di fatto rispettata la convenzione costituzionale *de qua*. Sul punto cfr. Delledonne, *La designazione dei...* op. cit., 141.

ad hoc ed avente il compito di vagliare le candidature giuntegli dall'Ufficio del *Commissioner for Federal Judicial Affairs* e redigere poi – dopo aver sentito il *Chief Justice* della Corte Suprema e ogni altro attore istituzionale la cui consultazione il Comitato consultivo ritenga opportuna – una *short list*, dai tre ai cinque nomi, dei candidati più idonei da raccomandare e sottoporre all'attenzione del Primo Ministro.

Il carattere indipendente dell'*Advisory Board* appena richiamato è evidentemente dettato dalle regole relative alla sua composizione. I membri sono infatti a) un giudice a riposo nominato dal *Canadian Judicial Council*, b) due avvocati, nominati rispettivamente dalla *Canadian Bar Association* e dalla *Federation of Law Societies of Canada*, c) un giurista nominato dal *Council of Canadian Law Deans* e d) tre componenti, di cui almeno due non avvocati, nominati dal Ministro della Giustizia.

Nel segno della progressiva attenzione alla valorizzazione del dato pluralistico della società canadese è, tuttavia, utile segnalare come, rispetto all'appena richiamata composizione prevista per il procedimento del 2016, il dato strutturale relativo all'*Advisory Board* in parola abbia subito alcune modifiche.

Quella più evidente riguarda la predisposizione, a partire dal procedimento poi conclusosi con la nomina del *Justice Kasirer* del 2019, di un differente *Advisory Board* per le selezioni dei giudici in quota quebecchese. A seguito, infatti, di un accordo conclusosi tra l'Esecutivo Federale e il Governo del Québec⁹⁹⁹, il Comitato consultivo in parola risulta in tali casi composto da otto membri, di cui a) due, incluso il *Chair*, di nomina del Ministro della Giustizia federale, b) due, di cui almeno uno non avvocato, scelto dal Ministro della Giustizia della Provincia francofona, c) un giudice quebecchese a riposo precedentemente appartenente a una delle corti superiori del Québec o alla Corte Suprema federale nominato dal *Canadian Judicial Council*, d) un avvocato quebecchese nominato dal *Barreau du Québec*, e) un avvocato quebecchese nominato dalla divisione del Québec della *Canadian Bar Association* e f) un giurista nominato dai *Deans of the law schools of Quebec and of the Faculty of Law, Civil Law Section, of the University of Ottawa*.

Risale, invece, al 2022 la modifica dell'*Order-in-Council* relativo all'*Advisory Board*, in base alla quale ai sette membri già previsti ne è stato aggiunto un altro, nominato tra i soggetti che esercitano la professione forense da parte dell'*Indigenous Bar Association*, in linea così con il dichiarato intento governativo¹⁰⁰⁰ – poi come visto effettivamente concretatosi – di collaborare con le parti interessate al fine di incoraggiare anche le persone indigene a candidarsi per il ruolo di giudice supremo¹⁰⁰¹.

Giunti a questo punto, ricostruiti l'oggetto della valutazione e il soggetto incaricato di compierla, restano da analizzare – in modo dirimente per il prosieguo nello studio del

⁹⁹⁹ [Arrangement concerning the appointment process to fill the seat that will be left vacant on the Supreme Court of Canada following the departure of Justice Clément Gascon](#), 15 Maggio 2019, Ottawa.

¹⁰⁰⁰ Nella persona, in particolare, del Ministro della Giustizia. Cfr. [Minister of Justice and Attorney General of Canada Mandate Letter](#), 16 Dicembre 2021.

¹⁰⁰¹ [Supreme Court of Canada Appointment Process – 2022- Frequently Asked Questions](#).

procedimento *de quo* – i criteri sulla base dei quali la valutazione viene effettuata.

A questo proposito, a partire dal 2016 il Governo ha previsto tre macro-criteri da rispettare nella selezione dei supremi giudici, individuandoli 1) nell'alto calibro professionale del candidato, 2) nel suo essere funzionalmente bilingue¹⁰⁰² e 3) nell'idoneità dello stesso a essere rappresentativo della diversità del Canada.

Il contenuto degli stessi è meglio precisato all'interno delle sezioni *Qualifications and Assessment Criteria* e *Terms of Reference of the Advisory Board* presenti all'interno della pagina appositamente predisposta sul sito ufficiale del già citato Ufficio del *Commissioner for Federal Judicial Affairs* ogni qualvolta venga annunciata una procedura di selezione. Procedendo dunque con ordine, dopo aver chiarito come per potersi considerare funzionalmente bilingue un giudice della Corte Suprema debba essere in grado di leggere i documenti e comprendere le argomentazioni orali senza bisogno di traduzione o interpretazione in francese e inglese, e come auspicabilmente debba altresì essere in grado di interloquire in entrambe le lingue ufficiali sia con gli altri giudici della Corte che con gli avvocati durante la discussione orale, la prima delle due sezioni richiamate vede i criteri di valutazione essere divisi lungo due filoni fondamentali: il primo attento al dato personale, il secondo a quello istituzionale.

A tale ultimo proposito, quanto ai nostri fini più interessa evidenziare è come, accanto alla garanzia di un ragionevole equilibrio tra le competenze in materia di diritto pubblico e diritto privato, da un lato, e alla competenza in qualsiasi specifica materia regolarmente presente nei ricorsi che però risulti in quel momento sottorappresentata all'interno della Corte, dall'altro, nel novero dei c.d. *Institutional Needs of the Court* venga espressamente indicato il bisogno di assicurare che i membri della Corte Suprema riflettano ragionevolmente la diversità della società canadese.

Più nello specifico, chiarito come, sebbene il Canada sia caratterizzato da una delle società più diversificate nel mondo, tale diversità non sia pienamente rappresentata all'interno delle sue istituzioni, e come la Corte Suprema sia il simbolo più importante e riconoscibile del sistema giudiziario, si sottolinea come avere una Corte ragionevolmente in grado di rispecchiare la diversità canadese aiuti ad assicurare che, in ogni caso particolare, essa possa beneficiare di una gamma di punti di vista e prospettive. Una Corte – si legge ancora – ragionevolmente riflessiva promuove inoltre la fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia e nello stesso procedimento di nomina¹⁰⁰³.

Peraltro, l'esplicito richiamo al fattore diversità non si rinviene solamente nella sezione in parola, ma figura altresì nei citati *Terms of Reference* rivolti dall'Esecutivo all'*Advisory*

¹⁰⁰² All'interno di un quadro generale che ha visto i giudici supremi essere sempre bilingue, non sono mancati tuttavia casi in cui il soggetto nominato non parlasse entrambe le lingue ufficiali. Il riferimento è alla nomina del Justice Rothstein nel 2006 e del Justice Moldaver nel 2011.

¹⁰⁰³ [Appointment of the Honourable Malcolm Rowe \(2016\) - Qualifications and Assessment Criteria](#). Il medesimo contenuto è rinvenibile nella sezione *Qualifications and Assessment Criteria* di tutte le altre pagine dedicate ai procedimenti selettivi successivi.

Board.

Alla lettera f) delle raccomandazioni relative ai lavori del Comitato consultivo si chiarisce espressamente, infatti, come quest'ultimo, nel redigere la *short list* di candidati, debba cercare di sostenere l'intento del Governo canadese di avere una Corte Suprema non solo caratterizzata da un equilibrio di genere ma altresì capace di riflettere la diversità dei membri della società canadese, compresi le persone indigene, i soggetti con disabilità e i membri di comunità linguistiche, etniche e di altre minoranze, incluse quelle la cui identità di genere o il cui orientamento sessuale differiscono da quelli della maggioranza¹⁰⁰⁴.

Ebbene, se sino ad ora è stato possibile ricostruire nel dettaglio 1) l'“oggetto” della valutazione, 2) il soggetto inizialmente incaricato di compierla e 3) i criteri in base a quali condurla lo si deve, evidentemente, a una scelta istituzionale all'insegna della trasparenza (*transparency*).

Una trasparenza, tuttavia, non fine a sé stessa, bensì legata, in un rapporto endiadico e di reciproca alimentazione, al terzo degli elementi richiamati nell'annuncio del Primo Ministro Trudeau del 2 agosto 2016: l'*accountability*.

Se si prosegue, infatti, nell'analisi del procedimento, è possibile notare come la trasparenza relativa al percorso di composizione della *short list* apra funzionalmente la strada a un'assunzione di responsabilità da parte dell'Esecutivo in merito alla scelta finale del candidato.

A seguito, infatti, della nomina del candidato da parte del Primo Ministro all'interno della ristretta rosa di nomi pervenutigli dalla *Advisory Board*, e sulla base delle consultazioni condotte dal Ministro della Giustizia con una serie di soggetti istituzionali – il *Chief Justice*, i suoi omologhi provinciali e territoriali, gli altri ministri del Gabinetto, i ministri della giustizia dei governi ombra, nonché i membri sia della *House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights* che della *Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs* –, ha luogo la pubblicazione del questionario compilato del candidato stesso.

Una simile operazione, tesa a rendere il pubblico edotto circa le qualifiche e le caratteristiche del nuovo componente della Corte, apre un inevitabile confronto tra, da un lato, i criteri stabiliti e pubblicati *ex ante* per la nomina “migliore possibile” e, dall'altro, le effettive caratteristiche *ex post* riconducibili al candidato effettivamente nominato.

Confronto che si articola su due livelli, e che vede coinvolti concretamente, dapprima, il Ministro della Giustizia e il *Chair* dell'*Advisory Board*, i quali si presentano dinanzi alla *House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights* al fine di illustrare come si sia svolto in concreto il procedimento di nomina nonché le ragioni per le quali si sia proceduto alla scelta del soggetto nominato, e in un secondo momento lo stesso giudice

¹⁰⁰⁴ [Appointment of the Honourable Malcolm Rowe \(2016\) - Terms of Reference of the Advisory Board](#). Anche in questo caso, il medesimo contenuto è rinvenibile nella sezione *Terms of Reference of the Advisory Board* di tutte le altre pagine dedicate ai procedimenti selettivi successivi.

nominato, chiamato ad apparire al cospetto della medesima Commissione, integrata in questo caso dai membri della *Standing Senate Committee* già citata e da un rappresentante per ogni partito presente nella Camera dei Comuni, per un'audizione personale moderata da un professore di diritto e idonea a offrire tanto ai presenti quanto al pubblico – vista la trasmissione in diretta dell'*hearing* – un quadro conoscitivo del giudice prima che intervenga la sua designazione formale¹⁰⁰⁵.

6. (Segue) Luci e ombre di un quadro flessibile

Orbene, volendo formulare alcune riflessioni conclusive, è nel duplice confronto appena richiamato che si rinviene, a parere di chi scrive, l'apice – e a un tempo l'esito – della valorizzazione, tanto in chiave oggettiva quanto in quella soggettiva, del principio pluralistico di cui il nuovo procedimento descritto pare essere innervato.

Procedendo con ordine, con riguardo alla dimensione oggettiva, pur non negandosi come la scelta finale del Primo Ministro non risulti in definitiva vincolata né dai lavori dell'*Advisory Board* né dai duplici passaggi parlamentari richiamati – non prevedendosi infatti alcun voto di *confirmation* –, non può tuttavia non segnalarsi come, a superamento peraltro delle criticità richiamate sul finire del § 4, la partecipazione 1) dei soggetti autocandidatisi, 2) del Comitato consultivo, 3) dei soggetti istituzionali consultati, 4) degli organi parlamentari e, da ultimo, 5) della società stessa al procedimento di nomina benefici di una maggiore pregnanza e incisività, poiché informata al rispetto – o alla verifica dello stesso – di criteri previamente conosciuti, e rispetto ai quali l'Esecutivo si è impegnato a conformarsi nella scelta dei giudici supremi.

Viene a questo ultimo proposito in rilievo il legame che nel procedimento *de quo* può, con un certo grado di chiarezza, intravedersi tra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva del principio pluralistico.

Quest'ultima risulta, infatti, rafforzata non solo dall'espressa previsione, nel novero dei criteri selettivi, dell'elemento della diversità – ben specificato, come visto, all'interno delle *Terms of Reference* su richiamati –, ma altresì dalla circostanza che vede, appunto, il Primo Ministro, e con sé l'Esecutivo, rivestire la propria scelta all'insegna della diversità medesima – come poi avvenuto in concreto con le nomine storiche del *Justice* Jamal e della *Justice* O'Bonsawin – di un crisma istituzionale, legandola, in altre parole, a una precisa consapevolezza, appunto istituzionale, del quale assumersi la responsabilità non solo al cospetto del Parlamento, ma altresì – e forse in maniera più significativa nell'ottica del principio del *fair reflection* – dinanzi all'intera collettività, testimone quest'ultima dell'intero processo di individuazione del candidato: dal questionario da lui/lei compilato e fatto oggetto di pubblicazione, sino all'*hearing* fruibile nei suoi contenuti sia in diretta che

¹⁰⁰⁵ Intervenuta la nomina formale, fa seguito, sempre nel perseguimento degli obiettivi di trasparenza, la pubblicazione entro un mese di un *Report* da parte dell'*Advisory Board* contenente, *inter alia*, la rendicontazione delle attività svolte, dati statistici di ordine demografico relativi ai candidati presentatisi, nonché raccomandazioni per il miglioramento del processo di nomina e dei lavori del Comitato stesso.

ex post.

Ecco che, come parti in un dialogo osmotico, *openness*, *transparency* e *accountability* configurano, dunque, un procedimento di selezione che dal 2016 permette alla società canadese di ricondurre la nomina di un membro della Corte a una precisa scelta di ordine istituzionale, basata su criteri chiari, al rispetto dei quali il Governo vincola il proprio operato.

Sebbene non si ignori infatti come ad esempio nomine, per così dire, di matrice multiculturalista non siano mancate nel corso della storia del supremo consesso di Ottawa¹⁰⁰⁶, sono la trasparenza e la “rendicontabilità” del procedimento dal 2016 teso ad addivenire a esse che permeano queste ultime di un significato istituzionale.

In questo senso, il riferimento esplicito all’elemento della diversità ha consentito alla collettività canadese di riconoscere nelle nomine del primo giudice *racialized* e della prima giudice indigena, occorse rispettivamente nel 2021 e nel 2022, lo sforzo delle autorità di rispondere a un’esigenza non solo di ordine empirico o sociale, ma altresì – in base a quanto visto nelle due precedenti sottosezioni – istituzionale. Il tutto a beneficio, per le ragioni precedentemente esplorate, della legittimazione della Corte, resa strutturalmente rappresentativa di alcune istanze sino ad allora rimaste (non più tollerabilmente da un punto di vista istituzionale) inesprese all’interno del supremo consesso.

Quello della diversità è, peraltro, un criterio dai tratti evidentemente elastici, suscettibile, in altri termini, di venire contenutisticamente alimentato dai mutamenti sociali e demografici potenzialmente in grado di occorrere in via progressiva nel Paese nordamericano.

In tal senso, il procedimento *de quo* conferirebbe alla Corte la capacità di farsi avveniristicamente interprete dei richiamati mutamenti sociali e demografici da un punto di vista strutturale.

E tuttavia, a tale ultimo proposito deve qui rilevarsi il punto di maggiore criticità che il procedimento di nomina introdotto a partire dal 2016 reca con sé: la sua mancata *vis* normativa.

Dinanzi, infatti, alla difficile percorribilità di un intervento modificativo del *Supreme Court Act*, fonte dal riconosciuto valore costituzionale in base a quanto visto con la *Nadon Reference*, per l’introduzione del procedimento in parola si è scelto, analogamente alle riforme succedutesi a partire dal 2004, lo strumento della mera *policy*, provvista, come noto, di una forza solo politicamente vincolante¹⁰⁰⁷.

Costituisce, questa, una circostanza evidentemente in grado di gettare ombre sulla stabilità

¹⁰⁰⁶ Sul punto cfr. Adams G., Cavalluzzo P.J., *The Supreme Court of Canada: A Biographical Study*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 7, 1/1969, 61 ss. Con riferimento alla nomine più recenti si consideri, ad esempio, la nomina del Justice Sopinka, primo giudice supremo con origini ucraine, nel 1988, o a quella del Justice Iacobucci, primo giudice italo-canadese, nel 1991, o, ancora, la nomina della Justice Abella, prima donna di fede ebraica e rifugiata a sedere al supremo consesso nel 2004.

¹⁰⁰⁷ Sul punto cfr. Osti A., *La nomina dei...* op. cit., 140-141; Russell P.H., *Selecting Supreme Court...* op. cit., 17; Bodnár E., *The Selection of Supreme Court Judges: What Can the World Learn from Canada, What Can Canada Learn from the World?*, in *ELTE Law Journal*, 2/2017, 113.

del procedimento *de quo* e, conseguentemente, sull'impegno alla valorizzazione del fattore diversità in esso previsto.

In questo senso, la sfida che nei prossimi anni si prospetta per l'ordinamento canadese consiste nel conferire definitività a un procedimento che, come visto per le recenti nomine occorse nel 2021 e nel 2022, ha dato prova di contribuire significativamente all'edificazione di una Corte Suprema più pluralisticamente composta e, di conseguenza, legittimata.

CONCLUSIONI

«Penso quindi che chiunque appartenga a una comunità minoritaria *racialized* abbia un'enorme responsabilità e quindi ne sono molto consapevole. Quello che mi è stato detto, e quello che dicono le persone, è che vedono davvero che le istituzioni pubbliche sono aperte a loro, hanno la speranza di poter vedere i loro volti riflessi nella magistratura e penso che questo sia motivo di ispirazione. Penso che generi fiducia nelle istituzioni pubbliche, sia che si tratti della magistratura, sia che si tratti di altri organi. Ovviamente sono un giudice e faccio parte di un tribunale; quindi, questa è la mia esperienza [...]. In termini di impatto sulle parti, penso che il fatto che esse sappiano che c'è qualcuno nella Corte che somigli a loro e non assomigli a tutti gli altri, aiuti la fiducia nelle istituzioni pubbliche. Non si tratta di avere l'intera popolazione rappresentata, poiché è impossibile, e tuttavia è importante che in una società multiculturale come la nostra vi sia diversità all'interno della Corte. [...] Chiaramente non basta, c'è bisogno di avere giudici capaci, c'è bisogno di avere decisioni che sono giustificate a livello giuridico e in base alle prove, ma penso che questo aumenti la fiducia nelle istituzioni pubbliche»¹⁰⁰⁸.

«Porto il mio *background* di madre indigena di due figli e tutto ciò che ne consegue. Quello che posso dirvi è che vivo le mie tradizioni, e le metto sul piatto assieme al mio patrimonio culturale. Spero di essere una voce tra nove persone che prendono decisioni in base ai documenti, ai fatti e al diritto. Posso dirvi che porto la mia voce di persona indigena e questo è ciò che ho da offrire, oltre alla mia esperienza personale e lavorativa. Penso che, in definitiva, il nostro primo ruolo sia quello di essere giudici imparziali e che le nostre origini influenzino il nostro modo di vivere e di percepire le cose, e non credo che si possa prescindere da questo. Ma credo che sia nostro obbligo essere imparziali, il nostro *background* a volte può informare le nostre decisioni, ma non credo che sia necessariamente la forza trainante che ci porta a decidere in un certo modo sulle questioni che ci vengono sottoposte»¹⁰⁰⁹.

Le parole qui riportate, e pronunciate rispettivamente dal *Justice* Jamal e dalla *Justice* O'Bonsawin nell'ambito dei loro *hearings* dinanzi ai membri della Commissione Giustizia della Camera dei Comuni e della Commissione Affari Giuridici del Senato, costituiscono – a parere di chi scrive – l'abbrivio più efficace tramite il quale procedere ad alcune riflessioni di carattere conclusivo all'interno di questo studio.

Con un certo grado di emblematicità esse paiono incorporare, infatti, l'importanza e a un tempo le sfide che l'applicazione del principio del *fair reflection of society* come criterio per la composizione delle Corti costituzionali o supreme implica – come visto – per una riflessione sulla legittimazione di queste ultime.

Procedendo con ordine, quanto emerge dalle parole *supra* menzionate è innanzitutto una

¹⁰⁰⁸ [MPs and senators question Supreme Court nominee Mahmud Jamal – June 22, 2021](#) (53:30; 1:29:50).

¹⁰⁰⁹ [MPs and senators question Supreme Court nominee Michelle O'Bonsawin – August 24, 2022](#) (1:09:28, 1:42:00).

certa consapevolezza relativamente a come la ricerca di una Corte strutturalmente sensibile alle istanze pluralistiche della società in cui opera non possa e non debba mettere in ogni caso in discussione l'imparzialità – intesa come espressione dinamica del principio di indipendenza – della sua giurisdizione.

Un simile riferimento riporta alla mente le riflessioni prima compiute con riguardo alle ragioni che spingono ad accostare il principio del *fair reflection* non tanto al concetto di rappresentanza o – per usare il lessico pitkiano – di *substantive representation*, bensì di rappresentazione, proprio al fine di rimarcare l'impossibilità di leggere il giudice quale soggetto depositario e, appunto, rappresentante delle istanze di una determinata componente della società in cui esercita il proprio mandato giurisdizionale. La giurisdizione, anche quella costituzionale, non può che attestarsi infatti sui binari dell'imparzialità.

E tuttavia, le risposte fornite dai due giudici canadesi nelle rispettive audizioni permettono altresì di soffermarsi sui tratti dell'appena citato legame di rappresentazione di cui il principio del *fair reflection* si fa espressione, e sul quale nel presente studio ci si è soffermati con maggiore pregnanza al fine di evidenziarne i benefici che esso comporta in termini di legittimazione delle Corti costituzionali o supreme.

Parole quali «*background*», «*offrire*», «*aperte*», «*fiducia*» possono, in questo senso, leggersi come vessilli di quella – come sostenuto – pluridimensionale legittimazione che la riflessione delle varie componenti delle società pluralistiche all'interno delle rispettive Corti costituzionali o supreme offre a queste ultime.

Il riferimento è – riprendendo quanto visto – innanzitutto al loro risultare strutturalmente attrezzate, tramite appunto la presenza di giudici depositari di un *background* di ordine tanto tecnico quanto – e soprattutto – identitario, utile ad assicurare, quantomeno auspicabilmente, e tramite quel processo bifasico *supra* menzionato, un output istituzionale quanto più lontano da logiche settarie, e funzionale, per contro, alla tenuta del rispettivo *pactum societatis*, a sua volta obiettivo al perseguimento del quale la giurisdizione costituzionale vede endiadicamente legata – come ricostruito nel primo capitolo – la propria esistenza e giustificazione teorica.

Posto, tuttavia, come ogni ordinamento abbia a proprio fondamento un determinato patto costituzionale dalle caratteristiche del tutto peculiari, l'analisi si è focalizzata su quei casi ove il paradigma della diversità, variamente declinato a livello empirico in chiave – come visto – territoriale, culturale, etnica, linguistica, giuridica e religiosa ha istituzionalmente imposto una determinata configurazione in senso pluralistico dell'organo di giurisdizione costituzionale a livello strutturale.

È infatti in relazione agli ordinamenti *de quibus* – per comodità espositiva ricondotti alle quattro categorie contestuali 1) di transizione costituzionale prevalentemente post-conflittuale, 2) di decolonizzazione, 3) multinazionali e 4) di ricerca incremento della *judicial diversity* – che è stato possibile conferire alla rappresentazione in chiave soggettiva del principio pluralistico all'interno delle Corti costituzionali o supreme un significato e un

valore ulteriore in termini di legittimazione rispetto alla mera idoneità strutturale prima citata: quello relativo al loro essere altresì percepite come strutturalmente attrezzate.

A questo proposito, le parole «aperte» e «fiducia», già evidenziate all'interno delle risposte dei due giudici nordamericani di recente nomina, fanno evidentemente eco alle riflessioni prima compiute con riguardo all'importanza di ordine tanto "simbolico" quando "descrittivo" che una Corte strutturalmente riflessiva del dato pluralistico riveste nei contesti ordinamentali in parola.

Si è, infatti, sottolineato come la presenza di giudici rassomiglianti a una o più componenti – per usare un lessico vicino alla distinzione, tuttavia non tassativa, tra ordinamenti multinazionali e promozionali – costitutive o minoritarie del contesto di riferimento, da un lato, rappresenti l'emblema di un risultato raggiunto a seguito di un percorso talora di superamento e reazione a un passato di oppressione e discriminazione, e dall'altro lato – e conseguentemente –, ingeneri un legame di fiducia tra le componenti citate e l'organo di giurisdizione costituzionale, tale da garantire, per un verso, che a quest'ultimo – e non ad altre soluzioni potenzialmente lesive dell'ordine costituzionale – si guardi per dirimere eventuali conflitti interni, e per l'altro, che di quest'ultimo se ne accettino le decisioni anche qualora non propriamente favorevoli alle specifiche e partigiane istanze rivendicate.

Un terzo e ulteriore spunto che non tanto – o *rectius* non solo – le riportate parole dei *justices* Jamal e O'Bonsawin, quanto la presenza stessa di questi ultimi dinanzi ai deputati e senatori prima della nomina formale da parte del *Governor in Council*, offre come elemento di raccordo con quanto del principio del *fair reflection of society* si è tentato di approfondire in questo studio, riguarda la rimarcata consapevolezza di come il legame di rappresentazione tra l'organo di giurisdizione costituzionale nella sua veste strutturale, da un lato, e la comunità sociale di riferimento in cui esso si trova a operare, dall'altro, presenti inevitabilmente tratti dinamici.

Si è evidenziato, infatti, come il carattere mutevole in termini tanto demografici quanto valoriali di quest'ultima renda la legittimazione di una Corte costituzionale o suprema legata al proprio dato strutturale un risultato mai considerabile come acquisito in termini assoluti e definitivi, costituendo invece una sfida per gli ordinamenti contemporanei non lasciare che determinate istanze "altre" o "nuove" restino, con riferimento alla composizione dell'organo di giustizia costituzionale, inascoltate, oscurate da compromessi sociali non più in grado di rappresentare compiutamente il pluralismo progressivamente arricchitosi nel corso degli anni di nuovi attori e protagonisti.

In base a quanto detto, dedicare all'interno di questo studio un'attenzione specifica all'ordinamento canadese e alla Corte Suprema di Ottawa si è rivelata, in questo senso, una scelta foriera di molteplici spunti di riflessione, capaci peraltro di emergere progressivamente durante l'incendere del percorso di ricerca.

L'interesse per il caso-studio canadese – così come "ammesso" nell'introduzione – era infatti inizialmente sorto in virtù della lettura, nella sec. 6 del *Supreme Court Act*, del requisito di

ordine soggettivo relativo alla presenza necessaria di tre giudici provenienti dalla Provincia francofona del Québec all'interno della Corte.

È a partire da questa previsione che ha preso avvio un percorso teso a ricostruire in via “ascendente” il legame tra l'evoluzione dell'ordinamento costituzionale canadese – così come plasmato dalla dialettica, talora dai tratti potenzialmente traumatici, anglo-francofona –, da un lato, con il lungo e travagliato cammino di affermazione come vero e proprio organo di giurisdizione costituzionale della Corte Suprema nella sua composizione pluralisticamente caratterizzata, dall'altro.

L'analisi svolta ha consegnato all'osservatore un esito tale da inquadrare la previsione relativa alla presenza dei tre giudici quebecchesi all'interno del collegio come un elemento ineludibile per una Corte auspicabilmente capace, poiché assistita da una solida legittimazione e credibilità istituzionale, di ergersi quale garante della tenuta dell'impianto costituzionale canadese, edificato dinamicamente attorno al patto tra i due popoli fondatori. Dinanzi a una simile conclusione, si è ritenuto subito necessario, tuttavia, verificare se tale auspicio o intento non venisse smentito dall'effettivo precipitato giurisprudenziale.

A questo proposito, in una chiave definita “discendente”, si è reso opportuno analizzare il contributo offerto dalla componente francofona del collegio tanto nei più importanti casi legati alla posizione costituzionale del Québec all'interno della Federazione, quanto in quelli relativi alla materia dei diritti linguistici, fondamentale *leitmotiv* – come visto – del patto costituzionale canadese.

All'esito di questa indagine, i timori relativi a un possibile approccio partigiano dei giudici provenienti dalla *Belle Province* sono venuti meno. È emersa, infatti, una Corte foriera, nella sua composizione pluralisticamente connotata, di decisioni pan-canadesi ovvero – come si è detto – *within the Canadian Constitution*, tese cioè a promuovere soluzioni conciliative, utili ad assicurare il perdurare della partnership anglo-francofona.

Ecco che, agli esiti dell'analisi svolta e qui per sommi capi ricordata, può pacificamente desumersi come i benefici, in termini di una maggiore legittimazione, che la rappresentazione del principio pluralistico all'interno dell'organo di giurisdizione costituzionale comporta per quest'ultimo nel contesto ordinamentale di riferimento abbia trovato nel caso canadese un terreno di sicuro riscontro.

E tuttavia, come ampiamente visto, approfondire le vicende legate alla composizione del supremo consesso di Ottawa ha permesso di trarre elementi di conferma, nel percorso di ricerca, anche in relazione alla richiamata dinamicità per la quale il più volte citato legame di rappresentazione deve auspicabilmente caratterizzarsi al fine di assicurare una Corte capace di salvaguardare la propria legittimazione anche dinanzi al mutare del contesto di riferimento.

Attorno alle nomine dei *justices* Jamal e O'Bonsawin è stato, a questo proposito, particolarmente proficuo – sia in termini di opportunità che di necessità – guardare e dare rilevanza, con una lente tanto empirico-fattuale quanto istituzionale, all'attestarsi del

multiculturalismo e dell'indigenità quali fattori costitutivi del pluralismo oggi innervante il Paese nordamericano e non più riconducibile esclusivamente alla diarchia anglo-francofona.

Una simile ricostruzione è, in questo senso, risultata utile a inquadrare le due nomine in parola come un risultato non casuale, bensì come il frutto, per un verso, del dirompente emergere di esigenze di carattere sociale oramai non più ignorabili anche alla luce dei passi istituzionali a favore di queste ultime compiuti, e per l'altro, dell'operare di un procedimento di selezione – quello introdotto a partire dal 2016 – che alle esigenze medesime ha dato, per così dire, voce, in particolare dando esplicita valorizzazione all'elemento della diversità.

A rendere, tuttavia, il procedimento in parola di sicuro interesse per una riflessione legata ai benefici in termini di legittimazione assicurati dall'applicazione del principio del *fair reflection of society* come criterio per la composizione delle Corti costituzionali o supreme, è stato il “come” alla menzionata valorizzazione dell'elemento della diversità esso abbia dato modo di articolarsi.

Il procedere e l'edificarsi lungo gli osmotici binari dell'*openness*, *transparency* e *accountability* ha reso la scelta in favore della diversità – effettivamente concretatasi nelle prime nomine rispettivamente *racialized* e indigena nella storia del supremo consesso – una scelta istituzionalmente consapevole, nella quale parimenti consapevolmente la società canadese ha agevolmente potuto riconoscersi, in questo modo rafforzandosi e alimentandosi quella fiducia attorno alla quale il principio di *fair reflection* costruisce e fonda, in definitiva, come ampiamente visto, il proprio contributo migliorativo alla legittimazione dell'organo di giurisdizione costituzionale.

Riprendendo allora – e in conclusione – il riferimento alla sfida che oggi impegna gli ordinamenti contemporanei con riguardo al non lasciare indietro, nella composizione dei propri organi di giurisdizione costituzionale, le voci “altre” o “nuove” del pluralismo delle rispettive società la cui dinamica esistenza essi si trovano a regolare, può quello canadese dirsi, se non un modello, quantomeno un caso vincente?

Se si guarda alle nomine recentemente intervenute in virtù del procedimento neo-introdotto, nonché alla natura evidentemente elastica del criterio della diversità in esso valorizzato, la risposta pare configurarsi in chiave affermativa.

Restano tuttavia – come già evidenziato – le criticità legate alla mancata veste costituzionale del procedimento in parola.

In questo senso, a dispetto di un difficilmente pronosticabile passo indietro – a parere di chi scrive – relativamente alla presenza all'interno del supremo consesso di Ottawa di almeno un giudice appartenente a una minoranza visibile e di almeno un giudice indigeno, solo gli anni futuri potranno rivelare se l'impegno alla valorizzazione della diversità continuerà ad albergare stabilmente nel procedimento di selezione dei componenti della Corte Suprema, così garantendo a quest'ultima una legittimazione costante all'interno di un Paese che nella diversità medesima e nel pluralismo, così come dinamicamente connotati, rinviene da

sempre i propri elementi identificativi e a un tempo oggetto, per chi scrive, di interesse e fascinazione.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

Abraham H.J., *Justices, Presidents and Senators: A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, New York, 1999.

Ackerman B., *We the People*, Cambridge-Londra, 1993.

Adams G., Cavalluzzo P.J., *The Supreme Court of Canada: A Biographical Study*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 7, 1/1969.

Andonovski S., *The Effects of Post-conflict Constitutional Designs: the "Ohrid Framework Agreement" and the Macedonian Constitution*, in *Croatian International Relations Review*, vol. 24, 81/2018.

Andreoli E., *A deal is (note ver only) a deal: Original jurisdiction, logica consensualistica e accentrimento del controllo di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, in *federalismi.it*, 15/2016.

Arès R., *Confederation: a Pact or a Law?*, in Krikorian J.D., Cameron D.R., Martel M., McDougall A.W., Vipond R.C. (a cura di), *Roads to Confederation: The Making of Canada, 1867*, Vol. 1, Toronto, 2017.

Astengo F., *Libertà religiosa o eguaglianza tra i sessi? La Corte Suprema del Canada si pronuncia su un caso di divorzio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 settembre 2008.

Bagni S., *Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità*, in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, 2020.

Bagni S., *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in Bagni S., Figueroa Mejía G.A., Pavani G. (a cura di), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo II, Città del Messico, 2017.

Bagni S., *Stato autonomico e composizione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2/2002.

Baines B., *Women Judges and Constitutional Courts: Why Not Nine Women?*, in Irving H. (a cura di), *Constitutions and Gender*, Cheltenham, 2017.

Balaguer Callejón F., *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in Aa. Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010.

Baldin S., *Giustizia indigena e giustizia costituzionale interculturale nell'ordinamento boliviano*, in D'Alessandro C.A., Marchese C. (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, Vol. I, Roma, 2018.

Baldin S., *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000.

Banks N., *The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*, in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 11, 2020.

Barbisan B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury c. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

Barbisan B., *Thomas Jefferson, Marbury v. Madison e il countermajoritarian dilemma*, in *Diritti Comparati*, 1/2021.

Barelli M., *Free, prior and informed consent in the aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: developments and challenges ahead*, in *Int. J. Hum. Rights*, vol. 16, 1/2012.

Bartole S., Grilli di Cortona P. (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale. Elites, istituzioni e partiti*, Torino, 1997.

Bassani L.M., *Il pensiero politico di Thomas Jefferson. Libertà, proprietà e autogoverno*, Milano, 2002.

Basta L.R., Fleiner T., *Federalism and Multiethnic States: the Case of Switzerland*, Friburgo, 2000.

Beaudoin G.A., *La Constitution du Canada*, Montréal, 1990.

Belser E.M., Cramer F.E., Oleschak-Pillai R., *The Long Journey of Women to the Courts: Some Evidence on Gender Diversity and Gender Awareness in the Swiss Federal Supreme Court*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*.

Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven-Londra, 1986.

Bifulco R., *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2012.

Blanco Vladés R.L., *Il valore della Costituzione. Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*, Padova, 1997.

Bobbio N., voce "Pluralismo", in *Dizionario di politica* (a cura di N. Bobbio e N. Matteucci), Torino, 1976.

- Bobeck M., *The Court of Justice of the European Union*, in *European Legal Studies - Research Papers in Law*, 2/2014.
- Bodnár E., *The Selection of Supreme Court Judges: What Can the World Learn from Canada, What Can Canada Learn from the World?*, in *ELTE Law Journal*, 2/2017.
- Borghi M., *La mainmise des partis politiques suisses sur l'élection des juges*, in *Justice - Justiz - Giustizia*, 1/2016.
- Brosio G., *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Torino, 1994.
- Brotz H., *Multiculturalism in Canada: a Muddle*, in *Canadian Public Policy*, 1/1980.
- Brouillet E., *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and Its Effect on the Balance of Power*, in Aroney N.T., Kincaid J. (a cura di), *Courts in Federal Countries*, Toronto, 2017.
- Brown G., Maguire R., *Indian Treaties in historical perspective*, Ottawa, 1979.
- Bruti Liberati L., Codignola L., *Storia del Canada*, Milano, 1999.
- Bruti Liberati L., *L'internamento degli italo-canadesi durante la Seconda guerra mondiale*, in Bruti Liberati L. (a cura di), *Il Canada e la Guerra dei Trent'anni. L'esperienza bellica di un popolo multietnico*, Milano, 1989.
- Bushnell I., *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*, Montréal, 1992.
- Cahill-O'Callaghan R.J., *Reframing the judicial diversity debate: personal values and tacit diversity*, in *Legal Studies*, vol. 35, 1/2015.
- Caielli M., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *federalism.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*.
- Caielli M., Palici Di Suni E., *Giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Padova, 2017.
- Caielli M., *Why do women in the judiciary matter? The struggle for gender diversity in European courts*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*.
- Calamandrei P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.
- Calamo Specchia M. (a cura di), *I Balcani Occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008.

Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Calamo Specchia M., Fabiano L., *Le Corti costituzionali: composizione, indipendenza e legittimazione*, in Toniatti R., Magrassi M. (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011.

Calamo Specchia M., *Il Conseil constitutionnel e l'exception d'inconstitutionnalité*, intervento al Seminario di ASTRID su "La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia", Roma 27 maggio 2009.

Calamo Specchia M., *Introduzione. La legittimazione delle Corti costituzionali tra modalità di composizione e principio di indipendenza*, in Id. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Calamo Specchia M., *La costituzione garantita. Dalla sovranità alla ragionevolezza: itinerari francesi*, Torino, 2000.

Calamo Specchia M., *La riforma della Costituzione francese del 1958 e le ragioni della difficile esportabilità di un modello a geometria variabile*, Intervento al seminario di ASTRID su "La riforma della Costituzione in Francia", Roma, 19 novembre 2008.

Calamo Specchia M., Montanari L., *Introduzione* al numero monografico *L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2014.

Caldeira G.A., *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, in *American Political Science Review*, vol. 80, 4/1986.

Cannon M., *Revisiting Histories of Legal Assimilation, Racialized Injustice and the Future of Indian Status in Canada*, in White J.P., Wingert S., Beavon D., Maxim P. (a cura di), *Aboriginal Policy Research, Moving Forward, Making a Difference*, Toronto, 2007.

Cappelletti M., *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in Maranini G. (a cura di), *La Giustizia costituzionale: atti di una tavola rotonda organizzata in collaborazione con la fondazione "A. Olivetti" e l'United States Information Service*, Firenze, 1966.

Cappelletti M., *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988.

Cappelletti M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.

Caravale G., *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020.

Carré de Malberg R., *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Parigi, 1931, trad. it. a cura di Calamo Specchia M., *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008.

Carrozza P., *La Cour d'arbitrage belga come Corte costituzionale. Indagine comparatistica sulle garanzie costituzionali della struttura decentrata degli ordinamenti*, Padova, 1985.

Carson J.L., Kleinerman B.A., *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR's court-packing plan*, in *Public Choice*, vol. 113, 2002.

Casella R., *L'irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall'“impossibile” revisione costituzionale al Trudeau Plan*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2016.

Castellà Andreu J.M., *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE Online*, 4/2022.

Caterina E., *La Corte prima della tempesta: come premunire le corti costituzionali da futuri assalti? La situazione in Germania e in Italia*, in *Blog di Diritti Comparati*, 15 febbraio 2024.

Ceccherini E., *Cittadinanza, immigrazione e integrazione: l'approccio multiculturale canadese*, in Cerrina Feroni G., Federico V. (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018.

Ceccherini E., *Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Ceccherini E., *Il ruolo dei giudici francofoni nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in *IANUS Diritto e Finanza*, 18/2018.

Ceccherini E., *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio tra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000.

Ceccherini E., *La diarchia Quebec e resto del Canada e i riflessi nella giurisprudenza della Corte suprema*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017.

Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2008-2009*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2010.

Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2020.

Ceccherini E., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2022.

Ceccherini E., *La negoziazione interistituzionale*, in *Amministrare*, 1-2/2002.

Ceccherini E., *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006.

Ceccherini E., voce *Multiculturalismo (diritto comparato)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Aggiornamento vol. IV, Torino, 2008.

Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu*, vol. 1., Londra, 1777.

Cheffins R.I., *The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications*, in *The Supreme Court Law Review*, vol. 43, 4/1982.

Chen E.M., *The Judiciary, Diversity, and Justice For All*, in *California Law Review*, vol. 91, 4/2003.

Chessa O., *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008.

Chessa O., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in Tondi della Mura V., Carducci M., Rodio R.G. (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005.

Clavero B., *Sociedad multicultural y Estado intercultural por América Latina entre historia y Constitución*, in Bagni S. (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, Bologna, 2017.

Codignola L., Bruti Liberati L., *La difficile evoluzione costituzionale del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada tra universalità e diversità culturale*, Milano, 2000.

Codignola L., Bruti Liberati L., *Storia del Canada*, Milano, 1999.

Comba M.E., *Reflective Judiciary: more an illusion than a temptation*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*.

Conti G., *Filibuster e nuclear option al Senato USA. L'effetto domino della nomina di Neil Gorsuch alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *federalismi.it*, 9/2017.

Corder H., *The Appointment of Judges: Some Comparative Idea*, in *Stellenbosch Law Review*, 3/1992.

Corwin E.S., *American constitutional history: essays by Edward S. Corwin*, a cura di Mason A.T., Garvey G., Smith P., New York-Evanstone-Londra, 1964.

Cowen S., *Judicial Selection in South Africa*, I ed., Città del Capo, 2013.

Creighton D., *The 1860s*, in Careless J.M.S., Craig Brown R. (a cura di), *The Canadians 1867-1967*, Toronto, 1969.

Crockett G.W., *Judicial selection and the black experience*, in *Judicature*, vol. 58, 9/1975.

Cukani E., *Consocial power sharing as a tool for democracy: the experiences of Macedonia and Kosovo*, in *Eunomia*, 1/2014.

Curti M., *The Great Mr. Locke: America's Philosopher, 1763-1861*, in *Huntington Library Bulletin*, 11/1937.

D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981.

Dahl R., *Quanto democratica è la Costituzione americana*, Roma-Bari, 2003.

Daly T.G., *The Alchemist: Courts as democracy-builders in contemporary thought*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, 1/2017.

Daly T.G., *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge, 2017.

Dani M. (a cura di), *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Sezione monografica a cura di Dani M., in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2019.

Dau F.R., *Costituzionalismo e rappresentanza. Il caso del Sudafrica*, Milano, 2011.

Davin N.F., *Report on Industrial Schools for Indians and Half-Breeds*, Ottawa, 1879.

Day R., *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, Toronto, 1999.

De Caria R., *Some reflections on the case-law of the Supreme Court of Canada on minority linguistic rights: the dangers of an instrumental approach*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

De Caria R., *The case-law of the supreme court of Canada on minority linguistic rights: an attempt to disseminate charter patriotism, and its inconveniences*, CDCT-ELC working paper, 5-2012.

De Fiores C., *La vicenda costituzionale canadese tra federalismo e secessione*, in Pace A. (a cura di), *Quale dei tanti federalismi?*, Padova, 1997.

Delledonne G., *La designazione dei giudici della Corte suprema: osservazioni comparatistiche*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il*

costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche, Pisa, 2017.

Delpérée F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Parigi, 2000.

Delpérée F., Rasson-Roland A., *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996.

Delpérée F., Rasson-Roland A., Verdussen M., *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Deux ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruxelles, 1995.

Devlin R., *Dirty Laundry: Judicial Appointments in Canada*, in Corder H., Van Zyl Smit J. (a cura di), *Securing Judicial Independence: The Role of Commissions in Selecting Judges in the Commonwealth*, Città del Capo, 2017.

Di Giovine A., *Dal voto popolare alla sentenza del giudice costituzionale: un percorso istruttivo*, in *DPCE Online*, 4/2021.

Di Gregorio A., *I sistemi costituzionali dei paesi dell'europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019.

Di Gregorio A., *La transizione in Cecoslovacchia. Principali profili di diritto costituzionale*, in Gambino S. (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003.

Dickason O.P., *Reclaiming Stolen Land*, in Bird J., Land L., Macadam M. (a cura di), *Nation to Nation, Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002.

Dickinson L., *The Promise of Hybrid Courts*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 97, 2/2003.

Dickinson L., *The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: the Case of Kosovo*, in *New England Law Review*, vol. 37, 2003.

Dicosola M., *Il diritto alla cittadinanza: problemi e prospettive*, Santarcangelo di Romagna, 2022.

Dicosola M., *Stati, Nazioni e Minoranze. La ex Jugoslavia tra revival etnico e condizionalità europea*, Milano, 2010.

Dicosola M., *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del duty of accommodation*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006.

Dodek A. (a cura di), *The Charter Debates: The Special Joint Committee on the Constitution, 1980-81, and the Making of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 2018.

Dogliani M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.

- Dogliani M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994.
- Draetta U., *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004.
- Drigo C., *La giustizia costituzionale in Canada*, in Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.
- Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016.
- Du Bois F., *Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa*, in Russell P.H., Malleson K. (a cura di), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, 2006.
- Duranti F., *Le origini della giustizia costituzionale in Francia e la nascita del "Conseil constitutionnel"*, in *Politica del diritto*, 1/2000.
- Dziedzic A., *Foreign judges on Pacific Courts: Implications for a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, 5/2018, numero speciale a cura di Caielli M., Comba M.E., Francavilla D., Mastromarino A., *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*.
- Ebrahim H., *The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa*, Città del Capo, 1998.
- Echo-Hawk W.R., *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden, 2013.
- Eckerstrom P.J., *The Garland Nomination, the Senate's Duty, and the Surprising Lessons of Constitutional Text*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 21, 1/2018.
- Einaudi M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931.
- Elia L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Barile P., Cheli E., Grassi S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- Engstrom J., *Multi-ethnicity or Bi-nationalism? The Framework Agreement and the Future of Macedonian State*, in *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 1/2002.
- Erasmus G., Sanders J., *Canadian History: An Aboriginal Perspective*, in Bird J., Land L., Macadam M. (a cura di), *Nation to Nation, Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002.
- Erler E.J., *The Great Fence to Liberty: The Right to Property in the American Founding*, in Paul E.F., Dickman H. (a cura di), *Liberty, Property, and the Foundations of the American Constitution*, Albany, 1989.
- Ewart J.S., *The Independence Papers*, vol. 2, Ottawa, 1925-30.

Fabiano L., *Le Costituzioni razionalizzate degli anni Venti in Europea centro orientale: laboratori costituzionali per le democrazie del secondo dopoguerra*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2023.

Fabiano L., *Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Falorni F., *La funzione consultiva delle Corti Supreme in prospettiva comparata. La peculiare procedura di reference nell'esperienza canadese*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2022.

Farget D., Fullum-Lavery M.P., *La place réservée à l'avis des peuples autochtones dans le cadre du processus de prise de décision concernant le plan Nord. Perspective juridique interne et internationale*, in *McGill Law Journal*, vol. 59, 3/2014.

Fasone C., *Canada as an "importer" and as an "exporter" of federal arrangements: A view from Europe*, in *DPCE Online*, 1/2019.

Fasone C., *Il parere della Corte suprema canadese sulla secessione del Quebec. Quali spunti per le odierne tensioni secessioniste in Europa?*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017.

Fazzalari E., *L'imparzialità del giudice*, in AA. Vv., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973.

Federico V., *Democratic transitions and Constitution-making Processes. The Role of Constitutionalism as Mechanism of Building Consensus. The South African case*, in Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions: Lessons from South Africa*, Firenze, 2006.

Federico V., Fusaro C. (a cura di), *Constitutionalism and Democratic Transitions: Lessons from South Africa*, Firenze, 2006.

Ferrara G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

Ferrari G.F., *Le libertà e i diritti*, in Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G.F., *Diritto Costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2009.

Ferrari G.F., *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011.

Ferreres Comella V., *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven-Londra, 2009.

Fila Rais N., *The Importance of Female Judge Representation in the Constitutional Court of Indonesia to Achieve Gender Equality during Judicial Review Procedure*, in *SHS Web of Conferences*, vol. 54, 2018.

Finkelstein N., Vegh G., *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, Toronto, 1992.

Fioravanti M. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Lo Stato moderno in Europa Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2006.

Fioravanti M., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016.

Fioravanti M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione fra Otto e Novecento*, II, Milano, 2001.

Fioravanti M., *Per una storia dello stato moderno in Europa*, in *Quaderni fiorentini*, 2010.

Fioravanti M., *Potere costituente e diritto pubblico*, in Pombeni P. (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1993.

Fleras A., *The Politics of Multiculturalism*, New York, 2009.

Forest R., *L'adhésion du Québec à l'accord du lac Meech: points de vue juridiques et politiques*, Montréal, 1988.

Fournier P., *The future of Quebec nationalism*, in Banting K., Simeon R. (a cura di), *One No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto, 1983.

Frémont S., *Le fonti del diritto costituzionale canadese*, in Aa.Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997.

Frosina L., *Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2017.

Fusco A., *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019.

Gaggero M., *Il diritto all'educazione nelle lingue dei "padri fondatori": verso un'uguaglianza realmente sostanziale?*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Gagnon A.G., Iacovino R., *Federalism, Citizenship and Quebec*, Toronto, 2006.

Gagnon A.G., *Plaidoyer pour l'interculturalisme*, in *Possibles* 24, vol. 24, 4/2000.

Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000.

Gambino S., *Federalismo, diritti, corti. Riflessioni introduttive a partire dall'esperienza canadese*, in Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000.

Gaudreault-DesBiens J.F., Poirier J., *From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017.

Gentili G., *"Sulla strada per Marbury": il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di Marbury v. Madison*, in Orrù R., Bonini F., Ciammariconi A. (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Napoli, 2012.

Gianformaggio Bastida L., *Gli argomenti di Perelman. Dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, 1976.

Giannini A., *Le Costituzioni degli Stati dell'Europa orientale*, Roma, 1929.

Gibson D., *Section 27 of the Charter: more than a "Rhetorical Flourish"*, in *Alberta Law Review*, 3/1990.

Gilbert J., Doyle C., *A new dawn over the land: shedding light on collective ownership and consent*, in Allen S., Xanthaki A. (a cura di), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2011.

Graham B.L., *Toward an Understanding of Judicial Diversity in American Courts*, in *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 10, 1/2004.

Grammond S., *Treaties as Constitutional agreements*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017.

Grasso G., *L'organizzazione ed il funzionamento degli organi di giustizia costituzionale negli Stati federali a base nazionale (le esperienze di Belgio e Svizzera)*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.

Grewe C., Riegner M., *Internationalized Constitutionalism in Ethnically divided society: Bosnia-Herzegovina and Kosovo compared*, in Von Bogdandy A., Wolfrum R. (a cura di), *Max Planck Yearbook of United Nation Law*, vol. 15, 2011.

Griffin S.M., *Il costituzionalismo americano: dalla teoria alla politica* (1996), trad. it. a cura di Girotto D., Bologna, 2003.

Grijalva Jiménez A., Exeni Rodríguez J.L., *Coordinación entre justicias, ese desafío*, in de Sousa Santos B., Exeni Rodríguez J.L. (a cura di), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, 2012.

Groppi T., *Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in Groppi T., Olivetti M. (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003.

Groppi T., *Concezioni della democrazia e della Costituzione nella decisione della Corte Suprema del Canada sulla secessione del Quebec*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1998.

Groppi T., *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Milano, 2001.

Groppi T., *Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza del Canada*, in Amirante D., Pepe V. (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale*, Torino, 2011.

Groppi T., Luatti L., *La Corte Suprema del Canada, "custode della Costituzione": alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura di controllo di costituzionalità*, in *Politica del diritto*, 2/1997.

Groppi T., *Multiculturalismo 4.0*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

Groppi T., *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia?*, Seminario di ASTRID su "La riforma del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia", Roma 27 maggio 2009.

Guénette D., Gagnon A.G., *From referendum to sécession – Québec's self-determination process and its lessons*, in Cagiao y Conde J., Gagnon A.G. (a cura di), *Federalism and Secession*, Losanna, 2021.

Haines C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, New York, 1914.

Hanna P., Vanclay F., *Human rights, Indigenous peoples and the concept of free, prior and informed consent*, in *Impact Assess and Project Appraisal*, vol. 31, 2/2013.

Harvey C., Schwartz A. (a cura di), *Rights in Divided Societies, Human Rights Law in Perspective*, Londra, 2012.

Hassard A.R., *Canadian Constitutional History and Law*, Toronto, 1900.

Heard A., *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*, Oxford, 1991.

Heard A., Swartz T., *The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 30, 2/1997.

Heidnbach M., *The election of the German Federal Constitutional Court's judges – A lack of democracy?*, in *Ritsumeikan Law Review*, 31/2014.

Henry Howard Molyneux, Fourth Earl of Carnarvon, *Speeches on Canadian Affairs*, a cura di Sir Robert Herbert, Londra, 1902.

- Hirschl R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge (Mass), 2005.
- Hobsbawn E., Ranger T. (a cura di), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1992.
- Hochmann T., *Les carpes du Luxembourg. A propos du Sénat et du Conseil constitutionnel*, in *JP Blog*, 2 novembre 2017.
- Hogg P.W., *Appointment of Justice Marshall Rothstein to the Supreme Court of Canada*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, 3/2006.
- Hogg P.W., *Appointment of Thomas A. Cromwell to the Supreme Court of Canada*, in *Supreme Court Law Review*, vol. 47, 1/2009.
- Hogg P.W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1996.
- Hogg P.W., *Principles Governing the Secession of Quebec*, in *National Journal of Constitutional Law*, 8/1997.
- Holmes S., *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, in Zagrebelsky G., Portinaro P.P., Luther J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996.
- Hoster P.E., *Understanding the Value of Judicial Diversity through the Native American Lens*, in *American Indian Law Review*, vol. 36, 2/2012.
- Howe S.W., *Juror Neutrality or an Impartiality Array? A Structural Theory of the Impartial Jury Mandate*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 70, 5/1995.
- Huffman J.L., Saathoff M., *Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction*, in *Minnesota Law Review*, vol. 74, 1990.
- Hunter R., *More than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-making*, in *Current Legal Problems*, vol. 68, 1/2015.
- Hurley J.R., *La modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, 1996.
- Iacobucci F., *The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 4, 1/2002.
- Ifill S.A., *Judging the Judges: Racial Diversity, Impartiality and Representation on State Trial Courts*, in *Boston College Law Review*, vol. 39, 1/1997.
- Ifill S.A., *Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 57, 2/2000.
- Jeggins I., *The Law and the Constitution*, Londra, 1959.
- Jellinek G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, 1885, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, trad. it. a cura di Palici di Suni E., Torino, 2013.

Joppke C., *Minority Rights for Immigrants? Multiculturalism versus Antidiscrimination?*, in *Israel Law Review*, vol. 43, 1/2010.

K. Puddister, *The Canadian Reference Power: Delegation to the Courts and the Navigation of Federalism*, in *The Journal of Federalism*, vol. 49, 4/2018.

Kelly J.B., Murphy M., *Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor*, in *Publius: The journal of Federalism*, 2/2005.

Kelsen H., *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di Geraci C., Milano, 1981.

Kelsen H., *Il primato del parlamento*, trad. it. a cura di Geraci C., Milano, 1982.

Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di Geraci C., Milano, 1981.

Kelsen H., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it a cura di Geraci C., Milano, 1981.

Kelsen H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, in Kelsen H., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, 1966.

Kramer L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2005.

Kymlicka W., *Canadian multiculturalism in historical and comparative perspective: Is Canada unique?*, in *Constitutional Forum/Forum Constitutionnel*, vol. 13, 1/2003.

Kymlicka W., *The Current State of Multiculturalism in Canada and Research Themes on Canadian Multiculturalism 2008-2010*, Ottawa, 2010.

Lackenbauer P.W., *Carrying the Burden of Peace: The Mohawks, the Canadian forces, and the Oka Crisis*, in *Journal of Military and Strategic Studies*, vol. 10, 2/2008.

Lajoie A., *Il Québec e la costituzione canadese: «processo» al federalismo*, in Aa. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, 1997, Torino.

Land L., Townshend R., *Land Claims: Stuck in Never-never Land*, in Bird J., Land L., MacAdam M. (a cura di), *Nation to Nation, Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002.

Laneve G., *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri*, Bari, 2014.

Laskin B., *The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians*, in *The Canadian Bar Review*, vol. 29, 10/1951.

Lavoie M., *Assessing the Duty to Consult*, Vancouver, 2019.

Lederman W.R., *Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada*, in *Les Cahiers de droit*, vol. 26, 1/1985.

Leone S., *Costituzione Americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista AIC*, 1/2024.

Lollini A., *La Corte costituzionale sudafricana*, in Mezzetti L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

Lombardi G., *Rivisitando la polemica Kelsen Schmitt: alcune riflessioni*, in Lombardi G., *Scritti scelti*, a cura di Palici di Suni E. e Sicardi S., Napoli, 2011.

Loprieno D., *La politica linguistica del Quebec tra diritti individuali e diritti collettivi*, in Gambino S., Amirante C. (a cura di), *Il Canada. Un laboratorio costituzionale*, Padova, 2000.

Louvin R., *Legami federativi e declino della sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Torino, 2001.

Luciani M., *Giustizia costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in Aa. Vv., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 2, Seminario del 1991, Milano, 1992.

Luther J., *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1991.

Luther J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990.

Luther J., *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, in Anzon A., Azzariti G., Luciani M. (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004.

Luther J., *Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996.

Macdonald R.A., *The Design of Constitutions to Accommodate Linguistic, Cultural and Ethnic Diversity: the Canadian Experiment*, in Kulcsar K., Szabo D. (a cura di), *Dual Images. Multiculturalism on Two sides on the Atlantic*, Budapest, 1996.

Macfarlane E., *Provincial Constitutions, the Amending Formula, and Unilateral Amendments to the Constitution of Canada: An Analysis of Quebec's Bill 96*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 60, 3/2023.

MacKinnon F., *The Establishment of the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Historical Review*, vol. 7, 3/1946.

Macklem P., *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, 2001.

Macklem P., *The form and substance of Aboriginal title*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017.

Magnet J.E., *The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism*, in *Supreme Court Law Review*, 4/1982.

Mahoney K., *How Indigenous Legal Principles Informed the Largest Settlement in Canadian Legal History*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 69, 2019.

Mahoney K., *Indigenous laws and human rights uprisings*, in *Journal of Diplomacy and International Relations*, vol. XXI, 2/2020.

Mandel M., *A Salomonic judgement?*, in *Canada Watch*, vol. 7, 1-2/1999.

Marko J., *"United in Diversity"? Problems of State and Nation-Building in Post-Conflict Situations: The Case of Bosnia-Herzegovina*, in *Vermont Law Review*, vol. 30, 3/2006.

Marko J., *Equality and Difference: Political and Legal Aspects of Ethnic Group Relations*, in Matscher F. (a cura di), *Vienna International Encounter on Some Current Issues Regarding the Situation of National Minorities*, Kehl, 1997.

Martinelli C., *Il ruolo costituzionale della Corte Suprema alla luce della giurisprudenza sulla Brexit*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020.

Martinico G., *I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i québécois come Nazione all'interno del Canada unito*, in *Cronache – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 30 gennaio 2007.

Martinico G., *La genesi "mista" dell'asimmetria canadese*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017.

Martino P., *I fantasmi del passato: la dottrina del precedente in Sudafrica tra continuità e trasformazione*, in Aa.Vv., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa all'Africa*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

Martino P., *I giudici supremi britannici e le garanzie dei diritti convenzionali. La Cedu sopravvive alla Brexit (per ora)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020.

Mastromarino A., *Belgio*, Bologna, 2012.

Mastromarino A., *Evaporazione vs solidificazione: la sfida belga*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2014.

Mastromarino A., *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli stati multinazionali*, Milano, 2010.

Mastromarino A., *La mala temporada del Tribunal Constitucional español. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Mastromarino A., *Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio*, in D'Alessandro C.A., Marchese C. (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, Vol. II, Roma, 2018.

Mastromarino A., *Un senato per le società distinte del Canada*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

Mathen C., *Courts Without Cases. The Law and Politics of Advisory Opinions*, Oxford, 2019.

Mathen C., *The Federal Principle: Constitutional Amendment and Intergovernmental Relations*, in Macfarlane E. (a cura di), *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, 2018.

Mathieu F., Hart A., *Representations of the Quebec nation through reactions to Bills 21 and 96: an analysis of editorials and Op-eds in English-language media*, in *Frontiers in Political Science*, 6/2024.

Mathieu F., *Interculturalism and the Fair Management of Diversity in Multinational Democracies: The Contribution of Quebec-Canada Dynamics*, in Abu-Laban Y., Gagnon A.G, Tremblay A. (a cura di), *Assessing Multiculturalism in Global Comparative Perspective*, Londra, 2023.

Mathieu F., Laforest G., *Uncovering National Nexus's Representations: The Case of Québec*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, vol. 16, 3/2016.

Mathieu C., Tailon P., *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in *McGill Law Journal*, vol. 60, 4/2015.

Matteucci N., *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1989.

Maus D. (a cura di), *Textes et documents sur la pratique institutionnel de la Ve République*, Parigi, 1978.

Mazza M., *L'ordinamento costituzionale del Kosovo*, Napoli, 2008.

McCormick P., *The serendipitous solution to the problem of Supreme Court Appointments*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, 3/2006.

McEvoy J., O'Leary B (a cura di), *Power Sharing in Deeply Divided Places*, Philadelphia, 2013.

- McGovney D.O., *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 93, 1/1944.
- McIlwain C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern (1947)*, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990.
- Medda Windischer R., *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Padova, 2010.
- Mezzetti L., *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, vol. 14, 14/2010.
- Mezzetti L., *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios constitucionales*, vol. 8, 1/2010.
- Michelman F.I., *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, 2004.
- Miller J.J., *The Unmaking of Americans: How Multiculturalism Has Undermined the Assimilation Ethic*, New York, 1998.
- Miller J.R., *Shingwauk's Vision: A History of Native Residential Schools*, Toronto, 1996.
- Milloy J.S., *A National Crime: The Canadian Government and the Residential School System, 1879 to 1986*, Winnipeg, 1999.
- Mitchell K., *Crossing the Neoliberal Line: Pacific Rim Migration and the Metropolis*, Philadelphia, 2004.
- Modugno F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile P., Cheli E., Grassi S (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- Monahan P., *The Law and Politics of Quebec Secession*, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, 1/1995.
- Monahan P.J., *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, 1991.
- Montanari L. (a cura di), *L'allargamento dell'Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali*, Napoli, 2022.
- Montanari L., *La composizione della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina tra influenza del fattore etnico e garanzie internazionali*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.
- Montanari L., Toniatti R., Woelk J. (a cura di), *Il pluralismo nella transizione costituzionale dei Balcani: diritti e garanzie*, Trento, 2010.

Mortati C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), ora in Mortati C., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972.

Morton F.L., *Judicial politics Canadian style the Supreme Court's contribution to the constitutional crisis of 1992*, in Cook C. (a cura di), *Constitutional Predicament: Canada after the Referendum of 1992*, Montréal, 1994.

Mostacci E., *The Canadian constitutional history and its determinants*, in *DPCE Online*, 1/2019.

Naglieri G., *Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*, in *federalismi.it*, 4/2023.

Nagy R.L., *The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission*, in *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 7, 1/2013.

Neudorf L., *The Supreme Court and the New Judicial Independence*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1/2012.

Newman D.G., *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, 2014.

Newman W.J., *The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 47, 1/2009.

Nicolini M., *I precedenti in materia processuale. Il giudizio in via principale*, in Pedrazza Gorlero M. (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 2008.

Nicolini M., *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015.

Nikolovska N., Siljanovska-Davkova G., *Macedonian transition in deficiency: from unitarian to a bi-national state*, Skopje, 2001.

O'Reagan K., *Text Matters: Some Reflections on the Forging of a New Constitutional Jurisprudence in South Africa*, in *Modern Law Review*, vol. 75, 1/2012.

Öhlinger T., *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation*, in Aa. Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010.

Olivetti M., *La crisi costituzionale canadese del dicembre 2008*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2009.

Olivetti M., *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003.

Olivetti M., *La giustizia costituzionale in Europa tra le due guerre*, in R. Orrù R., Bonini F., Ciammariconi A. (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, Napoli, 2012.

Olivetti M., *Una «Carta dei valori» per il Québec?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2013.

Olivetti Rason N., *Canada, 1982-1992: come non si modifica la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1993.

Olivetti Rason N., *Il patrimonio multiculturale dei canadesi*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Olivetti Rason N., Petrillo P.L., *La presidenzializzazione dei governi nelle democrazie contemporanee: tendenze e contro tendenze nell'esperienza del Canada*, in Di Giovine A., Mastromarino A. (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007.

Olivetti Rason N., *Un federalismo asimmetrico: il Canada*, in Olivetti Rason N., Pegoraro L. (a cura di), *Esperienze federali contemporanee*, Padova, 1996.

Orban E. (a cura di), *Fédéralisme et Cour suprêmes*, Bruxelles-Montréal, 1991.

Orrù R., Ciammariconi A., *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se as vontades»?*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Orrù R., Costantini P., *Vicende e attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2019-2020*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2021.

Orrù R., *La Costituzione di tutti: il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della "rainbow nation"*, Torino, 1998.

Orrù R., *La Cour d'arbitrage tra «corte dei conflitti» e corte costituzionale a competenza generale*, in Delpérée F. (a cura di), *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1996.

Osti A., *La nomina dei giudici costituzionali tra indipendenza e democratic legitimacy*, Napoli, 2019.

Otis G., *Le libertà*, in Aa. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997.

P. Passaglia, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2003.

Paine T., *The Rights of Man (1792)*, trad. it. a cura di Magri T., *I diritti dell'uomo*, Roma, 1978.

Palermo F., *Bosnia-Erzegovina: la Corte costituzionale fissa i confini della (nuova) società multietnica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2000.

Palermo F., *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche e nazionali in Europa*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Trento, 2023.

Palermo F., Nicolini M., *Il Bicameralismo*, Napoli, 2013.

Palermo F., *Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali*, in Toniatti R., Magrassi M. (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011.

Palermo F., Woelk J., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2021.

Palici di Suni E., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2016.

Palici di Suni, *Intorno alle minoranze*, Torino, 1999.

Papillon M., Rodon T., *Indigenous Consent and Natural Resource Extraction: Foundations for a Made-in-Canada Approach*, Montréal, 4 luglio 2017.

Parekh B., *Rethinking Multiculturalism, Cultural Diversity and Political Theory*, New York, 2017.

Passaglia P., *La disciplina della composizione come primo cardine dell'indipendenza e della legittimazione dell'organo: il caso della Corte costituzionale italiana*, in Calamò Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Passaglia P., *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

Passaniti G., *Il Québec è una "nazione": un passo verso la "riconciliazione" o la secessione?*, in *federalismi.it*, 2/ 2017.

Pegoraro L., *"Politico" e "Giurisdizionale" a cento anni dal Verfassungsgerichtshof*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020.

Pegoraro L., Rinella A., *Diritto pubblico comparato*, Padova, 2007.

Pegoraro L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019.

Petrillo P.L., *Diritti linguistici e multiculturalismo in Canada*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2016.

Petta P., *Schmitt, Kelsen e il custode della Costituzione*, in *Storia e politica*, 3/1977.

Pettit P., *Varieties of Public Representation*, in Shapiro I. et al (a cura di), *Political Representation*, Cambridge, 2009.

Piciocchi C., *L'interculturalismo nel diritto costituzionale. Una storia di parole*, in *DPCE Online*, 2/2019.

Piergigli V., *I diritti linguistici nella giurisprudenza della Corte Suprema: oscillazioni interpretative e linee di tendenza*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001.

Piergigli V., *Minoranza anglofona in Québec "versus" minoranze francofone del "Rest of Canada"*, in *Amministrare*, 1-2/2002.

Pitino A., *Il federalismo canadese e i «limiti ragionevoli» in una free and democratic society*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

Pitkin H.F., *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Angeles-Londra, 1967.

Pizzorusso A., *Giustizia costituzionale (Diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. 1, Milano, 2007.

Pizzorusso A., *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, in Aa.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010.

Pizzorusso A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993.

Plucknett T.F.T., *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, vol. 40, 1926.

Poirier É., *La charte de la langue française. Ce qu'il reste de la Loi 101 quarante ans après son adoption*, Québec, 2016.

Popelier P., *Judicial Functions and Organisation in Belgium*, in Woelk J. (a cura di), *Jurisdiction and Pluralisms: Judicial Function and Organisation in Federal Systems*, in *Papers on Federalism*, 2/2020.

Rackley E., *Women, Judging and the Judiciary: From Difference to Diversity*, Milton Park-Abingdon, 2013.

Raimondo F., *Il multiculturalismo canadese e il "caleidoscopio" della diversità religiosa*, in Delledonne G., Martinico G., Pierdominici L. (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017.

Read H.E., *The Judicial Process in Common Law Canada*, in *Canadian Bar Review*, vol. 37, 2/1959.

Reid J., *The Doctrine of Discovery in Canadian Law*, in *The Canadian Journal of Native Studies*, vol. 30, 2/2010.

Reposo A., *I prototipi: dal Bonham's Case al Judicial Review of Legislation negli Stati Uniti d'America*, in Morbidelli G, Pegoraro L., Reposo A., Volpi M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1995.

Reposo A., *Sul «rimpatro» dell'amending power nell'ordinamento costituzionale canadese*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 63/1984.

Ridola P., *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2012.

Ridola P., *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2018.

Ridolfi A., *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni. Considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

Rinella A., *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, 2020.

Rinella A., Tobia M., *I giudici costituzionali nei sistemi federali*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8/2004.

Ripiloski S., Pendarovski S., *Macedonia and the Ohrid Framework Agreement: Framed Past, Elusive Future*, in *PERCEPTIONS: Journal of International Affairs*, vol. XVIII, 2/2013.

Risteska M., Shurkov E., *The Transformative Role of the Macedonian Constitutional Court*, Working Paper 3/2016, Analitika – Center for Social Research.

Robledo A.R., *Los derechos fundamentales en el federalismo canadiense*, in *Revista Vasca de Administracion Publica*, 49/1997.

Rodriquez S., *La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Rolla G., *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionali in materia di diritti sul c.d. "sistema europeo" di giustizia costituzionale*, in Rolla G. (a cura di), *Il sistema europeo dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.

Rolla G., *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006.

Rolla G., *Il referendum sulla sovranità del Québec e il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1996.

Rolla G., *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, 2013.

Rolla G., *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1996.

Rolla G., *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1996.

Rolla G., *Lo sviluppo del controllo accentrato di costituzionalità in America latina e il suo ruolo nelle moderne democrazie: verso la costruzione di uno jus commune del diritto processuale costituzionale?*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, 2/2021.

Romano B., *L'organizzazione e il funzionamento del Bundesverfassungsgericht*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996.

Romeo G., *La neogiudice Ketanji Brown Jackson e l'enigma della nuova Corte Suprema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2022.

Rosa F., *La Corte Suprema di fronte alla patriation della Costituzione*, in Rolla G. (a cura di), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008.

Rosanvallon P., *La legittimità democratica*, Torino, 2015.

Rousseau D., *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa (Annuario 2006)*, Napoli, 2010.

Rousseau D., *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in AaVv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010.

Rousseau J.J., *Du contract social ou principes du droit publique* (1762), Bari-Roma, 1997.

Ruggeri A., *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in Dal Canto F., Rossi E. (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di*

studio in ricordo di Alessandra Concaro, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino, 2010.

Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014.

Russel P.H., *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, Toronto, 1993.

Russel P.H., *The Judiciary in Canada. The Third Branch of Government*, Toronto, 1987.

Russel P.H., *The Patriation and Quebec Veto References: The Supreme Court Wrestles with the Political Part of the Constitution*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 54, 1/2011.

Russell P.H., *The Political Role of the Supreme Court in Its First Century*, in *Canadian Bar Review*, vol. 53, 3/1975.

Russell P.H., *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, 1969.

Russell P.H., *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in O'Brien D.M., Russel P.H. (a cura di), *Judicial Independence in the Age of Democracy*, Charlottesville, 2001.

Russell P.H., *Selecting Supreme Court Justices: is Trudeau's sunny way a better way?*, in *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 68, 2017.

Ryder B., *State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion*, in *The Supreme Court Law Review*, vol. 29, 1/2005.

Sacerdoti Mariani G., Reposo A., Patrono M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, II ed., Firenze, 1991.

Saitta A., *Costituenti e costituzioni della Francia liberale e rivoluzionaria: 1789-1875*, Milano, 1975.

Saitta A., *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, Torino, 1952.

Sánchez Barillao J.F., *La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales*, in *Teoría y realidad constitucional*, 23/2009.

Sanders D., *Canada: the First Minister's Conferences on Aboriginal Rights*, in *Aboriginal Law Bulletin*, vol. 1, 27/1987.

Sapiano J., *Courting peace: Judicial review and peace jurisprudence*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, 1/2017.

Scheppele K.L., *Declaration of Independence: Judicial Reaction to Political Pressure*, in Burbank S.B., Friedman B. (a cura di), *Judicial Independence at the Crossroad*, Thousand Oaks, 2002.

Schertzer R., *Quebec Justice as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court of Canada's Federalism Jurisprudence*, in *Publius*, vol. 46, 4/2016.

Schmitt C., *Il custode della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di Caracciolo A., Milano, 1981.

Schönherger C., *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in Jestaedt M., Lepsius O., Möllers, Schönherger C., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlino, 2011.

Schumpeter J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, trad. it. a cura di Zuffi E., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1955.

Schwartz A., Murchison M., *Judicial Impartiality and Independence in Divided Societies: An Empirical Analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina*, in *Law & Society Review*, vol. 50, 4/2016.

Sciannella L.G., *La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Scott A., *Holmes vs Walton: The New Jersey Precedent: A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, in *American Historical Review*, 3/1899.

Scott F.R., *Political Nationalism and Confederation*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science/ Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 8, 3/1942.

Scott S.A., *Pussycat, Pussycat of Patriation and the New Constitutional Amendment Processes*, in *University of Western Ontario Law Review*, vol. 20, 2/1982.

Shapiro M., *Judicialization of Politics in the United States*, in *International Political Science Review*, vol. 15, 2/1994.

Shapiro M., Stone Sweet A., *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, 2002.

Shetreet S., *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in Shetreet S. (a cura di), *Women in Law*, Londra-Cambridge, 1998.

Silvestri G., *La parabola della sovranità*, in Silvestri G., *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005.

- Simeon R., *Aspetti istituzionali del federalismo canadese*, in Aa.Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997.
- Smiley D.V., *Canada in question: federalism in the seventies*, Toronto, 1976.
- Smith M.D., *Race Versus Robe: The Dilemma of Black Judges*, Port Washington-NY, 1983.
- Snell J.G., Vaughan F., *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, 1985.
- Sossin L., *Should Canada Have a Representative Supreme Court?*, in Verrelli N. (a cura di), *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Montreal, 2013.
- Spinelli M.A., *Does Judicial appointment process matter? Il caso della Corte Suprema canadese*, in *federalismi.it*, 5/2016.
- Steiner F., Adamovic M., *Constitution of Bosnia and Herzegovina: Commentary*, Bonn, 2010.
- Stone Sweet A., *Governing with judges: Constitutional Politics on Europe*, Oxford, 2000.
- Strauss D.A., Sustain C.R., *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, in *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992.
- Strazzari D., *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata*, Napoli, 2020.
- Sturzo L., *Opera omnia. Politica di questi anni: consensi e critiche (1951-1953)*, vol. 12, Bologna, 1966.
- Swinton K., *Federalism Under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada*, in *Law and Contemporary Problems*, 1/1992.
- Taillon P., *De la clarté à l'arbitraire: Le contrôle de la question et des résultats référendaires par le parlement canadien*, in *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 20/2014.
- Tarchi R., *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018.
- Tassé J., *Discours de Sir Georges Cartier*, Montréal, 1893.
- Tierney S., *Constitutional Referendums*, Oxford, 2012.
- Tintori G., *Politiche di internamento in Canada durante la Seconda guerra mondiale*, in Dotoli G. (a cura di), *Il Canada tra modernità e tradizione*, Fasano, 2001.
- Tocqueville A., *De la démocratie en Amérique* (1838), trad. it. a cura di Candeloro G., Milano, 1994.
- Toniatti R. (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, Trento, 2022.

Toniatti R., “*Appointing power*” e indirizzo politico: le recenti nomine del Presidente Reagan alla Corte suprema, in *Quaderni costituzionali*, 1/1987.

Toniatti R., *Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in Bagni S., Figueroa Mejía G.A., Pavan G. (a cura di), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo III, Città del Messico, 2017.

Toniatti R., *Il principio del «reflective judiciary» e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali negli organi giurisdizionali degli ordinamenti composti: una ricognizione del fenomeno e primi spunti ricostruttivi*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Trento, 2023.

Toniatti R., *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2020.

Toniatti R., *Introduzione. La rappresentanza politica e la rappresentazione delle minoranze linguistiche e nazionali: le ragioni, i fondamenti, i limiti*, in Toniatti R. (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Trento, 2023.

Toniatti R., *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Toniatti R., *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche: i ladini fra rappresentanza “assicurata” e “garantita”*, in *Le Regioni*, 6/1995.

Toniatti R., *Minoranze (diritti delle)*, voce *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1996.

Toniatti R., *Minoranze e minoranze protette. Modelli costituzionali comparati*, in Bonazzi T., Dunne M., (a cura di) *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994.

Toniatti R., *Minorities and Protected Minorities: Constitutional Models Compared*, in Dunne M., Bonazzi T. (a cura di), *Citizenship and Rights in Multicultural Societies*, Keele, 1995.

Toniatti R., *The Principle of Reflective Judiciary in Divided Societies: Challenges and Opportunities*, in *Diritti Comparati*, 3/2023.

Torre A., *L’intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in Calamo Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Torre A., *La Corte Suprema, probabile Corte Costituzionale del Regno Unito? Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2020.

Torre A., *Le Corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo Giudiziario*, in *DPCE Online*, 4/2020.

Torre A., *Magistratura e potere dello Stato: antiche e moderne esperienze britanniche*, in Gambino S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004.

Torre A., *Regno Unito*, Bologna, 2021.

Tosi D.E., *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli, 2007.

Tremblay A., Bastarache M., *Language Rights (Sections 16-22)*, in Beaudoin G.A., Ratushny E. (a cura di), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto-Calgary-Vancouver, 1989.

Tremblay A., *Diversity in Decline? The Rise of the Political Right and the Fate of Multiculturalism*, Cham, 2019.

Tremblay A., *L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques*, in *Manitoba Law Journal*, vol. 13, 4/1983.

Troper M., *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 1/2005.

Troper M., *The Logic of Justification of Judicial Review*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1., 1/2003.

Turenne S. (a cura di), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems - A Comparative Study*, Berlino, 2015.

Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999.

Tushnet M.V., *New forms of judicial review and the persistence of rights – and democracy – based worries*, in *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003.

Tusseau G., *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in Aa.Vv., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Parigi, 2018.

Tusseau G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica – Les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique methodologique*, Bologna, 2009.

Uberoi V., *Legislating Multiculturalism and Nationhood: The 1988 Canadian Multiculturalism Act*, in *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, vol. 49, 2/2016.

Underhill F.H., *Edward Blake, the Supreme Court and the Appeal to the Privy Council*, in *The Canadian Historical Review*, vol. 19, 3/1938.

- Valdini M.E., Shortell C., *Women's Representation in the Highest Court: A Comparative Analysis of the Appointment of Female Justices*, in *Political Research Quarterly*, vol. 69, 4/2016.
- Vallinder T., *When the Courts Go March In*, in Tate C.N., Vallinder T. (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995.
- Vankovska B., *The Role of the Ohrid Framework Agreement and the Peace Process in Macedonia*, in Bianchini S. et al. (a cura di), *Regional Cooperation, Peace Enforcement, and the Role of the Treaties in the Balkans*, Ravenna, 2007.
- Vanoni L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2017.
- Vignola A., *L'organizzazione e il funzionamento del Tribunale Costituzionale portoghese*, in Costanzo P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996.
- Vipond R., *1867: Confederation*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017.
- Vizioli N., *Il Québec tra Costituzione e prassi*, in *Amministrare*, 1-2/2002.
- Volpe G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.
- Wachsmann P., *Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre*, in *JP Blog*, 23 febbraio 2022.
- Walsh C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, 2009.
- Walsh D., *Constitutional courts as arbiters of post-conflict territorial self-government: Bosnia and Macedonia*, in *Regional & Federal Studies*, vol. 29, 1/2019.
- Walters M.D., *The Aboriginal Charter of Rights: The Royal Proclamation of 1763 and the Constitution of Canada*, in Fenge T., Aldridge J. (a cura di), *Keeping Promises: The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, Montreal, 2015.
- Ward T., *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*, in *Northwest. J. Int. Hum. Rights*, vol. 10, 2/2011.
- Webber J., *Contending Sovereignties*, in Oliver P., Macklem P., Des Rosiers N. (a cura di), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, 2017.
- Weiler P.C., *The Supreme Court of Canada and the Canadian Federalism*, in *Osgoode Law Journal*, vol. 11, 2/1973.

Weller M., Metzger B., Johnson N.P. (a cura di), *Settling self-determination disputes: Complex power-sharing in theory and practice*, Leiden, 2008.

Williams R.A., *Linking Arms Together. American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York-Londra, 1997.

Woehrling J., *L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours*, in Woehrling J., Morin J.Y. (a cura di), *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, I, Montréal, 1994.

Woehrling J., *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 10/1992.

Woehrling J., *Les aspects juridiques d'une éventuelle secession du Québec*, in *Revue du barreau canadien*, 2/1995.

Woelk J., *Il Tribunale costituzionale federale tedesco: "guardiano della Costituzione" e Corte dei diritti*, in Calamio Specchia M. (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

Woelk J., *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Padova, 2008.

Woelk J., *The Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina between Nationalism and European Conditionality*, in Benedizione L., Scotti V.R. (a cura di), *Twenty years after Dayton: the Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina: Proceedings of the Conference*, Roma, 2016.

Young I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton-New Jersey, 1990.

Zagrebelsky G., *Diritto. Legge. Costituzione*, in Aa. Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli, 2004.

Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008.

Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.

Zanon N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.

Zlotkin N.K., *Unfinished business: aboriginal peoples and the 1983 Constitutional Conference*, Kingston, 1983.