

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

IL *SAME-SEX MARRIAGE* NEL QUADRO
DELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE SUPREMA CANADESE

Luca Marfoli

IL SAME-SEX MARRIAGE NEL QUADRO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA CANADESE

Luca Marfoli

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

La decisione sul same-sex marriage assunta dalla Corte suprema in occasione di un'advisory opinion sulla richiesta avanzata dal Governo federale costituisce un interessante occasione per l'analisi delle tecniche utilizzate dal giudice canadese per l'interpretazione costituzionale. Dalla pronuncia del 2004, Re Same-Sex Marriage, emerge l'uso ormai collaudato della living tree doctrine e di una interpretazione evolutiva degli istituti del diritto canadese rispetto ai principi e alle norme costituzionali. La Costituzione canadese elemento organico della vita dell'ordinamento giuridico consente di adattare il contenuto delle norme di legge in relazione alle trasformazioni della società canadese. La pronuncia inoltre offre ulteriori indicazioni sulle tecniche che i giudici costituzionali utilizzano per l'interpretazione delle leggi per valutarne la conformità alla Costituzione.

The decision on same-sex marriage issued by the Canadian Supreme Court on an advisory opinion requested by the Federal Government is a very interesting opportunity for analyzing the techniques used by the Canadian judges for constitutional interpretation. From the decision of 2004, Re Same-Sex Marriage, come out the well-tested use of the living tree doctrine and an evolutive interpretation of the institutes of the Canadian law with respect to the principles and constitutional standards. The Canadian Constitution is an organic one of the life of the Canadian legal system that can also adapt the content of the law in relation to the

transformation of Canadian society. The ruling also provides further guidance on the techniques that judges use to interpret the laws to assess compliance with the Constitution.

Sommario

1. Il seme del *living tree* nella questione sul *same-sex marriage*
2. Il “quadro” normativo sul *same-sex marriage*
3. La discriminazione in base all’orientamento sessuale
4. Il *same-sex marriage*
5. Corte suprema, tutela dei diritti e tecniche interpretative
6. Il *Reference Re Same-Sex Marriage*

1. Il seme del *living tree* nella questione sul *same-sex marriage*

Il *same-sex marriage* in Canada è stato legalizzato il 20 luglio 2005 con l'emanazione del *Civil Marriage Act*¹ il quale ha introdotto una nuova definizione di matrimonio nell'ordinamento canadese: «*the lawful union of two persons to the exclusion of all others*». L'approvazione del provvedimento legislativo è avvenuta tuttavia solo dopo un'*advisory opinion* della Corte suprema, "giudice dei diritti"², che nella pronuncia ha argomentato la propria scelta anche attraverso una nota tecnica di motivazione della giurisprudenza canadese: la *living tree doctrine*, metafora di una interpretazione evolutiva del testo costituzionale in grado di leggere ed adattare il contenuto delle norme in relazione alle trasformazioni della società canadese³.

L'affermazione del matrimonio omosessuale in Canada costituisce il prodotto di una evoluzione giurisprudenziale e legislativa, tanto di livello federale quanto di livello provinciale, realizzatasi intorno al concetto di discriminazione in base all'orientamento sessuale⁴.

¹ *Civil Marriage Act*, SC 2005, c 33, "an act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes", presentato in Parlamento con il Bill C-38 nel febbraio del 2005.

² Sul ruolo della Corte suprema in Canada quale giudice dei diritti, nella dottrina italiana, tra gli altri: GROPPI, *La Corte suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, 82.

³ Sul tema si veda: WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, 2007.

⁴ La prima giurisdizione che in Canada ha proibito la discriminazione in base all'orientamento sessuale nella propria legislazione sui diritti umani è stata quella del Quebec nel 1977 (la *Charter of Human Rights and Freedoms*); cfr. HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, revised june 2005, in *Library of Parliament*, <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0413-e.htm>. Per una ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale: WINTEMUTE, *Equality principle, sexual orientation, discrimination, and*

Le fonti normative che devono essere esaminate in tema di matrimonio omosessuale in Canada sono poste a livello costituzionale e ordinario (federale e provinciale). A livello costituzionale rilevano alcune disposizioni del *Constitution Act* del 1867 e le sec. 1 e 15 – *limitation clause* ed *equality rights provision* – della Carta canadese dei diritti e delle libertà⁵. Il *Constitution Act, 1867* nonostante non si preoccupi di tutelare o definire i concetti di famiglia o matrimonio è di notevole importanza poiché determina la suddivisione delle competenze in queste materie tra i diversi livelli di governo in Canada. In particolare la sec. 91(26) riconosce al Parlamento federale il potere di emanare atti legislativi in materia di «*marriage and divorce*», mentre le sec. 92(12) e 92(13) attribuiscono alla competenza esclusiva delle Province rispettivamente la «*solemnization of marriage*» e i «*property and civil rights*». L'altra fonte costituzionale, la Carta canadese dei diritti e delle libertà, pur offrendo protezione ai diritti e alle libertà di singoli e gruppi risulta essere priva al suo interno di una definizione del concetto di famiglia o matrimonio⁶. L'ordinamento

the Canadian Charter, in E. Ceccherini (a cura di), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milano, 2004, 81.

⁵ La Carta fondamentale canadese è costituita da una pluralità di testi tra cui i *British North America Acts* emanati dal 1867 al 1982, l'ultimo e più importante dei quali – il *Canada Act, 1982* – include il *Constitution Act, 1982*, i cui primi 35 articoli sono costituiti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Sul tema si veda: FRÉMONT, *Le fonti del diritto costituzionale canadese*, in AA.VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, 19; ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., passim.

⁶ Secondo BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 754: «Nonostante il suo impianto volto a tutela di gruppi sociali, la Canadian Charter non riconosce in maniera esplicita la famiglia tra i gruppi sociali degni di protezione. Tale lacuna non è stata casuale, ma frutto di una precisa volontà politica; la Parliamentary Joint Committee on the Constitution, infatti ha motivato l'omissione sostenendo come sarebbe stato troppo difficoltoso inserire il concetto di famiglia a causa della sua non facile definizione, soprattutto con riferimento al multiculturalismo e a orientamenti sessuali di carattere omosessuale».

canadese, infatti, deriva quest'ultimo concetto dalla tradizione giuridica del *common law* che, in particolare, definisce il matrimonio come «*the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others*»⁷. Quest'ultima definizione, ma anche e soprattutto l'*equality clause* (sec. 15) della *Charter*, hanno giocato un ruolo chiave in quella evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha condotto all'affermazione del matrimonio omosessuale. La legislazione ordinaria in tema di *same-sex marriage*, invece, coinvolge non solo l'analisi del *Civil Marriage Act* federale ma anche l'esame di una moltitudine di atti legislativi di livello federale e provinciale, modificati dal legislatore o interpretati dalle corti canadesi, che hanno rappresentato la tela su cui veniva dipinto l'istituto studiato. Tale normativa, tuttavia, non sarà oggetto di analisi del presente elaborato per motivi di spazio.

2. Il “quadro” normativo sul *same-sex marriage*

A livello giurisprudenziale la decisione che ha costituito una prima fondamentale tappa per l'affermazione sia del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, sia del riconoscimento del *same-sex marriage*, è stata quella assunta nel caso Egan del 1995⁸. Qui la Corte suprema ha

⁷ Definizione, di “carattere confessionale”, offerta da Lord Penzance nel celebre caso inglese della *English High Court Probate, Divorce & Admiralty Div.*, *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), L.R. 1 P&D 130; «*si ritiene che il matrimonio come inteso nella cristianità, possa a tal fine essere definito come l'unione volontaria e perpetua tra un uomo e una donna, ad esclusione di ogni altro*» (p. 133). Sul punto si veda HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 715.

⁸ *Supreme Court of Canada, Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. La decisione tuttavia non costituisce il primo caso di *gay equality rights* dovendo ricordare in particolare la pronuncia sul caso Mossop – *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. Sul punto si veda BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*,

in primo luogo chiarito che la sec. 15 della Carta canadese dei diritti e delle libertà non vieta esclusivamente le fattispecie discriminatorie in essa specificamente elencate ma anche quei comportamenti fondati su *analogous grounds* che comportano una discriminazione di carattere sostanziale e non solo formale⁹; quindi ha ricompreso tra i motivi analoghi di discriminazione l'orientamento sessuale¹⁰. Successivamente in *Vriend v. Alberta* (1998)¹¹ la Corte suprema ha affermato, per la prima volta – dando seguito al caso Egan – che il mancato riconoscimento dell'orientamento sessuale quale motivo di discriminazione costituisce una violazione del principio di eguaglianza garantito nella sec. 15 non giustificabile ai sensi della *limitation clause* (sec. 1)¹². Ad una piena equiparazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali si giunge tuttavia solo con *M. v. H.* (1999)¹³ in cui il Giudice supremo

cit., 767. Per un commento al caso Egan: WINTEMUTE, *Discrimination Against Same-Sex Couples: Section 15 (1) of the Charter: Egan v. Canada*, 1995, in *Canadian Bar Review*, 74, 682.

⁹ Si veda: DI BENEDETTO, *Il "Civil Marriage Act": un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, in ROLLA (a cura di), *Eguali ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, Milano, 2006, 114; WINTEMUTE, *Equality principle, sexual orientation, discrimination, and the Canadian Charter*, *cit.*, 82.

¹⁰ «Sebbene la sez. 15(1) della Carta non menzioni l'orientamento sessuale fra gli enumerated prohibited grounds, in *Egan v. Canada* la Corte Suprema ha specificato che esso deve essere considerato un prohibited analogous ground di discriminazione» MONTALTI, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sud Africa: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, 2005, 4821.

¹¹ *Supreme Court of Canada, Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

¹² Secondo BERTOLINI, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, *cit.*, 767: «La Corte riconosce che il negare l'uguaglianza formale a gay e lesbiche non solo era una violazione della sec. 15(1) ma anche un *non resonable limit* ex sec. 1 della Carta».

¹³ *Supreme Court of Canada, M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. Secondo E. Bertolini, *La tutela della famiglia nell'ordinamento canadese*, *cit.*, 767: «Il cuore della questione era se una coppia omosessuale potesse essere

canadese ha rilevato come la definizione di *spouse* (coniuge) nel diritto di famiglia dell'Ontario, riconducibile solo a membri di coppie di sesso opposto, costituisse una violazione della Carta e un grave pregiudizio per la dignità umana implicando una disparità di trattamento, ed una minore protezione, per le coppie omosessuali¹⁴. Nelle decisioni indicate, pertanto, la Corte suprema, da un lato ha ricondotto il *sexual orientation* nell'alveo della sec. 15, con conseguente applicabilità (esclusa in *Vriend e M. v. H.*) della *limitation clause*¹⁵, dall'altro lato ha chiarito come la discriminazione in base all'orientamento sessuale possa violare la dignità umana.

3. La discriminazione in base all'orientamento sessuale

Il riconoscimento da parte del Giudice supremo dell'orientamento sessuale quale fattore discriminatorio ha condotto sia il Legislatore federale che le Assemblee legislative provinciali ad apportare modifiche al loro apparato normativo per uniformarsi al dettato giurisprudenziale della Corte¹⁶. Tuttavia il Parlamento, forse

considerata come una famiglia e, conseguentemente, se la definizione di spouse applicabile solo ad individui di sesso opposto violasse la Charter».

¹⁴ Ulteriore conferma dell'indirizzo adottato dalla Corte suprema in tema di orientamento sessuale è contenuta nella decisione *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* [2000] 2 S.C.R. 1120.

¹⁵ Canadian Charter of Rights and Freedoms, sec. 1; si veda: JACKMAN, *Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1996, 661; HIEBERT, *The Evolution of the Limitation Clause*, *Osgoode Hall L.J.*, 1990, 104.

¹⁶ A livello federale, ad esempio, nel 1999 sono stati introdotti i primi benefici in favore delle coppie omosessuali con una modifica alla legge sulle pensioni (*Bill C-78, Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34). A livello provinciale si richiamano invece: la *Quebec's Assemblée* nazionale ha adottato all'unanimità la *Loi modifiant diverses*

temendo un “possibile attacco” all’istituto del matrimonio come concepito nel *common law*, poco dopo la decisione del caso *M. v. H.* (1999) ha voluto ribadire «*that marriage is and should remain the union of one man and one woman to the exclusion of all others*»¹⁷. La posizione del Parlamento canadese deve essere concepita come una prima reazione al riconoscimento della Corte suprema della piena equiparazione dei diritti tra coppie omosessuale e coppie eterosessuali. Tale presa di posizione del Parlamento canadese è stata espressa anche nel *Modernization of Benefits and Obligations Act* (2000)¹⁸, che ha emendato ben 68 leggi federali al fine di consentire alle coppie omosessuali di godere degli stessi diritti e prerogative sociali riconosciuti alle coppie eterosessuali non sposate. Nonostante fosse stata riconosciuta una equiparazione nei diritti e nei doveri tra coppie di fatto omosessuali ed eterosessuali a livello giurisprudenziale e legislativo l’istituto matrimoniale rimaneva una “prerogativa eterosessuale”.

dispositions législatives concernant les conjoints de fait, S.Q. 1999, c.14, attraverso cui la definizione di *de facto spouse* è stata modificata in 28 leggi; l’*Act to amend certain statutes because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H.*, S.O. 1999, c. 6, approvato in Ontario; il *Definition of Spouse Amendment Act*, 2000, S.B.C. 2000, c. 24, della *British Columbia’s Legislative Assembly*.

¹⁷ V. House of Commons, *Debates*, 8 june 1999 «*Following the M. v. H. decision, by a vote of 216 55, the House of Commons adopted an opposition motion that “it is necessary, in light of public debate around recent court decisions, to state that marriage is and should remain the union of one man and one woman to the exclusion of all others, and that Parliament will take all necessary steps within the jurisdiction of the Parliament of Canada to preserve this definition of marriage in Canada*», HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, cit., 7.

¹⁸ S.C. 2000, c. 12. Si veda DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 122.

4. Il *same-sex marriage*

Il problema del riconoscimento del *same-sex marriage* è stato affrontato dalle corti canadesi sin dall'entrata in vigore della *Charter of rights and freedoms* ma attraverso il richiamo a due storici precedenti inglesi, *Hyde v. Hyde* (1866) e *Corbett v. Corbett* (1970), ha ottenuto sempre esito negativo¹⁹. In particolare deve essere richiamato il caso deciso dalla corte provinciale dell'Ontario, *Layland v. Ontario* (1993), in cui la maggioranza ha stabilito che «*under the common law of Canada applicable to Ontario a valid marriage can take place only between a man and a woman and that persons of the same-sex do not have the capacity to marry one another*»²⁰. Nella decisione il giudice Southey (per la maggioranza) attraverso un ragionamento tautologico, ha affermato che «le unioni tra persone dello stesso sesso non sono “matrimonio” a causa della

¹⁹ *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866), *cit*; *Court of Divorce & Matrimonial Causes Corbett v. Corbett* (no.2), [1970] 2 All. E.R. 33. Quest'ultimo caso ha ribadito quanto affermato da Lord Penzance ma attraverso una “connotazione laica”. Di fatti la definizione di matrimonio offerta in *Hyde v. Hyde* risentiva della influenza della tradizione e cultura cristiana, preponderante in quell'epoca. Nel caso *Corbett v. Corbett* il riferimento all'elemento religioso è meno evidente. Si veda: MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, 2008, 69.

²⁰ *Ontario Divisional Court, Layland v. Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*, (1993) 104 D.L.R. (4th) 214. Nella decisione deve segnalarsi la posizione dissenziente del giudice Greer per il quale «*la common law e il diritto di provenienza legislativa devono entrambi cambiare al fine di incontrare le esigenze mutevoli della società*» (*Greer dissenting*, p. 236-237) e «*gli eterosessuali non risulterebbero lesi o comunque limitati dall'estensione del diritto al matrimonio a gay e lesbiche*» (*Greer dissenting*, p. 233) MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, *cit.*, 78. Si veda anche: DAVIS, *Canadian Same-Sex Marriage Litigation: Individual Rights, Community Strategy*, in *University of Toronto Faculty Law Review*, 2008, 101.

definizione stessa di matrimonio [e] lo scopo principale del matrimonio non può, di base, essere perseguito in un'unione omosessuale a causa delle limitazioni biologiche di tale unione»²¹. Nel caso di specie il giudice dell'Ontario, infine, ha fatto riferimento anche ad un *pre-charter case* *North v. Matheson* (1974)²² deciso anch'esso in base ai precedenti inglesi richiamati.

Il dibattito di fine secolo animato dalla giurisprudenza della Corte suprema sulla discriminazione in base all'orientamento sessuale ha tuttavia reso fertile il terreno di un successivo cambiamento nella concezione dell'istituto matrimoniale in Canada. Tre decisive pronunce di altrettanti giudici provinciali, ad inizio del nuovo secolo si sono rivelate prodromiche all'approvazione a livello federale del *Civil Marriage Act* (2005)²³. Nei casi *EGALE*, *Halpern* e *Hendricks* alcune corti d'appello provinciali hanno ritenuto che l'esclusione delle coppie omosessuali dalla definizione di matrimonio costituisce una violazione della *equality clause* della Carta dei diritti e delle libertà²⁴.

²¹ MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, 378.

²² *Manitoba County Court, North v. Matheson* (1974), 24 R.F.L. 112 (Man. Co. Ct.). «Perhaps the first reported Canadian decision on sexual orientation discrimination outside the criminal law ... Given that same-sex sexual activity had been decriminalized only five years before, it is not surprising that the claim failed» WINTEMUTE, *Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and its Limits*, in *McGill Law Journal*, 2004, 1143.

²³ Parte della dottrina ritiene che il la vicenda del matrimonio omosessuale in Canada abbia origine proprio da tali decisioni, che costituiscono il "salto" dal tema della discriminazione in base all'orientamento sessuale a quello del *same-sex marriage*: HURLEY, *Sexual Orientation and Legal Rights: a Chronological Overview*, cit. 9; GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, in *La «Società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del Seminario, Ferrara, 26 febbraio 2010, Torino, 2010, 171.

²⁴ *British Columbia Court of Appeal, EGALE Canada v. Canada* (Attorney General), [2003] 225 D.L.R. (4th) 472; *Court of Appeal for Ontario, Halpern v. Canada*, [2003] 225 D.L.R. (4th) 529; *Quebec*

In tutti e tre i casi l'illegittimità della *opposite sex definition marriage* è intervenuta in primo grado, ma solo nel caso *EGALE* la Corte di appello competente ha ritenuto di correggere la posizione del giudice di primo grado che aveva ritenuto applicabile la sec. 1 della *Charter*. In *EGALE*, infatti, la *British Columbia Supreme Court*²⁵ aveva considerato «un “limite ragionevole” alla piena applicazione del principio di uguaglianza la diversità biologica delle coppie omosessuali, che, al contrario di quelle eterosessuali, non sono in grado di procreare»²⁶. Il cambiamento in atto è stato quindi colto dal governo federale che anziché impugnare tali decisioni ha predisposto un progetto di legge presentato alla Corte suprema canadese affinché potesse esprimere la propria opinione sulla sua legittimità²⁷.

Court of Appeals, Hendricks and Leboeuf v. Québec, 19.03.2004 (che ha confermato: *Québec Cour Supérieure, Hendricks v. Québec (Procureur General)*, [2002]). Le corti nell'esame delle diverse legislazioni provinciali hanno potuto esprimersi in tal senso poiché il matrimonio non è definito né a livello costituzionale né nella legislazione ordinaria. Sulle decisioni si veda: WALTERS, *Incorporating common law into the Constitution of Canada: EGALÉ v. Canada and the status of Marriage*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 41, 2003, 75; CASWELL, *Same sex couples: marriage vs. civil unions, registered domestic partnerships or registered common-law relationship*, in CECCHERINI, cit., 121; LLOYD, *Defining Marriage, Step One: EGALÉ v. Canada*, in *Alberta Law Review*, 2002, 963; LOOSEMORE, *EGALÉ v. Canada: The Case for Same-Sex Marriage*, in *University of Toronto F. L. R.*, 2002, 43; CHAPMAN, *Halpern v. Canada (A.G.)*, [2002] O.J. No. 2714 (Ont. Div. Ct.), in *Canadian Journal of Family Law*, 2002, 423.

²⁵ La *British Columbia Supreme Court* – nonostante il nome – rappresenta uno dei giudici di primo grado del sistema giudiziario della Provincia, in particolare è una *Superior Court*; per maggiori indicazioni sul sistema giudiziario canadese si rinvia alla nota n. 27 seguente, nonché alla nota n. 17 di VIZIOLI, *La nomina dei giudici della Corte suprema del Canada*, in corso di pubblicazione in DPCE, 2011.

²⁶ DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 124.

²⁷ Con riferimento al sistema giudiziario del Canada, il *British North America Act* suddivide la competenza tra la federazione e le province in un sistema totalmente differente da quello statunitense. La giurisdizione

5. Corte suprema, tutela dei diritti e tecniche interpretative

In Canada solo in tempi relativamente recenti si sono formate tutte le condizioni necessarie per la creazione di un sistema di giustizia costituzionale²⁸. Con l'approvazione del *Constitution Act* del 1982, il Canada si è dotato di una Costituzione che afferma la propria supremazia su tutte le altre fonti del diritto ed ha costituzionalizzato un catalogo di diritti, la Carta dei diritti e delle libertà, di cui la Corte suprema è divenuta il principale "portavoce"²⁹. In un sistema di giustizia costituzionale di tipo diffuso, la Corte suprema canadese – al vertice del potere giudiziario – ha gradualmente abbandonato «l'atteggiamento di *deference* verso le decisioni adottate dalle Assemblee legislative per intraprendere un attivismo interpretativo nella garanzia dei

a livello provinciale in materia civile e penale è ripartita tra: le *Provincial Courts*, che si occupano generalmente, in prima istanza, di diritto di famiglia e casi di minore rilevanza; le *Superior Courts*, cui è assegnata invece una giurisdizione di prima istanza di carattere residuale; le *Provincial Court of Appeal*, cui si ricorre in appello avverso le decisioni delle corti provinciali e superiori. A livello federale le decisioni delle Corti provinciali, che interpretano tanto il diritto provinciale quanto quello federale, possono essere impugnate di fronte alla Corte suprema federale. Sul tema si veda: GROPPI, *Canada*, il Mulino, 2006. 134; MORTON, *Law, politics, and the judicial process in Canada*, Calgary, 2002, *passim*.

²⁸ Secondo GROPPI, *La Corte suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, cit., 63: «è soltanto nel 1982, con l'approvazione del *Canada Act* e del *Constitution Act* da parte del Parlamento del Regno Unito, a seguito di una risoluzione del Parlamento di Ottawa, che si realizza in Canada la condizione giuridico-formale essenziale per la compiuta creazione di un sistema di giustizia costituzionale».

²⁹ La *Charter of Rights and Freedoms* ha rappresentato un vero e proprio *turning point* della storia costituzionale canadese, secondo l'espressione utilizzata da ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge, 1991, 34 ss., che propone un esame della storia costituzionale statunitense.

diritti fondamentali codificati nella *Charter*»⁵⁰. Ai fini del presente scritto, ci limiteremo ad offrire un saggio di alcune delle tecniche usate dal giudice costituzionale per l'interpretazione della Costituzione, per lo più incentrate sulla Carta dei diritti e delle libertà.

Il carattere indeterminato, talvolta generale ed astratto, e l'uso di una terminologia che si presta ad interpretazioni differenti, delle norme contenute nella *Charter*, nonché la natura e l'eterogeneità dei diritti in essa positivizzati, ha portato la Corte suprema ad adottare ed elaborare alcuni principi e tecniche interpretative in grado di dare significato a quei diritti e di tracciare linee guida per il riconoscimento dei provvedimenti ad essi contrari. L'attività interpretativa che il giudice costituzionale compie nel valutare la conformità delle leggi alla *Charter* può essere scandita in due fasi le cui regole sono state determinate dalla Corte suprema canadese in alcune decisioni. In un primo momento il giudice deve dare un significato concreto al diritto o libertà che si presume violato al fine di valutare la legittimità del provvedimento legislativo impugnato rispetto alla Carta; nel caso in cui rilevi la violazione, quindi, deve decidere se la stessa possa dirsi ragionevolmente giustificabile in una società libera e democratica come

⁵⁰ TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 88. La Corte suprema canadese «constitutional mediator nei confronti degli altri organi costituzionali e ... centro di equilibrio dei rapporti tra federazione e province» ha il compito di dichiarare «ogni legge incompatibile con le disposizioni della Costituzione è ... nella misura dell'incompatibilità, senza forza o effetto» (art. 52, *Canada Constitution Act*, 1982), G. D'Ignazio, *I principi immodificabili della Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, 180.

quella canadese secondo il dettato della *section 1* della *Charter*³¹.

Tra le tecniche e i principi interpretativi sviluppati dalla Corte suprema in una prima fase del processo interpretativo possono essere richiamate la *generous interpretation* e la *purposive interpretation*, corollari della *living tree doctrine*, già richiamata e meglio descritta nel prossimo paragrafo.

La *generous interpretation* trova le proprie origini nel c.d. “*Persons*” case – *Edwards v. Canada* (1930) – ma è stata esplicitamente enunciata in un momento successivo in *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984)³². Questo principio consiste nel garantire una «*large and liberal interpretation*» per le disposizioni costituzionali³³. Il “*purposive approach*”

³¹ La *section 1* della *Charter* c.d. *limitation clause*, subordina l’attuazione dei diritti e delle libertà codificati «solo a quei limiti ragionevoli disposti dalla legge che possano giustificarsi in una società libera e democratica». Sulla interpretazione della *Charter* si veda: TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 91; F. Jacobucci, *Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten years*, in BEATTY, *Human Rights and Judicial Review: a Comparative Perspective*, Dordrecht, 1994, 110.

³² *Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Nella decisione è richiamata anche una pronuncia del *Privy Council* riferita al territorio d’oltremare britannico delle Bermuda, *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, in cui «*Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document “sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character”, and that as such, a constitution incorporating a Bill of Rights calls for: ...a generous interpretation avoiding what has been called “the austerity of tabulated legalism,” suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to Bermuda*».

³³ *Supreme Court of Canada, Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124. Sul punto: HOGG, *Constitutional Law, Student Edition*, Scarborough, 2008, 412, 746, il quale rileva che: «*for Lord Sankey in Edwards v. A.-G. Can. (1930), the primary implication of his living tree metaphor was that a Constitution should receive a generous interpretation*». Si veda anche *Supreme Court of Canada, R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 117: «*The interpretation should be, as*

– o metodo cd. “finalistico” – è invece il principio per il quale ogni diritto o libertà deve essere interpretato alla luce dell’analisi «*of the purpose of such guarantee*»³⁴. La Corte suprema nel caso *Southam* ha affermato che la Costituzione canadese è «redatta con un occhio al futuro»³⁵ e quale “*puppositive document*” deve essere interpretata in modo ampio e liberale, flessibile ed evolutivo, in considerazione degli scopi e degli interessi che si vogliono garantire³⁶. La seconda fase del processo interpretativo evidenziato coinvolge l’esame della *sec. 1* della *Charter* – c.d. *limitation clause* – e del *landmark case R. v. Oakes* (1986) in cui è stato realizzato un test per verificare l’applicabilità della *sec. 1*³⁷. L’*Oakes test*, nonostante i successivi aggiustamenti rispetto alla sua introduzione, rappresenta oggi il principale punto di riferimento per l’autorità giudiziaria canadese nell’interpretazione e applicazione delle disposizioni della Costituzione in tema di diritti, libertà e loro limitazioni, secondo un principio di proporzionalità. L’essenza del test articolato in tre fasi – *rational connection, minimal*

the judgment in Southam emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection».

³⁴ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, cit., 116. Sul punto si veda anche: MILLER, *The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, cit., 339.

³⁵ *Supreme Court of Canada, Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 155.

³⁶ Si veda *R. v. Big M Drug Mart*, cit., par. 116. Sul punto TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti*, cit., 91.

³⁷ *Supreme Court of Canada, R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. «*L’art. 1 e l’Oakes test sono delineati per raggiungere un giusto equilibrio tra la rule of law, il ruolo di tribunali, Parlamento o legislatori, ed esecutivi, e la vita democratica del paese*», *Supreme Court of Canada, Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, 187.

impairment, proportionate effect – si trova nella legittimità degli obiettivi e nella proporzionalità dei mezzi⁵⁸.

Ulteriori tecniche interpretative caratterizzano l'esame delle disposizioni costituzionali sulla ripartizione dei poteri tra Parlamento e legislatori provinciali. La Corte suprema anche nel caso del *same-sex marriage* si è soffermata sulle sec. 91 e 92 del *Constitution Act, 1867* in cui sono stilati due elenchi di materie che secondo un criterio di "exclusiveness" appartengono o alla autorità legislative del Parlamento o alla legislazione esclusiva delle Province. La distribuzione dei poteri tra il Parlamento federale e i Legislatori provinciali è esaustiva – "Exhaustiveness" – pertanto lo spazio per una competenza concorrente tra i due livelli legislativi è estremamente limitato⁵⁹. Ciononostante nella prassi legislativa possono crearsi conflitti di competenza tra i due livelli di formazione delle leggi. Tali conflitti possono essere risolti attraverso la c.d. *pith and substance doctrine* per la quale, se l'essenza di una legge rientra all'interno di una materia regolata dalla lista del corpo legislativo che l'ha adottata, la legge è valida e

⁵⁸ Per Chief Justice Dickson – estensore della decisione *R. v. Oakes* – per stabilire se il limite di cui all'art. 1 della Carta rispetta i requisiti posti dal Costituente devono essere soddisfatti due "criteri centrali": il primo prevede che «l'obiettivo che sono dirette a raggiungere le misure responsabili del limite posto a un diritto o una libertà della Charter, deve essere "di sufficiente importanza per giustificare l'override di un diritto o una libertà costituzionalmente protetta"»; il secondo criterio, soddisfatto il primo, impone che «la parte che invoca l'art.1 deve dimostrare che i mezzi scelti siano ragionevoli ed evidentemente giustificati» ed a tal fine il test è articolato in tre importanti componenti il cui esito positivo – di ognuna di esse – determina la legittimità della restrizione: *rational connection, minimal impairment, e proportionate effect*.

⁵⁹ Sul punto si veda: HOGG, *Constitutional Law, cit.*, 401 il quale rileva che «la totalità del potere legislativo è distribuita tra il parlamento federale e i Legislatori provinciali».

non può essere obiettato che essa incidentalmente regoli anche una materia che ricade all'interno di un'altra lista⁴⁰. In ultimo deve essere ricordato l'uso del precedente nel diritto canadese che traspare già dall'esame delle tecniche sopra indicate e si rende particolarmente interessante quando riferito a casi stranieri⁴¹. In particolare deve ricordarsi il ricorso alla giurisprudenza della vicina Corte suprema statunitense⁴², e in alcuni casi persino alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁴³. Inoltre, come sopra osservato, a lungo il ricorso a precedenti inglesi ha escluso la configurabilità del same-sex marriage in Canada.

⁴⁰ HOGG, *Constitutional Law, cit.*, 409; «it is important to recognize that this “pith and substance” doctrine enables one level of government to enact laws with substantial impact on matters outside its jurisdiction». L'espressione sembra sia stata formulata per la prima volta in *Judicial Committee of the Privy Council, Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 ed è stata ripresa dalla Corte suprema in *R v Morgentaler* [1993] 3 SCR 463. La “pith and substance” doctrine è utilizzata anche da altre corti, si veda: BLACKSHIELD, *Working The Metaphor : The Contrasting Use Of “Pith And Substance” in Indian and Australian law*, in *Journal Of Indian Law Institute*, 2008, 518.

⁴¹ Si veda: LA FOREST, *The use of American precedents in Canadian courts*, *Maine Law Review*, 1994, 211.

⁴² Si veda: *R. v. Big M Drug Mart Ltd, cit.*, 295; GENTILI, *Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada. An Empirical Study*, in GROPPI, PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londra, 2012, in corso di pubblicazione; HOGG, *Constitutional Law, cit.* 948; G. V. La Forest, *The use of American precedents in Canadian courts, cit.*; EISGRUBER, ZEISBERG, *Religious freedom in Canada and the United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 244.

⁴³ Si veda: *Supreme Court of Canada, Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, cit.*, 567, in cui la Corte richiama un caso della Corte europea dei diritti umani, *Kokkinakis v. Greece*.

6. Il *Reference Re Same-Sex Marriage*

Le decisioni assunte dalle Corti di appello nei casi *EGALE*, *Halpern* e *Hendricks* sopra richiamati, non furono impugnate dal Governo canadese di fronte alla Corte suprema, ma fu presentato in Parlamento un disegno di legge per una definizione del matrimonio che non escludesse le coppie omosessuali e non pregiudicasse la libertà dei ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni contrari al proprio credo⁴⁴. Prima che fosse presentato il *draft* legislativo alla House of Commons, il Governo ha chiesto alla Corte suprema di esprimersi sulla sua legittimità costituzionale con una *advisory opinion*. Questo strumento, che nel diritto canadese assume il nome di *reference*, è disciplinato alla sec. 53 del *Supreme Court Act* (1985)⁴⁵ e consiste nella «possibilità per il Governatore generale⁴⁶ (*Governor in Council*) – vale a dire per il Governo – di chiedere alla Corte un’*advisory opinion* su di una “*important questions of law or fact*” riguardante l’interpretazione delle fonti costituzionali, la legittimità e l’interpretazione di una qualunque legge federale o provinciale, la giurisdizione di appello in materia di

⁴⁴ Il Bill C-38, è stato presentato alla House of Commons nel febbraio 2005 ed approvato nel luglio dello stesso anno. Il *draft* è costituito da due articoli: «1. *Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others.* 2. *Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in accordance with their religious beliefs*».

⁴⁵ *Supreme Court Act* (R.S.C., 1985, c. S-26), sec. 53, «*The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact ... [and] it is the duty of the Court to hear and consider it and to answer each question so referred*». Sul punto: HOGG, *Constitutional Law*, cit. 257.

⁴⁶ A proposito di questo organo, cfr. MCWHINNEY, *The Governor General and the Prime Ministers. The Making and Unmaking of Governments*, Vancouver, Ronsdale Press, 2005. Di recente, nella dottrina italiana, OLIVETTI, *La nomina di David Johnston come nuovo Governatore Generale del Canada*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, 1493 ss.

istruzione, i poteri dei Parlamenti e dei Governi federali e provinciali (art. 53, c. 1 del *Supreme Court Act*) e qualunque altra questione ritenuta importante dal Governo (art. 53, c. 2)⁴⁷. Nonostante la Corte suprema in tale occasione espliciti più una funzione consultiva che giurisdizionale, le decisioni assunte dal supremo giudice costituzionale hanno dimostrato di avere un forte peso su tutta la giurisprudenza costituzionale successiva. Attraverso la procedura del *reference* sono stati trattati temi di notevole importanza per il diritto costituzionale canadese, come la *patriation* della Costituzione o la secessione del Quebec⁴⁸ ed è stato definito anche il tema del matrimonio omosessuale.

Nel *Reference Re Same-Sex Marriage*, il Governo aveva sottoposto alla Corte quattro quesiti. Con il primo quesito è stato chiesto alla Corte suprema se la disciplina della capacità giuridica a contrarre il matrimonio di cui alla *sec. 1* del *draft* legislativo rientrasse nella competenza legislativa esclusiva del Parlamento, la cui autorità legislativa è sancita per le materie indicate nella *sec. 91* del *Constitution Act, 1867*. Il problema nasceva, come sopra accennato, da un lato dal regime di ripartizione delle competenze legislative tra Parlamento nazionale ed Assemblee legislative

⁴⁷ VIZIOLI, *La nomina dei giudici della Corte suprema del Canada*, cit.; l'autore evidenzia anche che «la possibilità di chiedere il parere della Corte (ma su un ambito decisamente più ristretto) è prevista anche per le due camere dall'art. 54 del *Supreme Court Act* secondo cui "the Court, or any two of the judges, shall examine and report on any private bill or petition for a private bill presented to the Senate or House of Commons and referred to the Court under any rules or orders made by the Senate or House of Commons"».

⁴⁸ Sul tema si veda: GROPPI, *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, cit., 19; ROSA, *La Corte suprema di fronte alla patriation della Costituzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, cit., 51.

provinciali sancito dalla Costituzione⁴⁹, dall'altro lato dalla assenza a livello costituzionale di una definizione di matrimonio⁵⁰. La Corte suprema ha ritenuto la sec. 1 del *draft* «*intra vires Parliament*» e la sec. 2 «*ultra vires Parliament*» - cioè rispettivamente “di competenza” e “oltre la competenza” del Parlamento – facendo ricorso alla *pith and substance doctrine*, alla *living tree metaphor* e al *principle of exhaustiveness*.

Attraverso la *pith and substance doctrine* la Corte suprema ha determinato la principale e più rilevante caratteristica della sec. 1 del *Proposed Act* nella capacità giuridica di contrarre matrimonio, che come già riconosciuto in *Re Marriage Laws* (1912) appartiene alla competenza esclusiva del Parlamento federale⁵¹. Quindi, attraverso lo stesso procedimento ha affermato che la sec. 2 rientra nell'ambito della *solemnization of marriage*, appartenente alla competenza legislativa delle Province.

La *living tree doctrine* ha invece consentito al Giudice supremo una interpretazione evolutiva dell'istituto matrimoniale tale da rendere legittima la definizione offerta nel *draft* e superare la *common law definition of “marriage”* enucleata in *Hyde v. Hyde* (1866). Quest'ultima, a parere della Corte, era infatti legata ad una società in cui il matrimonio e la religione «*were thought to be inseparable*» e non può dirsi pertanto adatta all'attuale

⁴⁹ Come già detto, il *Constitution Act, 1867* attribuisce alla competenza legislativa del Parlamento la materia del «*marriage and divorce*», sec. 91(26) ed alle Assemblee legislative provinciali quella della «*solemnization of marriage in the provinces*», sec. 91(12).

⁵⁰ Come ha riconosciuto la stessa Corte suprema secondo cui «*the meaning of marriage is not constitutionally fixed*», *Reference Re Same-Sex Marriage, cit.*, 20.

⁵¹ Nella decisione *Re Same-Sex Marriage* al par. 18 la Corte, richiamandosi al precedente *Re Marriage Laws* (1912), 46 S.C.R. 132 ha individuato in quale “*head of power*” la disposizione ricade, indicando il Parlamento federale in base alla sec. 91(26) del *Constitution Act, 1867*. Sul punto: HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage, cit.* 717.

carattere pluralista della società canadese⁵². La dottrina del *living tree*, attraverso una lettura del dato sociologico, accanto a quello giuridico preminente, ha consentito un'interpretazione del concetto di matrimonio nell'ordinamento giuridico canadese non cristallizzato nel dato storico ma plasmato sull'evoluzione della società⁵³. La *opposite-sex definition of marriage* della tradizione di *common law* non può essere rappresentata come un *natural limit* alla crescita del *constitutional living tree* canadese⁵⁴. Come evidenziato in parte anche dalla giurisprudenza su richiamata, la *living tree doctrine*, metafora di una interpretazione costituzionale evolutiva che ha totalmente oscurato le opposte teorie originaliste⁵⁵, rappresenta una

⁵² *Re Same-Sex Marriage*, cit., 22; «The “frozen concepts” reasoning runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life»; Si veda: G. HUSCROFT, *The Trouble with Living Tree Interpretation*, in *University of Queensland Law Journal*, 2006, 3.

⁵³ «If the newly planted “living tree” which is the Charter is to have the possibility of growth and adjustment over time, care must be taken to ensure that historical materials, such as the Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee, do not stunt its growth», Justice Antonio Lamer, *Supreme Court of Canada, Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Si veda anche: JACKSON, *Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 2006, 921, «In Canada, a widely used metaphor is of their Constitution as a “living tree.” The idea of a “living tree” may better embrace the multiple modalities – text, original intentions, structure and purpose, precedent and doctrine, values and ethos, prudential or consequentialist concerns – of contemporary constitutional interpretation. It suggests that constitutional interpretation is constrained by the past, but not entirely. ... The tree is rooted in past and present institutions, but must be capable of growth to meet the future».

⁵⁴ Si fa qui riferimento alla definizione proposta da Lord Sankey L.C. nel *Persons case*.

⁵⁵ Si veda sul punto, MILLER, *The “Living Tree” and Originalist Constitutional Interpretation in Canada*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2009, 331, per il quale «Constitutional

delle tecniche interpretative più rilevanti nel diritto canadese. Secondo questa teoria di *progressive interpretation* la Costituzione è qualcosa di organico – di vivo – che deve ricevere una lettura ampia ed evolutiva tale da adattarla al cambiamento dei tempi e della società. Le origini di questa tecnica risalgono alla celebre decisione della Corte suprema canadese *Edwards v. Canada* (1930) – c.d. “*Persons*” case già citato – in cui Lord Sankey affermò che il «*British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*»⁵⁶. Alla tecnica della *living tree* devono poi essere riconnessi i due *interpretative commitments* sopra esaminati: la *generous interpretation* e la *purposive interpretation*.

Il principio di esaustività costituisce invece l'elemento che chiude il cerchio del ragionamento offerto dalla Corte che ritiene che non essendo possibile un vuoto legislativo nella ripartizione delle competenze tra Parlamento e Assemblee legislative provinciali, e non potendo riconoscersi la competenza di queste ultime sul *same-sex marriage* in base alle sec. 92(12) e 92(13), la «s. 91(26) most aptly subsumes it»⁵⁷.

Con il secondo quesito è stato richiesto alla Corte se l'estensione della capacità di contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso come introdotta dalla sec. 1 del *draft*, fosse compatibile con i principi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In tale occasione la Corte suprema ha rilevato la compatibilità tra la definizione di matrimonio di cui alla sec. 1 del *draft* e la *Charter*, e ciò anche attraverso una lettura del preambolo del provvedimento da cui si desume l'intento del legislatore di sciogliere i nodi che i giudici provinciali avevano creato

interpretation in Canada is dominated by the metaphor of the “living tree”».

⁵⁶ *Supreme Court of Canada, Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124. Sul punto: HOGG, *Constitutional Law, cit.*, 412.

⁵⁷ *Re Same-Sex Marriage, cit.*, 34.

intorno al carattere discriminatorio della vigente nozione di matrimonio⁵⁸. Il Giudice supremo si è anche soffermato sugli effetti che la nuova definizione produrrebbe sul principio di eguaglianza di gruppi religiosi (sec. 15.1) e sulla stessa libertà religiosa (sec. 2a). La Corte ha affermato che «il mero riconoscimento dei diritti di eguaglianza ad un gruppo non può, di per sé, costituire una violazione dei diritti di un altro» (gruppo) ed il contrasto con la libertà religiosa non può essere provato, ma sarebbe comunque risolto in base alla tecnica del bilanciamento dei diritti⁵⁹. Il secondo quesito rappresenta lo spunto per esaminare il comportamento tenuto dalla Corte suprema nel dare risposta alle questioni sottopostegli. Il giudice supremo infatti nella prima parte della propria *advisory opinion*, laddove gli veniva chiesto di esprimersi sulla competenza del legislatore federale ha operato un'analisi approfondita del concetto di matrimonio e dell'opportunità di una interpretazione evolutiva dell'istituto. Nella seconda parte della decisione, invece, laddove veniva rivolto il problema più rilevante, la Corte si è limitata ad una poco approfondita analisi sugli effetti del matrimonio omosessuale sui diritti e le libertà garantite dalle sec. 15 e 2 della Charter, passando semplicemente in rassegna i dubbi sollevati sul rispetto della libertà religiosa. Quello che si vuole evidenziare è che la Corte si è probabilmente sottratta da un esame profondo sul rapporto tra la definizione di matrimonio proposta nel *draft* ed i principi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* per gli stessi motivi per cui – come evidenziato più avanti – ha evitato di rispondere all'ultima questione proposta. Utilizzando adeguatamente lo

⁵⁸ *Re Same-Sex Marriage, cit.*, 41. Si veda: DI BENEDETTO, *Il "Civil Marriage Act": un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa, cit.*, 129.

⁵⁹ Sul tema si veda: DICOSOLA, *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del duty of accommodation*, in ROLLA (a cura di), *Eguali ma diversi, cit.*; HOGG, *Constitutional Law, cit.* 754.

strumento dell'*advisory opinion* la Corte suprema ha ritenuto opportuno non dare un "taglio giurisdizionale" alla propria opinione, senza precludere in tal modo la possibilità di decidere in futuro sul problema dell'effettivo bilanciamento dei diritti con l'istituto del matrimonio omosessuale e lasciando al legislatore la libertà di decidere sull'opportunità di adottare o meno il provvedimento legislativo proposto.

Il tema della libertà religiosa e l'eventuale contrasto con la nuova definizione di matrimonio è ripreso poi dalla Corte nella risposta al terzo quesito, in cui è sollevato il problema della celebrazione di *same-sex marriages* da parte di ministri di culto contro la loro fede religiosa. Qui è stato richiesto al Giudice supremo se nella libertà religiosa prevista dalla *sec. 2* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* fosse ricompresa la facoltà per i ministri di culto di rifiutarsi di celebrare un matrimonio tra persone dello stesso sesso qualora questo fosse entrato in contrasto con la propria fede religiosa. Il Giudice di Ottawa, sul punto ha in primo luogo chiarito che le nuove disposizioni legislative riguardano il matrimonio civile, quindi, ha ritenuto che, in astratto, un obbligo in tal senso non solo violerebbe la Carta ma non potrebbe neanche essere giustificato dall'applicazione della *limitation clause*. In questo caso l'opinione della Corte è stata chiara e costituisce forse un monito per future decisioni del legislatore.

Nell'ultimo quesito, invece, la Corte suprema chiamata a sindacare circa la legittimità dell'*opposite-sex requirement* nel matrimonio rispetto alla *Charter* si è astenuta dal rispondere. La Corte, infatti, ha preferito non rispondere, lasciando inalterata la possibilità di adottare la nuova definizione di matrimonio da parte del legislatore federale⁶⁰.

⁶⁰ L'ultimo quesito era stato sottoposto alla Corte in un secondo momento, rispetto alla richiesta di *advisory opinion*, inizialmente articolata su tre quesiti. Parte della dottrina ha rilevato come, quest'ultimo quesito avrebbe rappresentato la vera questione che sarebbe stata sottoposta alla Corte se i casi *EGALE*, *Halpern* e

La Corte ha ritenuto che «una pronuncia sul quarto quesito avrebbe potuto compromettere il raggiungimento dell'obiettivo di creare una legislazione uniforme a livello federale in materia di matrimonio civile, che il Governo federale si era prefisso di raggiungere»⁶¹. Sebbene parte della dottrina ritenga che la Corte suprema avrebbe il “dovere” di rispondere ai quesiti che le sono sottoposti nelle *advisory opinions*⁶², il Giudice supremo, anche nello stesso *reference* sul *same-sex marriage*, ha sempre ritenuto di possedere una residuale discrezionalità circa la possibilità di non rispondere a quesiti inappropriati⁶³. Nel caso di specie, come rilevato da parte della dottrina, la motivazione offerta dalla Corte non si rivela né chiara né convincente, tuttavia la ragione principale potrebbe essere «*a desire to make Parliament play a role in the legalization of same-sex marriage*»⁶⁴.

Hendricks fossero stati impugnati, HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720.

⁶¹ DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, cit., 132.

⁶² HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720.

⁶³ Si veda: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”).

⁶⁴ HOGG, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, cit. 720; «*if Parliament acted, it could not be claimed that such a controversial project was entirely driven by judges*».