

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 18 - dicembre 2018

IL RUOLO DEI GIUDICI FRANCOFONI
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE SUPREMA DEL CANADA

Eleonora Ceccherini

IL RUOLO DEI GIUDICI FRANCOFONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA DEL CANADA^{°*}

Eleonora Ceccherini

*Professoressa associata di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Genova*

Il saggio investiga sul ruolo dei tre giudici francofoni che siedono nella Corte suprema. A tal fine, è stata esaminata la giurisprudenza del collegio, in particolare, valutando le pronunce in cui i giudici suddetti siano stati congiuntamente autori di opinioni dissenzianti rispetto alla maggioranza, al fine di verificare se la loro provenienza influenzasse la loro posizione. Alla luce dell'analisi, sembra di poter affermare che i giudici del Québec non svolgono il ruolo di "rappresentanti" della Provincia, quanto piuttosto assicurano la competenza in materia di diritto civile e conferiscono legittimazione all'organo a cui appartengono.

The paper focuses on the role of three francophone justices of the Supreme Court. At this aim, the essay examines the cases law, especially evaluating the judgments in which the three justices delivered dissenting opinions in order to verify if the JusticEs origins influence their position. The study shows that francophone justices do not "represent" Quebec but they guarantee specific skill in civil law and legitimize the judicial body.

Sommario:

1. Introduzione.
2. L'influenza del federalismo sul sistema della nomina dei giudici della Corte suprema
3. La composizione della Corte suprema come garanzia dell'historic bargain
4. La francofonia dei giudici come limite alla revisione costituzionale
5. I giudici francofoni come garanti della "specialità" del Québec?
6. Brevi conclusioni

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

* Il presente saggio riprende con alcune modifiche e aggiornamenti un contributo apparso in Delledonne – Martinico – Pierdominici (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 147 ss.

1. Introduzione

L’ottica che qui si intende privilegiare riguarda il tema del cosiddetto “*reflective judiciary*”, il quale assume la prospettiva in base alla quale nel sistema di selezione dell’accesso alla magistratura sia necessario tenere in debito conto il pluralismo sociale e/o territoriale esistente in un dato ordinamento. Non si tratta – come è evidente – di rendere la magistratura rappresentativa di una porzione del popolo in antagonismo o contrapposizione con un’altra (che sarebbe nella logica delle assemblee rappresentative) ma piuttosto si ritiene che sia necessario incorporare nel sistema le diversità presenti nella società al fine di conferire maggiore legittimazione all’apparato. Il *reflective judiciary* non impone una rappresentanza proporzionale delle componenti socio-territoriali nel potere giudiziario ma auspica una partecipazione delle stesse all’esercizio dell’attività giudicante¹.

Tale esigenza trova una sua consacrazione a livello internazionale e a questo proposito alcuni documenti hanno ripreso questo elemento. Ad esempio, nella Dichiarazione universale sull’indipendenza della giustizia di Montréal del 1983 all’art. 2.13 si legge infatti, che: «*the process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a fair reflection of the judiciary of the society in all its aspects*»². Sempre sullo stesso piano, l’*International Bar Association Code on Minimum Standards of Judicial Independence* dispone che: «*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*».

A livello Ocse sia la Dichiarazione di Copenaghen del 1990 che quella di Lund del 1992 sottopongono all’attenzione il tema della partecipazione dei gruppi minoritari all’amministrazione della giustizia. La prima, alla sec. 30, indica che: «*The participating States recognize that the questions relating to*

¹ Sul tema in generale, cfr. CAIELLI, MASTROMARINO (eds.), *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, 5, 2018.

² SHETREET, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in SHETREET (ed.), *Women in Law*, London, 1998, 190; SHETREET, *The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration*, in SHETREET - DESCHÊNES (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, 1985, 393 ss. Si tratta di una disposizione fortemente voluta dai rappresentanti africani dove il tema dell’appartenenza etnica e tribale è particolarmente percepita.

national minorities can only be satisfactorily resolved in a democratic political framework based on the rule of law, with a functioning independent judiciary»; mentre nella seconda, si legge nella parte relativa alla *Participation in decision-making*, al punto 6 che: «*States should ensure that opportunities exist for minorities to have an effective voice at the level of the central government, including through special arrangements 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*»³.

In questo senso, il Canada costituisce un ordinamento precursore in quanto, come è noto, la composizione della Corte suprema deve incorporare una componente francofona, nella misura di tre giudici, oltre che garantire la presenza di giudici provenienti dalle altre Province (v. *infra*, par. 3). Questa scelta costituzionale è intellegibile solo alla luce delle vicende storiche che aiutano a comprendere le specificità e le peculiarità del paese. Attraverso questa lettura, è possibile avere contezza delle ragioni di alcune scelte costituzionali che caratterizzano l'organizzazione e il funzionamento del potere giudiziario in Canada. A questo affresco, vanno aggiunte alcune riflessioni circa la forma di stato federale canadese che costituisce il naturale esito del percorso storico evocato in precedenza, finalizzato a ricomporre una dicotomia sociale e politica fra anglofoni e francofoni, che ancora oggi costituisce un elemento determinante delle dinamiche politiche.

Il contributo, in primo luogo, ripercorrerà le vicende storiche che hanno condotto alla nascita del Canada e che aiutano a delineare un quadro generale in grado di far comprendere le peculiarità dell'ordinamento d'oltreatlantico. In secondo luogo, sarà analizzata la giurisprudenza della Corte suprema al fine di comprendere se la sua composizione plurale abbia svolto una qualche influenza sui suoi orientamenti.

2. L'influenza del federalismo sul sistema della nomina dei giudici della Corte suprema

Lo studio dell'ordinamento canadese ha sempre sollecitato gli interessi del giurista, sia di matrice pubblicista che privatistica per le sue significative peculiarità che si presentano a livello istituzionale, politico, sociale ed

³ NOBBS, *International Benchmarks: A Review of Minority Participation Judiciary*, in WELLER – NOBBS (eds.), *Political Participation of Minorities*, Oxford, 2010, 589.

economico. Si tratta, infatti, di un sistema in cui convivono due ordinamenti giuridici: quello di *civil law* e quello di *common law*; due lingue diverse e parimenti ufficiali: il francese e l'inglese; pur essendo uno stato indipendente con una propria bandiera e un proprio sistema costituzionale, il monarca britannico continua a essere il capo dello Stato e compare sul dollaro canadese; sussiste anche una contrapposizione economica fra le Province dell'Ovest, la cui ricchezza si deve soprattutto allo sfruttamento delle risorse naturali e quelle dell'Est – segnatamente Ontario e Quebec – a vocazione industriale⁴. A queste duplicità, ci sono da aggiungere alcune specificità: la prima riguarda la presenza di comunità aborigene⁵, che occupavano il territorio prima dell'arrivo dei colonizzatori europei, a cui è stato riconosciuto lo *status* di popoli fondatori; la seconda concerne l'attuale composizione della popolazione, la quale è cospicuamente composta da persone di più o meno recente immigrazione⁶.

Dal punto di vista della forma di stato, il Canada è una Federazione, che si articola in dieci Province e tre Territori. Storicamente nasce nel 1867, anno in cui si costituisce in *Dominion*, unendo alcuni territori coloniali: Ontario, Quebec, Nova Scotia e New Brunswick, ai quali si sono aggiunte le altre Province nel tempo⁷. La forma di Stato viene determinata con l'approvazione da parte del Parlamento di Westminster del *British North America Act* (ora *Constitution Act*, 1867), il quale definisce sia la forma di stato che di governo del paese ma non ricomprende un catalogo dei diritti, la cui protezione, in un primo momento, è affidata alla *common law* di derivazione britannica. Da un punto di vista della ripartizione di competenze fra centro e periferia, il *British North America Act* indica una doppia lista di materie da ricondurre a ciascun livello istituzionale: nella *sec.* 91 sono

⁴ MARTINICO, *La genesi "mista" dell'asimmetria canadese*, in DELLEDONNE – MARTINICO - PIERDOMINICI (eds.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 15 ss.

⁵ Nel 2016, gli indigeni erano 1.673.785, pari al 4.9% dell'intera popolazione., cfr. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/171025/dq171025a-eng.htm>

⁶ Secondo i dati del censimento del 2016, gli immigrati nel paese sono 7,540,830 su un totale della popolazione di 34,460,060 milioni; mentre invece, 1,673,785 di individui appartengono alle comunità autoctone, cfr. <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/>.

⁷ Nel 1869, la Compagnia della Baia di Hudson cede al *Dominion* i territori da lei amministrati, (che formeranno successivamente le Province di Manitoba, annessa nel 1870, e Alberta e Saskatchewan che aderiscono nel 1905); nel 1871 entra a far parte del Canada, la British Columbia e nel 1873, l'Isola del Principe Edoardo; nel 1949 si incorporano nella Federazione la Provincia di Newfoundland e Labrador; nel 1975 sono creati i due Territori dello Yukon e del Nord Ovest, mentre nel 1999 viene istituito il Territorio del Nunavut.

ricompresi gli ambiti competenziali la cui potestà legislativa spetta in via esclusiva alla Federazione, mentre nella *sec. 92* sono indicati quelli riservati alle Province. I Territori non godono di un'autonomia costituzionalmente protetta, sono istituiti con legge federale e dispongono delle competenze che l'atto legale costitutivo prevede e che, comunque, non possono essere più estese di quelle riservate alle Province.

Le ragioni della scelta dell'assetto federale sono da ricondurre al tentativo di mantenere sfere di autonomia alle Province, al fine di contenere le spinte centrifughe sorte sulla base della coesistenza fra *ex* colonie francesi e il resto del *Dominion* anglofono. Le prime si caratterizzano per l'adozione di un ordinamento di *civil law*, l'uso della lingua francese e della religione cattolica, brandita, *in primis*, per rivendicazioni nazionalistiche⁸, mentre il secondo si caratterizza per un ordinamento giuridico di *common law*, per la lingua inglese e radici protestanti. Le cause di questa convivenza si devono a ragioni storiche: una parte del territorio canadese colonizzato dai francesi è ceduto con il Trattato di Parigi alla Corona britannica nel 1763. La politica di anglicizzazione di quei territori (attualmente coincidenti con le Province del Quebec e del New Brunswick) mostra immediatamente i suoi limiti di fattibilità, pertanto, la Corona britannica decide di riconoscere giuridicamente l'alterità ordinamentale con il *Quebec Act*, 1774, stabilendo una ripartizione di giurisdizione negli *ex* territori francesi, che lascia al diritto di ascendenza francofona la competenza in materia di diritti reali e diritti civili, riconfermando l'affidamento al *common law* della materia penale e di ogni altra materia⁹. La conservazione della vecchia legge civile reca come conseguenza il mantenimento dell'uso della lingua ad essa

⁸ BRUTI LIBERATI - CODIGNOLA, *Storia del Canada. Dal primo contatto fra Europei e indiani alle nuove influenze nel pensiero politico mondiale*, Milano-Firenze, 2018, *passim*; TORIELLO, *La circolazione del modello inglese in Canada e il rapporto con la tradizione di civil law. Un contributo alla ricostruzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 81 ss.; sull'importanza della diversità linguistica in Canada: BEHIELS, *Contested Ground: The State and Language Rights in Canada*, in MAGNET (ed.), *Official Languages of Canada, New Essays*, Toronto, 2008, 23 ss.; HARRINGTON, *The Post-Confederation Era*, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, Toronto, 2017, 51 ss.; PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001; PETRILLO, *Multiculturalismo e diritti linguistici*, in CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, 2018, 181 ss.

⁹ Nella stessa ordinanza viene consentito l'uso della lingua francese, il diritto a praticare la religione cattolica e la parità di accesso alle cariche pubbliche fra francofoni e anglofoni. TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, 1967, 27 ss.

connessa. Con l'approvazione della legge del 1774, si dà avvio a un processo di biculturalismo e bigiuralismo che influenzerà significativamente l'assetto ordinamentale del Canada. Proprio l'accettazione dell'esistenza di due popoli fondatori e la consapevolezza dell'impossibilità di ridurre a un *unicum* la dicotomia ordinamentale del paese spingono la classe politica canadese a sancire nel *British North America Act* (BNA) del 1867, che darà vita al *Dominion*, la decisione di lasciare alle Province la competenza a disciplinare i rapporti fra privati e, quindi, al Quebec la possibilità di utilizzare il diritto di tradizione romanista.

Tuttavia, le vischiosità fra il Quebec e il *rest of Canada* non si risolvono, acute come sono da una parte dalla volontà delle Province anglofone di instaurare un federalismo basato sulla parità fra le Province e dall'altra, dall'anelito della comunità di origine francese di vedersi riconosciuto lo *status* di *distinct society*. Questa duplicità anima la storia del Canada, in quanto da una parte, l'organizzazione dei poteri si giustifica con un *foedus* che unisce i vari territori per ragioni di efficienza del sistema, d'altra parte, lo stesso patto è finalizzato a mantenere e garantire il riconoscimento delle identità nazionali¹⁰. Il nazionalismo francofono, quindi, costituisce un elemento ricorrente nel dibattito politico e riemerge come un fiume carsico a più riprese nella storia canadese, alimentando una divisione etnico-linguistica (anche se non più religiosa)¹¹.

Di questa faglia politico-istituzionale se ne ha traccia ad esempio nei lavori della Commissione reale di studio sul bilinguismo e il biculturalismo istituita nel 1963, con il compito di «proporre le misure da prendere per sviluppare la Confederazione canadese sulla base di un'eguale *partnership* tra le due razze fondatrici»¹². Le raccomandazioni espresse nel rapporto - presentato nel 1969 - invocano un riconoscimento formale dell'eguale *partnership* dei due popoli fondatori che si estrinseca *in primis* nella facoltà di vedere somministrati i servizi dell'amministrazione federale sia in inglese

¹⁰ RESNICK, *Towards a Multinational Federalism: Asymmetrical and Confederal Alternatives*, in LESLIE SEIDLE (ed.), *Seeking a New Canadian Partnership: Asymmetrical and Confederal Options*, Montréal, 1994, 71. Su questo tema a livello comparato: FOSSAS, *National Plurality and Equality*, in REQUEJO (ed.), *Democracy and National Pluralism*, London - New York, 2001, 63.

¹¹ RUBBOLI, *Un federalismo imperfetto*, Firenze, 1992, 103 ss.; WOEHLING, *La constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours*, in *Rev. franc. dr. const.*, 1992, 195 ss.; ROCHER, *The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Canadian Federalism. Foundations, Traditions, Institutions*, Toronto, 2006, 81 s.

¹² *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism 1967--1970*, xxi.

che in francese, inoltre, viene invocato il rispetto dell'identità culturale francofona, che si accompagna alla richiesta di un sempre maggior numero di competenze all'istituzione provinciale. Tuttavia, queste istanze vengono registrate con disagio dal *rest of Canada*, che percepisce le continue rivendicazioni di riconoscimento della diversità come un *vulnus* ai vincoli unitari federativi. In questo quadro, emerge nell'orizzonte politico la figura di Pierre Elliot Trudeau, il quale coltiva il progetto politico di integrare tutte le componenti identitarie del paese, ormai non più riconducibili alle tradizionali componenti francofone e anglofone.

Trudeau ambisce a recidere in maniera consistente i legami del Canada con la Madrepatria e a introdurre una Costituzione rigida corredata di un catalogo dei diritti federale ma, proprio a causa di quest'ultimo profilo, si pone in contrasto con la conservazione del duopolio esclusivo francofono e anglofono. L'obiettivo politico è quello di favorire l'unità del Canada e di costruire un'identità nazionale, attraverso il catalogo dei diritti. Il pluralismo culturale della società canadese induce a codificare i diritti in un testo costituzionale scritto, in quanto molti cittadini, che non condividono le stesse radici culturali dei due popoli fondatori, non possano sentirsi sufficientemente tutelati dal un impianto legale di matrice europea¹³. Nell'ottica del *Premier*, la pari tutela dei diritti di ciascuno avrebbe dovuto costituire il legame fondamentale di cittadinanza dello Stato canadese. La visione di Trudeau oppone il suo nazionalismo "federale" *pan-Canadian* a quello francofono, che si era andato inasprendo dopo la *Quiet Revolution*¹⁴. E infatti, la politica del governo federale canadese non ottiene il consenso del Quebec, il quale manifesta la sua lontananza dal progetto politico ricorrendo in chiave oppositiva a un referendum. Il 20 maggio 1980, nel pieno del dibattito sull'approvazione del processo di *Patriation*, viene indetta una consultazione popolare al fine di legittimare il governo della Provincia francofona a negoziare la sua piena sovranità con la possibilità di

¹³ A seguito della riforma della politica migratoria nel 1962, il Canada aveva mutato radicalmente i requisiti per l'ammissione dei migranti sul proprio territorio, abrogando la normativa che individuava dei canali preferenziali per i cittadini dei paesi europei, sostituendola con una che prevedeva un sistema di selezione a punti basato sul livello di istruzione ma soprattutto sulle competenze professionali dei richiedenti. La modifica normativa di fatto provoca un'inversione dei flussi che dall'Europa si spostano ad altre aree: nel 1981, il 68,5% degli immigrati proveniva da paesi extra-europei e fra il 2001 e il 2006 la percentuale è salita all'83,9% mentre solo il 16% proveniva dall'Europa. Dati reperibili in <http://www.stacan.gc.ca>.

¹⁴ BEHIELS, *Prelude to Quebec's Quiet Revolution*, Kingston - Montréal, 1985; ROUILLARD, *La Révolution tranquille: rupture ou torment*, in *J. Can. St.*, 32, 4, 1998, 23 ss.

mantenere un legame economico-commerciale con la Federazione. Gli elettori del Quebec con il 59,6% dei suffragi respingono questa ipotesi ma l'opposizione al progetto del Primo Ministro non si arresta, soprattutto, poiché quest'ultimo intende procedere unilateralmente all'approvazione del *Constitution Act*, senza il consenso delle Province. Tre di queste (Quebec, Manitoba e New Foundland), chiedono pareri prima alle propri Corti di appello e poi alla Corte suprema, la quale si esprime per l'esistenza di una norma convenzionale (e non di tenore costituzionale) che rende necessario negoziare e ottenere un apprezzabile consenso provinciale alla *Patriation* ma non di un obbligo di conseguire l'unanimità. A seguito di questo *reference*, il *Premier* Trudeau ricomincia le fasi negoziali che coagulano un consenso di tutte le Province, con l'eccezione del Quebec, il quale ripropone ancora una volta il quesito alla Corte circa la necessità dell'unanimità per qualsiasi modifica incida sulle competenze delle Province e il diritto di veto da parte della componente francofona. Il parere giunge dopo la definitiva approvazione del *Constitution Act* del 1982 e sancisce l'inesistenza - dal punto di vista convenzionale - della facoltà del Quebec di impedire il processo di riforma del *British North America*¹⁵.

La *Patriation* del 1982 si dimostra un significativo successo politico per il *Premier* Trudeau e rappresenta uno degli elementi di maggior rilievo per il diritto costituzionale canadese. Purtroppo, però, il processo costituente non è riuscito a incorporare la componente francofona, la quale ha visto frustrati i suoi tentativi di farsi riconoscere come una società distinta¹⁶. Questi ulteriori insuccessi finiscono per radicalizzare ulteriormente le velleità nazionalistiche del Quebec e nel 1995 ancora una volta il governo provinciale indice un referendum per la secessione della Provincia. I risultati sono di stretta misura in favore della permanenza all'interno della Federazione (49,42% per il sì e 50,58% per il no) e spingono la compagine governativa centrale a inoltrare una richiesta di parere alla Corte suprema in relazione alla legittimità di un'eventuale secessione unilaterale da parte del Quebec.

Il collegio risponde, in primo luogo che la separazione territoriale e politica sarebbe legittima solo mediante un accordo fra la Federazione e la

¹⁵ *Renvoi: opposition à une résolution pour modifier la Constitution* (1982) 2 RCS, 793.

¹⁶ Al fine di introdurre delle clausole di riconoscimento della specialità *québécoise*, si devono i due tentativi di riforma costituzionale successivi: gli accordi di Meech Lake nel 1987 e di Charlottetown nel 1992, che, però, non riescono a perfezionare il loro iter: McROBERTS - MONAHAN (eds.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, 1993; BEHIELS (ed.), *The Meech Lake Prime: Conflicting Views of the Constitutional Accord*, Ottawa, 1989.

Provincia e non unilateralmente, e, in secondo luogo, permane un obbligo a rispettare i principi supremi dell'ordinamento canadese, identificati in *rule of law*, federalismo, democrazia, costituzionalismo e protezione delle minoranze¹⁷.

Tuttavia, la specificità francofona non ha mai ricevuto un formale riconoscimento, se non per una timida eccezione costituita da una risoluzione del 22 novembre 2006 su proposta del Governo Harper, in cui si afferma che: «*Que cette Chambre reconnaisse que les québécoise e les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni*»¹⁸.

Le rapide indicazioni mostrano come il Canada sia un ordinamento in bilico fra due culture, in cui quella ritenuta minoritaria ambisce a un riconoscimento identitario specifico di tenore costituzionale all'interno della Federazione, che può spingersi fino alla rescissione dei vincoli unitari.

3. La composizione della Corte suprema come garanzia dell'*historic bargain*

La Corte suprema è l'organo giudicante che più di tutti ha mostrato una trasformazione del suo ruolo e delle sue funzioni dal momento della sua introduzione.

Ripercorrendo le fasi della sua genesi, vediamo come in sede di discussione del contenuto del *BNA*, inizia a emergere la necessità che i contrasti fra Federazione e Province in merito alle attribuzioni delle materie dovessero essere risolti da un organo giudiziario. Da una parte, è forte l'ascendente statunitense, che aveva affidato alla Corte suprema la competenza relativa ai conflitti di competenza, dall'altra, soprattutto da parte del Quebec, è espresso un forte scetticismo derivante dal pericolo che un organo giudiziario prevaricasse le attribuzioni delle assemblee elettive¹⁹. Nelle fasi di approvazione del *BNA*, questo elemento rimane impregiudicato, prevedendo che gli eventuali conflitti fossero risolti attraverso il potere di *disallowing* del Governo centrale. Tuttavia, questo esito conduce

¹⁷ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217.

¹⁸ 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. MARTINICO, *I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i Québécois come Nazione all'interno del Canada unito*, in <http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/quebecois/index.htm>

¹⁹ SMITH, *The Origins of Judicial Review in Canada*, in MORTON (ed.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, 1987, 433 ss.; PASSAGLIA, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese*, Genova, 2013, 48 ss.

inevitabilmente a uno spostamento del baricentro del sistema in senso centripeto e induce la classe politica canadese ad attivare la *sec. 101* del *BNA*, che autorizza l'istituzione di una corte di appello per il Canada²⁰. Tale scelta è motivata anche dalla necessità di evitare che fossero poi le sole corti provinciali a interpretare il *BNA* in fatto di ripartizione di competenze, pertanto, l'introduzione di questo livello giudiziario obbedisce anche a finalità filofederali. Pertanto, nel 1875, con l'approvazione del *Supreme and Exchequer Court Act*, 1875 viene introdotta un'ultima giurisdizione di appello in terra canadese²¹. L'atto istitutivo denuncia ancora una volta lo sforzo compromissorio teso a mantenere l'unità del paese e contestualmente a riconoscere la differenza delle due culture prevalenti. L'organo era composto da sei giudici, che dovevano procedere dalle magistrature inferiori o dalla avvocatura; due membri dovevano provenire dal Quebec, mentre gli altri dovevano essere ripartiti paritariamente fra l'Ontario e le Province Marittime. Nel 1949, la Corte diventa l'ultimo grado di giudizio, sostituendosi al *Privy Council* britannico e acquisisce la definitiva conformazione: nove giudici, di cui tre debbono provenire dalla Provincia francofona, mentre, permane una fonte convenzionale che attribuisce tre magistrati all'Ontario, due alle Province occidentali e uno alle Province atlantiche.

I requisiti previsti per l'accesso al giudice sono indicati nelle *sec. 5 e 6* del *Supreme Court Act*, 1875 e si differenziano a seconda che i giudici siedano in rappresentanza del Quebec o meno. Per i giudici anglofoni, è necessario che siano stati membri dell'avvocatura per almeno dieci o abbiano svolto funzioni giudicanti nelle Corti superiori Provinciali; parzialmente diversi sono i requisiti per i giudici francofoni, per cui per quanto concerne l'attività di avvocato, oltre che decennale, deve essere in costanza al momento della nomina (v. *infra*).

Le fonti normative e convenzionali, a cui sono affidate le procedure di selezione per l'organo di vertice del potere giudiziario, hanno promosso una Corte rappresentante delle istanze territoriali in forte aderenza con un modello di stato federale²². Tuttavia, proprio le comunità subfederali non sembrano estremamente soddisfatte della procedura, manifestando l'esigenza

²⁰ *Sec. 101 BNA*: «*The Parliament of Canada may, notwithstanding in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada (...)*».

²¹ BUSHNELL, *Captive Court*, Montréal, 1992, 4 ss. Fino al 1949, resterà il *Privy Council* il giudice di ultima istanza per il *Dominion* canadese.

²² CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

di partecipare alle nomine, anche per caratterizzare in senso maggiormente federale la Corte suprema²³.

In ossequio alla *sec.* 101 del *BNA* le nomine sono realizzate dal Governatore Generale su indicazione del *Premier*, al quale è affidata anche l'individuazione del Presidente del collegio, che, per convenzione deve essere alternativamente francofono e anglofono²⁴.

A differenza degli altri livelli giudiziari, il sistema di nomine non si è consolidato univocamente in modo tale da vertebrare una procedura che coadiuvi la compagine governativa nella scelta delle personalità più idonee a svolgere questo delicato incarico e, infatti, proprio su questo profilo non sono mancate espressioni critiche sia da parte della dottrina che dall'ambiente politico che rivendicano un allargamento ad altri organi dello Stato la competenza nella scelta dei giudici supremi²⁵. La prassi evidenziata fino a questo momento non consente di far emergere una convenzione in alcun senso e infatti, si registrano nomine unilaterali, provvedimenti che hanno coinvolto il Parlamento attraverso l'istituzione di comitati *ad hoc* costituiti in modo da ricomprendere anche i partiti di opposizione che alternativamente hanno sentito il candidato individuato dall'esecutivo o hanno redatto una lista di nomi da presentare al Governo previa consultazione con esponenti della magistratura e dell'avvocatura della Provincia interessata alla nomina²⁶. Nell'ultima legislatura il capo del Governo, Justin Trudeau, dovendo indicare due nuovi giudici, ha inaugurato

²³ In dottrina su questo punto in particolare: WHEARE, *Federal Government*, 3rd ed., London, 1947, 55; MORIN - WHOERLING, *Les constitutions du Canada et du Quebec*, Montréal, 1996, 546; BROUILLET - TANGUAY, *The Legitimacy of the Constitutional Arbitration Process in a Multinational Federative Regime: The Case of the Supreme Court of Canada*, in *Un. British Columbia L. Rev.*, 45, 2012, 47 ss. Più in generale, VIZIOLI, *Brevi considerazioni sull'elezione dei giudici costituzionali negli Stati decentrati*, in GROPPI (a cura di), *Principio di autonomia e forma di Stato*, Torino, 1998, 301 ss.

²⁴ Su questo tema, KAPOOR, *Selecting the New Chief Justice*, in *www.thecourt.ca*, 2 novembre 2017.

²⁵ DODECK, *Reforming the Supreme Court Appointment Process, 2004-2014: A Ten Year Democratic Audit*, in *Supreme Court L. Rev.*, 2014, 112 ss.

²⁶ VIZIOLI, *Le nomine dei giudici della Corte suprema del Canada*, in CALAMO SPECCHIA (ed.), *Le corti costituzionali*, cit., 155; SIMONELLI, *Does judicial appointment process matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *federalismi.it*, 5, 2016; MORTON, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition*, in MALLESON - RUSSELL (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto - Buffalo - London, 2006, 56 ss.; WHYTE, *Political Accountability in Appointments to the Supreme court of Canada*, in *Const. Forum*, 25, 3, 2016, 109 ss.; DELLEDONNE, *La designazione dei giudici della Corte suprema*, in DELLEDONNE - MARTINICO - PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese*, cit., 125.

un'altra formula che prevede la costituzione di *non-partisan Advisory Board*, con il compito di selezionare una rosa di minimo tre e massimo cinque nomi fra coloro che hanno presentato la candidatura al comitato²⁷.

A prescindere dalle modalità con le quali concretamente sono avvenute le nomine, l'obiettivo di fondo delle proposte di revisione delle procedure è quello di sottrarle all'esclusiva *voluntas* del Primo Ministro, in quanto si teme che le scelte si giustifichino più per affinità politiche con l'esecutivo in carica che per un'effettiva selezione professionale, a scapito, quindi dell'autonomia e dell'indipendenza del corpo giudicante²⁸. Tuttavia, è d'uopo precisare che proprio in relazione all'incarico di Presidente della Corte, la scelta dell'attuale Primo Ministro smentisce questa prospettiva. Trudeau, infatti, ha fatto cadere la sua scelta su Richard Wagner, rispettando in questo modo la consuetudine che vede l'alternanza di un giudice francofono e anglofono al vertice dell'organo collegiale ma elidendo l'ipotesi di una nomina affine politicamente, poiché il Primo Ministro ha nominato un giudice che era stato individuato dal suo predecessore conservatore, Harper.

La recente procedura di nomina stempera l'unilateralismo governativo nelle nomine anche se non va nella direzione auspicata nel passato, che

²⁷ In primo luogo, si è reso necessario sostituire il giudice Thomas Cromwell, il quale ha lasciato il suo incarico anticipatamente il 1° settembre 2016. Il suo sostituto, in base a una convenzione costituzionale, doveva essere scelto fra giudici o avvocati che provenissero dalle Province atlantiche, tuttavia, il *Premier*, in un primo momento, si è dichiarato non vincolato a questa convenzione e ha aperto la procedura selettiva ai candidati di tutto il paese. Il *Commissioner for Federal Judicial Affairs* ha invitato gli aspiranti a manifestare il loro interesse, inviando un formulario per la candidatura corredato da un *curriculum*; questo è stato esaminato e la procedura selettiva è stata realizzata anche con l'ausilio di colloqui con gli interessati. Il *Board* ha inoltre audito la Presidente della Corte suprema e anche un insieme di associazioni rappresentative della società civile. Alla fine del percorso, nonostante la selezione avesse carattere nazionale, l'indicazione è caduta su Malcom Rowe, che è espressione delle Province atlantiche come indicava la convenzione ma che proviene per la prima volta dal Labrador e New FoundLand. Sulla stesa falsariga si è snodata la selezione per la giudice Sheilah Martin, che ha occupato il posto lasciato vacante dalla Presidente Beverly McLachlin, a seguito di un procedimento di nomina del tutto analogo a quello inaugurato con il *Justice Rowe* con una sola differenza: mentre per il primo la selezione era stata formalmente aperta a tutto il territorio federale, in questa occasione, ufficialmente il *Premier* ha voluto ottemperare alla convenzione che indicava il nuovo candidato come proveniente dalle Province dell'Ovest, restringendo a questa area la cernita. Per un esame più preciso delle varie fasi, cfr. <http://www.fja.gc.ca/scc-csc/smartin-report-rapport-eng.html> dove è allegato un rapporto dettagliato sull'intera procedura.

²⁸ Tale pregiudizio sembra alimentato anche dal dato che indica come prima del 1949, oltre il 50% dei giudici della Corte aveva ricoperto cariche elettive e quindi avevano una militanza politica dichiarata.

privilegiava un maggior coinvolgimento dell'organo rappresentativo; al contrario, nella recente disciplina, si è realizzato solo un passaggio del Presidente del *Board* davanti allo *Standing Committee on Justice and Human Rights* della Camera dei Comuni. Le precedenti proposte di riforme, orientate a indebolire il legame fra maggioranza governativa e corpo giudiziario, inserivano nel circuito decisionale l'assemblea elettiva. È evidente, però, che il ruolo contromaggioritario che così si va ricercando, potrebbe essere assicurato solo se le votazioni sulle singole nomine sia in fase *ex ante* che *ex post* dovessero realizzarsi con maggioranze qualificate, in modo da poter assicurare il coinvolgimento anche delle opposizioni, altrimenti, una maggioranza assoluta o relativa non farebbe altro che riproporre gli orientamenti politici della maggioranza politica e non accrescerebbe la legittimazione dell'organo supremo.

Inoltre, un'attrazione delle procedure di nomina nell'alveo parlamentare darebbe risposta alle critiche di *deficit* di legittimazione che talvolta sono mosse alla Corte suprema e che forse andrebbe a salvaguardare in maniera più consistente il principio di sovranità parlamentare che costituisce un elemento qualificante l'ordinamento. Questo tema è stato fortemente messo in rilievo all'indomani dell'approvazione della *sec. 52 del Constitution Act, 1982*, che stabilisce che il *Constitution Act* è al vertice del sistema delle fonti e che la Corte suprema è competente a verificare la compatibilità della normativa di rango primario con la fonte costituzionale.

Come è noto, molti hanno temuto che un organo, privo di una legittimazione democratica, non potesse censurare le volizioni delle assemblee democraticamente elette e, soprattutto, potesse dare avvio a una stagione di *judicial activism* estraneo alla tradizione parlamentare canadese²⁹. Si tratta di un tema dalle radici antiche, che da sempre caratterizza il dibattito nella dottrina canadese, la quale ritiene che la funzione del giudice possa limitare l'autonomia delle istituzioni rappresentative. Le Province, soprattutto, ritenevano, all'epoca dell'approvazione della Carta, che la codificazione dei diritti in un documento con valore costituzionale e la sua conseguente configurazione come parametro di legittimità delle leggi fossero incompatibili in un sistema

²⁹ MORTON - KNOPFF, *Charter Politics*, Scarborough, 1992; MORTON, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, 1992; MANFREDI, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2d edition, Toronto, 2001; OLIVETTI RASON, *La giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in *Giur. cost.*, 2003, 3238 ss.; KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, Vancouver, 2005.

retto dal principio della *sovereignty of Parliament*, temendo un depauperamento della competenza degli organi legislativi rispetto a quella delle autorità giurisdizionali³⁰. Nei lavori del Comitato parlamentare congiunto, che hanno preceduto l'approvazione della *Charter of Rights and Freedoms*, (ma anche in molte dichiarazioni di esponenti politici) emerge il timore che il ruolo del Parlamento - e quindi della *supremacy law* - possa essere eroso dai giudici, i quali non potrebbero vantare una legittimazione popolare. Particolarmente illuminanti in questo senso rimangono le parole di Sterling Lyon, Primo Ministro del Manitoba negli anni ottanta, che riteneva che il rispetto dei diritti fondamentali sarebbe stato più adeguatamente tutelato dalle assemblee legislative elette democraticamente, piuttosto che da «*men, albeit learned in the law, who are not necessary aware of everyday concerns of Canadians*»³¹.

I timori, però, sembrano essersi attenuati (anche se non scomparsi) per molteplici ragioni. In primo luogo, ad opera di una rilevante dottrina si è affermata l'idea che possa scaturire un dialogo fra corte e legislatori³², ricostruendo, quindi, un rapporto collaborativo piuttosto che conflittuale fra i due organi appartenenti a poteri dello Stato diversi; in secondo luogo, la Corte non ha mancato di esprimere deferenza nei confronti del legislatore, agendo quindi con *self-restraint* e facendo uso nelle pronunce più delicate della sua facoltà di modulare nel tempo gli effetti delle proprie sentenze caducatorie. Infine, l'organo giurisdizionale ha progressivamente acquisito

³⁰ STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, Toronto, 1983, 35 ss.; COTLER, *Can the Center Hold? Federalism and Rights in Canada*, in KATZ - TARR (eds.), *Federalism and Rights*, Lanham, 1996, 174; MORTON - KNOPFF, *The Charter Revolution*, cit., 149.

³¹ Molti *Premiers* hanno palesato la loro ostilità alla trasformazione della Corte suprema in un organo di giustizia costituzionale: Blakeney, Capo del Governo in Saskatchewan ed esponente del *New Democratic Party* era particolarmente allarmato dalla possibilità di pronunce di incostituzionalità su leggi di riforma sociale, così come era avvenuto con le sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti nei confronti delle leggi del primo mandato di Roosevelt, McWHINNEY, *Dilemmas of Judicial Law-Making*, in THIBAUT - PELLETIER - PERRET (eds.), *Essays in Honour of Gérald A. Beaudoin*, Cowansville, 2002, 326, nt. 47; MORTON - KNOPFF *The Charter Revolution*, cit., 150. Per una panoramica su questo punto: SMILEY, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 1981; SHARPE, *Judicial Activism: The Debate in Canada*, in CASONATO (ed.), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, 11 ss.; HOGG, *The Charter Revolution: Is It Undemocratic?*, in *Const. Forum*, 12, 2001-2002, 2.

³² Il riferimento è chiaramente a HOGG - BUSHELL, *The Charter Dialogue between Court and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*, in *Osgoode Hall L. J.*, 35, 1997, 75 ss.

nei confronti dell'opinione pubblica una sua propria legittimazione³³. Particolarmente efficaci sono le parole di uno studioso il quale afferma: «*all of these victories for underprivileged individuals and groups enhance, rather than undermine, the democratic character of our society. The fact that they were won in the courts rather than in the legislative arena does not make them less democratic*»³⁴.

4. La francofonia dei giudici come limite alla revisione costituzionale

È innegabile che l'ordinamento canadese si qualifichi attraverso una diarchia storica costituita dalla comunità anglofona e francofona. Sono già stati riproposte le ragioni di questo connubio che vede da sempre il tentativo da una parte dei francofoni di vedersi riconosciuto lo *status* di *distinct society* e dall'altra lo sforzo per gli anglofoni di attrarre nella struttura istituzionale i co-fondatori della Federazione. È evidente, quindi, che non è possibile classificare la posizione del Quebec con un'etichetta di semplice minoranza linguistica. Osterebbe a questa ricostruzione proprio la storia e il diritto del Canada che attribuisce a quella Provincia, la posizione di popolo costituente, alla stessa stregua delle Province anglofone, pertanto siamo di fronte a un'irriducibilità dei *Québécois* a entità minoritaria.

La Provincia francofona costituisce il nerbo della Federazione canadese e questo è un elemento consolidato fin dalla sua fondazione. A questa conclusione, siamo spinti in primo luogo dai dibattiti che hanno preceduto in terra canadese l'approvazione del *British North America Act*. A titolo esemplificativo, possiamo citare le parole di Hector Langevin del 21 febbraio 1865 che in Parlamento proclama che i *French Canadians* sono «*a separate people*» palesa i suoi timori in merito allo smantellamento di costumi, usi e leggi francofone³⁵.

³³ Testimoniata dai dati resi noti dalla società di sondaggi Angus Reid Institute che segnala che il 74% dei canadesi si dichiara soddisfatto delle decisioni della Corte suprema, mentre il 61% dei canadesi ostenta fiducia nel detto organo rispetto al 28% che esprime un *favor* verso il Parlamento I dati sono reperibili in www.angusreid.org e sono stati resi disponibili il 15 agosto 2015

³⁴ SIGURDSON, *Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics*, in LEUPRECHT - RUSSELL (eds.), *Essential Readings in Canadian Constitutional Politics*, Toronto, 2011, 402.

³⁵ Non è l'unico, che pur apprezzando il progetto federativo, esprime il timore di un'assimilazione alla forte componente anglofona e il suo appoggio, come quello di altri illustri uomini politici come Cartier, era necessario per il progetto fondativo e poteva essere

Il forte patto consociativo che spiega le ragioni della fusione in un'unica Federazione e che caratterizza l'architettura istituzionale del Canada è ribadita nel tempo proprio dalla Corte suprema che molto spesso si fa garante del mantenimento dell'anima francofona nell'Unione sia in Quebec che fuori dai suoi confini.

In un importante *leading case* degli anni '30, la Corte individua come: «*Inasmuch as the Act embodies a compromise under which the original Provinces agreed to federate, it is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected. The process of interpretation as the years go on ought not to be allowed to dim or to whittle down the provisions of the original contract upon which the federation was founded, nor is it legitimate that any judicial construction of the provisions of ss. 91 and 92 should impose a new and different contract upon the federating bodies*»³⁶.

La garanzia della francofonia in Canada è stata ribadita nel *Reference*³⁷ per il Senato, in cui a proposito del quesito relativo alla soppressione dei requisiti patrimoniali di tipo immobiliare per la nomina a senatore, si evidenzia come si deroghi alla normativa che prevede che le proprietà immobiliari siano ubicate nella *division* elettorale in cui il candidato è residente, in favore di una previsione più elastica per i senatori del Quebec per i quali è possibile che dispongano di proprietà nella Provincia anche se non vi risiedono. Questa speciale disposizione consente ai francofoni residenti fuori del Quebec di poter avanzare la loro candidatura al Senato in rappresentanza di quella Provincia, pur abitando in un'altra. Su questo punto, la Corte, sottolineando l'ispirazione garantista della disposizione, ha ritenuto che la norma in questione per la sua modifica avrebbe dovuto essere sottoposta a una procedura di revisione costituzionale che prevedesse il consenso obbligatorio del Quebec, in quanto una sua soppressione depaupererebbe la Provincia di questa condizione di favore insita nel patto

acquisito solo grazie ad alcune concessioni ai Quebécois. Su questi temi, MOORE, *1867. How the Fathers Made a Deal*, Toronto, 1997, 133 ss.; FRANCIS – JONES - SMITH, *Destinies: Canadian History since Confederation*, 2nd ed., Toronto, 1992, 78.

³⁶ *re The Regulation and control of Aeronautics* (1932) A. C. 54 at 70. Sul punto, cfr. BEHIELS, *Canada's Francophone Minority Communities. Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*, Montréal, 2004, X.

³⁷ *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704.

costituente del 1867³⁸, attribuendo in questo modo un potere di veto alla Provincia *de qua*.

La centralità della posizione del Quebec nel compromesso costituzionale che ha fondato l'unione canadese ritorna in maniera preponderante nel secondo *Reference* del 2014 relativo ai requisiti per la nomina a giudice della Corte suprema³⁹.

Il parere della Corte è strutturato attorno ai due quesiti: il primo riguarda l'eventualità che i requisiti generali per la nomina a giudice della *sec. 5* del *Supreme Court Act, 1875*, che includono i giudici ed *ex* giudici delle corti superiori e di appello come gli avvocati ed *ex* avvocati iscritti per almeno dieci anni agli ordini professionali delle Province, potessero essere estesi alla *sec. 6* relativamente alle nomine dei giudici della Provincia francofona che, invece, statuisce che questi debbano essere scelti fra i giudici della corte superiore e di appello del Quebec ovvero fra gli avvocati iscritti almeno da dieci anni all'ordine della Provincia (cioè le professioni devono essere svolte in costanza al momento della nomina); il secondo rilievo, invece, investe la questione se una legge ordinaria possa intervenire per operare l'estensione *de quo*.

Nell'escludere in maniera netta che i requisiti generali *ex sec. 5* del *Supreme Court Act* possano estendersi anche per le tre nomine della Provincia del Quebec, il collegio supremo puntualizza come il fine del legislatore sia in primo luogo, assicurare la conoscenza del diritto di tradizione romanista nella Corte e in secondo luogo, promuovere la confidenza del Quebec nella Corte⁴⁰. Pertanto, le disposizioni legislative indicate per la nomina dei giudici francofoni devono essere considerate tassative perché rispondono all'*historic bargain* che ha dato vita all'atto legislativo istitutivo della Corte suprema nel 1875. Il patto «*reflects the historical compromise that led to the creation of the Supreme Court*»⁴¹, il

³⁸ AJZENSTRAT, *Bicameralism and Canada's Founders: The Origin of the Canadian Senate*, in LOYAL (ed.), *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, Montréal, 2003.

³⁹ *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433. L'elemento che spinge il Governo a richiedere un *Reference* alla Corte sorge dall'avvenuta nomina di Nadon, come rappresentante del Quebec alla massima istanza giurisdizionale, ritenuta illegittima perché manchevole dei requisiti previsti dalla legge in quanto il giudice non era al momento né avvocato, né giudice della corte superiore o della corte di appello della Provincia francofona ma giudice soprannumerario alla corte federale di appello.

⁴⁰ RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, 1969.

⁴¹ Si legge nella sentenza al par. 48 e nel par. 59 si parla di *historical compromise*.

quale era orientato a mantenere una competenza di *civil law* nella Corte, che rappresentava il precipitato di una cultura che si palesava distinta rispetto a quella di maggioranza e, quindi, assumeva una valenza simbolica rilevante e non solo di tipo tecnico⁴².

Nel *Reference*, ripercorrendo i lavori preparatori, viene sottolineato come la decisione di istituire una corte con una rappresentanza obbligata di giudici francofoni fosse strategica per implementare la fiducia nel neonato organo giudicante. La disamina dell'atto legislativo induce a ritenere che la rappresentanza *québécoise* non assolvesse soltanto a questioni di ordine tecnico e cioè assicuri la competenza nelle cause in materia di *civil law* ma sia anche un elemento indefettibile del patto costituente che conduce all'adozione del *British North America Act* e che struttura il *Dominion* canadese in un assetto di ordine federale. Tale affermazione non è solo il frutto di una ricostruzione storica ma è ampiamente giustificata dall'opinione consultiva che è intervenuta in merito alle nomine dei giudici da parte del Governo per la Corte suprema. Infatti, la maggioranza dei giudici si esprime per un'interpretazione delle disposizioni della legge che è letterale e al contempo teleologica: letterale, perché analizzando il dato lessicale si evincerebbe che i rappresentanti del Quebec debbono essere scelti fra (*among*) i membri dell'ordine forense, sottintendendo, quindi, che devono svolgere quella professione nel momento in cui vengono selezionati ovvero essere giudici dei due ordini di giudizio espressamente indicati nella legge, in modo che venga assicurata una costante formazione professionale sul territorio provinciale e venga mantenuto un legame con la comunità che si rappresenta; teleologica, in quanto la disciplina legislativa sulla composizione della massima istanza giurisdizionale viene qualificata come un «*historic bargain*» ed espressione del patto costituente che ha condotto alla nascita della Federazione canadese.

La legge ha imposto una quota di giudici francofoni, affinché il collegio supremo fosse dotato di competenze di *civil law* e godesse di maggior fiducia da parte della Provincia francofona non estremamente sensibile alle sirene di una Federazione che non riconoscesse la sua specialità. Proprio grazie alla norma che riservava una quota di giudici provenienti dal corpo giudiziario o forense del Quebec, sono state superate le ostilità al disegno di legge istitutivo della Corte suprema nel 1875 da parte dei parlamentari *québécois*. E questo costituisce un elemento assolutamente di rilievo in quanto indica come l'organo giurisdizionale debba accreditarsi come

⁴² Par. 49.

un'istituzione biculturale (*bijural*) e in questa ottica il parere della Corte sottolinea come la *sec. 6* del *Supreme Court Act* - che restringe ai soli avvocati esercenti funzioni la candidabilità alla nomina a giudice - sia giustificabile al fine di rendere palese alla comunità francofona la loro qualificazione a rappresentare il Quebec.

Precisamente si sottolinea che non è solo la valutazione della competenza tecnica che si auspica, introducendo criteri più restrittivi per le nomine francofone, quanto la necessità di implementare il senso di appartenenza e di riconoscibilità dei francofoni nella suprema corte⁴³.

Il *Reference*, inoltre, si segnala anche per un'ulteriore precisazione: l'attrazione del *Supreme Court Act*, nel blocco di costituzionalità, almeno dopo l'approvazione del *Constitution Act* del 1982, che incorpora la Corte suprema fra le materie garantite dalla Parte V del *Constitution Act, 1982*; viene, infatti, sancito che la disciplina sul supremo organo giudicante sarebbe riservata a una legge costituzionale. Non rivestirebbe alcuna importanza il fatto che formalmente l'atto che disciplina la composizione e il funzionamento dell'organo giurisdizionale di massima istanza sia una legge ordinaria, d'altra parte, non potrebbe essere altrimenti visto che al momento della sua approvazione non esisteva una Costituzione rigida. Anche in questo caso, l'analisi degli atti preparatori dell'atto costituisce l'*humus* da cui scaturisce il ragionamento del collegio, che illustra come la *ratio legis* rispondesse a un disegno compromissorio, riconducibile all'esigenza di mantenere il bigiuralismo nel paese, elemento ineludibile dell'ordinamento costituzionale del Canada. Peraltro, questo profilo è emerso espressamente negli accordi che hanno preceduto l'approvazione del *Constitution Act, 1982* (*April Accord, 1981*), in cui si legge che la procedura di revisione costituzionale - che impone il consenso unanime delle Province - si giustifica proprio con la necessità di rendere più ardua la modifica della composizione della Corte, in modo tale da assicurare alla rappresentanza della componente francofona una speciale protezione costituzionale, che impedisce l'approvazione di emendamenti costituzionali sgraditi al Quebec⁴⁴.

⁴³ SCHERTZER, *Quebec Justices as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court of Canada's Federalism Jurisprudence*, in *Publius*, 4, 1, 2016, 539.

⁴⁴ In base a questa ricostruzione, le modifiche del *Supreme Court Act, 1875* relative alle *sec. 5* e *6* sono affidate alla procedura di revisione costituzionale che comprenda l'assenso degli organi federali e di tutte le Province, ritenendo quindi che i criteri per la composizione costituiscono un tassello indefettibile dell'architettura costituzionale (*sec. 41 (d)* del *Constitution Act, 1982*); MENDES, *Canada, its Constitution and its Peoples Enter the 21st*

Pertanto, le eventuali modifiche delle disposizioni sulla composizione della Corte devono essere approvate con la procedura di revisione costituzionale. Non solo, l'opinione di maggioranza sottolinea come le modifiche alla struttura della Corte possono essere apportate solo con l'*iter* che prevede il consenso, oltre che del Parlamento federale, di tutte le Province; in questo modo, il Quebec non potrebbe essere mai depauperato della sua componente rappresentativa nella Corte⁴⁵.

I rilievi inducono ad alcune riflessioni. In primo luogo, sanciscono la sostanziale inalterabilità del patto costituente che vede una diarchia fra comunità anglofona e francofona che si declina – per quanto concerne la Corte suprema – nella necessità di riservare al Quebec delle nomine, che possano irrobustire il legame fra la *societas* della Provincia e l'istituzione federale. Infatti, ciò che emerge dalla *ratio* esplicativa della disposizione in oggetto, non è tanto la necessità che gli interessi del Quebec siano tutelati attraverso la presenza di giudici francofoni, quanto in realtà che le decisioni della Corte siano condivise dalla comunità francofona. In altre parole, gli esiti delle pronunce meno filo-provinciali (*rectius* filo-Quebec) sarebbero legittimate in quanto l'organo che le pronuncia incorpora giudici francofoni e pertanto le rende maggiormente condivise⁴⁶.

In secondo luogo, il riferimento alla costanza dell'esercizio della professione forense, come requisito essenziale per la nomina alla Corte, è teso a garantire la piena competenza dei futuri giudici nell'ambito della *civil law*, che costituisce un elemento indefettibile dell'identità francofona. Ne sono una testimonianza le parole del giudice della Corte suprema, Piere-Basile Mignault: «for the people of Quebec, our civil law is our most precious asset after our religion and language. It is a legacy we have received from our fathers, to be maintained and passed on to future generations. It is our duty and responsibility to honour and preserve our civil law, to ensure the purity of its doctrine and keep it safe from any influence that would prevent it from being what it should be»⁴⁷.

Century: A Peaceful Global Template, but with Challenges Still to Overcome, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, cit., 126 ss.

⁴⁵ ROLLA, *Il referendum sulla sovranità del Quebec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3280; MATHIEU - TAILLON, *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in *McGill L. J.*, 60, 4, 2015, 763 s.

⁴⁶ BZDERA, *Comparative Analysis of the Federal High Courts*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 26, 1993, 3.

⁴⁷ MIGNAULT, *L'avenir de notre droit civil*, in *Rev. droit*, 56, 1922, 116 la citazione è tratta da MORIN, *Quebec: First Impressions Can be Misleading*, in FARRANM – ÖRÜCÜ -

5. I giudici francofoni come garanti della “specialità” del Quebec?

È il momento di verificare se la provenienza provinciale dei giudici influenza la loro attività di *adjudication*. Più specificamente, il rilievo riguarda la posizione dei giudici del Quebec: alcuni studi hanno tentato di mettere in luce la ponderazione del ruolo dei giudici francofoni soprattutto nelle cause riguardanti i conflitti di competenza fra Stato e Province. Volendo anticipare alcune conclusioni, non pare di rinvenire all'interno della Corte una sorta di “partito” per la difesa della francofonia ed è ragionevole giungere a questa affermazione dal momento che sono rari i casi in cui i giudici francofoni hanno sottoscritto “in solitario” un’opinione contraria alla maggioranza del collegio⁴⁸.

A questa asserzione, possiamo trovare solo sporadiche eccezioni: *Public Service Board v. Dionne*⁴⁹ e *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*⁵⁰ emanate prima del *Constitution Act* del 1982 e il più recente caso: *Quebec (A.G.) v. Canada*⁵¹, che rappresentano delle pronunce emanate a seguito di un ricorso per conflitto di attribuzione.

Le prime due sentenze riguardano un ambito estremamente sensibile per l’identità francofona come quello della cultura e comunicazione. Si tratta di due casi decisi nel 1978 e che riguardano la disciplina in materia di frequenze televisive, che hanno in comune la caratteristica di aver ribadito la piena competenza federale nella regolazione delle trasmissioni televisive sia cavo che via etere, escludendo, quindi, l’intervento normativo da parte delle Province. I giudici francofoni coagulano la loro posizione in netto dissenso rispetto al collegio, ritenendo che residuasse alle Province la competenza in materia di comunicazioni via cavo. Viene contestata, infatti, la *ratio decidendi* del collegio di maggioranza in base alla quale, poiché le trasmissioni via etere sono regolate dalla normativa federale, per una *vis*

DONLAN (eds.), *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, Dorchester, 2014, 169 ma sul tema cfr. anche NORMAN, *Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l’intégrité du droit civil*, in *McGill L. J.*, 32, 1987, 559 ss.

⁴⁸ SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, 2008; MACFARLANE, *Governing from the Bench? The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver, 2013.

⁴⁹ *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, [1978] 2 S.C.R. 191.

⁵⁰ *Capital cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*, [1978] 2 S.C. R. 141.

⁵¹ *Quebec A.G. v. Canada*, [2015] 1 S.C.R. 693.

attraattiva anche quelle via cavo dovrebbero ricadere nello stesso ambito. Tale ricostruzione è osteggiata dai giudici francofoni che, invece, si richiamano alla *sec. 92(10)* del *BNA*⁵², che ricomprenderebbe anche questo tipo di comunicazioni, analogamente alle linee telefoniche. L'accesso della Provincia a questa competenza, oltre che di rilevante interesse economico, sarebbe stato strategico per la costruzione e il mantenimento di valori distintivi l'identità francofona nell'ottica di una sorta di protezionismo culturale⁵³.

A sostegno della delicatezza e rilevanza della questione, si registrano aspri commenti nei confronti dell'operato della Corte, la quale viene tacciata di agire ignorando le istanze delle Province. Proprio questa vicenda, spinge il *Justice Bora Laskin* ad affermare che: «*Judges are completely independent of any influences in their decisions (...) the source of our appointment in no way qualifies our independence. We have no duty to governments, no duty to litigants, except to apply the law according to our ability. I do not represent the federal government nor do I represent Ontario which is my home province I represent no one but myself. (...) I know of no better way to subvert our judicial system, no better way to destroy it than to give currency to the view that the Judiciary must be a representative agency*»⁵⁴.

Alcune riflessioni più meditate merita il più recente caso *Quebec A.G. v. Canada* in cui i tre giudici francofoni si sono espressi congiuntamente in un'opinione dissenziente in una questione riguardante la loro Provincia di provenienza.

Il ricorso nasce dall'approvazione di un atto legislativo federale (*Ending Long Gun Registry*), la cui *sec. 29* impone la distruzione di una banca dati, che custodiva i nominativi dei proprietari di armi da fuoco a canne lunghe, che era stata realizzata grazie alla collaborazione delle autorità provinciali. Il collegio di maggioranza ha ritenuto che la Federazione disponesse della

⁵² *Sec. 92 (10) BNA*: «*Local works and undertakings other than such as are of the following classes: (a) Lines of steam or other ships, railways, roads, telegraphs, and other works and undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the limits of the Province; (b) Lines of steam ships between the Province and any British or foreign country; (c) Such works as, although wholly situate within the Province, are before or after their execution declared by the parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of three or more of the Provinces.*».

⁵³ Sul tema della costruzione dell'identità nazionale attraverso i media, KRESL, *Come formare una cultura nazionale in un mondo senza confini*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, 277 ss.; ROSS - PLAYDON (eds.), *Black Marks: Ethnic Minority and Media*, London, 2001.

⁵⁴ The Ottawa journal 23 1978 in https://www.newspapers.com/title_1188/the_ottawa_journal/

piena competenza a gestire il *database*, in quanto titolare esclusiva della potestà legislativa in materia penale. A questa conclusione, si sono opposti i tre giudici di nomina francofona, a cui si è associata la *Justice Abella*, che, invece, hanno ricostruito la questione in maniera più articolata. In primo luogo, hanno sottolineato come tale decisione violasse i principi della leale collaborazione, che costituisce uno dei principi non scritti ma fondamentali del sistema di relazione Stato-Province. Infatti, il registro delle armi era stato costituito grazie alla fattiva collaborazione delle autorità provinciali; non sarebbe, quindi, legittima la decisione unilaterale da parte delle autorità di Ottawa di disperdere tutte le informazioni frutto dello sforzo congiunto fra centro e periferia. In secondo luogo, i giudici dissenzienti, utilizzando la dottrina della “*pith and substance*” e dell’“*ancillary power*”, hanno ritenuto che la costituzione del registro avesse dei profili sovrapposti a delle competenze provinciali, quali “*property and civil rights*” e che, pertanto, sarebbe auspicabile una fase negoziale al fine di dirimere la controversia.

Questa sentenza si segnala, intanto, perché coagula il dissenso dei giudici francofoni su una questione che riguarda proprio il Quebec, incrinando una tendenza che sembra essere emersa dopo l’approvazione della Carta dei diritti e delle libertà e che vedeva la prevalenza di decisioni raggiunte all’unanimità. Infatti, soprattutto negli anni dopo l’approvazione della Carta⁵⁵ - che ha prodotto un movimento centripeto del federalismo canadese⁵⁶ - e ancor più con la Presidenza McLachlin, l’organo di ultima istanza canadese si è pronunciato in larga misura all’unanimità⁵⁷,

⁵⁵ KELLY, *Judging the Judges; The Decline of Dissent in the Supreme Court’s Charter Decisions*, in MORTON (ed.), *Law, Politics*, cit., 560 ss.; SONGER *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, 2008, 203 s.

⁵⁶ MORTON, *The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 20, 1987, 44; MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, 1989, 36; RICHEL, *Losing Relevance: Quebec and the Constitutional Politics of Language*, in *Osgoode Hall L. J.*, 52, 1, 2014, 191 ss.; WOEHLING, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Its Consequences for Political and Democratic Life and the Federal System*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, cit., 235 ss.

⁵⁷ MACFARLANE, *Consensus and Unanimity at the Supreme Court of Canada*, in *Supreme Court L. Rev.*, 52, 2010, 379 ss.; SONGER - SIRIPURAPU, *The Unanimous Cases of the Supreme Court of Canada as Test of Attitudinal Model*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 42, 2009, 87 ss.; MCCORMICK, *Bias, Swarms, and Outliers: Conceptualizing Disagreement on the Modern Supreme Court of Canada*, in *Osgoode Hall L. J.*, 42, 2004, 107 ss.; MCCORMICK, *The Choral Court: Separate Concurrence and the McLachlin Court 2000-2004*, in *Ottawa L. Rev.*, 37, 1, 2005, 37 ss.; L’HEUREUX-DUBÉ, *The Length and Plurality of Supreme Court of Canada Decisions*, in *Alberta L. Rev.*, 28, 3, 1990, 586 ss. BROUILLET, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and its Effects on the Balance of Power*, in

testimoniando come il collegio esprima una posizione unitaria scevra da venature nazionalistiche o partigiane, in tal modo mostrando come il bigiuralismo dell'istituzione e i *cleaveges* territoriali in essa presenti non siano stati ostativi alla creazione di una κοινή che si è talvolta contrapposta alle fratture provenienti dagli organi di indirizzo politico e dai consociati.

Non è chiaro se la sentenza del 2015 abbia aperto una nuova fase nella giurisprudenza della Corte suprema, prima di validare questa affermazione sarà necessario verificare alcuni elementi: il primo riguarda l'esame della giurisprudenza successiva in merito ai conflitti di competenza fra Federazione e Quebec, che fino a questo momento non sono stati significativi; il secondo elemento impone di valutare l'attività della Corte dopo che la Presidenza è stata affidata a Wagner che è un giudice di estrazione francofona.

Tuttavia, a meno di radicali mutamenti, non sembra al momento sostenibile immaginare una dipendenza "funzionale" o culturale dei giudici francofoni nei confronti della Provincia di riferimento, piuttosto – come è sempre stato – si evince un apporto professionale allo *ius dicere* della Corte, a cui si affianca la rilevanza circa la loro estrazione che contribuisce a favorire la legittimazione complessiva del loro operato⁵⁸. In questo caso, il pluralismo presente nella Corte riflette l'eterogeneità della società canadese ma non favorisce la conflittualità o la divisione che trova sede in ambiti più propriamente politici come le compagini governative provinciali. In dottrina, viene sottolineata la neutralità della Corte⁵⁹, la quale ha contribuito a plasmare il federalismo canadese verso una dimensione cooperativa piuttosto che conflittuale⁶⁰. E proprio l'appello al federalismo cooperativo è stato l'elemento fondante l'opinione dissenziente nella pronuncia del 2015, dove il richiamo è soprattutto al mantenimento di una logica di stretta cooperazione piuttosto che di aperta conflittualità e che si inverte nell'affermazione per la quale non dovrebbero/potrebbero essere i giudici a imporre l'obbligo alla Federazione di ricercare un accordo con il Quebec, quanto piuttosto una volontà politica orientata alla ricerca della negoziazione fra le parti, al fine proprio di rendere vitale e rispettoso dei rispettivi ambiti competenziali il federalismo canadese.

ARONEY - KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists*, Toronto, 2017, 135; DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 152.

⁵⁸ VIZIOLI, *La nomina dei giudici*, cit., 155 ss.

⁵⁹ SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism*, Toronto, 1990.

⁶⁰ ROACH, *Canada. The Canadian Constitutional Court as Positive Legislators*, in BREWER-CARÍAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, 2011, 315.

D'altra parte non possono essere occultate altre rilevanti pronunce su temi estremamente sensibili per il Quebec e che hanno indicato alcune coordinate fondamentali del federalismo canadese, in cui la Corte suprema ha operato come organo di mediazione. Infatti, la Corte – anche nella sua componente francofona - non ha esitato a fornire soluzioni *not Quebec oriented*. In questa ottica, una sentenza di assoluto rilievo è *Ford v. Quebec*⁶¹, la cui importanza deriva dal fatto che la Corte suprema si pronuncia non solo su un caso che riguarda l'uso della lingua francese - pertanto inerisce a un elemento particolarmente significativo per l'identità francofona – ma ha modo di precisare la portata della sec. 33 della Carta, che – come è noto – costituisce uno degli strumenti attraverso il quale il *Premier* Trudeau era riuscito a ottenere il consenso delle Province per il suo progetto di *Patriation*⁶².

In primo luogo, preme rilevare che la sentenza *Ford* è stata resa all'unanimità e quindi senza che il collegio sia stato scosso da una frattura

⁶¹ *Ford v. Québec (P.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712; RICHEZ, *Losing Relevance*, cit., 191 ss. Sulle condizioni politiche e sociali in cui la sentenza si radica, cfr. CAMERON, *The Early Charter Years (1985-2000)*. *Pioneering the Charter*, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, cit., 115 ss.

⁶² Come è noto la sec. 33 della Carta recita: «(1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)*». Cfr. KAYE, *The Notwithstanding Clause (sec. 33 of the Charter of Rights and Freedoms)*, Toronto, 1992, 31 ss.; RADICIOTTI, *Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema*, cit., 195 ss.; KAHANA, *The Notwithstanding Mechanism and Public discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33*, in *Can. Public Admin.*, 43, 2001, 255; WEINRIB, *Learning to Live with the Override*, in *McGill L. J.*, 35, 1990, 542 ss.; ROACH, *Dialogue or Defiance: Legislative reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in *Int'l J. Const. L.*, 4, 2, 2006, 347 ss.; CAMERON, *The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination?*, in BRODIE - HUSCROFT, (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, Toronto, 2004, 159 ss.; WALDRON, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court L. Rev.*, (2d) 23, 2004, 7 ss.; GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, 2013, 97 ss.; NEWMAN, *Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities*, in G. SIGALET – G. WEBBER - R. DIXON (eds.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, 2019 (in corso di pubblicazione).

etnico-linguistica⁶³, nonostante il tema si presentasse estremamente sensibile per gli interessi francofoni. In secondo luogo, il contenuto della sentenza è duplice. Infatti, una parte riguarda l'applicabilità della *sec. 33* della Carta, laddove viene precisato che la *loi n. 101* del 1988, che sottrae al controllo di costituzionalità tutte le leggi del Quebec ricadenti nella *sec. 2* della Carta, è legittima nel contenuto, seppur formulata in maniera generica. Infatti, nonostante il legislatore non debba motivare le ragioni del suo agire, non dovrebbe imporre condizioni con efficacia retroattiva.

La salvaguardia della *sec. 33* è quindi ritenuta nelle sue linee essenziali conforme al dettato costituzionale e questo attiva il meccanismo attraverso il quale le Province, segnatamente il Quebec, possono sterilizzare gli effetti del processo di *Patriation*, al quale la componente francofona non aveva aderito. Tuttavia, la sentenza ha l'occasione di dichiarare l'incostituzionalità delle *secc. 58 e 68* della *Charter of French Language*, laddove obbligavano l'uso esclusivo del francese nelle insegne commerciali, poiché il disposto legislativo non superava il vaglio della *sec. 1* che è la clausola limitativa dei diritti⁶⁴. Eppure le giustificazioni del Governo del Quebec per la legge 101 erano riconducibili alla necessità di salvaguardare le *visage linguistique* del Quebec per cui la legge in deroga costituiva lo strumento di affermazione e l'enfatizzazione della specificità francofona, assumendo quindi un rilievo particolarmente significativo⁶⁵.

A sostegno dell'ipotesi che la Corte suprema, nella sua componente francofona, non costituisca una cassa di risonanza della specificità del Quebec, emerge anche in relazione ad altre significative pronunce⁶⁶.

⁶³ necessario precisare che l'organo ha deciso in composizione ridotta e solo due giudici erano francofoni, in quanto il terzo, il giudice Le Dain aveva problemi di salute.

⁶⁴ Preme rilevare che la *sec. 1* impone che la limitazione dei diritti possa operare legittimamente solo se è giustificabile in una società libera e democratica. HIEBERT, *The Evolution of the Limitation Clause*, in *Osgoode Hall L. J.*, 28, 1, 1990, 103 ss.; RODRIQUEZ, *La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema*, cit., 241 ss.; CAIRNS, *The Living Canadian Constitution*, in LEUPRECHT - RUSSELL (eds.), *Essential Readings*, cit., 261 s.; LECKEY, *Prescribed by Law*, in *Osgoode Hall L. Journ.*, 2007, 661 ss.

⁶⁵ A seguito della sentenza, l'assemblea del Quebec ha adottato la *loi modifiant la Charte de la langue française* (l. 178) con la quale è venuto meno l'obbligo del monolinguisimo nelle insegne commerciali, anche se il francese deve rimanere prevalente: MCMILLAN, *Rights in Conflict: Contemporary Disputes over Language Policy in Quebec*, in BEHIELS - HAYDAY (eds.), *Contemporary Quebec Readings*, Montréal - Kingston, 2011, 83 ss.

⁶⁶ Proprio in merito ai diritti linguistici si segnala un'altra rilevante pronuncia in cui all'unanimità la Corte aveva invalidato la legislazione del Quebec: *Quebec (Attorney General) v. Quebec Assn. of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66.

Merita, infatti, rileggere alcune pagine dell'opinione consultiva sulla secessione, in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi su una questione ad alta densità politica rispetto all'ipotesi di distacco da parte della Provincia del Quebec.

È di tutta evidenza quanto delicata possa essere l'opinione della Corte sul tema e quante conseguenze politiche avrebbero potuto dispiegarsi con effetti laceranti. Tuttavia, il collegio all'unanimità afferma che la scissione di una parte del territorio federale sia astrattamente legittima, a patto che la Costituzione sia emendata prevedendo espressamente questa ipotesi e che i termini e le condizioni della separazione siano determinati a conclusione di un processo di negoziazione in cui siano coinvolti non solo la Federazione e il Quebec ma anche tutte le altre componenti della società canadese e solo quando previamente vi sia stata un'adesione robusta da parte della popolazione al progetto secessionistico della Provincia. Viene rifiutata, invece, l'ipotesi di una secessione unilaterale, che può avvenire solo qualora vi siano nel territorio *de quo* significative lesioni delle libertà fondamentali dei cittadini o vi siano palesi violazioni delle regole democratiche.

Anche in questo caso, il collegio si esprime all'unanimità e soprattutto si qualifica la Federazione come la struttura istituzionale in grado di garantire le minoranze culturali e linguistiche che formano la maggioranza in una particolare Provincia. In questo modo, la Corte suprema affida proprio alla forma di Stato federale la funzione di garantire la diversità culturale del paese (para 59, 79-82)⁶⁷.

In queste due sentenze, ciò che emerge con una certa forza è che la Corte si propone come un organo di tutela e di garanzia del federalismo e delle competenze delle varie Province, fra le quali spicca per la sua peculiarità il Quebec. Sulla stessa linea, si pongono i giudici provenienti dalla Provincia

⁶⁷ HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford-Portland (Or.), 2014, 325 ss.; ALVSTAD, *The Québec Secession Issue, with an Emphasis on the "Cultural" Side of Equation*, in *Temple Int'l Comp. L. J.*, 18, 2004, 89 ss.; FORD, *In Search of the Qualitative Clear Majority: Democratic Experimentalism and the Québec Secession Reference*, in *Alberta L. Rev.*, 2001, 511 ss.; LECLAIR, *Constitutional Principles in the Secession Reference*, in OLIVER – MACKLEM – DES ROSIERS (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, 2017, 1023 ss.; DUMBERRY, *The Secession Question in Quebec*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2015, 357 ss.; FASONE, *Il parere della Corte suprema canadese sulla secessione del Quebec. Quali spunti per le odierne tensioni secessionistiche in Europa*, in DELLEDONNE-MARTINICO - PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese*, cit., spec. 38 ss.; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *The Law and Politics of Secession: From the Political Contingency of Secession to a "Right to Decide"? Can Lessons Be Learned from the Quebec Case?*, in DELLEDONNE – MARTINICO (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, Cham, 2018, 33 ss.

francofona che sottoscrivono opinioni in cui tutta la specificità storica del Quebec viene confermata e valorizzata ma che non sposano l'ipotesi di una specialità da brandire contro la Federazione, anzi, viene rafforzata l'idea federale che trova una sua manifestazione non solo nelle regole scritte ma anche in quelle convenzionali. Peraltro, sembra arduo immaginare che i giudici francofoni siano dei surrogati delle istanze politiche dei *Quebeckers*⁶⁸.

D'altra parte le conclusioni del giudizio del 2015 sulla separazione della Provincia francofona non sembra poi a ben vedere distanziarsi da quanto già la suprema corte aveva indicato nel *Reference Resolution to Amend the Constitution* del 1981, reso a seguito della proposta di Trudeau di procedere alla *Patriation* in via unilaterale (v. *infra*, par. 2). Rispetto al primo quesito è cioè la legittimità di un'azione unilaterale da parte del Governo federale di procedere alla *Patriation*, 7 giudici su 2, si sono dichiarati per la piena legittimità; tuttavia, in merito al secondo quesito e cioè se tale processo potesse essere perfezionato anche contro il volere delle Province, 6 giudici su 3 hanno ritenuto che la modifica del patto fondante non potesse essere posta in essere senza ottenere «*a substantial degree of provincial consent*», obbligo riconducibile a una convenzione costituzionale. In entrambi i casi, i giudici francofoni hanno aderito all'opinione di maggioranza.

Tutto ciò per dire che la stella polare delle pronunce dell'organo giurisdizionale sembra orientarsi verso la necessità di procedere a intese e negoziazioni, escludendo, quindi, soluzioni unilaterali⁶⁹. La ricostruzione evidenzia come da una parte la Corte suprema palesi un atteggiamento filo-federale, mentre dall'altra non contribuisca a individuare uno *special treatment* verso il Quebec⁷⁰.

6. Brevi conclusioni

Volendo tracciare delle conclusioni, possiamo ribadire che le velleità separatiste del Quebec, certo non sono alimentate dai giudici francofoni

⁶⁸ SCHERTZER, *Quebec Justices as Quebec Representatives*, cit., 539 ss.

⁶⁹ A seguito di questa pronuncia, il *Premier* negozia con le Province alcune modifiche al suo progetto, superando tutte le opposizioni provinciali eccetto quella del Quebec. Quest'ultimo dà avvio a una nuova procedura consultiva davanti alla Corte suprema, invocando un diritto di veto rispetto all'approvazione del *Constitution Act*, 1982; ARONEY - KINCAID, *Comparative Observations and Conclusions*, in ARONEY - KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries*, cit., 522 ss.

⁷⁰ LAJOIE, *Federalism in Canada: Provinces and Minorities – Same Fight*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Federalism*, cit., 173.

presenti nella Corte suprema, i quali, insieme al collegio, tendono a mantenere inalterata la struttura federale, considerata la più idonea a salvaguardare la specificità del Quebec ma comunque sempre all'interno di un ordinamento unitario. La presenza francofona in Corte – come abbiamo visto – obbedisce a ragioni tecniche di conoscenza del *civil law* e ciò è strumentale al mantenimento del bigiuralismo e soprattutto alla conservazione di un elemento differenziale all'interno della Federazione dove il *common law* è prevalente.

Inoltre, non è da sottovalutare il profilo in base al quale i tre giudici di provenienza del Quebec sembrano assolvere non tanto la finalità di difesa degli interessi territoriali e culturali di quella Provincia, quanto quella di costruire un tessuto connettivo fra il Quebec e la Federazione.

Allargando l'orizzonte e a conferma dei benefici riconducibili al *reflective judiciary*, si ritiene opportuno citare le parole delle magistrato, L'Heureux-Dubé e McLachlin, in *R. v. S. (R.D.)*⁷¹: «... [*J*]udges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.».

In questo considerato in diritto in Canada emerge con chiarezza la consapevolezza che un potere giudiziario plurale non può che costituire un *quid pluris* rispetto alla funzione giudicante.

⁷¹ *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484 para 34.