

Adriano Dirri\*

## Il *living tree* della giustizia riparativa canadese: diritti degli Aborigeni, Corte Suprema e tentativi di federalismo cooperativo “interstiziale”\*\*

**ABSTRACT:** *This paper seeks to investigate the dilemma of aboriginal rights in Canada from a different perspective. In fact, even though many studies exist in matter of the aboriginal “quest” not the same may be said related to the role of federalism in the accommodation of aboriginal interests and claims. Drawing on the jurisprudence of the Canadian Supreme Court on the duty to consult and the aboriginal land claims, this paper aim at providing a different perspective on the evolution of the Canadian constitutional order. Thus, under the spotlight there is the interrelation between sovereignty – federalism – constitutional law with the need to accommodate aboriginal claims; to this regard, the federal toolkit seems to offer viable options. For this reason, it is argued that, with this specific purpose, Canada is witnessing an “interstitial and rescue” federalism.*

*Questo contributo tenta di analizzare il dilemma dei diritti degli aborigeni canadesi da una diversa prospettiva. Infatti, pur essendo numerosi gli studi sul tema, non sono molti gli studi che pongono in relazione il federalismo con il riconoscimento dei diritti delle First Nations. Sulla base della giurisprudenza della Corte Suprema canadese sull’obbligo di consultazione e sul land claim, questo saggio intende offrire una diversa prospettiva circa l’evoluzione dell’ordinamento canadese. Al centro dell’indagine viene posta l’interrelazione tra sovranità – federalismo – e diritto costituzionale e la necessità di fornire soluzioni giuridiche al problema dei nativi; a questo riguardo gli strumenti del federalismo sembrano offrire interessanti soluzioni. Per questa ragione si afferma che, in questo caso specifico, il federalismo canadese sia qualificabile come “interstiziale e di salvataggio”.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La specificità canadese: tra dualismo e relazioni intergovernative – 3. L’eccezione: i diritti degli Aborigeni e il *duty to consult* – 4. Il potenziale trasformativo dell’art. 35: sovranità, territorio e “*interstitial and rescue federalism*” – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Uno studio sui diritti dei “nativi”, diritti ancestrali o atavici<sup>1</sup> presuppone un cambio di paradigma nell’analisi della relazione tra spazio e diritto, quindi del territorio quale elemento costitutivo dello Stato. Non si vuole esplorare il più classico dei temi della teoria dello Stato – la sovranità – piuttosto si vuole sottolineare come essa possa risultare una questione “incompiuta” in alcuni ordinamenti, in relazione a chi è stato escluso dalla “strutturazione” dell’edificio statale e del costituzionalismo<sup>2</sup>.

---

\* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Luiss Guido Carli.

\*\* Articolo sottoposto a referaggio anonimo.

<sup>1</sup> La razionalità giuridica impone di circoscrivere i diritti aborigeni, compito arduo per gli operatori del diritto e per le corti proprio per la natura degli stessi. Purtroppo si può affermare, con molta prudenza, che con i diritti degli aborigeni ci si riferisce «*to both activities and property to which aboriginal peoples have a protected interest*». Preliminarmente preme osservare che è il riconoscimento, la garanzia e la promozione di tali “interessi protetti” derivano da specifiche norme costituzionali nonché da altre fonti, tra cui i trattati, il *common law* e il *civil law*. La definizione dei diritti degli aborigeni necessita di una interpretazione di tipo teleologico nell’analisi dell’interrelazione tra le diverse tradizioni giuridiche canadesi, con un *favor* verso i diritti dei nativi. Cfr. M.J. BRYANT, *Public law: an overview of aboriginal, administrative, constitutional and international law in Canada*, Toronto, 2002, 2-5.

<sup>2</sup> La prospettiva è quella prettamente interna all’ordinamento canadese come sottolinea Russel: «for the Europeans who fashioned the canadian confederation, the aboriginal peoples were subjects on whom sovereignty could be imposed, not people with whom one formed a political community». P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?* Third Ed., Toronto-Buffalo-London, 2004, 4.

Infatti, l'ordinamento canadese rimane sempre un caso scuola circa la relazione tra sovranità, costituzionalismo, multiculturalismo e federalismo<sup>3</sup>. In questo campo, non può sorprendere che l'espansione geografica della "forma moderna di organizzazione dello spazio politico"<sup>4</sup>, ossia tentativi di riproposizione dello Stato *elsewhere*, abbia soppresso le "sovranità ancestrali" dei popoli ivi coinvolti nel "turbini" sovrano dello Stato. Non è un caso che i territori abitati dagli autoctoni venissero definiti *terra nullius* e *ab origine* non titolari della sovranità<sup>5</sup>; proprio in considerazione del peccato originario dei colonizzatori il costituzionalismo più recente ha incorporato quelle disposizioni normative per porre rimedio alla negazione dei diritti dei popoli autoctoni. Il Canada non fa eccezione, anzi quanto ruota attorno al *corpus* giuridico riferito alle *First Nations*, in special modo il formante giurisprudenziale, evidenzia questo insoluto problema<sup>6</sup>.

Proprio il tentativo di riconoscere e includere le "sovranità" originarie appare incompatibile rispetto alla sovranità della Corona. La risposta a tale questione non può non trovare una interlocuzione necessaria nell'evoluzione del costituzionalismo e nei suoi strumenti per poter porre rimedio a questa distorsione originaria della sovranità dei nativi, *rectius*, evoluzione dei rapporti di forza tra comunità<sup>7</sup>. Il Canada, in questo senso, appare il più avanzato laboratorio del diritto costituzionale comparato non solo per i summenzionati motivi, bensì per aver riconosciuto e fornito garanzia costituzionale ai diritti dei nativi, mediante il *Constitution Act*, 1982, specialmente negli articoli 25 e 35 alla cui progressiva definizione, caso per caso, ha contribuito la Corte Suprema<sup>8</sup>. Non deve stupire, però, che il dibattito su tale tema giunga a riguardare come essi possano essere inquadrati in termini di "sovranità" e di "self government"<sup>9</sup>.

La questione dei diritti dei nativi rimane inestricabilmente connessa con il problema della sovranità; a tal fine il federalismo pare offrire un'utile chiave di lettura a quel *corpus* giurisprudenziale che risponde alla necessità di "ricostituire" in qualche modo la sovranità originaria degli aborigeni, come dimostra una recente sentenza della Corte Suprema in tema di giurisdizione<sup>10</sup>. Contestualmente, si evince l'intento "trasformativo" della Costituzione canadese<sup>11</sup>, al fine di "ricomporre" il *clash of sovereignties* tra la Corona e i nativi, collocando tale percorso costituzionale all'interno della dottrina del *living tree* dell'ordinamento canadese<sup>12</sup>.

---

<sup>3</sup> Anche in considerazione della sua struttura "duale"; il riferimento è alla divisione delle competenze legislative esclusive ai sensi degli artt. 91 e 92 del *British North America Act*, (BNA) di Province e Federazione secondo la nota formula dei *watertight compartments*, come si evince dall'aspro dibattito sulla *national concern doctrine*. Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, Oxford, 2017, 396.

<sup>4</sup> A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, 23.

<sup>5</sup> E. CECCHERINI, *Eguaglianza e identità culturale. Una prospettiva comparata*, Genova, 2012, 28-31.

<sup>6</sup> G. ROLLA, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, 5 ss.

<sup>7</sup> Tema vasto quello della geopolitica del diritto ma basti qui ricordare che la sistematizzazione giuridica dello spazio globale è avvenuta mediante l'espansione del pensiero giuridico occidentale. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari, 2013, 8 ss.

<sup>8</sup> *Calder v British Columbia* (AG) [1973] SCR 313, [1973].

<sup>9</sup> J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., 281 ss.

<sup>10</sup> *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat et al.*, SCC 37912.

<sup>11</sup> Su cui M. HAILBRONNER, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2017, 527-565.

<sup>12</sup> Con tale perifrasi si individua quell'interpretazione giurisprudenziale di tipo evolutivo fondata sulla flessibilità delle norme costituzionali *pro-futuro* senza comprometterne il significato letterale originario. Cfr. L. PIERDOMINICI, *La dottrina canadese del living tree come modello comparatistico di interpretazione costituzionale*, in G. Delledonne, G.

Questo contributo mira ad esplorare le potenzialità trasformative del costituzionalismo canadese e, in particolar modo, quelle legate ad una forma di federalismo *ad hoc* che verrà denominato *interstitial e/o rescue federalism*<sup>13</sup>. A tal fine, si evidenzia il ruolo del formante giurisprudenziale nella ridefinizione di alcuni strumenti tipici del federalismo canadese (*duty to consult* e autogoverno) per la tutela degli aborigeni e dei territori da loro storicamente occupati.

## 2. La specificità canadese: tra dualismo e relazioni intergovernative (cenni)

Sono molte, come si è anticipato, le ragioni che hanno portato la dottrina costituzionalistica<sup>14</sup> ad approfondire l'esperienza canadese, tra cui figurano i diritti degli aborigeni, la loro costituzionalizzazione nonché le fonti che concorrono a definirli<sup>15</sup>.

Il Canada è considerabile come un ordinamento federale "classico" seppur con alcune differenze rispetto ad ordinamenti quali Stati Uniti, Svizzera e Germania, da cui si differenzia in quanto l'unione fu il risultato tra enti non sovrani. Il *British North America Act* BNA era stato formalmente adottato da Westminster e bisognerà attendere, come è noto, il *Constitution Act* del 1982 per recidere gli ultimi legami formali con il Regno Unito. La Costituzione canadese, composta principalmente dai documenti costituzionali richiamati, assieme a «*various other quasi-constitutional statutes*», in principio ebbe il fine di adottare una tipologia di federalismo differente rispetto a quello degli Stati Uniti, vista la guerra civile in corso negli stessi anni in cui si andava discutendo il BNA. Infatti, alla Federazione quanto alle Province spettava il potere legislativo esclusivo, ben diversa dalla residualità delle competenze riservata agli Stati nell'esperienza statunitense<sup>16</sup>.

Tuttavia, lo schema costituzionale federale venne congelato a favore delle Province dal *Privy Council*, che limitò l'utilizzo di quelle clausole di omogeneità quali la *disallowance*, che conferisce al Parlamento federale il potere di annullare una legge provinciale entro un anno dalla sua adozione, la *reservation* in materia di opere pubbliche, nonché la clausola residuale ex art. 91, ai sensi del quale il Parlamento federale ha la possibilità di legiferare col fine di preservare *Peace*,

---

Martinico, L. Pierdominici (curr.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, spec. 85 ss. Altrimenti definita *progressive interpretation*. Cfr. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, 1998, 646 ss.

<sup>13</sup> Espressione mutuata da Hamilton con cui in parte si concorda, mentre l'espressione *rescue federalism* si giustifica in relazione alla capacità dell'ordinamento canadese di trovare formule accomodanti anche in situazioni, a costituzione invariata, che riguardo le fondamenta del Canada. Cfr. R. HAMILTON, *Indigenous Peoples and Interstitial Federalism in Canada*, in [Review of Constitutional Studies](#), 2019, 43-84

<sup>14</sup> Ad esempio, N. OLIVETTI RASON, *Un federalismo asimmetrico: il Canada*, in N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (curr.), *Esperienze federali contemporanee*, Padova, 1996, 91 ss.; AA. VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997; T. GROPPi, *Canada*, Bologna, 2006; G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, cit.; G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008; T. GROPPi, *Il multiculturalismo come strumento di costruzione dell'identità nazionale: l'esperienza del Canada*, in D. Amirante, V. Pepe (curr.), *Stato democratico e società multiculturale*, Torino, 2011, 17-30; G. Delledonne, G. Martinico, L. Pierdominici (curr.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni*, cit., Pisa, 2017; G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Québec*, Torino, 2019.

<sup>15</sup> *Ex multis*, per la dottrina italiana: M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di Common law*, Padova, 2004, 63 ss. e bibliografia ivi citata; E. CECCHERINI, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, cit., 58 ss.; ID., *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2016, 23 ss.

<sup>16</sup> P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 115. In senso contrario al federalismo statunitense i costituenti canadesi elaborarono una struttura federale quanto più possibile chiara circa i poteri della federazione e delle province; gli esempi sono molteplici, a partire dalla *commerce clause* sino ad arrivare a materie come sistema bancario, il diritto di famiglia, il diritto penale e penitenziario.

*Order and good Government*, in tutte quelle materie non di competenza provinciale<sup>17</sup>. Fu la giurisprudenza a orientare il federalismo canadese in senso “duale” secondo la metafora dei *watertight compartments*; non bisogna dimenticare un'altra caratteristica, ossia il pluralismo giuridico del *Dominion* britannico, connotato da un sistema giuridico misto di *common law* e, nel Québec, di *civil law*<sup>18</sup>.

Nella logica dei padri costituenti, tali istituti “unitari” rispondevano ad esigenze centripete<sup>19</sup>, ben prima dell'adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e del riconoscimento dei diritti degli aborigeni, elementi di omogeneità del sistema duale canadese. Accanto a ciò va comunque ricordato che a partire dal 1949, anno in cui la Supreme Court “sostituì” il *Privy Council*, la giurisprudenza costituzionale ha provato ad introdurre elementi di flessibilizzazione nel sistema federale, in particolar modo richiamando i livelli di governo ad una maggiore collaborazione<sup>20</sup>. Si sottolinea questo aspetto proprio perché a fronte di «*a failure to recognize the links between issues of federalism, individual rights and Aboriginal rights [...] the Constitution is an integrated framework in which federalism, individual rights and Aboriginal rights are linked*»<sup>21</sup>. A fronte di questo quadro non esaltante l'obbligo di consultazione svolge un ruolo centrale per la tutela dei diritti delle *First Nations*<sup>22</sup>; il dovere di cooperare, assieme a forme di autogoverno *ad hoc*, risulta essenziale per la definizione dei diritti degli aborigeni e fortemente connessi con lo scottante tema della sovranità in società multiculturali (secondo profilo) verso la quale il “*federal spirit*”<sup>23</sup> ha saputo riorientare difficili scelte di natura costituzionale.

Come anticipato, la formula dei *watertight compartments* si è rivelata inadeguata, così come interpretata dalla giurisprudenza del *Privy Council*; la Corte Suprema ha avanzato una flessibilizzazione nonché svolge un ruolo di “*facilitator*” del federalismo intergovernativo<sup>24</sup>. Infatti, sono proprio le relazioni tra gli esecutivi federali e provinciali ad aver avuto notevole influenza sul *policy making*; tutto ciò avviene sul piano strettamente politico e in modo informale tale da definirsi “para giuridico”. Nella Costituzione non è presente alcuna norma sul principio di cooperazione e la Corte Suprema, scartata l'ipotesi di considerarlo principio normativo, lo ha piuttosto utilizzato in funzione di *moral suasion* per ridurre i conflitti di competenza<sup>25</sup>. Un giudizio recente<sup>26</sup> ha ribadito l'impossibilità di conferire rango normativo alla cooperazione, che rimane una guida “politica” ma senza alcuna forza normativa: la Corte continua ad attenersi alla lettera della Costituzione in materia di divisione delle competenze, peraltro non contemplando nemmeno la possibilità di un'attrazione verso l'alto delle competenze provinciali, in un ordinamento in cui il

---

<sup>17</sup> Per approfondimenti cfr. G.P. BROWNE, *The Judicial Committee and the British North America Act: An Analysis of the Interpretative Scheme for the Distribution of Legislative Powers*, Toronto, 1967; A. CAIRNS, *The Judicial Committee and its Critics*, in *Can. J. Pol. Sci.*, 1971, 301; P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law. Fifth Ed*, Toronto, 2017, 99 ss. Si ricorda solamente che in tale periodo fu elaborata la *double aspect doctrine* dalla giurisprudenza. Cfr. *Hodge v The Queen (Canada)* [1883] UKPC 59; *AG Ontario v AG Canada (The Local Prohibition Reference)*.

<sup>18</sup> K. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Year*, Toronto, 1990.

<sup>19</sup> G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 117-121.

<sup>20</sup> Accanto ad un approccio meno “parsimonioso” laddove si è trovata a giudicare casi rientranti nel Peace Order and Good Government (POGG) ai sensi dell'art. 91. Cfr. M.J. BRYANT, *Public law: an overview*, cit., 113 ss.; P.W. HOGG, W.K. WRIGHT, *Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism*, in *U.B.C. Law Review*, 2005, 329 ss.

<sup>21</sup> A.W. MACKAY, *The Supreme Court of Canada and Federalism: Does/Should Anyone Care Anymore?* in *The Canadian Bar Review*, 2001, 243-244.

<sup>22</sup> *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

<sup>23</sup> M. BURGESS, *In Search of the Federal Spirit*, Oxford, 2012.

<sup>24</sup> Su cui P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law*, cit., 226 e 271 ss.; A.W. MACKAY, *The Supreme Court of Canada and Federalism*, cit., 255 ss., 279-280.

<sup>25</sup> Come in *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, SCC 20, [2005] 1 SCR 292.

<sup>26</sup> *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, [2018] S.C.J. No. 48, 2018 SCC 48.

principio di sussidiarietà rimane «*still largely undetermined*»<sup>27</sup>. La Corte segue la traccia segnata da *Canadian Assistance Plan Reference*<sup>28</sup> dove aveva negato qualsivoglia obbligo procedurale in capo al legislatore nell'esercizio dell'iniziativa legislativa di rispettare un accordo precedentemente raggiunto in sede intergovernativa. L'argomentazione della Corte rimane sempre la stessa, ossia la sovranità del Parlamento e dei parlamenti provinciali come confermato in *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*<sup>29</sup>.

Di taglio diverso appare la giurisprudenza della Corte Suprema laddove il principio di cooperazione si pone in connessione con la tutela dei diritti ancestrali. Il caso *NIL/TU,O*<sup>30</sup> è interessante in quanto riguardava l'istituzione di un'agenzia (*NIL/TU,O Child and Family Services Society*) avente il compito di fornire assistenza sociale alle famiglie aborigene; in tale ambito spetta al Parlamento federale legiferare in relazione a *Indians, and Lands reserved for the Indians* (art. 91, par. 24), mentre l'assistenza sociale è un compito provinciale. Il governo federale e della *British Columbia* raggiunsero un accordo sull'agenzia con il fine di tutelare il benessere dei bambini aborigeni ma le relazioni sindacali rimanevano di competenza provinciale. Venne contestata dall'agenzia la competenza della *British Columbia* di regolamentare la contrattazione sindacale, visto che essa era stata frutto di un accordo tra il governo federale e la *British Columbia* ai sensi dell'art. 91 par. 24. La Corte affermò il diritto sindacale fosse di competenza provinciale ed essa non veniva "assorbita" dalla Federazione a fronte dell'accordo e perché l'art. 91 non avrebbe potuto includere le relazioni sindacali. Nell'asserire ciò la Corte evidenzia l'importanza del «*sophisticated and collaborative effort*» dei governi col fine di «*respects and protects the Collective First Nations' traditional values*»<sup>31</sup>. La Corte ha confermato la costituzionalità dell'accordo seppur ricordando che l'ente, in quanto erogatore di servizi sociali, viene regolamentato dalla legislazione provinciale. Questo caso ha evidenziato l'accentuazione della collaborazione tra livelli di governo per tutelare un fine comune della Costituzione canadese, ossia la giustizia riparativa in favore dei nativi, aspetto che può essere considerato un forte tratto di omogeneità<sup>32</sup>.

### 3. L'eccezione: i diritti degli Aborigeni e il duty to consult

I diritti delle *First Nations* sono tutelati mediante l'art. 35 che riconosce e promuove gli *existing aboriginal and treaty rights*, clausola generale che da un lato evidenzia il carattere aperto dell'*unfinished business* del *living tree* trasformativo canadese, dall'altro è distinta dalla Carta dei diritti e delle libertà (artt. 1-34) e, come tale, non incontra le limitazioni derivanti ex artt. 33 (*notwithstanding clause*) e 1 della Carta. Il secondo riferimento normativo si rinviene nell'art. 25<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> E. BROUILLET, *Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box?* in *Supreme Court Law Review*, 2011, 632.

<sup>28</sup> *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

<sup>29</sup> Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism*, cit., 406-411; J. POIRIER, *The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism*, in *Supreme Court Law Review*, 2020, 85-123.

<sup>30</sup> *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 43-45.

<sup>32</sup> Cfr. M. WENTE, *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union and Communication Energy and Paperworkers of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto Case Comment*, in [Indigenous Law Journal](#), 2011, 133 ss.; Cfr. J.F. GAUDREAU, J. POIRIER, *From Dualism to Cooperative Federalism*, cit., 403.

<sup>33</sup> «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada

– anch'essa clausola generale, che rende “immuni” i diritti degli indigeni o quantomeno orienta l'interpretazione della Carta svolgendo la funzione di «*justificatory framework designed to balance Aboriginal rights and Charter rights*»<sup>34</sup>.

La giustizia riparativa, che si sostanzia nel godimento di tali diritti, non può non essere perseguita se non attraverso forme di cooperazione. Ancora una volta è il formante giurisprudenziale a giocare un ruolo chiave, con sfumature diverse, ma sempre tenendo a mente il fine dell'art. 35: la riconciliazione. Il *duty to consult* è stato considerato in *Sparrow*<sup>35</sup> e poi in *Delgamuukw*<sup>36</sup> un requisito procedurale obbligatorio nell'adozione di atti normativi che comportano limitazioni agli interessi degli aborigeni (*infra*) a cui si è poi aggiunta *Haida*<sup>37</sup> in cui tale dovere giuridico deriva dall'*Honour of the Crown* che richiede «*that the Crown act with reference to the Aboriginal group's best interest in exercising discretionary control*»<sup>38</sup>.

Proprio l'ultimo giudizio ha reso il *duty to consult* un principio costituzionale ancorato all'*Honour of the Crown*, specificamente posto in relazione ai diritti dei nativi, seppur non precisandone il contenuto procedurale in relazione all'oggetto. Secondo la Corte, nel predisporre interventi normativi «*where a strong prima facie exists for the claim*», sono obbligatorie le consultazioni con le popolazioni indigene ma non l'obbligo di trovare un accordo<sup>39</sup>; «*rather, the commitment is to a meaningful process of consultation*» in buona fede tra governo e popolazioni indigene senza, però, fornire ulteriori indicazioni su come esse si dovessero svolgere<sup>40</sup>.

Infatti, la necessità di delineare procedure di consultazione, nonché l'esatta individuazione dei soggetti passivi, hanno generato una proliferazione dei giudizi della Corte Suprema. In *Chippewas*<sup>41</sup>, la *National Energy Board* (NEB) – autorità di regolazione e tribunale amministrativo federale – è stata investita del *duty to consult* in nome della Corona per il rilascio di autorizzazioni e licenze; nella sentenza *de qua*, è emersa una *diminutio* degli obblighi di consultazione visto che l'interesse degli aborigeni era assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto privato.

Invece, secondo la Corte in *Clyde River*<sup>42</sup> la stessa NEB non aveva adeguatamente consultato gli aborigeni, poiché sorgeva un loro chiaro interesse<sup>43</sup>. Dato ormai per acquisito il dovere di

---

including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired».

<sup>34</sup> Si veda l'efficace ricostruzione di A. SWIFFEN, *Constitutional reconciliation and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in [Review of Constitutional Studies](#), 2019, 90-99.

<sup>35</sup> «Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed [...] and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented». R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075. Sul giudizio cfr. M. ASCH, P. MACKLEM, *Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty: An Essay on R. v. Sparrow*, in [Alberta Law Review](#), 1991, 498-517.

<sup>36</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, 168.

<sup>37</sup> *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73. Non differente fu il giudizio in *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 SCR 550, seppur di diverso esito nel caso concreto.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 16-19. L'*Honour of the Crown* è un principio rintracciabile nella tradizione costituzionale britannica concretizzatosi in Canada già nella *Royal Proclamation* del 1763 secondo cui i popoli indigeni venivano protetti dalla Corona. Tale principio è di primaria importanza in relazione ai diritti dei nativi. Cfr. T. MCMORROW, *Upholding the Honour of the Crown*, in [Windsor Yearbook of Access to Justice](#), 2018, 311 ss.

<sup>39</sup> N. BANKERS, *The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2020, 264.

<sup>40</sup> *Haida*, cit., 37-42, 47-48-49. Cfr. P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law*, cit., 620 ss.; M. MAZZA, *La consultazione dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese*, in [filodiritto](#), 2020.

<sup>41</sup> *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099

<sup>42</sup> *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069.

<sup>43</sup> E. CECCHERINI, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2273-2278.

consultazione nel procedimento amministrativo (*Ktunaxa*<sup>44</sup>), non pochi dubbi permanevano sull'attività legislativa. Su quest'ultimo aspetto altri giudizi hanno fornito alla Corte l'occasione di esprimersi: *Williams Lake*<sup>45</sup> e *Mikisew Cree*<sup>46</sup> hanno evidenziato il rapporto tra tale principio e la struttura federale nonché sull'importanza del dittico sovranità-potere legislativo su cui si fonda il Canada. Infatti, in questi due giudizi il dovere di consultazione viene posto al di fuori del procedimento legislativo relegandolo solo ad atti di natura amministrativa<sup>47</sup>.

Il dovere di consultare i popoli indigeni è, in buona sostanza, un dovere di cooperare ma la sua indeterminatezza ha portato la dottrina ad evidenziare non pochi problemi: *in primis* la mancanza di certezza giuridica del *duty to consult* genera incertezze procedurali, tanto da indurre alcune province a relegare tale compito a soggetti privati, a cui si aggiunge che alcuni trattati stipulati con gli aborigeni già prevedono specifici *iter* di consultazioni. Ma è il sistema delle fonti ad essere "scosso" dal *duty to consult*: la fonte costituzionale, dedotta per via interpretativa, si dimena tra il diritto costituzionale, amministrativo e il *tort law* (soprattutto nei casi di *trespass*). Infatti, alla luce della giurisprudenza presa in esame, esso può essere considerato un principio costituzionale che riduce la discrezionalità amministrativa laddove siano in gioco gli interessi dei nativi; d'altro canto la giurisprudenza attuale limita alla fase esecutiva il *duty to consult* che non può impattare sul procedimento legislativo, ancorato al dogma della sovranità dei legislatori che alla luce dello stesso art. 35 potrebbe definirsi "spuria"<sup>48</sup>.

#### 4. Il potenziale trasformativo dell'art. 35: sovranità, territorio e "interstitial rescue federalism"

Il riconoscimento dei diritti degli aborigeni rappresenta un momento di "tensione necessaria" all'interno dell'ordinamento canadese e proprio le dizioni *existing rights* e *treaty rights* evidenziano il tentativo riconciliatorio tra le "due sovranità"<sup>49</sup>. I primi vengono progressivamente definiti dal formante giurisprudenziale, sulla base dell'art. 35 ed è indubbia la loro natura *sui generis* ed *extra ordinem*. I *treaty rights*, stipulati tra Corona e aborigeni (*First Nations*) sin dal 1763, si differenziano dai trattati internazionali in quanto contenevano un certo *favor* verso i colonizzatori<sup>50</sup>. Ciò implica una nuova interpretazione dei trattati alla luce dell'art. 35; infatti, la Corte non tardò a sostenere che essi «*should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians*»<sup>51</sup>.

Sono questi gli strumenti che hanno generato una "dicotomizzazione costituzionale" delle identità autoctona e non autoctona. Il problema della sovranità si coglie mediante le parole di chi<sup>52</sup> ha sottolineato la presenza di una comunità differenziata derivante da un ordinamento autoctono fondato sull'art. 35, corrispondente a una realtà sociologica basata sull'identità. Il diritto è quindi

---

<sup>44</sup> *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386.

<sup>45</sup> *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83.

<sup>46</sup> *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765.

<sup>47</sup> E. CECCHERINI, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Canada nel biennio 2018-2019*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2692.

<sup>48</sup> Questioni abilmente discusse da D. NEWMAN, *The Section 35 Duty to Consult*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., spec. 355-364.

<sup>49</sup> J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, cit., 281 ss.

<sup>50</sup> P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 584; E. CECCHERINI, *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, cit., 32-36. Ne consegue che i trattati sono parte della storia costituzionale canadese molto più del *Constitution Act*, 1867. Cfr. P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, 2001, 151.

<sup>51</sup> *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, 27.

<sup>52</sup> G. OTIS, *Le libertà*, in AA. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, cit., 226.

“personale” o della comunità rompendo invece la dicotomia della tradizione giuridica occidentale tra territorio e politica. Eppure, l’elemento identitario rimane fortemente connesso al territorio dove il regime di personalità e i diritti fondiari si sovrappongono; proprio mediante il territorio si giunge a codificare in concreto e caso per caso i diritti degli aborigeni<sup>53</sup>.

Il percorso della Corte, in questo senso, ha avuto inizio prima della novella costituzionale del 1982 con il caso *Calder*<sup>54</sup>, quando venne sancita l’esistenza dei diritti atavici; seguì, nel 1985, il caso *Guerin*<sup>55</sup> ove la Corte enfatizzò che il mero fatto, ossia l’occupazione della terra da parte degli indigeni prima dell’arrivo degli europei, fosse sufficiente per l’*Aboriginal Title*, veniva definito *sui generis* non essendo riconducibile integralmente ad un diritto personale, di usufrutto e di *beneficial interest*<sup>56</sup>.

Che la questione territoriale fosse intimamente connessa a quella della sovranità originaria fu ancor più chiaro se si considera il tentativo di istituire un vero e proprio autogoverno per le popolazioni indigene con il *Charlottetown Accord, 1992* che, come è noto, non si concretizzò<sup>57</sup>, al contrario del riconoscimento dell’autonomia del territorio del Nunavut<sup>58</sup>. Tale situazione di *impasse* circa il *self-government* ha generato un rilevante dibattito, soprattutto alla luce del coinvolgimento degli aborigeni nelle riforme costituzionali. Così il riconoscimento del *self-government* degli aborigeni potrebbe avvenire mediante la stipulazione dei trattati in considerazione del loro rango costituzionale ai sensi dell’art. 35<sup>59</sup>. Non avendo avuto seguito le due opzioni, è stata la giurisprudenza costituzionale, *case by case*, ad aver definito i contorni dei diritti dei nativi nel solco della riconciliazione.

Come già osservato, negli anni 90’ vennero adottati una serie di giudizi sull’operatività della clausola derivante dall’art. 35. In *Sparrow*, in tema di *fishing rights*, la Corte rilevò che qualsiasi legislazione che interferisse con i diritti di pesca dei nativi fosse obbligata a «*demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights*»<sup>60</sup>. In concreto, una specifica modalità di pesca tradizionale, che i convenuti consideravano illegittima ai sensi dell’art. 35, risultava contraria alla normativa federale in quanto la novella normativa avrebbe portato a sacrificare un interesse dei nativi. Si tratta di una vera e propria deroga alla legislazione generale, effettuata mediante i principi di adeguatezza e proporzionalità<sup>61</sup> sottoponendo allo scrutinio della Corte le finalità della normativa federale e/o provinciale rispetto ai diritti e interessi dei nativi. Ad essa seguì *Van Der Peet*<sup>62</sup>, in cui venne definita con più precisione la “sostanza” dei diritti e interessi atavici; infatti, nel giudicare il commercio di salmone esercitato

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, 228-233.

<sup>54</sup> *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313.

<sup>55</sup> *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, 376-377.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 382. Le uniche caratteristiche essenziali erano l’inalienabilità e il *fiduciary duty of the Crown*. Già allora venivano espressi non pochi dubbi sulla *reductio* del *title* a questi due elementi. Cfr. J. HURLEY, *The Crown’s Fiduciary Duty and Indian Title: Guerin v. The Queen*, in *McGill Law Journal*, 1985, 567-584. La giurisprudenza costituzionale ha impiegato decenni per giungere ad affermare che l’*Aboriginal title* può estendersi ad un territorio o area dove hanno sempre vissuto i nativi, non solo siti specifici di caccia, pesca o villaggi. Il riferimento è il caso *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44 (*infra*).

<sup>57</sup> P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey*, cit., 193-203; P. HOGG, M.E. Turpel, *Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues*, in *Canadian Bar Review*, 1995, 187 ss.

<sup>58</sup> Sul Nunavut cfr. M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni*, cit., 77-88.

<sup>59</sup> P. HOGG, M.E. TURPEL, *Implementing Aboriginal Self-Government*, cit., 216-218; P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 596-597.

<sup>60</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 112. Meglio enunciato in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, 728: «First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?».

<sup>62</sup> *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 30, 46, 51.

in modo contrario alla legge federale, la Corte ricordava che «*to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right at the time of contact*». Si trattava di interessi preesistenti al contatto con gli europei che non potevano in alcun modo ricomprendere pratiche che esulavano dall'identità culturale degli aborigeni, come venne specificato in *Pamajewon*<sup>63</sup>. Il fine era quello della riconciliazione e della protezione degli interessi associati con l'identità e il territorio<sup>64</sup>. Non deve stupire che proprio questa fu la rivendicazione dei nativi in *Delgamuukw*, probabilmente la sentenza più importante, sino alla più recente *Tsilhqot'in*.

Nella prima le doglianze dei nativi riguardavano l'*Aboriginal title* su un territorio più vasto rispetto alle riserve; in realtà la Corte Suprema rinviò il giudizio al tribunale d'appello (*British Columbia Court of Appeal*) per motivi processuali, ossia la validità di prove orali<sup>65</sup> non considerate precedentemente idonee per dimostrare la storica occupazione delle relative terre. In tale giudizio, la Corte definì l'*Aboriginal title* e sostenne che «*aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves aboriginal rights*». Così, l'*Aboriginal title* venne caratterizzato da una forte connessione con il territorio, culmine di un grado di intensità dell'applicazione dell'art. 35 che variava dalle semplici tradizioni, per poi passare a *site-specific rights* sino a giungere al "titolo", definito *sui generis*, che conferiva il diritto alla terra stessa<sup>66</sup>.

La già menzionata *Tsilhqot'in* ha però posto una pietra miliare sul rapporto tra art. 35 e legislazione provinciale e federale e sui contorni dell'*Aboriginal title*<sup>67</sup>. Infatti, in questo caso la rivendicazione dei nativi poneva la lettura dell'art. 35 in relazione tanto alla legislazione provinciale sui diritti reali (art. 92(13)) quanto a quella federale sulle riserve indiane (art. 91(24)). La Corte ha sostenuto l'inapplicabilità della *interjurisdictional immunity*<sup>68</sup> in ragione della funzione di parametro di legittimità costituzionale svolto dall'art. 35<sup>69</sup>; in questo modo, pare opportuno segnalare che per la Corte l'art. 35 diviene norma parametro nel caso in cui venga accertata una lesione dei diritti degli aborigeni. L'altro aspetto su cui focalizzare l'attenzione è la caratterizzazione dell'*Aboriginal title* «*not confined to specific village sites or farms [...]*»; piuttosto è il "regolare" utilizzo del territorio da cui si evince il possesso in modo non dissimile dalla

---

<sup>63</sup> *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821. In questo caso si trattava di avviare l'attività del gioco d'azzardo in una riserva.

<sup>64</sup> Quest'ultimo aspetto è stato acutamente evidenziato da Macklem laddove CJ Lamer evidenziava che gli aborigeni vivevano in *distinctive communities*. Cfr. P. MACKLEM, *Form and Substance of Aboriginal Title*, in P. Oliver, P. Macklem, N. Des Rosiers (curr.), *The Oxford Handbook of Canadian Federalism*, cit., 332.

<sup>65</sup> *Delgamuukw*, cit., 87.

<sup>66</sup> Quindi anche attività non corrispondenti all'identità e cultura indigena: *ibid.*, 111, 138. Proprio perché nel *common law* l'occupazione della terra è una prova del possesso, dimostrata dal "semplice fatto" che quei territori erano regolati da un sistema di diritto consuetudinario preesistente; di qui la duplice natura dell'*aboriginal title*. Cfr. J. BORROWS, *Sovereignty's Alchemy: An Analysis of Delgamuukw v. British Columbia*, *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, 537-596; K. McNEIL, *Emerging Justice. Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia*, Saskatoon, 2001, 71-82; M.J. BRYANT, *Public law: an overview of aboriginal*, cit., 19-27.

<sup>67</sup> Infatti, precedentemente non era stata fornita una risposta diretta alla questione *Aboriginal title*, visto che in *Calder* la Corte si divise, in *Delgamuukw* fu un *obiter*, mentre in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 e *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13 la Corte rimase molto vaga. Non a caso è stato dedicato uno *special Issue* dell'[University of British Columbia Law Review](#), Vol. 48, Issue 3, 2015.

<sup>68</sup> Nel caso in cui una legge va a regolare anche una materia che ricade tra le competenze di un altro livello di governo essa diventa inapplicabile in quella materia che esula dal fondamento costituzionale sulla cui base è stata adottata. Tale dottrina si avvale della tecnica del *reading down*, ossia un'interpretazione restrittiva volta ricondurre la normativa adottata alla specifica competenza sancita dalla Costituzione. Cfr. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, cit., 361-362.

<sup>69</sup> Si veda E. CECCHERINI, *Canadian Aboriginal Law: la sfida della diversità*, cit., 37-38.

tradizione di *common law*; inoltre, l'occupazione del territorio deve riflettere la *way of life* della popolazione aborigena, «*including those who were nomadic or seminomadic*»<sup>70</sup>.

Il formante giurisprudenziale ha così sancito la "territorialità" dell'*Aboriginal title* su cui la comunità aborigena esercita i propri *inherent rights*. In questo modo si giunge ad un non dichiarato autogoverno del territorio a costituzione invariata grazie al ruolo delle corti<sup>71</sup>. Viene riproposto, nuovamente, il problema costituzionale del *self government* connesso alla sovranità degli aborigeni e alla riconciliazione: è questo il secondo aspetto del c.d. *interstitial/rescue federalism*.

Recentemente, il problema della sovranità è stato esaminato dalla giurisprudenza in tema di giurisdizione provinciale, evidenziando quanto la concezione politica del territorio si scontri con la *customary law*. In *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, i nativi reclamavano l'occupazione di un territorio che trascende i confini provinciali del Québec e Newfoundland e Labrador su cui da tempo era stato avviato un progetto di attività mineraria. Le doglianze dei nativi riguardavano l'utilizzo esclusivo del territorio nonché l'impatto ambientale e le conseguenze sui diritti di caccia, pesca e sulle risorse naturali. Essendo tale area sita in due province sorgeva il problema della giurisdizione in relazione a quella della provincia del Newfoundland e Labrador, non essendo accettabile che la successiva definizione dei confini provinciali potesse privare o impedire il diritto degli aborigeni ad un rimedio giurisdizionale effettivo<sup>72</sup>. Viene così confermato il giudizio della Corte d'Appello del Québec che aveva stabilito la propria giurisdizione, ribadendo la natura *sui generis* dell'*Aboriginal title*, in quanto non riconducibile a un diritto reale e a quello personale, né tantomeno a una combinazione di entrambi. L'analisi della Corte poggia sulla caratterizzazione mista dell'oggetto, poiché gli indigeni miravano al riconoscimento del *title* (diritto *sui generis*) e diritti di natura personale, mentre non avrebbe avuto giurisdizione nel caso in cui il ricorso avesse riguardato i diritti reali. Infatti, il codice civile del Québec garantisce la giurisdizione nel caso in cui il ricorrente sia domiciliato nel Québec, come le due imprese minerarie. La Corte ha sottolineato la specificità del caso asserendo che «*non-classical mixed action simply not been contemplated by the C.C.Q.*»; l'interpretazione del codice richiede una torsione alla luce della specialità dell'art. 35, così come l'*Honour of the Crown* e la funzione costituzionale dell'art. 35 richiedono una flessibilizzazione interpretativa per non rendere gravoso l'accesso alla giustizia per i nativi<sup>73</sup>.

Anche da quest'ultimo giudizio si evince che la *vexata quaestio* della sovranità, questa volta in relazione alla giurisdizione, ha rivelato la necessità di una "flessibilità" interpretativa della normativa provinciale nonché la mancanza di disposizioni *ad hoc*. La giurisprudenza sull'*Aboriginal title* ha evidenziato un ulteriore elemento di quel federalismo interstiziale che esula dalla struttura federale canadese, ma che trae forza e fondamento dall'interpretazione teleologica derivante dall'art. 35.

---

<sup>70</sup> *Tsilhqot'in*, cit., spec. 2, 39, 42, 56, 59. In appello la Corte del British Columbia definì il caso «one of the most complex ever adjudicated in this country». *William v. British Columbia* (2012 BCCA 285), 128. In realtà la Corte chiarì numerosi altri punti come i diritti dei privati e gli interessi pubblici successivamente all'accertamento dell'*Aboriginal title*, alla necessità di compensazioni contestualmente alla disapplicazione della legislazione con specifico riferimento ai territori posseduti dai nativi. Tutti questi aspetti sono abilmente analizzati da D.M. ROSENBERG, J. WOODWARD, *The Tsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada*, in *University of British Columbia Law Review*, 2015, 943-970.

<sup>71</sup> K. SWINTON, *La forma di governo*, in AA. Vv., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, cit., 159-161.

<sup>72</sup> *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, cit., 49, 239, 249. Si noti che la Corte si è divisa (cinque a favore e quattro contrari) sulla giurisdizione del Québec ma tutti i giudizi sono stati concordi sul problema della giurisdizione e dell'accesso alla giustizia. A tale fine, la Corte pare invocare una soluzione concertata tra province e nativi sulla giurisdizione.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 34-36, 50, 56-64. I riferimenti del Codice civile del Québec sono gli artt. 3148 e 3152. Può essere una soluzione prevedere *joint courts* per siffatti casi.

## 5. Brevi considerazioni conclusive

Come si è visto, il processo costituzionale canadese assieme alla giurisprudenza della Corte ha reso esplicito l'intento trasformativo dell'ordinamento; in particolare le Corti, nel ruolo di "legislatore positivo", hanno avuto un forte impatto sullo status costituzionale degli indigeni<sup>74</sup>. D'altra parte, gli stessi strumenti costituzionali e la giurisprudenza spingono a sostenere che le disposizioni relative ai diritti degli aborigeni risultino una clausola di omogeneità che tende a flessibilizzare il federalismo duale. L'*interstitial federalism* viene definito dalla presenza di un corpus giurisprudenziale, di trattati e diritti che, ponendosi "nel mezzo", ossia tra giurisdizione federale e provinciali, diventano parametro di legittimità degli atti normativi di entrambi i livelli<sup>75</sup> al fine di tutelare un "asimmetrico" insieme di strutture di governance e autorità indigene legittimate dalla Costituzione, senza che, ad oggi, ciò sia configurabile formalmente come un terzo livello di governo<sup>76</sup>.

Seppur il fine rimanga quello di riconciliare la sovranità della Corona con quella degli indigeni non va sottaciuto che la Corte, nella famosa *Reference* sulla secessione<sup>77</sup>, avrebbe potuto osare di più. Infatti, in quel giudizio, la Corte ha considerato gli aborigeni come minoranze e non come *partners*, con tutte le specificità del caso, dell'ordinamento federale evitando così di soffermarsi sul ruolo delle *First Nations*. Così, se è pacifico sostenere l'intento riparativo rispetto alle sovranità preesistenti in modo non dissimile è possibile affermare che la sovranità del Canada risulti ancora "imperfetta". Ne è dimostrazione l'*interplay of Canada's contending sovereignties* tanto sul piano decisionale, visto che l'art. 35 "limita" gli organi legislativi, quanto sul piano delle fonti del diritto, tra cui si annoverano anche gli usi e consuetudini delle *First Nations*<sup>78</sup>.

In tale contesto, la Corte Suprema ha assunto la funzione di *gap-filling* seppur rimanendo un organo giurisdizionale della sovranità statale che può anche negare le rivendicazioni dei nativi secondo tecniche interpretative derivanti dal *common law*. A questa critica<sup>79</sup>, che evidenzia una continuità nella narrazione neocoloniale, va aggiunta una seconda che discute proprio la "categoria" di *interstitial federalism*<sup>80</sup>: infatti, essa si fonda su un pensiero politologico e giuridico ancorato ad esperienze occidentali (Stati Uniti) e per questo motivo sembra ragionevole definire questo insieme di strumenti giuridici tipici del federalismo anche come *rescue federalism*, che sottolinea al meglio l'emergenza di fornire risposte costituzionali a problemi – la sovranità negata, è bene ricordarlo, "pre-costituzionali".

---

<sup>74</sup> R. HAMILTON, *Indigenous People and Interstitial Federalism in Canada*, cit., 58, 67.

<sup>75</sup> Secondo Hamilton questo prefigura un *interstitial law-making* in cui i diritti dei nativi diventano parte del «fabric of Canadian law and shape the constitutional relationships between the parties». *Ibid.*, 77.

<sup>76</sup> Se solo si considera la presenza del Territorio del Nunavut con proprie istituzioni pubbliche si comprende la scelta dei termini utilizzati.

<sup>77</sup> *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

<sup>78</sup> Cfr. J. WEBBER, *Contending Sovereignties*, cit., 291 ss.

<sup>79</sup> C. GORDON, *A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation*, in [Windsor Yearbook of Access to Justice](#), 2005, 20-21, 27-32. Cfr. anche P.B. WOOD, D.A. ROSSITER, *The Geography of the Crown: Reflections on Mikisew Cree and Williams Lake*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, 2020, 187-205.

<sup>80</sup> R. HAMILTON, *Indigenous People and Interstitial Federalism in Canada*, cit., 46 ss.