



## **“THIS IS A DISTURBING CASE”<sup>1</sup>: LA CORTE SUPREMA CANADESE TRA LIBERTÀ DI RELIGIONE, MULTICULTURALISMO E INTERESSE PUBBLICO SECOLARE\***

di Laura Pelucchini\*\*

SOMMARIO: 1. Le origini della controversia – 2. Il caso al vaglio della Corte Suprema Canadese – 3. La libertà religiosa: affare pubblico o privato? – 4. Il paradigma della libertà religiosa tra secolarità e cultura – 5. I diritti fondiari aborigeni: riconoscimento vs. consultazione – 6. Gli aborigeni canadesi: il lungo cammino per il riconoscimento – 7. Aspetti corollari del ricorso – 8. Conclusioni

**I**l 2 Novembre 2017 la Corte Suprema Canadese si è definitivamente espressa sul caso *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*<sup>2</sup>, nato dall’annosa controversia relativa alla costruzione di uno *ski-resort* nella provincia canadese della British Columbia all’interno dell’area denominata Qat’muk, ovvero della Jumbo Valley. La sentenza – in controtendenza rispetto all’apertura tradizionalmente dimostrata dai giudici supremi canadesi – segna un cambio di rotta nell’interpretazione e nell’affermazione della libertà di religione, se posta in relazione ai diritti fondiari delle popolazioni aborigene, in ragione della supremazia dell’interesse pubblico dello Stato. La libertà di culto è stata infatti considerata come uno dei capisaldi del peculiare pluralismo culturale canadese, modello riuscito di convivenza pacifica e di mutuo riconoscimento di culture e frange della popolazione differenti tra loro<sup>3</sup>. La pronuncia qui in esame pare però porre una battuta d’arresto a tale evoluzione progressista.

<sup>1</sup> Citazione delle parole del Justice Binnie nella sua *dissenting opinion* resa nel caso *C. (A.) v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, S.C.J. No. 30, 2009, 2 S.C.R. 181 (S.C.C.).

\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

\*\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, curriculum “*Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate*” - Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Roma “La Sapienza”.

<sup>2</sup> Supreme Court of Canada, *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, November 2<sup>nd</sup> 2017.

<sup>3</sup> Si veda a proposito, Habermas, Jürgen e Taylor, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, 1998, pp.120. Il concetto è altresì presente in Taylor, Charles, *Sources of the self*, Harvard University Press, 1989, p. 307: “One of the goals of articulating the modern identity is to identify and clarify this plurality, both the highest, most important goods and the lesser, more immediate ones” anche in Tully, James (edited by), *Philosophy in an age of pluralism. The*

### 1. *Le origini della controversia*

La *querelle* risaliva addirittura agli anni Novanta dello scorso secolo, quando la Glacier Resorts si era rivolta all'autorità federale competente per ottenere l'autorizzazione necessaria all'edificazione di un complesso turistico nella vallata Qat'muk, cara agli Ktunaxa poiché ritenuto luogo sacro. Secondo la tradizione religiosa dei Nativi, infatti, in quei territori risiederebbe lo spirito del Grizzly Bear, una delle principali figure della cosmologia aborigena. Per tale ragione erano state avviate trattative con i rappresentanti della First Nation che avevano portato a delle modifiche sostanziali del progetto originario. I cambiamenti concordati non apparivano ad ogni modo soddisfacenti agli occhi degli Ktunaxa, i quali non si accontentavano di restringimenti del perimetro del *resort*, chiedendo invece di lasciare l'area totalmente incontaminata. Gli stessi sostenevano infatti che l'edificazione nella valle avrebbe allontanato irrevocabilmente lo spirito, andando così a ledere irrimediabilmente le pratiche ancestrali concernenti tale credo religioso. Ad ogni modo, a fronte del fallimento del dialogo tra le due parti, il Ministro delle Foreste, delle Terre e delle Risorse naturali – ritenendo ragionevoli e sufficienti le consultazioni protrattesi per circa 10 anni – decideva di approvare il progetto. A ciò faceva seguito il ricorso giudiziale avanzato dai Nativi, i quali lamentavano la violazione sia del diritto costituzionalmente garantito della libertà di religione sia del dovere – posto in capo alle autorità governative canadesi - di condurre consultazioni, nel caso in cui venga intaccato uno dei diritti riconosciuti delle popolazioni aborigene.

### 2. *Il caso al vaglio della Corte Suprema Canadese*

Dopo essere stato rigettato dal tribunale, in primo grado, e dalla Corte di Appello della British Columbia, in seconda istanza, il ricorso giungeva alla Corte Suprema Canadese nel 2016, la quale – un anno dopo – confermava la decisione considerando che l'autorizzazione del Ministro della British Columbia non avesse violato il diritto di libertà di religione degli Ktunaxa di cui all'art. 2(a) della Carta canadese dei diritti e delle libertà<sup>4</sup>. Si legge infatti nell'opinione maggioritaria – redatta dal Chief Justice McLachlin e supportata dai giudici Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe – che il diritto di libertà religiosa dei ricorrenti non poteva ritenersi in alcun modo leso o limitato, posto che

---

*philosophy of Charles Taylor in question*, Cambridge University Press, 1994, pp. 273 ed anche Biles, John, The Government of Canada's Multiculturalism Program: Key to Canada's Inclusion Reflex?, in Jedwab, Jack, (edited by), *The Multiculturalism Question Debating Identity in 21st Century Canada*, Queen's Policy Studies Series - School of Policy Studies, 2014, p.11.

<sup>4</sup>W. Hogg, Peter, *Canada Act 1982 Annotated*, The Carswell Company limited, 1982, p.14: [2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion]

“The reference to conscience is perhaps designed to protect systems of belief such as atheism or agnosticism, or possibly even quasi-religious cults, which might not be characterized as religions. A possible application of freedom of conscience and religion is to resist the application of laws to practices allegedly demanded by a particular religion, although the practices are generally proscribed by law.”

l'approvazione del progetto non avrebbe inficiato sulla libertà dei Nativi di professare e di manifestare il loro credo.

Guardando al filone delle pronunce aventi ad oggetto la libertà di religione, emerge infatti come la CSC ritenga – oramai pacificamente - sussistente una violazione del diritto di cui all'art. 2(a) della Carta nel caso in cui il ricorrente riesca a dimostrare di credere genuinamente in una pratica o in un culto che possa essere qualificato come religione e che la condotta dello Stato interferisca in modo significativo e sostanziale con la capacità/possibilità del soggetto di agire in conformità con tale pratica o credo. Tale meccanismo, elaborato nel 2004 dalla Corte nella sentenza *Amselem*<sup>5</sup>, prende il nome di *standard test*. Applicando lo *standard test* alla controversia in oggetto, se da un lato era indubbio che gli aborigeni credessero sinceramente e fermamente nell'esistenza e nell'importanza dello spirito del Grizzly Bear, dall'altra la seconda parte del test non poteva dirsi verificata. A parere della CSC, infatti, opponendosi alla costruzione del *resort* in un'area per loro sacra, gli appellanti non agivano in difesa del loro diritto di credere nello spirito del Grizzly o della possibilità di praticare il relativo culto nella valle. Nel caso di specie, gli Ktunaxa sembravano piuttosto proteggere la presenza stessa dello spirito e “il significato spirituale soggettivo da esso derivante”<sup>6</sup>. A parere della Corte, l'accoglimento della doglianza avrebbe dunque finito per estendere eccessivamente la garanzia offerta dall'art. 2(a) della Carta, sottoponendo convinzioni religiose estremamente personali ed intime allo scrutinio giudiziale della Corte. Il dovere dello Stato – derivante dalla suddetta previsione costituzionale – non è difatti quello di tutelare l'oggetto/soggetto della venerazione religiosa quanto quello di proteggere la libertà di scelta, di adesione, di manifestazione e di pratica di un determinato credo. In breve, non si può domandare allo Stato di salvaguardare il divino in terra.

L'ulteriore elemento valutato dalla Corte è stata poi la ritenuta violazione dell'art. 35 della Costituzione del 1982 il quale cristallizza il riconoscimento dei diritti dei popoli aborigeni canadesi<sup>7</sup>. Grazie a due importanti sentenze del 2004 rese dalla CSC<sup>8</sup>, da tale prerogativa è stato fatto discendere l'obbligo per la Corona di procedere a consultazioni con le

<sup>5</sup> Supreme Court of Canada, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

<sup>6</sup> Supreme Court of Canada, *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017.

<sup>7</sup> Art. 35 Constitution, 1982: (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the “Constitution Act, 1867”, to section 25 of this Act or to this Part, (a) a constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and (b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.

<sup>8</sup> Supreme Court of Canada, *Taku River Tlingit First Nation v British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74 e *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004, 3 SCR 511.

popolazioni indigene e, se possibile, il dovere di soddisfare i loro interessi, nel caso di potenziale lesione dei diritti riconosciuti.

Tornando alla vicenda oggetto di controversia, gli Ktunaxa ritenevano che tale vincolo fosse stato violato dal Ministro della British Columbia il quale aveva posto fine alle trattative con la propria decisione. A parere della Corte anche tale censura era, però, da ritenersi infondata. Nello specifico, le consultazioni si erano regolarmente svolte per circa due decenni, sicuramente un lasso di tempo adeguato avendo riguardo alla complessità del caso. I giudici coglievano inoltre l'occasione per ribadire come l'art. 35 ponga un mero onere procedimentale in caso alle amministrazioni canadesi. La norma garantisce infatti che venga avviato e che si svolga un processo di negoziazione, non un particolare risultato. Errato sarebbe dunque volervi far discendere un potere di veto delle popolazioni aborigene insoddisfatte, in quanto il consenso dei consultati non si pone quale elemento imprescindibile e necessario al fine del rispetto della previsione costituzionale. Una volta soddisfatto l'obbligo di procedere alle consultazioni, lo Stato può dunque ritenersi libero nel perseguimento del risultato, dovendosi interpretare tale fase di trattativa come strumento e momento di riconciliazione e ricomposizione degli interessi contrapposti delle differenti frange della società, la cui riappacificazione è auspicata ma non doverosa.

Queste sono dunque le due linee direttrici lungo cui si sviluppa la sentenza: per un verso, l'ampiezza e il significato della libertà di religione; dall'altro il dovere di consultazione dei rappresentanti delle First Nations, obbligo burocratico-amministrativo carico di significato per le minoranze aborigene. Entrambe le questioni aprono lo sguardo sulle specificità del virtuoso multiculturalismo canadese, alzando il velo di Maya sui nuovi sviluppi e sulle contraddizioni esistenti in materia.

### 3. *La libertà religiosa: affare pubblico o privato?*

In relazione alla questione religiosa, l'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte pare sintonizzarsi sulla prevalenza accordata al concetto di interesse pubblico, come ben espresso nell'opinione parzialmente concorrente resa di giudici Moldaver e Côté i quali, d'accordo con i colleghi sulla non violazione dell'art. 35 Cost., si sono invece espressi a favore dei ricorrenti in merito ai motivi sollevati in base all'art. 2(a) della Carta. I due giudici sottolineano infatti la necessità di fornire un'interpretazione estensiva di tale previsione costituzionale piuttosto che strettamente legalistica, in modo tale da assicurare e garantire il pieno ed ampio godimento delle libertà riconosciute. Nello svolgere la funzione ermeneutica loro propria, i giudici dovrebbero pertanto far sì che la società – o per lo meno la sua componente maggioritaria - non interferisca con le convinzioni personali dell'individuo, atte a governare la percezione che il singolo ha di sé, dell'umanità e della natura stessa. Significativo in tal senso è il seguente passo della *concurring opinion*: “*Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the*

*person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(a).<sup>9</sup>*

A differenza delle religioni monoteiste cattolica, ebraica o musulmana – difatti – numerose religioni considerano la terra stessa come sacra, dovendosi pertanto equiparare la natura ed il paesaggio incontaminato agli edifici di culto canonicamente intesi (come le chiese e le moschee) poiché parimenti considerati luogo privilegiato di manifestazione del divino<sup>10</sup>. Nel valutare tali interessi, è pertanto opportuno che i giudici tengano debitamente a mente le specificità di ogni religione, evitando un appiattimento dell'interpretazione normativa, dettata dall'influenza dei culti maggioritari, e sviluppando invece schemi ermeneutici atti a fornire protezione anche alle pratiche religiose minoritarie. Ciò chiarito, a parere dei giudici Moldaver e Côté, la connessione esistente tra la sacralità del luogo e il culto del Grizzly era ritenuta sufficiente per poter censurare una lesione del diritto alla libertà religiosa degli Ktunaxa, considerato che un'intrusione e una modificazione dello stato naturale del paesaggio sarebbero state in grado di far venir meno la valenza religiosa del territorio, andando così a svuotare di ogni significato il credo stesso. L'intervento di edificazione del *resort* sarebbe da solo bastato ad allontanare per sempre lo spirito del Grizzly Bear dalla vallata Qat'muk, andando così ad inficiare la capacità/possibilità dei membri della First Nation di praticare tale culto. Ciò che risultava lesa quindi era la possibilità per il credente di stabilire un rapporto con il divino, connessione che passava necessariamente per il legame privilegiato dello spirito del Grizzly Bear con la Jumbo Valley. Anche la seconda parte dello *standard test* finiva per apparire così soddisfatta. I due giudici sposavano pertanto una concezione maggiormente ampia di libertà di religione, atta a ricomprendere sotto l'alveo dell'art. 2(a) della Carta una moltitudine di casi e fattispecie che verrebbero altrimenti esclusi.

Del resto, tale visione non è del tutto nuova ed inesplorata nel panorama giurisprudenziale mondiale. Già nel 1987 – infatti – la Corte Suprema neozelandese, nel celebre caso “*Huakina Development Trust v Waikato Valley Authority*”,<sup>11</sup> aveva riconosciuto il valore spirituale e culturale rivestito dalle acque del fiume Waikato per la popolazione Maori. Il legame esistente tra aborigeni e territorio si era rivelato fondamentale per guidare la decisione della Corte. Sulla stessa scia, l'opinione parzialmente concorrente resa dai giudici della Suprema Corte canadese sottolinea tale aspetto, per cui privando la popolazione degli Ktunaxa della piena disponibilità della Jumbo Valley sarebbe la loro stessa ancestrale cosmologia ad essere lesa.

Contrario a tale opinione è invece l'approccio assunto dai Giudici McLachlin e Rowe i quali – interpretando letteralmente l'art. 2(a) della Carta – hanno sottolineato come la

<sup>9</sup> Per Moldaver and Côté JJ., *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017.

<sup>10</sup> Si veda, ad esempio, Macklem, Patrick, *Indigenous difference and the Constitution of Canada*, University of Toronto Press, 2001, p.51: “While there are many distinctive Aboriginal perspectives on the significance of ancestral territory, Aboriginal relationships with land are profoundly spiritual in ways that elude non-Aboriginal ways of understanding the environment. Aboriginal people tend to regard their relationships to land in terms of an overarching collective responsibility to cherish and protect the earth as the giver of life”.

<sup>11</sup> High Court of New Zealand, *Huakina Development Trust v Waikato Valley Authority*, 1987, 2 NZLR 188.

previsione costituzionale sia volta alla protezione della libertà di culto e non alla salvaguardia dell'oggetto stesso di venerazione. Ancorando il sindacato giurisprudenziale alla dimensione terrena, ciò che va valutato sarebbe pertanto l'essenza e la valenza spirituale di un'azione, valutata secondo il doppio binario dell'adesione interna ad una fede e la scelta di esteriorizzarla e praticala.

Ad ogni modo, concludevano i giudici Moldaver e Côté, la decisione dell'autorità della British Columbia doveva ritenersi ragionevole, poiché fondata su di un bilanciamento proporzionato tra il diritto di cui all'art. 2(a) della Carta - vantato dai Nativi - e gli obiettivi statutari del Ministero, ovverosia quello di disporre e di amministrare le terre della Corona in nome dell'interesse pubblico. Consegnare il potere di veto nelle mani della First Nation avrebbe compromesso tali doveri ed il mandato ministeriale stesso, inficiando sul godimento della proprietà pubblica.

Di fondo, la Corte ha finito per essere unanime, nonostante le *nuances* interpretative, aderendo all'opinione che era già stata espressa in primo grado in cui si affermava che non può essere legittimamente fatta ricadere all'interno del perimetro stretto di cui all'art. 2(a) della Carta una "perdita di significato soggettiva"<sup>12</sup> cui non si accompagni una coercizione o una limitazione della condotta personale. Tali costrizioni non erano ravvisabili nel caso di specie, posto che la decisione adottata dal Ministero appariva essere stata frutto del bilanciamento dei due contrapposti interessi in gioco (interesse pubblico e libertà di religione), tale per cui il diritto degli Ktunaxa non poteva dirsi violato.

Interessante è anche l'ulteriore elemento valutato dalla sola Corte di Appello della British Columbia, la quale si era interrogata circa l'eventuale perdita del significato religioso di tale credo per la comunità intera, parimenti garantita dall'art.2(a), che avrebbe potuto comportare una diminuzione della vitalità spirituale della popolazione aborigena. Tale interferenza tra sfera soggettiva e dimensione collettiva del culto non era stata però ritenuta sussistente. Viceversa, analizzando le implicazioni della pratica religiosa nella sfera pubblica, la Corte aveva ampliato l'analisi, ponendo l'accento sulla necessità di preservare la libertà di tutti i non appartenenti al suddetto gruppo religioso, il cui agire sarebbe stato limitato dal riconoscimento di un diritto di veto agli Ktunaxa sulla destinazione dei territori della Jumbo Valley. In breve, il diritto di religione degli Aborigeni non veniva interpretato in chiave positiva - come diritto all'esercizio e alla professione della propria fede - ma negativa, o meglio come limitativo e preclusivo dello sviluppo economico della zona. In ragione di ciò, le prerogative dei Nativi venivano considerate non meritevoli di protezione costituzionale.

Nel motivare la propria decisione in merito a tale primo motivo di ricorso, la Suprema Corte ha altresì ripercorso nel testo della sentenza gli approdi giurisprudenziali più significativi in materia di libertà religiosa. Capofila è sicuramente la definizione formulata dal Giudice Dickson nel celebre caso *Big M Drug Mart*<sup>13</sup>. Qui, l'art. 2(a) veniva posto a

<sup>12</sup> Paragraph 299, Chambers Judge's Decision in *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*.

<sup>13</sup> Supreme Court of Canada, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985, 1 SCR 295.

presidio della libertà del singolo di praticare il credo che si è scelto, di poter dichiarare liberamente ed apertamente di aderire a una determinata religione – senza paura di rappresaglie e ritorsioni – nonché il diritto di manifestare tale fede. La libertà di religione – nell’elaborazione della CSC – si compone dunque di due facce della stessa medaglia, una privata e l’altra pubblica: il diritto di credere e quello di manifestare il proprio credo. Garantendo l’esternalizzazione del foro interiore, gli unici due elementi garantiti dall’art. 2(a) della Carta finiscono così per essere la libertà di aderire ad una religione e quella di praticare pubblicamente tale culto.

#### 4. *Il paradigma della libertà religiosa tra secolarità e cultura.*

In relazione alla tematica religiosa, la sentenza qui trattata è destinata a divenire una pietra miliare della giurisprudenza canadese poiché, per la prima volta, la libertà di culto delle popolazioni indigene canadesi è stata discussa alla luce del precetto costituzionale di cui all’art. 2(a) della Carta<sup>14</sup>. Proprio qui si annida però quella che è stata forse un’occasione mancata dei giudici canadesi. La maggioranza della Corte non si è infatti dimostrata pronta ad accettare il fatto che l’art. 2(a) della Carta si presti ad un’interpretazione estensiva. È difatti indubbio come la natura della religione indigena sia differente da quella monoteista dominante nella cultura occidentale che riconosce e protegge come luoghi sacri gli edifici di culto canonici quali chiese e moschee ma non gli spazi naturali. Certamente i retaggi storici nazionali hanno giocato un ruolo importante. Basti pensare che, finita l’epoca coloniale, l’espansione dell’embrionico Stato canadese verso Ovest fu caratterizzata dalla messa al bando delle pratiche e dei rituali religiosi indigeni, al fine di consolidare il controllo ed il potere del Governo federale sui popoli aborigeni e – soprattutto – sui loro territori<sup>15</sup>. Il vero momento di svolta dal punto di vista della pluralità culturale si ebbe infatti solo molti anni dopo, nel 1982, coincidendo con l’emanazione della *Charter of Rights and Freedoms*, cui fecero seguito l’emendamento del 1983 sui diritti degli aborigeni e la possibilità per suddetti gruppi etnici di concludere trattati nonché il *Canadian Multiculturalism Act* del 1988<sup>16</sup>.

La questione qui dibattuta assume dunque una portata culturale, dal momento che la CSC pare aver cercato di incanalare e ricondurre un’esperienza culturale differente all’interno dei binari stretti tracciati da quella dominante.

Citando le parole del Giudice Iacobucci “per poter definire la libertà di religione, ci dovremmo prima chiedere che cosa intendiamo per ‘religione’”.<sup>17</sup> In generale, la religione può essere definita come quell’insieme di intime convinzioni e di pratiche che permettono al fedele di costituire una connessione con il divino, limitandoci ad indicare la dimensione prettamente individualistica del credo<sup>18</sup>. Arrestarsi però a contemplare una sola faccia della

<sup>14</sup> Newman, Dwight, Implications of the Ktunaxa Nation/Jumbo Valley Case for Religious Freedom Jurisprudence, in *Supreme Court Law Review*, 2016, 75, p. 310.

<sup>15</sup> Berger, Benjamin L., Freedom of Religion, in *Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, 2017, p.3.

<sup>16</sup> Acquarone, L., Annunziata, F., Cavalieri, R., Colombo, G.F., Mazza, M., Negri, A., Passanante, L., Rossolillo, G., Sempì, L., *Sistemi giuridici nel mondo*, Giappichelli Editore, 2016, p. 214.

<sup>17</sup> Supreme Court of Canada, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

<sup>18</sup> Kislwicz, Howard, Freedom of Religion and Canada’s Commitments to Multiculturalism, in *National Journal of Constitutional Law*, 31, p.11.

medaglia comporterebbe una perdita di valore della stessa esperienza religiosa. Perché infatti dal modo stesso in cui viviamo e percepiamo la religione dipende il sentirsi inclusi in e partecipi di un gruppo ben predefinito in cui riconoscersi, in altre parole, la propria appartenenza identitaria<sup>19</sup>. Altrimenti detto, la libertà di religione è divenuta una sorta di microcosmo ove l'interesse dello Stato si scontra con l'autonomia e la libertà dell'individuo nonché con la consapevolezza che il soggetto singolo è parte di una comunità<sup>20</sup>. Tali agglomerati sociali si fanno fautori, in alcuni casi, di ordini normativi di stampo religioso che mirano ad essere parallele – se non superiori - alla legge generale dello Stato quando si tratta della regolamentazione di determinati interessi<sup>21</sup>. In questa zona grigia, non trovano spazio i meccanismi tradizionalmente adoperati per risolvere i conflitti multiculturali, quali il criterio della proporzionalità<sup>22</sup> o ancora la regola della “*diversity as inclusion*”<sup>23</sup> e si fa invece largo la sola tolleranza. Tale concetto implica però l'esistenza di un gruppo maggioritario prevalente che tollera, appunto, l'esistenza di un gruppo minoritario, con le sue pratiche ed i suoi valori, visti come l'eccezione<sup>24</sup>. In tali casi, infatti, i pilastri della religione minoritaria vengono giudicati utilizzando l'armamentario di valori a disposizione dell'ordine costituzionale e dei suoi sacerdoti, ovvero i giudici delle Corti Supreme, i quali però non possono che analizzare tale culto attraverso la lente della cultura maggioritaria loro propria, ovvero quella della *rule of law*<sup>25</sup>. In particolare, si pensi alla potenzialità ermeneutica della *equality clause*, che proibisce differenziazioni in base all'appartenenza religiosa, finendo per difendere in ultima istanza la neutralità statale. La Corte canadese ha dimostrato di avere a cuore il preservamento dell'ordine costituzionale e legale dello Stato, essendo oramai pacifica e consolidata l'opinione per cui la libertà di religione può essere legittimamente limitata se sono in pericolo la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la salute e la morale nonché i diritti fondamentali ed inviolabili altrui<sup>26</sup>. La giurisprudenza costituzionale funge

<sup>19</sup> Ciò risulta ancora più vero nell'esperienza indigena, come rilevato da numerosi autori. Ad esempio, in Treat, James (edited by), *Native and Christian. Indigenous voices on religious identity in the United States and Canada*, Routledge, 1996, p. 31, si legge: “Socially and spiritually, the Indian experience is a unique combination of a fierce individualism within a tightly knit and communal society”. È stato inoltre sottolineato come la spiritualità aborigena sia un aspetto imprescindibile della vita comunitaria, pervadendo ogni aspetto ed ogni attività della vita quotidiana, così Paper, Jordan, *Aboriginals*, in Scott, Jamie S (edited by), *The Religions of Canadians*, University of Toronto Press, 2012, p.2.

<sup>20</sup> Berger, Benjamin L., *op. cit.*, 2017, p. 21.

<sup>21</sup> Hirschl, Ran and Shachar, Ayelet, The new wall of separation: permitting diversity, restricting competition, in *Cardozo Law Review*, Vol. 30:6, 2009, p.2553.

<sup>22</sup> Il criterio proporzionale ha assunto, infatti, un ruolo così centrale nel costituzionalismo canadese da essere stato definito da David M. Beatty “the ultimate rule of law”, in Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004. Si tratta sostanzialmente di adottare un approccio volto al bilanciamento degli interessi contrapposti, focalizzandosi sull'azione che lede in maniera minore la libertà di religione e sulla valutazione circa gli effetti benefici e le conseguenze deleterie dell'azione.

<sup>23</sup> Dovendosi intendere con tale espressione la politica di compromesso, di adeguamento e di accettazione della diversità al fine di permettere la partecipazione dei membri che altrimenti resterebbero esclusi a causa della non-conformità alle norme sociali dominanti. Si veda in tal senso, Sheppard, Colleen, Constitutional recognition of diversity in Canada, in *Vermont Law Review*, Vol. 30:463, 2008, pp. 463-487.

<sup>24</sup> Williams, Bernard, Toleration: A Political or Moral Question?, in *Diogenes*, Vo. 44:4, Winter 1996, p. 35 e inoltre Berger, Benjamin L., The Cultural Limits of Legal Tolerance, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXI, No. 2, July 2008, p.254.

<sup>25</sup> Berger, Benjamin L., Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, in *Supreme Court Law Review*, 2010, 51, pp. 35-36.

<sup>26</sup> Supreme Court of Canada, *Ross v New Brunswick School District No 15*, 1996, 1 SCR 825 at para 72.

in tal modo da argine alle obiezioni di stampo religioso che possono essere di volta in volta mosse avverso l'agenda programmatica governativa<sup>27</sup>.

La questione, posta in questi termini, è certamente di non facile soluzione, neppure in un Paese – come il Canada – che ha fatto della tolleranza e della convivenza multiculturale il suo vessillo. Significativo è il fatto che, fino al 2003, la storia giurisprudenzial-costituzionale canadese non potesse annoverare casi di ricorsi religiosi avanzate da una First Nation<sup>28</sup>. Poiché, infondo, ciò che tali controversie vanno a questionare è la tolleranza della differenza nel caso in cui vi sia uno scontro tra diritti<sup>29</sup>, emblemi di modi differenti di vivere e percepire la realtà.

##### 5. *I diritti fondiari aborigeni: riconoscimento vs. consultazione.*

Il secondo motivo avanzato dai ricorrenti riguardava – come già prospettato – la violazione della procedura di consultazione della popolazioni aborigene di cui all'art. 35 della Costituzione canadese del 1982 che impedisce al governo canadese di interferire, ovvero di imporre un onere indebito e ingiustificato sul gruppo indigeno, limitando l'esercizio dei diritti tradizionali loro riconosciuti<sup>30</sup>. Nel pronunciarsi, la Corte chiarisce innanzitutto che il giudizio cui era stata chiamata riguardava non tanto la correttezza della procedura, per come si era svolta, quanto la ragionevolezza della stessa. A parere dei giudici, la limitazione della libertà religiosa degli Ktunaxa era stata contenuta nei limiti del legittimamente possibile e fondata su di un bilanciamento proporzionale degli interessi contrapposti. Il dovere di consultazione deve essere infatti inteso come strumento di garanzia dei diritti – acquisiti e non – dei membri delle First Nation canadesi, tanto da non potersi ritenere esistente un rapporto direttamente proporzionale tra la forza della richiesta avanzata (ed il suo impatto sui diritti degli aborigeni) e il dovere di portare avanti consultazioni approfondite. Deve a tale proposito ribadirsi che l'art. 35 non garantisce un obbligo di risultato quanto il mero svolgimento di un procedimento, il cui esito è però lasciato alla libera determinazione delle parti della negoziazione. L'ottenimento del consenso dei popoli consultati non deve pertanto considerarsi necessario e imprescindibile esito della procedura, essendo necessaria unicamente la loro partecipazione al tavolo delle trattative. Alcun potere di veto è perciò consegnato nelle mani degli aborigeni. Ciò diviene particolarmente vero se, come ritenuto della Corte, tale potere di veto per motivi religiosi fosse coinciso con un potere di decisione unilaterale avente ad oggetto le sorti di un determinato ambiente, quindi di fatto un potere di esclusione dei terzi dallo sfruttamento del territorio, causando una restrizione importante della gestione del bene pubblico. Consegnare una tale autorità in mano alla popolazione nativa avrebbe significato, a parere della Corte, un riconoscimento implicito del diritto di proprietà privata di tali terreni in capo

<sup>27</sup> Kislowicz, Howard, *The Court and Freedom of Religion*, in *Supreme Court Law Review*, 2017, 78 S.C.L.R. (2d), p. 229.

<sup>28</sup> Collins, Richard B., *Sacred Sites And Religious Freedom On Government Land*, in *Journal of Constitutional Law*, Vol. 5:2, January 2003, p. 261.

<sup>29</sup> Benson, Iain T., *The freedom of conscience and religion in Canada: challenges and opportunities*, in *Emory International Law Review*, Vol. 21, 2007, p.146.

<sup>30</sup> Tierney, Stephen (edited by), *Multiculturalism and the Canadian constitution*, UBC Press, 2007, pp. 171-172.

agli Ktunaxa, posto che il potere di disporre anche in senso limitativo e negativo del bene risulta essere una delle caratteristiche fondamentali dei diritti reali. Vi sarebbe stato dunque un trasferimento della proprietà – da pubblica a privata – per il tramite del riconoscimento della libertà religiosa. Il risultato sarebbe quindi stato quello di un uso distorto di un’argomentazione propria del diritto costituzionale, i cui effetti si sarebbero estrinsecati nella sfera del diritto civile<sup>31</sup>.

La differenza tra potere di veto e dovere di consultazione era peraltro già stato chiarito nel fondamentale precedente giurisprudenziale fornito dalla sentenza resa nella controversia “Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)”<sup>32</sup> ove la Corte all’unanimità sosteneva che: “*the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982. This process of reconciliation flows from the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and de facto control of land and resources that were formerly in the control of that people*”[parag. 32]. Dunque, il dovere della Corona di procedere alle consultazioni viene presentato come diretta emanazione dei diritti fondiari precedentemente riconosciuti agli Aborigeni sulle terre oggetto di controversia.

Proseguendo nella lettura del testo della *landmark decision* del 2004, il potere di veto viene inoltre esplicitamente escluso e negato, al paragrafo 48,<sup>33</sup> in cui i Giudici chiariscono come il consenso delle popolazioni Native possa considerarsi appropriato e dovuto solo qualora si tratti di richieste fondate e diritti consolidati. In caso contrario, l’obbligo di cui all’art.35 deve ridursi ad un processo di dare ed avere, di mera contrattazione e consultazione. Il risultato di tale *iter* non può pertanto che essere incerto, liberamente determinabile e rimesso alla volontà delle parti in causa, poste in una condizione di parità.

#### 6. *Gli aborigeni canadesi: il lungo cammino per il riconoscimento*

Invero, lungo e tortuoso si è da sempre dimostrato il cammino delle minoranze aborigene verso il pieno godimento dei loro diritti. Le origini di tale lotta per il riconoscimento ha

<sup>31</sup> Già precedentemente, peraltro, la giurisprudenza canadese non aveva esitato a ricondurre i diritti delle First Nations sulle terre da loro occupate più che alla sfera del diritto pubblico-costituzionale a quello del diritto privato. Tale concetto è stato ad esempio ben sottolineato in Havemann, Paul (edited by), *Indigenous Peoples’ Rights In Australia, Canada And New Zeland*, Oxord University Press, 1999, p. 429, secondo cui: “Before the Supreme Court of Canada’s judgement in Calder, Aboriginal rights were defined as ‘those property rights which inure to native peoples by virtue of their occupation upon certain lands from time immemorial’. They were characterised as a ‘personal und usufructuary right, dependent upon the good will of the sovereign following the 1887 decision of the Privy Council in St Catherine’s Milling and Lumber Company v. The Queen. As Aboriginal rights were conceptualised, they protected indigenous peoples in the absolute use and enjoyment of their lands and their right to hunt so long as their activities were not inconsistent with other uses sanctioned by the Crown and they acted in conformity with legitimate regulation”. Del pari si vedano, Stephenson, M. A., *Resource Development on Aboriginal Lands in Canada and Australia*, in *James Cook University Law Review*, 9, 21, 2002-2003, pp.37-38 e Asch, Micheal, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, University of Toronto Press, 2014.

<sup>32</sup> Supreme Court of Canada, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004, 3 SCR 511, 2004 SCC 73.

<sup>33</sup> *Ibidem*, “This process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim. The Aboriginal “consent” spoken of in Delgamuukw is appropriate only in cases of established rights, and then by no means in every case. Rather, what is required is a process of balancing interests, of give and take.”

radici molto antiche nel tempo, che affondano addirittura all'epoca coloniale. Se, infatti, in un primo momento, Francia e Inghilterra decisero di trattare con le popolazioni aborigene adottando canoni e parametri propri del diritto internazionale – considerando le First Nations canadesi alla stregua di vere e proprie entità nazionali – già sul finire del 1700 lo scenario si era radicalmente modificato. Con la sconfitta della Francia a seguito della Guerra dei Sette anni, l'impero inglese sempre più cercò di imporre la propria sovranità sul territorio nonché sui popoli nord americani. Seppur formalmente rispettando la sovranità e garantendo i diritti fondiari indigeni<sup>34</sup>, i britannici celarono l'intento di conquistare un maggiore controllo coloniale sul Canada dietro lo scudo fornito da norme e trattati che apparentemente si limitavano a riconoscere i diritti degli aborigeni. Col tempo, però, tali politiche protettive consentirono alla Corona britannica di erodere sempre maggiore indipendenza e potere di autogoverno delle popolazioni indigene, limitate nel perimetro stretto dei trattati.

Su tale binario continuò poi a muoversi il neonato Governo canadese del tardo XIX secolo. Significativi in tal senso sono certamente sia il British North America Act (BNA Act) - datato 1867 - che l'Indian Act del 1876 con cui il Parlamento canadese consolidava la normativa esistente in materia di diritti indigeni e soprattutto consegnava nella mani di un Ministero a ciò deputato la disciplina totale sulle questioni aborigene. In tal modo, dunque, riconoscendo la specificità dei diritti e delle popolazioni indigene rispetto al resto della cittadinanza canadese, si istituiva legalmente un sistema di controllo sulle First Nation stesse, che risultavano private dell'autonomia originariamente loro propria<sup>35</sup>. Ciò divenne ancora più evidente nel momento in cui – negli anni seguenti – alla politica del *riconoscimento* si sostituì quella dell'*assimilazione*, che puntava ad un livellamento della società nordamericana e all'eliminazione delle differenze interne<sup>36</sup>. Il governo centrale gradualmente cominciò a devolvere alle autorità territoriali la gestione degli affari indigeni e ad incoraggiare il coinvolgimento dei membri delle First Nations al governo ed alle attività amministrative locali, in modo tale da favorire lo svilupparsi di un sentimento comunitario condiviso e largamente inteso, al di là delle barriere rappresentate dall'appartenenza socio-culturale.

Negli anni '60 del Novecento si tornò nuovamente a parlare dei diritti originari degli aborigeni con la proposta del Governo liberale - guidato da Pearson - di modifica dell'Indian Act volta a riconsegnare nelle mani delle First Nations un livello apprezzabile di autogoverno dei propri interessi. Ad ogni modo, tale proposta cadde nel nulla e la direzione adottata dal successivo Esecutivo liberale, con a capo Trudeau, effettuò invece una netta virata verso politiche assimilazioniste. Proprio in tale periodo infatti venne partorita l'idea

<sup>34</sup> Heinamaki, Leena, Inherent Rights of Aboriginal Peoples in Canada - Reflections of the Debate in National and International Law, in *International Community Law Review*, 8, 2006, p.160.

<sup>35</sup> A tale proposito, parte della dottrina ha ritenuto di poter parlare di vere e proprie politiche isolazioniste come, ad esempio, Switlo, Janice G.A.E., Modern Day Colonialism - Canada's Continuing Attempts to Conquer Aboriginal Peoples, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 9, 2002, p. 103.

<sup>36</sup> Swiderski, A.L., Development planning and aboriginal rights: the case of Northern Canada, in *Progress in planning*, vol. 37, part.1, 1992, p. 29. Il riferimento a tali politiche assimilazioniste britanniche si ha altresì in Temelini, Michael, Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada, in Tierney, Stephen, *op. cit.*

di cancellare ogni antico privilegio riconosciuto agli aborigeni, di smantellare l'apparato burocratico e legislativo a ciò dedicato (intendo sia i vari trattati sia la struttura ministeriale esistente) per finire con l'eliminazione delle riserve<sup>37</sup>. Tale proposta – conosciuta con il nome di “White Paper” - altro non era che il frutto di una strategia politica costruita intorno al concetto di “società giusta”, ove ogni cittadino gode di uguali diritti e doveri, senza alcuna forma di discriminazione o, al contrario, di privilegio. Il progetto venne comunque ritirato, avendo incontrato l'ostilità sia delle popolazioni indigene – gelose delle prerogative loro riconosciute in base alla sola appartenenza etnico-tribale – che quella dell'opinione pubblica.

In seguito, gli anni Settanta registrarono una massiccia mobilitazione delle popolazioni indigene, le quali chiedevano a gran voce maggiore margine di autogoverno e di autonomia. Gli echi di tali istanze cominciarono a giungere anche all'orecchio della Corte Suprema Canadese a cui, nel 1973, venne sottoposto un ricorso – proposto da una First Nation - avente ad oggetto il riconoscimento di diritti fondiari sulla base del cosiddetto *Aboriginal title*, ovverosia il diritto quasi congenito degli aborigeni alla terra. Tali istanze non erano nuove nel panorama giurisprudenziale canadese, tanto che già nel 1888 i giudici<sup>38</sup> si erano trovati ad affrontare una questione simile, risolta individuando quale fonte di tale controverso titolo alla terra la Royal Proclamation del 1763. Con tale trattato, l'impero britannico aveva infatti riconosciuto agli indigeni il diritto alla terra da loro occupata e piena autonomia di amministrazione della stessa. Contestualmente però venne prevista una forte limitazione della capacità di disposizione in capo alle First Nations: i poteri di autogoverno riconosciuti in relazione ai fondi andavano di pari passo con il godimento e l'occupazione degli immobili in quanto gli indiani – se determinati ad alienare i loro fondi – erano di fatto obbligati a venderli esclusivamente alla Corona<sup>39</sup>.

Tornando al 1973, nel caso *Calder*<sup>40</sup> i ricorrenti indiani – in assenza di fondamenti legali – dovettero basare la loro istanza su motivazioni meramente morali ed etniche. Tali ragioni vennero comunque accolte dalla Corte che per la prima volta slegò l'*Aboriginal title* dalla Royal Proclamation o altri trattati, definendo altresì il diritto fondiario aborigeno come preesistente e indipendente da qualsiasi riconoscimento esterno. I giudici esclusero la natura usufruttuaria di tali prerogative - che era stata invece paventata dal governo canadese – semplicemente dando dignità giuridica alla storia, dal momento che all'arrivo dei coloni gli

<sup>37</sup> Swiderski, A.L., *op. cit.*

<sup>38</sup> È doveroso specificarsi che il caso fu esaminato e la decisione venne assunta dal Privy Council con sede a Londra, che restò in vigore per le questioni afferenti il diritto civile fino al 1949 e per le controversie di diritto penale fino al 1933. Nel 1949 venne infatti istituita la Corte Suprema Canadese quale organo competente ad esaminare in ultimo grado di giudizio i ricorsi sorti sul territorio canadese. Dunque, all'epoca della decisione di cui in oggetto - *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen, (1888) 14 App. Cas. 46* – la competenza era ancora del Consiglio londinese.

<sup>39</sup> McNeil, Kent, *Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty*, in *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 5:253, 1998, p.254 ed inoltre Matoy Carlson, Kirsten, *Does Constitutional Change Matter - Canada's Recognition of Aboriginal Title*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 22, No. 3, 2005, p. 458.

<sup>40</sup> Supreme Court of Canada, *Calder v. Attorney General of British Columbia*, 1973, S.C.R. 313.

indigeni erano già lì, “*organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means*<sup>41</sup>”.

Suddetto *iter* argomentativo è stato definito come *approccio proprietario*, poiché fondato sui crismi del *common law*, introdotto dai coloni all’arrivo nel Nuovo Mondo. In applicazione di tali principi, infatti, già prima della proclamazione della sovranità della Corona inglese sui territori canadesi, gli indigeni abitavano determinate terre di cui deve dunque presumersi avessero il possesso che costituisce titolo all’occupazione legittima. Tale approccio, pertanto, finisce per individuare esclusivamente il titolo su cui vantare la proprietà fondiaria, senza risolvere le questioni attinenti l’amministrazione e la giurisdizione dei terreni<sup>42</sup>.

A partire dagli anni Novanta cominciarono poi a farsi largo due altri approcci giurisprudenziali. Il primo – espressione della cosiddetta dottrina della continuità<sup>43</sup> - costruiva l’*Aboriginal title* utilizzando gli strumenti propri del substrato normativo preesistente, ovvero le leggi in materia di proprietà del diritto aborigeno; il secondo, invece, denominato *Territorial Aboriginal title*, ampliava ulteriormente il ragionamento. Secondo tale teoria, infatti, il diritto vantato dalle First Nations sulle terre da loro occupate non può esaurirsi in un discorso sulla proprietà, dovendosi piuttosto declinare quale potere di giurisdizione e di governo autonomo su tali fondi. Questo secondo approccio è stato adottato in particolare nella *landmark decision* del 1997 *Delgamuukw v British Columbia*<sup>44</sup> con cui la Corte Suprema chiaramente stabiliva che: “*The source of aboriginal title appears to be grounded both in the common law and in the aboriginal perspective on land; the latter includes, but is not limited to, their systems of law. It follows that both should be taken into account in establishing the proof of occupancy*<sup>45</sup>”.

Del resto, la giurisprudenza non poteva rimanere immune e indifferente ai cambiamenti che erano avvenuti a livello costituzionale. La questione aborigena aveva fatto ingresso nella Costituzione canadese del 1982, con l’approvazione degli artt. 25<sup>46</sup> e 35<sup>47</sup>. Con il primo, i diritti indigeni – propri di un gruppo distinto e specifico esistente all’interno del popolo canadese - venivano preservati da ogni istanza egualitaria. In buona sostanza, l’art. 25 garantisce i diritti speciali riconosciuti alle First Nations, istituendo una sorta di *reverse discrimination*, o discriminazione positiva, a livello costituzionale. L’art. 35 è maggiormente afferente all’annosa controversia del titolo alla terra degli aborigeni, riconoscendo formalmente e dotando di protezione costituzionale l’*Aboriginal title*<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> McNeil, Kent, *Aboriginal Title in Canada: Site-Specific or Territorial?*, in *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 91, 2012, p. 745-761.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Supreme Court of Canada, *Delgamuukw v British Columbia*, 1997, 3 SCR 1010.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Section 25: “The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada, including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement”.

<sup>47</sup> Vedi sopra, nota 7.

<sup>48</sup> Matoy Carlson, Kirsten, *op. cit.*

Nonostante gli sviluppi normativi, però, difficoltà nel riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene canadesi – come emerge dal caso Ktunaxa – paiono persistere. Esse sono state in parte ricondotte alla vaghezza terminologica e alla scarsa precisione lessicale del legislatore. Parlando genericamente di “ogni diritto e libertà” l’art. 25 si presta, infatti, a plurime letture differenti nonché contrastanti, a seconda che ci si riferisca ai diritti ritenuti esistenti piuttosto che a quelli formalmente riconosciuti, variabili in base all’interprete<sup>49</sup>. Numerosi e frequenti sono ad esempio gli scontri tra Parlamento e capi indiani sul riparto di competenze e poteri loro attribuiti.

Non è mancato chi ha ricondotto il persistere di tali problematiche alla natura stessa della Costituzione canadese. La Carta fondamentale del 1982 è indubbiamente un prodotto del positivismo britannico, per cui il potere governativo è incentrato nelle mani della Corona da cui si promana sul territorio, esercitato dai governi locali e dagli organi delegati. Tale forma di governo pare però cozzare con la presenza delle First Nations e, in particolare, con il loro diritto all’autodeterminazione e all’autogoverno, non essendo un’emanazione della Corona. Tali diritti, infatti, seppur non tendenti all’autonomia ma operanti nel perimetro tracciato dal dettato costituzionale, derivano da una fonte diversa, o meglio debbono considerarsi diritti innati delle popolazioni aborigene, direttamente collegati con le tradizioni e i costumi propri di un determinato gruppo sociale. Il diritto aborigeno rifugge e sfugge dunque dall’ordinamento normativo, così come previsto in Costituzione, non basandosi su leggi scritte e dando prioritaria importanza ai valori e ai principi<sup>50</sup>. La soluzione parrebbe dunque quella di ripensare l’intero impianto costituzionale canadese, aprendo al cosiddetto modello organico, in continua evoluzione e mai statico, adottando una pluralità di fonti di diritto e di autorità, tutte intercambiabili e poste sullo stesso piano.

### 7. *Aspetti corollari del ricorso*

Volgendo ora nuovamente lo sguardo alla sentenza di cui in oggetto, la Corte si sofferma inoltre ad evidenziare una discrasia tra il contenuto della richiesta avanzata dagli Ktunaxa e la sede giudiziale prescelta. I ricorrenti avevano infatti chiesto null’altro che un controllo giurisdizionale su di una decisione amministrativa, al fine di vedersi riconosciuto il proprio diritto a preservare un sito naturale a loro sacro. La CSC negava però tale tipo di sindacato, sostenendo che i diritti aborigeni dovessero essere provati tramite un’istruttoria giudiziaria da compiersi nel corso di un processo ordinario, che non poteva invece trovare spazio - in via incidentale - in un procedimento incentrato sull’adeguatezza amministrativa delle consultazioni svolte e dell’accordo raggiunto ex art. 35 della Costituzione. In buona sostanza, la Corte spostava il focus interpretativo della richiesta avanzata dai rappresentanti della First Nation dal significato al significante, dal contenuto al mezzo. Il Ministero della

<sup>49</sup> Sanders, Douglas, The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada, in *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 61, 1983, p. 326 nonché in Stuart, Jessica, Aboriginal Rights & Treaty Research in Canada, in *Canadian Law Library Review*, Volume 42, No. 3, 2017, p.15.

<sup>50</sup> Brian Slattery, The Organic Constitution: Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada, in *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, No.1, 1995, p.111 ed anche in Asch, Michael (edited by), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, UBC Press, 2002, p.15.

British Columbia dunque non poteva essere chiamato – al termine della contrattazioni - a pronunciarsi sull'esistenza o meno di un diritto della popolazione aborigena non univocamente ritenuto esistente, essendo chiamato unicamente a valutare la fondatezza *prima facie* della rivendicazione avanzata in sede di consultazione per poterla bilanciare<sup>51</sup> con gli interessi opposti ai fini della decisione finale. Nel caso di specie, i diritti reclamati dagli Ktunaxa apparivano, invece, agli occhi della Corte, come non provati e incerti<sup>52</sup>. Le autorità locali infatti avevano definito “debole” la richiesta avanzata, poiché non suffragata da sufficienti mezzi di prova in merito al culto del Grizzly Bear ed al suo essere parte integrante della cultura degli Ktunaxa. Per di più, tale credo era risultato sconosciuto a numerosi membri della comunità poiché tramandato da e tra alcuni eletti – definiti Custodi della Conoscenza – e non si aveva notizia di particolari pratiche religiose aventi luogo proprio nella vallata della Qat'muk. La fondatezza del diritto reclamato si basava dunque esclusivamente sulle affermazioni dei rappresentanti aborigeni.

A fronte della mancata conoscenza di tali riti da parte di ampie frange della First Nation e una volta chiarito che gli Ktunaxa si sarebbero ritenuti soddisfatti solo a seguito dell'abbandono totale del progetto di edificazione del *resort*, il Ministero della British Columbia si era trovato di fronte ad un bivio: riconoscere implicitamente agli Aborigeni un potere di veto basato su di una libertà di religione non riconosciuta nella sua essenza ovvero far prevalere gli interessi pubblici di sviluppo della proprietà pubblica. Avendo deciso di perseguire questa seconda via, la decisione adottata non poteva che dirsi ragionevole e quindi correttamente adottata, nel rispetto del dovere di consultazione di cui all'art.35. Il Ministero risultava infatti avere adeguatamente considerato il contenuto della richiesta degli Ktunaxa, come provato dalla durata delle trattative – protrattesi per molti anni – nonché dalle concessioni accordate e dai cambi fatti al progetto iniziale.

Per tutte queste ragioni, la Corte riteneva non violato l'art. 35 della Costituzione (ovvero il corollario dovere della Corona di procedere a consultare le popolazioni Aborigene in caso di potenziale lesione dei loro diritti fondiari) e parimenti non lesa la libertà di religione dei

<sup>51</sup> Si fa qui riferimento al cosiddetto “*balancing approach*” elaborato dalla giurisprudenza canadese secondo cui, nel valutare eventuali restrizioni a diritti riconosciuti, la Corte è chiamata a “decidere – nell'ambito di un conflitto tra diritti garantiti nella Carta e perseguimento di obiettivi governativi parimenti legittimi (o presunti tali dai proponenti) – quale interesse è maggiormente meritevole di tutela. Lo schema interpretativo si basa su quattro successivi criteri: 1) l'obiettivo che si vuole perseguire mediante la limitazione di un diritto deve essere di sufficiente importanza; 2) deve esistere una connessione razionale tra lo scopo che la legge vuole perseguire ed il contenuto della normativa stessa; 3) la limitazione deve essere necessaria al conseguimento dell'obiettivo e deve procurare la minore restrizione possibile all'esercizio del diritto; 4) gli effetti della limitazione del diritto non devono essere sproporzionati rispetto allo scopo che la legge vuole perseguire.”, così spiegato in Rolla, Giancarlo (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Giuffrè, 2000, p.100.

<sup>52</sup> *Haida Nation v. British Columbia*, [parag. 37] “There is a distinction between knowledge sufficient to trigger a duty to consult and, if appropriate, accommodate, and the content or scope of the duty in a particular case. Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims. Parties can assess these matters, and if they cannot agree, tribunals and courts can assist. Difficulties associated with the absence of proof and definition of claims are addressed by assigning appropriate content to the duty, not by denying the existence of a duty.”

ricorrenti in base all'art. 2(a) della Carta a fronte del mancato soddisfacimento dell'Amselem test. Il ricorso veniva pertanto rigettato.

#### 8. Conclusioni

In conclusione, con tale sentenza, la Corte Suprema Canadese, messa di fronte al dilemma multiculturale, pare aver sposato maggiormente quelle tecniche dichiaratamente volte al perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero maggioritario. Ad ogni modo, ciò che pare messo in discussione è proprio la neutralità della legge, rivelatasi valevole a pieno soltanto all'interno dell'omogeneo gruppo maggioritario. Le Corti paiono infatti fallire nella protezione dei diritti dei gruppi minoritari, portatori di valori differenti, nel momento in cui rifiutano di liberarsi di una concezione della legge culturalmente orientata<sup>53</sup>, che difficilmente sarà in grado di rivolgersi alla totalità della popolazione. Da generale e universale, garante del principio dell'uguaglianza, la legge si fa invece particolare, nel momento in cui la sua portata interpretativa e applicativa viene limitata dalla prospettiva culturale del suo interprete. Quello che viene spesso definito come "neutrale" si rivela essere, al contrario, fautore di posizioni religiose implicite<sup>54</sup>, così endemiche e assimilate da non essere più nemmeno riconosciute come tali. In particolare, visioni contrapposte della realtà finiscono in fondo per riprodurre teorie religiose differenti,<sup>55</sup> applicandole agli ambiti più disparati, dalla morale alla legge.

Quando si tratta di scandagliare la libertà di religione, intesa non come libera esternazione del proprio credo interiore quanto del diritto a reclamare modi diversi di percepire l'esperienza religiosa e di vivere quotidiano, il pluralismo culturale giuridico "alla canadese" sembra dunque entrare in crisi. La stessa formulazione offerta da Kymlicka della tolleranza sembra non funzionare, poiché fondata sull'assunto per cui vi è sempre un prestabilito ordine culturale – posto al di fuori dell'arena multiculturale - il quale stabilisce i confini della tolleranza, essendo preservato dalla contestazione e dalla confutazione.

Nella sentenza *Ktunaxa Nation v. British Columbia* la Corte Suprema Canadese non si è infatti trovata di fronte alla richiesta di un permesso o di una concessione, risolvibile facendo ricorso alla tolleranza ed alla proporzionalità, quanto ad una rivendicazione sostanziale di riconoscimento di un'esperienza culturale – prima ancora che religiosa – differente da quella maggioritaria. A fronte di tali nuove istanze, la soluzione potrebbe risiedere nella continua rinegoziazione tra le parti di un duttile e cangiante paradigma religioso, piuttosto che nell'ostinata volontà di convogliare esperienze differenti in paradigmi statici e prestabiliti che tendono all'universalità, senza però riuscirvi.

*"If religion perishes in the land, truth and justice will also. We have already strayed too far from the faith of our fathers. Let us return to it, for it is the only thing that can save us."*<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Bakht, Natasha and Collins, Lynda, *The Earth is Our Mother: Freedom of Religion and the Preservation of Aboriginal Sacred Sites in Canada*, Working Paper Series, WP 2016-24, June 2016.

<sup>54</sup> Benson, Iain T., Notes towards a (re)definition of the "secular", in *U.B.C. Law Review*, 33:3, 2000, p.521.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>56</sup> Denning, A., *The Changing Law*, London, Stevens & Sons Ltd., 1953, p.99.

