

Kanadischer Patrierungsstreit zwischen Politik und Verfassungstheorie

Zur verfassungsdogmatischen und verfassungspolitischen
Bedeutung der Urteile des Supreme Court vom
28. September 1981 und 6. Dezember 1982

*Thomas Bruha**

Inhaltsübersicht

Einführung

- I. Die Entwicklung des Streits bis zum Urteil vom 28. September 1981
- II. Das Urteil vom 28. September 1981
 1. Die Struktur des Urteils
 2. Verfassungsbegriff und Natur von Verfassungskonventionen
 3. Verfassungskonventionen und Recht
 4. Inhalt der streitigen Verfassungskonvention
- III. Der Verlauf des Streits nach dem Urteil vom 28. September 1981
- IV. Das Urteil vom 6. Dezember 1982
 1. Die Vorentscheidung des Quebec Court of Appeal vom 7. April 1982
 2. Die Einstimmigkeitsthese
 3. Die These eines exklusiven Vetorechts für Quebec
- V. Zusammenfassende Kritik
 1. Die Widersprüchlichkeit der Dogmatik zur Konventionspraxis
 2. Folgerungen aus der Widersprüchlichkeit
 3. Prüfungsgesichtspunkte für das Verfassungsbegehren Quebec's
- VI. Politischer Ausblick

* Dr. iur., Hochschulassistent an der Universität Gießen. – Die Abhandlung entstand während eines Forschungsaufenthalts am Institute of Comparative Law der McGill Universität in Montréal. Der Verfasser dankt dem Direktor des Instituts, Herrn Prof. Paul-A. Crépeau, für die herzliche Aufnahme und Gastfreundschaft. Herrn Prof. Armand de Mestral sei für die anregende Diskussion der zentralen Thesen gedankt, inbegriffen die Ermunterung, die in großen Teilen abstrakten Ausführungen der Urteile auch einmal

Einführung

Im Streit zwischen der kanadischen Bundesregierung und ursprünglich acht der zehn Provinzen um die Patriierung und Änderung der kanadischen Verfassung¹ ist am 6. Dezember 1982 das vorläufig letzte Wort eines Gerichts gesprochen worden. Nachdem der Supreme Court of Canada am 28. September 1981 bereits entschieden hatte², daß das Reformvorhaben

vorwiegend auf ihre rechtsdogmatische Schlüssigkeit hin zu untersuchen, d.h., in gewisser Weise *common law*-untypisch, die Einzelfallumstände und das in ihnen steckende Legitimationspotential für die Entscheidungen in den Hintergrund treten zu lassen.

¹ Die beiden Begriffe stehen für zwei rechtlich zu unterscheidende Teile einer zusammen durchgeführten Verfassungsreform. Patriierung bezeichnet die Ablösung der britischen Verfassungshoheit über Kanada, die darin bestand, daß rechtlich allein das britische Parlament mit einigen Ausnahmen zur Änderung des "British North America Act" von 1867 (BNA Act), des Grundsteins der kanadischen Verfassung, berechtigt war. Dieser hatte also auch insoweit mit der allmählichen Souveränitätsgewinnung Kanadas nicht Schritt gehalten. Änderungswünsche Kanadas konnten nur durch ein entsprechendes Ersuchen beider Häuser des kanadischen Parlaments (*joint resolution*) an die britischen Gesetzgebungsorgane verwirklicht werden, die dem auch nachkamen. Seit der "Imperial Conference" von 1930 hatte Großbritannien ferner politisch darauf verzichtet, die kanadische Verfassung ohne Ersuchen Kanadas zu ändern. Die Patriierung wurde mit dem britischen "Canada Act 1982" am 29.3.1982 verwirklicht. Die Verfassungsänderung ist dagegen durch den britischen "Constitution Act, 1982" als Teil eines noch nicht abgeschlossenen Revisionsvorhabens mit Wirkung vom 17.4.1982 vollzogen worden.

Siehe zur Verfassungsreform vor allem Edward McWhinney, *Canada and the Constitution 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights* (1982); ders., "Patriation" of the Canadian Constitution and the Charter of Rights and Freedoms, *ZaöRV* 42 (1982), S.223 ff.; ferner Robert C. Lane/Peter Malanczuk, *Verfassungskrise und Probleme des Föderalismus in Kanada*, *Der Staat* 20 (1981), S.539ff., sowie *Alberta Law Review* 19 (1981), S.335ff. mit zahlreichen Abhandlungen.

² Reference re Amendment of the Constitution of Canada (Nos.1, 2 and 3) (1981) 1 Supreme Court Reports (S.C.R.), S.753ff., sowie (1982) 125 Dominion Law Reports (D.L.R.) (3d), S.1ff. (im folgenden nach den D.L.R. zitiert). Siehe zum Urteil die gemeinsam veröffentlichten Aufsätze von Peter Russel/Robert Décaray/William Lederman/Noel Lyon/Dan Soberman, *The Court and the Constitution, Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment* (1982); William Lederman, *The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment*, *McGill Law Journal* 27 (1982), S.527ff. (erweiterte Fassung des zuvor erwähnten Aufsatzes - im folgenden hiernach zitiert). Nicole Duplé, *La Cour suprême et le rapatriement: la victoire du compromis sur la rigueur*, *Les cahiers de droit* 22 (1981), S.619ff.; Pierre Blache, *La Cour suprême et le rapatriement de la constitution: l'impact des perceptions différentes de la question*, *ibid.*, S.649ff.; Rainer Knopf, *Legal Theory and the "Patriation" Debate*, *Queens Law Journal* 7 (1981), S.41ff.; G. J. Brandt, *Judicial Mediation of Political Disputes: The Patriation Reference*, *University of Western Ontario Law Review* 20 (1982), S.101ff.; Rodney Brazier/St. John Robilliard, *Constitutional Conventions: the Canadian Supreme Court's Views Reviewed*, 1982 *Public Law*, S.28ff., *The Supreme Court Law Review* 1982 (Sonderheft [4] *The New Constitution and the Charter of Rights*, Funda-

ohne Einwilligung der meisten Provinzen verfassungswidrig, obwohl legal im strikten Sinne sei, äußerte er sich nun weniger ambivalent: In einem einstimmigen Urteil³ sprach er der französischsprachigen Provinz Quebec ein Vetorecht gegen die Verfassungsreform ab und sorgte damit dafür, daß die im zweiten Anlauf mit Zustimmung aller anderen Provinzen doch noch erzielte Reform künftig nicht nur vom Odium der Rechtswidrigkeit, sondern auch dem der Illegitimität, oder – wie es der Supreme Court nennen würde – Verfassungswidrigkeit »im konventionellen Sinne«⁴ befreit ist.

Dieses Urteil verdient einmal aus politischer Sicht Aufmerksamkeit: Zunächst, weil nun auch das höchste kanadische Gericht endgültig grünes Licht für die Fortsetzung der inhaltlich noch nicht abgeschlossenen Reform gegeben hat; zum anderen aber – und hier lassen sich die innenpolitischen Folgen kaum absehen – weil Quebec's Anspruch auf einen historischen Sonderstatus innerhalb der kanadischen Föderation⁵ in einem wichtigen Punkt (Vetorecht gegen bestimmte Verfassungsänderungen) zum erstenmal Gegenstand einer Entscheidung des Supreme Court war und rundweg abgelehnt wurde. Diese Aspekte werden im folgenden, soweit sie verfassungspolitisch wichtig erscheinen, dargestellt, nicht jedoch im Detail untersucht, da der Schwerpunkt dieses Aufsatzes im verfassungsdogmatischen Bereich liegen soll.

Anlaß hierzu sind die Ausführungen des Gerichts zum Wesen und zur verfassungssystematischen Stellung der sog. *constitutional conventions*⁶

mental Issues & Strategies), dort vor allem die Beiträge von E. Colvin, *Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada*, S.3ff., und R. S. Kay, *Courts as Constitution-Makers in Canada and the United States*, S.23ff.

³ *Re Attorney-General of Quebec and Attorney-General of Canada*, (1983) 140 D.L.R. (3d), S.385ff. Siehe auch die im Ergebnis übereinstimmende, ebenfalls einstimmig ergangene, Vorentscheidung des Quebec Court of Appeal vom 7.4.1982, *Re Attorney – General of Quebec and Attorney – General of Canada*, (1982) 134 D.L.R. (3d), S.719ff.

⁴ Siehe unten S.594.

⁵ Siehe unten S.607f. Vgl. zur Rolle Quebec's im Patrierungsstreit zuletzt Christian Philip, *Le Québec et le rapatriement de la Constitution Canadienne*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1982, S.1567ff.

⁶ Der Begriff wird allgemein auf den britischen Verfassungsrechtler A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10. Aufl. 1960) Kap.14f., zurückgeführt. Er umfaßt alle Normen, die sich im Laufe der Jahrhunderte durch die Praxis britischer Staatsorgane zu verbindlichen Grundregeln des Staates verdichtet haben und damit Bestandteil der britischen Verfassung geworden sind. Siehe zu den Ursprüngen dieses Verfassungsverständnisses O. Hood Phillips, *Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors*, *The Modern Law Review* 29 (1966), S.137ff.; zu ihrer Bedeutung in Großbritannien Karl-Ulrich Meyn, *Die Verfassungskonventionalregeln im Verfassungssystem Großbritanniens* (1975); ders., *Die Constitutional Conventions in der britischen Verfassungsord-*

(Verfassungskonventionen), die schon im Urteil von 1981 Dreh- und Angelpunkt der Begründung waren und nur im Zusammenhang mit der dort erfolgten dogmatischen Grundlegung verständlich gemacht werden können. Die Aussagen zu diesem »normativ wirkenden Verfassungsbrauch« begründen auch das rechtliche Interesse an den Urteilen über den kanadischen Raum hinaus: Zunächst, weil sie als Präzedenzien für alle Commonwealth Länder wirken werden, in denen kraft britischer Verfassungsstradition und trotz »unbritischer« neuer Verfassungsentwicklungen⁷ Verfassungskonventionen immer noch einen mehr oder weniger bedeutsamen Platz in der Verfassungspraxis einnehmen⁸; daneben sind die Entscheidungen auch aus rechtsvergleichender Sicht aufschlußreich, da sie mit ihrer dogmatischen Einordnung von Verfassungskonventionen den Versuch unternehmen, das Verhältnis politischer zu rechtlichen Normen zu regeln, eine Aufgabe, die in jeder Rechtsordnung, mit welchem Ergebnis auch immer, bewältigt werden muß⁹.

Diese also in mancherlei Hinsicht grundsätzliche Bedeutung der beiden Urteile soll im folgenden genauer dargelegt werden, wobei die methodischen Schritte des Gerichts analysiert und kritisch beleuchtet werden. Darüber hinausgehende Fragen, auch soweit sie oben anklingen, können hier nicht beantwortet werden. Ebensowenig erfordert es der Zweck dieses Aufsatzes, die den Entscheidungen zugrundeliegenden Verfassungsstreitigkeiten über ihren Kern hinaus darzustellen.

I. Die Entwicklung des Streits bis zum Urteil vom 28. September 1981

Der Verfassungsstreit zwischen der Bundesregierung und den Provinzen begann als Meinungsverschiedenheit über den Inhalt der Verfassungsre-

nung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge (JöR NF) 25 (1976), S.133 ff.; zu ihrer Funktion in Kanada Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), S.7ff., und Henri Brun/Guy Tremblay, *Droit Constitutionnel* (1982), S.45 ff.

⁷ Diese Charakterisierung trifft vor allem auf die kanadische Verfassungsreform (Grundrechtscharta) zu, vgl. McWhinney (Anm.1). Siehe zur britischen Tradition des kanadischen Verfassungsrechts Bora Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969).

⁸ Vgl. etwa J. L. Kapur, *The Constitutional Conventions Adopted in the Indian Constitution and the Exercise Thereof*, JöR NF 31 (1982), S.307 ff.

⁹ Siehe zum Verhältnis von Verfassungspraxis und Verfassungsrecht in Deutschland bereits Julius Hatschek, *Konventionalregeln oder über die Grenzen naturwissenschaftlicher Begriffsbildung im öffentlichen Recht*, JöR 3 (1909), S.1 ff.; Christian Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?* (1972), und zuletzt Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1982), insbesondere S.433 ff.

form, deren Notwendigkeit¹⁰ niemand grundsätzlich bestritt. Schauplatz war zunächst eine von Premier Minister Trudeau 1980 einberufene Verfassungskonferenz der kanadischen Premier Minister¹¹, die jedoch ohne Erfolg blieb. Im wesentlichen konfrontiert mit überzogenen ökonomischen Forderungen seiner Amtskollegen, die zunächst wenig Interesse und Verständnis für die Gesamtreform zeigten, brach Trudeau die Konferenz bereits nach kurzer Zeit wieder ab. Ob dies gerechtfertigt war, mag dahingestellt bleiben¹².

Entscheidend ist, daß er sein »nationales Projekt« stattdessen dem Bundesparlament in Ottawa übertrug¹³, so daß die Provinzregierungen an den weiteren Beratungen keinen unmittelbaren Anteil mehr hatten und sich mit einer intensiven Lobbypolitik begnügen mußten¹⁴. Im übrigen fanden sie sich letztlich mit Ausnahme der Regierungen Ontarios und New Brunswick's zu einer Gegenfront zusammen, die sich am 16. April 1981 sogar zu einer gemeinsamen Position hinsichtlich des künftigen Verfassungsänderungsmechanismus einigen konnte¹⁵.

Nach der Übernahme der Verfassungsarbeiten durch das Bundesparlament verlagerte sich der Bund-Provinzenstreit auf die Verfahrensebene. Mit dem Inhalt des stark eingeschränkten und damit Erfolg versprechenden Regierungsentwurfs¹⁶ aus zum Teil sehr unterschiedlichen Gründen

¹⁰ Vgl. schon Anm. 1. Mit der Patriierungsdiskussion verknüpft waren Bemühungen um eine Änderungsformel für künftige Verfassungsänderungen (seit 1927), da der BNA Act keine enthält. Daneben drehten sich die Diskussionen vor allem um eine Neudefinierung des Bund-Provinzen-Verhältnisses in kompetentieller und institutioneller Sicht sowie eine Grundrechtscharta. Siehe Peter W. Hogg, *The Theory and Practise of Constitutional Reform*, Alberta Law Review 19 (1981), S.335 ff.

¹¹ Diese war von Premier Minister Trudeau für den Fall des Scheiterns des Quebec-Referendums über *souveraineté-association* angekündigt worden. Siehe zu den Zusammenhängen McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.29 ff.

¹² Es wurde nur drei Monate verhandelt. Siehe zum Verlauf im einzelnen McWhinney, *ibid.*, S.39 ff.

¹³ Siehe zu den Erörterungen des sog. Hays-Joyal Committee des Parlaments McWhinney, *ibid.*, S.48 ff.

¹⁴ Vor allem auch gegenüber britischen Parlamentariern vgl. McWhinney, *ibid.*, S.72.

¹⁵ Sog. Alberta-Vancouver-Formel von Ottawa, Text in: *Globe and Mail*, 17.4.1982, S.7.

¹⁶ Das »Patriierungs-Paket« in der Fassung vom 2.10.1980 umfaßte jetzt nur noch einen Patriationsteil, einen Grundrechtskatalog und Verfassungsänderungsbestimmungen. Siehe den Text bei McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.141 ff., sowie die Beschreibung des sehr viel ambitionseren Programmes der geplanten Bund-Provinzen Verfassungskonferenz, *ibid.*, S.43.

nicht einverstanden¹⁷, erhoben die acht¹⁸ dissentierenden Provinzen den Vorwurf, daß das einseitige Vorgehen Ottawas verfassungswidrig sei: Die Reform ziele u. a. auf eine Verfassungsänderung ab, die ihren föderalen *status quo* beeinträchtige. Derartige Rechtsänderungen seien bisher stets mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung erfolgt – oder aber unterblieben. Auch wenn der Verfassungstext sich insoweit zu seinem Änderungsverfahren ausschweige, habe sich hier doch im Einklang mit dem vertraglichen Grundcharakter der Verfassung eine normative Verfassungspraxis entwickelt, die als *constitutional convention*, oder gar zu einem Rechtssatz verdichtet, die Übergehung der Provinzen verfassungswidrig mache.

Als ihre zunächst nur politisch erhobenen Proteste wirkungslos blieben, entschlossen sich die dissentierenden Provinzen, ihre Rechtsansicht durch drei sorgfältig ausgewählte¹⁹ Courts of Appeal gutachterlich prüfen zu lassen, was unter den gegebenen Umständen die einzige Möglichkeit war, das Verfahren durch Gerichtsentscheidungen noch politisch zu stoppen²⁰. Zwei der Gerichte wiesen die Ansicht der Provinzen zurück²¹. Eines jedoch, der Court of Appeal von New Foundland²², räumte der Provinz ein verfassungsrechtliches Mitwirkungsrecht an der geplanten Verfassungsänderung ein²³. Diese Entscheidung vermochte zwar nicht mehr, die Annahme des »Patriierungs-Pakets« durch eine »Gemeinsame Resolution« beider Parlamentshäuser an die britische Königin²⁴ zu verhindern, bewirkte aber doch in Verbindung mit der mittlerweile erfolgten Anrufung

¹⁷ Allgemein wurde der Grundrechtskatalog als Eingriff in die Gesetzgebungshoheit der Provinzen bekämpft, am heftigsten von Quebec: Daneben wurden die Verfassungsänderungsbestimmungen von einigen der Provinzen abgelehnt, denen der Regierungsentwurf kein privilegiertes Vetorecht wie Ontario und Quebec einräumte (siehe sec.41 Ib [i], wonach Provinzen mit einem 25 %igen Anteil an der kanadischen Gesamtbevölkerung vetobefugt sein sollten).

¹⁸ Ontario und New Brunswick unterstützten weiterhin die Bundesregierung.

¹⁹ McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.74.

²⁰ Vor der Annahme der Patriierungsresolution durch das kanadische Parlament bestand kein Rechtsschutzbedürfnis für eine streitige Verhandlung, McWhinney, a.a.O.

²¹ Entscheidungen der Courts of Appeal von Manitoba und Quebec vom 3.2.1981 und 15.4.1981, *References re Amendment of the Constitution* (Nos.1 and 3) (1981) 117 D.L.R. (3d), S.1 ff., und (1981) 120 D.L.R. (3d), S.385 ff.

²² Entscheidung vom 31.3.1981, *Reference re Amendment of the Constitution* (No.2) (1981) 118 D.L.R. (3d), S.1 ff.

²³ Die Begründung ist kaum haltbar. Siehe zur Kritik McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.76 ff.

²⁴ Erste »Patriierungsresolution« vom 23./24.4.1981 (siehe auch Anm.95).

des Supreme Court gegen alle drei Gutachten²⁵, daß das weitere Patriierungsverfahren bis zu seiner Entscheidung ausgesetzt wurde.

II. Das Urteil vom 28. September 1981

1. Die Struktur des Urteils

Der Supreme Court hatte im wesentlichen drei Fragen²⁶ zu beantworten, die im Kern lauteten: 1. Beeinträchtigen die im »Patriierungs-Paket« vorgesehenen Verfassungsänderungen den föderalen *status quo* der Provinzen, insbesondere ihre Gesetzgebungshoheiten? 2. Bedürfen derartige Verfassungsänderungen kraft einer Verfassungskonvention der vorherigen Zustimmung der Provinzen? 3. Oder ist dieses Zustimmungserfordernis sogar kraft Verfassungsrecht geboten? Streitig waren allein die beiden letzten Fragen²⁷. Zu ihnen äußerte sich das Gericht in zwei getrennten Entscheidungen mit verschiedenen zusammengesetzten unterschiedlichen Mehrheiten. In der ersten (»Siebener«)-Entscheidung²⁸ stellte es fest, daß das einseitige Vorgehen Ottawas mangels widersprechender Gesetze rechtmäßig sei. In der zweiten (»Sechser«)-Entscheidung²⁹ kam es hingegen zu dem Ergebnis, daß die Übergehung der Mehrheit der Provinzen unter den gegebenen Umständen gegen eine bindend gewordene Verfassungsände-

²⁵ Die Möglichkeit der Anrufung des Supreme Court gegen Gutachten der höchsten Provinzgerichte (Courts of Appeal) ist eine Besonderheit des kanadischen Verfassungsrechts die voraussetzt, daß der Provinzgesetzgeber dem jeweiligen Gutachten formell »Urteilsrang« zuerkennt. Die Appellationsentscheidung des Supreme Court ergeht in diesem Fall als verbindliches Urteil. Siehe sec. 37 des Supreme Court Act, R.S.C. 1970 chapter §-19: "An appeal lies to the Supreme Court from an opinion pronounced by the highest court of final resort in a province on any matter referred to it for hearing and consideration by the lieutenant governor in council of that province whenever it has been by the statutes of that province declared that such opinion is to be deemed a judgment of the highest court of final resort and that an appeal lies therefrom as from a judgment in an action".

²⁶ Siehe zum genauen Wortlaut der unterschiedlich formulierten Fragen und einer hier nicht behandelten vierten Frage Supreme Court (Anm. 2), S. 1 f.

²⁷ Die Beeinträchtigung der Gesetzgebungshoheiten der Provinzen durch den Grundrechtsteil des »Patriierungs-Pakets« wurde von der Bundesregierung eingeräumt, vgl. Supreme Court, *ibid.*, S. 20.

²⁸ Chief Justice Laskin sowie die Richter Beetz, Chouinard, Dickson, Estey, McIntyre und Lamer, Supreme Court, *ibid.*, S. 12–49, dazu abweichendes Votum der Richter Martland und Ritchie, *ibid.*, S. 49–79.

²⁹ Richter Beetz, Chouinard, Dickson, Lamer, Martland und Ritchie, Supreme Court, *ibid.*, S. 79–107, dazu abweichendes Votum von Chief Justice Laskin und den Richtern Estey und McIntyre, *ibid.*, S. 107–127.

rungspraxis verstoße und damit verfassungswidrig im Sinne der Verletzung einer Verfassungskonvention sei.

Ursache dieser ungewöhnlichen Entscheidungsbildung waren offensichtlich Meinungsverschiedenheiten der neun Richter zu Grundaspekten der rechtlichen Prüfung, die zusätzlich dadurch erschwert wurde, daß der Frontverlauf nicht geradlinig war³⁰. Alleine vier³¹ Richter standen jeweils auf der Mehrheitsseite, die anderen fünf mußten dagegen einmal auf die Minderheitsseite wechseln. Unter den Aspekten, in denen keine Einigung erzielt werden konnte, scheinen zwei von ausschlaggebender Bedeutung gewesen zu sein: 1. Natur und Begriff des Verfassungsrechts sowie sein Verhältnis zu politischer Praxis (positivistisches oder eher soziologisches Rechtsverständnis); 2. Natur des kanadischen Föderalismus (streng dezentrales oder stärker unitarisches Konzept bzw. entsprechendes Vorverständnis)³². Denn das Grundproblem der Mehrheitsbildung bestand darin, daß die Mehrheit der Richter sowohl einem positivistischen Rechtsverständnis zuneigte, als auch ein eher dezentrales Föderalismus-Konzept vertrat. Dies lief darauf hinaus, daß das Gericht dem Anspruch der Provinzen auf Mitwirkung am Patrierungsverfahren rechtlich ablehnend, politisch eher aufgeschlossen gegenüberstand. Das Ergebnis dieser Konstellation ist die Spaltung der Entscheidung in einen streng rechtlichen und einen mehr politischen Teil.

Regelrecht verworren wird das Urteil allerdings erst dadurch, daß die beiden Teile sich in ihrer Begründung nicht voneinander trennen lassen, sondern vielfach ineinandergreifen, wobei das wichtigste Verbindungsglied die Kategorie der *constitutional conventions* ist, die letztlich das entscheidende Vehikel der richterlichen Konsensbildung war. Stellt man die formale Zweiteilung im folgenden daher in den Hintergrund und orientiert sich an der inhaltlichen Struktur der Mehrheitenbegründung, so lassen sich drei aufeinander aufbauende Begründungsschritte unterscheiden: 1. Begriff der Verfassung und Natur von Verfassungskonventionen; 2. das Verhältnis von Verfassungskonventionen zum Recht; 3. Existenz und Inhalt der streitigen Verfassungskonvention im vorliegenden Streit. Es fällt auf, daß das

³⁰ Die genaue Aufschlüsselung der Ursachen dieser Mehrheitsbildung ist eine eigene Untersuchung wert. Siehe die interessanten Hinweise von McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.80ff., und die Thesen von Lederman (Anm.2).

³¹ Dickson und die drei Quebecer Richter Beetz, Chouinard und Lamer.

³² So auch Lederman (Anm.2), S.532, der als weiteren Punkt noch die Frage der Kompetenzgrenzen der Gerichte bei politischen Fragen nennt, was hier jedoch unberücksichtigt bleibt, da sich die Meinungsverschiedenheiten nicht so deutlich im Text des Urteils niedergeschlagen haben.

Verhältnis der politischen Praxis als solcher zum Recht kein selbständiger Prüfungspunkt war.

2. Verfassungsbegriff und Natur von Verfassungskonventionen

Die Mehrheitsrichter der »Sechser«-Entscheidung stützten sich zu Beginn ihrer Ausführungen auf ein stark britisch geprägtes Verfassungsverständnis. Obwohl die kanadische Verfassung in zahlreichen Dokumenten, einschließlich des heute noch grundlegenden British North America Act von 1867 (BNA Act)³³, kodifiziert worden ist, schlossen sie in ihren Verfassungsbegriff nicht nur das gesetzte Recht (*statutory law*) und das durch die Rechtsprechung in Verfassungsfragen geschaffene *common law* ein, sondern auch die durch politische Praxis entwickelten Verfassungskonventionen, deren Zugehörigkeit zur Verfassung sie auch durch die Präambel zum BNA Act bestätigt sahen³⁴. Die ersten beiden Elemente bildeten das Recht der Verfassung (*law of the Constitution*), alle drei zusammen die Verfassung von Kanada (*Constitution of Canada*)³⁵. Damit wandten sie im Prinzip ein für den unitarischen Staat Großbritannien und seine ungeschriebene Verfassung entwickeltes Verfassungsverständnis³⁶ auf die föderale, geschriebene kanadische Verfassung an, was ein Grund für das Minderheitsvotum der drei dissentierenden Richter war: Denn diese stimmten zwar den weiteren Ausführungen zur Natur und Funktion von Verfassungskonventionen zu, soweit damit zunächst nur politische Phänomene beschrieben wurden³⁷, wandten sich aber auf der Basis ihres positivistischen

³³ Die offizielle Bezeichnung lautet gemäß sec.60 des Constitution Act, 1982 (Anm.1) nun Constitution Act, 1867.

³⁴ Wegen ihres Hinweises, daß die Verfassung "similar in principle to that of the United Kingdom" sein sollte, vgl. Supreme Court (Anm.2), S.87.

³⁵ So unter Übernahme der Verfassungstheorie Dicey's (Anm.6) Supreme Court, *ibid.*, S.81 ff., 87 ("constitutional conventions plus constitutional law equal the total Constitution of the country").

³⁶ Da das Gesetzesrecht in Großbritannien wegen seiner Lückenhaftigkeit kein geschlossenes System darstellt und die Verfassung in ihrer historischen Entwicklung weitgehend ungeschrieben blieb, ist dort verfassungsmäßiges und legales Handeln nicht notwendigerweise deckungsgleich. Vgl. A. E. Freeman, *The Growth of the English Constitution* (2.Aufl.1873), S.114. "By the side of our written law there has grown up an unwritten or conventional constitution. When an Englishman speaks of the conduct of a public man being constitutional, he means something wholly different from what he means by conduct being legal or illegal". (Siehe auch Anm.6).

³⁷ Supreme Court (Anm.2), S.110

schen Rechtsverständnisses gegen deren Einbeziehung in einen »dualen« Verfassungsbegriff, da die im föderalen Verfassungsstaat erforderliche Grenzziehung zwischen den verschiedenen Regierungsebenen nur durch ein förmliches Rechtsdokument mit ausreichender Autorität begründet werden könne: "Such law cannot be ascribed to informal or customary origins, but must be found in a formal document which is the source of authority, legal authority, through which the central and regional units function and exercise their powers"³⁸.

Zur politischen Natur und Funktion von Verfassungskonventionen führte die »Sechser«-Mehrheit (nun also im großen und ganzen die Meinung aller Richter ausdrückend) aus:

"What is a constitutional convention?... there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies... There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal"³⁹.

Die Schwierigkeit, die Nichterzwingbarkeit von Verfassungskonventionen durch Gerichte mit ihrer Eigenschaft als Verfassungsbestandteile in Einklang zu bringen, lösten die sechs Mehrheitsrichter mit Hinweisen auf die Herkunft von Verfassungskonventionen

"The conventional rules of the Constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the Constitution, they are not enforced by Courts. One reason for this situation is, that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the Courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach"⁴⁰.

und ihre Funktion:

"The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the Constitution will be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period... Perhaps the main reason

³⁸ Supreme Court, *ibid.*

³⁹ Supreme Court, *ibid.*, S.86 f.

⁴⁰ Supreme Court, *ibid.*, S.84 f.

why conventional rules cannot be enforced by the courts is that they are generally in conflict with the legal rules which they postulate and the courts are bound to enforce the legal rules. The conflict is not of a type which would entail the commission of any illegality. It results from the fact that legal rules create wide powers, discretions and rights which conventions prescribe should be exercised only in a certain limited manner, if at all"⁴¹.

Fazit dieser generellen Ausführungen ist ein Verfassungskonzept, das Verfassungskonventionen materiell bis in den Rang einer »politischen Überverfassung« erhebt, diese jedoch aus rechtlicher Sicht prinzipiell nicht zur Kenntnis nimmt und sie formal hinter jeden Rechtssatz zurücktreten läßt.

3. Verfassungskonventionen und Recht

Diese höchst ambivalente Einstellung zur normativen Kraft von Verfassungspraxis wird in ihren rechtlichen Konsequenzen auf der zweiten Stufe deutlich, auf der das Gericht nun mit der Mehrheit aller positivistisch orientierten Richter zum Schluß kam, daß eine etwaige, die Zustimmung der Provinzen zum Patriierungsverfahren erforderlich machende Verfassungskonvention kein Recht sein könne. Diese »Siebener«-Entscheidung hätte eine rechtstheoretisch ausführlichere Begründung verdient⁴². Denn in ihr ging es letztlich um die Frage der Natur des Verfassungsrechts, bei der sich eine positivistische, im britischen Rechtsdenken stark von Austin geprägte Vorstellung von Recht als erzwingbarem Befehl einer übergeordneten Autorität, und eine eher soziologisch orientierte Rechtstheorie gegenüberstanden, die Recht als Produkt eines gesellschaftlichen Konsens ansieht, der auf Selbstbeschränkung der Rechtsadressaten beruht⁴³.

Die Rechtsansicht der Provinzen lief auf die »Konsenstheorie« hinaus. Wenn sie nämlich vortrugen, das von ihnen behauptete Zustimmungserfordernis der Provinzen zu bestimmten Verfassungsänderungen habe sich über eine Verfassungskonvention letztlich zu einem Rechtssatz verdichtet

“The proposition was advanced on behalf of the Attorney General of Manitoba that a convention may crystallize into law and that the requirement of provincial consent to the kind of Resolution that we have here, although in origin political, has become a rule of law. (No firm position was taken on whether the consent must be that of the Governments or that of the Legislatures).”⁴⁴,

⁴¹ Supreme Court, *ibid.*

⁴² Siehe auch Colvin (Anm.2), S.3ff., 21.

⁴³ Siehe im einzelnen Knopf (Anm.2), S.47ff., 54ff., und Lederman (Anm.2), S.532ff.

⁴⁴ Supreme Court (Anm.2), S.22.

so machten sie sich die Meinung jener Verfassungsrechtler zu eigen, die die auf Konsens beruhende Verfassungspraxis letztlich unter dem Gesichtspunkt der Entstehung von Verfassungsgewohnheitsrecht betrachten und nicht an einer mit Nichtrecht⁴⁵ gleichgesetzten Kategorie der Verfassungskonventionen »kleben bleiben«⁴⁶.

Die sieben Mehrheitsrichter taten diesen Schritt nicht. Sie setzten voraus, daß die einzig diskutierbare Kategorie zur Verbindlichwerdung von Verfassungspraxis die der Verfassungskonventionen sei, und prüften im folgenden nur, ob sich generell deren Verdichtung zu Recht nachweisen lasse. Dabei setzten sie wiederum – in Übereinstimmung mit den Ausführungen zur Natur von Verfassungskonventionen – ihre Ungleichheit mit dem Recht der Verfassung voraus und schlossen im wesentlichen hieraus auf die Unmöglichkeit ihrer gewohnheitsrechtlichen Verrechtlichung

“No instance of an explicit recognition of a convention as having matured into a rule of law was produced. The very nature of a convention, as political in inception and as depending on a consistent course of political recognition by those for whose benefit and to whose detriment (if any) the convention developed over a considerable period of time is inconsistent with its legal enforcement.”⁴⁷,

die sich auch nicht mit einer Analogie zur Entstehung des *common law* begründen lasse:

“The attempted assimilation of the growth of a convention to the growth of the common law is misconceived. The latter is the product of judicial effort, based on justiciable issues which have attained legal formulation and are subject to modification and even reversal by the Courts which have given them birth when acting within their role in the State in obedience to statutes or constitutional

⁴⁵ Der »klassische« britische Theorienstreit, ob Verfassungskonventionen vom Recht verschieden oder mit ihm identisch sind, gründet sich auf den Disput zwischen den Verfassungsrechtlern Dicey (Anm.6), der sie vom Recht abgrenzte, und Sir W. Ivor Jennings, der sie auf einer konsentstheoretischen Basis mit ihm gleichsetzte: “The constitution of a country, whatever it be, rests upon acquiescence. Constitutional laws and constitutional conventions are in substance the same” (The Law and the Constitution [5.Aufl.1959], S.330ff., 346). Siehe hierzu, mit weiteren Hinweisen auf den Meinungsstreit, Colin R. Munro, Laws and Conventions Distinguished, The Law Quarterly Review 91 (1975), S.218ff.

⁴⁶ Diese Theorie wird in Kanada vor allem von Lederman konsequent vertreten. Vgl. neben Anm.2 für den hier interessierenden Zusammenhang schon The Process of Constitutional Amendment, McGill Law Journal 12 (1967), S.371 ff., ferner den kürzlich erschienenen Sammelband seiner Schriften, Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada (1981). Siehe ferner Colvin (Anm.2), S.3ff.

⁴⁷ Supreme Court (Anm.2), S.22.

directives. No such parental role is played by the Courts with respect to conventions⁴⁸ ... What is desirable as a political limitation does not translate into a legal limitation, without expression in imperative constitutional text or statute⁴⁹.

Die weiteren Ausführungen sind nur die Konsequenz dieser nicht eingehend begründeten positivistischen Rechtstheorie⁵⁰. Das trifft zunächst auf die noch allgemeinen Passagen zu, mit denen einer Verrechtlichung bloßer politischer Theorien eine Absage erteilt wird⁵¹, gilt aber vor allem auch für die Bejahung der Rechtmäßigkeit der konkreten »Patriierungsresolution« des kanadischen Parlaments. Denn dem strikten Recht (*statutory and common law*) sei kein Zustimmungserfordernis der Provinzen zu entnehmen⁵²: weder im Hinblick auf die materielle Kompetenz des britischen Parlaments⁵³ zur Änderung der kanadischen Verfassung noch hinsichtlich der prozeduralen *self-regulating authority* des kanadischen Parlaments, jede ihm beliebige Resolution zu fassen, auch wenn diese auf Verfassungsänderungen abziele:

“The law knows nothing of any requirement of provincial consent, either to a resolution of the federal Houses or as a condition of the exercise of United Kingdom legislative power. . . What is central here is the untrammelled authority at law of the two federal Houses to proceed as they wish in the management

⁴⁸ Supreme Court, *ibid.*

⁴⁹ Supreme Court, *ibid.*, S.29.

⁵⁰ Ob dies mit dem Zeitdruck zu erklären ist, unter dem das Gericht stand, oder ob sich die sieben Mehrheitsrichter im theoretischen Detail doch nicht so ganz einig waren, kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht erörtert werden, läßt sich vielleicht auch gar nicht aufklären. Die Absage an eine Verdichtung politischer Praxis zu Recht (Gewohnheitsrecht) im wesentlichen mit der Natur einer nichtrechtlichen Kategorie zu begründen, ist jedenfalls unbefriedigend. Erforderlich ist eine Erörterung der Natur des Rechts, hier des Verfassungsrechts (vgl. auch die Kritik der in Anm.42f. genannten Autoren).

⁵¹ Supreme Court (Anm.2), S.44f. unter besonderem Hinweis auf die verschiedenen »Kompakttheorien«, die von einer vertraglichen Entstehung der kanadischen Föderation oder zumindest eines Teils von ihr (modifizierte Kompakttheorie) ausgehen und daraus weitgehende Kompetenzen der Provinzen ableiten, auch wo sie nicht ausdrücklich im Verfassungstext erwähnt sind. Siehe vor allem Richard Arès, Dossier sur le pacte fédératif de 1867, La Confédération: Pacte ou loi (1867).

⁵² Von Einzelheiten der Begründung, insbesondere der Auslegung der sec.18 BNA Act kann hier abgesehen werden, siehe Supreme Court, *ibid.*, S.29ff.

⁵³ Siehe zur Kontroverse, ob das britische Parlament bei Verfassungsänderungsgesuchen des kanadischen Bundesparlaments (vgl. Anm.1) deren formelle Verfassungsmäßigkeit prüfen darf, Peter Hogg (dagegen) und W. R. Lederman (dafür), Commentaries: Amendment and Patriation, Alberta Law Review 19 (1981), S.369ff. Das "Kershaw Committee" des britischen Unterhauses ging von einer Prüfungspflicht aus. Siehe seinen sorgfältigen Bericht "First Report from the Foreign Affairs Committee, Session 1980-81, BNA Acts: The Role of Parliament", Bd.1 und 2, 21.1.1981.

of their own procedures and hence to adopt the Resolution which is intended for submission to Her Majesty for action thereon by the United Kingdom Parliament. The British North America Act, 1867 does not, either in terms or by implication, control this authority or require that it be subordinated to provincial assent"⁵⁴.

Die dissentierenden Richter Martland und Ritchie sahen in der fraglichen Rechtszuständigkeit des kanadischen Parlaments dagegen ein föderales Kompetenzproblem, was auch überzeugender ist. Hiervon ausgehend interpretierten sie allerdings das strikte Recht aus der oben als soziologisch bezeichneten Perspektive⁵⁵, die sehr viel geringere Gefolgschaft erwarten darf. Denn ihre Begründung beruhte im wesentlichen⁵⁶ auf der Annahme, daß das strikte Recht im Einklang mit der kanadischen Verfassungsgeschichte und der bisherigen Verfassungsänderungspraxis auszulegen sei, die eine durchgehend föderale Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Provinzen erkennen lasse und sich im konkreten Fall zu einem Mitwirkungsrecht der Provinzen am Patriierungsverfahren entwickelt habe. Dieses Recht habe das einseitige Vorgehen der Bundesorgane verletzt. Wie weit es darüber hinausreicht, ließen sie unbeantwortet⁵⁷.

4. Inhalt der streitigen Verfassungskonvention

Daß der Supreme Court mit der mehrheitlichen Feststellung der Rechtmäßigkeit des Patriierungsverfahrens sein Urteil nicht beendete, sondern sich in der »Sechser«-Entscheidung mit der Frage der Beachtung einer Verfassungskonvention auseinandersetzte, macht die eigentliche Bedeutung der Entscheidung aus. In einer beiseitigen Weise hat sich damit ein Gericht in einen von ihm selbst als ausschließlich politisch bezeichneten Prozeß eingeschaltet und dabei nicht nur einen konkreten Konventionsstreit entschieden, sondern auch eine judiziell-formale Konventionsdogmatik entwickelt, von der schwer abzusehen ist, ob und wie sie außerhalb der Gerichte wirken wird. Was die Entscheidung in der Sache anbelangt, so schließt dieser Teil die inhaltliche Ambivalenz des Urteils ab. Denn was zuvor die zwei Minderheitsrichter gegen die Mehrheit als Rechtsverstoß

⁵⁴ Supreme Court (Anm.2), S.47, 48f.

⁵⁵ S.595.

⁵⁶ Siehe aber auch die Urteile und die Gesetzesbestimmungen, die herangezogen wurden, Supreme Court (Anm.2), S.54 ff.

⁵⁷ Siehe zu diesem Sondervotum Lyon, *Constitutional Theory and the Martland-Ritchie Dissent* (Anm.2), S.57 ff., zugleich in *Queens Law Journal* 7 (1981), S.135 ff.

Ottawas bezeichnet hatten, stellte eine anders zusammengesetzte Mehrheit – unter ihnen auch diese zwei Richter – nun als Konventionsverletzung fest, und zwar im wesentlichen auf der Grundlage derselben Fakten.

Sicherlich auch unter dem Einfluß der öffentlichen Meinung, die vom Supreme Court eine vollständige Streitbeilegung erwartete⁵⁸, setzten sich die Richter zunächst über den Einwand hinweg, die Feststellung von Verfassungskonventionen sei keine richterliche Aufgabe, sondern dem politischen Prozeß vorbehalten, wie es u. a. von der Bundesregierung und Ontario vorgetragen worden war:

“It was submitted by counsel for Canada and Ontario that the... question [s] ... ought not be answered because they do not raise a justiciable issue and are accordingly not appropriate for a court. It was contended that the issue whether a particular convention exists or not is a purely political one. The existence of a definite convention is always unclear and a matter of debate. Furthermore conventions are flexible, somewhat imprecise and unsuitable for judicial determination”⁵⁹.

Dem hielt der Supreme Court im wesentlichen eine Reihe von Gerichtsentscheidungen entgegen, die ebenfalls, allerdings unter ganz anderen Voraussetzungen, zu Verfassungskonventionen Stellung genommen haben⁶⁰, sowie seine Auffassung zur Verfassungsnatur dieser Regeln, auf Grund derer die vorgelegte Frage “at least in part, constitutional in character” sei⁶¹. Das überzeugt ebensowenig wie sein weiterer Hinweis, daß ihm

⁵⁸ Russel, *The Supreme Court Decision: Bold Statescraft Based on Questionable Jurisprudence* (Anm.2), S.1 ff., 6f.

⁵⁹ Supreme Court (Anm.2), S.87.

⁶⁰ Supreme Court, *ibid.*, S.88. Alle dort erwähnten Entscheidungen betreffen nur Konventionen, die, kaum aufklärungsbedürftig, ausschließlich zur Interpretation von Gesetzesrecht herangezogen wurden. Symptomatisch ist die älteste der Entscheidungen, *Commonwealth v. Kreglinger & Fernau Ltd.*, (1926) 37 C.L.R., S.393 ff., in der der australische High Court zur Berücksichtigung von Konventionen (hier *responsible government*) ausführte (S.412): “The Court is necessarily as well acquainted with the advance of constitutional rules and practise, which largely make constitutional law, as the rest of the community ... it cannot stand still and refuse in interpreting the law to recognize the advancing frontiers of public thought and public activity... within the Empire”. Nichts anderes gilt für die jüngeren Entscheidungen des kanadischen Supreme Court selbst: *Arsenau v. the Queen*, (1979) 95 D.L.R. (3d), S.1 ff. 5f., sowie *A.-G. Que. v. Blaikie*, (1981) 123 D.L.R. (3d), S.15 ff., 227. Diese Fälle lassen sich daher schwerlich als Präzedenzen für die unvergleichlich eingehendere und vom Gesetzesrecht gelöste Befassung des Supreme Courts mit Verfassungskonventionen heranziehen. Siehe zur Feststellung von Konventionen durch Gerichte auch Jennings (Anm.45), S.118 ff., Meyn, *Verfassungskonventionalregeln* (Anm.6), S.158 ff., und Russel (Anm.58), S.21 f.

⁶¹ Supreme Court (Anm.2).

schließlich auch die hiermit zusammenhängende Rechtsfrage nach der Verrechtlichung von Konventionen gestellt worden sei⁶². Denn diese Frage hatte er ja gerade ohne Rückgriff auf die konkrete Praxis in abstrakter Weise verneint⁶³. Trotz dieser Argumentationsschwächen⁶⁴ bildet die Annahme der Frage durch das Gericht aber ein Präzedenz, das sich so schnell nicht wieder aus der Welt schaffen läßt, wie auch die später zu behandelnde Entscheidung vom 6. Dezember 1982 erkennen läßt, die ausschließlich dem Streit um die Existenz einer Konvention galt⁶⁵.

Die konkrete Prüfung von Existenz und Inhalt einer die Zustimmung der Provinzen eventuell erforderlich machenden Verfassungskonvention leitete der Supreme Court mit einer Aufzählung der Prüfungskriterien ein. Nach dem Hinweis

“The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative”⁶⁶

führte er mit den Worten des britischen Verfassungsrechtlers Sir W. Ivor Jennings⁶⁷ aus:

“We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it”⁶⁸.

Für die hier folgenden Ausführungen sind nur die beiden ersten Kriterien⁶⁹ von Interesse, insbesondere ihr Verhältnis zueinander. Was die

⁶² Supreme Court, *ibid.*

⁶³ Siehe oben S. 596 f.

⁶⁴ Siehe schon Anm. 60. Daneben überzeugt nicht, warum das Gericht für die Bejahung seiner Entscheidungszuständigkeit auf die materielle Natur der Konventionen und nicht – was bei einem Kompetenzproblem näher liegt – auf ihre formelle Außerrechtlichkeit abstellte. Die drei dissentierenden Richter, die Konventionen auch materiell für ausschließlich politisch hielten (siehe S. 593 f.), gaben zu erkennen, daß sie die Entscheidungszuständigkeit des Gerichts prinzipiell nicht für gegeben ansahen und erklärten, sich zum konkreten Konventionsstreit nur wegen der ungewöhnlichen Umstände und deshalb geäußert zu haben, um ihre gegenüber der Mehrheit abweichende Meinung in diesem Punkt deutlich zu machen. Supreme Court (Anm. 2), S. 107.

⁶⁵ Siehe unten S. 605 ff.

⁶⁶ Supreme Court (Anm. 2), S. 90.

⁶⁷ Anm. 45, S. 136.

⁶⁸ Supreme Court (Anm. 2), S. 90.

⁶⁹ Als Grund (*reason for the rule*) für ein konventionelles Zustimmungserfordernis der Provinzen sahen die Richter das föderale Prinzip an, Supreme Court, *ibid.*, S. 103 ff.

Konventionspraxis betrifft, so griffen die sechs Mehrheitsrichter in vertretbarer Interpretation der vorgelegten Fragen nur solche Verfassungsänderungsverfahren heraus, die in ähnlicher Weise wie der Grundrechtsteil des »Patriierungs-Pakets« auf unmittelbare Eingriffe in das Bund-Provinzen-Verhältnis durch Veränderung der Gesetzgebungszuständigkeiten abzielten⁷⁰. In diesen Fällen war die Zustimmung aller Provinzen ausdrücklich erteilt worden bzw. die Verfassungsänderung andernfalls unterblieben⁷¹. Hätte man dagegen – wie von den drei Minderheitsrichtern gefordert⁷² – auch solche Änderungsverfahren berücksichtigt, die in das Bund-Provinzen-Verhältnis eingreifen, ohne die Gesetzgebungszuständigkeiten zu ändern (was die Interessen der Provinzen im Einzelfall weitaus mehr beeinträchtigen kann), hätten sich auch Verfassungsänderungen nachweisen lassen, die ohne Zustimmung aller Provinzen durchgeführt worden sind⁷³. Auf ihrer sehr schmalen, fast formalen Vergleichsbasis, konnten die sechs Mehrheitsrichter aber feststellen:

“The accumulation of the precedents, positive and negative, concurrent and without exception, does not itself suffice in establishing the existence of the convention; but it unmistakably points in its direction. Indeed, if the precedents stood alone, it might be argued that unanimity is required”⁷⁴.

Ausschließlich formal gingen die Richter im folgenden bei der Prüfung des Verbindlichkeitsbewußtseins der Akteure der Praxis vor. Daß dieses vermeintlich nur subjektive Element in Wahrheit in irgendeiner Weise objektiv evident sein muß, um rechtserheblich zu sein, ist das altbekannte Problem der Gewohnheitsrechtstheorien, für das es keine Patentlösung geben kann und das deshalb jede nur denkbare »Gewohnheitsrechtsschule« – vor allem im Völkerrecht⁷⁵ – hervorgebracht hat. Orientiert man sich am Spektrum der Völkergewohnheitsrechtstheorien, das man grob von »beha-

⁷⁰ Supreme Court, *ibid.*, S.90.

⁷¹ Supreme Court, *ibid.*, S.93 ff.

⁷² Ihr Votum beruhte auf der Annahme einer stärker unitarisch geprägten Natur des kanadischen Föderalismus, die sie aus der Geschichte und bestimmten, Bundeskompetenzen begründenden Normen der Verfassung (vor allem die "Peace, Order and Good Government"-Klausel von sec.91 BNA Act) ableiteten, vgl. Supreme Court, *ibid.*, S.125 f.

⁷³ Supreme Court, *ibid.*, S.118 ff.

⁷⁴ Supreme Court, *ibid.*, S.95.

⁷⁵ Der Vergleich zum Völkerrecht bietet sich an, weil nur dort die Praxis als normbildender Faktor ähnlich bedeutend ist wie im britisch geprägten Verfassungsleben. Entsprechend umfangreich, vielfältig und hochentwickelt ist die Literatur zum Völkergewohnheitsrecht. Siehe die immer noch grundlegende Systematisierung von Alfred Verdross, Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts, ZaöRV 29 (1969), S.635 ff., sowie Bruno Simma, Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts (1972).

viouristischen«, nur auf die Praxis abstellenden Theorien⁷⁶ zu den Willens-theorien⁷⁷ ziehen kann, die, die Praxis vernachlässigend, nach Anhaltspunkten einer normbildenden Willensübereinstimmung suchen, müßte man die Methode des Supreme Court noch jenseits der bekannten Willens-theorien als formale Konsens- oder Anerkennungstheorie einordnen⁷⁸. Denn ohne Einwendung der Minderheit griffen die sechs Mehrheitsrichter zur Prüfung des Verbindlichkeitsbewußtseins ausschließlich auf offizielle Erklärungen⁷⁹ der Bundesregierung, des Hauptadressaten des Konventionsanspruchs der Provinzen, zurück, ohne die Praxis selbst noch in irgendeiner Weise durch weitere Aufklärung mit zu gewichten. Diese ist also im Ergebnis nur Anlaß zur Prüfung des Verbindlichkeitsbewußtseins, welches mit Akzeptanz eines Konventionsanspruchs gleichgesetzt wird, aber nicht einmal ein widerlegungsbedürftiges Indiz.

Die vom Supreme Court ausgewerteten Erklärungen ließen erkennen, daß die Bundesregierung ein konventionelles Zustimmungsgesetz der Provinzen wohl im Prinzip, nicht aber im Sinne eines Einstimmigkeitsgebots (*unanimity*) ausdrücklich akzeptiert hat⁸⁰. Mehr ließ sich nicht feststellen, weder für oder gegen ein Einstimmigkeitsprinzip noch für eine Quantifizierung des Maßes an provinzieller Zustimmung. Die Schlüsselrolle nahm ein Textauszug des berühmten "White Paper" der Bundesregierung aus dem Jahr 1965⁸¹ ein, das, den Provinzen zugeleitet und von ihnen gebilligt, als ein konventionell begründetes Verfassungsänderungsprinzip nannte:

"The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition"⁸².

⁷⁶ So vor allem der amerikanische *legal realism* Myres McDougal's u.a., vgl. Simma, S.21 ff.

⁷⁷ Konsens- und Anerkennungstheorien, vgl. Verdross (Anm.75), S.636 ff.

⁷⁸ Diese bloß vergleichende Feststellung ist nicht schon als Kritik zu verstehen, da der Hinweis auf theoretische Positionen der Völkerrechtswissenschaft nur der Veranschaulichung dienen soll.

⁷⁹ Dieser formalistische Ansatz entspricht der prinzipiell formalen Rechtstheorie der vier »Positivisten« unter den Mehrheitsrichtern der »Sechser«-Entscheidung.

⁸⁰ Siehe im einzelnen Supreme Court (Anm.2), S.98 ff.

⁸¹ The Amendment of the Constitution of Canada, herausgegeben vom ehemaligen Justizminister Guy Favreau.

⁸² *Ibid.*, S.15, vgl. Supreme Court (Anm.2), S.99.

Die sechs Mehrheitsrichter der »Sechser«-Entscheidung entnahmen Erklärungen und Stellungnahmen wie dieser das sehr abstrakte Prinzip, daß sich zumindest das Erfordernis einer »substantiellen provinziellen Zustimmung« (»substantial measure of provincial consent«) als Verfassungskonvention herausgebildet habe, die angesichts der fehlenden Zustimmung von acht der zehn Provinzen offensichtlich verletzt worden sei⁸³. Über diese Aussage gingen sie nicht hinaus. Zwar ließen sie verschiedentlich durchblicken, daß sie ein Einstimmigkeitsgebot nicht hatten feststellen können⁸⁴, jedoch blieb unklar, ob dieses damit auch autoritativ für politisch nicht existent erklärt worden ist⁸⁵. Denn zum einen führten die Richter zur Rechtfertigung, die Formel der »substantiellen Zustimmung« nicht weiter konkretisiert zu haben, aus:

»Conventions by their nature develop in the political field and it will be for the political actors, not this Court, to determine the degree of provincial consent required«⁸⁶.

Vor allem aber schlossen sie die Entscheidung mit den Worten:

»We have reached the conclusion that the agreement of the provinces of Canada, no views being expressed as to its quantification, is constitutionally required...«⁸⁷.

III. Der Verlauf des Streits nach dem Urteil vom 28. September 1981

Das Urteil wirkte weniger streitentscheidend denn vermittelnd, da es keinen ausschließlichen Sieger oder Verlierer hinterlassen hatte. Dadurch brachte es die Parteien wieder an den Verhandlungstisch: die Bundesregierung, weil das Verdikt der konventionellen Verfassungswidrigkeit ihres bisherigen Vorgehens in den Augen der Öffentlichkeit schwerer wog als seine formale Rechtmäßigkeit; die Provinzen, weil die inzwischen am Reformvorhaben interessierte Bevölkerung von ihnen erwartete, daß sie

⁸³ Supreme Court, *ibid.*, S.103. Dies wurde von den drei dissentierenden Richtern (vgl. Anm.29) kritisiert, die die vorgelegten Fragen so interpretierten, als sei nur nach einem konventionellen Einstimmigkeitsprinzip gefragt. Dieses ablehnend, hielten sie das Gericht nicht mehr für ermächtigt, weitere, ungestellte Fragen zu beantworten. Siehe Supreme Court, S.108 ff.

⁸⁴ Vgl. etwa Supreme Court, *ibid.*, S.100, 102.

⁸⁵ Für noch offen hielten diese Frage etwa Russel (Anm.58), S.18, und Arthur Tremblay, Besprechungsaufsatz, McGill Law Journal 27 (1982), S.569 ff., 582, 587.

⁸⁶ Supreme Court (Anm.2), S.109.

⁸⁷ Supreme Court, *ibid.*, S.107.

sich als die eigentlichen politischen Gewinner des Gerichtsstreits nun konstruktiv zur Reform einstellten⁸⁸.

Am 5. November 1981 kam ein entscheidender Verfassungskompromiß⁸⁹ zwischen der Bundesregierung und neun Provinzen zustande, dem nur Quebec nicht beitrug. Er bestand im wesentlichen darin, daß der Grundrechtskatalog des bisherigen Entwurfs durch ein weitgehendes *opting-out*-Recht der Parlamente⁹⁰ verwässert und das auf dem Prinzip der Ungleichheit der Provinzen basierende Verfassungsänderungsverfahren, das insbesondere Ontario und Quebec Vetorechte einräumte⁹¹, durch das Gleichheitsprinzip und ein prinzipielles *opting-out*-Recht ersetzt wurde. Damit war die Gegenfront der acht dissentierenden Provinzen zerbrochen. Zwar hatte sich Quebec am 16. April 1981 in der Vereinbarung mit den anderen sieben Provinzen zur Ersetzung seines Vetorechts durch ein bloßes *opting-out*-Recht bereit erklärt, um Unterstützung für seine anderen Verfassungsorderungen zu erhalten, aber nur in Verbindung mit einem vollen Finanzausgleich bei Wahrnehmung der *opting-out*-Möglichkeit (Alberta-Vancouver-Formel)⁹² und sicherlich unter der Voraussetzung, daß seine anderen Forderungen im wesentlichen erfüllt werden. Beide Bedingungen waren nicht eingetreten.

Nach dem Kompromiß vom 5. November 1981 wurde der Entwurf zwar noch an einigen Stellen geändert, um ihn doch noch für Quebec akzeptabel zu machen⁹³, jedoch erfüllten sich die Erwartungen nicht. Quebec protestierte auch nach diesen Änderungen heftig und legte offiziell ein Veto gegen den Entwurf ein⁹⁴. Die Bundesregierung sprach der Provinz dagegen ein solches Recht ab, hielt sich an die Aussagen des Supreme Court, daß nur ein »substantielles Maß an Zustimmung« der Provinzen gegeben sein müsse, und betrieb das Patriierungsverfahren ohne weitere Rücksichtnahme auf Quebec bis zum Ende weiter⁹⁵.

⁸⁸ Siehe zum ganzen McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.90ff.

⁸⁹ Text bei McWhinney, *ibid.*, S.165f.

⁹⁰ Des Bundes und der Provinzen, vgl. sec.33 des Constitution Act, 1982.

⁹¹ Siehe schon Anm.17.

⁹² Siehe Part A, I in Verbindung mit Part B, 7 der Formel (Anm.15).

⁹³ So wurde ein Teil der Sprachgrundrechte für Quebec ausgesetzt und das *opting-out*-Recht bei Verfassungsänderungen im für Quebec besonders wichtigen Erziehungs- und Kulturbereich durch einen Anspruch auf Ausgleichszahlungen »versüßt« (vgl. sections 59 und 40 des Constitution Act, 1982).

⁹⁴ Regierungsdekret No.3214-81 vom 25.11.1981, Text, Supreme Court (Anm.3), S.37.

⁹⁵ Die zweite »Patriierungsresolution« (vgl. auch Anm.24) wurde am 2./8.12.1981 vom kanadischen Parlament angenommen und passierte am 8./25. und 29.3.1982 die britischen Gesetzgebungsorgane. Siehe zum Inkrafttreten der Gesetze Anm.1.

IV. Das Urteil vom 6. Dezember 1982

1. Die Vorentscheidung des Quebec Court of Appeal vom 7. April 1982

Noch vor der Annahme der zweiten »Gemeinsamen Resolution« durch die beiden Häuser des kanadischen Parlaments legte die Regierung Quebec's ihrem Court of Appeal im Gutachtenverfahren⁹⁶ die Frage vor, ob die Resolution infolge ihres Vetos verfassungswidrig im konventionellen Sinne sei⁹⁷. Diese Beschränkung der Fragestellung auf eine bloße Konventionsverletzung war nicht zwingend geboten, aber verständlich angesichts der strikt positivistischen Haltung, die der Supreme Court zuvor zur Rechtmäßigkeitsfrage eingenommen hatte, insbesondere was die Bedeutung politischer Theorien anbelangt⁹⁸. Im übrigen konnte Quebec auch kein Interesse daran haben, seine, den Sonderstatus der Provinz tragende, politische Basistheorie der *dualité canadienne* zu einem höchst ungünstigen Zeitpunkt auf die Rechtswaage des Gerichts zu legen und damit leichtfertig aufs Spiel zu setzen. Daß es Quebec tatsächlich nicht an einer Grundsatzentscheidung zum Status der Provinz, sondern nur an der Feststellung eines Vetoanspruchs in Bezug auf die in Frage stehenden Verfassungsänderungen gelegen war, läßt auch die Begründung der Vorlage erkennen. Denn diese zielte nicht nur auf den Nachweis eines exklusiven Vetorechts Quebec's ab, sondern war in zweiter Linie nochmals auf die Behauptung eines konventionellen Einstimmigkeitsprinzips gestützt, das, isoliert betrachtet, ja auf dem Gedanken der Rechtsgleichheit aller Provinzen beruht⁹⁹.

Der Quebec Court of Appeal wies den Vetoanspruch Quebec's am 7. April 1982 mit einer für ein Gutachten an Kürze kaum zu überbietenden Begründung¹⁰⁰ einstimmig zurück: Ein konventionelles Einstimmigkeits-

⁹⁶ Siehe zu den Rechtsgründen oben Anm.20.

⁹⁷ Siehe zum genauen Wortlaut der Frage Court of Appeal (Anm.3), S.719.

⁹⁸ Vgl. oben Anm.51.

⁹⁹ Weil das Argument eines exklusiven Vetorechts dagegen einen Sonderstatus der Provinz voraussetzt, bezeichnete der Supreme Court die Begründung Quebec's als widersprüchlich (Anm.3), S.392. Diese Kritik übersieht jedoch, daß der allgemeine Sonderstatus nicht schon dadurch negiert wird, daß er im besonderen Fall der Verfassungsänderungen gegebenenfalls in einem allgemeinen Vetorecht aufgeht. (Siehe aber auch die *explanatory notes* zur Alberta-Vancouver-Formel (Anm.15, S.92), die als ein Leitprinzip dieser Formel die *constitutional equality* aller Provinzen nennen).

¹⁰⁰ Die Begründung der Entscheidung (Anm.3) in der Sache umfaßt nur 3 Seiten (S.724 ff.). Auf das Hauptargument eines exklusiven Vetorechts entfällt knapp eine Seite.

prinzip für die in Frage stehenden Verfassungsänderungen habe der Supreme Court bereits in der ersten »Patriierungsentscheidung« verneint; ein exklusives Vetorecht stehe Quebec nicht zu, da der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in Art. 91 und 92 BNA Act das Prinzip der Rechtsgleichheit der Provinzen und, trotz einiger Sonderbestimmungen¹⁰¹ zugunsten Quebec's, kein Sonderstatus zu entnehmen sei; für eine entsprechende Verfassungskonvention fehle es am Verbindlichkeitsbewußtsein der Bundesregierung und der anderen Provinzen, das Quebec nicht habe nachweisen können.

2. Die Einstimmigkeitsthese

Auch der Supreme Court wies das Einstimmigkeitsprinzip zunächst mit Hinweisen auf *obiter dicta* seiner Entscheidung von 1981 zurück, denen zu entnehmen sei, daß er schon damals eine entsprechende Verfassungskonvention verneint habe¹⁰². Entgegengesetzten Auslegungen¹⁰³ dieses Urteils ist durch die authentische Interpretation des Gerichts für die Zukunft also der Boden entzogen.

Damit tritt allerdings auch zutage, welche bedeutungsvolle methodische Weiche der Supreme Court schon 1981 gestellt hat: Die offiziellen Regierungsäußerungen, auf die er ausschließlich zur Prüfung des Verbindlichkeitsbewußtseins abgestellt hatte, sollten danach nicht nur den letztentscheidenden Nachweis für das Bestehen einer Konvention bilden, sondern, soweit dieser nicht geführt werden konnte, zugleich für deren Verneinung. Das ist nicht selbstverständlich! Denn im ersten Fall decken sich Praxis und Anerkenniserklärungen, ist der positive Beweis unumstößlich. Im anderen Fall aber ist eine solche Kongruenz nie gegeben und die Diskrepanz mehr oder weniger groß: Nur wenn die Erklärungen eindeutig Widersprüche gegen die Verbindlichkeit einer konsistenten Praxis enthalten, wird man sagen können, daß das Indiz der Praxis widerlegt ist. Lassen diese aber unscharf nur einen gewissen Disput über die Verbindlichkeit der Praxis bzw. das Ausmaß einer Konvention erkennen oder liegen überhaupt gar keine Erklärungen vor, dann ist das Indiz der Praxis im einen Fall erschüt-

¹⁰¹ Vgl. vor allem sec. 94 (Zivilrecht Quebec's) und 133 (Amtssprachen) des BNA Act sowie sec. 6 des Supreme Court Act (R.S.C. 1870) chapter S-19), demzufolge mindestens drei der neun Richter aus Quebec stammen müssen.

¹⁰² Supreme Court (Anm. 3), S. 396 ff. Die Einzelheiten sind hier nicht von Interesse, vgl. aber auch oben S. 603.

¹⁰³ Siehe Anm. 85.

tert, aber nicht notwendigerweise widerlegt, im letzten gar überhaupt nicht berührt. Will man auch in diesen beiden Fällen unmittelbar und ausschließlich aus den Erklärungen oder deren Fehlen auf das Nichtbestehen einer Verfassungskonvention schließen – und genau das hat der Supreme Court 1981 also getan –, hat man zu begründen, wieso für eine durch Gewohnheit entstandene Norm offizielle Erklärungen eine so entscheidende konstitutive Bedeutung haben sollen. Diese Begründung ist der Supreme Court 1981 noch schuldig geblieben, ohne daß sein methodisches Postulat damit nun noch verborgen wäre: Dieses besagt, daß die fehlende ausdrückliche Anerkennung der konventionellen Verbindlichkeit einer Praxis Zweifel am Vorliegen eines allgemeinen Verbindlichkeitsbewußtseins aufkommen läßt, was die Feststellung der Nichtexistenz einer Verfassungskonvention nach sich zieht.

Auf der Grundlage dieser Theorie hatte der Supreme Court im übrigen keine Schwierigkeiten, zwei von Quebec nachgeschobene Äußerungen von Mitgliedern der Bundesregierung als ungeeignet für eine nachträglich andere Feststellung zurückzuweisen. Diese deuteten zwar, isoliert betrachtet, auf die Billigung eines konventionellen Einstimmigkeitsprinzips hin, waren aber im Zusammenhang betrachtet sicherlich doch anders zu interpretieren bzw. vermochten die durch andere Äußerungen begründeten Zweifel nicht zu beseitigen¹⁰⁴. Auf den wohl gewichtigsten Einwand der Bundesregierung, die Provinzen hätten nach dem Urteil von 1981 den Anspruch auf ein Einstimmigkeitsprinzip aufgegeben, so daß eine entsprechende Konvention ohnehin nicht mehr bestehen würde¹⁰⁵, brauchte das Gericht leider nicht mehr einzugehen¹⁰⁶. Eine Fortentwicklung seiner Dogmatik zum Erlöschen von Konventionen steht also noch aus.

3. Die These eines exklusiven Vetorechts für Quebec

Der von Quebec erhobene Anspruch auf ein exklusives Vetorecht wurzelt in seiner seit Beginn der *révolution tranquille* vertretenen Theorie¹⁰⁷, Stammland und Repräsentant eines der beiden auch heute noch unter-

¹⁰⁴ Supreme Court (Anm.3), S.398 ff. Einzelheiten sind hier ebenfalls nicht interessant.

¹⁰⁵ Supreme Court, *ibid.*, S.395. Gemeint sind die Vereinbarung von Ottawa vom 5.11.1981 (siehe oben Anm.15) und der Constitution Act, 1982.

¹⁰⁶ Hier hätte sich die Frage gestellt, ob die Aufgabe des Einstimmigkeitsprinzips durch neun Provinzen auch Quebec entgegengehalten werden kann.

¹⁰⁷ Siehe hierzu McWhinney, *Quebec and the Constitution 1960-1978* (1979), sowie ders., *Quebec Nationalism and Canadian Federalism*, JöR NF 28 (1979), S.673 ff.

schiedlichen Gründungsvölker der kanadischen Föderation zu sein und damit einen im vertraglichen Geltungsgrund der Verfassung verankerten Sonderstatus zu genießen:

“It shall be recognized that the two founding people of Canada are fundamentally equal, and that within the Canadian federation Quebec forms a society distinct by its language, culture and institutions, one which possesses all the attributes of a distinct national community”¹⁰⁸.

Dieser Status äußere sich u. a. in einem

“... historical right to be a party to and approve any change in the Constitution of Canada which might affect the rights and powers of Quebec...”¹⁰⁹.

Kennzeichnend für das Urteil des Supreme Court ist, daß er im Gegensatz zum Quebec Court of Appeal auf diese Theorie gar nicht einging, sondern in konsequenter Weiterentwicklung seiner Konventionsdogmatik ausschließlich formal prüfte, ob sich eine entsprechende Verfassungskonvention objektiv nachweisen lasse. In diesem Rahmen wäre die Theorie für ihn nur auf der dritten Stufe (*reason for a rule*)¹¹⁰ von Interesse gewesen, zu der er nicht mehr kam. Grundlage seiner Entscheidung waren dieselben Präzedenzen, auf denen schon das Urteil von 1981 beruht hatte und die nicht nur auf ein Einstimmigkeitsprinzip, sondern zum Teil auf einen Sonderstatus Quebec's hindeuteten¹¹¹. Diese Präzedenzen schloß er jedoch wiederum bei der Prüfung des Verbindlichkeitsbewußtseins aus, diesmal allerdings nach etwas eingehenderer methodischer Begründung, die mit dem Postulat begann, daß die Feststellung von Konventionen sich an objektiven Kriterien zu orientieren habe:

“Like legal rules, they [constitutional conventions] are positive rules the existence of which has to be ascertained by reference to objective standards. In being asked to answer the question whether the convention did or did not exist, we are called upon to say whether or not the objective requirements for establishing a convention had been met”¹¹².

Einen solchen objektiven Anhaltspunkt biete allein die Anerkennung einer Praxis als verbindlich:

“Recognition by the actors in the precedents is not only an essential element of conventions. In our opinion, it is the most important element since it is the

¹⁰⁸ Para.1 der am 1.12.1981 angenommenen Resolution der Nationalversammlung Quebec's, die Teil der offiziellen Proteste Quebec's war, Text im Urteil des Supreme Court (Anm.3), S.402.

¹⁰⁹ Präambel der Resolution, Text im Urteil (Anm.3) *ibid.*

¹¹⁰ Siehe Text zu Anm.68 und Supreme Court, *ibid.*, S.395.

¹¹¹ Vgl. Supreme Court (Anm.2), S.91 ff., und (Anm.3), S.394. Siehe hierzu unten S.615.

¹¹² Supreme Court (Anm.3), S.393.

normative one, the formal one which enables us unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency"¹¹³. Sie müsse in der Regel ausdrücklich erklärt werden, worauf nur im Sonderfall der schriftlichen Abfassung einer Verfassungskonvention verzichtet werden könne, da sich die Anerkennung hier implizit aus der Form des Aktes ergebe:

"The majority of constitutional conventions ... have not ... been reduced to writing. Does this mean that they are based on implied agreements strictly so-called in that they have never been the object of any form of utterance? We do not think so. Conventions are commonly asserted or claimed by some political actors in more or less informal statements, while the other actors similarly acknowledge them in principle if not always in their application to particular facts. Conventions are analysed, dissected, commented upon and sometimes criticized albeit not to the point of rejection. But, in our view, a convention could not have remained wholly inarticulate, except perhaps at the inchoate stage when it has not yet been accepted as a binding rule. There is no example that we know of a convention being born while remaining completely unspoken, and none was cited to us. It seems to us that the contention of appellant's counsel to the effect that conventions need not be explicitly accepted is impossible to distinguish in practise from a denial of the requirement of acceptance by the actors in the precedents. It is precisely through reported statements by numerous actors that a convention could be identified in the First Reference. Such statements provide the only true test of recognition and, once again, unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency"¹¹⁴.

Für den Anspruch Quebec's auf ein exklusives Vetorecht folge daraus, daß trotz entsprechender Praxis dieses nicht als konventionell verbindlich festgestellt werden könne: weder sei eine derartige Konvention schriftlich abgefaßt worden, noch habe Quebec Erklärungen der Bundesregierung und der anderen Provinzen vorlegen können, aus denen sich deren Anerkennung eines konventionellen Vetorechts Quebec's zweifelsfrei ergebe. Quebec – so der Supreme Court einstimmig – besitze kein Vetorecht gegen das Patrierungsverfahren¹¹⁵.

¹¹³ Supreme Court, *ibid.*, S.404. Diese Aussage war an die Quebecer Prozessvertreter gerichtet, die in einer unzutreffenden Interpretation der Prüfungskriterien Jennings' (Text zu Anm.68) die – in dieser Absolutheit unhaltbare – Ansicht vertreten hatten, eine Verfassungspraxis bedürfe überhaupt gar keiner Anerkennung, um als Konvention verbindlich zu werden, siehe *ibid.*, S.403.

¹¹⁴ Supreme Court, *ibid.*, S.404f.

¹¹⁵ Supreme Court, *ibid.*, S.405.

V. Zusammenfassende Kritik

1. Die Widersprüchlichkeit der Dogmatik zur Konventionspraxis

Im Vergleich mit dem Urteil von 1981 läßt die einstimmige Entscheidung vom 6. Dezember 1982 erkennen, daß anfängliche Bedenken innerhalb des Supreme Court zur Kompetenz des Gerichts in Konventionsstreitigkeiten¹¹⁶ überwunden sind. Keiner der drei Richter, die sich 1981 nur widerstrebend zur Konventionsfrage geäußert hatten, berief sich nun auf die damals ihrer Aussage beigefügten einschränkenden Bedingungen¹¹⁷, obwohl der Fall durchaus deren Bekräftigung herausforderte¹¹⁸. Eine Selbstbeschränkung seiner Entscheidungskompetenz gegenüber Konventionsstreitigkeiten jeglicher Art wird man in Zukunft also vom Supreme Court nicht erwarten dürfen. Sozusagen im Gegenzug hat er aber die Voraussetzungen für den Nachweis einer Verfassungskonvention denkbar hoch angesetzt, als wolle er gleichsam verhindern, daß die »Geister«, die er sich freiwillig ins Haus geholt hat, allzu lästig werden. Dies wird nicht nur durch die Gleichstellung von Verfassungskonventionen mit offiziell anerkannten Konventionen bewirkt, sondern auch durch die Anwendung der Beweislastregeln¹¹⁹ auf das richterliche Prüfungsverfahren, was erstmals im Urteil von 1982 formell praktiziert worden ist¹²⁰.

Diese streng judizielle Dogmatik muß notwendigerweise in einen Gegensatz zum politischen Konventionsprozeß treten, der jedenfalls dort, wo die Normenbildung aus dem tatsächlichen Verhalten der Staaten erwächst – und dies ist der überwiegende Entstehungsgrund – durch seine Formlosigkeit geprägt wird¹²¹. Denn ähnlich der Gewohnheitsrechtsbil-

¹¹⁶ Siehe zum Sondervotum der drei Richter zur Konventionsentscheidung oben Anm. 64.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ In diesem Fall war dem Gericht gar nur noch die Konventionsfrage vorgelegt worden. Wiederum bestritt die Bundesregierung insoweit seine Entscheidungsbefugnis, Supreme Court (Anm. 3), S. 395.

¹¹⁹ Ihre Anwendung im gutachterlichen Verfahren ist sehr problematisch und mit seiner aufklärerischen Funktion kaum zu vereinbaren, so Peter W. Hogg, Proof of Facts in Constitutional Cases, University of Toronto Law Journal 26 (1976), S. 386 ff., 390 ff.

¹²⁰ Siehe S. 609. Auch im Urteil von 1981 hatten die Richter praktisch wie nach Beweislastregeln entschieden, indem sie aus dem Streit um eine Verfassungskonvention auf deren Nichtexistenz geschlossen hatten, Supreme Court (Anm. 2), S. 98 ff. Jedoch erschien dieser Schluß damals als Bestandteil der Konventionsdogmatik.

¹²¹ Vgl. Meyn, Constitutional Conventions (Anm. 6), S. 138: »Die constitutional conventions..., die fast ausschließlich aus dem tatsächlichen Verhalten der Staatsorgane ...

dung entfaltet sich die Normativität der Praxis hier allmählich über die zunehmende Verengung politischer Handlungsspielräume, um sich irgendwann ohne förmlichen Transformationsakt zu einer allgemein akzeptierten Norm zu verdichten. Der aus dieser fehlenden formalisierten Normgeltung¹²² häufig resultierende Disput über die Existenz und den Inhalt von Verfassungskonventionen widerlegt deshalb alleine nicht ihre Normeigenschaft, sondern ist nur eine unvermeidbare Begleiterscheinung dieser typischen Unschärfe¹²³.

Stellt man dem die Aussagen des Supreme Court zum konstitutiven Charakter von offiziellen Anerkenntniserklärungen entgegen, so wird deutlich, daß er in zweifacher Weise verändernd in diesen formlosen Prozeß eingreift: einmal, indem er dadurch die bislang von niemandem geforderte formalisierte Normgeltung von Verfassungskonventionen schafft; zum anderen, weil er mit demselben Argument Verfassungskonventionen auch für nicht existent erklären und damit eventuell einen tatsächlich weit fortgeschrittenen Normbildungsprozeß stoppen kann, indem er »Sand in sein stufenloses Getriebe streut«. Der Hinweis des Gerichts, daß ihm kein Beispiel einer Verfassungskonvention bekannt sei, die entstanden ist, "while remaining completely unspoken"¹²⁴, rechtfertigt dieses Vorgehen noch nicht, sondern allenfalls den Schluß, daß darüber hinaus Konventionen für Dritte eben nicht offenkundig sind. Daß die politischen Akteure dieselbe Formstrenge wie das Gericht praktizieren und ebenfalls nur die praktisch unstreitigen Konventionen respektieren, ist damit noch nicht bewiesen.

Ganz im Gegenteil scheinen die politischen Akteure gerade nicht davon auszugehen, daß das zunächst materiell-subjektive Element des Verbind-

erwachsen ..., entwickeln sich in einer weitgehend unvorhersehbaren schrittweisen Abfolge aus dem jeweils als zweckmäßig-vorbildhaft empfundenen ähnlichen Vorgang« (vgl. auch *ibid.*, S.50 ff.).

¹²² Siehe Meyn, *ibid.*, S.154.

¹²³ Vgl. das Zitat zu Anm. 127. Dieser stufenlose Prozeß der Konventionsbildung wird treffend von Stanley Baldwin in seiner Rede vor dem britischen Unterhaus im Jahr 1923 charakterisiert: "The historian can probably tell you perfectly clearly what the constitutional practice of the country was at any time period in the past, but it would be very difficult for a living writer to tell you at any given period in his lifetime what the constitution of the country is in all respects, and for this reason, that at almost any given moment of our lifetime, there may be one practice called 'Constitutional' which is falling into desuetude and there may be another practice which is creeping into use but which is not yet called 'Constitutional'". (Zitiert bei O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law* [6.Aufl.1978], S.108).

¹²⁴ Supreme Court (Anm.3), S.405.

lichkeitsbewußtseins zu einem rein formalen, vermeintlich objektiven Evidenzkriterium »erstarrt« ist. So ließen sich die oben zitierten Regierungsäußerungen¹²⁵, denenzufolge

“... the issue whether a particular convention exists or not is a purely political one.

The existence of a definite convention is always unclear and a matter of debate”, kaum erklären, wenn der Nachweis von Konventionen nur ein Problem der Auffindung von offiziellen Anerkenniserklärungen wäre. Erst recht wäre nicht verständlich, wieso Quebec die Existenz eines konventionellen exklusiven Vetorechts vertrat, ohne eine Anerkenniserklärung vorweisen zu können.

Dem entspricht die Literatur, soweit sie sich überhaupt konkret zur Evidenzproblematik äußert¹²⁶. Im folgenden seien nur die Ausführungen von Marshall und Moodie¹²⁷ zitiert:

“For a convention to exist and operate the actors must obviously be aware of it and, in particular, of its obligatory character... This awareness of obligation is a necessary characteristic of a convention, but it is a sure guide only if this obligation is felt very generally among those who work the constitution, i. e. among the authorities. Its absence may be conclusive, but not its presence. In and of itself it is not and cannot be a sufficient test: the actors may be divided in their opinions or they may be mistaken about their obligation... The test of awareness of ‘obligation’, in other words, cannot be invoked to settle any significant doubt or dispute, but at best only to demonstrate the existence of clearly established conventions when, by definition, there is no such dispute“.

¹²⁵ S. 599.

¹²⁶ Gar keine entsprechenden Hinweise geben Dicey (Anm.6) und Jennings (Anm.45). Auch die Äußerungen S. A. de Smith's, *Constitutional and Administrative Law* (4.Aufl.1981 hrsg. von Harry Street und Rodney Brazier), S.56, daß bei erheblichen Meinungsverschiedenheiten der politischen Akteure über den Inhalt oder gar die Existenz einer Verfassungskonvention ein Verbindlichkeitsbewußtsein in der Regel nicht festgestellt werden kann, lassen unbeantwortet, wie denn diese Meinungsverschiedenheiten festgestellt werden sollen. Wie hier äußern sich dagegen im Prinzip Brun/Tremblay (Anm.6): «Cette entente qui fonde la convention constitutionnelle peut être écrite, orale ou tacite... L'écrit ne fonde pas la convention constitutionnelle, il aide seulement à en constater l'existence. De même pour l'oral: une façon de faire cohérente, jumelée à une haute nécessité politique, suffit à prouver l'existence d'une entente qui lie», sowie Phillips (Anm.123), S.110: “A long series of precedents all pointing in the same direction is very good evidence of a convention, but this is not possible in the case of recent precedents”.

¹²⁷ Geoffrey Marshall/Graeme C. Moodie, *Some Problems of the Constitution* (5.Aufl.1971), S.28f.

2. Folgerungen aus der Widersprüchlichkeit

Als Folgerungen, die aus der Widersprüchlichkeit der Dogmatik des Supreme Court zur politischen Funktion von Verfassungskonventionen zu ziehen sind, bieten sich für die Zukunft drei Möglichkeiten an: entweder lehnt das Gericht die Entscheidung von Konventionsstreitigkeiten ab, oder es begründet den Widerspruch mit höherrangigen Verfassungsgesichtspunkten oder löst ihn durch Anpassung seiner Dogmatik an die politische Realität auf.

Die erste Möglichkeit ist meines Erachtens in gleichem Maße vorzugswürdig¹²⁸ wie unrealistisch. Für sie spricht, daß der Konventionsbildungsvorgang nach der Grundannahme des Gerichts ja ein Prozeß der Verfassungsschöpfung ist, aus dem es sich kraft verfassungsrechtlicher Stellung grundsätzlich herauszuhalten hat¹²⁹. Als unrealistisch erscheint sie aber deshalb, weil die jüngsten Präzedenzen praktisch irreversibel sind und auch die Regierungen, die die Kompetenz der Gerichte ursprünglich bestritten hatten, schließlich doch zur Sache verhandelt und sich vor allem später auf die Urteile berufen haben¹³⁰.

Die zweite Möglichkeit kann hier allenfalls als Frage angedeutet werden: Ist die judiziell-formale Konventionsdogmatik, ungeachtet ihrer unzureichenden Begründung durch den Supreme Court, eventuell ein Schritt in die richtige Richtung, der damit gerechtfertigt werden könnte, daß die sich zunehmend vom britischen Vorbild entfernende, verstärkt in kodifikatorischen Bahnen verlaufende, kanadische Verfassungsentwicklung keinen Raum mehr für formlose Verfassungsschöpfungen läßt? Kann also das nichtpositivistische, formlose britische Modell der Verfassungskonventionen im Rahmen einer durch Förmlichkeit geprägten, gesetzten Verfassung

¹²⁸ Siehe das Zitat unter Anm.59. Dem entspricht zum Teil die ältere Literatur, vgl. A. Berriedale Keith, *The Governments of the British Empire* (1939), S.6 ("... conventions... of which the law courts can take no notice..."), und H. McD. Clorie, *Judicial Review, Federalism, and the Canadian Constitution*, *The Canadian Journal of Economics and Political Science* 1942, S.537ff., 544 ("... conventions and usages of the constitution should be applied and construed by the politicians who have to work them and that this should be so without any interference by the courts"). Dicey (Anm.6), der verschiedentlich ausführte, daß Konventionen "are not enforced or recognized by the courts" (vgl. etwa *ibid.*, S.417), läßt sich nicht eindeutig diesen Autoren zuordnen, da der Zusammenhang es möglich erscheinen läßt, er habe hiermit nur gemeint "not recognized as law", aber nicht auch "not recognized as existing" (so die Deutung von Munro [Anm.45], S.229ff.).

¹²⁹ Siehe zum Problem mit weiteren Hinweisen Brandt (Anm.2), S.108ff., McWhinney, *Canada and the Constitution* (Anm.1), S.84, und Kay (Anm.2).

¹³⁰ Siehe oben S.604.

vielleicht nur in der formalen Verengung akzeptiert werden, wie sie der Supreme Court im Ergebnis vorgenommen hat? Läßt sich aber andererseits auf diesem Wege der Konventionsbegriff als nicht rechtliche Verfassungskategorie auf die Dauer überhaupt noch halten, oder ist die Dichotomie zwischen Recht und Konventionen schließlich nicht doch aufzugeben und die durch formale Kriterien als eindeutig verbindlich herausgesiebte Praxis auf lange Sicht als Recht zu akzeptieren¹³¹? Alle diese Fragen zeigen, daß der Supreme Court, wenn er seine Dogmatik rechtstheoretisch wirklich überzeugend begründen will, die Frage nach der Natur des kanadischen Verfassungsrechts doch differenzierter stellen und gründlicher beantworten muß.

Die dritte Möglichkeit besteht darin an der Dichotomie festhaltend, die Kriterien zur Feststellung von Verfassungskonventionen deren politischen Besonderheiten anzupassen und nicht aus einer "political orange" einen "judicial apple" zu machen, um es mit Richter Hall vom Manitoba Court of Appeal¹³² einmal salopp auszudrücken. Wichtigster Ausdruck dieses Prinzips ist eine Absage an eine formalisierte Normgeltung von Konventionen. Offizielle Erklärungen zuständiger Regierungsorgane dürfen im Ergebnis nicht zu einem konstitutiven Transformationsakt zur Inkraftsetzung von Konventionen »hochstilisiert« werden. Nur wo sie eindeutig das Verbindlichkeitsbewußtsein der Beteiligten erkennen lassen oder widerlegen, mögen sie als entscheidendes Evidenzkriterium für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Verfassungskonvention herangezogen werden. Im übrigen ist die Praxis selbst normativ zu gewichten, d. h. im einzelnen daraufhin zu untersuchen, ob sich ihr implizit ein Verbindlichkeitsbewußtsein der Akteure entnehmen läßt. Anhaltspunkte bieten die Umstände des Einzelfalls und die in der jeweiligen Situation zum Ausdruck kommenden politischen Prinzipien, auf die sich zumindest eine Seite beruft oder offensichtlich stützt¹³³. Ist am Ende einer solchen Untersuchung keine sichere Feststellung in die eine oder andere Richtung möglich, müßte das Gericht darauf hinweisen und jegliche Feststellung ablehnen. Das schließt selbstverständlich den Verzicht auf eine Entscheidung nach Beweislast ein.

¹³¹ Dies prognostiziert vor allem Lederman (Anm.2), S.540.

¹³² Anm.21, S.30 (*dissenting opinion*).

¹³³ Vgl. auch Marshall/Moodie (Anm.127), S.31.

3. Prüfungsgesichtspunkte für das Verfassungsbegehren Quebec's

Wie diese letzte Variante konkret durchzuführen wäre, sei am Beispiel des Verfassungsbegehrens Quebec's angedeutet. Geht man über eine formale Registrierung der bisherigen Verfassungsänderungspraxis hinaus, wird man zunächst feststellen, daß Quebec sehr wohl eine Sonderstellung eingenommen hat¹³⁴: So trat der 1962 ohne Quebec vereinbarte Constitution Act 1964 erst in Kraft, als die Provinz zwei Jahre später ihre Einwilligung gegeben hatte. Umgekehrt bewirkte allein ihr Widerstand, daß die Verfassungsänderungsbestimmungen von 1964 (Fulton-Favreau-Formel) nie Gesetz wurden. Auch die Änderungsformel von 1971 (Victoria Charter) scheiterte praktisch an ihrem Veto. Die beiden letztgenannten Fälle sind ferner nach dem Inhalt der Bestimmungen zu gewichten. Beide garantierten Quebec ein Vetorecht: die Fulton-Favreau-Formel über das Einstimmigkeitsprinzip, die Victoria-Formel, wie schließlich auch die späteren Verfassungsentwürfe bis November 1981, über ein besonderes Vetorecht für Ontario und Quebec. Allein die Einwilligung Quebec's in die Ersetzung dieses Sonderstatus durch ein allgemeines *opting-out*-Recht vom 16. April 1981¹³⁵ deutete zunächst eine Wende an. Da die von Quebec erhobenen Bedingungen aber nicht erfüllt wurden und die Provinz dem Verfassungskompromiß vom 5. November schließlich auch nicht beitrug, wird man diese Einwilligung aber kaum als einen Verzicht interpretieren können, wenn sie auch die politische Stellung Quebec's geschwächt hat. Denn zum ersten Mal hatte sie Kompromißbereitschaft in einer Position angezeigt, die seit der *révolution tranquille* als unaufgebbare galt¹³⁶.

Neben diesen Präzedenzen, die im einzelnen sicherlich genauer zu untersuchen sind, ist auf die Frage einzugehen, inwieweit sie eventuell Ausdruck der von Quebec behaupteten *dualité canadienne* sind. Hierzu sind nicht nur die, einen begrenzten Sonderstatus Quebec's ausdrückenden, Bestimmungen der Verfassung und anderer Gesetze heranzuziehen¹³⁷, sondern auch zu prüfen, inwieweit die These der *dualité canadienne* und daraus abgeleitete Konsequenzen politisch akzeptiert werden, gegebenenfalls unter Beschränkung auf einige, im vorliegenden Fall besonders wichtige Bereiche (Sprache, Kultur!). Diese Grundprobleme bei der

¹³⁴ Siehe zum folgenden die Ausführungen Quebec's im Supreme Court Urteil (Anm.3), S.394f., und Philip (Anm.5).

¹³⁵ Siehe Text zu Anm.15 und 92.

¹³⁶ Vgl. Anm.99, letzter Satz!

¹³⁷ Siehe Anm.101.

Bewertung der Praxis unerörtert zu lassen, wie es der Supreme Court getan hat, läuft meines Erachtens darauf hinaus, sich gegenüber etwaigen normativen Elementen der Praxis zu verschließen.

Das Ergebnis einer solchen Untersuchung kann hier nicht vorausgesagt werden, vor allem nicht, ob sich mit ihr ein Vetorecht Quebec's nachweisen läßt. Eines scheinen die wenigen Hinweise aber doch angedeutet zu haben: Die bisherige Respektierung eines faktischen Vetorechts Quebec's durch die Regierungen des Bundes und der Provinzen dürfte sich kaum als bloße Opportunität abtun lassen, die jederzeit aufgegeben werden kann. Hier scheint sich doch über Jahrzehnte ein Modell herausgebildet zu haben, das allgemein wünschenswert oder zumindest akzeptabel war, mit anderen Worten, ein auf eine entsprechende Verfassungskonvention hinauslaufender normativer Prozeß. Jene allein wegen fehlender oder, genauer gesagt, nicht nachgewiesener offizieller Anerkennniserklärungen für nicht existent zu erklären, ist nicht nur ein durch die Fakten nicht gedeckter Schluß, sondern vor allem ein bedenklicher Eingriff eines Gerichts in den politischen Vorgang der Herausbildung von Konventionen. Es ist Ausdruck der in seiner Konventionsdogmatik angelegten grundsätzlichen Widersprüchlichkeit der Entscheidung des Supreme Court, daß er dies im Prinzip nicht wollte¹³⁸, aber im Ergebnis getan hat.

VI. Politischer Ausblick

Was die *quérelle québécoise* anbelangt, so zeigt auch die jüngste Entwicklung, welche Autorität die in der Sache rechtlich unverbindlichen Konventionsentscheidungen des Supreme Court besitzen. Sie werden als Feststellung der geltenden Verfassungslage respektiert. So mußte der Quebecer Premier Minister Lévesque in einem, für ihn sicherlich bitteren, Schreiben vom 17. Dezember 1982¹³⁹ Premier Minister Trudeau förmlich ersuchen, einen Entwurf zur Änderung des gerade in Kraft getretenen Constitution Act, 1982 ins Parlament einzubringen, der Quebec in Zukunft u. a. ein Vetorecht oder zumindest ein Rücktrittsrecht mit vollem Finanzausgleich für alle Verfassungsänderungen garantieren würde¹⁴⁰.

¹³⁸ Siehe Text zu Anm. 86.

¹³⁹ Siehe den Wortlaut des Schreibens in der Montrealer Zeitung «Le Devoir», 18.12.1982, S.17.

¹⁴⁰ Daneben forderte er, daß Quebec von den Schulsprachengrundrechten der sec.23 Constitution Act, 1982 im vollen Umfang ausgenommen wird (vgl. jetzt sec.59), was insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung des Superior Court of Quebec vom 8.9.1982 zu verstehen ist, die die berühmte Quebecer «Charte de la langue française» vom

Premier Minister Trudeau sagte in seiner Antwort vom 29. Dezember 1982¹⁴¹ zu, sich für ein Vetorecht Quebec's, nicht aber ein Rücktrittsrecht¹⁴², einzusetzen, unter der Bedingung, daß Quebec wieder an den Verfassungskonferenzen des Bundes und der Provinzen teilnimmt¹⁴³, auf denen allein diese Frage behandelt werden könne. Im übrigen müsse gewährleistet sein, daß Quebec nach entsprechender Verfassungsänderung den Verfassungsakt von 1982 dann auch förmlich – als letzte aller Provinzen – akzeptiert¹⁴⁴.

Gegenwärtig sind die Aussichten, daß die Provinzen Premier Minister Trudeau in dieser Haltung folgen, eher als gering einzuschätzen. Drei von ihnen haben bereits ihren Widerstand gegen eine Wiederbelebung einer allgemeinen Vetoklausel für Quebec angekündigt¹⁴⁵. Allein die ebenfalls eine starke französische Minderheit aufweisende Provinz New Brunswick hat sich zu Neuverhandlungen einer Änderungsformel bereit erklärt¹⁴⁶. Wenn überhaupt, so dürfte aber nur eine Verbesserung des Quebecer Status im Hinblick auf seine kulturelle und sprachliche Sonderstellung erreichbar sein¹⁴⁷, während der darüber hinausgehende Traum von einem umfassenden exklusiven Vetorecht Quebec's nach dem Urteil vom 6. Dezember 1982 ausgeträumt zu sein scheint¹⁴⁸.

26.8.1977 ("Bill 101") z.T. wegen Verstoßes gegen sec. 23 Constitution Act, 1982 für verfassungswidrig erklärt hat, *Quebec Association of Protestant School Boards et al. vs. Attorney General of Quebec et al.*, (No.1) (1983) 140 D.L.R. (3d), S.19ff.

¹⁴¹ Siehe den Wortlaut des Schreibens in *Le Devoir*, 30.12.1982, S.12.

¹⁴² Ein unbegrenztes Rücktrittsrecht mit vollem Finanzausgleich für alle Fälle lehnte Trudeau mit Recht als »Balkanisierung« der Föderation ab, *Le Devoir*, *ibid.*

¹⁴³ Seit seiner Isolierung durch den Verfassungskompromiß vom 5.11.1981 hatte Quebec an ihnen nur noch als Beobachter teilgenommen.

¹⁴⁴ Auf der Verfassungskonferenz vom 15./16.3.1983, die den Rechten der kanadischen Urbevölkerung (Indianer, Eskimos) galt, wurde das Quebecer Anliegen nicht behandelt. An ihr hatte die französischsprachige Provinz zwar wieder teilgenommen, um ihre Sympathie mit einer anderen Minderheit in Kanada zu demonstrieren und die in Quebec wohnende Urbevölkerung nicht zu brüskieren. Sie lehnte aber die Unterzeichnung eines Verfassungsänderungsentwurfs zugunsten der Urbevölkerung ab, um damit nicht den Constitution Act, 1982, anzuerkennen. Siehe *Le Devoir*, 17.3.1983, S.1, 8.

¹⁴⁵ Alberta, Nova Scotia und Ontario, vgl. *Le Devoir*, 10.1.1983, S.10.

¹⁴⁶ *Le Devoir*, *ibid.*, allerdings unter Ausschluß eines »finanzierten« Rücktrittsrechts, siehe *Le Devoir*, 2.3.1983, S.3.

¹⁴⁷ Eine vorsichtige Bereitschaft in diese Richtung ließ mittlerweile die Provinz Ontario erkennen, siehe die Reaktion hierauf durch den Quebecer Minister für intergouvernementale Angelegenheiten Jacques-Yvan Morin, *Le Devoir*, 5.2.1983, S.17. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß Quebec insofern schon teilweise geschützt ist, vgl. neben sec.40 vor allem sec.43 des Constitution Act, 1982.

¹⁴⁸ »Le Québec n'est qu'une province comme les autres«, so die nüchterne Grundthese Morin's auf einem vielbeachteten Verfassungskolloquium der Universität Laval in Quebec

Summary*

The Dispute concerning the Patriation of the Canadian Constitution between Politics and Constitutional Theory

Remarks upon the Theoretical and Political Significance in Constitutional Law of the Judgments of the Supreme Court of 28 September 1981 and 6 December 1982

Occasion for this article was the Supreme Court judgment of 6 December 1982 (cf. note 3) which denied the French-speaking province of Quebec a conventional veto right over constitutional amendments affecting its constitutional status, in particular its legislative authority, as was effected by the patriation of the Canadian Constitution in 1982. This judgment clarifies and further develops the theoretical framework of the so-called constitutional conventions (constitutional practice that has become politically binding) laid down by the same Court on 28 September 1981 (cf. note 2 and the literature cited there).

The author primarily analyses and criticises the legal reasoning of the two judgments from a theoretical point of view. Thus the facts and political circumstances underlying the judgment are mentioned to clarify the decisions and illustrate their political consequences, but not as potential sources of judicial authority within the context of a common law system. This procedure seems to be justified by the judgments themselves, for their reasoning is largely of a highly abstract theoretical character and thus purports to possess general validity beyond the decided cases.

According to the author, the theoretical framework in the first judgment seems to be determined by the different opinions among the nine judges as to the nature and the concept of Canadian constitutional law (positivistic or more sociological legal theory) and the nature of Canadian federalism (decentralised or more unitarian concept). Tending not only to a positivistic view but also to a decentralised concept of federalism, the majority handed down a rather inconsistent decision: on the one hand, it accepted that the previous practice of obtaining provincial consent for the type of amendments in question constitutes a binding constitutional convention, an established rule of the constitution. But on the other, it denied this rule

(«La loi constitutionnelle de 1982: un an après») am 25. und 26.3.1983, vgl. *Le Devoir*, 26.3.1983, S.5. Siehe zum Inhalt des Kolloquiums die Aufsätze seiner Referenten in *Le Devoir*, 2.6.1983, S.13-19, für die hier interessierenden Zusammenhänge vor allem die Beiträge von Gil Rémillard, Jacques-Yvan Morin, André Tremblay, Gérard Bergeron, Jean-Louis Roy und D. A. Soberman.

* Summary by the author.

any legal significance, so that the patriation procedure, although unconstitutional in a conventional sense, was declared not to infringe strict law (ch. II of the article).

With the second judgment, the dissenting judges of the first opinion seem to have complied with the theoretical outline of the then majority. Beyond that, this unanimous decision is a further development in that the Court now has clarified that (with an insignificant exception) it will not recognise any constitutional convention unless explicit acceptance of the political actors concerned has been proven and that in the absence of such formal declarations of acceptance it would declare the alleged convention to be non-existent (ch. IV of the article).

The author criticises the judgments as being in part insufficiently founded and inconsistent in their reasoning and as representing a dubious interference of the judiciary in the political process of shaping constitutional conventions. As far as the first point is concerned, the author fails to find any thorough deliberation as to the nature of Canadian constitutional law, in particular the possibility of the existence of customary constitutional law, and the fact that the Court has based its legal reasoning mainly upon the questionable nature of a non-legal phenomenon. As to the second point, the author holds that according to its basic thesis of the non-legal character of constitutional conventions, the Court should properly have refused to answer the questions. But in deciding otherwise, it should at least have adapted its legal methodology to the factual process of shaping constitutional conventions which is marked by the formlessness of the development and validity of conventional rules. Accordingly, formal declarations of acceptance might never be treated as the decisive test unless they unambiguously indicate the existence or the lack of an *opinio constitutionis*. In all other cases, practice itself should be carefully examined as to whether it reveals the necessary *opinio constitutionis* of the political actors. If indisputable determination cannot be obtained, the Court should refuse any further statement. In no case do mere formal declarations of recognition constitute such indispensable acts of transformation, without which no constitutional convention can be enforced (ch. V of the article).

As far as the political consequences are concerned, the judgment of 1982 has practically deprived Quebec of the political basis to assert in future a legal or at least conventional right of veto, however founded such assertions may have been. Its latest efforts to "get it back" by way of amending the newly patriated constitution seem to promise no success (ch. VI of the article).