

Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: 2e Ed.

By DAVID C. McDONALD.

Toronto: Carswell. 1989. Pp. lviii, 780. (\$110.00)

Compte rendu de Patrice Garant*

Les juristes et praticiens anglophones connaissent bien l'ouvrage du juge David McDonald sur la Charte. C'est sûrement moins le cas chez les francophones. Il s'agit d'un précis de 733 pages de texte sur l'interprétation des "legal rights", c'est-à-dire des droits consacrés et protégés par les articles 7 à 14 de la Charte; forcément le texte comprend des considérations sur les articles 1, 24 et 32.

L'ouvrage offre une présentation claire de l'état du droit en vingt-neuf chapitres. Il s'agit d'une analyse exégétique des dispositions de la Charte à l'aide de la jurisprudence dominante, abondamment citée, souvent en larges extraits. L'ouvrage semble vouloir être une présentation strictement objective car l'auteur ne conclut jamais ni ne se livre à l'expression d'opinions.

L'analyse réfère à l'occasion à des "extra-judicial writings" mais surtout à titre bibliographique. En annexe, sont également publiés des extraits d'auteurs américains.¹

Le sous-titre de l'ouvrage lors de la première édition, était "A Manual of Issues and Sources". L'auteur a laissé tomber cette périphrase, mais il s'agit tout de même toujours d'un manuel d'initiation au Droit de la Charte, ayant pour objet ce que le juge Lamer a appelé les "essentials elements of a system for the administration of justice".²

Je dis bien manuel d'initiation parce que sur plusieurs des questions traitées le lecteur n'a pas suffisamment de matière pour construire une argumentation poussée. Toutefois, on lui découvre des pistes nombreuses.

Le chapitre le plus étayé me semble être celui consacré à l'article 8 de la Charte.³ Il s'agit d'une étude assez élaborée de la question des perquisitions et saisies inconstitutionnelles, avec des comparaisons avec le droit américain. Cela n'est pas inutile car il s'agit d'un des chapitres où notre jurisprudence a emboîté le pas, les yeux fermés ou presque, dans

* Patrice Garant, de la Faculté de droit, Université Laval, Ste-Foy, Québec.

¹ E.V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review* (p. 747); H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* (p. 748); E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (p. 749); A. Cox, *Constitutionalism and Politicization* (p. 751).

² Reference re s. 94(2) of *Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503.

³ Pp. 227 à 320.

les sentiers américains du "right of privacy". Dworkin a déjà qualifié la jurisprudence américaine de véritable "mess":⁴ on peut en dire autant de notre jurisprudence.

Le chapitre consacré à l'article 10b de la Charte (droit à l'avocat) est moins élaboré.⁵ Ce chapitre est d'ailleurs assez caractéristique de la méthode analytique de l'auteur. Presque tous les développements commencent par la même périphrase: "in R. v. X. . . .". Ainsi les résumés d'arrêts ou d'énoncés par tel ou tel juge se succèdent pour donner une vue d'ensemble de l'explicitation des exigences de la Charte.

Par ailleurs, l'index permettra de repérer des filons intéressants. On sait par exemple que, de nos jours, nombreuses sont les affaires impliquant les droits des prisonniers face à la Charte (discipline, libération conditionnelle, transfèrement, etc.); en consultant l'index, on repère des développements sur la question aux pages 181 à 185, 255-297, 449-450, 570 à 575, ce qui n'est pas négligeable. S'agissant de types de procédures qui ne violent pas les principes de justice fondamentale de l'article 7, l'auteur en cite une bonne trentaine, jurisprudence à l'appui.⁶

L'apport considérable du droit américain en fait par ailleurs presqu'un manuel de droit constitutionnel comparé; des références au droit de la convention européenne des droits de l'homme renforcent ce caractère comparatiste.

Il n'est pas question ici de recenser la représentation de l'état du droit qu'en fait l'auteur car il y a vraiment peu d'énoncés de synthèse. À chacune des questions qu'il pose, l'auteur répond en citant tel ou tel juge de la Cour suprême, d'une cour d'appel et même d'une cour supérieure. Au lecteur d'apprécier si tel ou tel énoncé représente l'état dominant du droit. Doit-il en conclure que tel énoncé fait jurisprudence, qu'il ne fait l'objet d'aucune controverse . . . ?

Il arrive que l'auteur parte d'une prise de position d'un auteur de doctrine⁷ et se demande dans quelle mesure la jurisprudence a suivi ou non cette prise de position. Cet aspect de l'ouvrage est fort instructif évidemment.

Ce qui manque à cet ouvrage c'est un tantinet de dimension critique. Tout repose sur le dogme de l'infâillibilité judiciaire. Tout prononcé judiciaire a valeur dogmatique. Toutefois, il arrive que nos savants juges eux-mêmes nagent dans la confusion. L'auteur en donne une bonne illustration à propos de ce qu'il appelle "the distillation of the *Oakes* tests", dans l'arrêt

⁴ R.B. Dworkin, Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering (1972-73), 48 Ind. L.J. 329, à la p. 329.

⁵ Pp. 344 à 399.

⁶ Pp. 199 à 205.

⁷ Prof. Bender, p. 93; prof. Greschner, p. 95; prof. Chevrette, p. 23; M. Chassé, p. 246; prof. Jacobs, p. 537.

Morgentaler notamment.⁸ On peut également déplorer le peu de développements consacrés à la réception des tests *Oakes* dans la jurisprudence postérieure à 1985.

Le fait que l'auteur soit juge d'une cour supérieure le limite considérablement dans l'expression de critiques à l'égard de la jurisprudence qu'il est susceptible d'appliquer ou de distinguer, un jour ou l'autre, dans l'exercice de ses fonctions. On parle beaucoup de la liberté d'expression des juges hors l'exercice de leurs fonctions. Même si la cour d'appel du Québec aura à se prononcer bientôt sur la validité constitutionnelle de l'obligation de réserve prescrite par le code de déontologie de la magistrature (affaire *Ruffo* au Québec) il reste qu'à mon avis si un magistrat s'avise de faire œuvre de doctrine, il ne devrait pas le faire à moitié. Il n'aura qu'à se réuser si un jour ou l'autre les parties trouvent qu'il est préjugé sur telle ou telle question.

L'ouvrage de David McDonald est un instrument de travail fort utile à tous ceux qui ont à connaître et appliquer la Charte. Il donne vraiment l'essentiel, avec beaucoup de clarté. L'index de l'ouvrage est bien fait. Une table de la doctrine citée aurait été fort appréciée: néanmoins au début de chaque chapitre on retrouve des indications bibliographiques.

L'auteur cite relativement peu de jurisprudence ou de doctrine provenant du Canada francophone, si l'on compare avec l'importance de ses références américaines. Néanmoins, il reste que l'ouvrage constitue un remarquable pas en avant dans l'ouverture au monde juridique francophone. Le mur du séparatisme culturel juridique dénoncé par le juge Deschênes commencerait-il à se fissurer?

* * *

State and Salvation:

The Jehovah's Witnesses and their Fight for Civil Rights.

By WILLIAM KAPLAN.

Toronto: University of Toronto Press. 1989. Pp. xii, 340. (\$35.00)

Reviewed by M.H. Ogilvie*

One repeatedly proven means of assessing the real measure of religious toleration in any society is that of challenging directly the religious beliefs of one or more groups, especially the statistically predominant groups; or, as in the case of the Jehovah's Witnesses, all other religious groups in society. Since the early 1930s, when the Jehovah's Witnesses emerged from the American South and Midwest to witness worldwide for "Jehovah",

⁸ Pp. 80 à 82.

* M.H. Ogilvie, of the Department of Law, Carleton University, Ottawa, Ontario.

their experience has been much the same, whether in the United States, Australia, Great Britain, Canada, the Soviet Union or Nazi Germany. A sect which preached intolerance and made virulent attacks on a wide variety of Christian denominations and other "great world religions", but most especially on Roman Catholicism, was rewarded (as perhaps it sought to be) with intolerance, prosecution and persecution. The story, recounted so ably and so compellingly by Professor William Kaplan in *State and Salvation: The Jehovah's Witnesses and their Fight for Civil Rights*, is the story of Canada's response to their challenge.

The Jehovah's Witnesses in Canada directly challenged a society which was almost entirely Christian by expressly disavowing certain fundamental Christian doctrines, including the doctrine of the Trinity, the divinity of Christ and the sacramental theology associated with baptism and communion. Nor do the Witnesses have a recognizably Christian doctrine of church government or of ministry. Not surprisingly, they have been regarded by the historic Christian denominations as an heretical sect, therefore a subversive challenge to society. When Canadian society felt threatened, as it did in the 1930s by the seeming advance of the Communist International, or in the 1940s by the perceived threat to Western Christian civilization of Nazi Germany, it was predictable that those who undermined the values of that society, including the Witnesses, should be subjected to stricter control by the state.

Professor Kaplan tells that story for the first time. In so doing he has undertaken extensive research into primary historical sources not otherwise available or discussed previously in print. These include the records of the Jehovah's Witnesses themselves, and of one of their early lawyers, J.L. Cohen; materials obtained under the Access to Information Act in Canada and the Freedom of Information Act in the United States; and material from such sources as the Department of Justice, the Ontario Ministry of the Attorney-General and the Royal Canadian Mounted Police.

The author traces the story of Canada's response to the Witnesses from the mid 1930s, when they first began to proselytize in this country, to the mid 1950s, when their legal battles had finally secured their recognition. Proselytization is the fundamental and most important religious duty of Witnesses, and for them the only means of salvation. Their aggressiveness was, therefore, deliberate, as was their message, intolerantly declaring the falsities of all other religions, but saving their most vindictive and virulent words for Roman Catholicism.

With the outbreak of the Second World War, Witnesses as well as certain other groups, including Communist Party members, were regarded as sufficiently serious threats to national unity and security to merit being declared illegal and seditious. The demand for the illegalization of Jehovah's Witnesses came primarily from the Roman Catholic hierarchy, especially in Quebec, and from several provincial governments, and the R.C.M.P.,

which had had them under surveillance as a potentially seditious group for several years. Professor Kaplan shows how Prime Minister Mackenzie King accepted reluctantly the need for declaring Jehovah's Witnesses to be illegal as a *quid pro quo* for national unity, especially over conscription in Quebec. The pivotal role played by his Quebec lieutenant, Ernest Lapointe, and later by Lapointe's successor, Louis St. Laurent, is revealed. Essentially, Lapointe promised the support of the Roman Catholic Church in exchange for the illegalization of the Witnesses, support which ensured the success of conscription in Quebec.

The small band of Witnesses in Canada on 4 July 1940, when the ban on their activities came into effect, organized resistance from the start. Proselytizing continued, and support from sympathetic individuals and groups, especially some Protestant churches and civil libertarians, was canvassed, with the ultimate result four years later of the lifting of the ban on Witness activities. Two major points of confrontation with the state are closely analyzed during this period: first, the difficulties encountered by Witness children who refused to participate in patriotic school exercises on the ground that these were idolatrous exercises mandated by an earthly government to whom the Witnesses owed no obedience; and, secondly, the refusal of Witness men to fight or even to participate in medical corps or various labouring projects on the grounds not only of refusal to serve an earthly power but also because all male Witnesses regarded themselves as "ministers"—a claim not recognized by the courts—and therefore exempt from service. Professor Kaplan demonstrates throughout the narrative of these issues and the resulting litigation the chasm of incomprehension between the courts and the armed forces on the one hand and the obdurate, religious fanaticism of the Witnesses on the other. Neither side understood nor conceded the other's claims.

Finally, Professor Kaplan examines the continued harassment of the Witnesses in Quebec by the Duplessis government after the War, and the famous trilogy of *Boucher v. R.*,¹ *Saumur v. The City of Quebec*² and *Roncarelli v. Duplessis*,³ in which the Supreme Court of Canada established the pre-Charter framework for the protection of religious freedom in Canada. Throughout, the narrative is illuminated by discussion of parallel developments in the United States, Great Britain and Australia, where Witnesses were similarly subjected to state regulation to a greater or lesser extent. This comparative aspect is one of the more attractive features of the volume.

Professor Kaplan deserves the highest praise for his primary archival researches. *State and Salvation* tells the Witness story in a scholarly fashion

¹ [1951] S.C.R. 265.

² [1953] 2 S.C.R. 299.

³ [1959] S.C.R. 121.

for the first time. Professor Kaplan also deserves the highest praise for his skills as a narrative historian. He tells a good story. *State and Salvation* is the sort of book one reads at a sitting and then immediately reads again.

However, for a work of legal history, Professor Kaplan's book is curiously ahistorical. The reason appears to be the fundamental assumption on which it rests, that is, that the Jehovah's Witnesses are the primary creators of religious toleration in Canada today. That is a highly questionable assumption. Professor Kaplan's case study is of one aspect only of the evolution of religious toleration in Canada. Courts only protect those values which the "political nation" wishes to protect. The reasons why the Supreme Court of Canada upheld the Witnesses' claim in the 1950s merely exemplify the reasons for and evolution of religious toleration in Canada. The Witnesses simply happened to have tested those assumptions and invited the courts to state them publicly. Yet Professor Kaplan does not consider these assumptions at all, nor, judging from his footnotes, does he seem to be familiar with the large literature produced by ecclesiastical historians and social scientists which traces and attempts to explain the evolution of religious toleration since the Reformation, and especially since the mid-nineteenth century.

Indeed, Professor Kaplan does not consider the crucial question of the historical context in Canada. Although one of the most valuable aspects of his study is in showing the role of the Roman Catholic Church in Quebec in banning the Witnesses, he does not ask why this might be the case. Why Quebec? Why the Roman Catholic Church in Quebec? The answer must be, paradoxically, because of the lag behind the rest of the country experienced by that province in the mid-century in relation to such factors as industrialization, urbanization, secularization and the non-impact of liberalism and ecumenical theology on the church. Ironically, the geographical origin of the Jehovah's Witnesses was similarly a backwater from the main forces of the modern world, if an extreme Protestant one in contrast. The main protagonists in Professor Kaplan's story represent two reactionary forces from the extremes of Catholicism and Protestantism, each asserting an identical view about the proper role of religious belief in earthly life. The Witnesses were not fighting for religious toleration as Professor Kaplan asserts, rather for religious intolerance. It was the political nation and the courts which expressed liberal views about religious freedom because, having experienced modernization, they no longer believed.

Perhaps the reason for Professor Kaplan's failure to write a work of legal history is that he has been blinded by the liberal civil libertarians' view that religious toleration is possible and entirely desirable. From a civil libertarian perspective *State and Salvation* is an outstanding book. From a religious perspective, it fails. It fails to explain why the Witnesses were intolerant. It fails to explain why they were received in Canada and other Western countries with intolerance. Nor does it understand the genuine fears of totalitarianism in Western countries in the mid-century and why

Western states responded as they did to such seemingly insignificant—to late twentieth civil libertarian minds—conduct such as refusal to salute a flag or sing a national anthem. The story is too “presentist” in its political orientation.

The collision of values, especially religious values, is the underlying theme of State and Salvation. The historical record recounted by Professor Kaplan demonstrates the fundamental question for a society which decides to tolerate all: is toleration for all religions on a substantially equal legal footing possible if a society is to enjoy the moral cohesiveness required to achieve collective goals, especially in difficult times of war or economic depression? How much religious diversity can one society accommodate comfortably?

State and Salvation, then, is not what its author conceives it to be. It is not about bright and shining crusaders for religious justice for all. Liberal civil libertarians are badly mistaken in regarding Jehovah's Witnesses as heroic in this respect. Rather, the dark and brooding theme of “their fight for civil rights” is the potential for social disunity and threat to social cohesiveness posed by religious groups which pit themselves against the society which sustains them. In contrast to the historic Christian denominations and many of the other world religions, the Jehovah's Witnesses have no coherent theology of the nature of life in society or of the role of the state as a divine ordinance. Not surprisingly they were viewed as a potentially seditious group. The civil libertarian who entertains a naive belief in religious toleration for all should be deeply troubled by the tale told by Professor Kaplan, not cheered.

The lessons of history are many—and contradictory. Disagreement with the lessons drawn by Professor Kaplan does not substantially detract from my praise for his book. State and Salvation is based on outstanding detective skills in ferreting out a treasury of hitherto unknown factual information. It is extremely well written and recounts a story which should be read by all.

* * *

Native Law.

By JACK WOODWARD.

Toronto: Carswell. 1990. Pp. lxvi, 626. (\$115.00 looseleaf)
(\$55.00 paperback)

Reviewed by Hamar Foster*

In the acknowledgements at the front of this book, the author expresses his debt to his clients, noting that it has often been said that lawyers learn the law at their expense. If this is true, the best thing that a reviewer can say is that lawyers practicing native law should be very grateful to Mr. Woodward's clients: they have served him, and us, well. As Bryan Williams, Q.C., put it in an issue of the *National*: "At last, *the book on natives and the law*!"

Native Law covers all the major aspects of this subject, from aboriginal title to wills and estates. Along the way there are chapters on legal recognition of natives and native groups; the constitutional background to native law; federal and provincial powers and responsibilities; aboriginal rights and customary law; citizenship and civil rights; band government; the management and development of Indian land; taxation, children and family law; practice matters; treaties, penal law; federal services; and—as they say in the televised record and cassette advertisements—much, much more. In short, it is a comprehensive practitioner's text that will clearly become the starting point for most legal research in the area for years to come.

It is true that those seeking primarily historical and contextual information may be disappointed, and in that sense it is not "the" book, if such a book is even possible. But the author in no way purports to have undertaken this sort of task, and therefore cannot be faulted for not having done so. In any event, that particular market is being serviced by others, most recently by Richard H. Bartlett's *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland. A Study in Law and History*.² Not only is there an increasing number of such studies,³ but an especially valuable one has just been published here in British Columbia: Paul Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British*

* Hamar Foster, of the Faculty of Law, University of Victoria, Victoria, British Columbia.

¹ July 1990 issue.

² (Saskatoon, 1990).

³ For example, Alan D. McMillan, *Native Peoples and Cultures of Canada* (1988), J.R. Miller, *Skyscrapers Hide the Heavens: A History of Indian-White Relations in Canada* (1989), Robin Fisher and Kenneth Coates (eds.), *Out of the Background: Readings on Canadian Native History* (1988). A fascinating recent doctrinal study is Kent McNeil's *Common Law Aboriginal Title* (1989).

Columbia, 1849-1989.⁴ To criticize Woodward for not writing Bartlett's or Tennant's book would be as silly as criticizing them for not writing his. Besides, Native Law is quite long enough already.

The book's virtues are practical as well as intellectual. It comes in hardcover for bibliophiles, softcover for students and others without tax deductions, and loose-leaf for ease of updating. It includes seventeen appendices, which range from the historical (the Royal Proclamation of 1763) and political (the Indian Band Election Regulations), to the practical (The Indian Reserve Waste Disposal Regulations), and even the puzzling (the Places of Amusement Regulations, which are somewhat mysteriously described as having been revoked two years ago). Especially helpful is the chart in the final chapter, which lists, by province and territory, every Indian band in Canada.⁵ The chart also gives information about band size; whether the band or its lands have been exempted under section 4(2) of the Indian Act; whether the band has been permitted to control its revenue moneys under section 69 of the Act; whether it has passed by-laws under section 81; whether the band council is elected or custom; etc. Obviously, this makes a large body of basic but hitherto scattered or at least relatively inaccessible information readily available, and, for the practitioner, makes the updatable looseleaf version a must.

The book is also easy to use. The somewhat staccato—if not quite “Denningesque”⁶ style—plus the repeated references to the same topic or source of law in different contexts, may occasionally feel a little abrupt; but it adds tremendously to Native Law’s value as a reference work. So do the detailed table of contents, and the tables of cases, statutes, articles, books and reports that immediately follow. The index appears to be both comprehensive and precise.

The author has tried to make native law more accessible to lay persons as well as lawyers, and here his success is, understandably, less complete.⁷ On many subjects he has managed to translate the issues quite admirably, but the complex new rules governing status and band membership (a formidable challenge to practitioners, never mind others) elude even Mr. Woodward’s considerable skills. Luckily, some other areas that are

⁴ (Vancouver, 1990).

⁵ Flawed only by the fact that p. 461 is identical to p. 466. There are a number of other typographical errors and quite minor slips in the book that an astute editor might have caught, but in a manuscript of such length some errors of this sort seem unavoidable. Examples include references to “hunting” rights in *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79 (B.C.C.A.), rather than “fishing” rights (p. 404n); to Justice Monk’s decision in *Connolly v. Woolrich* as an appellate rather than a trial decision (p. 199n); to barren ground “cariboo” instead of “caribou” (p. 335); to “instruments” instead of “instruments” (p. 420), etc.

⁶ See *R. v. Atkinson* (1981), 58 C.C.C. (2d) 215, at p. 216 (Alta. Q.B.).

⁷ Preface.

difficult to *précis* for non-professional purposes are unlikely to attract many lay readers anyway.

Someone once said that the cardinal sin of book reviewers is the conviction that one displays judgment by refusing to be pleased. To my shame, I plead guilty to having come perilously close, on occasion, to writing as though I believed this. I have pledged to reform, and as my first act of contrition I want to register a dissent from one criticism of Mr. Woodward's book that I have occasionally heard: that the title is misleading because the text is about Canadian law, not native law. Surely just as the phrase "criminal law" means the Canadian law of crimes rather than laws made by criminals, so may "native law" mean "Canadian law, concerning natives".⁸ Because the latter leaves something to be desired as a title, the *status quo* seems quite acceptable until someone suggests an elegant alternative, or it becomes clear that First Nations people find the phrase unpleasantly colonial.

Whatever its title, and whatever flaws that a very close reading and repeated use of any text are bound to reveal, Native Law is a *tour de force*. Gathering and organizing such a mass of material for the first time constitutes a real service, especially when it is done so well. Appearing in a year which saw the blocking of the Meech Lake Accord by Elijah Harper, the terrible events at Oka, and the first indication in over one hundred and twenty-five years that the British Columbia government will participate in land claims negotiations, the publication of this book is a welcome event. Practitioners, academics, students, band managers, researchers, bureaucrats and even the general reader will find it useful, informative and, for the most part, quite readable. No small accomplishment, that.

* * *

Traité de droit civil, le louage de choses.

Par PIERRE-GABRIEL JOBIN

Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989. Pp. xxxiv, 967. (\$85.00)

Compte rendu de Claude Thomasset*

On ne peut que saluer avec plaisir la parution de cet important ouvrage réalisé par le professeur Pierre-Gabriel Jobin. L'oeuvre était d'autant plus

⁸ The latter phrase is from a review of Native Law in (1990), 48 *The Advocate*, p. 595, which adopts this criticism of the title. Terminology is difficult and varied in this area (native, Indian, aboriginal, indigenous, First Nations, etc.), and a standard American coursebook is simply entitled *Federal Indian Law*.

* Claude Thomasset, du Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal, Montréal, Québec.

difficile qu'elle était, dès sa conception, menacée d'obsolescence en raison de la vaste entreprise de révision du *Code civil du Bas Canada* et de l'adoption tranche par tranche du *Code civil du Québec*. Le risque était grand de voir ce travail de longue haleine rapidement dépassé avec la mise en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec*. Courageusement, le professeur Jobin a voulu construire un pont entre l'histoire du louage de choses et son devenir. Mais pour ce faire il a dû présumer de l'issue du débat démocratique qui n'est pas complété sur cette importante question sociale, même si les principaux arguments ont été débattus lors de la réforme de 1979. Encore faut-il vérifier que les objectifs fondamentaux, consolidés dans les textes de 1979, se retrouvent transposés fidèlement dans la rédaction de l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des obligations*. Il faut dire, à la décharge de l'auteur, que cette réforme s'éternise et que l'ouvrage proposé a l'avantage de faire voir les conséquences qu'aurait l'adoption de cet avant-projet de loi dans sa version initiale.¹

Cet ouvrage de 967 pages est divisé en trois parties principales, chacune faisant l'objet de nombreuses subdivisions: la formation du contrat, le contenu du contrat, la durée et l'extinction du contrat. Une introduction substantielle apporte une vision intéressante et documentée de l'histoire et des sources du droit du louage ainsi que de la nature du louage.

Avant d'aborder le contenu de chacune de ces parties, il est important de signaler ce qui fait de cet ouvrage un document de référence indispensable. Tout d'abord, une bibliographie sélective est proposée dans l'introduction et au début de chacune des parties ou de chacun des titres de l'ouvrage. Ces bibliographies sélectives sont regroupées dans une bibliographie générale située à la fin de l'ouvrage. Une table des textes législatifs analysés et cités dans l'ouvrage est disponible par pays et catégories de normes. Cette table permet donc au lecteur de faire un tour d'horizon complet des normes juridiques qui s'appliquent au louage de choses tout en traçant les grandes étapes de leur évolution. Une table des arrêts cités dans l'ouvrage propose une liste alphabétique et numérique (pour les "compagnies à numéro") des nombreuses décisions recensées et commentées par l'auteur. Enfin, un index alphabétique termine la liste de ces outils de repérage, qui font de cet ouvrage un document important parmi les ouvrages publiés en droit du louage de choses.

¹ Depuis l'envoi de ce commentaire de l'ouvrage de Pierre-Gabriel Jobin, le projet de loi 125 a été déposé à l'Assemblée nationale du Québec par le ministre de la Justice du Québec, Gil Rémillard, au mois de décembre 1990. Ce projet de loi est la dernière version du projet de Code civil du Québec. On constate que plusieurs modifications ont été apportées à la rédaction des articles relatifs au louage et que, si la structure de ce chapitre quatrième du Code civil du Québec n'a pas été modifiée, la numérotation des articles a été changée par rapport à celle de l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations. Ce projet de loi 125 devrait faire l'objet de débats en commission parlementaire ayant son adoption prévue pour la fin de 1991.

Dans l'introduction, l'auteur présente, dans un premier chapitre, l'histoire et les sources du droit du louage de choses. Il signale les circonstances historiques qui ont conduit à l'adoption de mesures législatives, dérogatoires au droit commun du louage de choses, pour la location de logements. L'accent qui est mis sur l'histoire du droit de la location résidentielle, laisse entendre que le louage de choses se résume au bail résidentiel. Évidemment le deuxième chapitre va venir corriger cette impression, en apportant une réflexion sur la nature du louage et en proposant un inventaire des types de louage de choses et des contrats apparentés. Cependant, dès cette introduction, deux dangers apparaissent pour le lecteur non averti: d'abord, le bail résidentiel amalgamé aux autres contrats appartenant au louage de choses, perd la spécificité que le législateur de 1973 et de 1979 lui avait réservée; ensuite, la volonté de donner à l'ouvrage une certaine perennité, malgré la menace de la révision imminente du *Code civil du Bas Canada*, conduit l'auteur à présenter les nouvelles dispositions de l'*Avant-projet de loi relatif à la réforme au Code civil du Québec du droit des obligations* comme la formulation probable du futur *Code civil du Québec*.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à la formation du contrat. Cette partie présente le contenu actuel du principe de la liberté contractuelle. Elle fait notamment place à la question de la discrimination en matière de bail résidentiel. On peut par ailleurs s'étonner de l'insertion dans cette partie des développements relatifs à la protection du parc résidentiel, apportés par la *Loi sur la Régie du logement*, notamment par le contrôle de la conversion des immeubles résidentiels en copropriété et celui de la vente des ensembles immobiliers. Cependant, l'auteur ne pouvait pas passer sous silence ces dispositions législatives qui limitent la liberté de disposer des propriétaires d'immeubles résidentiels locatifs.

La deuxième partie traite du contenu du contrat, et aborde en deux titres successifs les obligations du locataire et les obligations du locateur. Cette partie, qui occupe plus de 450 pages, analyse chacune des obligations du locataire ainsi que celles du locateur en faisant une place importante aux obligations des parties à un bail résidentiel. Cependant, trop souvent, l'auteur, lorsqu'il réfère à des décisions de jurisprudence ou à des opinions doctrinales, n'insiste pas sur les particularités du bail résidentiel et sur les règles d'interprétation spécifiques qu'induisent la reconnaissance du droit du locataire au maintien dans les lieux et le caractère d'ordre public des dispositions du *Code civil du Bas Canada* propres au bail résidentiel.

On aurait souhaité une affirmation plus claire du statut particulier du bail résidentiel à l'intérieur du louage de choses et une analyse plus sélective des décisions des tribunaux judiciaires antérieures à 1973, lorsqu'elles sont appliquées au bail résidentiel. En effet, même si l'auteur prend souvent parti en faveur des législations favorables au locataire dans des développements mettant en évidence les dimensions socio-économiques du droit du louage de choses, ses analyses ne se concrétisent cependant pas dans des interprétations conséquentes des dispositions du *Code civil du*

Bas Canada et de la jurisprudence. Celle-ci portait, jusqu'en 1973, exclusivement sur les baux immobiliers sans égard à leur caractère résidentiel ou non résidentiel. Mais depuis, la distinction a acquis une importance primordiale que la doctrine et la jurisprudence se doivent de reconnaître si l'on veut donner un sens à ces modifications législatives substantielles du *Code civil*.

La troisième partie est consacrée à la durée et à l'extinction du contrat. Là encore, la distinction entre le bail résidentiel et les autres contrats régis par les dispositions du *Code civil du Bas Canada* relatives au louage de choses s'impose. L'auteur consacre donc le deuxième titre de cette dernière partie à la prolongation du louage résidentiel, le premier titre rappelant les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats de louage de choses. Ce deuxième titre traite longuement de la prolongation forcée du contrat qui résulte de l'application du principe du droit des locataires au maintien dans les lieux, formellement intégré aux dispositions du *Code civil du Bas Canada* en 1979. L'auteur expose comment ce principe connaît des cas d'exception tels la reprise de possession, la subdivision, le changement d'affectation, la démolition et la sous-location pendant plus d'un an. Ces cas permettent alors de mettre fin au bail résidentiel à la seule demande du locateur, ce dernier devant respecter cependant des règles de forme et de procédure.

Cet ouvrage est une étude exhaustive tant verticale (dans le temps) qu'horizontale (selon les objets) du droit du louage de choses au Québec. Il est abondamment illustré par des décisions de jurisprudence et par des références à différents auteurs. Il est écrit de manière vivante et évite les termes techniques et inaccessibles au lecteur non initié. Les sujets de controverse sont traités avec sérénité en présentant l'éventail des solutions possibles. Des prises de position claires sont énoncées lorsqu'elles vont à l'encontre de décisions de jurisprudence et de positions doctrinales établies. La difficulté majeure qui apparaît à la lecture de l'ouvrage vient de la fusion qui est faite entre louage de choses et bail résidentiel. Si le bail résidentiel appartient bien au domaine du louage de choses, il n'est cependant pas sûr qu'il faille traiter ce contrat nommé à partir du bail résidentiel. Ce dernier, en raison de la dimension sociale des problèmes confrontés, a toujours été considéré comme une exception aux règles du louage dans les réformes successives de 1973 et de 1979 et le *Code civil du Québec* maintient cette distinction, même s'il élargit la protection accordée à tous les locataires, quel que soit l'objet du louage de choses.

Les conséquences de cette distinction sont importantes. Tout d'abord, le bail résidentiel ne peut être considéré comme le prototype du louage de choses puisque son régime juridique comporte des règles particulières aussi bien pour la formation du contrat que pour la détermination de son contenu, pour l'exécution des obligations respectives des parties et surtout pour sa terminaison. Cette situation est d'autant plus spécifique que les dispositions du *Code civil du Bas Canada*, et ce sera le cas également

pour celles du *Code civil du Québec* si l'avant-projet de loi est adopté tel quel, sont complétées par une loi spéciale, la *Loi sur la Régie du logement*, qui non seulement précise la situation particulière du bail d'un logement mais crée également un tribunal administratif, la *Régie du logement*, spécialisé pour statuer en première instance sur tous les litiges relatifs au bail résidentiel. Si l'on aborde le louage de choses à partir du bail résidentiel, d'une part on force ce dernier à rentrer dans ce modèle de contrat nommé et on limite en conséquence les règles particulières qui lui sont spécifiques, d'autre part on lui applique des règles générales d'interprétation sans discerner celles qui ne lui sont pas pertinentes en raison des caractéristiques reconnues au bail résidentiel. À cet égard, les développements relatifs aux différentes catégories d'obligations de garantie du locateur paraissent peu utiles à la solution des problèmes pratiques que pose le bail résidentiel lorsque l'on connaît par ailleurs les statistiques sur le nombre et la nature des recours pris par les locataires résidentiels au Québec.

Il aurait été souhaitable de distinguer clairement entre les décisions de jurisprudence antérieures à 1973 et surtout 1980, date de la création de la Régie du logement, et les décisions postérieures, pour que leur soit accordé un traitement différencié qui tiendrait compte des conflits d'interprétation provoqués par l'existence de juridictions spécialisées dans la mise en oeuvre des dispositions du *Code civil* relatives au bail résidentiel. Il ne suffit pas d'énoncer le caractère exceptionnel du bail résidentiel, encore faut-il vérifier qu'il porte à conséquence dans la lecture que les juristes et les juges font de cette spécificité.

Soulignons, pour conclure, tout le mérite qu'a eu le professeur Jobin à réaliser cet ouvrage qui représente une étape importante dans la construction d'une doctrine québécoise, qui traduit les caractéristiques du droit du louage de choses et qui présente la place originale du Québec dans ce domaine.

* * *

La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales: enquête, surveillance et conservation de données.

Par PIERRE PATENAUME.

Sherbrooke: Les Éditions Revue de droit. 1990. Pp. 296. (\$39.45)

Compte rendu de René Laperrière*

Comme l'indique son titre, l'ouvrage de Pierre Patenaude a l'ambition d'évaluer des questions hautement techniques à l'aune des valeurs fonda-

* René Laperrière, Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, et chercheur au Groupe de recherche informatique et droit.

mentales du droit et de la société. Objectif méritoire s'il en est, car les problèmes de preuve sont souvent considérés comme des questions de pure technicalité juridique, dépourvues d'enjeux théoriques et livrées à la seule expertise des praticiens du droit. Quant à l'usage des techniques d'enquête, de surveillance et de conservation des données, il fait appel à des champs d'expertise qui semblent échapper aux connaissances acquises et aux capacités d'analyse des juristes, généralement peu formés aux sciences dites exactes.

Cette double difficulté d'identifier et de confronter deux systèmes techniques, peut en faire oublier les enjeux sur le plan de la préservation et de la promotion des valeurs fondamentales de notre vie sociale. Or celles-ci s'expriment non seulement dans le droit, notamment à travers les règles consacrées par le droit de la personne et les chartes de droits et libertés, mais aussi dans l'énoncé de valeurs sociétales encore plus générales évoquées en introduction, telles le besoin d'intimité, d'individualité protégée par une zone de secret et de liberté d'esprit, indispensables pour atteindre et maintenir un équilibre physique, psychique et affectif essentiel à une participation active à la vie politique et sociale.

L'ouvrage, de dimension moyenne, en est un de généraliste qui s'attache à l'étude d'une question particulière touchant à la fois les catégories juridiques de droit pénal, civil et constitutionnel; il se distingue ainsi des traités plus généraux sur la preuve¹ et des ouvrages de spécialité plus pointus,² ce qui lui donne l'envergure nécessaire pour approfondir le thème des valeurs fondamentales. Plutôt que de fonder son plan sur l'examen successif des techniques d'enquête, de surveillance et de conservation des données, pour en dégager les incidences de droit, l'auteur a choisi, dans un souci de clarté, d'en traiter selon la logique juridique, en distinguant en trois grands titres les étapes de la cueillette des preuves, de leur recevabilité et de leur force probante.

Dans un exposé abondamment illustré par la jurisprudence en droit canadien, américain et français, l'auteur passe en revue diverses techniques modernes de cueillette et d'administration de la preuve: l'audio-surveillance (écoute électronique) et le spectrographe (identification visuelle de la voix); la photographie, la vidéo-surveillance et le radar; la télécopie, le courrier électronique et le rapport informatique; le polygraphe (ou détecteur de mensonge), l'hypnose et la narcose (administration de pentotal); de même que les prélèvements, interventions et examens sur le corps humain (échantillons d'haleine, prises de sang).

En démontrant une connaissance approfondie de son sujet, et un remarquable souci de logique dans l'explication de règles complexes, l'auteur confronte ces techniques aux diverses règles législatives et jurisprudentielles

¹ Léo Ducharme, *Précis de la preuve* (3e éd., 1986).

² Francine Champigny, *Informatique et preuve en droit civil québécois* (1988).

relatives à l'admissibilité des confessions extrajudiciaires, du ouï-dire, des preuves scientifiques d'experts, et aux divers moyens de contester la valeur probante des techniques ainsi que la validité de leur mode d'administration et la qualification des opérateurs.

Tout au long de son exposé, l'auteur explique les problèmes causés par le recours à ces nouvelles techniques, sans hésiter à discuter et critiquer les solutions retenues ou l'inaction des pouvoirs. Ainsi, illustre-t-il combien certaines règles de preuve relatives à la primauté de l'écrit et à la signature, à l'exclusion du ouï-dire, au fardeau de preuve, sont mal adaptées lorsqu'il s'agit de nouvelles techniques, et méritent d'être révisées ou changées en tenant compte davantage des principes qui avaient présidé à leur adoption, que des énoncés formels dans lesquels ils ont fini par être cristallisés.

Il note aussi l'assouplissement de certaines règles de preuve, l'établissement de présomptions (parfois trop larges) pour faciliter l'administration de la preuve, et la mise en place de procédures plus strictes pour augmenter la fiabilité des preuves techniquement constituées. Il conteste par ailleurs, documents à l'appui, la validité de certaines techniques, dont le principe fondamental n'est pas reconnu par la communauté scientifique (comme le polygraphe), dont l'efficacité n'est pas démontrée (comme le spectrographe), dont les procédures d'application ne répondent pas aux normes établies, ou dont les résultats soulèvent un doute sur la compétence de ceux qui les administrent.

D'autres techniques d'intervention sur le corps humain ou sur le psychisme (telles l'hypnose et la narcose) sont extrêmement sujettes à caution, en raison des atteintes profondes à l'inviolabilité des personnes: si l'auteur en admettrait avec la jurisprudence un usage exceptionnel, nous croyons que dans tous les cas ce ne devrait être qu'en faveur de la défense ou de la partie civile la plus faible ou contrainte par l'autorité ou son statut subordonné (tel un employé soupçonné de vol et menacé de congédiement), en raison des risques de manipulation qui en découlent. Plus encore: dans la mesure où ces techniques peuvent être utilisées pour faire pression sur des personnes sans défense ou mal informées, et leur arracher des aveux qui eux seront présentés en preuve, c'est l'usage même de ces techniques qui devrait être interdit.

Il y aurait lieu aussi selon nous de réviser l'actuel système d'autorisation judiciaire de l'écoute électronique policière, qui a conduit au résultat que les Canadiens sont proportionnellement vingt fois plus surveillés que les Américains, et de revoir sérieusement les pouvoirs exorbitants du Service canadien du renseignement de sécurité, qui peuvent légitimer dans le secret les pires abus. Autre problème crucial soulevé par l'auteur: comment contrebalancer le pouvoir et contester l'expertise des laboratoires scientifiques de la police? L'auteur suggère le recours à des experts judiciaires non intéressés au litige; ne pourrait-on aussi songer à développer une contre-expertise publique structurée, sous l'égide d'un organisme de surveillance

de l'administration, tel le Protecteur du citoyen (pour autant que soit crédible la théorie des contre-pouvoirs au sein de l'État)?

Dans ses conclusions, l'auteur résume les principaux acquis de la jurisprudence récente: le rejet des preuves obtenues en violation des droits fondamentaux, et la primauté accordée au respect de la personne, même au détriment de la découverte de la vérité. Mais il relève les dilemmes qui se posent aux juges et les conflits de valeurs qui se soulèvent inévitablement. S'il souligne à bon droit les insuffisances de la formation scientifique des juges, et disons-le des juristes, il attribue peut-être trop de foi aux scientifiques qu'il croit "les seuls qualifiés" pour valider leurs théories et leurs applications techniques par une "vérification indépendante". L'histoire a pourtant démontré que plusieurs grandes découvertes scientifiques se sont faites à l'encontre de théories unanimement reçues à leur époque (qu'on pense à l'excommunication de Galilée!). Même les experts judiciaires les plus désintéressés et les mieux intentionnés restent dans une certaine mesure soumis aux paradigmes hérités de leur formation et victimes des préjugés qui ont cours dans leur milieu scientifique.

Si les juristes et les juges se donnent la peine de questionner, de mettre en doute, certaines affirmations ou idées reçues, ils pourront contribuer de façon importante à poser des jugements plus prudents sur certains débordements techniques dont les scientifiques apprécient souvent assez mal les conséquences sociales. Il ne s'agit pas de tenter de rattraper en droit le progrès scientifique, mais plutôt de poser un regard différent et de confronter des valeurs qui peuvent rester conflictuelles ou être réconciliées.

Bien sûr le droit doit s'adapter pour tenir compte des nouveaux développements techniques, mais pas au prix d'un asservissement aux impérialismes scientifiques et technologiques. Il faut aussi, et l'auteur a raison d'insister, que la technique ne serve pas à aggraver l'inégalité des justiciables et à décupler les moyens de contrôle social et la concentration des pouvoirs. Il ne faut pas par ailleurs hésiter à y recourir pour combattre certains fléaux comme les accidents causés par la conduite automobile avec facultés affaiblies. Mais, si cette fin est légitime, le sont-elles toutes? Ne vaudrait-il pas mieux investir dans la correction des causes sociales du crime et dans sa prévention, plutôt que dans sa répression?

Un des dangers les plus graves soulignés par l'auteur est la constitution d'arsenaux techniques concentrant le pouvoir de soumettre les autres à la volonté de ses détenteurs. Quand on sait la faible proportion d'affaires portées devant les tribunaux, on sera d'accord avec lui que la banalisation des atteintes techniques aux valeurs fondamentales constitue un enjeu social capital qui dépasse les possibilités de contrôle par l'action judiciaire. Mais contrairement à l'auteur, nous ne croyons pas plus à l'irréversibilité de l'évolution technologique (qui à certains égards peut représenter une régression), qu'à l'inéluctable spirale de la violence.

Écrit dans un style accessible, vivant et bien argumenté, ce livre comprend une bibliographie de quelque 350 titres, des tables de jurisprudence et de législation citées, ainsi qu'un index analytique qui en font un précieux instrument de référence. Par les renseignements qu'il réunit et les débats de pointe qu'il soulève, cet ouvrage stimulant intéressera à la fois les praticiens et les théoriciens du droit et des sciences, autant pour l'étude des techniques et des normes actuelles que pour la réflexion sur le droit en émergence.

* * *

*International Law and the Canadian Courts—
Sovereign Immunity, Criminal Jurisdiction, Aliens' Rights
and Taxation Powers.*

By EDWARD M. MORGAN.

Toronto: Carswell. 1990. Pp. xvii, 144. (\$52.00)

Reviewed by D.E. Buckingham*

The ambition of this short volume, in the words of the author, "is to at least tentatively demonstrate the subtle ways in which International Law and Domestic Law interrelate".¹ The paradox with which the author struggles throughout the entirety of the book is the underlying contradiction inherent in one of the fundamental elements of international law: the sovereign equality of states implies that every sovereign state must never be restrained wherever without its consent while at the same time a state acting within its own territory is completely sovereign. How does one then deal with the situation where sovereign states come into contact with one another?

The author explores four specific aspects of international law: sovereign immunity in chapter one, criminal jurisdiction in chapter two, alien rights in chapter three and taxation powers in chapter four. In each chapter Mr. Morgan attempts to discover some principled interpretation of the notion of sovereignty through an examination of Canadian, American, and British cases, cases where these courts have struggled with the paradox of state sovereignty and its impact in domestic lawsuits.

Chapter one contains an excellent review of the problems faced by domestic plaintiffs when suing foreign state defendants. The author first reviews the development of the notion of absolute immunity of defendant states as first enunciated by the United States Supreme Court in *The Schooner Exchange v. McFaddon*² and then traces the paring down of the concept

* D.E. Buckingham, of the Faculty of Law, University of Western Ontario, London, Ontario.

¹ P. 2.

² 11 U.S. 116 (1812).

through the British cases of *The Parliament Belge*³ and *Trendex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*.⁴ The latter two cases introduced into the common law the notion of limited sovereign immunity whereby sovereign states would enjoy immunity only when they were not acting in a commercial activity. The rationale for the creation of limited rather than absolute sovereign immunity was based on the notion that sovereign states should not enjoy an advantage in domestic courts when private firms undertaking similar commercial activities could not enjoy such protection.

The author concludes however that while *The Parliament Belge* and *Trendex Trading* have attempted to provide a coherent conceptual framework for determining when a state-entity will enjoy immunity, the cases still fail to resolve satisfactorily the doctrinally problematic concept of state sovereignty. The jurisprudence still provides ammunition to argue forcefully both sides of the sovereign immunity issue. In the final analysis, legal doctrines adopted by courts to arrive at one result or the other depend largely on the judge's own perception of the case. "The only theory of state immunity, therefore, is one that attempts to read into each controversy the particular vision of national sovereignty that lurks behind the otherwise artificial constructs of immunity doctrine."⁵ The author posits therefore that characterization of the problem is the key and the advocate's duty "is not principle and logic but image and rhetoric".⁶

Chapter two explores the long arm of Canadian criminal jurisdiction. The author examines cases where Canadian courts have prosecuted foreigners on the basis of extraterritorial jurisdiction of Canadian criminal law (for example, when foreigners are not present in Canada) or on the territorial principle (for example, when foreigners are present in Canada). With respect to both bases of jurisdiction, the author concludes that Canadian courts have arrived at a workable doctrine as stated by La Forest J. in *Lipman v. Lipman*.⁷ The test enunciated in that case was that there must exist a real and substantial link to Canada before Canadian courts will have jurisdiction to hear a criminal matter. However the assertion of jurisdiction on this basis still begs the question as the judge must determine what constitutes a "real and substantial link to Canada". Again the notion of sovereign equality, rather than providing theoretical clarification of the issue, muddies the waters and the author maintains that extraterritorial criminal liability or criminal liability against foreigners in Canada will only make sense where the offence is committed "within" Canadian society wherever it is found rather than "against" it. In the latter instance, the

³ (1879), 4 P.D. 129 (P.D.A.).

⁴ [1977] Q.B. 529 (C.A.).

⁵ P. 39.

⁶ *Ibid.*

⁷ [1985] 2 S.C.R. 178.

notion of sovereign equality of states would make the issue non-justiciable in Canadian courts.

The author examines in chapter three the notion of aliens' rights and their protection under the Canadian constitution. While focusing primarily on immigration cases and the Canadian Charter, the author explores the different conceptual frameworks which American and Canadian courts have used to resolve issues concerning a foreigner's immigration rights under domestic law. As with earlier chapters, the author argues that the concept of sovereignty creates once again a paradox with respect to aliens' rights. "While the international legal protection afforded to aliens is on the one hand an inchoate expression of human similarities [in international society] which cannot be denied, it is simultaneously an expression of national differences which are equally beyond question."⁸ Individuals are both nationals of states and individuals of international society. Any international human rights standards therefore plunge one back into the murkiness of state sovereignty. "Sovereigns are inviolable and [yet] are submissive to the sovereignty of universal human norms."⁹ Domestic courts faced with this dilemma, the author argues, simply cannot yield consistent results.

In his final chapter, Mr. Morgan explores international law's uneasy relationship with domestic law in the area of taxation powers. While Canada may, through parliamentary enactment, tax the entire world, the facts of international life prohibit Canada or any other state from doing so. Instead Canada must determine the limits of its own taxation jurisdiction. Once Canada has done so only then can it effectively enforce its taxing provisions. Here again the problematic notion of sovereignty rears its head. Canadian taxation powers have traditionally been limited to residents of Canada and to certain activities of non-residents who in some way transact business or earn income in Canada. It is of course this latter category which causes difficulty when one attempts to reconcile notions of international and domestic law. While domestic courts struggle with the extent to which a state's taxation powers are permitted to extend, the author points out that international legal jurisprudence appears not to provide much guidance as to how far such powers might extend. He concludes that "the enigmatic international law message is that if there are certain things that sovereigns cannot legally do, it is because there is nothing in law superior to a sovereign".¹⁰ Sovereign equality permits the fiscal authorities of sovereign states to be unrestrainable and equal but this is hardly satisfying when two sovereign states or a sovereign state and a foreign national must meet head on in litigation. The author therefore concludes that advocates should stop trying to conceptually clean up the double-edged notion of sovereignty.

⁸ P. 109.

⁹ P. 114.

¹⁰ P. 143.

"Possible solutions, and therefore properly constructed arguments, are based on sheer functionality and not on conceptual coherence. The lesson for advocates is, simply speaking, to stop trying for the latter."¹¹

Mr. Morgan's review of four areas of interface between domestic and international law, sovereign immunity, criminal jurisdiction, alien rights and taxation powers, is enlightening and instructive. However it does leave the domestic and international lawyer in a difficult quandary. Is the notion of sovereign equality simply to be excised from or ignored in Canadian domestic jurisprudence? Are Canadian courts, already at times reluctant to become involved in a detailed examination of principles of public international law, simply to gloss over the notion of sovereign equality of states and decide cases without attempting to elaborate some coherent doctrine with respect to its application?

Two concluding remarks are warranted with respect to Mr. Morgan's International Law and the Canadian Courts. First, his pessimism with respect to the court's unprincipled approach to making sense of the notion of state sovereignty is somewhat overstated. Although the courts have struggled with a number of "hard cases" some clear doctrinal guidelines have emerged. One hopes that lawyers may rely on something more than their creativity and rhetoric when they are before a Canadian judge arguing a question involving the notion of state sovereignty.

Secondly, it would have been of great assistance to readers had Mr. Morgan included a concluding chapter summing up his tentative statement about the ways in which Canadian courts deal with the interrelation of domestic and international law. His examination of four inter-related but distinct areas of international law, when drawn together in a final chapter, would have permitted readers to appreciate more fully Mr. Morgan's argument on the thorny issues facing domestic courts when the issue of state sovereignty is before them.

* * *

¹¹ P. 144.

The History of McMaster Meighen.

By DOUG MITCHELL and JUDY SLINN.

Montreal: McGill—Queen's University Press. 1989. Pp. x, 133.
(\$29.95 cloth)

Reviewed by M.H. Ogilvie*

Law firm hagiographies are few and far between, although several have appeared recently in both Canada and England,¹ assisted by Debretts' Business History Research Ltd. If De Tocqueville² was correct in calling lawyers the aristocracy of the New World, Debretts may well have discovered a new and easily exploitable market of ancestor-worshippers. With, in almost all cases, no significant ancestors of their own, lawyers in the older firms tend to adopt their firms' ancestors as their own. Now they can get them written up by Debretts, although, alas, not in Debretts.

Occasionally such histories appear in brochures prepared for clients and prospective clients and then reappear in longer versions in publications such as the Vancouver Bar Association's *The Advocate* or the *Gazette of the Law Society of Upper Canada*.

Law firm histories are difficult to write for a number of reasons. First, the sort of gossipy information which makes biographies of the famous so compelling is rarely available because it was probably never written down in the first place. The absence of available evidence suggests that lawyers rarely kept personal diaries; never corresponded with the distant great on the big questions in jurisprudence or even with their own children at school, never mind lovers; or wrote their memoirs. This is hardly surprising given the pressures of practice and the stunting and perverting effect of law on personal development. Secondly, such records as do remain of the lives of lawyers past, have lost their flavour over the years. Minutes of hospital, university and charity board meetings make dull reading no matter how vital, socially progressive or urgent their deliberations were at the time. Clients' files may be more interesting, especially to lawyers or legal scholars when they pertain to important cases, but leave little trace of the lawyer who poured his energies into their creation. Thirdly, issues of client confidentiality continue to inhibit historical writing, perhaps to an excessive degree when clients and their immediate family are long dead and the time within which even public archives close documents

* M.H. Ogilvie, of the Department of Law, Carleton University, Ottawa, Ontario.

¹ For England, see: J. Slinn, *A History of Freshfields* (1984); J. Slinn, *Linklaters and Paines. The First Hundred and Fifty Years* (1987); L. Dennett, *Slaughter and May, A Century in the City* (1989); L. Dennett, *Slaughter and May. A Short History* (1989). For Canada, see: D.H. Tees, *Chronicles of Ogilvy, Renault* (1979); A.E. Harvey and C. Mullins, *Russell & Dumoulin, The First Century* (1990).

² Democracy in America (1966), Vol. 1, pp. 272-280 (first published 1838).

has expired. Law firm biographies are just not as compelling as those of the Bloomsberries.

This history of McMaster Meighen is typical of the genre. In addition to the law firm files made available to the authors, Mitchell and Slinn also had available to them papers relating to the founder, William Badgley, who started to practice on his own in Montreal in 1823, as well as the papers relating to the Abbott and Meredith families, which produced several early partners. Limited use appears to have been made of the files, perhaps because of confidentiality restrictions imposed by the firm, and the other members of the firm over the past one hundred sixty-five years are largely unaccounted for elsewhere. The result is that the early partners appear the most life-like. They may well have had greater leisure to live outside the office and to accumulate papers, and also had the advantage of living in an age when letters were still written and diaries still kept by the professional classes. The personalities and way of life of later partners and members seem dull in comparison and are largely missing from the book.

It is equally difficult to appreciate the "character" of the firm, other than that in nineteenth century Montreal it was faintly aristocratic. The much quoted intuitive truth that every major law firm has its own personality, character and style is difficult to substantiate from this book, which presents McMaster Meighen in much the same way as other law firm histories present their respective subjects. Quite how McMaster Meighen differs from other historic Canadian firms is not self-evident. It would have been equally interesting to learn about special client relationships which McMaster Meighen might have had. Client confidentiality might have precluded this, yet there seems to have been no really special relationships such as that of Freshfields with the Bank of England portrayed by Judy Slinn in her *The History of Freshfields*.³ Although client confidentiality would most definitely have precluded this, the reader is left wanting to know a great deal more about the firm's representation of Edward VIII and the royal family's property holdings in Canada.

Instead, the book traces in a relatively bland way the evolution of the firm from a one man firm at the beginning of the nineteenth century to a medium-sized firm of the late twentieth century faced with changes in the way in which law is practised, the growth of technology, the polarization of legal practice and the advent of women as lawyers. Filler material is provided from the general history of Canada and Montreal. Yet, even that material fails to catch the flavour of life in "the Square Mile" whose inhabitants McMaster Meighen mostly served, or of life in the burgeoning Dominion. The firm's response to the growth of nationalism and separatism in Quebec is lightly touched on. Thus the reader is left with the impression that *The History of McMaster Meighen* is really simply

³ *Op. cit.*, footnote 1.

a lengthier version of the potted histories of the client brochures. In short, it is like other law firm histories recently published, a sanitized hagiography, a Christmas gift book for clients or prospective clients.⁴

All of this is not meant to detract from the authors' efforts. The book is well-written and attractively presented with a number of interesting photographs. The problems derive from the materials or lack of materials for writing law firm biographies. The History of McMaster Meighen is of the same quality as other law firm histories. The problems of the book are the problems of the genre. This may be the best we can get. Certainly, all historic law firms should be concerned to preserve what remains of their past and to present it in published form. Certain law firms have played significant roles in the economic, social and business histories of their respective countries. Their cultures deserve close study as distinctive types of human organizations. Despite my criticisms of the book and the genre, I very much enjoyed reading The History of McMaster Meighen and hope to read more law firm histories in the future. Hagiographies, whether of saints or law firms, are meant to teach!

* * *

⁴ The Slaughter and May books, *supra*, footnote 1, were expressly written for that purpose.