
BOOK REVIEWS

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*, 2e ed. Toronto: Carswell, 1985. Pp. 1xxv, 988 [95 \$]. Commenté par François Chevrette.*

En 1977 le professeur Peter W. Hogg, de la Faculté de droit d'Osgoode Hall, publiait l'ouvrage *Constitutional Law of Canada*.¹ Ce dernier reçut un excellent accueil de la part de la communauté juridique canadienne. Étudiants, professeurs, avocats et juges, y compris ceux des plus hauts tribunaux, le connaissent, l'utilisent et y font fréquemment référence. On est incontestablement en présence d'un ouvrage classique de droit constitutionnel canadien.

Le succès tint à plusieurs facteurs. D'abord il s'agissait d'un précis ou traité élémentaire, plus accessible que le *casebook*, d'autant qu'il était écrit dans une langue simple et claire, suivant un mode de présentation accessible et cohérent. L'ouvrage avait aussi le mérite de couvrir à peu près l'ensemble du droit constitutionnel canadien, à un niveau d'approfondissement d'un bel équilibre puisque, sans jamais donner dans la superficialité, les développements ne rejoignaient quand même pas ceux du traité approfondi et formaient plutôt un livre d'un format commode, d'environ 500 pages. Enfin l'ouvrage, d'excellente qualité, était celui d'un très bon juriste et d'un très bon professeur. « Quite simply, it is first class », écrivait à son sujet le professeur W.R. Lederman.²

La deuxième édition de *Constitutional Law of Canada*, publiée en 1985, est conçue selon le même plan que l'édition antérieure. Une première partie est consacrée aux concepts fondamentaux, une seconde au partage des compétences, et une troisième aux libertés publiques. Mais chaque partie a fait l'objet d'importants ajouts et de certains remaniements, la plus substantiellement touchée étant la troisième puisque l'auteur y a inséré en particulier une analyse de la *Charte canadienne des droits et libertés*.³

*Doyen, Faculté de droit, Université de Montréal.

¹P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977.

²W.R. Lederman, *Compte rendu* (1978) 56 R. du B. can. 541 à la p. 545.

³Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

Faut-il redire combien nous n'avons pas à regretter cette époque où nos ouvrages de droit constitutionnel se limitaient à l'étude du partage des compétences entre Ottawa et les provinces! À ce titre, le professeur Hogg a eu raison de conserver et d'enrichir la première partie de son livre sur les principes fondamentaux. Il y a ajouté trois chapitres nouveaux, sur la réception du droit anglais (c. 2), sur l'amendement constitutionnel (c. 4) et sur la Cour suprême (c. 8). Les développements constitutionnels de 1982 l'ont évidemment obligé à compléter le chapitre sur les sources (c. 1), où l'on retrouve un développement sur la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴ et une analyse plus approfondie des conventions de la constitution. Le chapitre sur la Couronne (c. 10) s'enrichit d'un développement sur les agents et les privilèges de la Couronne, et, celui sur l'extra-territorialité (c. 13), d'un développement sur le droit international privé. Et comme si l'auteur avait été sensible à une remarque formulée naguère sur le manque de vision historique de son premier livre,⁵ il traite dans celui-ci, on l'a dit, de la réception du droit anglais et replace ses développements sur le gouvernement responsable (c. 9) et sur la formule d'amendement dans une perspective historique.

Dans la seconde partie de l'ouvrage, portant sur le partage des compétences, on remarque l'ajout de trois nouveaux chapitres, sur le contrôle judiciaire de constitutionnalité (c. 15), sur le principe de la prépondérance fédérale (c. 16) et sur les ressources naturelles (c. 26). À la vérité, les deux premiers se retrouvaient dans l'édition précédente, mais dans sa première partie, et il paraît logique de les avoir ainsi déplacés en début de deuxième partie puisqu'ils traitent de questions relatives au partage des compétences. Le chapitre sur le contrôle judiciaire est augmenté d'un développement sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, l'analyse de la clause « paix, ordre et bon gouvernement » (c. 17) est reprise et améliorée, l'examen de la compétence fédérale sur le droit criminel (c. 18) fait maintenant une meilleure place aux questions de procédure, de preuve, de peine et d'organisation pénitencière et policière; et en traitant non plus seulement de la compétence fédérale sur les Indiens et terres indiennes mais plus largement des peuples autochtones (c. 24), l'auteur englobe dans son analyse, au-delà du seul partage des compétences, les droits des autochtones ainsi que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* relatives à ceux-ci.

Comme on l'a noté plus haut, c'est la troisième partie de l'ouvrage, ayant pour thème les libertés publiques, qui se trouve la plus renouvelée. Dans l'édition antérieure, elle comportait deux chapitres, l'un général et

⁴Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁵D. Gibson, *Compte rendu* (1978) 56 R. du B. Can. 533 à la p. 539.

l'autre sur la *Déclaration canadienne des droits*.⁶ Elle en comporte aujourd'hui dix, sur la notion générale de liberté publique (c. 28), sur la *Déclaration canadienne des droits* (c. 29), sur l'économie générale de la *Charte* (c. 30), sur la liberté d'expression (c. 31), sur les droits démocratiques (c. 32), sur la liberté de circulation et d'établissement (c. 33), sur les droits linguistiques (c. 36), enfin sur les droits scolaires (c. 37). On voit donc que, même si c'est surtout la *Charte* qui fait l'objet de cette troisième partie, des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* — en particulier les articles 93 et 133, peu analysés dans la première édition — y sont aussi traitées, de même que les garanties de la *Déclaration canadienne des droits*.

À mon sens ce livre — et cela s'applique aussi à sa première édition — tient sa force de la capacité de son auteur d'aborder des questions vastes et complexes, d'en dégager l'essentiel et de synthétiser le tout en quelques concepts à la fois simples et profonds, qui font comprendre et qui font réfléchir. Le lecteur peut ne pas toujours partager les opinions et les solutions avancées, mais celles-ci sont toujours sensées, réalistes et exemptes de dogmatisme et d'extravagance. À simple titre d'exemples, l'auteur juge absurde que la théorie des pouvoirs accessoires (*ancillary powers*), si elle existe, ne bénéficie qu'au Parlement fédéral et non aux assemblées législatives provinciales;⁸ en rapport avec l'article 1 de la *Charte*, il rejette, parce que confuse et inutile, la distinction entre la *négation* d'un droit et la *restriction* à un droit, cette dernière seule, aux dires des tenants de cette distinction, pouvant être validée par l'article en question;⁹ selon lui une dérogation à la *Charte* adoptée sous l'autorité de son article 33 n'a pas à être justifiée comme raisonnable en vertu de l'article 1;¹⁰ l'interprétation qu'il retient du mystérieux article 28 de la *Charte* sur l'égalité des sexes est au fond la plus simple et la plus vraisemblable.¹¹ Sur tous ces points où d'autres auteurs avaient parfois soumis des analyses complexes et tortueuses, les siennes sont empreintes de simplicité et de rigueur.

Je classe parmi les meilleurs chapitres ceux sur la délégation, sur le contrôle de constitutionnalité, sur la clause « paix, ordre et bon gouvernement », sur les compagnies (c. 22) et sur l'économie générale de la *Charte*. Certains autres, celui sur les ressources par exemple (c. 26), sont trop descriptifs, et si peu de chapitres de la troisième partie me semblent se classer parmi les meilleurs, cela tient sans doute moins à l'auteur qu'à l'état d'imprécision d'un droit nouveau, dont l'analyse se fait par un délicat dosage

⁶*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, reproduite dans S.R.C. 1970, app. III. 7(R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁸P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 336.

⁹*Ibid.* aux pp. 682-84.

¹⁰*Ibid.* à la p. 691.

¹¹*Ibid.* aux pp. 801-02.

des balbutiements de la jurisprudence et des opinions du commentateur. Mais dans la troisième partie comme dans les deux autres, les qualités de ce dernier transparaissent, et on se contentera de souligner à cet égard l'utilisation intelligente et nuancée qu'il sait faire de la jurisprudence étrangère, américaine en particulier.¹²

Il m'est par contre apparu quelques faiblesses dans l'ouvrage.

Dans ses analyses de l'article 52 de la *Charte*¹³ l'auteur ne paraît pas avoir perçu l'utilité de la distinction entre l'invalidité et l'inopérabilité d'une loi.¹⁴

Dans le développement sur le caractère exhaustif du partage des compétences,¹⁵ on suggère que toute loi, quelle qu'elle soit, relève en général soit de l'un ou de l'autre niveau de gouvernement. Il faudrait s'arrêter davantage aux exceptions à cette prétendue règle générale. Et il faudrait s'interroger aussi sur le point de savoir si toute loi provinciale ayant une portée extra-territoriale est de compétence fédérale.¹⁶

Dans l'analyse du fameux *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, il est dit d'abord que la Cour aurait dû refuser de statuer sur la compatibilité de la démarche fédérale avec les conventions de la constitution¹⁷ et que son jugement sur ce point était vague et insatisfaisant.¹⁸ Personne ne niera à l'auteur le droit de le penser, de le dire et de l'écrire. Mais il ne paraît pas approprié d'ouvrir, en si peu de mots, de telles boîtes de Pandore dans le cadre d'un ouvrage où l'on n'a pas le loisir d'examiner la question plus à fond.

C'est un souci louable d'avoir, dans un livre de ce genre, un chapitre sur une compétence aussi importante que la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils (c. 20). L'ennui est qu'à la limite on peut tout y mettre, ou presque! L'auteur a jugé bon d'y traiter de la nuise en marché,¹⁹ qu'il serait préférable d'intégrer au chapitre sur le commerce (c. 19). Pareille division, jointe à l'ajout d'un chapitre nouveau sur les ressources, rend le livre de consultation difficile sur les problèmes de commercialisation des

¹²*Ibid.* à la p. 796.

¹³*Ibid.* aux pp. 6-8 et 693.

¹⁴Voir l'étude de P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 R.J.T. 107.

¹⁵Hogg, *supra*, note 8 aux pp. 339-40.

¹⁶C'est ce que le juge Pigeon paraît suggérer dans *Interprovincial Cooperatives Ltd c. R.* (1975), [1976] 1 R.C.S. 477, [1975] 5 W.W.R. 382.

¹⁷Hogg, *supra*, note 8 aux pp. 16-17.

¹⁸*Ibid.* à la p. 54.

¹⁹*Ibid.* aux pp. 467-73.

ressources, et le traitement donné à la modification constitutionnelle adoptée en la matière en 1982²⁰ ne me paraît pas à la hauteur de la majorité des analyses de ce livre. On aurait aimé que le bel exercice doctrinal auquel l'auteur se livre dans ses meilleurs chapitres se retrouve à propos des compétences sur le commerce et les ressources. Ce n'est pas le cas, et on a l'impression d'être, par rapport à la précédente édition, en présence de quelques ajouts descriptifs.

Même s'il ne s'agit que d'une question terminologique, je note qu'il me semble curieux de désigner du nom d'« immunité inter-juridictionnelle » des problèmes d'application des lois provinciales aux entreprises fédérales,²¹ alors que l'expression conviendrait si bien pour coiffer le problème de l'application des lois provinciales à la Couronne fédérale et des lois fédérales à la Couronne provinciale.²² D'ailleurs, au chapitre de la taxation (c. 27), l'expression « taxation inter-juridictionnelle » ne désigne-t-elle pas l'impôt qu'un ordre de gouvernement tente de prélever de l'autre et de ses officiers?²³

La concision est une qualité dont on peut parfois abuser. C'est ce qui se produit lorsqu'on consacre une dizaine de lignes à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, article qu'à bon droit l'auteur a choisi d'analyser au chapitre de la liberté de circulation et d'établissement.²⁴ C'est ce qui se produit aussi lorsqu'en quelques lignes l'auteur suggère que la qualification d'une loi au regard du partage des compétences s'opère en fonction du but de celle-ci, alors que la qualification d'une loi au regard de la *Charte* s'opère en fonction de son effet.²⁵ Idée majeure, dont il aurait fallu pousser l'analyse un peu plus loin!

Voilà selon moi quelques carences et faiblesses de l'ouvrage, qui certes n'empêchent pas de le qualifier d'excellent. L'ouvrage contient un bon index des arrêts, un bon index thématique ainsi que la reproduction des principaux textes constitutionnels canadiens et de certains textes étrangers et internationaux. Et la qualité des notes infrapaginales mérite une mention particulière.

Il serait bien injuste de prétendre que ce livre se limite au seul contenu constitutionnel, à ce qu'on pourrait appeler de façon d'ailleurs inadéquate le droit constitutionnel de l'avocat! Le régime parlementaire (c. 9) et les ententes financières fédérales-provinciales (c. 6) y sont examinées, de même que les questions de statut particulier, de sécession (c. 5) et de philosophie du contrôle judiciaire (c. 5 et 30). Il serait probablement excessif

²⁰*Ibid.* aux pp. 473, 597 et 611-12.

²¹*Ibid.* aux pp. 329-32.

²²*Ibid.* aux pp. 236-40.

²³*Ibid.* aux pp. 619-20.

²⁴*Ibid.* à la p. 736.

²⁵*Ibid.* aux pp. 660-61.

d'en demander plus pour l'instant. Mais comme le succès du livre nous assure que d'autres éditions viendront on peut souhaiter que celles-ci comportent des développements sur le droit parlementaire ainsi que sur l'évolution du fédéralisme canadien, les crises qu'il a subies, les projets de réforme dont il a été l'objet. À cet égard et en l'état actuel des choses, la remarque déjà formulée²⁶ à l'effet que l'ouvrage manque de vision historique n'est pas encore dépourvue de fondement.

²⁶Gibson, *supra*, note 5.

Georges Durry. *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986. Pp. 187 [25 \$]. Commenté par Jean-Louis Bandonin, c.r.*

Le Centre de recherche en droit privé et comparé de l'Université McGill a l'heureuse habitude de publier, sous la direction du professeur Pierre-Gabriel Jobin, les cours qu'un certain nombre de collègues français prestigieux ont dispensés à cette institution.¹ Nous avons déjà eu le plaisir d'ailleurs de faire récemment la recension d'un de ces ouvrages,² celui du professeur Christian Laroumet.

Cette initiative mérite des félicitations d'une part et des encouragements d'autre part. Des félicitations parce que trop souvent le fruit d'enseignements de doctorat ou de maîtrise se trouve perdu, sauf pour les étudiants qui ont suivi le cours, parce qu'appartenant à la seule tradition orale. La doctrine civiliste québécoise n'est malheureusement pas si riche qu'elle puisse se permettre ce luxe. De plus, surtout pour le droit civil, la parenté des droits français et québécois rend la comparaison des systèmes et des solutions encore plus intéressante. Des encouragements ensuite, parce que la qualité des quatre ouvrages déjà parus est telle qu'elle fera que ceux-ci constitueront un riche apport à la doctrine comparatiste. Lorsque l'on connaît les difficultés de diffusion de la publication doctrinale juridique au Québec on souhaite donc vivement que les juristes québécois s'intéressent à cette collection et permettent ainsi d'en assurer la survie financière.

Ce quatrième ouvrage s'intitule donc *La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*.³ Il est l'oeuvre du professeur Georges Durry qui est bien connu de nos lecteurs — surtout de ceux qui s'intéressent à la responsabilité civile — par ses très remarquables chroniques sur le sujet à la Revue trimestrielle de droit civil, chroniques dont il a malheureusement interrompu récemment la publication.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal.

¹Depuis 1980 rappelons que les ouvrages suivants ont fait l'objet d'une publication: H. Batiffol, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1981; J. Ghestin, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français: Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1982; C. Larroumet, *Réflexions sur la responsabilité civile: Évolution et problèmes actuels en droit comparé*, Montréal, Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1983.

²J.-L. Baudouin, Compte rendu: *Réflexions sur la responsabilité civile: Évolution et problèmes actuels en droit comparé* par C. Larroumet (1984) 62 R. du B. can. 227.

³G. Durry, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986 .

Ce thème est, comme on le sait, à la fois un thème traditionnel et actuel. Depuis déjà longtemps, en effet, la doctrine québécoise sous la plume surtout du professeur Paul A. Crépeau,⁴ véritable chef de file sur cette question, préconise d'une part une séparation jurisprudentielle plus rigide dans l'application des régimes propres à chacune des deux grandes branches de la responsabilité civile et, d'autre part, l'atténuation, autant que faire se peut, de certaines différences qui, à bien y penser, n'ont plus tellement leur raison d'être.⁵ Le professeur Crépeau, appuyé en cela par la majorité de la doctrine québécoise, s'est depuis toujours résolument opposé à l'option de régime. Le demandeur ne doit pas pouvoir, lorsque la source du litige est contractuelle, élire de faire appel au régime de responsabilité délictuelle au seul motif que cette ouverture serait permise dès que la faute peut se qualifier à la fois comme un manquement à la convention ou comme un manquement à l'obligation légale générale de prudence et de diligence à l'égard d'autrui. Cette position, parfaitement logique, requiert cependant que la jurisprudence admette aussi que le contenu obligationnel d'un contrat inclut non seulement ce qui est spécifiquement exprimé, mais aussi ce que l'on peut présumer en être le contenu implicite par référence à la volonté non exprimée des parties. Dans toute discussion sur le cumul et l'option, la connexité directe entre ces deux phénomènes juridiques ne doit pas être perdue de vue. Comme on le sait, la jurisprudence québécoise avait semblé, au cours des récentes années, se rallier davantage aux solutions françaises interdisant l'option de régime et commencer à redonner à la responsabilité contractuelle la place qui lui avait souvent été ravie par la responsabilité délictuelle.⁶ L'arrêt *Wabasso Ltd c. National Drying Machinery Co.*⁷ semble bien toutefois avoir changé la situation, puisqu'il a reconnu de façon explicite⁸ la possibilité pour l'un des contractants de choisir l'un ou l'autre régime (en

⁴PA. Crépeau, *La responsabilité du médecin et de l'établissement hospitalier*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1956 à la p. 91. Du même auteur: « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien » (1962) 22 R. du B. 501; « Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes » (1960) 7 R.D. McGill 225; et « Le contenu obligationnel d'un contrat » (1965) 43 R. du B. can. 1.

⁵Il faut dire qu'à cet égard le Projet de réforme du Code civil constitue un progrès remarquable.

⁶Voir entre autres: *Girard c. National Parking Ltd* (1971), [1971] C.A. 328; *Cinépix Inc. c. J.K. Walkden Ltd* (1980), [1980] C.A. 283.

⁷(1981), [1981] 1 R.C.S. 578, 38 N.R. 224, inf. (1978), [1979] C.A. 279 (inf. (1977), [1977] C.S. 782).

⁸On connaît aussi les critiques parfois très vives qu'a suscité l'arrêt de la part d'une partie de la doctrine québécoise: voir P.C. Haanappel, « La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle: l'arrêt *Wabasso* en droit québécois et en droit comparé » (1982) R.I.D.C. 103; P.A. Crépeau, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien » (1980) 26 R.D. McGill 673 à la p. 693 et s., n. 66; P.G. Jobin, « *Wabasso*: un arrêt tristement célèbre » (1982) 27 R.D. McGill 813; P.A. Crépeau « L'affaire *Wabasso* sous les feux du droit comparé » (1982) 27 R.D. McGill 789.

bloc) lorsque la faute ne représente pas la violation d'une obligation spécifiquement prévue à l'engagement et correspond au manquement qui constituerait, en d'autres circonstances, la violation de l'obligation légale générale de ne point nuire à autrui et de se comporter à son égard en personne raisonnablement prudente et diligente.

L'ouvrage du Professeur Durry, comme il l'écrit d'ailleurs trop modestement dans sa préface, n'est qu'un cours et n'a pas la prétention d'être un traité exhaustif sur le sujet. Pourtant, sur le plan du droit comparé comme sur le plan des deux droits internes, il constitue une analyse solide, intéressante et bien documentée du sujet.

Il se compose de trois parties. La première porte sur les intérêts attachés à la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. L'auteur y passe en revue les différences dites « essentielles » et les différences dites « contingentes » entre les deux régimes. La seconde traite des critères de la distinction entre les deux ordres de responsabilité. L'auteur regroupe son analyse et ses observations autour de deux règles fondamentales: un contrat doit exister entre le demandeur et le défendeur d'une part; d'autre part, pour qu'il y ait lieu à responsabilité contractuelle, il faut la violation d'une obligation contractuelle explicite ou implicite (obligation de sécurité, de renseignement). Enfin, dans la troisième partie l'auteur aborde la sanction de la distinction et donc la règle du non-cumul en faisant état de la situation en France et au Canada.

Comme on peut le constater, seulement une petite partie de l'ouvrage se voit consacrée au problème de l'option.

À notre avis l'ouvrage a deux principaux mérites. Le premier est d'avoir réussi, en si peu d'espace, une belle oeuvre de synthèse. Il eût été facile de tout centrer sur le problème de l'option et du cumul. L'auteur a su résister avec bonheur à cette tentation. C'est ainsi qu'à travers l'ouvrage, on trouvera des observations particulièrement intéressantes sur la description et le contenu des obligations implicites⁹ et sur la nature de la responsabilité d'un des contractants vis-à-vis celui qui, non-partie au contrat, a malgré tout été victime d'une inexécution de celui-ci.¹⁰

Le second mérite de l'ouvrage est la grande justesse des comparaisons que fait l'auteur entre le droit et plus particulièrement le droit jurisprudentiel français et québécois. Pour une personne qui n'était probablement pas totalement initiée à la jurisprudence québécoise, on ne peut que le féliciter de sa compréhension et de sa maîtrise de celle-ci. Sur le plan de la forme, le style, comme nous en prévient d'ailleurs la préface, montre que l'ouvrage

⁹Durry, *supra*, note 3 à la p. 108 et s.

¹⁰*Ibid.*

a été rédigé à partir de notes ou de la transcription d'un cours. Loin cependant de nuire à la lecture, elle donne à l'ouvrage un ton allègre et rafraîchissant.

Bref, un ouvrage intéressant, facilement accessible, bien conçu, bien réalisé, de lecture agréable et qui viendra renforcer la doctrine québécoise du droit des obligations.

Louis A. Knafla, ed., *Law & Justice in a New Land: Essays in Western Canadian Legal History*. Toronto: Carswell, 1986. Pp. XV, 379 [\$48.50]. Reviewed by W. Wesley Pue.*

There has been a veritable explosion of publication in the field of Canadian legal history during the 1980's.¹ This has no doubt been aided by an increased interest in the teaching of legal history in law schools, by the work of the Osgoode Society² in sponsoring research and publication, and encouraged by the invaluable annual legal history seminars organized by David Flaherty at the University of Western Ontario.³

This increased interest in Canadian legal history is not merely to be measured quantitatively, but qualitatively as well. Canadian producers of legal history reveal a sensitivity to the problems of historiography, "Whig-gish" doctrinal histories being largely eschewed in favour of approaches which attempt to locate legal developments in political, economic, and social contexts.⁴ There is an appreciation of critical histories and of instrumentalist, structuralist and ideological perspectives on law and social change. Moreover, interdisciplinary insights are brought to bear and Canadian legal history plays a more central role in the development of legal theory.

Nonetheless there is, in Canadian legal history, as in other aspects of the life of this vast, federal state, a tendency for Ontario to be equated with the country as a whole, and histories of "Canadian" law, legal professions, legal education and legal thought, frequently turn out to be Ontario local histories.⁵ While this is understandable given the large concentration of

* Of the Department of Law, Faculty of Social Sciences, Carleton University. The author would like to thank Barry Wright and Maureen Davies for their editorial help.

¹See, e.g., D.H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1 (Toronto: Osgoode Society, 1981); D.H. Flaherty, ed., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 2 (Toronto: Osgoode Society, 1983); B. Wright, "Towards a New Canadian Legal History" (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 349.

²Canada's only legal history society may be contacted at: The Osgoode Society, Osgoode Hall, 130 Queen Street West, Toronto, Ontario, Canada, M5H 2N6.

³Faculty of Law, University of Western Ontario, London, Ontario, Canada, N6A 3K7.

⁴See Wright, *supra*, note 1.

⁵E.g., Consultative Group on Research and Education in Law, *Report to the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada: Law and Learning* (Ottawa: Queen's Printer, April 1983) (Chair: H.W. Arthurs) is largely dismissive of peripheral Canada's attempts at University legal education, taking as its effective starting point "the resignation of the former full-time Osgoode faculty, and their establishment of rival, university-based professional law faculty at the University of Toronto" (at 14). Graham Parker shows a sensitivity to his own "Ontariocentricism" in the post-script to "Canadian Legal Culture" in L.A. Knafla, ed., *Law & Justice in a New Land: Essays in Western Canadian Legal History* (Toronto: Carswell, 1986) 28.

universities and legal scholars in the two central provinces, it is a tendency to be resisted vigorously. With apologies to Barrington Moore Jr,⁶ it might be observed that “for all students of human society, sensitivity to the history of peripheral regions and skepticism about centralist ideology provide essential safeguards against being taken in by the dominant mythology. A scholar who tries to be objective needs those feelings as part of her ordinary equipment.” Geographers have long attributed cultural, economic, social and historical significance to the region as a unit of analysis existing both within, and in disregard of, state structure. When viewed through lenses of spatial sensitivity, history becomes more than a process of “great ideas”, “great persons”, “great structures” or “class struggles”. It is also a process of the creation of economic, cultural and political core areas, and the subjugation — not always without struggle — of peripheral and semi-peripheral regions, which are thereby rendered dependent, their surplus product expropriated for the benefit of persons in distant places.⁷

This process, as truly as that of class domination, is one which must be studied if the historical development of complex abstractions such as Canada is to be understood. Regions, even dependent ones, generate their own politics, economics, cultures and ideologies, each developed within, and in response to, particular spatial realities. Ideologies confront one another in spatial encounters, and adaptations — both in core and in periphery — are made in light of the requisites of panregional co-operation (which is not to deny that power relations ultimately skew the outcomes).⁸ Thus, no history of Ontario or central Canada (let alone “Canada”) can be written without an appreciation of other regions and of their histories. There is a need to rescue the métis leader, the prairie magistrate, the Cape Breton miner, the British Columbia Attorney-General and even the rural followers of Bill Aberhart from the enormous condescension of centrist posterity.⁹

⁶In *Social Origins of Dictatorship and Democracy* (Boston: Beacon Press, 1966) at 523, Barrington Moore Jr asserts:

For all students of human society, sympathy for the victims of historical processes and skepticism about the victors' claims provide essential safeguards against being taken in by the dominant mythology. A scholar who tries to be objective needs these feelings as part of his ordinary working equipment.

⁷See, e.g., R.J. Johnston, *Geography and the State: An Essay in Political Geography* (London: Macmillan, 1982); R. Mathews, *The Creation of Regional Dependency* (Toronto: University of Toronto Press, 1983); D. Bercuson, ed., *Canada and the Burden of Unity* (Toronto: Macmillan, 1977).

⁸The contribution of geographer-historian Fernand Braudel is great though flawed, and Harvey Kaye argues that “Braudel's geographical and environmental determinism ought to be seriously considered by social theorists who have been not only ahistorical, but also ‘aspatial’ in their thinking. . .”. See H.J. Kaye, *The British Marxist Historians* (Cambridge: Polity Press, 1984) at 226.

⁹With apologies to E.P. Thompson, *The Making of the English Working Class* (Harmondsworth: Penguin Books, 1968) at 13.

History must be written from without as well as from below. Peripheral histories must be created and studied throughout Canada; conscious effort is required to save them from the savages of centripetal thought. As Graham Parker has observed, "[t]he history of the law must reflect the use of the land, beliefs, morals and customs which have been developed by [Canada's] local societies."¹⁰

At the present juncture then, the publication of *Law and Justice in a New Land: Essays in Western Canadian Legal History*,¹¹ edited by Louis Knafla, is a most welcome addition to Canadian scholarly literature. The book is a collection of essays by scholars from various geographical and disciplinary locations in Alberta and British Columbia, introduced with an article on (Upper) "Canadian Legal Culture"¹² by York University's Graham Parker and an interpretive essay by Louis A. Knafla entitled "From Oral to Written Memory: The Common Law Tradition in Western Canada".¹³

The remainder of the book is divided into three thematic groupings of three essays each. Thomas Flanagan,¹⁴ Douglas Sanders¹⁵ and N.D. Banks¹⁶ have contributed essays on "Aboriginal and Indian Rights" while Hamar Foster,¹⁷ David Ricardo Williams¹⁸ and W.F. Bowker¹⁹ provide a section devoted to British Columbia, entitled "Law, Politics and Justice in Frontier Communities". Another section devoted primarily to Alberta, entitled "Legal and Social Problems in Urban Society", contains contributions by Terry Chapman,²⁰ Elizabeth Langdon²¹ and Peter Sibenik,²² while the concluding twenty one pages of the volume provide a valuable "Bibliography of the Legal History of Western Canada", compiled and introduced by Janice Dickin McGinnis.²³

¹⁰Parker, *supra*, note 5 at 29.

¹¹L.A. Knafla, ed., *Law & Justice in a New Land: Essays in Western Canadian Legal History* (Toronto: Carswell, 1986) [hereinafter *Law & Justice*].

¹²Parker, *supra*, note 5.

¹³in *Law & Justice, supra*, note 11, 31.

¹⁴"From Indian Title to Aboriginal Rights" in *Law & Justice, ibid.*, 81.

¹⁵"The Queen's Promises" in *Law & Justice, ibid.*, 101.

¹⁶"Indian Resource Rights and Constitutional Enactments in Western Canada, 1871-1885" in *Law & Justice, ibid.*, 129.

¹⁷"The Struggle for the Supreme Court: Law and Politics in British Columbia, 1871-1885" in *Law & Justice, ibid.*, 167.

¹⁸"The Administration of Criminal and Civil Justice in the Mining Camps and Frontier Communities of British Columbia" in *Law & Justice, ibid.*, 215.

¹⁹"The Sproule Case: Bloodshed at Kootenay Lake, 1885" in *Law & Justice, ibid.*, 233.

²⁰"Male Homosexuality: Legal Restraints and Social Attitudes in Western Canada, 1890-1920" in *Law & Justice, ibid.*, 277.

²¹"Female Crime in Calgary, 1914-1941" in *Law & Justice, ibid.*, 293.

²²"Points of Departure: Urban Relief in Alberta, 1930-1937" in *Law & Justice, ibid.*, 313.

²³"Bibliography of the Legal History of Western Canada" in *Law & Justice, ibid.*, 333.

The contributions to this volume are thoroughly researched, well thought-out and, on the whole, delightful reading. The authors admirably refuse to "theorize" the facts, withstanding the temptation to subsume events, persons or struggles under grand theories of "human progress", "economic determinism" or "structural constraint". Much painstaking work with primary materials is manifest in the efforts of most of the contributors, and whether the technique involves the reconstruction of litigation histories (Sanders, Bowker), an investigation of official records or correspondence relating to larger legal and political issues (Bankes, Foster, Williams, Chapman, Sibenik), or a "snapshot" analysis of police records in discrete periods (Langdon), there can be little doubt that the histories so constructed add significantly to our knowledge. Overall the reader is likely to come away from the volume wishing that the authors had written more on their topics, rather than criticizing their diligence in making history. There are, however, very real limits on what can reasonably be expected of the essay format. As it stands, this collection of essays comes to 332 pages (excluding Janice Dickin McGinnis' bibliography) and it would be unrealistic to call for significantly expanded treatment of any of the topics addressed.

As a matter of methodology, however, there is an important point of perspective which is largely unaddressed in the volume. This is the perspective of "history from the bottom up" (or even history *of* the bottom). *Law and Justice in a New Land* remains largely a collection of histories of local elites, of legislative sequences — histories compiled from the records and accounts of the rulers rather than the ruled. While this is most apparent in the essays on aboriginal "issues",²⁴ it is true also of other sorts of issues canvassed by the authors.

Among the essays on aboriginal and Indian rights, Thomas Flanagan's "From Indian Title to Aboriginal Rights" is a valuable explanation of successive models of recognition of aboriginal claims from the perspective of European law and N.D. Bankes' "Indian Resource Rights and Constitutional Enactments in Western Canada, 1871-1930" provides a more specific focus on "[a] series of major constitutional enactments [which] affected the land, water and non-renewable mineral resource rights of Indians in western Canada".²⁵ Both are thoughtful, well-researched contributions to Canadian legal history yet ultimately fail to offer the broader insights which might be expected from a technique of history from the bottom up, for example, the sort of insight which might have been obtained by extrapolating from Dee Brown's *Bury My Heart at Wounded Knee*²⁶ (a history *of* the bottom) into

²⁴The "land" was "new" only to Europeans. "Law" existed before British/Canadian conquest and in many pluralities thereafter. "Justice" is not exclusively a European concept.

²⁵Bankes, *supra*, note 16 at 129.

²⁶(New York: Holt, Rinehart & Winston, 1970).

a fuller exploration of the dialectics of class, space, and race relations in a period of European subjugation of aboriginal peoples.

"The Queen's Promises" by Douglas Sanders does address the issue of Indian rights litigation from the Indian side of the courtroom but even here focusses largely on the activities of white lawyer Fwe's.²⁷ The essay is an invaluable account of the background of the *Wesley*²⁸ and *Samson Band*²⁹ cases, which draws extensively on the private papers of John Laurie, a non-Indian spokesperson for Indian causes, as well as on records of Parliamentary debates, contemporary newspaper accounts and oral history sources. Sanders contextualizes the legal events nicely, contrasting the test case nature of *Wesley* with the political mobilization which accompanied *Samson Band*. Even here, however, aboriginal peoples appear at best as pale shadows in the background, a peripheral chorus to prominent actors and actresses who are Fwe's, judges or politicians.

Similar criticisms may be directed at other essays in the volume. Hamar Foster's elegant treatment of the struggle for the British Columbia Supreme Court is largely about intra-elite manipulations, while David Ricardo Williams' invaluable treatment of the conquest of B.C. frontier communities by British colonial justice assumes widespread value consensus and offers no investigation of local views or of the norms of ordinary people. The assumption may or may not be valid but much recent research suggests it merits further investigation.³⁰

Similarly, the contributions of W.F. Bowker and Terry Chapman, on the *Sproule*³¹ case and prohibitions of homosexual behaviour respectively, involve interesting tales well-told but — perhaps because of space limitations — stopping short of the interpretive contributions their work would seem to support. Both are largely functionalist in orientation, at least to the extent of offering analyses which give minimal treatment to value/interest

²⁷The term "Fwe" is an acronym of derogatory connotation which has entered the vocabulary of Canadian aboriginal lobbyists. It refers to 'fucking white experts'.

²⁸*R. v. Wesley* (1932), 26 Alta. L.R. 433, [1932] 2 W.W.R. 337, 58 C.C.C. 269 (C.A.).

²⁹*Reference Re Section 9 of the Indian Act* (1957), 7 D.L.R. (2d) 745, [1957] 21 W.W.R. 455 (Alta. Dist. Ct.)

³⁰See generally B. Wright, *The Ideological Dimensions of Law in Upper Canada* (Jurisprudence Centre Working Paper, Carleton University, 1986) [unpublished]; H. Kaye, *supra*, note 8; K. Economides, *The Spatial Analysis of Legal Systems - Towards a Geography of Law* (Access to Justice in Rural Britain Project Working Paper 3, University of Exeter, 1985) [unpublished] at 16-17. See generally M.R. Goode, "Law Reform Commission of Canada - Political Ideology of Criminal Process Reform" (1976) *Can. Bar Rev.* 653; C. Reasons & R. Rich, *The Sociology of Law: A Conflict Perspective* (Toronto: Butterworths, 1978).

³¹*Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140.

conflicts. The notion of “moral panic”³² in particular might offer a useful explanatory framework in approaching Canadian concerns about “wild west” justice and homosexuality respectively.

Elizabeth Langdon’s analysis of female crime in Calgary in 1914 and 1941 provides valued empirical evidence in support of feminist historical interpretation, while Peter Sibenik’s account of the creation of centralized urban relief in Alberta during the depression does much to dispel simplistic interpretations of Alberta history as a progressive march of ever more vicious right-wing ideology. Both authors however rely almost exclusively on the documentary sources of officialdom (police crime records for Langdon, legislative sequences for Sibenik), which has the effect of reducing the real, living, breathing human objects of legal action to abstract, decontextualized “cases” or “masses”. Thus, an investigation of the views, politics and power of women in subordinate classes would have been a valued addition to Langdon’s analysis,³³ while Sibenik’s comforting conclusion that “[t]he state provided most urban residents of the province with sufficient resources to cope comfortably with unemployment in the 1930’s”³⁴ surely needs to rest on a more secure foundation than legislative histories. The notorious gap between law in the books and law in action is a central problem in the sociology of law³⁵ and the relationships between the demands of the deprived and the effects of state action at the impact level require exploration.

To make the general point that the book could have profited from the inclusion of a larger dosage of “history from below” does not however derogate from the very great merit of *Law & Justice in a New Land*. The editor and essayists have made a most significant contribution to Canadian legal history both in their own right and as counterweights to the generally “Ontariocentric” orientation of the discipline thus far. The individual essays as well as Knafla’s contribution on the common law tradition in Western Canada are superbly crafted. The book should be read by everyone — perhaps especially central Canadians — with an interest in law in Canadian history.

³²E.g., S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers* (Oxford: Martin Robertson, 1972).

³³Even in patriarchal societies, women should not be assumed to be powerless. See A. Duffy, “Reformulating Power for Women” (1986) 23 Can. Rev. of Soc. and Anthro. 22.

³⁴Sibenik, *supra*, note 22 at 332.

³⁵See, e.g., D. Nelken, “The ‘Gap’ Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review” (1981) 1 Windsor Y.B. Access Just. 35.