

## BOOK REVIEWS

---

### COMPTES RENDUS

*Continuing Canadian Constitutional Dilemmas [:] Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada.* Par W. R. Lederman. Toronto: Butterworths, 1981. Pp. xiii, 442.

*Le partage des pouvoirs.* Par Gérald A. Beaudoin. Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1980. Pp. xix, 432.

#### Introduction.

Pour éviter toute méprise, il faut le dire et le souligner dès le départ: les commentaires suivants ne sont pas d'un juriste ou d'un constitutionnaliste analysant deux ouvrages de collègues réputés dans sa propre discipline professionnelle. N'étant ni l'un ni l'autre, mes propos seront ceux d'un "consommateur" de cette science plutôt que ceux d'un "producteur" ou d'un "fabricant" de la "science constitutionnelle"; au surplus, ceux d'un "consommateur" inscrit dans un contexte bien précis, celui du Parlement, et lui-même engagé dans le débat constitutionnel, notamment au cours de la phase 1980-82 de ce débat.

Ainsi s'explique que j'aie finalement renoncé à l'analyse globale des deux ouvrages qui m'étaient effectivement demandée. J'aborderai leur étude d'un point de vue plus étroitement circonscrit et je m'en tiendrai aux passages ou chapitres où les auteurs évoquent des questions ou abordent des thèmes susceptibles, soit d'éclairer le débat constitutionnel en cours au moment de leur parution, soit d'interpréter les événements intervenus depuis lors ou ceux qui pourraient se produire dans l'avenir immédiatement prévisible.

Ainsi s'explique également que j'aie à ce point tardé à terminer ce texte censément destiné à être une simple recension. L'orientation que j'entendais lui donner exigeait que soit connue la réponse à certaines questions qui sont demeurées en suspens jusqu'au seuil de la présente année.

Dans cette perspective manifestement conjoncturelle, mes commentaires s'échelonneront sous les rubriques suivantes:

- I. Les questions constitutionnelles posées par le projet du 2 octobre 1980.
- II. La réponse des deux auteurs à ces questions;
- III. La réponse de la Cour suprême aux questions des provinces;
- IV. Les deux auteurs et le jugement de la Cour suprême;
- V. La conférence de novembre 1981 et les compromis qu'elle a engendrés;

## VI. Que nous réservent les lendemains du rapatriement?

Mais avant d'aborder ces questions, je me dois de dire aux deux auteurs, ne serait-ce que brièvement, tout l'intérêt qu'on trouvera à la lecture de leur ouvrage et tout le profit qu'on en tirera.

Le professeur Beaudoin l'indique lui-même dans son avant-propos,<sup>1</sup> son ouvrage n'a pas la prétention d'être un traité de droit constitutionnel. Son but est plus modeste. Cela n'est vrai, cependant, qu'en un sens: certes l'ouvrage ne couvre pas tout le champ du droit constitutionnel et se limite à l'étude du partage des pouvoirs au Canada; mais, outre le fait que ce domaine constitue l'un des principaux chapitres de notre droit constitutionnel, sinon le principal chapitre, la façon dont l'auteur l'explore et l'analyse confère à son ouvrage l'ampleur et la qualité d'un véritable traité. Un traité qui vient combler une lacune considérable aussi bien pour les non-juristes francophones et les étudiants en droit ou en sciences politiques qui disposaient jusqu'ici de relativement peu d'ouvrages en français sur le sujet, que pour les professeurs, praticiens ou magistrats de la science juridique qu'il aidera "à se retrouver plus facilement dans le labyrinthe des arrêts et renvois sur le partage des compétences au Canada."<sup>2</sup> Mais il y a plus que cette valeur purement utilitaire dans l'ouvrage du professeur Beaudoin. D'une part, en effet, il ordonne et inscrit les nombreux matériaux dont il devait tenir compte dans une problématique cohérente pour le présent; d'autre part, il en dégage des orientations qui ouvrent pour l'avenir la voie aux modifications et aux transformations susceptibles d'adapter le partage des pouvoirs dans la fédération canadienne aux nécessités des temps nouveaux.

D'une certaine façon, l'ouvrage du professeur Lederman engage le lecteur dans une voie similaire. Mais il le fait d'une toute autre manière, celle d'une sorte d'approfondissement des réflexions amorcées par le professeur Beaudoin. À partir de thèmes en apparence particuliers, mais analysés avec une subtilité que ne manque pas de souligner le professeur Corry dans la préface de l'ouvrage, le professeur Lederman nous confronte à des réflexions qui encouragent le dépassement ainsi que la considération des principes et des valeurs fondamentales dont on vit quotidiennement, mais dont on n'est pas nécessairement encore conscient.

Si différents qu'ils soient par leur facture et par leur style et sans doute à cause de leurs différences mêmes, les deux ouvrages se complètent l'un et l'autre. Telle est du moins l'impression qui s'est dégagée de leur étude simultanée et de leur confrontation.

---

<sup>1</sup> Voir G. Beaudoin, *Le Partage des pouvoirs* (1980), à la p. ix.

<sup>2</sup> *Ibid.*

### I. Les questions constitutionnelles posées par le projet du 2 octobre 1980

Il n'est point besoin ici de raconter tous les événements qui ont entouré le référendum de mai 1980, notamment, l'engagement solennel pris par le Premier ministre Trudeau auprès de ses compatriotes québécois de renouveler le fédéralisme canadien s'ils optaient pour le *Non*. Rappelons seulement que, dès le lendemain de ce référendum, M. Trudeau et ses acolytes se sont affairés à engager rapidement un processus destiné présumément à remplir la promesse faite au peuple québécois: dès la fin de mai, tournée éclair des provinces par le Ministre de la justice; puis conférence des premiers ministres en juin pour établir l'ordre du jour des pourparlers à venir; nombreuses conférences des ministres responsables du dossier durant l'été; et finalement, en septembre, nouvelle conférence des premiers ministres destinée à mettre au point un projet acceptable pour les deux ordres de gouvernement.

Deux bilans contradictoires ont été tirés au terme de cette conférence au sommet: pour le président de la conférence des premiers ministres des provinces, des progrès considérables avaient été accomplis qui devraient être parachevés à une conférence ultérieure en janvier 1981; pour le Premier ministre du Canada, constat d'échec total et d'impasse, à partir de quoi, après consultation de son cabinet et de son caucus, il aviserait quant aux actions à entreprendre par la suite. La suite, ce fut le projet annoncé spectaculairement le 2 octobre, et présenté le 6 octobre à un Parlement convoqué à cet effet une semaine plus tôt que prévu.

Pour ceux qui ont suivi le débat constitutionnel depuis une quinzaine d'années et observé les comportements du Premier ministre Trudeau au cours de cette période, sa proposition que le Parlement procède unilatéralement n'était pas, à vrai dire, surprenante. À diverses reprises, il avait lui-même évoqué de façon plus ou moins voilée cette possibilité, notamment au cours des pourparlers de 1975-76; à l'époque, pour le Premier ministre Bourassa tout au moins, la menace et le danger d'un rapatriement unilatéral étaient à ce point réels qu'il en fit l'un des deux motifs majeurs de l'élection prématurée de novembre 1976, afin de solliciter du peuple québécois un mandat clair dans les négociations prévues avec le fédéral à la suite du consensus intervenu entre les provinces sur plusieurs modifications importantes à la présente constitution.

Mais ce n'est pas seulement le caractère unilatéral de l'action proposée au Parlement qui a étonné les observateurs, c'est plutôt la nature et l'ampleur des changements associés au rapatriement ainsi effectué unilatéralement. Que le projet du 2 octobre 1980 aie eu un caractère sans précédent, le Premier ministre lui-même en était parfaitement conscient. L'argument des 54 ans d'échec dont il se servait abondamment pour justifier la

procédure proposée révélait et illustre que le projet était en rupture avec la tradition.

Point n'est besoin d'entrer ici dans les détails du projet. Rappelons simplement qu'il ne proposait pas uniquement de rompre le dernier "lien colonial" qui rattachait encore le Canada au Royaume-Uni par la simple abrogation des articles pertinents du *Statute of Westminster*.<sup>3</sup> Il était manifeste que le projet utilisait le lien colonial encore existant pour mettre en place une procédure permanente d'amendement constitutionnel qui donnait au Parlement un pouvoir extraordinaire de renverser via un référendum l'opposition des provinces à un amendement quelconque relativement au partage des pouvoirs: le Premier ministre a souvent dit qu'il s'agissait là d'un élément majeur de son projet dont il s'est fait lui-même le théoricien et à propos duquel il a employé l'expression *dead-lock breaking mechanism*. Il était manifeste que le projet inscrivait, dans l'opération du rapatriement ainsi conçu, des changements majeurs de substance dans les compétences législatives des deux ordres de gouvernement, le plus significatif de ces changements ayant pour objet une charte constitutionnelle des droits.

Telle était donc la signification du projet Trudeau de l'automne 1980. Il posait du point de vue constitutionnel, deux questions fondamentales:

1. D'une part, le Parlement canadien pouvait-il légitimement procéder unilatéralement à l'adoption de la résolution soumise?
2. D'autre part, le Parlement du Royaume-Uni devait-il légiférer automatiquement dans le sens indiqué par la résolution du Parlement canadien?

## II. La réponse des deux auteurs à ces questions<sup>4</sup>

Compte tenu de la date à laquelle les deux auteurs ont vraisemblablement terminé la rédaction de leur ouvrage, on comprend qu'ils n'aient pas eu le loisir d'élaborer longuement sur la "constitutionnalité" du projet du 2 octobre. L'un et l'autre avaient, cependant, exposé bien auparavant les jalons doctrinaux susceptibles de fonder une opinion de leur part sur le sujet. Le professeur Lederman, au chapitre 28 de son livre, se prononce sur le projet. Il en est de même du professeur Beaudoin qui consacre la majeure partie du chapitre 16 de son ouvrage à la question de l'amendement

---

<sup>3</sup> *The Statute of Westminster, 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (U.K.), (R.S.C. 1970, App. II, No 26).

<sup>4</sup> Dans cette partie, on s'en tiendra, il va de soi, à la version d'octobre 1980 du projet, la rédaction finale des deux ouvrages considérés ayant manifestement été terminée bien avant que le projet ait été modifié par divers amendements adoptés par le Parlement au printemps de 1981. D'ailleurs, ces amendements n'en ont pas changé la substance "constitutionnelle" comme le souligne la Cour suprême dans le verdict même qu'elle a rendu.

constitutionnel. C'est dans le cadre de cette analyse qu'il exprime son opinion sur le sujet qui nous intéresse.

A. *Le Sénat et la Chambre des communes pouvaient-ils engager le processus de rapatriement sur la base du projet soumis sans le consentement des provinces?*

La réponse du professeur Lederman est catégorique:

The Trudeau Government now proposes two types of basic constitutional change — the special entrenchment of certain specified human rights and freedoms, and also new methods for amending the basic elements of our constitution in Canada. In my opinion, both changes directly affect federal-provincial relationships and so require not only the approval of the Parliament of Canada but as well the agreement of all the Provincial Governments.<sup>5</sup>

Et il fonde cette opinion sur les motifs suivants:

I can now spell out the reasons why I consider these proposed changes to be contrary to constitutional law. The method of instituting them should comply with the fourth Favreau principle requiring *unanimous consent of the Provinces* as well as of the Parliament of Canada. To get new methods of amendment you have to employ the old method of amendment one last time. To my mind, *the rule of law itself* requires this element of continuity. Moreover, the present requirement for unanimity has been supported by high authority. The fourth Favreau White Paper principle was quoted with approval by the Supreme Court of Canada in the *Senate Reference Case*, December 21, 1979, though this case did not concern directly the situation that confronts us now, involving as it does the British Parliament as well as the Canadian Parliament.

So, whether I am right or wrong, there are good grounds for considering the proposed *Constitution Act, 1980* to be unconstitutional. I suspect that at some point the issue will have to go to court, because such uncertainty has to be cleared up and this is the only way to do it.<sup>6</sup>

Pour le professeur Beaudoin, la nécessité du recours aux tribunaux s'imposait également. Après avoir rappelé qu'il y a plus d'une école de pensée sur la question du rapatriement unilatéral et résumé la thèse des deux principales d'entre elles, il conclut effectivement qu'"[i]l reviendra aux Cours à se prononcer dans ce débat fondamental."<sup>7</sup> Mais il ajoute immédiatement:

Dans nos *Essais sur la Constitution* nous avons écrit qu'en *droit strict* le rapatriement sans l'accord unanime des provinces était possible. Il y a plus d'une forme de rapatriement.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> W. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas[:] Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada* (1981), à la p. 441 [nos italiques].

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p. 442 [nos italiques].

<sup>7</sup> Beaudoin, *supra*, note 1, à la p. 357.

<sup>8</sup> *Ibid.* [nos italiques].

Dans les *Essais* en question, je relève les passages suivants où cette opinion se serait exprimée, les seuls, sauf erreur, où elle l'aurait été.

En *droit strict*, Ottawa pourrait procéder au rapatriement unilatéral même si de nombreux précédents et une certaine convention ou pratique constitutionnelle vont à l'encontre.<sup>9</sup>

Il n'est pas certain que les Chambres législatives fédérales voteraient une Adresse si le Québec s'y opposait fermement. Un rapatriement unilatéral à ce stade-ci apparaît mal indiqué.

La demande à Londres doit-elle être précédée du consentement *unanime* des provinces? En droit strict, ce consentement n'est pas obligatoire. Les auteurs semblent s'accorder sur ce point tandis que la jurisprudence est muette, les cours n'ayant pas été saisies de la question. Mais, bien sûr, la formule d'amendement étant une des pièces maîtresses de la Constitution, on n'imagine guère qu'une seule partie puisse en dicter le contenu. Ce serait aller carrément à l'encontre de l'esprit même du fédéralisme sur les bases duquel on voudrait bâtir un nouveau pays. Absolument rien ne laisse croire qu'il pourrait même en être question. Si pareille menace a déjà pu exister (ce qui à mon avis est fort discutable), il ne saurait plus en être question. Quand M. St-Laurent en 1949 procéda unilatéralement à un mini-rapatriement, il prit soin d'excepter les articles 91 à 95, 133, 20 et 50 qui sont très importants et déclara que si jamais on mettait au point une formule générale d'amendement, il consentirait à remettre en question l'amendement de 1949.<sup>9a</sup>

Pour le professeur Beaudoin, le projet de résolution tel que proposé aurait-il été, en *droit strict*, constitutionnel, malgré l'opposition d'une majorité de provinces? Nous avons souligné le mot *unanime* dans le deuxième des textes cités. L'emploi de ce terme signifie-t-il qu'en *droit strict* l'unanimité des provinces n'est pas requise, mais que l'accord d'une majorité d'entre elles le serait? Sauf erreur, il n'y a pas de réponse à cette question cruciale dans les deux ouvrages du professeur Beaudoin.

Sur ce point spécifique du degré de consentement requis de la part des provinces, le professeur Lederman se prononce sans équivoque comme on l'a vu dans les passages cités. À son avis, la règle de l'unanimité au Canada fait partie intégrante de notre "loi constitutionnelle" présentement en vigueur: "[W]e are under the rule of unanimity now in this respect by virtue of the existing request and consent rules."<sup>10</sup> Faute de cet accord unanime, le projet aurait été "unconstitutional... and by 'unconstitutional' I mean contrary to our present constitutional law."<sup>11</sup>

B. *Advenant que le projet suive au Canada le cours tracé par le gouvernement, le Parlement de Westminster aurait-il l'obligation de l'entériner purement et simplement?*

<sup>9</sup> Voir G. Beaudoin, *Essais sur la Constitution* (1979), à la p. 25 [nos italiques].

<sup>9a</sup> *Ibid.*, à la p. 442 [nos italiques].

<sup>10</sup> Lederman, *supra*, note 5, à la p. 85.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 438.

Sur ce point, la position du professeur Beaudoin ne semble pas particulièrement ferme, au moins dans le *Partage des pouvoirs*:

Le parlement londonien sur le plan de l'amendement de l'Acte de 1867 a toujours pleins pouvoirs. En pratique le Parlement du Royaume-Uni accède à une demande fédérale. Une convention constitutionnelle l'invite à agir.

[Mais] [c]eci ne veut pas dire qu'il a toujours agi de façon automatique.<sup>12</sup>

Et il conclut de nouveau que la Cour aura à se prononcer là-dessus.

Quant au professeur Lederman dans le chapitre 5 de son ouvrage où il traite du *Process of Constitutional Amendment for Canada* et qui a d'abord été publié en 1966-67 précisément dans le *McGill Law Journal*, il s'exprime de la façon suivante:

With all due respect to both groups of opponents of the Fulton-Favreau Formula, it does seem that some of them must be harbouring the hope that there might be circumstances in which they could persuade the British Government and Parliament to amend the Constitution of Canada respecting the distribution of legislative powers in disregard of the convention requiring unanimous consent of the provinces before the Canadian Parliament requests such an amendment. I do not think the present convention permits the British Government and British Parliament to override any provincial dissent in this type of constitutional matter. In the face of any provincial dissent, I think the present convention requires that the British Government and Parliament do nothing, simply regarding the request from the Canadian Parliament in these circumstances as improper, *that is as unconstitutional or illegal*. It would be intolerable reversion to colonial status to suggest that the British Government or Parliament could be or should be involved in any substantial way in decision-making as to whether or not to modify the federal distribution of legislative powers in Canada. If they were asked to override provincial dissents in this type of matter, they would be substantially involved.<sup>13</sup>

En d'autres termes, il y a une sorte de concordance directe ou de complémentarité entre ce qui doit se faire au Canada et ce qui doit se faire à Londres. Sans doute Westminster doit-il, par convention, agir selon ce qui lui est proposé par le Parlement canadien, mais cela suppose que le Parlement canadien lui-même a procédé dans le respect de la convention en vigueur au Canada même.

Tout compte fait, sur les deux questions fondamentales soulevées par la démarche unilatérale du Parlement canadien que proposait à l'époque le gouvernement fédéral, Messieurs Beaudoin et Lederman apportaient en octobre 1980, des réponses pour le moins discordantes, sinon diamétralement opposées. Mais l'un et l'autre s'accordaient sur un point: ils reconnaissaient tous deux qu'il appartenait aux tribunaux de trancher le débat.

<sup>12</sup> Beaudoin, *supra*, note 1, aux pp. 355-6.

<sup>13</sup> Lederman, *supra*, note 5, à la p. 86 [nos italiques].

Tel n'était pas le point de vue du gouvernement fédéral à la même date: il en avait la conviction, sa démarche était légale; au surplus, il y avait assez longtemps (54 ans) que le problème du rapatriement habitait les consciences canadiennes (comme si tous les canadiens n'en dormaient plus depuis 1927); il fallait donc procéder sans délai et ainsi de suite.

Dispensons-nous de raconter ici en détail les phases à travers lesquelles on aura fait passer la "conscience collective" pour en arriver finalement au printemps de 1981:

— Le débat aux Communes et au Sénat pour référer à un Comité mixte des deux chambres le projet de résolution, débat qui s'est terminé par l'application du règlement de clôture;

— Les travaux du Comité mixte dont le rapport a été finalement soumis le 13 février 1981, travaux jalonnés de nombreuses discussions de procédure, notamment au sujet de la télédiffusion des séances, de l'invitation à divers groupes à présenter leurs vues sur le projet devant le Comité, *etc.*;

— La publication en janvier 1981 par le *Foreign Affairs Committee* de la Chambre des communes britannique d'un rapport intitulé: *British North America Acts: The role of the Parliament*; la thèse soutenue dans ce rapport correspondait sensiblement à celle du professeur Lederman dont nous avons fait état; pour la réfuter, le Ministre de la justice du Canada devait publier en mars, une brochure intitulée: *Le rôle du Royaume-Uni dans la Constitution canadienne*, ce qui a amené le *Foreign Affairs Committee* à rectifier dans un second rapport certaines interprétations faites par le Ministre de la justice du rapport initial;

— Le débat aux Communes et au Sénat sur le rapport du Comité et la présentation d'une nouvelle version du projet de résolution comportant un certain nombre d'amendements au projet initial;

— Le recours de trois provinces à leurs cours d'appel respectives pour soumettre certaines questions relatives à la constitutionnalité du projet de résolution, et la référence à la Cour suprême des décisions rendues par les trois cours d'appel;

— L'accord signé le 16 avril par huit provinces sur un projet de rapatriement comportant exclusivement le rapatriement proprement dit et une formule générale d'amendement.

Tous ces événements et tous ces facteurs ont certainement joué un rôle pour amener, en fin de compte, le Premier ministre Trudeau à "capituler" et à consentir à ce que le Parlement suspende son vote final sur la résolution, et attende la décision de la Cour suprême sur la constitutionnalité.



### III. La réponse de la Cour suprême aux questions des provinces

Notons tout d'abord que la Cour suprême ne se prononce pas sur le "bien-fondé" du projet, mais exclusivement sur les questions qui lui ont été soumises et qui ne portaient pas sur celui-ci.

Rien dans [les] motifs [exposés] ne doit être interprété comme une approbation ou une condamnation du projet de formule de modification, de la *Charte des droits et libertés* ou de l'une quelconque des dispositions dont l'adoption est recherchée. Les questions soumises à cette Cour ne requièrent pas qu'elle approuve ou condamne le contenu de ce qu'on a appelé 'la proposition globale'.<sup>14</sup>

Le Manitoba et Terre-Neuve ont posé trois questions identiques à la Cour suprême.<sup>15</sup> Le Québec, par contre, a inscrit dans la formulation de ses questions des nuances importantes qu'il faudra souligner.

A. *Une première réponse: le projet de résolution porterait atteinte à l'autorité législative des législatures et au statut ou rôle des législatures ou gouvernement provinciaux au sein de la fédération canadienne*

La première question posée par Terre-Neuve et le Manitoba était la suivante:

1. L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le 'Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada' aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?<sup>16</sup>

Celle du Québec se formulait comme suit:

A. La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981 si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) *au statut ou rôle* des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?<sup>17</sup>

La réponse de la Cour suprême a été unanimement affirmative aux deux questions. À cette réponse affirmative, la Cour apporte cependant la précision que voici:

---

<sup>14</sup> *Constitutional Amendment References 1981* (1981) 39 N.R. 1, à la p. 103.

<sup>15</sup> Terre-Neuve y a ajouté une quatrième question, mais il ne nous semble pas nécessaire d'en faire état dans le cadre du présent article.

<sup>16</sup> Voir *supra*, note 14, à la p. 58.

<sup>17</sup> *Ibid.*, à la p. 59 [nos italiques].

Répondre simplement par “oui” à la question 1 et à la question A suffit dans les deux cas, même si la question 1 soulève aussi le point de savoir “à quel(s) égard(s)” cela aurait un effet sur les relations fédérales-provinciales et les pouvoirs, les droits ou les privilèges provinciaux. Les procureurs ont convenu que si cet aspect de la question 1 devait être exploré, cela amènerait la Cour et eux-mêmes à entrer beaucoup trop dans les détails; pour l’instant, une réponse affirmative au point principal de la question satisfait toutes les parties en cause.<sup>18</sup>

Nonobstant cette mise au point qui semble limiter la portée de la décision sur cet aspect du projet de résolution au seul constat qu’il a “un effet sur les relations fédérales-provinciales, *etc.*,” il y a lieu de noter au passage qu’en répondant “oui” à la deuxième partie de la question québécoise, la Cour s’est trouvée à préciser que cet effet ne portait pas seulement sur “les pouvoirs, droits ou privilèges” des provinces, mais aussi sur leur *statut* au sein de la fédération canadienne.

Au surplus, la Cour elle-même souligne quelle serait l’ampleur de cet “effet” dans l’exposé des motifs de la réponse majoritaire donnée à la question 2:

Alors que si le projet de *Charte des droits* devenait loi, chacun des chefs de compétence législative provinciale (et fédérale) pourrait être touché. *En outre, la Charte des droits aurait un effet rétrospectivement de même que prospectivement de sorte que les lois édictées par une province à l’avenir de même que celles édictées dans le passé, même avant la Confédération, seraient susceptibles d’être attaquées en cas d’incompatibilité avec les dispositions de la “Charte des droits”.* Cette *Charte* diminuerait donc l’autorité législative provinciale sur une échelle dépassant l’effet des modifications constitutionnelles antérieures pour lesquelles le consentement des provinces avait été demandé et obtenu.<sup>19</sup>

Il n’y avait donc aucun doute pour tous les juges de la Cour suprême: le projet de résolution portait atteinte à l’autorité législative des législatures et au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne.

B. *Une deuxième réponse à plusieurs volets: la constitution canadienne n’habilite, ni par statut ni par convention, le Sénat et la Chambre des communes à faire modifier la constitution canadienne; elle les habilite à le faire néanmoins, du point de vue juridique.*

C’est en réponse à la question B du Québec que la Cour prononce ce jugement en apparence paradoxal, du moins pour des non-juristes.

Question B — La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l’assentiment des provinces et malgré l’objection de plusieurs d’entre elles de façon à porter atteinte:

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 69.

<sup>19</sup> *Ibid.*, à la p. 245 [nos italiques].

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?<sup>20</sup>

Réponses:(i)a) par statut, non;

b) par convention, non.

Le juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.

c) du point de vue juridique, oui. Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "non".

(ii) a) par statut, non;

b) par convention, non. Le juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.

c) du point de vue juridique, oui. Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "non".

La même réponse est substantiellement donnée, mais de façon apparemment moins paradoxale, à la question 3 de Terre-Neuve et du Manitoba.

Question 3 — Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?<sup>21</sup>

Réponse: — Pour les motifs donnés en réponse à la Question 2, du point de vue de la convention constitutionnelle, oui. Le juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient "non".

— Du point de vue juridique, non. Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient oui.

Sur quoi donc se fonde cette "habilité juridique" du Sénat et de la Chambre des communes qu'aucun statut ou convention ne leur octroie? Sur le fait qu'en ce qui les concerne, il ne s'agit formellement que d'une résolution et sur le fait qu'ils ont tout pouvoir d'adopter des résolutions quel qu'en soit l'objet ou la substance.

Voici ce qu'on peut lire dans May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (1976, 19e éd.), un traité majeur sur la procédure parlementaire britannique (à la p. 382):

(Traduction) Lorsqu'une question est approuvée, elle prend soit la forme d'un ordre ou d'une résolution de la Chambre. Ces deux termes sont utilisés dans les

<sup>20</sup> *Ibid.*, à la p. 59.

<sup>21</sup> *Ibid.*, à la p. 58.

procès-verbaux de la Chambre pour toutes les propositions sur lesquelles il y a accord, et l'application du terme est soigneusement réglementée selon la teneur de la proposition. Par ses ordres, la Chambre dirige ses comités, ses membres, ses fonctionnaires, le déroulement de ses propres procédures et les actes de toutes les personnes visées; par ses résolutions, la Chambre énonce ses propres opinions et ses buts.

On retrouve ce passage presque textuellement dans Beauchesne, *Parliamentary Rules and Forms* (1978, 5e éd.), à la p. 150. La *Loi sur le Sénat et la Chambre des Communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4 et 5, renforce ce que dit l'art. 18 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, modifié en 1875.

La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative provinciale procède est dans chaque cas une question d'auto-définition, sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes.<sup>22</sup>

Aussi la Cour conclut-elle:

*L'élément central ici est l'autorité totale en droit des deux chambres fédérales de mener comme elles le veulent leurs propres procédures et donc d'adopter la résolution qui doit être soumise à sa Majesté pour que le Parlement du Royaume-Uni y donne suite. Que ce soit par son texte ou par implication, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne régit pas ce pouvoir ni n'exige qu'il soit assujéti à la sanction provinciale. Le Statut de Westminster ne l'impose pas non plus. Au mieux, il laisse les choses comme elles l'étaient avant son adoption. L'évolution qui a suivi est sans effet sur la situation juridique.*<sup>23</sup>

En somme, c'est au titre de la pure procédure et en l'absence de statut ou de convention le prohibant, que le Sénat et la Chambre des communes peuvent du point de vue juridique adopter valablement le projet de résolution en cause, abstraction faite de sa substance et quel qu'en soit l'objet. Heureusement la Cour ne s'en est pas tenue au point de vue juridique ainsi défini par la seule procédure. Elle a aussi abordé la question importante de la substance: une démarche unilatérale du Sénat et de la Chambre des communes auprès du Parlement du Royaume-Uni par l'intermédiaire de la Reine pour rapatrier la constitution et la modifier radicalement est-elle ou n'était-elle pas constitutionnelle?

*C. La Cour prononce l'inconstitutionnalité du projet de résolution du point de vue de la convention constitutionnelle*

C'est par une majorité de six juges contre trois que la Cour suprême aura inscrit une décision véritablement historique dans notre jurisprudence constitutionnelle par la réponse qu'elle a donnée à la question 2 du Manitoba et de Terre-Neuve.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> *Ibid.*, à la p. 81.

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 104 [nos italiques].

<sup>24</sup> De même qu'à l'aspect conventionnel de la question B du Québec, *supra*, note 20.

2. Y a-t-il une *convention constitutionnelle* aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

OUI.<sup>25</sup>

Plus explicitement, comme il est dit en conclusion à l'exposé des motifs de la décision:

Sans exprimer d'opinion sur son degré, nous en venons à la conclusion que le consentement des provinces du Canada, est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine relativement à la Constitution du Canada" et que l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle au sens conventionnel.<sup>26</sup>

À la rigueur, il pourrait suffire, dans le cadre que nous nous sommes tracés, de rapporter ainsi la décision de la Cour sur cette question. Mais on ne saurait déceimment passer sous silence l'importance en elle-même d'une telle décision, et son importance encore plus grande dans la conjoncture où elle a été rendue, l'une et l'autre largement illustrées par la portée du projet constitutionnel et l'ampleur des débats qui avaient amené l'intervention de la Cour.

On ne saurait non plus, passer sous silence la qualité de l'exposé des motifs sur lesquels la décision s'est fondée: qualité de l'analyse, il va sans dire; mais aussi qualité pédagogique, si l'on peut employer un tel qualificatif à propos d'un texte de caractère juridique. L'intention manifeste de présenter les choses de façon didactique se révèle déjà dans le fait que la Cour s'est donnée la peine, ce qu'elle ne fait pas toujours, de structurer son exposé par l'emploi de sous-titres significatifs même pour des profanes. La même qualité pédagogique se révèle également dans le style même de l'exposé: clair et précis, il force en quelque sorte la compréhension.

D. *La Cour a-t-elle répondu à une question qui ne lui était pas explicitement posée: l'accord requis des provinces doit-il être unanime ou simplement "substantiel"?*

Dans les jours et les semaines qui ont suivi, on a interprété l'exposé des motifs de la décision de la Cour, comme si elle répondait effectivement à la question qu'on vient d'évoquer. Le professeur Lederman lui-même semblait de cet avis dans l'article qu'il publiait le 10 octobre 1981 dans le *Financial Post*:

---

<sup>25</sup> *Supra*, note 14, à la p. 258.

<sup>26</sup> *Ibid.*

The group of six judges then went on to refine the definition of the phrase "agreement with the provinces". They said this did not mean the agreement of *all* the provinces. One may speculate they mean that, at least, the agreement of a majority of the provinces containing a majority of the country's population is required. Or, they may have in mind some wider measure of consensus by some other test. In any event, the group of six, if one may so describe them, was *definite in finding that unanimous provincial consent is not required by the existing convention*.<sup>27</sup>

Mon analyse du jugement ne me conduit pas à une conclusion aussi catégorique que celle du professeur Lederman. Il me semble, au contraire, que la Cour a été attentive à ne pas se commettre explicitement quant au rejet de l'unanimité comme règle définissant le degré du consentement requis des provinces pour que soit respectée la convention dont elle déclare l'existence. Il subsiste au moins des doutes à cet égard.

Il est vrai que le passage suivant de l'exposé des motifs pourrait signifier que la Cour a rejeté l'unanimité.

Le procureur de la Saskatchewan convient que la question doit recevoir une réponse affirmative mais sur un fondement différent. Il soutient que la convention existe effectivement et qu'elle exige un certain degré d'accord provincial. Le procureur de la Saskatchewan soutient *en outre* que la résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial.

Nous devons dire tout de suite que nous sommes d'accord avec la position du procureur de la Saskatchewan sur ce point.<sup>28</sup>

Dans ce passage, à quoi se réfère cependant l'expression "sur ce point"? Se réfère-t-elle exclusivement au fait que la "résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial" ou à l'affirmation que la convention exige seulement "un certain degré d'accord provincial"? Il est vrai également qu'un autre passage semble indiquer que l'unanimité ne remplit pas l'une des trois conditions requises pour établir la convention.

Il semble clair que, bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que tous les acteurs dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité.<sup>29</sup>

Mais, à supposer qu'elles équivalent au rejet de l'unanimité, comment concilier les citations qu'on vient de rapporter avec le passage suivant, où la Cour semble bien formuler le *principe général* dont elle s'est inspirée?

Il ne convient pas que la Cour conçoive dans l'abstrait une *formule précise qui indiquerait en termes positifs* quel degré de consentement provincial est nécessaire pour que la convention soit respectée. Les conventions, de par leur nature, s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Financial Post*, 10 octobre 1981, à la p. 9 [nos italiques].

<sup>28</sup> Voir *supra*, note 14, à la p. 233 [nos italiques].

<sup>29</sup> *Ibid.*, à la p. 248.

<sup>30</sup> *Ibid.*, à la p. 253 [nos italiques].

En l'espèce, toutefois, les informations dont la Cour disposait lui indiquaient clairement que huit provinces s'opposaient au projet de résolution. Une telle donnée lui fournissait, "en termes négatifs", si l'on peut dire, une partie de la définition du degré spécifique de consentement requis. Aussi, conformément à son habitude de ne pas aller au-delà de ce qu'il faut dire pour régler un problème concret tel qu'il lui est posé, on comprend que, dans l'espèce, la Cour s'en soit remise à une sorte d'évidence "négative" de sens commun:

Il suffit que la Cour décide qu'*au moins* un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire et décide ensuite si la situation qu'on lui soumet y satisfait. En l'espèce l'Ontario et le Nouveau-Brunswick sont d'accord avec les projets de modification alors que les huit autres provinces s'y opposent. *Aucune norme concevable ne permettrait de penser que cette situation est à la hauteur.* Elle ne révèle nettement pas un degré d'accord provincial suffisant. On ne peut rien ajouter d'utile à cet égard.<sup>31</sup>

À mon sens, la Cour n'a pas voulu aller plus loin que cette sorte d'évidence "négative" que deux provinces ne suffisent pas. C'est pourquoi, me semble-t-il, elle insiste dans la conclusion citée pour affirmer que le consentement des provinces du Canada est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du projet de résolution, mais, *sans exprimer d'opinion sur son degré*. Si elle avait voulu exclure catégoriquement l'unanimité comme degré positivement requis, il me semble qu'elle l'aurait indiqué sans équivoque dans la conclusion même où elle déclare l'existence de la convention constitutionnelle.

Au surplus, même si l'on interprétait l'exposé de ses motifs dans le sens du rejet de l'unanimité, il resterait à savoir si parmi le nombre requis de provinces, certaines provinces devraient se trouver comprises, d'autres pouvant ne pas l'être. Autrement dit, la définition précise du degré de consentement provincial requis comporte-t-elle une double dimension qualitative et quantitative? Sans doute, toutes les provinces doivent-elles être placées sur le même pied du point de vue juridique; doivent-elles l'être également du point de vue de la convention?

E. *La Cour a-t-elle répondu implicitement à une question qu'on ne lui posait pas, mais qu'elle s'est posée à elle-même: le Parlement du Royaume-Uni a-t-il toute liberté d'adopter ou de ne pas adopter la législation proposée dans la "résolution canadienne"?*

Pour ce qui est de la liberté du Parlement du Royaume-Uni de légiférer ou de ne pas légiférer conformément à une résolution canadienne, la Cour en fait état lorsqu'elle aborde la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la partie B (l'aspect juridique) du renvoi du Québec.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

Il y a deux aspects généraux de l'affaire qui se divisent en plusieurs points distincts: (1) l'autorité des deux Chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les pouvoirs provinciaux et les relations fédérales-provinciales et (2) le rôle ou l'autorité du Parlement du Royaume-Uni de donner effet à la résolution. Le premier point porte sur la nécessité de détenir un pouvoir légal de déclencher le processus au Canada; le second porte sur l'existence ou le défaut d'un pouvoir légal aux mains du Parlement du Royaume-Uni pour donner effet à la résolution qui n'a pas reçu l'assentiment des provinces.<sup>32</sup>

Sur ce deuxième aspect, la Cour affirme d'abord que "l'autorité du Parlement britannique ou ses pratiques et conventions ne sont pas des affaires sur lesquelles cette Cour se permettrait de statuer."<sup>33</sup> Plus loin, cependant, discutant de "l'argument de l'acte direct-indirect", elle affirme ce qui suit:

[O]n confond la question du processus, qui est la question fondamentale en l'espèce, et celle de la compétence du Parlement britannique. La compétence de ce parlement est, pour les motifs déjà exposés, entière et il lui appartient à lui seul de décider d'agir et du mode d'action.<sup>34</sup>

Ces deux passages mis ensemble me paraissent justifier l'affirmation que la Cour elle-même reconnaît l'entière liberté du Parlement du Royaume-Uni d'agir ou de ne pas agir pour donner suite à une résolution canadienne. Il s'agit là d'un point majeur qu'il fallait souligner, ne serait-ce que pour situer dans une perspective correcte du point de vue juridique certains arguments avancés par le gouvernement fédéral au cours du débat sur la résolution.

#### IV. Les deux auteurs et le jugement de la Cour suprême

Deux questions se posent à ces propos: la première concerne les concordances ou discordances entre les opinions que les deux auteurs avaient exprimées sur la constitutionnalité du projet et le jugement de la Cour à cet égard; la seconde a trait à leurs réactions au jugement même de la Cour.

##### A. *Les deux auteurs avaient à la fois tort et raison, mais pas de la même manière ni sous le même rapport*

En statuant que le Sénat et la Chambre des communes avaient, du point de vue juridique, le pouvoir d'adopter le projet de résolution, la Cour semble bien avoir confirmé la position adoptée par le professeur Beaudoin qu'en "droit strict" la démarche unilatérale du Parlement canadien n'était pas "inconstitutionnelle". Le professeur Beaudoin n'ayant toutefois pas clairement expliqué ni la signification ni les fondements de sa théorie du "droit strict", on ne saurait dire si cette signification et les motifs sur lesquels il

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, à la p. 70.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, à la p. 95.



s'appuyait coïncidaient avec ceux de la Cour. À défaut d'une concordance, et dans la signification réelle et dans les motifs, prenons du moins acte de la coïncidence dans la conclusion et dans le verdict: "en droit strict" (version Beaudoin) et du point de vue juridique (version Cour suprême), le projet de résolution pouvait être "légalement" adopté par les deux Chambres. Sur l'aspect conventionnel, le professeur Beaudoin ne s'est pas prononcé, sauf pour exprimer, comme nous l'avons vu, des doutes sur l'existence de la convention et pour souhaiter à ce propos, une décision de la Cour.

Pour ce qui est du professeur Lederman, c'est sous l'angle de la convention constitutionnelle que la Cour confirme son opinion. Mais elle lui donne tort du point de vue juridique en refusant de reconnaître qu'une convention constitutionnelle puisse devenir une règle de droit. Elle lui fait, même à ce sujet, l'honneur de réfuter la thèse qu'elle lui attribue:

Le professeur Lederman s'appuie notamment sur une série de décisions déjà examinées, dont les motifs de sir Lyman Duff dans l'affaire des *Conventions de travail*. Il explique le saut de la convention à la loi comme s'il y avait une *common law* du droit constitutionnel qui tirerait son origine de la pratique politique. Ce n'est tout bonnement pas le cas. Ce qui est désirable comme limite politique ne se traduit pas en une limite juridique sans qu'il existe une loi ou un texte constitutionnel impératif. La position préconisée est d'autant plus inacceptable quand il dit qu'un acquiescement ou un consentement appréciable des provinces est suffisant. Bien que le professeur Lederman ne veuille pas donner un droit de veto à l'Île-du-Prince-Édouard, il en donnerait un à l'Ontario, au Québec, à la Colombie-Britannique ou à l'Alberta. Ce serait mettre les tribunaux dans une situation impossible.<sup>35</sup>

Que les règles énoncées dans le *Livre Blanc* publié en 1965 sous l'autorité du Ministre de la justice, l'honorable Guy Favreau, notamment celle que le Parlement canadien ne demandera pas à Londres d'effectuer une modification à la Constitution affectant les relations fédérales-provinciales sans le consentement des provinces, aient constitué effectivement des "règles de droit constitutionnel" aux yeux du professeur Lederman, la chose ne fait pas de doute. Ainsi, écrit-il dans l'un des deux articles auxquels se réfère précisément la Cour suprême:

There may be some doubts about the status of these rules. Are they full-fledged constitutional laws or are they something less? Are they merely political conventions of the constitution that do not have the force of law and which can, to some extent at least, be varied or disregarded? In my view *these rules are basic constitutional laws in every sense* and should be recognized as such by the governments and parliaments concerned, including the British.<sup>36</sup>

La Cour n'a pas accepté cette thèse. Mais dans sa réfutation elle affirme que "la position préconisée par le professeur Lederman est d'autant plus

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, à la p. 80.

<sup>36</sup> Voir Lederman, *supra*, note 5, à la p. 95 [nos italiques].

inacceptable quand il dit qu'un acquiescement ou un consentement appréciable des provinces est suffisant.<sup>37</sup> Là-dessus, avec tout le respect qui lui est dû, je dois dire que la Cour semble avoir confondu la position prise par le professeur Lederman quant à la procédure d'amendement en vigueur dans l'état actuel des choses, et celle qu'il prend quant à une nouvelle procédure d'amendement, la première procédure devant obligatoirement être employée pour mettre en place la seconde. Comme il l'indique lui-même:

So, we do have in Canadian constitutional law a full-fledged amending process for the specially entrenched parts of the Canadian constitution, and we may now note that this includes the amending process itself. No doubt we may need a new amending process that is somewhat more flexible than the present one, probably along the lines of the proposals at the Victoria Conference of 1971. But, in order to accomplish that, we would have to follow the *existing amendment procedure one last time* to institute the new procedure, and then, for the next amendments after that the new procedure would govern. This formula ensures the constitutionality of change, even in the amending formula itself.<sup>38</sup>

#### B. *Les réactions des auteurs au jugement de la Cour*

À notre connaissance, le professeur Beaudoin n'a publié aucun commentaire sur le jugement de la Cour suprême. Le professeur Lederman, par contre, n'a pas mis de temps à réagir. Dans les quelques jours qui ont suivi le jugement, il publiait dans le *Financial Post* un article où il tirait les conséquences pratiques de ce jugement dans la conjoncture d'alors, celle d'octobre 1981:

My main point can now be very simply made. The essence of Canadian federalism and independence, so far as a basic constitutional amendment is concerned, is in the constitutional convention just quoted. To act constitutionally, one must obey not only the strict law of the constitution but also the established conventions of the constitution.

This is now a binding obligation of the government and Parliament of Canada and of the governments and Legislative Assemblies of the Provinces. This is the effect of what the majority group of six judges in the Supreme Court of Canada has said.

...

Also, thanks to the judgement of the group of six, the Supreme Court of Canada has made a major contribution to the solution of our current constitutional dilemmas. The convention, requiring a substantial measure of provincial consent (but not unanimity) is now authoritatively recognized. This should send the federal government and the provinces back to the bargaining table for settlement of our problems by the necessary consensus in Canada.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> *Supra*, note 14, à la p. 80.

<sup>38</sup> Voir Lederman, *supra*, note 5, à la p. 97 [nos italiques].

<sup>39</sup> Voir *supra*, note 27.

J'ai déjà dit pourquoi il me semble loin d'être certain que la Cour se soit prononcée sur le rejet de l'unanimité comme "mesure" du consentement requis des provinces. Cela mis à part, la conclusion du professeur Lederman sur la nécessité et l'obligation "constitutionnelle" pour le fédéral et les provinces d'un retour à la table de négociation s'imposait sans contredit.

#### **V. La conférence de novembre et les compromis qu'elle a engendrés**

Le jugement de la Cour suprême plaçait le gouvernement dans une situation pour le moins embarrassante en lui ouvrant, somme toute, deux voies divergentes: la voie de la "légalité", d'une part, et celle de la "constitutionnalité" d'autre part. Ou bien il procédait sous le couvert d'une légalité bien fragile puisqu'elle reposait en fin de compte sur une sorte de "non-illégalité"; il rompait alors avec une "convention constitutionnelle" clairement déclarée par la Cour et ouvrait ainsi la porte à ce que Westminster refuse d'entériner le projet. Ou bien il renonçait définitivement à agir unilatéralement et tentait de nouveau de se "légitimer" en obtenant le consentement des provinces avec tous les risques que cela pouvait comporter quant à la substance du projet.

Le Premier ministre était absent du pays le jour du jugement. Ainsi laissé à lui-même et à son tempérament, le Ministre de la justice n'a pas hésité à s'engager dans la voie de la légalité, et à proclamer qu'il fallait procéder sans autre délai, à la dernière étape parlementaire canadienne. Cependant, même à distance, le Premier ministre a rapidement perçu que la situation créée par le jugement de la Cour n'était pas plus simple que la situation antérieure. Au contraire, il eut été tout de même gênant de poursuivre sans autre considération, dans la légalité sans doute, une légalité de procédure et de forme, mais en même temps dans l'inconstitutionnalité, une inconstitutionnalité de substance et de contenu.

Passons sur les tractations secrètes dont on a su, par la suite, qu'elles s'étaient amorcées dès le 28 septembre 1981. Passons aussi sur les hésitations, les flottements et les équivoques des déclarations publiques. En fin de compte, le Premier ministre, plus conscient que son Ministre de la justice du dilemme dans lequel il se trouvait, décidait de convoquer pour le début de novembre 1981, la nouvelle conférence fédérale-provinciale que le Premier ministre Lyon avait proposée en septembre 1980, pour janvier 1981.

Cette "conférence de la dernière chance" devait produire deux résultats majeurs: d'une part, quant à sa substance, le projet de résolution serait radicalement transformé; d'autre part, l'accord des provinces destiné à légitimer l'opération comprendrait toutes les provinces, sauf le Québec qui en serait exclu.

Pour ce qui est des changements substantiels apportés au projet, il suffira d'en évoquer deux pour en montrer l'ampleur:

- a) La plupart des dispositions de la *Charte des droits* tomberaient sous le coup d'une clause "nonobstant" qui permettrait au Parlement canadien et aux législateurs des provinces de légiférer à l'encontre de celles-ci, à la seule condition de le spécifier clairement.
- b) Les formules générales d'amendement proposées par le fédéral seraient remplacées par celle que suggéraient les huit provinces dissidentes, mais cette dernière serait tronquée de l'une de ses modalités essentielles, la compensation financière pour une province qui ne se joindrait pas aux autres pour transférer du fédéral l'une de ses compétences actuelles.

En toute objectivité, il faut le reconnaître, il s'agissait là de changements radicaux. Soucieux d'obtenir l'accord du plus grand nombre possible de provinces, le gouvernement fédéral leur a fait des concessions majeures pour parvenir à ses fins. Malheureusement, à la conférence de novembre, les concessions les plus significatives se sont faites à l'égard de toutes les provinces, "couvrant" ainsi tout le pays, en s'arrêtant toutefois aux frontières du Québec. Mais celui-ci s'est retrouvé dans une situation inacceptable: sans la compensation financière retirée, à l'initiative fédérale, de la formule d'amendement convenue par les huit provinces dissidentes dans l'accord du 16 avril 1981, l'imposition de la clause relative à la langue d'enseignement aux minorités étant par ailleurs maintenue, le Québec ne pouvait à bon droit être partie au soi-disant compromis du 5 novembre.

Engagé dans la recherche d'un consensus à tout prix de la part des provinces, le fédéral a néanmoins sous-estimé, au cours de la conférence, le degré de tolérance de certains groupes dans la société. Ces groupes ont vivement réagi par la suite, ce qui a amené certains correctifs à l'accord du 5 novembre, notamment en ce qui concerne l'égalité des sexes et les droits des autochtones. Quant au Québec, vraisemblablement à la requête du parti de l'Opposition à l'Assemblée nationale, le fédéral a concédé que la clause de "compensation financière" soit partiellement restaurée et puisse s'appliquer à l'éducation et autres domaines culturels d'une part, et d'autre part, il a consenti à ce que le critère de la langue maternelle dans l'application de la clause relative à la langue d'enseignement, par opposition au critère de la langue dans laquelle les parents ont été eux-mêmes éduqués ne s'applique au Québec qu'au moment où l'Assemblée nationale en déciderait ainsi.

Ces diverses concessions postérieures à la conférence du 5 novembre, n'ont effectivement satisfait ni les autochtones ni les Québécois. En ce qui concerne le Québec, il s'est donc retrouvé seul avec lui-même, sans autre recours que celui de poser, sans équivoque, la question de savoir si aux termes de la convention déclarée par la Cour suprême, il devait être nécessairement compris dans le consensus requis au titre de cette convention.

## VI. Que nous réservent les lendemains du rapatriement?

Nous n'avons sans doute pas fini de tirer toutes les conséquences de la série d'événements qui auront entouré le rapatriement de la Constitution en 1982; peut-être pas tellement les conséquences constitutionnelles qui pourraient découler du jugement de la Cour suprême, mais surtout les conséquences politiques dont est porteuse la situation créée par les conclusions de la conférence de novembre.

Pour ce qui est des conséquences constitutionnelles, il se peut qu'elles soient limitées aux circonstances propres et exclusives à l'affaire du rapatriement. Celui-ci une fois accompli et une formule générale d'amendement mise en place, la convention constitutionnelle établie par la Cour dans le contexte où il fallait recourir à Londres pour amender notre constitution n'aura plus de raison d'être. Si importante qu'aura pu être sa portée "historique", elle sera devenue en quelque sorte désuète. Mais il s'agit là probablement d'une interprétation trop courte de la décision rendue par la Cour. J'imagine que les constitutionnalistes auront à se pencher sur le sujet et iront plus avant dans l'analyse de ses implications.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne les conséquences politiques. Il est bien évident, en effet, que l'absence du Québec dans le consensus du 5 novembre est susceptible de transformer radicalement le climat des relations entre le Québec et le reste du Canada. Ce n'est cependant pas le lieu d'analyser ici tout ce qui pourra découler d'un rapatriement effectué dans ces conditions.

Par ailleurs, il est tout aussi évident pour l'ensemble des provinces que les lendemains du rapatriement de la constitution ne seront pas nécessairement des "lendemains qui chantent". À cet égard, il suffira de rappeler deux textes du Premier ministre du Canada, le très honorable Pierre Elliot Trudeau. Le premier est emprunté au discours qu'il faisait au dîner-bénéfice du Parti libéral du Canada (Section Colombie-Britannique) à Vancouver, le 24 novembre 1981. Le Premier ministre y expliqua les raisons fondamentales de son entrée en politique en 1965:

I entered federal politics in 1965, along with some other people in this hall, precisely because I felt that the pendulum in my province, which was soon to be joined by all the other provinces, *the pendulum had swung too far off center. And the swing had to be moderated.* [nos italiques].

Le second est extrait de la conférence de presse qu'il donnait au Théâtre national de la Presse, à Ottawa, le 3 décembre 1981:

I think this is just stage one of the constitution reform — and that is maybe why I have to stay on a little longer. *We've got all the aces. We've got the right of disallowance; we've got the right of reservation; we've got the declaratory power; we've got the expropriatory power on the peace, order and good government ...* [nos italiques].

Ces deux citations indiquaient déjà, dès le mois de décembre, ce à quoi il fallait s'attendre aux lendemains d'un rapatriement effectué dans les conditions que l'on sait.

Plusieurs gestes posés et diverses déclarations faites depuis lors sont venus alimenter et confirmer les appréhensions les plus inquiétantes quant au genre de fédéralisme qui s'établira désormais dans le pays. Le "fédéralisme coopératif" serait mort, paraît-il. Par quelle sorte de fédéralisme ceux qui ont émis ce certificat de décès veulent-ils le remplacer? Par un fédéralisme "unitaire"? Par un fédéralisme "parallèle"? Souhaitons que la "conscience collective" canadienne s'éveillera assez tôt pour empêcher l'irréversible à cet égard, de la même manière qu'elle s'est éveillée pour empêcher le projet de l'automne 1980 de se réaliser.

L'honorable sénateur Arthur Tremblay

*Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation.* By Charles Fried. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981. Pp. 162.

*The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations.* By Ian Macneil. New Haven: Yale University Press, 1980. Pp. 164.

When Grant Gilmore declared eight years ago that contract was dead he must have known what he was doing.<sup>1</sup> The yield of thoughtful contract scholarship in the brief time since has been nothing short of remarkable and the authors of *Contract as Promise* and *The New Social Contract* are certainly not alone in rising to the bait set by Gilmore. What is it, then, about these two books in particular that make them appropriate subjects for treatment in a single review? Apart from the fact that they are almost identical in length and each has the word "contract" in the title, these books seem on first impression to have little in common. The two authors draw their inspiration from very different scholarly traditions. Charles Fried moves confidently in the realm of liberal moral philosophy from Hume and Kant through to Rawls; Ian Macneil's heritage derives more from the great social theorists like Marx, Weber and Durkheim. The style and approach of the two authors could hardly be less similar. Fried is the logician, carefully stating his thesis, justifying its premises, and defending its application step by step. Macneil is the psychologist, circling his subject, offering suggestions, examples and insights until on one more turn around the light goes on. Each has a different view of the nature of the individual and his relation to society, a different definition of contract, and a different conception of the function of law. Yet reconciling all these differences is a shared conviction and a common purpose. The conviction is that law is a mirror reflecting what society deems important and the purpose is to uncover through the law of contract the social and moral roots of human cooperation.

### I. *Contract as Promise*

In *Contract as Promise* Charles Fried continues to pursue his project of providing a non-utilitarian account of moral and legal obligation.<sup>2</sup> In a lucid and confident style he develops a liberal theory of justice and presents the reader with a challenging reinterpretation of the law of contract based upon the traditional moral principles of individualism.

The foundation of Fried's account of contractual obligation is a deep-rooted deontological moral theory; that is, a theory of duty that distinguishes clearly between what is right and what is good and provides principles of right and wrong actions independent of the consequences of those

---

<sup>1</sup> G. Gilmore, *The Death of Contract* (1974).

<sup>2</sup> Fried's earlier works in this vein include *Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice* (1970) and *Right and Wrong* (1979).

actions. For Fried, the primary background value from which these principles derive is a respect for individual autonomy — the right of individuals to pursue their own conception of the good. Deontological theory is usually contrasted with consequentialism (of which utilitarianism is a variety) which judges the moral quality of an act by reference to the results of the act. It is Fried's view that the consequentialist nature of modern contract jurisprudence fails to take persons seriously as moral beings and is therefore incompatible with the moral roots of contract. The principles of individual autonomy and self-determination have taken something of a beating since the days of Herbert Spencer, and Fried's effort stands alongside the work of modern libertarians such as Friedrich Hayek<sup>3</sup> and Robert Nozick<sup>4</sup> in reasserting these as the primary values of a liberal society.

The resulting product is a modern restatement of the will theory of contract and in this *Contract as Promise* is also a direct attack on almost everything that has been written in the last half century about the jurisprudence of contract. Fried denies the proclaimed merger of contractual and tortious principles of justice<sup>5</sup> and rejects the argument that contractual obligation is based on the protection of reliance or the prevention of unjust enrichment.<sup>6</sup> Similarly, he dissents from the view that the institution of contract is based on utilitarian considerations such as economic efficiency<sup>7</sup> or that the law of contract should incorporate and promote communitarian ends and values such as distributive justice<sup>8</sup> or altruism.<sup>9</sup> Fried's thesis is that contracts are binding only because they are based on the promises of rights-bearing individuals, and that the act of promising alone provides a sufficient basis of obligation.

Fried derives the argument for the binding force of promises from the Kantian principle of individual autonomy.<sup>10</sup> Individual self-determination in a liberal society requires that we be secure in our persons and property and that we be allowed a maximum of freedom to pursue our own ends. The only limitation upon this freedom is that we refrain from violating the autonomy of others. Yet some ends are available to us only if we can enlist

---

<sup>3</sup> F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (1976), vol. 2, *The Mirage of Social Justice*.

<sup>4</sup> R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974).

<sup>5</sup> Gilmore, *supra*, note 1.

<sup>6</sup> Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages [Parts I and II]* (1936) 46 Yale L.J. 52 and 373; P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979).

<sup>7</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1977). R. Posner & A. Kronman, *The Economics of Contract Law* (1979).

<sup>8</sup> Kronman, *Contract Law and Distributive Justice* (1980) 89 Yale L.J. 472.

<sup>9</sup> Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication* (1976) 89 Harv. L. Rev. 1685.

<sup>10</sup> Compare Kant's treatment of the duty to keep a promise: "[H]e who intends a deceitful promise to others sees immediately that he intends to use another man merely as a means,



the assistance of others and the moral problem, therefore, is to secure their cooperation without doing them wrong. Such cooperation must be voluntary, but to be of value we must also have moral grounds for expecting it. The most important mechanism for securing this kind of cooperation is trust:

[I]t was a crucial moral discovery that free men may yet freely serve each other's purposes: the discovery that beyond the fear of reprisal or the hope of reciprocal favour, morality itself might be enlisted to ensure not only that you respect me and mine but that you actively serve my purposes . . . . Trust becomes a powerful tool for working our individual wills in the world.<sup>11</sup>

To make a promise is to employ a convention whereby we commit ourselves to the future. The promise triggers or invites trust. It is binding not because it may be relied on or because it may secure some benefit for the promisor, but because to break a promise is to abuse "a shared social institution that is intended to invoke the bonds of trust."<sup>12</sup> By abusing trust the promise breaker uses others in a way that denies their status as moral beings. This is the promise principle and for Fried it explains the foundation of contractual obligation and can be used to illuminate the entire body of contract doctrine. The principle stands in opposition to other possible bases of legal obligation and in Fried's view explains why contract is not dead and cannot be collapsed into tort.

Because promises lie at the heart of contract Fried reaffirms the principle that the appropriate quantum of damages for breach is measured by the expectations created by the promise. Although he devotes scant attention to the point, it is a crucial one since, as he notes, the most serious attack on the promise principle centres on the argument that the purpose of contract damages is to protect reliance.

In their famous article *The Reliance Interest in Contract Damages*,<sup>13</sup> published in 1936, Fuller and Perdue argued that the strongest cases for the enforcement of promises were instances in which as a result of the promise the promisor received some benefit or the promisee suffered some detriment

---

without the latter containing the end in himself at the same time. For he whom I want to use for my own purposes by means of such a promise cannot possibly assent to my mode of acting against him and cannot contain the end of this action in himself. This conflict against the principle of other men is even clearer if we cite examples of attacks on their freedom and property. For then it is clear that he who transgresses the rights of men intends to make use of the persons of others merely as a means, without considering that, as rational beings, they must always be esteemed at the same time as ends, *i.e.*, only as beings who must be able to contain in themselves the end of the very same action." I. Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals*, (trans. L.W. Beck 1959), 48.

<sup>11</sup> C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (1981), 8.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 16.

<sup>13</sup> *Supra*, note 6.

in reliance on the promise. They also argued that the actual remedies granted by the courts, though often disguised as expectation damages, were in fact motivated by a desire to protect reliance. The corollary of this view is that where there has been no gain by the promisor or reliance by the promisee the case for enforcement is weaker. In proclaiming the death of contract Grant Gilmore also emphasized the increasing dominance of the norms of unjust enrichment and reliance as the bases of contractual obligation,<sup>14</sup> and the view that the law of contract has little to do with the enforcement of promises or the will of the parties has received historical support from both Morton Horwitz<sup>15</sup> and Patrick Atiyah.<sup>16</sup>

Horwitz has argued that the enforcement of contracts in the pre-classical era was based on a "title theory of exchange." Prior to the development of a sophisticated market economy the main function of contract was to facilitate the simple exchange of goods and the remedy for breach of contract was an action for the price of the goods, *i.e.*, restitution. The courts were reluctant to grant expectation damages for breach of a purely executory agreement and contractual obligation was based not on promises or the will of the parties, but on community standards of fairness.<sup>17</sup> Moreover, where the contract came into conflict with community notions of justice, courts and juries were not loathe to give precedence to the latter. The emergence of the will theory of contract in the nineteenth century was not a legal recognition of the moral force of promises, but simply a response to the demands of a developing credit economy.

Similarly, Patrick Atiyah has argued that modern lawyers have mistakenly taken the executory agreement as the paradigm of contract and have therefore been misled into thinking that the expectation interest created by promises is the basis of contractual obligation.<sup>18</sup> Atiyah's view is that, at least in earlier times, a simple promise was not a sufficient basis of obligation. Promises, he argues, did not create obligation, but were merely evidence of some pre-existing or independent duty owed and recognized by the promisor. Such a duty might arise because of the relationship between the parties (*e.g.*, the common callings), some prior or expected benefit to the promisor, some reliance by or detriment to the promisee, or even a pre-existing moral obligation. When modern lawyers say that contractual obligation has always been based on promises, urges Atiyah, they fail to see

---

<sup>14</sup> *Supra*, note 1.

<sup>15</sup> M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977), 160-210.

<sup>16</sup> *Supra*, note 6.

<sup>17</sup> Horwitz's suggestions about the role of nonpromissory principles of justice in early contract law are by no means immune to criticism. See, *e.g.*, Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts* (1979) 46 U. Chi. L. Rev. 533.

<sup>18</sup> *Supra*, note 6.

the existence of this dependent basis of obligation: "The notion that a promisee was entitled to have his *expectations* protected, purely and simply as such, as a result of a promise and nothing else, was not generally accepted in eighteenth-century law."<sup>19</sup>

Even in the case of the purely executory agreement, where the promisor has received no benefit and the promisee has suffered no detriment, the source of obligation need not be located in the promise alone. First of all, argues Atiyah, such agreements are much rarer in the real world than they are in the textbooks. Secondly, the relatively weak remedies available for breach of the wholly executory agreement cast doubt on the assertion that the law takes promises seriously. Finally, there may be good reasons for enforcing executory agreements that do not depend on the moral force of the promise. For example, promises are apt to be relied on, therefore the promise is enforced on the basis of a presumption that it has been relied on, or alternatively, mutual promises are devices for allocating risks and as a matter of social policy or allocative efficiency they ought to be enforced.<sup>20</sup>

It is one of Fried's primary objectives to refute these theoretical and historical speculations for they suggest that promises are neither a necessary nor sufficient basis of legal obligation. They suggest that the enforcement of contracts rests not so much on a respect for individual autonomy but on consequentialist and communal standards of justice.

In rejecting the argument that reliance is the source of contractual obligation Fried refers neither to the historical evidence nor the decided cases. Instead, he argues that as a matter of moral theory it is circular and incoherent to suggest that the protection of reliance is the reason for enforcing promises. For Fried, reliance theory puts the cart before the horse. There is no general moral principle that if B suffers harm by relying on A, then A has done some wrong to B. Fried's example is that if one person rents an apartment because his neighbour plays chamber music, the neighbour does no wrong by deciding to play elsewhere.<sup>21</sup> People suffer disappointment in reliance on others every day without there being any moral grounds for complaint. Law, like morality, does not protect reliance in the abstract because to do so would entail an unjustified and impractical restraint on individual liberty. Reliance on one person by another is protected only when there are moral or legal grounds for claiming such protection, and in the law of contract these grounds are provided only when a promise has been given. Thus, in the law of contract reliance is not a sufficient basis of obligation, but is incidentally protected only because of

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, 142.

<sup>20</sup> Atiyah, *Contracts, Promises and the Law of Obligations* (1978) 94 L.Q.R. 193 and *Promises, Morals, and Law* (1981).

<sup>21</sup> Fried, *supra*, note 11, 10.

the anterior assumption that the promise gives grounds for expecting performance. Promises are not enforced in order to protect reliance; reliance is protected because promises are binding. "There is reliance because a promise is binding, and not the other way around."<sup>22</sup>

Just as contractual obligation cannot ultimately be based on reliance, neither is it appropriate in Fried's view to limit damages for breach of contract to the reliance measure. To require a promise breaker to pay only for the harm or loss actually suffered would not only undermine the force of the promise and deprive the promisee of his full entitlement, but would violate the autonomy principle by failing to hold the promisor responsible for his choice:

[R]espect for others as free and rational requires taking seriously their capacity to determine their own values. ... Others must respect our capacity as free and rational persons to choose our own good, and that respect means allowing persons to take responsibility for the good they choose. ... If we decline to take seriously the assumption of an obligation because we do not take seriously the promisor's prior conception of the good that led him to assume it, to that extent we do not take him seriously as a person.<sup>23</sup>

Fried correctly perceives that almost every textbook doctrine of contract law presents some challenge to the theory of contract as promise. The doctrine of consideration requires some additional element over and above a mere promise as a condition of enforcement. When consideration is analyzed in terms of benefit and detriment, or in terms of values exchanged, the emphasis seems to shift once again from promises to external standards of fairness or considerations of utility. The requirement that an offer must be accepted and that it may be revoked any time before acceptance also raises the question of how seriously the law takes promises *per se*. Excuses for mistake, impossibility and frustration seem to indicate that collective standards of fairness are available to override the promise and to allocate the risks and losses of social interaction on the basis of nonpromissory principles of justice. Finally, and perhaps most significantly, the expanding notions of good faith, duress and unconscionability limit the freedom of the parties to determine for themselves what their relationship will be, suggesting again that communal notions of justice may take priority over the promise principle. As the courts become increasingly willing to relieve parties from the full consequences of their promises, social judgements about the substantive fairness of the contract assume a more important place in the scale of reasons for the enforcement of contracts.

Fried addresses each of these problems in turn. He argues, for example, that the doctrine of consideration is too internally inconsistent to provide an

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 20-1.

alternative theory of obligation. He suggests that the contradiction between the formal requirement of exchange and the rule that the court will not examine the merits of the exchange will or should lead to the erosion of the doctrine and he proposes that consideration might be replaced with a more candid inquiry into whether the promise was intended in a sufficiently serious manner to merit legal enforcement. Similarly, Fried denies that the promise principle is threatened by the use of nonpromissory principles of justice to resolve cases of mistake and frustration. In fact, he argues that it would be wrong to resort to the intent of the parties in these cases because they occur only where there is a gap in the agreement, or an accident to which the parties never addressed their minds. He says:

In all of these cases the court is forced to sort out the difficulties that arise when the parties think they have agreed but actually have not. The one basis on which these cases cannot be resolved is on the basis of agreement — that is, of contract as promise. The court cannot enforce the will of the parties because there are no concordant wills. Judgment must therefore be based on principles external to the will of the parties.<sup>24</sup>

The fact that there are such gaps in the law of contract is not, in Fried's view, fatal to the will theory of contract. If the parties have addressed themselves to the problems that arise, their agreement will govern. To the extent that they have not agreed it is not inconsistent with their individual wills or autonomy to say that their relations must be governed by the residual categories of civil liability.

Nor are doctrines such as duress and unconscionability examples of communal notions of justice overriding the promise principle. On the contrary, such techniques are actually required in certain cases to preserve individual autonomy. The reason why a promise procured by duress is not binding is because duress is a form of wrong-doing — a threat to violate the rights of an individual. Such a threat is a violation of the autonomy principle and therefore an illegitimate means of securing another's cooperation. According to this explanation the limits of legitimate judicial supervision of contract are defined by the rights of the parties. The courts are not justified in refusing to enforce hard bargains unless the bargain was procured by a rights violation. When the courts exceed these boundaries (as they sometimes do in cases of unconscionability) they are engaging in a form of redistribution of wealth at the expense of a particular individual. Although Fried does not deny that redistribution is a legitimate goal of the liberal state, the principle of equality requires that the burden of redistribution be born collectively and must therefore be pursued through taxation.

*Contract as Promise* is an outstanding contribution to the growing body of literature renewing an examination of the relationship between legal and

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, 60.

moral theory, and Fried's statement of the promise principle is a forceful one. No longer will the modern critics of the will theory of contract have the luxury of aiming their volleys at straw men, for Fried's reformulation rests on a carefully considered moral theory and is convincingly applied to explain the law. In fact, the most remarkable thing about this book is Fried's rare ability to apply moral philosophy to practical examples and rules of law in such a sensible and coherent manner.

Whether or not we agree that the moral force of promises can be derived solely from the value of individual autonomy will depend both on how seriously we take the autonomy principle and on our intuitions about promising. In what way do we use another person illegitimately, or violate his autonomy, if we fail to keep a promise to him but do him no harm? If a promise has not been relied on and the promisor has secured no unfair advantage, is the moral case for the enforcement of the promise as strong? Are we so committed to the autonomy principle that we will agree with Fried that resort to community standards of fairness to override promises is in all circumstances an illegitimate exercise? Do we really fail to treat individuals as moral beings by granting them some relief from bad choices? Fried's answers to these questions will seem harsh to some and the summary nature of some of his analysis leaves room for debate.

The issue that will spark even greater controversy among those trained in law is whether the promise principle accurately describes the law of contract. Even if we accept with Fried that as a matter of moral theory a promise is binding whether or not it has been relied on, it is far from clear that the law has ever embraced this principle or that it is even moving in that direction.<sup>25</sup> It is not necessary to dispute the morality of promising to deny that a promise is a sufficient basis of legal obligation. The law of contract does have roots in what we would now call tortious principles of justice and the law has never enforced promises *per se*. A major theme in the history of contract is the way in which the common law courts have developed criteria for the determination of which promises merit legal enforcement and until recently it was thought that the doctrine of consideration served this function. Although many readers will happily agree with Fried about the incoherence of this doctrine, its central position in contract theory is at least evidence of a real reluctance in the common law to recognize a "mere"

---

<sup>25</sup> Roscoe Pound, a great supporter of the promise principle, had his doubts: "Today, what we were taking to be the last step in bringing the law of contracts into complete accord with the precept of morals has been, at least for the time being, arrested and we are told that the supposed moral foundation is illusory. Men are not to be bound by promises. They are only to be held to bargains. The Marxian economic interpretation, the rise of the service state, and the humanitarian theory of liability, in different ways and in varying degrees, have seemed to be leading to a radically different view of the significance of a promise." Pound, *Promise or Bargain?* (1959) 33 Tul. L. Rev. 455, 455.

promise as a sufficient basis of obligation. Consider, for example, the unease felt by the courts in the fifteenth century when common law lawyers first began to plead assumpsit for broken promises not resulting in actual harm: "if this action be maintainable on these facts, for every broken Covenant in the world a man shall have an action for Trespass."<sup>26</sup>

Consideration is not yet dead, and even some of its more vigorous critics have shied away from the consequences of a general regime of enforceability.<sup>27</sup> And if consideration is on the wane it seems more likely that its place will be taken by a reliance or commercial efficacy test than a general rule of enforcement.<sup>28</sup>

Similarly, a number of the remedial doctrines of modern contract law contradict Fried's thesis. If the law was concerned to enforce promises specific performance would be a more natural remedy than damages; and damages — even measured by the full expectation — do not enforce promises. The law often requires nothing of the contract-breaker where the innocent party suffers no harm. A buyer who can obtain equivalent goods at the same price on the market does not for practical purposes have any claim against a seller in breach; and a seller who can dispose of his goods on the market (at least where demand exceeds supply) has no claim against a buyer in breach.<sup>29</sup> Indeed, the innocent party is sometimes required by the doctrine of mitigation to take steps to save the party in breach from the full consequences of breaking his promise. This would seem to conflict with Fried's notion that a respect for autonomy requires that the promiser be held fully responsible for his choices.

Fried recognizes that the main weakness of the will theory of contract lay in its attempt to reduce the whole of the law of contract to the will of the parties. Troublesome doctrines such as mistake, frustration and unconscionability that could not easily be explained were either accommodated through the use of such strained fictions as presumed intent, implied terms and objective interpretation or else were rejected no matter how harsh the result. For Fried, these manoeuvres only played "into the hands of those who see nonpromissory principles of fairness at work throughout the law of contract."<sup>30</sup> Fried makes his version of contract more palatable by recognizing the limitations of the promise principle and admitting that there are

<sup>26</sup> *Watkin's Case* Y.B. Hil. 3 Hen. VI F. 36, pl 33 (1425).

<sup>27</sup> Consider the retreat of Denning L.J. (as he then was) in *Combe v. Combe* [1951] 2 K.B. 215 (C.A.).

<sup>28</sup> J. Swan, *Consideration and the Reasons For Enforcing Contracts* in B. Reiter & J. Swan, *Studies in Contract Law* (1980), 23. See, e.g., *Dawson v. Helicopter Exploration Co.* (1958) 12 D.L.R. (2d) 1 (S.C.C.).

<sup>29</sup> *Victory Motors Ltd v. Bayda* [1973] 3 W.W.R. 747 (Sask. Dist. Ct.).

<sup>30</sup> Fried, *supra*, note 11, 63.

many gaps in the law of contract that must be filled by nonpromissory principles of justice. Thus he accepts that justice may sometimes require that reliance be protected in the absence of a promise<sup>31</sup> and recognizes that in cases such as mistake and frustration principles external to the will of the parties must be invoked to settle disputes. But he denies that these concessions affect the notion that the basis of contract is promise because these external principles are supplementary only.

This manner of accommodating nonpromissory obligation is not entirely convincing. First, it seems both artificial and circular to save a definition of contract simply by labelling as noncontractual all obligations that do not fit within the definition. This approach is reminiscent of the nineteenth century view of private law with its rigid insistence on maintaining the distinction between private and public interests and its strained attempts at keeping separate the categories of private law itself. To admit that there are nonpromissory bases of liability that may be imposed on parties in a contractual relationship, but to maintain that those obligations have nothing to do with contract, seems unrealistic.

Although Fried might agree that it would be impractical to teach a contracts course confined to an examination of promissory obligation alone, he would not agree that the distinction between the promissory and the nonpromissory was an artificial one. The existence of a promise does sometimes make a crucial difference to the rights of the parties and general civil obligations may often be varied by contract. Nonpromissory obligation lies in the realm of the good, promissory in the realm of the right, and to the extent that autonomy remains a value the two realms must be kept separate.

Perhaps a more serious defect than its apparent artificiality is that Fried's treatment of nonpromissory obligation seems inconsistent with his overall project. In the end it is questionable that he has succeeded in resurrecting the law of contract or in restoring the value of autonomy to a central place in legal theory. On the contrary, after digesting *Contract as Promise* one must wonder whether Fried has not really succeeded in showing that Grant Gilmore was right after all.

In the nineteenth century, and in modern libertarian literature, the notion of individual autonomy was seen to require not only that contracts be enforced, but that other civil obligations be kept to a minimum. The fellow servant rule, the doctrine of *volenti*, and the early products liability cases denying recovery in the absence of contract were all expressions of the idea that private law should generally be confined to the enforcement of rights. In the name of autonomy individuals were to be left free to pursue their

---

<sup>31</sup> For example, Fried approves of *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* 133 N.W. 2d 267 (Wisc. 1965).



own conception of the good. But in this century, the growth of private law has been primarily in the area of nonpromissory liability and it is now almost a cliché to say that the movement in law is from contract back to status. The expanding scope of negligence, misrepresentation, unjust enrichment, unconscionability, and reliance-based liability are but a few examples of what Manfred Rehbinder has called the “socialization of law.”<sup>32</sup> These and other developments reflect the increased awareness in this century that ends cannot always be left to take care of themselves and that one of the legitimate functions even of private law is to pursue the good.<sup>33</sup>

In attempting to reconcile this transformation with the promise principle Fried departs from libertarian quarters and gives up too much. Even if the development of nonpromissory norms is not inconsistent with the promise principle—and some of these norms, such as unconscionability, are inconsistent—it does at least point up the decreasing relevance of promises in defining the relations between individuals in the modern world. That nonpromissory obligations cannot be viewed simply as filling the gaps left by promises is, of course, even more apparent when we turn to legislation. In the name of social welfare, whole patterns of human behavior have been removed from the realm of consensual regulation altogether and what has been left to individual choice is increasingly circumscribed and directed by an ever-expanding body of statutory enactments.

Fried’s dilemma is one that is typical of modern liberalism. He is torn between a desire to defend a traditional view of individual liberty and a reluctance to deny the legitimacy of the institutions of social justice. His solution is to set up contract as the preserve of autonomy and to erect a fence around that preserve in the form of the promise principle. But the border is shrinking. If the life of contract is promise, and the only value served by contract is autonomy, then Fried’s elegant arguments provide us with a good reason to regret the passing of contract, but no reason to suppose that it is not passing.

## II. *The New Social Contract*

For anyone familiar with the work of Ian Macneil it will come as no surprise that the view of contract that emerges from *The New Social*

---

<sup>32</sup> Rehbinder, *Status, Contract and the Welfare State* (1971) 23 Stan. L. Rev. 941, 947.

<sup>33</sup> “This century has seen the early growth of a different conception of law; a conception in which law is gradually ... changing its purpose from the upholding of an abstract autonomy of the will and a concrete securing of gains and acquisitions to an active social and public concern in the protection from exploitation of the economically weaker members of society, the regulation of terms and conditions of contracts of employment, the imposition on the community as a whole the responsibility of caring for its less fortunate members.” R. Graveson, *Status in The Common Law* (1953), 45

*Contract* differs fundamentally from Fried's account.<sup>34</sup> With Macneil we move out of the world of the autonomous rights-bearing individual and into a world where every person is inextricably bound to others by a complex web of interdependencies and relations. Macneil is more interested in the socio-political underpinnings of modern exchange relations than in traditional moral or legal theory, and while he recognizes that promising does play a role in the life of an individual his main concern is to illustrate the importance of the nonpromissory norms which underlie contractual behavior.

The horizons of Macneil's legal landscape extend further than Fried's and if Fried's definition of contract leaves the impression that there is little left of contract in the modern world then Macneil's definition leaves the impression that there is little left but contract. "The modern technological world," he says,

is, par excellence, one founded on contract. Specialization and exchange run rampant. Constant planning is presupposed. Exercise of choice is endemic, whether the choice of those most directly affected or of others. Power and its exercise are everywhere. Far from being dead, contract has swept the world — as a pessimist might say — like the plague.<sup>35</sup>

This faith in the vitality of contract is possible only because for Macneil contract is not about law or the enforcement of promises. Rather, contract is a social phenomenon resulting from the division of labour, the need for exchange, and an ability to make choices and plan for the future. It is nothing less than the total of "the relations among parties to the process of projecting exchange into the future."<sup>36</sup>

In Fried's view, promises are the primary device by which exchange relations are created and only the gaps are filled by nonpromissory norms. But for Macneil the gaps are widening and the nonpromissory norms are becoming increasingly important. Promises are fragmentary, based on limited information, and often sabotaged by the fallibilities of the parties themselves. Moreover, while promises may be one "projector" of exchange relations, they are by no means the only one. Such relations are also created and governed by custom, habit, kinship, status, hierarchies, and even the existing exchange patterns of the status quo. Exchange relations simply cannot be confined to the contracts of the textbook but must also include such diverse phenomena as marriage, partnerships, collective agreements, pensions, and bureaucracies.

---

<sup>34</sup> Much of what is contained in *The New Social Contract* is drawn from Macneil's earlier articles and books. See, e.g., *The Many Futures of Contracts* (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 691; *Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law* (1978) 72 Nw. U.L. Rev. 854; *Contracts: Exchange Transactions and Relations*, 2d ed. (1978).

<sup>35</sup> I. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1980), 71.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 4.

For Macneil, the demise of classical contract theory and the ensuing funeral ceremonies (taking the form of a wake in some quarters) for the law of contract were the result of the narrow law-oriented definition of contract and an obsession with the discrete transaction as the only model of exchange. The discrete transaction is the isolated economic exchange of microeconomics. The ideal discrete transaction is one where the whole of the relevant future is brought into the present through the devices of promise and consent. The relationship has a distinct beginning, duration and ending and all of the obligations are specified and well defined. Everything is planned for, all the risks are allocated, and the remedies are certain and fixed at the time the relationship commences. Although the pure discrete transaction is a fiction, the closest we might come to it is the simple exchange between strangers of goods for money. The classical analysis of such a transaction is unconcerned with the identity of the parties or their social roles and assumes that there are no relevant relations between them other than those fixed by consent. Society is disinterested in the transaction, only two parties are affected by it, and all that holds the relation together is self-interest and law.<sup>37</sup>

It is a consistent theme in Macneil's work that the discrete transaction is an inadequate model for the description of modern exchange relations and therefore an inappropriate foundation upon which to construct a law of contract. While the discrete transaction is short-lived and assumes a limited number of parties the modern relation may have no identifiable beginning or fixed duration and often involves large numbers of people, as in the case of the trade union and the collective agreement. Because relations are more complex and open-ended (*e.g.*, installment contracts, service agreements) it is often impossible to specify all of the obligations at the outset and the effectiveness of substance planning is greatly reduced. Wider aspects of the parties' personalities and social identities are involved in modern exchanges than in the discrete transaction (spouses, partners, managers, advisers and

---

<sup>37</sup> Compare Lawrence Freidman's description of nineteenth-century contract law: "[T]he "pure" law of contract is an area of what we can call abstract relationships. Pure contract doctrine is blind to details of subject matter and person. It does not ask who buys and who sells, and what is bought and sold . . . . The abstraction of classical contract law is not unrealistic; it is the particular renunciation of the particular, a deliberate relinquishment of the temptation to restrict untrammelled individual autonomy or the completely free market in the name of social policy. The law of contract is, therefore, roughly coextensive with the free market. Liberal nineteenth-century economics fits in neatly with the law of contract so viewed. It too had the abstracting habit. In both theoretical models — that of the law of contract and that of liberal economics — parties could be treated as individual economic units which, in theory, enjoyed complete mobility and freedom of decision. . . . In fact there was never any point at which the law of contract corresponded exactly with such an economic theory. But in a rough way, the rise and fall of contract paralleled the rise and fall of liberal economics as a working philosophy." L.M. Friedman, *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study* (1965), 20-1.

foremen) and the web of interdependence and contractual solidarity is therefore more intricate. Finally, the power exercised by the parties to the discrete transaction derives primarily from the legal rules protecting property, is exercised prior to the commencement of the transaction, and thereafter is static. In modern relations power derives not only from law but from an individual's place in a social or economic matrix and the dependencies created by the relation itself. Power is therefore more complex, dynamic and shifting throughout the life of the relation.

Contract law is based upon norms which both describe how people do behave and how they should behave if exchange is to work. According to Macneil, these norms are common to all forms of exchange behavior, but certain of them increase in importance according to whether the behavior tends towards the discrete or relational poles of contract. Because the discrete transaction is isolated from all nonconsensual relations between the parties and attempts to bring the future perfectly into the present, it is dominated by the norms of consent and planning, or in Macneil's terminology, discreteness and presentation. But the different nature of the relational contract requires the intensification of different norms. Consent and planning remain important, but because of the greater complexity of the relation the focus of planning shifts from the substance of the transaction to the procedures for maintaining the relation, and consent becomes little more than a triggering mechanism which brings into play a wide variety of unanticipated consequences.

In the discrete transaction, where consent defines all, the reliance, restitution and expectation interests are protected only when they can be linked to a promise, but as the effectiveness of planning and consent are reduced, these interests assume a more independent status and if the relation is to work must receive protection even in the absence of a promise. Similarly, because the discrete transaction assumes that planning and consent are sufficient to protect these interests, the social identity of the parties is irrelevant and each can be treated simply as a property owning utility maximizer. But in the more complex world of the modern relation, social roles become increasingly important as instruments which define the relation and facilitate reliance.<sup>38</sup> Take, for example, the relevance of social role in cases of misrepresentation, undue influence and unconscionability. It therefore becomes a central value of relations that roles be well-defined and consistently maintained.

The longer life of the relation and the more personal nature of the commitment of the parties means that the preservation of the relation becomes a value. The remedies of the discrete transaction are inappropriate and greater efforts must be made to harmonize potential conflicts within the

---

<sup>38</sup> On the relevance of social role in the welfare state, see Rehbinder, *supra*, note 32.

relation. This, in turn, increases the importance of trust, good faith and flexibility. Finally, it is Macneil's view that as contractual relations become more complex, larger and longer-lasting (e.g., the bundle of contractual relations of the multinational corporation), they come to resemble small societies, and other "supracontractual" norms such as distributive justice, dignity and equality must be attended to if the relation is to survive.

The underlying thesis of *The New Social Contract* is that a preoccupation with the norms of the discrete transaction has resulted in the inadequacy of modern contract law to explain or regulate modern contractual relations. The concepts of consent and planning have been overloaded and applied to forms of exchange behavior that tend more towards the relational pole. In a characteristically terse reference to bureaucracies, Macneil makes a lovely point about the inability of discrete norms and rules to deal with the modern relation. The bureaucratic organization is at least putatively based on the norms of the discrete transaction; consider, for example, the obsession in such organizations with job descriptions, power, planning and paper. But the effort to turn the bureaucracy into a bundle of discrete transactions is spurious; "everyone knows it will not work. Illustrative of this is that the very best way to bring almost any bureaucratic enterprise to a grinding, clashing halt is to work to rule, as many labour unions learned long ago."<sup>39</sup>

Macneil illustrates the need for a more relational foundation for contract law by considering the problem of "the battle of the forms" and the concept of agency. The traditional rules of offer and acceptance and the resulting inability of the law to deal with situations where an offer and acceptance vary is the result of the all or nothing approach to obligation dictated by the discrete transaction. In the real world of relations, consent and agreement are often relative matters and relations of trust and exchange are created by imperfect communications. The law runs in circles only when it attempts to force such relations into the mold of the discrete transaction and explain them solely by reference to the norm of consent. Similarly, it is Macneil's view that the discrete rules of agency, based on the concepts of property, consent and authority, are inadequate in a "world without principals." The nature of modern relations is such that agents can no longer define their function simply by tracing lines back to a single source of power and authority. Power over property in relations is diffuse (consider even the simplest corporation) and principals have been replaced by hierarchies and constituencies. The traditional law of agency simply cannot explain the role of the agent in the modern world, or harmonize the competing claims and interests that pressure any member of a relation.

One of the disappointing aspects of *The New Social Contract* is that Macneil avoids making concrete proposals about how relational norms

---

<sup>39</sup> Macneil, *supra*, note 35, 77.

should be translated into solutions to the problems posed by modern relations, and what might be the appropriate institutions for implementing these new solutions. The explanation may lie in the fact that there are no general solutions; different forms of behavior require different processes and Macneil is not about to fall into the same trap as the classical theorists by proposing a single model. What is clear, however, is that the answer to relational problems such as the battle of the forms and agency must be derived from the norms of trust and reliance, flexibility, harmonization of conflict and role integrity, and that the rigid remedial institutions of discrete law are less appropriate than administrative processes, negotiation and arbitration.

Although *The New Social Contract* is largely a sociology of modern exchange, Macneil's vision of contract is not without a moral basis, and like Fried he locates the morality of a contract in trust. To the extent that relations work they foster in individuals a belief in social solidarity—the faith that we can depend on others. This belief has moral roots and is itself a moral force; but as might be expected, Macneil differs from Fried in his analysis of the moral foundation of solidarity. He finds no moral basis for solidarity in the discrete transaction because it fails to take persons first as members of society. Based only on individualist concepts, it “rips the individual out of society, out of the relations in which real life self-interest operates.”<sup>40</sup> The search for a shared morality that is the source of social solidarity and trust must therefore go deeper than individualism. The moral foundation of contract emerges only when it is recognized that individuals are—and must be—in relations of interdependence from which they cannot extricate themselves and that they therefore share a common conscience.<sup>41</sup> We all have common stock in existing forms of technology and capital investment and as the division of labour increases so does the importance of all the common contract norms. Law contributes to social solidarity by providing stability, facilitating cooperation, making possible continued interdependence, and expressing the norms and practices that are most essential to social cooperation. Insofar as law preserves the solidary belief it has a moral foundation and a moral force.

*The New Social Contract* is a provocative book full of insights and suggestions that will strike a resonant chord in anyone who is sometimes dissatisfied with the narrowness of traditional legal thought. It is tempting to criticize Macneil for biting off more than he could chew—for trying to be, in his words, anthropologist, sociologist, economist, political theorist and

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, 96.

<sup>41</sup> Macneil's terminology and discussion of social solidarity is largely based on E. Durkheim, *Division of Labor in Society* (1947). The main difference is that Macneil is more optimistic about the possibility of a shared morality in a highly specialized society.

philosopher (and all in 164 pages!) — but in a field of inquiry that desperately requires a multidisciplinary approach it would be wrong to fault an author for being overly ambitious. In attempting to provide a conceptual framework that unites what are usually taken to be disparate forms of human behavior and separate categories of legal thought Macneil has done legal scholarship a valuable service. And although this conceptual framework is presented at a high level of abstraction, Macneil's view of how the world works is much more realistic than anything that emerges from the contracts textbook.

In some respects, Macneil's account of contract is more convincing than Fried's because he does not attempt to reduce the values served by the law of contract to a single principle. Macneil recognizes that values conflict, and in the "Post-Technique" world of the new social contract there is no "one best way" to get things done. Power, planning and bureaucracy compete against humanism and spontaneity and the function of law should be to balance values and seek only "a good way" to get things done.

But in the end, Macneil's enterprise is not entirely successful.

Style, of course, is a matter of personal preference, but it is often difficult to discover the precise meaning beneath Macneil's cryptic examples and terse literary references. Similarly, even more than Fried, much of Macneil's analysis is simply too brief, and in places, non-existent. *The New Social Contract* was originally presented as a series of lectures, but the true cause of these discontents, I think, is that the magnitude of Macneil's project required a very broad brush. Readers wishing a more closely analyzed presentation of the concepts introduced in *The New Social Contract* would do better to turn to Macneil's earlier articles.<sup>42</sup>

Not wishing to "review the book that should have been written"<sup>43</sup> I would simply register some disappointment that Macneil does not treat the law as it is and the law as it ought to be in a more concrete way. The models of the discrete and relational contracts are useful constructs for understanding how law might work, but Macneil fails to follow where these models lead except for a final impressionistic excursion into the world of "Post-Technique".

Finally, *The New Social Contract* shares with *Contract as Promise* a tendency to neglect legal developments that detract from the force of the argument — a tendency common to much critical scholarship. MacNeil's case for the inadequacy of neoclassical contract law is not wholly convincing. Although he admits that modern law makes "many a relational concession",<sup>44</sup> he maintains that without a relational foundation it must

---

<sup>42</sup> *Supra*, note 34.

<sup>43</sup> Parker, *A Field Guide to Book Reviewing* (1967) 20 J. Legal Educ. 169.

<sup>44</sup> Macneil, *supra*, note 35, 72.

ultimately fail. Recent legal developments suggest that we need not be so pessimistic. The modern regulation of exchange does utilize relational processes. The growth of arbitration, negotiation and conciliation, the increasing access of labour and consumer groups to the centres of decision-making, institutions such as ombudsmen and community mediation, pipeline hearings and even the increased public sensitivity to the economy created by Statistics Canada and the popular press are all examples of relational approaches to exchange. On a more mundane level, contract law itself is showing signs of an increasing sensitivity to relations. Relations need not always founder on the discrete rules of offer, acceptance and consideration.<sup>45</sup> Remedies are becoming more flexible in response to the recognition that different types of exchanges involve different interests.<sup>46</sup> Developments such as misrepresentation and estoppel illustrate an increasing sensitivity to the fact that there are non-discrete forms of exchange behavior and also hint at a growing awareness of the importance of social roles. One could go on. Restitution, undue influence, unconscionability, mistake and frustration all have their relational aspects. If Macneil can see no hope in any of this then his vision of where contract should go rests on a concept of legal change that is not justified by any reading of history.

Other readers will find much more that is controversial in both *Contract as Promise* and *The New Social Contract*. Those who see a role for welfare aims in the law of contract will question Fried's moral premises, and others will be uncomfortable with Macneil's tendency to weigh values in terms only of what works. Many will disagree with the norms that both authors discern beneath the surface of contract, or perhaps even with the assumption that it is possible to discover norms beneath such a complex historical phenomenon. And, of course, there is always room for combat on the interpretation of legal doctrine. That these books will generate this type of debate is a measure of their success and they both deserve a wide audience. The law of contract provides an ideal battleground for questions about the nature of justice, the structure of rights and the function of law. Both Fried and Macneil have thought long and hard about these questions and anyone who is interested in the problem of values in law will profit from their work.

James Cassels\*

---

<sup>45</sup> See, e.g., *New Zealand Shipping Co. v. A.M. Satterthwaite & Co.*, [1975] A.C. 154 (P.C.); *Dawson v. Helicopter Exploration Co.*, *supra*, note 28.

<sup>46</sup> See, e.g., *Esso Petroleum Co. v. Mardon* [1976] Q.B. 801 (C.A.); *Jarvis v. Swan Tours Ltd* [1973] 1 Q.B. 233 C.A.; *Sky Petroleum Ltd v. V.I.P. Petroleum Ltd* [1974] 1 W.L.R. 576 (Ch.).

\* Of the Faculty of Law, University of Victoria.



*Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law.* By Paul C. Weiler. Toronto: Carswell, 1980. Pp. xi, 335.

Readers of a recent novel written by John Irving have been treated to *The World According to Garp*. Readers of this particular book are presented with *The World of Industrial Relations According to Paul Weiler*. Professor Weiler begins each chapter with a description of facts drawn from a specific labour law case, provides an analysis of the law applied in the circumstances, and finally suggests how, with certain changes, different labour statutes might have been better able to handle the problem. The result provides an enjoyable and interesting piece of reading. For the most part, the book should not be approached as a text to help the labour lawyer solve his or her next case. It must be considered required reading for anyone interested in the more theoretical aspects of labour law. At the same time it will also provide interesting reading for first-year industrial relations students.

Weiler was President of the British Columbia Labour Relations Board during some of the most turbulent years in the province's recent history. In the preface, Weiler expresses the hope that his treatment of principles will go beyond the boundaries of his immediate experience. His discussion is consistently based on problems and issues which emerge in the context of British Columbia labour law, however, and this leads him to ignore certain other interesting industrial relations ideas.

A case in point is his treatment of the strike/lockout issue. Only a passing reference is made to the Québec "anti-scab" law and even then it is unfortunately described in a way which inaccurately reflects the law. Discussing the "anti-scab" law, Weiler states:

That legal rule rests on the premise that once the employees have voted in favour of strike action, this majority verdict should bind not only the employees in the unit at that time, but also anyone the employer might want to insert in bargaining unit work [sic] in their place; whether existing employers [sic], or new hirees, or non-unit personnel, or even members of management.<sup>1</sup>

In fact, the law allows the employer to use supervisory and other non-bargaining unit personnel so long as they were employed prior to the legal beginning of negotiations.<sup>2</sup>

It should be said that a good deal of what is discussed in the book is common ground to most people with a minimum amount of experience in labour relations or labour law. However, various parts of the book do indeed discuss interesting issues, at times in a novel manner. It is instructive to consider Weiler's discussion of some of them.

---

<sup>1</sup> P. Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), 77.

<sup>2</sup> *Labour Code*, L.R.Q., c. C-27, s. 109.1(a).

Perhaps the strongest chapter in the book is the opening one. Entitled "Free Collective Bargaining by Canadian Workers", it commences with an analysis of the United Bank Workers' (a local of the Service, Office and Retail Workers Union of Canada, S.O.R.W.U.C.) campaign to organize the banks in British Columbia. Their initial target was the Canadian Imperial Bank of Commerce's Victory Square Branch in Vancouver, and their certification petition was heard by the Canada Labour Relations Board in the case of *S.O.R.W.U.C. v. C.I.B.C.*<sup>3</sup> The Board rejected the bank's argument that anything but a national unit would spell the death knell for bargaining in Canadian banks and certified the single branch unit.<sup>4</sup> Yet the bank, after S.O.R.W.U.C. had won about twenty-five more certifications, refused the union's offer of regional negotiations. As Weiler points out: "So much for the heartrending plea about the need to avoid industrial instability in the fiscal fiber of the nation."<sup>5</sup>

Weiler's discussion of this case is interesting because the question of appropriateness is often one of the few defences or tactics left to an employer once a union has succeeded in having a majority of the employees sign membership cards. Moreover, the tactical nature of any industrial relations scenario is well illustrated by the bank's later refusal to bargain regionally.

In discussing S.O.R.W.U.C., Weiler goes on to point out the problems this small homegrown, unaffiliated union had with the Canadian Labour Congress. He is to be commended for mentioning this part of the S.O.R.W.U.C. story because it certainly illustrates the fact that, at best, unions practice only selective solidarity.

In Chapter One, Weiler also asks, what material benefits does the system of collective bargaining through trade unions really bestow on employees? After a fairly detailed analysis, he concludes that unions do raise the compensation of unionized workers relative to non-unionized workers by some ten or fifteen per cent. However, the interesting point of this discussion is that unions do not succeed in increasing labour's share of corporate profits. Companies adjust and increase prices in order to raise profits — prices to which the non-unionized worker is as likely to contribute as the unionized one. Hence, Weiler concludes that the non-unionized worker is the big loser. Whether or not the reader agrees, the analysis is well reasoned.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup>[1979] 1 Can. L.R.B.R. 99.

<sup>4</sup>*Supra*, note 1, 18-9.

<sup>5</sup>*Ibid.*, 19.

<sup>6</sup>*Ibid.*, 24 *et seq.*

Another interesting topic which Weiler explores is the "National Day of Protest" organized by the C.L.C. on 14 October 1975 in order to protest wage and price controls. This part of the book<sup>7</sup> raises questions similar to those brought out by Weiler in his discussion of S.O.R. W.U.C. because it has ramifications regarding the legal issue of what constitutes a strike. The British Columbia Board held that it did not constitute a strike,<sup>8</sup> while the Ontario Board held that it did.<sup>9</sup> Unfortunately, very little analysis of how these two boards reached opposite conclusions is given. In my view, the "Protest" was no different from a wildcat strike on a plant-wide level. If the British Columbia Board could decide that the "Protest" was not a strike due to its political nature, where does that leave the classic definition of a strike as a concerted cessation of work by a group of employees?

Weiler offers an interesting discussion of rights arbitration. He correctly points out that it has become a very expensive proposition. One reason for this is that certain arbitrators are more popular than others, and thus are burdened by heavier case loads. Consequently, the delays become longer and the financial stakes become higher. Consider, for example, the case of an employer who dismisses an employee. The parties may agree upon an arbitrator who can't hear the case for a year. If the employee is reinstated, he will receive back pay for that year. Hence the discussion of s. 96 of the British Columbia *Labour Code*,<sup>10</sup> which deals with this matter, is certainly relevant for policy makers in other provinces. A way of streamlining the system would be welcome.

Chapter Five is entitled "The Structure of Collective Bargaining". The case study in this chapter concerns Malton Airport in Toronto. It provides a good illustration of the problems that can arise when many bargaining units make up the work force of a given company or service. The unions involved can virtually paralyze the service. While Malton Airport has remained fairly free of labour unrest, this is not usually the case under such circumstances. The British Columbia Railroad also had several bargaining units at one point, and labour relations were chaotic for a number of years. The result was economic hardship for the railway, the public and the union. The British Columbia Labour Board imposed a council of trade unions, forcing all the unions to bargain with the employer at the same time. Weiler's discussion of the results of this experiment is relevant beyond the boundaries

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, 57 *et seq.*

<sup>8</sup> *British Columbia Hydro and Power Authority v. International Brotherhood of Electrical Workers* [1976] 2 Can. L.R.B.R. 410.

<sup>9</sup> *Douglas Ltd v. United Glass and Ceramic Workers of North America* [1976] 2 Can. L.R.B.R. 410.

<sup>10</sup> *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, C. 212.

of British Columbia. Moreover, he is to be commended for recognizing its limitations.

Finally, Chapter Seven, entitled "Making a Virtue out of Necessity: Strikes by Essential Public Employees", also deserves to be noted. Weiler concludes that another actor is needed on the labour law scene — an Essential Services Dispute Commission, a body to be made up of a blue-ribbon panel of industrial relations notables. While this reviewer has doubts about the benefits of increasing the size of the bureaucracy, the idea deserves some consideration since it would provide a body other than the elected legislators to deal with essential services disputes. However, Weiler's model commission would have no power to issue any legal edicts of its own. In my view, this caveat will render the commission useless. Either give it the teeth to be effective or don't create it.

This book is basically concerned with policy questions, and offers easy and interesting reading for anyone in search of a good overview of industrial relations.

Thomas M. Davis\*

---

\* Of the Bar of Québec.

*Le régime canadien de la propriété intellectuelle (excluant les marques de commerces)*. By Serge Pichette. Montréal: L'École des Hautes Études Commerciales (1979). Pp. 275.

Much of the literature on the Canadian law of intellectual property stresses, quite properly, the British model. There is a point, however, where property law of a general nature assumes importance, and few authors turn their attention to the civil law of Québec in this regard. Fortunately, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle* fills this void. As a bonus, the author treats the reader to comparative observations on the European legislation in this field.

Me Pichette is affiliated with the Patent and Trade Mark Institute of Canada, and is a professor at the Université de Montréal. Such biographical miscellanea are not apparent from the text. The publisher, although devoting a page to the aims of the Hautes Études Commerciales, neglects the author entirely. Following this lead, Me Pichette plunges into a *plan du travail* without preface or introduction. The book is divided into five independent parts which deal with patents, assignment and licensing, know-how, industrial design and copyright. There is no treatment of the law of trade marks. An index of subject matter, as well as case names, is lacking.

The first part of the book dealing with patent law is its least satisfying section. It is a superficial gloss on the subject, with almost no analysis of the cases cited. Little attempt is made to update the well-known book by Dr Fox<sup>1</sup> on which this author relies very heavily. Reference to British jurisprudence is conspicuously absent. For example, the "Cripps question" is paraphrased without credit to its original enunciation by Lord Hanworth in *Sharp and Dohme Inc. v. Boots Pure Drug Co.*<sup>2</sup> Detail is sacrificed for the sake of the broad context. For instance, in distinguishing between "novelty" and "inventiveness", Me Pichette ignores the role of the prior art, *i.e.*, whether anticipation must be apparent in a single document or whether the courts are permitted to examine the cumulative effect of the prior art. Lastly, the two significant issues of reissue and disclaimer are not raised.

The second part, entitled "les contrats de cession et de licence" is refreshingly well researched. The footnotes are truly a springboard for further reference. French and American sources abound — so much so that the author saw fit to insert a *tableau des abréviations*.<sup>3</sup> Surely this table

---

<sup>1</sup> H. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (1969), 6: "[T]he case law of Great Britain is accepted as authoritative in interpreting the patent law of Canada, save where the statutory provisions of the two countries have diverged, and ... United States decisions are accepted only on very particular points where the relevant statutes make similar provision." Fox cites as authority *Hunter v. Corrick* (1885) II S.C.R. 300 and *Rice v. Christiani* [1931] A.C. 770 (P.C. (Can.)).

<sup>2</sup> (1928) 45 R.P.C. 153, 169 (C.A.).

<sup>3</sup> S. Pichette, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle (excluant les marques de commerce)* (1979), 63.

would be of greater assistance if placed at the beginning or end of the text. Apart from this organizational flaw, the chapter is an excellent comparison of Anglo-Canadian and European legislation. Me Pichette maintains that Québec lawyers should be familiar with French sources when drafting licences and contracts of assignment.

The chapter on know-how and trade secrets is also replete with references to civil law in a broad sense. The author has the foresight to emphasize the economic value of information: "elle devrait être suffisamment importante pour faire naître une obligation de bonne foi tant sur le plan *pénal* que sur celui de l'équité et pour stimuler l'innovation technique et les transferts technologiques."<sup>4</sup> This chapter includes a discussion of computer programs. The courts have held that a program cannot be patented since there is no inventiveness within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*.<sup>5</sup> Me Pichette recognizes the argument that an alternate route to protection is available via the contractual relationship between the owner of the program and its user, giving rise to an obligation of confidentiality.<sup>6</sup> Various authors<sup>7</sup> contend that the program is a "literary work", and as such is protected by the *Copyright Act*.<sup>8</sup> It remains to be seen whether this is an area which should entail liability for infringement pursuant to an amendment to the *Criminal Code* or whether the provisions of the *Copyright Act* will suffice to protect, indeed reward, the programmer. In either case this is an issue which will not be easily resolved, as the wheels of law reform turn slowly. In 1979 Me Pichette wrote: "la loi sur le droit d'auteur fait également l'objet d'une révision et on parle du début de l'année 1980 comme date probable de présentation d'un projet de loi à cet effet devant le Parlement canadien."<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, 197 [emphasis added].

<sup>5</sup> R.S.C. 1970, c. P-4. See also *Schlumberger Canada Ltd v. Commissioner of Patents* (1981) 56 C.P.R. (2nd) 204 (F.C.A.); G. Orleans, *The Patentability of Software Related Inventions in Canada* (1982) Series 8, vol. 13 P.T.I.C. Bulletin 855; August, *Patentability of Computers and their Programs in Canada* (1982) Series 8, vol. 14 P.T.I.C. Bulletin 923.

<sup>6</sup> For a good discussion of more current jurisprudence in Canada and the United States, see Landry, *The Protection of Trade Secrets in Canada* (1982) Series 8, vol. 12 P.T.I.C. Bulletin 712. Landry distinguishes between know-how and trade secrets.

<sup>7</sup> Pascal, *Legal Protection for Computer Programs* (1967) Series 7, vol. 21, P.T.I.C. Bulletin 83; A. Campbell, *Copyright Protection for Video Games in Canada* (1982) Series 8, vol. 15 P.T.I.C. Bulletin 948.

<sup>8</sup> R.S.C. 1970, c. C-30. See A. Keyes & C. Brunet, *Copyright in Canada: Proposals for a Revision of the Law* (1977).

<sup>9</sup> *Supra*, note 3, 190.

The book's 275 pages provide a good overview of intellectual property law, except for the area of trade marks. The book does not purport to substitute for the detailed analysis undertaken by Dr Fox. Rather, it serves as a welcome introductory student text and at the same time meets the practitioner's test of "utility" as a companion work.

Andrea Friedman-Rush\*

---

\* B.C.L., LL.B., McGill University.

*C.I.P.A. Guide to the Patent Act, 1977*. By The Chartered Institute of Patent Agents. London: Sweet & Maxwell, 1980. Pp. xvii, 471.

On first browsing through the *C.I.P.A. Guide to the Patent Act, 1977* one is struck by the fact that it only refers to seventeen cases. This seems odd in a text written in a country whose patent law can be traced back to the *Statute of Monopolies, 1623*,<sup>1</sup> until it is remembered that the *Patents Act, 1977*<sup>2</sup> was not a mere revision of the *Patents and Designs Act, 1949*.<sup>3</sup> One of the necessary conditions of the United Kingdom joining the *European Patent Convention (E.P.C.)*<sup>4</sup> was that it make its patent law compatible with the provisions of the *Convention*. According to the *E.P.C.*, any member country<sup>5</sup> could maintain a parallel domestic patent law and also subscribe to the *E.P.C.*

Briefly, the *E.P.C.* permits an applicant to file a single patent application in either English, French or German in the European Patent Office in Munich, designating its application in some or all of the member countries. The application is subject to a single examination and once the application is found to be acceptable, a copy is sent to each of the countries of the *Convention* designated by the applicant. Of course, the resulting patent is then subject to interpretation in national courts according to national laws.

Prior to joining the *E.P.C.*, the United Kingdom had developed its patent law oblivious to changes in legal philosophy on the continent. The Netherlands, Sweden, Germany, Norway, Finland, Denmark and even France, had modified their laws over a period of twenty years before the signing of the *Convention* with a view towards creating a uniform system. When the *Convention* was being drafted, the provisions adopted were in line with the trends which had developed on the continent.

Thus, the *Patents Act, 1977* represented a fundamental change in the patent law of the United Kingdom, making almost obsolete as of June 1978 the centuries of jurisprudence and the rich and wonderful body of authoritative comment<sup>6</sup> that had been nurtured over the years. Of course, the old books and decisions will still be useful in interpreting the patents which were taken out before 1978 and which may be in force until 1996. However, any patents based on applications filed since June 1978 will be

---

<sup>1</sup> 21 Jac. I, c. 3.

<sup>2</sup> Chapter 37.

<sup>3</sup> 12 & 13 Geo. VI, c. 62.

<sup>4</sup> *European Patent Convention* (1974), Cmnd 5656.

<sup>5</sup> The United Kingdom, France, West Germany, Sweden, Belgium, Switzerland, Liechtenstein, Luxembourg, Italy and the Netherlands.

<sup>6</sup> See T. Blanco White, *Patents for Inventions and the Protection of Industrial Designs* (1974); K. Shelley, *Terrell and Shelley on the Law of Patents*, 10th ed. (1961).



subject to the new law, and to date the only book aimed at helping the practitioner is the *C.I.P.A Guide* which is the subject of this review.

The text, an annotated study of the *Act*, was prepared by a committee of Fellows of the Chartered Patent Institute. The commentaries are interesting and appear to have been well researched. In each commentary, reference is made to other relevant sections of the *Act*. Wherever possible, a comparison is made with the *Patents Act, 1949* and with the relevant provisions in the *E.P.C.*, and the source of each section is also identified. An appendix includes a complete set of the *Patent Rules, 1978*, extracts of the Rules of the Supreme Court, and the Register of Patent Agents.

It might have been preferable to organize the text according to subject matter as opposed to the plan followed in this guide, which simply follows the order of the sections in the *Act*. However, the plan adopted by the C.I.P.A. may have been the only practical way of preparing a guide so soon after the coming into force of the *Act*. Certainly, the C.I.P.A. must be congratulated for publishing this very valuable guide so promptly; in comparison, it may be noted that the last compendium of Canadian patent law was published in 1969.<sup>7</sup>

Much of our Canadian jurisprudence in dealing with the Canadian *Patent Act*<sup>8</sup> is based on British decisions. However, the new *Patents Act, 1977* is so different, in many respects, from the Canadian *Patent Act*, that this guide can be of little use to the Canadian lawyer practising in the field, with the possible exception of the Canadian Patent Agent.

Robert E. Mitchell\*

---

<sup>7</sup> H. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating the Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (1969).

<sup>8</sup> R.S.C. 1970, c. P-4.

\* Of the Bar of Québec.