

BOOK REVIEWS

LIVRES NOUVEAUX

The Law of Search Warrants in Canada, by James A. Fontana, Toronto: Butterworth & Company (Canada) Limited, 1974. Pp.xvi, 239. (\$25.00).

To meet the need for treatises on specialized areas of Canadian law Butterworths is making available a new series of publications known as the "Canadian Legal Monograph Series".¹ The first in this series is *The Law of Search Warrants in Canada*.

In the Preface to the book the author records two observations. The first is that Canadian defense counsel seldom question or fully explore the use of a search warrant by peace officers:

Once the inevitable answer "yes" is given to the usual question, "Did you have a search warrant in your possession to enter the premises?" — counsel generally adopt an I-thought-so attitude and scurry off into some other area of cross-examination.²

The second of the author's introductory observations is that unlike other areas of the criminal law, Canadian courts have not placed great reliance on English or other foreign decisions. However, as the author points out, this is not a remarkable development:

... Canada's law on this subject has been largely its own legislative home-brew, at best drawing only its initial statutory phrasing from the English law. It is entirely consistent therefore that Canada has developed its own relatively indigenous body of search warrant law, building case upon case over the years until a fairly comprehensive and intrinsic set of authorities has materialized.³

These observations result in a twofold emphasis throughout the book: (1) a concentration on the rights of the individual and the view that the search warrant procedure, "must always be cleaner-than-clean"; and (2) a strict adherence to Canadian authorities.⁴

Mr Fontana embarks upon his analysis with the fundamental principle that every citizen has the right to occupy and enjoy his home, "however mean or humble, free from arbitrary invasion and search".⁵ "It is necessary," he writes, "to bear this basic principle

¹ J. A. Fontana, *The Law of Search Warrants in Canada* (1974), ix.

² *Ibid.*, vii.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, viii.

⁵ The words are those of Mr Justice Morrow in *Re McAvoy* (1971) 12 C.R.N.S. 56, 60 (N.W.T. Terr. Ct.). The principle found express formulation as early as *Semayne's Case* (1604) 5 Coke 91, 77 E.R. 194, where it was stated: "The house of everyone is to him his castle and fortress". Mr Justice Chisolm,

in mind when analyzing the present law because it has been carried through virtually unchanged into contemporary law. It is the cardinal principal in light of which all legal aspects of search warrant use must be read."⁶ With these words the author reflects, at the very beginning, the first emphasis noted above, *i.e.*, a concentration on the rights of the individual.

A course is pursued in the opening chapter whereby the general law on search warrants is examined. Proceeding from the broad principle just stated, the general search warrant provision of the *Criminal Code*^{6a} is considered, including: definition and ingredients;⁷ objects and purpose; the information; causes of suspicion as disclosed in the information; description of the nature of the offence; description of the premises to be searched; and description of the subject matter.⁸

in *Rex v. Ella Paint* (1917) 28 C.C.C. 171 (N.S.S.C.), expressed it this way: "At common law the dwelling of the subject is held to be immune from intrusion, unless there is express authority to justify the intrusion, and the 'person' of the subject is held equally sacred". These authorities are all considered by the author; *ibid.*, 1-2.

⁶ *Supra*, note 1, 2.

^{6a} R.S.C. 1970, c.C-34, s.443.

⁷ The author notes and finds it curious that "search warrant" is not defined in the *Criminal Code*. Although the term may be self-defining in that it decrees that a search is "warranted" and that the person to whom it is directed is "warranted" in carrying out the search, it is much more than that. Mr Fontana suggests the following definition:

"A search warrant is an instrument issued under the authority of a legislative enactment, at the discretion of a justice and after certain predetermined conditions have been met, authorizing a peace officer to enter a specified building to search for specified goods, pertaining to a specified offence."

The author goes on to state however that the effect of not including any precise definition has been to provide the courts with greater flexibility in ruling on search warrant procedures (at 7). Although there is no omnibus definition of the term, Mr Fontana notes that the "concept" has traditionally included the following ingredients:

"(1) there should be some physical, documentary manifestation of the authorization to search; there are no oral search warrants; (2) there now must be some statute law from which it draws its legal existence; (3) it must be issued by a designated court official who must have determined the existence of the legislative pre-requisites to his satisfaction; (4) it should authorize (a) an entry of a specified building, (b) to search for specified goods, with a view (c) to a specified offence."

These elements are essential in all kinds of search warrants whether issued pursuant to federal or provincial statutes (at 8).

⁸ The Canadian authorities accorded considerable attention by the author are the following: *Shumiatcher v. A-G. for Saskatchewan* (1960) 129 C.C.C. 270 (Sask. Q.B.); *Re Bell Telephone Company of Canada* (1947) 89 C.C.C. 196 (Ont. H.C.); *Re Worrall* [1965] 2 C.C.C. 1 (Ont. C.A.); *Re Royal Canadian*

In the second chapter the reader is guided through the various mechanics involved in the *issuance* of search warrants. The author commences with the general duties of the justice which he describes as falling into three broad categories: (1) to consider the content of the search warrant information or report in front of him; (2) to determine, upon what is alleged, whether he has jurisdiction to issue a search warrant and whether in fact to issue it; and (3) to take the goods seized into his custody.⁹ Mr Fontana emphasizes that there is a common denominator among the *Criminal Code* sections which authorize a justice to issue a search warrant — they are all permissive:

[T]he justice when considering whether or not the material before him supports the issue of a search warrant and when considering whether or not to issue it — must act judicially. He must exercise a judicial discretion.¹⁰

Following the analysis of the duties of the justice, the author turns his attention to a consideration of the threefold duty of the peace officer which is described as: (1) "his duty to provide the justice with proper and sufficient material in support of the application; (2) his duty to properly execute the search warrant"; and (3) "his duty to take custody of the goods and bring them before the justice".¹¹

The remaining sections in this chapter deal with such matters as the liability of the peace officer involved in the search warrant process,¹² and review proceedings.¹³ The latter is noted by the author

Legion (Branch 177) [1964] 3 C.C.C. 381 (B.C. S.C.); *Rex v. Solloway Mills & Co.* (1930) 53 C.C.C. 261 (Alta C.A.); and *Regina v. Trotter* [1964] 4 C.C.C. 321 (Que. Q.B.).

⁹ *Supra*, note 1, 47.

¹⁰ *Ibid.*, 51.

¹¹ *Ibid.*, 62.

¹² *Ibid.*, 70. The law respecting the liability of a peace officer for malfeasance and negligence in the execution of his duty raises the whole area of tort law with regard to the conduct of public officials. The author notes however that "the law as it pertains to his liability in executing process such as search warrants, is somewhat more confined", and raises the various protections afforded him by both statutory and case law. In every case it is necessary precisely to determine "the terms of the section authorizing the issue of the search warrant or under which the search and seizure are made". A comprehensive review of the law was provided by Mr Justice Aikins of the British Columbia Supreme Court in *Re Royal Canadian Legion (Branch 177)*, *supra*, note 8. See Fontana, *ibid.*, 64, 70-71.

¹³ *Ibid.*, 75. "The avenues of review open to an individual against whom a warrant to search has been issued, are ... injunction, certiorari, and trial and appeal". The author notes that in "the rare case where the owner-occupier has knowledge that a search warrant has been issued against his premises but has not yet been executed, he may do one of two things": (1) wait until the

as being characterized by a general reluctance on the part of the courts to interfere with the process.¹⁴

In the third chapter the author proceeds to canvass the law respecting the *execution* of search warrants. In contrast to the issuing procedure, which may vary considerably among the different statutes and sections (in effect requiring different supporting materials), the execution process is relatively uniform regarding standards and available methods.¹⁵

Following an examination of procedural guidelines,¹⁶ Mr Fontana affirms that a "deviation from proper execution procedures is not necessarily fatal to the process . . . since two principles will continue to be effective in so far as the criminal law aspect is concerned:

officer arrives, examine the warrant, and resist its execution if he believe he has grounds; the matter will be reviewed when he defends an obstruction charge; and (2) he may consult his solicitor and try to obtain an injunction to prevent the enforcement of the search warrant. "The futility involved here," says the author, "is that if the courts ultimately grant the injunction . . . there is no abuse of process if the informant corrects his mistake and obtains a new search warrant, providing it is obtained after the first one has finally been ruled upon." *Ibid.*, 15. See also, *Solloway Mills & Co. v. A-G. for Alberta* (1930) 53 C.C.C. 234 (B.C. S.C.).

¹⁴ This conclusion is supported by the relatively recent decision of the Supreme Court of Ontario in *Greenback Investments (Hamilton) Ltd v. O'Connell* [1972] 3 O.R. 656 (Ont. H.C.). The applicant sought an injunction to prevent the police from obtaining or executing any further search warrants upon him, having been subjected, so he alleged, to two hundred or so searches respecting off track betting offences. In refusing to grant the injunction, Mr Justice O'Driscoll stated the following at 658:

"In the event that the plaintiff company, through its servants and agents, is in fact carrying on a lawful business, I am confident that it can be adequately recompensed in damages; in the event that the plaintiff is not carrying on a lawful business, then to grant the relief sought would amount to a direction that under no circumstances could police officers obtain search warrants and pursue their duties . . ."

Referred to by Fontana, *ibid.*, 76.

¹⁵ *Ibid.*, 85.

¹⁶ The guidelines are the following: (1) "a search warrant should be in the possession of the officer at the time of the search"; (2) when the place to be searched is a dwelling house, a demand to open must be made; (3) the officer should produce and exhibit the warrant, if asked, and allow it to be inspected; (4) "the officer need not in all circumstances first demand an entrance or signify the cause of his coming"; (5) "an officer acting under a . . . warrant . . . may use such force as is reasonably necessary . . . but . . . is liable for any excess"; and (6) whether it is necessary to use force depends upon the circumstances in each case; *ibid.*, 86. See also, *Wah Kie v. Cuddy* (1914) 23 C.C.C. 383, 386-387 (Alta S.C.).

“Unlawfully obtained evidence, or evidence obtained in excess of authority, will still be admissable”.¹⁷

The balance of the third chapter is taken up, among other matters, with a consideration of: items which may be seized; and forfeiture and return of seized goods.

In the fourth chapter a number of special provisions for search are treated, for example: search of common gaming and disorderly houses; bawdy-houses; seizure of obscene publications; the position of banks and related financial institutions; and search under provincial statutes such as liquor searches. The inclusion of such matters is necessary not only because it adds completeness to the book but because, unlike the comprehensive search warrant section, these special provisions generally apply to a restricted class of offenses and differ not only in requirements but in possible consequences.

The author then turns his attention, in chapter five, to a number of recurrent problems in the search warrant procedure. Following a brief summary of the law respecting seizure of fixtures, the use of successive search warrants, and tricks, the reader is presented with a concise statement of problems arising from the solicitor-client privilege and whether a warrant may be executed to search for client's goods on the solicitor's premises.

Mr Fontana outlines three solicitor-client situations which must be distinguished before the applicability of the search warrant process can be considered: (1) “where a legitimate solicitor-client relationship exists and the solicitor is not . . . implicated in the wrongdoing; (2) where the solicitor is . . . implicated either alone or . . . with his client”; and (3) “where the solicitor is not implicated, but the client has used the solicitor's premises as a repository for the incriminating materials”.¹⁸

A comparatively long section is then devoted to search of the person and the far-reaching decision in *Re Laporte and The Queen*¹⁹

¹⁷ Furthermore, the author posits that “[a]nything done by the officer will be presumed to have been done properly unless raised in issue at the trial. While breaches of proper execution procedure may result in a civil action against the officer, they will not necessarily affect the criminal proceedings”. Although it is the duty of the officer to have the warrant with him when he executes it, it will be presumed, until the contrary is shown, that he acted correctly, and that the warrant was in his possession; *ibid.*, 86. Note also, *Fanning v. Gough* (1908) 18 C.C.C. 66, 69 (P.E.I. S.C.).

¹⁸ *Supra*, note 1, 148-151.

¹⁹ (1972) 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.).

wherein the Quebec Court of Queen's Bench confirmed that the common law right to search the person is basically a right to search a prisoner: (1) at the time of the arrest; (2) to prevent the commission of a further offence; and (3) to prevent the disappearance of evidence.²⁰

We are then presented with what the author calls "the search warrant dilemma", *i.e.*, the situation which sometimes occurs when a search warrant is issued for a specific charge and goods are discovered pertaining to an unrelated offence.²¹ Mr Fontana examines the position of the officer in three situations: (1) where the officer executes a search warrant on a gaming house and discovers goods which are evidence of a *Criminal Code* offence unrelated to gaming; (2) where the officer executes a *Criminal Code* section 181 warrant and finds liquor held in contravention of provincial liquor laws; and (3) where the officer is executing a warrant to search for liquor issued under provincial liquor legislation and uncovers goods which are evidence of a *Criminal Code* offence.²²

No discussion of recurrent problems would be complete without some treatment of unlawfully obtained evidence. Two possible situations are raised by the author: (1) where the "search warrant itself is ultimately determined to be invalid ... in circumstances which place the officer in the same position as if he had no search warrant at all"; and (2) "[i]mproper execution of a valid search warrant, or execution in excess of the authority granted in the warrant".²³

The final chapter deals with special federal and extraordinary powers of search. Beginning with the special process under the *Bankruptcy Act*,²⁴ Mr Fontana then turns to *The Narcotics Control Act*,²⁵ *The Food and Drugs Act*,²⁶ *The Excise Act*,²⁷ and *The Customs Act*.²⁸ The last four statutes are of particular interest because they all provide three types of search power: (1) "powers to search without a search warrant; (2) powers to search with a search warrant,

²⁰ *Supra*, note 1, 153-160, esp. 158.

²¹ *Ibid.*, 160.

²² *Ibid.*, 161-162. The author does not limit the possibilities to these circumstances, noting that the potential combinations are many and varied.

²³ *Ibid.*, 175-178.

²⁴ R.S.C. 1970, c.B-3.

²⁵ R.S.C. 1970, c.N-1.

²⁶ R.S.C. 1970, c.F-27.

²⁷ R.S.C. 1970, c.E-12.

²⁸ R.S.C. 1970, c.C-40.

(except for *The Customs Act*); and (3) powers of search under a Writ of Assistance".²⁹

The book closes with an account of the law respecting writs of assistance and the very broad powers available to Parliament under the provisions of the *War Measures Act*.³⁰

The foregoing brief summary (which does not touch upon all the aspects of search raised in this book) ought to indicate the thoroughness with which Mr Fontana has completed his work. The material is well organized and unfolds before the reader in a logical pattern. It might also be added that an appendix at the back of the book contains a reproduction of basic forms and the relevant *Criminal Code* provisions. The appendix is followed by a useful table of cases and index.

The main criticism which this writer offers is that the leading cases in the field do not receive the analysis which their importance begs. Many quotations from various decisions appear throughout the text which are offered by the author as definitive conclusions without further comment. There is also a conspicuous absence of consideration given to dissenting judgments.

However, it must be remembered that this book is not an academic, comparative law treatise — and was not intended by the author or publisher to be such. It is a practitioner's tool, written and designed with that purpose in mind. There is no doubt that there is a need in Canada for works of this nature. If all of us practicing in the field of criminal law had a command of this material, Mr Fontana's first introductory observation would be a dead letter, *i.e.*, there would be much less scurrying off into other areas of cross-examination when the inevitable answer "yes" is given to the usual question, "Did you have a search warrant in your possession to enter the premises?".³¹

A. Clayton Rice*

²⁹ *Supra*, note 1, 196-199.

³⁰ R.S.C. 1970, c.W-2.

³¹ *Supra*, note 2.

* Assistant Professor of Law, The University of Alberta, Edmonton.

La capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIX, par H. Patrick Glenn, Paris: Dalloz, 1975, Pp.xv, 284 (\$10.80).

L'ouvrage de M. Glenn, en tous points excellent, dont la Bibliothèque de droit international privé s'est enrichie est issu d'une thèse de doctorat brillamment soutenue devant la Faculté de droit de Strasbourg. M. Glenn a déjà retenu l'attention des spécialistes français de droit international privé, tant par la maîtrise qu'il révèle de la méthode comparative que par l'intérêt même du sujet traité et des conclusions auxquelles il aboutit (voir la belle préface de M. Bischoff).

La capacité de la personne est en effet située au point de rencontre du droit des personnes et du droit des actes. "Si la capacité est une aptitude personnelle, elle est aussi une aptitude à *agir*" écrit justement l'auteur (p.137, no.153). Cette simple phrase résume l'opposition entre le droit international privé français, qui part du principe que la capacité est régie par la loi personnelle et le droit international privé anglais qui rattache la capacité à la loi de l'acte. Mais elle permet aussi de les rapprocher, car aucun des deux droits ne peut ignorer le lien rationnel de la capacité avec celui des deux pôles qu'il ne privilégie pas. C'est ce que démontre M. Glenn en deux parties, l'une traitant du rôle de la loi personnelle, l'autre de la compétence de la loi de l'acte ou du rapport juridique.

La première partie exprime la position de principe du droit français qui s'est formé par un élargissement progressif, au cours du XVII^e et XVIII^e siècles, de l'exception très limitée consentie par d'Argentré à la règle de la territorialité des coutumes. Cette solution a triomphé ensuite dans l'article 3, alinéa 3 du Code civil français et, selon l'auteur, elle serait même le reflet de l'attitude générale du droit français faisant de la personne le centre de toutes les relations juridiques. L'intérêt de cette première partie est double. Il montre que le droit anglais lui-même n'ignore pas le rattachement de la capacité à la loi personnelle, au moins lorsque les actes requérant cette capacité sont eux-mêmes soumis à cette loi, ce qui est spécialement le cas de la capacité matrimoniale (voir le très intéressant exposé de l'attitude anglaise à l'égard des mariages polygamiques p.32, no.36 *et seq.*) et de la capacité testamentaire pour les meubles (p.44, no.47 *et seq.*). Mais cette première partie met surtout en évidence les nombreuses causes d'éviction de la loi personnelle admises par le droit français. L'auteur en compte huit, ce qui est peut-être excessif, mais il reste vrai que l'ignorance excusable de la loi étrangère (jurispru-

dence *Lizardi*¹) s'ajoute à l'ordre public, à la fraude à la loi et aux notions de lois de police et d'urgence pour faire échec à la compétence de la loi personnelle et dans des conditions d'autant moins prévisibles qu'elles dépendent souvent et uniquement d'une appréciation par le juge de l'ensemble des faits de la cause.

La seconde partie invite à parcourir un chemin inverse du précédent. La compétence de la loi de l'acte, dans laquelle M. Glenn voit la position de principe du droit anglais, bien qu'aucune décision anglaise ne l'ait consacrée expressément pour ce qui est de la capacité de faire des actes juridiques en général (voir p.156, no.177), trouve elle aussi son origine dans la tradition territorialiste de d'Argentré, recueillie en Angleterre par l'intermédiaire des auteurs hollandais du XVIIe siècle, et corrigée par la distinction anglaise entre l'état (*status*) de la personne et les effets (*incidents*) et de cet état, parmi lesquels la capacité (p.145, no.162). Tandis que l'état est soumis à la loi personnelle, la capacité en est détachée pour être soumise à la loi du lieu de l'acte, puis à celle de l'acte lui-même, tant il est vrai que si "[l]a condition juridique de l'individu doit rester constante . . . son aptitude à agir peut varier selon les circonstances" (p.147, no.63).

M. Glenn n'est pas enthousiasmé par cette distinction. Tout en reconnaissant que l'application de la loi de l'acte à la capacité évite un dépeçage du contrat et assure la sécurité du cocontractant, il montre que, sur le plan théorique, la distinction *status-incidents* réduit le premier terme à une pure abstraction juridique et que, sur le plan pratique, elle fait naître de délicats problèmes de qualification. Si la solution évite aux auteurs anglais les pièges de la distinction française entre ce qui relève de la catégorie capacité et ce qui relève de la catégorie acte juridique, elle les contraint néanmoins à faire le départ entre la capacité et l'état et M. Glenn regrette que la qualification capacité soit souvent abusivement retenue pour appliquer la loi du rapport juridique (c'est-à-dire souvent la loi anglaise) sans invoquer ouvertement l'ordre public, dans des hypothèses où c'est en réalité l'état de la personne qui est en cause (voir p.149, no.168, le refus d'accorder une succession anglaise à un enfant régulièrement légitimé selon la loi de son domicile).

M. Glenn examine en détail l'étendue de la compétence de la loi de l'acte dans le droit international privé anglais et explique à merveille que la capacité souffre (ou profite?) de la "flexibilité" du droit international privé anglais en la matière et notamment de l'hésitation entre la loi du lieu de situation de la chose et la loi du con-

¹ Req., 16 janv. 1861, D.P. 61.1.193, S.61.1.305.

trat lorsqu'il s'agit de la capacité de transférer un droit réel. Le droit anglais n'est pas cependant complètement insensible aux liens de la capacité avec l'état de la personne, notamment en matière de protection des incapables où une certaine "discretion" est laissée au juge pour reconnaître des pouvoirs tutélaires conférés à l'étranger en application de la loi personnelle de l'incapable. Mais le test de l'aveu de ce lien par le droit anglais nous paraît être dans les réponses qui seront données aux deux questions suivantes, en matière de contrats. L'autonomie de la volonté permet-elle aux parties, en choisissant la loi du contrat, de choisir la loi de leur capacité, ou, pour ce qui touche du moins à la capacité, la loi du contrat doit-elle toujours être déterminée de façon objective? D'autre part, la personne pleinement capable selon la loi de son domicile peut-elle être réputée incapable — et le contrat qu'elle a passé annulé — si la loi du contrat en décide ainsi? M. Glenn paraît opiner pour les réponses qui sauvegardent le lien de la capacité avec la loi personnelle, mais ces questions restent débattues en Angleterre.

Au terme de son étude M. Glenn nous livre le fond de sa pensée. Il est très sévère, peut-être même trop, à l'encontre du système français et, tout en rendant hommage aux juristes qui l'ont adapté aux exigences modernes, il estime inadéquat le principe du rattachement de la capacité à la loi personnelle. Mais il hésite à se ranger derrière la bannière anglaise de la loi de l'acte dont le défaut le plus grave est de n'avoir pas subi l'épreuve du temps ni encore donné de solution aux graves problèmes déjà signalés et qui restent en suspens. Au fond, c'est plutôt à la méthode de la règle de conflit que s'en prend M. Glenn, en exprimant une préférence très marquée pour une solution matérielle, inspirée de la jurisprudence *Lizardi*,² qui tient compte dans chaque cas des circonstances de la cause et des divers intérêts à protéger. La solution pourra décevoir les amateurs de certitudes et le lecteur aurait assurément été comblé si l'auteur avait pu étoffer davantage ses positions et proposer au moins des "principes de préférence", même assortis de toute la souplesse nécessaire. Il a sans doute craint de dépasser son propos strictement comparatif. En tout cas la lecture de cet ouvrage fortement charpenté, écrit dans un style que sa sobriété rend particulièrement efficace et persuasif, montre clairement qu'en cette matière fuyante des solutions insuffisamment nuancées ne sont pas praticables.

Paul Lagarde*

² *Ibid.*

* Professeur de droit international privé à l'Université de Paris I.

Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law, revised edition, by Edgar Bodenheimer, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975. Pp.xii, 463 (\$15.00).

This volume is a revised edition of Professor Bodenheimer's 1962 work. It maintains the tripartite division of its predecessor, but contains a largely rewritten second section on the nature and functions of the law, in which the author explores in greater detail "the psychological roots of the law, the conceptual scope and substantive components of the notion of justice, and the criteria for the validity of law" (p.v). Here are considered, along with the "classics", some of the more recent writings of such contemporary legal thinkers as Rawls, Hall, Ehrenzweig, Messner, Verdross, Hoebel and Friedrich. Bodenheimer's integration of recent European and Anglo-American legal literature in this area is an especially valuable and attractive feature of the book. As in the former volume, the initial section of some nine chapters is devoted to a critical examination of the history of the philosophy of law from Plato to McDougal and Lasswell, while the concluding four chapters (where the treatment of legal reasoning has also been revised) deal with the sources and techniques of the law.

Professor Bodenheimer's treatise is in no sense a mere descriptive survey. Scholarly, thoughtful, often provocative, and written in a crisply lucid style, the core of the book develops the author's thesis that a legal system "must aim at the creation of order as well as the realization of justice" (p.246). In Bodenheimer's words:

In a healthy legal system the values of order and justice are not normally at cross purposes; on the contrary, they are locked together in a higher union. A legal system that cannot meet the demands of justice will be unable, in the long run, to provide order and peace for the body politic. Justice, on the other hand, cannot be accomplished without an orderly system of judicial administration which will ensure the equal treatment of equal situations. Thus the maintenance of order is to some extent conditioned by the existence of a reasonably sound system of law, while justice needs the helping hand of order to perform some of its essential functions. The required synthesis of the two values may be summed up in the statement that law aims at the creation of a *just societal order*. (pp.246-247)

Bodenheimer supports his case for the need for a synthesis of order and justice by referring to the polarities of a system of adjudication without law which would rest simply on "the free and unfettered intelligence of its judges", and "an orderly, well-articulated body of rules which fail to correspond to the community's sense of justice" (p.248). However wise and impartial judges may be, opinions must reasonably differ concerning which situations require

like decisions, and some degree of normative guidance is necessary (whether through legislation or social, ethical or religious usages and customs) in order to ensure a modicum of consistency in the application of law. At the other extreme, a rigorous but mechanical social order uninformed by a just standard would be fit only for "a society of robots" and would be bound to generate a popular reaction which could undermine and ultimately topple the legal regime. As a foremost American natural lawyer the author states: "The natural-law tradition of ancient and modern vintage has tended towards the position that a normative system wholly or largely devoid of justice does not deserve the name of 'law'" (p.248).

Although Bodenheimer throughout makes clear his own bias towards natural law, he shares with Jerome Hall a refreshing eclecticism which is capable of absorbing the best insights of the analytical, sociological and other jurisprudential schools into his own brand of "integrative jurisprudence". Referring to the efforts of Hall in the United States and to similar work by Erich Fechner in Germany, Bodenheimer observes that "the law is a complicated web, and it is the task of the science of jurisprudence to pull together the various strands which go into the making of this intricate fabric" (p.164). If the various schools provide valuable insights, however, they also betray weaknesses, and it is the task of the "integrative jurist" to ponder carefully relative merits and defects and to accept only the best features of each tradition. This Bodenheimer proceeds to do.

Thus, valuable though social forces may be in explaining legal control, excessive reliance on them as explanatory factors may distort one's perspective by excluding important legal ideals such as liberty or equality which may also be pertinent in the total social context. If one considers the historical school of law, its distinctive insight is that "the national genius of a people may have its share in the creation of a great legal system", but it cannot explain, for example, how the legal systems of Germany or Switzerland could be successfully transplanted to countries like Turkey and Japan. Moreover, it may be that "[a] truly great legal system will have qualities which raise it above the limitations of national traits and render it, at least in some measure, universal in spirit and practical value" (p.165). While Marxist legal scholars have discussed the close relationship between economics and law, they have assigned a disproportionate weight to class antagonisms and should have taken into account also such collateral matters as power relations, basic biological facts, ethnological data, religious convictions, ideologies, value systems and the dictates of reason as possible explanatory

factors. Analytical positivism emphasizes the careful elucidation of legal concepts from a technical point of view in order to achieve the aims of consistency and clarity, but at the sacrifice of ignoring the important psychological, ethical, economic and social foundations of law. It also errs in defining law simply as "force", thereby minimizing such factors as authority, legitimacy and values. Legal realism has acted as a corrective for analytical jurisprudence by stressing the extra-legal variables affecting the judicial process, but especially in its early forms it has tended to give insufficient weight to the role of legal rules in the practical dimension of the law. Bodenheimer's conclusion is that the schools generally have been too one-sided in their preoccupations and have much to learn from each other; perhaps a new synthesis is now needed (pp.164-168).

The last part of the book deals with formal and nonformal sources of the law (*e.g.*, legislation, treaties, precedents, "justice", reason, equity, public policies, morality, social trends, custom), law and scientific method, and the techniques of the judicial process. The chapter on scientific method contains an interesting discussion of concept formation touching on the nominalist-realist controversy and the "core and penumbra" problem. In line with his approach earlier in the book, the author recommends the use of both analytical (*e.g.*, deduction, induction and analogy) and dialectical (consideration of two contradictory statements should be accepted) modes of reasoning in their appropriate contexts (pp.385-397). Value judgments may also play a part in legal reasoning, mainly when they become fixed in constitutional provisions, statutes and other legal norms, but also when the courts are compelled to rely on general principles of justice and public policy in the absence of unambiguous directives (p.400). Bodenheimer's premises about the nature of law and legal reasoning impel him to make a strong case for a broad interdisciplinary legal education embracing history, international affairs, political theory, economics and philosophy, all of which are related to a legal system conceived as "a part of the total life of society" (p.402).

The three parts of the book with their respective historical, axiological and systemic concerns complement each other nicely. Professor Bodenheimer has a rare gift for lucidity and compression, and has eruditely and gracefully discussed the major jurisprudential controversies from the Greeks onward in this thoughtful and well-balanced book.

W. H. McConnell*

* Of the Faculty of Law, University of Saskatchewan.

Convention Communautaire sur la Compétence Judiciaire et l'Exécution des Décisions, par Martha Weser,¹ Paris: Pedone, 1975. Pp. xxix, 773 (\$49.00).

Le droit international privé de la communauté économique européenne a connu, ces dernières années, des développements particulièrement importants. En effet, la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civiles et commerciales, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 et entrée en vigueur le premier février 1973, a modifié les codes de procédure civile des six Etats fondateurs du Marché commun.

Cette Convention a été adoptée en vertu de l'article 220 du Traité de Rome qui prévoit que: "Les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants . . . la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales."

La Convention dépasse cet objectif, les négociateurs s'étant aperçus que son efficacité serait assez restreinte si elle ne réglait pas aussi la compétence judiciaire des Etats membres. En effet, l'un des obstacles à l'octroi de l'exéquatur est invariablement la condition de vérification par le tribunal requis de la compétence du juge étranger.²

Centré sur cette Convention, mais effectuant une étude complète des règles de juridiction et d'exécution des jugements étrangers dans les six pays du Marché commun, l'ouvrage de M. Weser est un remarquable outil de travail pour le chercheur et le praticien. Or, ce dernier est particulièrement concerné car, depuis février 1973, aucun procès comportant un élément d'extranéité ne peut avoir lieu dans les six pays sans tenir compte des règles de la Convention.

Celle-ci fait complètement abstraction de la nationalité des parties et s'applique lorsque le défendeur est domicilié dans un pays contractant et même lorsqu'il ne l'est pas (article 4 et 16). C'est pourquoi, l'importance de cet instrument dépasse le cadre régional où il a pris naissance. Il ne faut pas oublier, à cet égard, que les relations commerciales entre le Canada et le Marché commun sont en train de se développer et de tendre vers un accord général officiel.³

¹ Professeur à l'Université libre de Bruxelles; avocat près la Cour d'appel de Bruxelles.

² Y. Loussouarn, *Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé* (1974) 10 *Revue trim. de droit européen* 708, à la p. 725.

³ C. Atala, *La C.E.E. révèle le Canada à l'Europe*, *Les Affaires*, Montréal, vol. XLVIII, no. 10, 8 mars 1976, p. 1.

Les nouveaux membres du Marché commun sont destinés à devenir tôt ou tard parties à la Convention qu'ils ont l'obligation d'accepter comme base de négociations (article 63).

Le champ d'application de cette dernière est étendu puisqu'elle "s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction" (article 1). Sont cependant expressément exclus les litiges concernant l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments, les successions, les faillites, concordats et autres procédures analogues, la sécurité sociale ainsi que l'arbitrage.

Dans ces matières, les litiges continuent à être régis par les traités bilatéraux ou multilatéraux⁴ qui lient certains des six Etats ou, à défaut de tel traité, par les règles de leur droit commun.

Il en résulte une juxtaposition de règles de droit qui semble avoir inspiré le plan de l'ouvrage de M. Weser. Dans un titre préliminaire, l'auteur élabore une théorie générale des conflits de juridictions ce qui est d'autant plus utile que ces conflits sont rarement étudiés en détail dans les traités de droit international privé. Ils semblent être les parents pauvres des conflits de lois, du moins dans les juridictions civilistes.⁵

La première partie de l'ouvrage est consacrée à la compétence des tribunaux et aux effets des jugements dans le Marché commun dans les matières exclues par la Convention communautaire de 1968. La deuxième partie traite principalement de cette Convention ainsi que du Protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, signé à Luxembourg le 3 juin 1971.⁶ Elle donne également un bref aperçu du projet de convention entre les Etats de la C.E.E. relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues.

⁴ Ainsi, par exemple, en matière d'arbitrage, la République fédérale d'Allemagne, la France, l'Italie et les Pays-Bas sont parties à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New-York le 10 juin 1958; la République fédérale d'Allemagne, la France et l'Italie sont parties à la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961; la Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage signée à Strasbourg le 20 janvier 1966 a été approuvée par la loi belge du 4 juillet 1972 qui l'introduit dans le code judiciaire (Moniteur, 8 août 1972).

⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé* 5e éd., Paris, L.G.D.J. (1971) t.2, no.667 à 694; P. Lérebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *Droit international privé* 9e éd., Paris, Dalloz (1970) no. 394 à 429; F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier (1968) no. 39 à 65.

⁶ Ce protocole est entré en vigueur le premier septembre 1975, J.O. no. L 204/28 du 2 août 1975.

Dans la troisième partie, l'auteur étudie les conflits de conventions dans le C.E.E. La Convention communautaire de 1968 règle en effet ses relations avec une série de traités énumérés en son article 55. Si ceux-ci sont remplacés par la Convention communautaire de 1968, ils continuent néanmoins à produire leurs effets en ce qui concerne les décisions rendues et les actes reçus avant l'entrée en vigueur de la Convention et dans toutes les matières auxquelles elle n'est pas applicable.

M. Weser est d'autant plus qualifiée pour aborder ces problèmes délicats qu'elle a publié, dès 1951, une étude fouillée du *Traité franco-belge du 8 juillet 1899 sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques*.⁷

Cette troisième partie, particulièrement intéressante, est complétée par l'étude des moyens destinés à supprimer ces conflits et par celle de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles.

Finalement, de nombreuses annexes, formant une quatrième partie, reproduisent tous les textes étudiés.

Ainsi présenté par l'auteur dans son cadre complet, l'impact de la Convention communautaire de 1968 peut être évalué dans toute son importance.

Tout d'abord, ainsi que le souligne avec force M. Weser, la Convention comprend des règles de compétence directes c'est-à-dire qui désignent *directement* le ou les tribunaux compétents pour connaître d'une action intentée dans l'un des Etats contractants. La structure de la Convention communautaire est en cela fort différente de celle de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matières civiles et commerciales, adoptée en 1966⁸ qui se borne à établir des règles de compétence indirectes s'adressant au juge de l'exéquat. ⁹

La Convention prévoit des règles de compétences exclusives dans quelques domaines limitativement énumérés dans l'article 16.¹⁰

⁷ *Traité franco-belge du 8 juillet 1899, étude critique*, Paris, Sirey (1951).

⁸ *Recueil des Conventions de La Haye*, éd. par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye (1973), 106.

⁹ Pour une comparaison entre les deux instruments, voir M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, *supra*, p. 60, no. 63 et *seq.*

¹⁰ Par exemple, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant où est situé l'immeuble sont seuls compétents sans considération de domicile.

En dehors de ces cas, le critère de compétence principal est celui du domicile du défendeur s'il se trouve dans un des pays contractants. Ce même défendeur peut aussi être attiré devant le tribunal d'un autre Etat de la C.E.E. dans les cas prévus par les articles 5 et 6 de la Convention, par exemple devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée (article 5(1),¹¹ ou encore le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (article 5(3)).¹²

Si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat de la Communauté économique européenne, le demandeur qui, lui, y est domicilié peut, comme les nationaux, y invoquer les règles de compétence nationales de cet Etat et, notamment, en France, le demandeur domicilié dans ce pays peut y invoquer le fameux article 14 du Code civil. En d'autres termes, "[l]es privilèges nationaux deviennent ainsi par le Traité des 'privilèges communautaires' "¹³ ce qui n'a pas été sans inquiéter fortement les juristes anglais et américains.¹⁴

La Convention contient des règles de compétences spéciales en matières d'assurance et de ventes à tempérament et elle prévoit également, dans son article 17, que les parties, lorsque l'une au moins est domiciliée dans un Etat contractant, pourront, par convention, attribuer compétence exclusive à un tribunal désigné ou aux tribunaux d'un Etat contractant.

¹¹ La détermination du lieu de l'exécution de l'obligation a semblé soulever certaines difficultés en matière de concession de vente exclusive en Belgique, voir Trib. comm. Bruxelles, 30 mai 1974; Cl. 1975.355. Le tribunal a décidé que l'exception à la compétence du tribunal du domicile du défendeur "n'est pas d'application, lorsque la convention des parties ne contient pas de clause expresse déterminant le lieu d'exécution de l'obligation légale faite au concédant de payer une indemnité en cas de résiliation unilatérale d'une concession de vente en Belgique" contra Comm. Liège, 17 mars 1975, décision inédite citée dans Colloque de Bruxelles sur les Conventions communautaires, III, M. Weser, *Règles de compétence prévues par la Convention communautaire concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (1975) 11 Rev. trim. de droit européen 24, à la p. 27, note 1.

¹² Pour une interprétation prudente de ce critère, voir Trib. Gde inst. Paris (réf. et 1ère Ch.) 7 et 19 juin 1974, (1974) 63 Rev. crit. d.i.p. 696, note Lagarde; Cl. 1975.86, note Holleaux.

¹³ M. Weser, *supra*, 276, no. 243.

¹⁴ Voir pour l'influence de ces dispositions — alors à l'état de projets — sur les négociations de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, Dalloz (1972) no. 663 et seq.

Finalement, la Convention consacre une distinction fondamentale entre la reconnaissance des jugements et leur exécution. La reconnaissance est automatique en ce sens que les décisions rendues dans les six Etats ont autorité de la chose jugée dans toute la Communauté "sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure" (article 26, al. 1). La reconnaissance ne peut être refusée que pour des motifs extrêmement limités qui sont constitutifs de l'ordre public international (article 27).

L'exécution se fait selon l'exéquatur simplifié prévu aux articles 31 et suivants.

Notons que le juge statue sans entendre la partie adverse (article 34) et contrôle simplement si la décision ne se heurte pas à un des motifs de refus prévus par l'article 27. Si l'exécution est autorisée, la partie contre laquelle elle est demandée peut former un recours contre la décision dans le mois de sa signification (article 36) devant la juridiction désignée à l'article 37.

Il faut noter la place modeste de l'ordre public. En effet les règles relatives à la compétence échappent à l'exception d'ordre public qui ne peut être invoquée que pour écarter un jugement étranger (article 28).

Il était à craindre que le principe, fortement ancré dans certains pays, selon lequel aucun traité ne saurait faire échec à la compétence des tribunaux du for lorsqu'ils sont saisis d'une demande intéressant l'ordre public¹⁵ ne vienne déjouer les objectifs de la Convention. Heureusement, l'application de celle-ci a pris un bon départ dans ce domaine en France où l'exception d'incompétence des tribunaux du for a été accueillie en dépit de l'argument du demandeur fondé sur le principe ci-dessus en matière de contrats de travail¹⁶ et dans le domaine, pourtant fortement lié aux lois de police et de sûreté, des spoliations.¹⁷

Ce bref exposé du fonctionnement de la Convention nous a paru nécessaire pour mettre en lumière toute sa complexité. Les règles qu'elle édicte, de même que celles auxquelles il faut recourir lorsqu'elle ne s'applique pas, sont exposées par M. Weser avec une

¹⁵ En France, voir Soc. 22 novembre 1972, (1973) 62 Rev. crit. d.i.p. 565, note H. Batiffol; Cl. 1973.721, note Lyon-Caen.

¹⁶ Aix-en-Provence (9e Ch. soc.) 10 mai 1974, (1974) 63 Rev. crit. d.i.p. 548, note G. Droz.

¹⁷ Paris (1e ch.) 16 décembre 1974, Gaz.Pal 1975.1.179, conf. Trib. Gde inst. Paris (réf.) 7 juin 1974, *supra*, note 12.

remarquable clarté ainsi qu'avec la profonde maîtrise d'un auteur qui a consacré de longues années à l'étude de son sujet et des domaines connexes.¹⁸ De nombreux tableaux facilitent la consultation de l'ouvrage référant immédiatement le lecteur au paragraphe pertinent suivant le genre de litige auquel il s'intéresse.

Il est rare de pouvoir saluer une oeuvre dont l'utilité pratique et la valeur académique sont à un niveau aussi élevé.

E. Groffier*

¹⁸ Voir *supra*, notes 7 et 11 et la longue liste d'articles et de notes diverses de M. Weser dans la bibliographie de son ouvrage.

* Professeur associé, faculté de droit, McGill University.

McGILL LAW JOURNAL

Montreal

Vol. 22

1976

No. 3

ACCESS TO JUSTICE / L'ACCÈS À LA JUSTICE
SPECIAL ISSUE NUMÉRO SPÉCIAL

PREFACE / PRÉFACE

The theme for this Special Issue, "Access to Justice", was chosen because the Board of Editors believes that although the law has undergone far reaching change in recent years, many basic problems remain. While law reform and the advent of government programmes such as Legal Aid have in theory made the law available to all, in practice "equality before the law"* remains an elusive goal. We do not pretend to have found all the answers, but we hope that the articles in this Special Issue will illuminate some of the problems which still exist.

We want to take this opportunity to express our appreciation for the enthusiastic response with which this Special Issue was met by the authors who have contributed to it, and to thank the Canada Council and the Quebec Legal Services Commission for the grants which made it financially possible.

Plusieurs problèmes fondamentaux demeurent sans solution même si la loi a considérablement évolué durant ces dernières années, tel est le motif qui a poussé la Rédaction à consacrer un numéro spécial à "L'Accès à la Justice". Théoriquement, des réformes juridiques de même que des programmes du gouvernement dont, par exemple, l'assistance judiciaire, ont rendu la justice accessible à tous, mais, pratiquement, "l'égalité devant la loi"** est sujette à caution. Certes, nous ne prétendons pas avoir répondu à toutes les questions, mais nous espérons que les articles de ce numéro spécial projeteront un nouvel éclairage sur quelques uns des problèmes qui subsistent encore.

Les auteurs qui ont écrit dans ce numéro ont répondu de façon enthousiaste à notre appel. Nous les en remercions vivement. Nous remercions également le Conseil des Arts du Canada et la Commission des services juridiques du Québec, la contribution financière desquels ayant rendu possible la parution de ce numéro.

Michael Prupas
Special Issue Editor / Rédacteur du numéro spécial

* *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c.44, s.1(b) (see R.S.C. 1970, Appendix III).
** *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c.44, art.1(b) (voir S.R.C. 1970, Appendice III).