

Les Cahiers de droit



H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VAN WAHLENDORF,
Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais, Paris,
L.G.D.J., 1977, 136 pages.

Maurice Tancelin

Volume 19, Number 3, 1978

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042274ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042274ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Tancelin, M. (1978). Review of [H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VAN WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1977, 136 pages.] *Les Cahiers de droit*, 19(3), 846–847.
<https://doi.org/10.7202/042274ar>

H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLEN-DORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1977, 136 pages.

Dans un droit mixte comme celui du Québec, toute information en langue française sur le droit anglais est bienvenue. Le titre et les dimensions de l'ouvrage du professeur Schwarz-Liebermann le recommandent à l'attention de tous les juristes du Québec et pas seulement aux étudiants en droit comparé, qui y trouveront une excellente initiation à l'une des deux sources du droit privé québécois.

L'ouvrage s'ouvre sur un chapitre consacré à l'esprit du droit anglais, qui traite du problème de plus en plus pressant de la non-codification. L'auteur, qui est hostile au radicalisme rationaliste de la codification (p. 17) croit que la conceptualisation inévitable du droit, même en common law (p. 12), est mieux assurée et plus durable grâce aux « principes » se dégageant lentement des précédents (p. 19), que par les règles abstraites d'un code. La place centrale revient au juge dans ce système, non au législateur : « c'est le juge qui dit ce qui est juste, non pas la loi » (p. 92). L'option est fondamentale pour la compréhension du droit anglais.

Historiquement, le droit anglais se trouve donc très proche du droit romain classique, celui que l'auteur appelle de façon symptomatique le « vrai droit romain » (p. 26), par opposition à la vision justinienne du droit codifié byzantin.

Le juge étant le noyau de la common law, il est normal que l'auteur consacre tout un chapitre au développement des juridictions anglaises (voir dans le même sens, J.A. Clarence Smith et J. Kerby, *Le droit privé au Canada*. Étude comparative, Introduction générale, Ottawa, 1975). L'auteur s'attache à démontrer les manifestations et les implications de l'unité fondamentale de la société anglaise, qui fait du juge un allié (presque) constant, voire une composante du pouvoir.

Une étude des professions judiciaires forme le complément naturel de celle des juri-

dictions, à cause de « cette extraordinaire unité et cette intimité morale profonde entre juges et avocats, entre *Bench* et *Bar*, qui marquent toute la vie, toute la pratique juridique en Angleterre » (p. 61). On remarque à quel point le tableau cadre parfaitement avec la réalité socio-juridique québécoise.

Sur cette base institutionnelle, l'auteur aborde ensuite deux (2) éléments essentiels de la théorie des sources : la règle du précédent et les statuts et leur interprétation. Les points faibles du système n'échappent pas à l'auteur : risque d'« épuisement » du système si les juges n'ont pas un don, une inspiration hors du commun (p. 79) ; « lourdeur et complexité décourageantes des statuts, (...) exercices de style difficiles à comprendre pour une intelligence normale » (p. 86). Néanmoins ces défauts n'empêchent pas le professeur Schwarz-Liebermann d'exprimer de façon très brillante les raisons de sa préférence pour l'axiomatique jurisprudentielle sur la législative (p. 78). On reconnaît volontiers que certaines juridictions de droit civil auraient intérêt à s'inspirer de l'exemple anglais pour la rédaction des jugements (p. 77). Mais on s'étonne que le conseil réciproque ne soit pas donné au législateur anglais. La raison en est sans doute que les statuts ne sont pas au centre du processus constitutif du droit (p. 87) : ils ne forment qu'une « deuxième zone » du droit anglais (p. 92). On voit ce que Lord MacMillan voulait dire quand il opposait le caractère aristocratique de la common law au caractère démocratique du droit codifié (Recueil Lambert, tome II, 3, para. 65). L'auteur en apporte une nouvelle fois la démonstration.

L'ouvrage se termine par trois chapitres consacrés respectivement à *real property*, *trust* et *tort* et *contract*, donnant de chaque institution un historique constituant une excellente introduction à leur étude.

L'admiration de l'auteur pour la common law lui inspire un enthousiasme de nature à faire tomber les préjugés relatifs à ce monument de la civilisation occidentale. L'auteur prouve qu'on ne parle bien que de ce que l'on aime. Il n'impose pas au lecteur ses options philosophiques, mais celui-ci a tôt fait

de se rendre compte qu'il faut en tenir largement compte pour comprendre quelque chose au droit anglais.

Maurice TANCELIN

Garry D. WATSON et Neil J. WILLIAMS, *Canadian Civil Procedure, Cases and Materials*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1977, 848 pages.

Dans la préface de la première édition qu'ils avaient fait paraître en 1973, en collaboration avec le professeur Stephen Borins, les auteurs avaient précisé les buts et les limites de leur publication; ils en indiquaient par la même occasion les forces et les faiblesses.

Ainsi, comme ils l'affirmaient, les textes présentés sont essentiellement reliés à la démarche pédagogique qu'ils ont retenue dans le cadre d'un cours de procédure donné à des étudiants inscrits en première année au Osgoode Hall Law School de l'Université York. Il ne faut donc pas voir dans cet ouvrage un instrument de travail susceptible d'être utilisé globalement, tant par des universitaires que par des praticiens du droit; il faut plutôt l'aborder comme un recueil d'informations diverses dont l'importance varie parfois au gré des recherches et des centres d'intérêts des auteurs. À certains égards, le juriste québécois y trouvera son profit et, surtout, découvrira les fondements de certaines procédures que notre législateur a importées de la common law.

1. Contenu du volume

Dans une introduction fort élaborée, les auteurs étudient la structure du procès civil ainsi que son évolution au cours des siècles. Ils présentent ensuite l'organisation des tribunaux civils de l'Ontario et des cours créées par le gouvernement fédéral. Ils terminent par une analyse de l'« *adversary system* » qui constitue le fondement même du système procédural en vigueur au Canada.

L'ouvrage porte ensuite sur les thèmes suivants :

- La décision d'estimer et le coût des procès.
- Le choix du tribunal compétent.
- L'introduction de l'instance (assignation et signification).
- La réunion de causes d'action et la jonction des parties.
- La procédure écrite.
- La demande reconventionnelle et l'intervention volontaire.
- L'amendement.
- Le « *discovery* » (interrogatoires, production de documents, examen médical et conférence préparatoire).
- Le règlement des litiges sans enquête (jugements sommaires ou par défaut, rejet d'action pour motifs de procédure et règlement hors Cour).

Comme on peut le constater, cet ouvrage de près de huit cent cinquante (850) pages devrait logiquement être complété par des publications subséquentes portant notamment sur l'enquête et le jugement, les mesures provisionnelles et les procédures spéciales ainsi que sur l'appel des jugements interlocutoires et finals.

2. La présentation des sujets

En règle générale, lorsque les auteurs abordent un thème ou un sous-thème, ils le font sous forme d'un exposé dont l'importance varie selon le degré d'intérêt qu'ils y attachent. Pour illustrer ou justifier leurs informations, ils soumettent des textes de loi, des articles de doctrine ou des arrêts provenant de différents pays appliquant les règles de la common law (v.g. provinces canadiennes, États-Unis, Angleterre, Australie).

Ces textes sont suivis de notes et de questions où l'on retrouve, sans ordre logique particulier, l'équivalent écrit de questions posées et de commentaires formulés par un professeur de droit judiciaire qui dialoguerait avec ses étudiants dans le cadre d'un cours utilisant des méthodes actives.

L'approche pédagogique est intéressante puisqu'elle exige de l'étudiant qu'il développe, dès le début de son initiation à la procédure,