

**RAPPORT D'ÉVALUATION DE LA LOI PORTANT SUR
LA RÉFORME DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE**

ET

**LES POURSUITES STRATÉGIQUES
CONTRE LA MOBILISATION PUBLIQUE (SLAPP)**

MÉMOIRE

SOU MIS

LE 1^{er} FÉVRIER 2008

À LA

COMMISSION DES INSTITUTIONS

PAR

M^c JACQUES MARQUIS, avocat généraliste depuis 1966
M. YVES MICHAUD, ancien député à l'Assemblée nationale du Québec
MICHAEL LAUCKE, guitariste de renommée internationale
M. MICHEL MAGNANT, docteur en science politique (McGill)
M^c JEAN-YVES CÔTÉ, avocat et président-fondateur de la compagnie
de recherches juridiques Illico inc.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Chapitre I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle	3
Chapitre II - Un processus trop long, trop lourd, trop lent	7
Chapitre III - Vision géocentrique du législateur	15
Conclusion	21
Références (Liste)	23
Textes de références	24
Notes biographiques	102

Introduction

« La raison pour laquelle existe une constante inflation des droits et des revendications est précisément que chacun veut imposer la priorité de ses intérêts sur ceux des autres. Dans la cacophonie des discours sur les droits, comment décider ce qui est vraiment un droit et ce qui n'en est pas un ? »^[1]

1. Les autorités politiques, responsables de l'administration de la justice, ont le devoir d'assurer, entre autres, la paix et l'ordre social. Elles ont donc comme conséquence normale, l'obligation double d'assurer la pérennité des institutions et d'en justifier la légitimité vis-à-vis les concitoyens.
2. L'émergence des poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (SLAPP) au Québec constitue une nouvelle et énième excroissance fertilisée par le système comme une maladie iatrogène. Il s'agit, en effet, d'actions en justice abusives intentées par des corporations à gros budget, qui surprotègent leurs propres intérêts économiques, à l'encontre des citoyens de bonne foi, et des groupes communautaires, soucieux du bien commun et de l'intérêt public (environnement, pollution, gaz à effet de serre, etc.).
3. Quoi faire ?
4. L'État peut réagir, comme il le fait souvent, de façon ponctuelle. Il procède à la réparation des fissures de la construction, un peu comme un maçon, en travaillant à la truelle. En fait, c'est ce que le législateur fait, année après année, par des ajouts ou des amendements au *Code de procédure civile*, et ce, notamment depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, le 1^{er} septembre 1966. Cette méthode, essai-erreur (boucher des trous « patch-up »), s'est avérée à l'usage plus ou moins satisfaisante. À chaque fois, il faut recommencer.
5. N'est-ce pas que le temps est peut-être arrivé de saisir cette énième occasion pour étudier les fondements du système judiciaire et du processus judiciaire. C'est l'option que nous suggérons. Le processus judiciaire nous apparaît trop long, trop lourd, trop lent. En formule algébrique, on peut dire que la durée (t) du processus judiciaire est fonction de la masse (m) des procédures qui elles-mêmes sont inversement proportionnelles à la vitesse (v) du processus. En formule algébrique, on pourrait dire que $t = f(m/v)$. Or si m est égal à $1/v$ on peut donc conclure que t est fonction de m^2 . Et en tirer les conséquences, à savoir si la masse des procédures était réduite au strict minimum, les bénéfiques en découleraient automatiquement seraient la réduction des coûts et des délais et donc la satisfaction plus grande des justiciables.

Introduction

6. Deux conditions sont essentielles pour adhérer à cette façon de voir :
 - a) il faut reconnaître que le droit procédural contrairement à ce qu'on a toujours enseigné, n'est pas la servante du droit substantiel mais est plutôt sa maîtresse, et une maîtresse qui a des exigences qui dicte ses volontés.
 - b) il faut reconnaître que dans une société démocratique, il faut favoriser les droits d'expression et non pas les droits de répression et/ou de pression.

Chapitre I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle

CHAPITRE I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle

7. Certes le législateur a élagué des excroissances nuisibles de l'arbre procédural en abolissant certaines règles tombées en désuétude, encombrantes ; certes, il a émaillé, çà et là, des dispositions nouvelles, soit pour pallier des problèmes ponctuels d'efficacité, soit pour des fins de cohérence interne. Ses nombreuses interventions *ad hoc* témoignent d'une sollicitude de bon aloi. Elles font la preuve de son souci constant de vibrer au diapason des récriminations les plus percutantes et d'y donner suite. En assurant la paix « sociale » dans le monde judiciaire, le législateur se donne bonne conscience. Il savoure la satisfaction du devoir accompli. Il se fait le catalyseur des représentations articulées par des organismes accrédités. En préservant intacts les intérêts en place, il assure en même temps, la pérennité des institutions, soi-disant « démocratiques ».
8. En effet, procédant à réparer les fissures ici et là dans le système judiciaire, le législateur se comporte comme un maçon. Il travaille à la truelle. On peut même le féliciter pour sa capacité d'adaptation. Il s'assure que l'appareil en place fonctionne raisonnablement et bien. Rien de plus. Et pourtant, le législateur est plus qu'un simple exécutant, un servile intendant.

La réalité occultée : la procédure occupe le centre du système

9. En agissant ainsi, le législateur se cache à lui-même l'existence des phénomènes sous-jacents à la réalité visible. Il ne lui est pas demandé de vérifier la solidité de la construction, il ne le fait pas. Il ne vérifie pas si les fondations reposent sur des bases solides ou sur du sable mouvant. Il préfère rénover. Il n'a pas à innover. En payant un tribut d'hommage et de fidélité aux Pères du droit procédural, il perpétue l'attitude paternaliste et sécurisante du déjà vu, déjà connu.

Chapitre I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle

10. Tributaires ou prisonniers des idées reçues, les propagandistes de l'un-des-meilleurs-systèmes-de-justice-au-monde, se soustraient à toute remise en question. Dans un tel état d'esprit narcissique, comment et pourquoi répudier les mythes fondateurs ? Par exemple : « la procédure est la servante du droit substantiel ». Ou encore, comment répudier les axiomes élevés au rang de dogme ? Par exemple, « le droit procédural est un véhicule qui assure la bonne marche du processus judiciaire ». Ne s'agit-il pas là de vérités incrustées dans les parois historico-métaphysiques de la pensée axée sur le maintien des traditions, gage de stabilité ? Peut-on vraiment observer l'émergence de ces vérités au laboratoire des expériences quotidiennes ? Il est permis d'en douter.

11. Aujourd'hui comme hier, ces lieux communs et d'autres du même acabit (tous égaux devant la loi, justice pour tous, le fond l'emporte sur la forme, etc.) ont été répétés à satiété. Leur prédominance n'a jamais été sérieusement menacée. Au contraire, elle a été renforcée, nourrie, consolidée par de nombreuses suggestions législatives et doctrinales d'inspiration utilitariste qui ont neutralisé les critiques de la populace, trop souvent chargées d'émotivité et jugées superficielles et subjectives. L'unanimité (presque) total autour de ces dogmes aura réussi à faire taire les dissidents ou à rendre leurs voix inaudibles.

La crise des fondements causée par la non-remise en cause des prémisses

12. Ainsi, ce qui aurait pu être considéré comme un cri d'alarme s'est mué en un cri perdu dans le désert de l'oubli. En effet, le 7 avril 1967, dans une allocution prononcée devant les notaires du Québec, M^e Louis Marceau, c.r.,^[2] alors doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, exprima ses réticences et son scepticisme à l'égard du nouveau Code (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1966) « profondément enraciné dans l'ancien »^[3]. Il y déplorait l'asservissement culturel des codificateurs aux idées – le libéralisme et l'individualisme – qui prévalaient au XIX^e siècle :

Chapitre I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle

« On est même étonné de voir à quel point la pensée des codificateurs de 1966 diffère peu, au fond, de celle de leurs prédécesseurs de 1896 »^[4]
(nos soulignés)

13. L'auteur fut le premier à déceler, dévoiler et dénoncer les pièges de la tentation facile de modeler le nouveau code sur le décalque de l'ancien. Il veut éveiller les consciences à la nécessité à revoir de fond en comble les fondements du droit procédural et, le cas échéant, d'en rejeter les anachronismes.

« Un système de procédure découle d'un certain nombre de données et prises de position initiale : or, la quasi-totalité de celles à partir desquelles l'ancienne législation avait été élaborée n'ont aucunement été remises en question. »^[5] (nos soulignés)

14. La tâche est donc ardue et exigeante. Le droit procédural ne se laisse pas facilement appréhender. Il patauge dans les méandres de la zone mal définie de ses fonctions, aux frontières de la technique, de la science et de la pseudoscience. Il présente un caractère hybride. Il ressemble à un amas hétéroclite de pièces détachées, greffées artificiellement les uns aux autres, dans un agrégat forgé empiriquement au gré des besoins identifiés de façon ponctuelle.
15. À l'évidence, il ne s'agit plus de désigner un bouc-émissaire, d'en faire ses choux gras et se donner bonne conscience. Il ne suffit plus de déplorer les avatars d'un système axé sur le mode adverse, les dysfonctionnements d'un long processus trop long, trop court, trop lent, etc. Encore, faut-il procéder à une véritable réforme « en commençant par un réaménagement en profondeur de fonctionnement de l'appareil mis en place pour régler le litige et donner confiance au coureur-après-justice qu'il va pouvoir arriver à destination avant d'être complètement à bout de souffle... »^[6]
16. Trente ans après M^e Louis Marceau, soit le 17 février 1997, Madame Greta Chambers, alors chancelière de l'Université McGill, faisait ressortir le point de vue du justiciable emmaillé dans les filets de l'administration de la justice. Dans son allocution aux

Chapitre I - Le législateur est un maçon qui travaille à la truelle

membres du Barreau de Montréal, elle conviait ces derniers à secouer leur torpeur et à engager un dialogue franc et ouvert avec les utilisateurs des services juridiques. Elle aurait même souhaité la mise en place d'une table ronde favorisant les échanges de vues alimentées au besoin par l'apport des disciplines connexes (sociologie, philosophie, etc.). Pour l'heure, cet appel est demeuré virtuel. La Réforme c'est l'affaire des juristes d'un « club privé » !

17. En effet, la crise des fondements n'est pas étrangère à la crise de confiance, elle en est même le fondement. Elle en est la face cachée aux multiples visages.
18. Sommes-nous trop préoccupés par le thème omniprésent d'actualiser le droit procédural au goût du jour, à l'air du temps ? Est-ce suffisant de remplacer des règles contingentes de facture empirique par d'autres règles contingentes également de facture empirique ? N'y a-t-il pas là danger d'évacuer la réflexion épistémologique nécessaire à l'analyse de la structure même de l'édifice judiciaire ? Quels sont les éléments structurels du système judiciaire localisés dans un espace donné ? Quels sont les éléments contingents du processus judiciaire qui s'exercent dans un temps à durée variable ? Quels sont les règles de fonctionnement de ce processus ?
19. Autant de questions qui soulèvent de sérieux doutes sur la fiabilité des habitudes acquises. Pourquoi continuer à opérer un système basé sur le modèle d'organisation féodale – la hiérarchie, le duel, le passé – ? Pourquoi perpétuer cette assuétude à un processus favorisant d'emblée l'insoutenable inégalité des forces ? Comment peut-on accorder crédit à ces règles de fonctionnement, empreintes d'incertitudes et de subjectivisme ? Le droit procédural est-il une science normative approximative ?

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

CHAPITRE II - UN PROCESSUS TROP LONG, TROP LOURD, TROP LENT

20. Proposé comme une aventure linéaire continue avec ses points de repère sur le chemin de l'accès à la justice, le processus judiciaire, en matière civile contentieuse, se révèle, à l'usage, une aventure périlleuse avec ses nombreux points de rupture abrupte et de bifurcation inattendue. Tout au long du processus, on peut observer une série de faits empiriques fichés chronologiquement au dossier de la Cour. L'un après l'autre, ils constituent la trame d'un drame interpersonnel en quête d'une évolution juridique. Ils témoignent de la cadence et du rythme d'une demande évolutive remplie d'inconnues quant au résultat, à la durée et aux coûts.

21. Le processus obéit à des règles inhérentes au maintien de son existence, à sa raison d'être. Règles inédites... règles occultes... Tout ce qu'on peut affirmer avec certitude, c'est que le processus s'inscrit dans le temps. Le temps, c'est le canevas sur lequel le législateur pose son regard pour tracer les grandes lignes du chemin à parcourir, baliser la route de points stratégiques et incontournables, fixer un échéancier approximatif. Ce faisant, il crée, sans le dire, un phénomène distinct, un être-en-soi, qui produit au laboratoire de la vraie vie ses propres exigences, ses propres contraintes, ses propres aléas, bref, ses propres lois. Le passage du temps exerce un effet corrosif sur la volonté du justiciable. Il érode son enthousiasme, le dissuade d'entreprendre. Le temps est un agent de dégénérescence, un facteur d'entropie.

Le processus trop long, trop lourd, trop lent

22. Plutôt que de désigner à temps et à contre-temps les plaideurs et les procureurs comme boucs-émissaires des dysfonctionnements, le législateur aurait intérêt à examiner les causes objectives de ces anomalies qu'il a lui-même créées.

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

23. En favorisant à outrance le recours aux multiples procédures et mesures incidentes, il a contribué à maintenir en place un processus trop long, trop lourd, trop lent.
24. Empruntées au patrimoine épistémologique de la physique, ces 3 notions de temps, de masse et de vitesse intègrent et expliquent une réalité aux contours mal définis, difficile à apprivoiser, composée en fait de 3 variables interreliées qui obéissent à la règle de probabilité ou de corrélation suivante :

« La durée du processus (t)
est fonction de la masse (m)
qui elle-même est inversement
proportionnelle à la vitesse (v) »

En formule algébrique, l'équation se développe ainsi :

$$\begin{array}{lcl} & t & = f(m/v) \\ \text{or} & v & = 1/m \\ \text{donc} & t & = f(m^2) \end{array}$$

Ce qui donne l'algorithme suivant :

$$\begin{array}{lcl} 1^2 & = & 1 \\ 2^2 & = & 4 \\ 3^2 & = & 9 \\ 4^2 & = & 16 \\ 5^2 & = & 25 \\ 6^2 & = & 36 \end{array}$$

25. Ainsi, la durée moyenne d'une cause de moins de 50 000 \$ est de 29 mois, soit $t = f(5^2 = 25 + 4)$; la durée moyenne d'une cause de plus de 50 000 \$ est de 37 mois, soit $t = f(6^2 = 36 + 1)$ ^[7]. Plus le montant en jeu est élevé, plus le dossier risque de s'alourdir. Et des deux façons : le nombre de requêtes incidentes au litige (un mal hérité de la tradition française) et le nombre d'interrogatoires hors Cour (un virus importé des États-Unis).

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

Le mal français : trop de procédures

26. Le duel judiciaire a remplacé l'épée par la plume et la parole. Les parties font valoir leurs prétentions dans une procédure écrite. Elles lient contestation. La vraie bataille s'engage autour de la véracité et de la force probante des allégations et des documents à l'appui. Chacun a la chance d'exprimer ses positions. Le jeu démocratique est respecté.

27. Ce qui fait problème, ce sont les batailles périphériques suscitées par les procédures incidentes : requêtes pour amendement, requêtes pour détails (qui sont en fait des requêtes pour amendement forcé), les requêtes en irrecevabilité, les requêtes pour production de documents, les requêtes pour permission d'appeler, les remises, etc. Celles-ci constituent une série de HIATUS qui brisent la séquence normale du processus linéaire de soubresauts. Elles transforment le processus en circonvolutions, en spirale cauchemardesque, en un chassé-croisé interminable, un labyrinthe sans issue. L'abolition formelle du formalisme n'a pas tari la source des formalités qui foisonnent au jardin de ceux qui les cultivent à dessein.

28. La Cour de pratique (Practice Court) est devenue le forum obligé, l'arrêt obligatoire, une halte incontournable. À plusieurs reprises, bon gré mal gré, les plaideurs doivent bifurquer de la route principale avant de se rendre au terminal. Ainsi les données statistiques combinées du ministère de la Justice^[6] établissent qu'en matière civile de la Cour supérieure pour les années 1987 à 1995, que le nombre de causes en Cour de pratique :
 - 1) est de 2 à 3 fois supérieur au nombre de dossiers ouverts ;
 - 2) est de 10 à 13 fois supérieur au nombre de causes inscrites au rôle ;
 - 3) est de 25 à 37 fois supérieur au nombre de causes réellement entendues.

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

29. Voici un extrait pertinent des données recueillies par le ministère de la Justice du Québec pour les années 1987, 1991 et 1995 :

	1987	1991	1995
Cour de pratique	57 126	90 800	82 780
Dossiers ouverts	37 054	44 000	31 800
Causes inscrites	5 767	7 700	7 700
Causes entendues	2 340	2 805	2 565

30. Ces requêtes ne sont pas toutes futiles ni frivoles. Elles sont parfois même utiles et parfois nécessaires. En d'autres occasions, elles sont carrément stratégiques, dilatoires et même oiseuses. Le « hic » c'est que rien dans le processus judiciaire ne dissuade le plaideur téméraire : celui qui propose ou qui conteste indûment.
31. Toute requête devrait répondre aux critères de la NÉCESSITÉ :
- soit pour assurer la bonne marche du processus judiciaire
 - soit pour assurer le cheminement du bon droit d'une partie.
32. À défaut, le plaideur TÉMÉRAIRE devrait être pénalisé par l'imposition d'une sanction sévère, sous forme de frais dissuasifs.
33. En cessant de perpétuer, par un mimétisme culturel aveugle, le jeu de la confrontation pointilleuse et de servir de courroie de transmission à des codifications qui ne sont succédées les unes sur les autres depuis 1806, 1866, 1896, 1966 et 2003, le législateur pourrait éradiquer du processus judiciaire de tous ces *hiatus* encombrants et de toutes haltes inutiles, héritage pervers transmis par la tradition française.

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

Le virus américain : encore plus de procédurite

34. La deuxième source d'augmentation de la masse d'un dossier résulte de la mise en vogue des interrogatoires hors Cour. Depuis 1984, les procureurs sont invités à interroger hors Cour toute personne qui pourrait être appelée à témoigner. On administre la preuve avant la tenue du procès. On évite ainsi au juge la tâche fastidieuse d'entendre « *de visu* » tous les témoins. Le dossier est préparé et presque complété avant la date d'audition. Ainsi, on aura réussi à désengorger les rôles des causes au mérite. Si cette pratique a raisonnablement atteint son but, elle n'en a pas moins produit des effets secondaires (side effects) malsains et non négligeables : augmenter la charge des procureurs aux dépens des plaideurs.

35. Est-ce que le jeu en valait la chandelle ? Aucune étude scientifique sérieuse au Québec ne permet de dégager des conclusions dans un sens ou dans l'autre. Au quotidien, on a le sentiment que cette pratique contribue encore un peu plus à éloigner le citoyen du système judiciaire et à le rendre plus amer, plus craintif, plus critique.

36. Cette façon de faire a fait l'objet d'un recensement critique à l'instigation de l'Association du Barreau Américain en 1979. À la tête d'une équipe de juristes, le professeur Wayne Brazil a dirigé une enquête auprès de 180 avocats répartis dans les grands bureaux et les bureaux de taille moyenne et des bureaux solos dans la région de Chicago. Les conclusions de cette enquête ne laissent guère de doute. Les bienfaits d'une telle pratique ne pèsent pas lourd dans la balance. Bien au contraire, le recours « at large » aux « examinations on discovery », constituent plus souvent qu'autrement (environ 80 %) une perte de temps, un coût additionnel indu, un facteur de dévalorisation de l'image de la justice, une source de friction inutile, bref, un exercice qui emporte plus d'inconvénients que d'avantages.

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

Le résumé : conséquences dysfonctionnelles

37. Les conclusions de cette enquête ont été publiés en 1981 dans le journal de l'Association du Barreau Américain sous le titre révélateur : *Civil Discovery : How Bad Are the Problems ?* L'auteur, le professeur Wayne D. Brazil, conclut, entre autres, à :
- a) La futilité de l'exercice (examination on discovery)

« Several lawyers admitted that a small percentage of information their own discovery efforts produce is really useful. »^[9]
 - b) La nécessité d'une supervision judiciaire :

« Eighty percent of all interviewed lawyers believe that the courts should more frequently sanction discovery abuse. »^[10]
38. La prolifération des recours à l'« examination on discovery » alourdit le dossier. Elle multiplie à outrance les expéditions de pêche dont l'utilisateur revient souvent bredouille et excédé. L'inutilité de l'exercice engendre la frustration. Il n'aura contribué qu'à créer chez les participants l'illusion de l'effervescence : volatilisée l'eau qui devait abreuver. La soif de justice n'est pas assouvie. Elle est plutôt exacerbée.
39. Cette vision d'administrer la justice peut se justifier par des considérations utilitaires de contrôle. Elle ne repose sur aucun fondement épistémologique. Elle trouve sa légitimité dans les préoccupations ponctuelles et conjoncturelles de gérer l'ensemble des dossiers codés numériquement par une bureaucratie ambiante et prégnante. Elle engendre une série de vagues à contre-courant qui ralentissent d'autant le parcours qui mène à bon port. Elle contribue à accréditer l'adage séculaire « justice delayed, justice denied ».

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

40. Pour faire œuvre utile, nous avons eu l'occasion de proposer à l'automne 1998, *Journal du Barreau*, 12 propositions concrètes que nous reproduisons *in extenso*, à savoir :

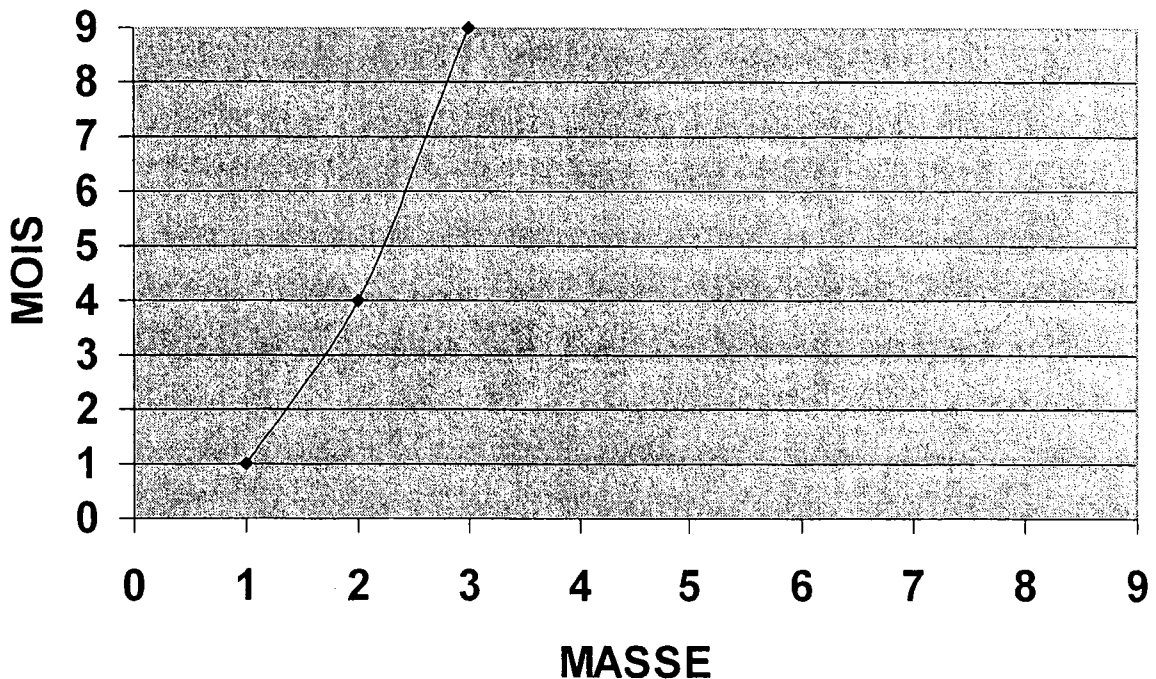
<p style="text-align: center;">DOUZE PROPOSITIONS CONCRÈTES POUR UNE RÉFORME À COURT TERME</p>

1. Remplacer le bref d'assignation par une requête avec avis de présentation, dans un délai raisonnable, à une date fixée d'avance.
2. Procéder à la date indiquée sur l'avis de présentation.
 - soit à la preuve par défaut ou ex parte devant le juge ou hors Cour
 - ou le cas échéant, à l'établissement d'un échéancier convenu et/ou fixé par le juge
 - soit au prononcé de toute ordonnance que pourra rendre le juge pour assurer la bonne marche du dossier, y compris le recours aux méthodes alternatives.
3. Éliminer le recours **DE PLEIN DROIT** à toutes les requêtes ou mesures incidentes.
4. Imposer des frais dissuasifs au plaideur qui propose ou conteste indûment une requête ou mesure incidente.
5. Sous réserve de la proposition 4, éliminer le tarif judiciaire - les dépens - institution désuète qui remonte aux gages des batailles édictée par Philippe Lebel, en 1306.
6. Assujettir les requêtes ou mesures incidentes au critère de la nécessité pour assurer la bonne marche du processus judiciaire.
7. Exiger du justiciable un affidavit à toute procédure écrite, à défaut de quoi, ladite procédure sera irrecevable.
8. Aucun appel admissible (sur toute décision relative à la proposition 2).
9. Aucun recours en évocation admissible (sur toute décision relative à la proposition 2).
10. Rétractation admissible dans les cas prévus par la loi (sur toute décision relative à la proposition 2).

Chapitre II – Un processus trop long, trop lourd, trop lent

11. Valoriser l'importance accrue de la rédaction soignée de toute procédure liant contestation et en fixer les exigences suivantes:
 - alléguer de façon complète et concise, dans un ordre chronologique, tous les faits qui feront l'objet d'une preuve testimoniale et/ou documentaire;
 - indiquer succinctement les références à la loi, doctrine et jurisprudence qui servent de fondement aux prétentions du justiciable;
 - énoncer clairement les conclusions principales, accessoires, subsidiaires, alternatives, provisionnelles ou discrétionnaires, selon le cas.
12. Informer le justiciable assigné des prescriptions de la loi applicable et notamment de celles énoncées dans les propositions 2, 4, 6, 7, 8, 9 et 10 des avantages à consulter un avocat pour obtenir conseil et/ou pour lui confier le mandat de le représenter.

41. L'effet visé par les propositions suggérées serait de diminuer la masse des procédures et donc d'écourter les délais d'audition ; tout en favorisant l'expression des parties (voir graphique ci-dessous).



Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

CHAPITRE III – LA VISION GÉOCENTRIQUE DU LÉGISLATEUR

Théorie et réalité : la procédure au centre du droit ?

42. Victime de ses origines parasitaires, le droit procédural traîne derrière lui la réputation d'une « discipline inférieure », ravalée au rang de valet au service du droit substantiel. En fait, il n'est considéré que comme une boîte à outils, un ensemble d'instruments à manier par des techniciens sophistiqués, des artistes du SAVOIR-FAIRE, les maîtres du « know-how ». En ce sens, le droit procédural est un astre périphérique qui tourne autour du droit substantiel. Cette façon de penser et de faire résulte d'une vision géocentrique où le Soleil tourne autour de la Terre.

43. Dans les faits, les rôles sont inversés. C'est la Terre qui tourne autour du Soleil. C'est la vision héliocentrique de Copernic ou d'Aristarque qui l'emporte. Le droit substantiel tourne autour de la procédure. C'est le droit procédural qui dicte la vitesse de croisière, fixe les haltes, dresse les bifurcations, les déviations de route, etc. Ne pas reconnaître la prédominance de l'influence du droit procédural sur le sort des dossiers et le destin des justiciables, c'est occulter une partie importante de la réalité, propager des mythes anachroniques, perpétuer des tabous réductionnistes.

44. La réalité est tout autre. La procédure civile n'est pas ou n'est plus la servante qu'on attendait. Elle est plutôt la servante qui a pris du gallon. Elle est devenue, à l'usage, la maîtresse qui dicte ses volontés, fixe les haltes, détermine les déviations de routes, bref, assujettit droit substantiel à une épreuve qui ressemble à une course à obstacles. Balourd et pataud, le droit procédural n'a pas la souplesse et la flexibilité d'un arc boutant qu'il prétend ou devrait être.

Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

45. Dans la vraie vie de tous les jours, le processus judiciaire obéit à des forces plus ou moins admises, plus ou moins cachées, qui se retrouvent dans le pouvoir plus ou moins grand des intervenants. C'est du moins l'opinion et la prétention du professeur Roscoe Pound^[11], universitaire du début du XX^e siècle qui s'interroge sur les nombreuses causes de désaffection du justiciable envers l'administration de la justice. Entre autres, il dénonce en le déplorant, la « sporting theory of justice » en ces termes :

« Hence in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own games in their own way without judicial interference. We resent such interference as unfair, even when in the interests of justice. The idea that procedure must of necessity be wholly contentious disfigures our judicial administration at every point. »^[12]

46. Après avoir dénoncé les pratiques douteuses du processus judiciaire contentieux telles que vécues en Amérique (sous-entendu États-Unis), l'auteur déplore les conséquences malsaines de ce processus, toujours en vigueur aujourd'hui.

« It **leads** the most conscientious judge to feel that he is merely to decide the contest, as counsel presents it, according to the rules of the game, not to search independently for truth and justice. (nos soulignés)

« It **leads** counsel to forget that they are officers of the court and to deal with the rules of law and procedure exactly as the professional foot-ball coach with the rules of the sport.

« It **leads** of exertion to "get error into the record", rather than to dispose of the controversy finally and upon its merits.

« It **turns** witnesses, and especially expert witnesses, into partisans pure and simple. (nos soulignés)

« It **leads** to sensational cross-examinations "to affect credit", which have made the witness stand "the slaughter house of reputations".

Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

« It **prevents** the trial court from restraining the bullying of witnesses, and creates a general dislike, if not fear, of the witness-function, which impairs the administration of justice. »^[13]

Enfin, il conclut:

« The effect of our exaggerated contentious procedure is not only to irritate parties, witnesses and jurors, in particular cases, but to give to the whole community a false notion of the purpose and end of law. »
(nos soulignés)

« Thus the courts, instituted to administer justice according to law, are made agents or abettors of lawlessness. »^[14] (nos soulignés)

47. Bertrand Russell, philosophe mathématicien du XX^e siècle fait écho aux mêmes préoccupations que celles de M. Roscoe Pound. En effet, il s'interroge ouvertement sur le sort de la justice quand il écrit ce qui suit :

« It may be said that the object of civilization should be to secure justice, not to give the victory to the strong. »^[15]

48. Un peu plus loin, il ajoute que le pouvoir l'emporte toujours sur le droit dans les termes suivants :

« If the contest is really between MIGHT and RIGHT, that means that right will be beaten. What is obscurely intended, when this phrase is used, is that the stronger side is only rendered stronger by men's sense of right. But men's sense of right is very subjective, and is only one factor in deciding the preponderance of force. What is desirable in a Legislature is, not that it should decide by its personal sense of right, but that it should decide in a way which is felt to make an appeal to force unnecessary. »^[16]

C'est là toute la théorie de l'insupportable inégalité des forces.

Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

L'insupportable inégalité des forces : le point faible du système

49. En fait, on peut classer les justiciables en trois catégories :

- R : riche (banque, compagnies d'assurances, gouvernements, etc.)
M : moyenne (celle qui paie tout et qui n'obtient aucune aide du gouvernement)
P : pauvre (celle qui bénéficie de l'aide sociale et d'autres avantages et bénéfices gouvernementaux)

Comment le législateur doit-il décourager les excès ?

50. Une combinaison de ces trois catégories du justiciable a pour effet de créer l'inégalité dans les cas scénarios b et c tels que ci-après énoncés :

a) L'égalité peut apparaître dans les trois combinaisons suivantes :

R	c.	R
M	c.	M
P	c.	P

b) Une inégalité apparaît entre R et P.

c) Une inégalité intolérable apparaît clairement entre R c. M et P. c. M.

51. Pour pallier des situations trop souvent injustes, le législateur pourrait établir des règles de fonctionnement simples qui auraient pour but de décourager les excès de part et d'autre. Il serait mal avisé de mettre sur pied le mécanisme du contentieux inversé ou qui aurait pour effet de favoriser encore davantage, comme si besoin en était, une certaine catégorie de justiciables les mieux nantis, par exemple, les fournisseurs de

Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

services publics (téléphone, électricité), les corporations publiques et parapubliques (commission municipale, commission scolaire, etc.).

52. Il appartient au législateur, dans une vraie démocratie, DE FAVORISER LE DROIT À L'EXPRESSION (déclaration pour le demandeur, défense pour le défendeur) et de réprimer, dissuader, décourager les recours à des moyens de pression que sont les nombreuses requêtes incidentes et même parfois les moyens de répression que sont les pouvoirs de saisie et de jugement avant l'institution de toute autre procédure. Si la démocratie a un sens, il ne faut pas accepter aveuglément l'emprise du « marché libre », l'emprise de la vision économiste.
53. Il est vrai que nous en sommes qu'au balbutiement d'une démocratie qui n'a qu'un peu plus de deux siècles d'errance, de tâtonnements, d'essais et d'erreurs. C'est peut-être un temps un peu court pour porter un jugement trop sévère sur la qualité de nos institutions démocratiques.
54. Le législateur devrait comprendre que l'administration de la justice n'est pas que pénale, criminelle, administrative et constitutionnelle. En d'autres mots, toute cause n'implique pas nécessairement l'État ou la société que l'État doit protéger. La justice civile, c'est d'abord et avant tout une affaire de relations interpersonnelles entre deux ou plusieurs personnes physiques et/ou morales et dont le différend et l'issue du différend ne risquent guère de troubler la paix et l'ordre publics. La justice, c'est le « nec plus ultra » d'une société qui prétend atteindre un niveau de civilisation supérieure. Le test de la justice ne se mesure pas au nombre de jugements rendus ni au nombre de causes plaidées ni au nombre d'avocats pratiquants. La justice, c'est une atmosphère, un intangible qui apparaît au bilan des valeurs démocratiques.

Chapitre III - La vision géocentrique du législateur

55. La question est de savoir : est-ce que le droit judiciaire peut assurer l'avènement de la justice ? Et pour y arriver, que faut-il faire ? Un réaménagement en surface, une révision en profondeur à l'intérieur des cadres existants ou en inventant de nouveaux paradigmes culturels ? Les questions demeurent suspendues et la réponse appartient à ceux qui ont charge d'assumer, de penser et de dessiner les valeurs propres à une communauté vivant en société. La réforme de la procédure civile n'est pas d'abord un acte legaliste, mais avant tout un acte politique. C'est un projet de société qui constitue une priorité au même titre que l'ÉDUCATION et la SANTÉ.

Conclusion

CONCLUSION

Le Code de procédure civile a toujours été surexploité par les plaideurs téméraires, favorisés, soit par les moyens financiers, soit par des subventions ; le Code de procédure civile a également toujours été et sous-estimé par le législateur.

56. Surexploité par les plaideurs, le Code de procédure civile a souvent été pointé du doigt.

On l'accuse non sans raison d'être :

- a) le disjoncteur des relations d'affaires entre les justiciables et les avocats;
- b) l'agent provocateur des « accrocs éthiques » entre les avocats;
- c) le terreau fertilisateur d'un certain laxisme de la magistrature.

57. Sous-estimé par le législateur, le droit procédural a été considéré comme un être parasite au droit substantiel. Subordonné, il a hérité d'un statut notoire de dépendance. Toute remise en question de son « état de servante » risque d'être perçue comme un acte de profanation d'un tabou qui :

- donne préséance au premier-né le droit substantiel (dépendance généalogique ou génétique);
- qui privilégie la primauté de la connaissance du droit substantiel (dépendance d'ordre pédagogique et cognitif);
- qui relaie le droit procédural au rang de valet servant, un instrument (dépendance fonctionnelle).

Conclusion

58. Quand une réforme qui tiendrait compte des besoins et des intérêts de la classe moyenne souvent, sinon toujours, négligée ?

Respectueusement soumis,

Montréal, le 29 janvier 2008


JACQUES MARQUIS


YVES MICHAUD


MICHEL MAGNAN


MICHAEL LAUCKE


JEAN-YVES CÔTÉ

Références

RÉFÉRENCES

- [1] FUKUYAMA, Francis, *la fin de l'homme, les conséquences de la révolution bioéthique*, coll. Folio actuel, éd. Gallimard, traduit de l'américain en 2002, 444 pages, p. 199.
- [2] M^e Louis Marceau, doyen de la faculté de droit, Université Laval, 1967.
- [3] Allocution prononcée devant la Chambre des notaires du Québec, les 7 et 8 avril 1967, répertoriée à Cour de perfectionnement de la Chambre des notaires, 1967, p. 11-24, sous le titre « La Réforme de la procédure : ses principes et son esprit », p. 12.
- [4] Ibidem, p. 12.
- [5] Ibidem, p. 12
- [6] Mme Greta Chambers, sociologue, chancelière de l'Université McGill, allocution prononcée le 17 février 1997 devant les membres du Barreau de Montréal, répertoriée dans la revue « Le Monde Juridique », volume 10, numéro 12, p. 13-16, voir page 16.
- [7] Barreau de Montréal, Comité sur les délais, rapport du 13 décembre 1996, p. 55, tableau 39.
- [8] Ministère de la Justice, Rapport d'activité, 1996-1997, p. 60, 71, 81 et 82 et Rapport d'activité, 1986-1987 et 1990-1991.
- [9] Brazil, Wayne D., *Civil Discovery : How Bad Are the Problems?*, 1981, American Bar Association Journal (résumé p. 450-456) le rapport *in extenso* paru à A.B.F.R.J., 1980, p. 217-251 et p. 789-902 et 1981, p. 873-965.
- [9] Brazil, Wayne D., *Civil Discovery : How Bad Are the Problems?*, 1981, American Bar Association Journal (résumé p. 450-456), p. 451; voir le rapport *in extenso* paru à A.B.F.R.J., 1980, p. 217-251 et p. 789-902 et 1981, p. 873-965.
- [10] Ibidem, p. 456.
- [11] Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Nebraska en 1897 et doyen de *Harvard Law School* en 1916.
- [12] Pound, Roscoe, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1906) 40 A.L. Review, p. 729, 738-740.
Voir également du même auteur l'article *Do We Need a Philosophy of Law*, 1905, Columbia Law Review, vol. 5, numéro 5, p. 339-353.
- [13] Ibidem, p. 738-739
- [14] Ibidem, p. 739
- [15] Russell, Bertrand, *Principles of Social Reconstruction*, George Holland and Urwin Ltd, London, 1950, 12^e édition, chap. 2, p. 66.
- [16] Ibidem, p.67.

TEXTES
DE
RÉFÉRENCES

(A)

Francis Fukuyama

La fin de l'homme

Les conséquences
de la révolution biotechnique

*Traduit de l'américain
par Denis-Armand Canal*

Gallimard

Cet ouvrage a originellement paru aux Éditions de la Table
Ronde.

Titre original :

OUR POSTHUMAN FUTURE
Consequences of the Biotechnology Revolution

Farrar, Straus & Giroux, New York.

© Francis Fukuyama, 2002. ✓
© Éditions de La Table Ronde, 2002,
par la traduction française.

Le droit surpasse *l'intérêt* parce qu'il est doté d'une plus grande importance morale. Les intérêts sont fongibles et peuvent être échangés les uns contre les autres sur le marché ; les droits, quoique rarement absolus, sont moins flexibles parce qu'il est difficile de leur assigner une valeur économique. Je peux avoir un intérêt dans un agréable congé de deux semaines, mais cela ne saurait rivaliser avec le droit d'un tiers à ne pas être considéré comme un serf bon à travailler la terre d'autrui. Le droit de l'esclave à la liberté n'est pas simplement un fort intérêt de la part de l'esclave ; une tierce partie désintéressée pourrait dire que la condition servile est injuste parce qu'elle est un affront à la dignité de l'esclave en tant qu'être humain. La liberté de l'esclave est donc quelque chose de plus fondamental à son statut d'être humain que mon intérêt pour un congé l'est au mien, même si je peux affirmer cet intérêt plus passionnément que l'esclave ne le fait du sien.

Les systèmes politiques enchâssent certains types de droits au-dessus d'autres, reflétant ainsi les fondements moraux des sociétés qu'ils animent. Les États-Unis ont été fondés sur le principe affirmé dans la *Déclaration d'indépendance* et selon lequel « tous les hommes sont créés égaux et dotés par leur Créateur de certains droits inaliénables ». Ce principe, comme Abraham Lincoln l'expliquait, a été violé par l'institution de l'esclavage et son rétablissement a nécessité une violente guerre civile. Cela a préparé le chemin de l'*Emancipation Proclamation* et le vote du Quatorzième amendement, qui ont corrigé cette grave

inconséquence et posé les bases de la démocratie américaine moderne.

Dans ces conditions, si les droits donnent la priorité aux finalités humaines et placent les unes au-dessus des autres comme fondement de la justice, d'où viennent-ils ? Quelle est leur origine ? La raison pour laquelle existe une constante inflation des droits et des revendications est précisément que chacun veut imposer la priorité de ses intérêts sur ceux des autres. Dans la cacophonie des discours sur les droits, comment décider ce qui est vraiment un droit et ce qui n'en est pas un ?

Les droits découlent en principe de trois sources possibles : le droit divin, le droit naturel et ce que l'on pourrait appeler le droit positiviste contemporain, placé dans la loi et la coutume de la société. En d'autres termes, le droit peut émaner de Dieu, de la Nature et de l'Homme lui-même.

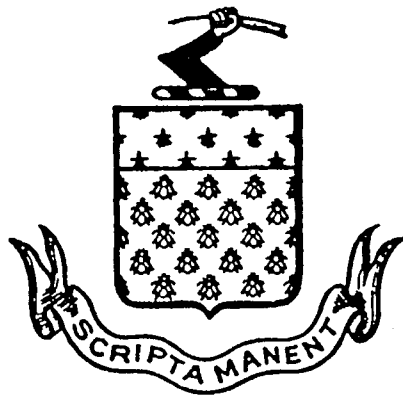
Les droits découlant d'une religion révélée ne constituent dans aucune démocratie libérale actuelle le fondement reconnu des droits politiques. John Locke commence son *Second Traité sur le gouvernement* par une attaque contre Robert Filmer et la doctrine du droit divin ; l'essence même du libéralisme moderne était d'éliminer la religion comme base explicite de l'ordre politique. Cela se fondait alors sur une observation pratique : les régimes fondés sur la religion étaient constamment en guerre les uns avec les autres, faute de consensus sur les premiers principes religieux. L'arrière-plan de la description par Hobbes de l'état de nature — une guerre de

2, 3, 4, 5

LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA PROVINCE DE QUÉBEC

LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE

LE CADASTRE



COURS DE PERFECTIONNEMENT
TENUS À L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
LES 7-8 AVRIL 1967

COURS DE Me LOUIS MARCEAU, C.R. (1)

LA REFORME DE LA PROCEDURE:SES PRINCIPES ET SON ESPRIT

Il est normal que l'on soit porté à envisager l'étude de la procédure d'abord comme une initiation à l'art d'agir devant les tribunaux. Cette conception purement pragmatique n'est certes pas dépourvue d'intérêt et l'on conçoit sans peine qu'elle demeure celle de praticiens plongés dans le concret de tous les jours. Mais il serait malheureux qu'on n'arrive pas parfois à s'en dégager quelque peu, car repliée sur elle-même elle expose à faire oublier, dans l'habitude de l'exégèse et du commentaire article par article, la structure d'ensemble de la loi et sa raison d'être et elle risque de donner peu à peu du droit procédural l'image fautive d'un ensemble purement artificiel et arbitraire de procédés et de formalités. D'ailleurs, l'art devient vite simple routine et dégénère en métier s'il n'est vivifié par une science capable de s'élever au niveau des principes, de dégager les notions générales et de systématiser les règles.

Il y a dans la procédure, même entendue au sens restreint d'ensemble des règles relatives à l'action en justice et au jugement, autre chose que des questions de pure forme, il y a des problèmes de fond, et tout homme de loi doit le réaliser s'il veut le moins comprendre ce qu'il sait et apprécier ce qu'il fait.

C'est là sans doute le motif qui a incité les organisateurs de ces journées dédiées au nouveau code de procédure à prévoir une conférence introductive consacrée à ses principes, à son esprit, à ses caractères fondamentaux.

La tâche n'est toutefois pas aisée. Je suis honoré qu'on me l'ait confiée, mais elle m'apparaît un peu trop lourde. Pour y satisfaire pleinement, il faudrait interroger l'histoire pour dégager les influences qui ont présidé au développement de nos institutions judiciaires et leur

(1) Doyen de la Faculté de droit, Université Laval.

ont donné leur physionomie présente; il faudrait faire appel au droit comparé pour bien marquer le particularisme de notre droit procédural et mettre en lumière ce qui reste propre à nous, à nos traditions et à nos habitudes; il faudrait enfin s'inspirer étroitement de la jurisprudence et de la pratique qui façonne la vie du Palais, dont le rythme est si difficile à saisir, du moins de l'extérieur.

C'est pourquoi, tout en demeurant dans la ligne du mandat que j'ai eu la présomption d'accepter, je me suis permis d'en restreindre la portée et de n'envisager que la partie de nos lois qui traite du procès civil dans le cadre d'une action contestée. Sans doute êtes-vous beaucoup plus familiers avec d'autres secteurs du code, notamment ceux relatifs à l'exécution des jugements et aux procédures non contentieuses. Vous reconnaîtrez néanmoins qu'un système procédural vise d'abord à organiser l'action en justice et l'exercice par le tribunal de première instance de sa juridiction proprement contentieuse, et que c'est là sans doute que l'interprète peut le plus sûrement en dégager l'esprit et la philosophie.

* * *

Les codificateurs dès le début de leur rapport prennent position sur l'ampleur de la réforme qu'ils entendent suggérer: "Si grands que soient les défauts (de notre procédure), écrivent-ils, ils ne sont pas tels que pour les corriger, il faille adopter une procédure totalement nouvelle. Nos institutions procédurales sont déjà trop enracinées dans notre vie juridique pour qu'il soit possible d'en faire table rase". Voilà la première idée qu'il faut retenir. Le nouveau code reste profondément enraciné dans l'ancien. Un système de procédure découle d'un certain nombre de données et de prises de position initiales; or la quasi-totalité de celles à partir desquelles l'ancienne législation avait été élaborée, n'ont en aucun moment été remises en question. Les critiques adressées au code de 1896 étaient apparemment intarissables mais elles s'attaquaient à son application et n'en atteignaient pas le fond. Personne ne souhaitait un bouleversement de notre droit judiciaire privé, parce que notre conception d'une bonne administration de la justice n'avait pas essentiellement varié. On est même étonné de voir à quel point la pensée des codificateurs de 1966 diffère peu, au fond, de celle de leurs prédécesseurs de 1896. Sans doute ni ceux-ci ni ceux-là n'ont procédé de façon systématique à partir d'une conception fondamentale préalablement et clairement définie; ils se sont laissés guider par des réactions plus intuitives que raisonnées et d'ailleurs tributaires de l'histoire et d'une philosophie globale de la vie. Les lois en général sont construites empiriquement non abstraitement, et les législateurs ne peuvent se satisfaire de dialectique abstraite; il est même douteux qu'ils puissent raisonner au départ sous un tel angle. De

toute façon, il est manifeste que les uns et les autres ont réagi de façon analogue et dans le même sens.

L'esprit conservateur du nouveau code est ce qu'il faut d'abord mettre en lumière, et j'y consacrerai une première partie.

Mais si paradoxale que l'affirmation puisse paraître, la réforme, malgré tout, reste profonde. Elle n'a atteint les principes qu'accidentellement et indirectement, mais elle a modifié leur mise en oeuvre. "Il serait illusoire de penser, écrivent les codificateurs, que de simples retouches suffiraient pour mettre notre système procédural en état de rendre ce que le justiciable de notre époque a le droit d'en attendre... , une réforme utile ne pourrait être réalisée que par des modifications et des additions d'importance... , il est certain que (les praticiens) devront modifier certaines de leurs conceptions et de leurs habitudes".

A la vérité, le nouveau code a introduit, pour remédier aux imperfections les plus notoires de notre procédure; sa complexité, son formalisme, sa lenteur, des innovations telles qu'on peut se demander si, à l'usage, les principes eux-mêmes que l'on voulait préserver ne risquent pas d'être partiellement mis en échec.

Je soulignerai dans une deuxième partie les plus importantes d'entre elles, avant de m'expliquer, en conclusion, sur ce danger que je viens d'évoquer.

* * *

PREMIERE PARTIE

LE NOUVEAU CODE RESTE ENRACINE DANS L'ANCIEN

Il ne fait aucun doute qu'il en soit ainsi tant au niveau des principes directeurs du procès qu'au niveau de l'organisation de l'instance et de sa réglementation d'ensemble.

Section 1 - Les principes directeurs sont les mêmes

Le code de 1966 n'a nullement altéré le caractère essentiellement libéral et individualiste de notre procédure civile et il opère, fondamentalement tout au moins, la même répartition des rôles entre juge et parties que celui de 1896. Les deux sont par ailleurs aussi profondément imprégnés l'un que l'autre du souci constant d'organiser le procès en fonction du respect des droits de la défense.

S1 - Les rôles respectifs du juge et des parties.

Dans la conception qui est la nôtre depuis toujours, la solution judiciaire du litige vise à satisfaire des intérêts privés, et il convient d'assurer d'abord le respect de la liberté individuelle et de l'autonomie juridique des parties en leur laissant le pouvoir et le soin d'exercer leurs droits subjectifs comme elles l'entendent, à l'intérieur des seules limites déterminées par l'ordre public. Ce que l'on vise, c'est la paix avant l'application du Droit, qui n'est considérée en l'occurrence que comme un moyen et non une fin en soi. Les parties doivent donc être maîtresses du litige, et pouvoir seules en définir les données, dire en quoi il consiste, déterminer sur quoi il porte. Le juge doit, à cet égard, rester, comme disait Bartin, neutre et passif et juger strictement dans les bornes et selon les données établies. C'est le pouvoir de disposition des parties sur le litige: le principe dispositif comme on dit aujourd'hui en doctrine. Toutes les législations non socialistes admettent avec plus ou moins de nuances ce principe de base, mais rares sont celles qui lui ont dans le passé donné un caractère aussi absolu que la nôtre. Or, ce caractère, le nouveau code l'a conservé, sinon amplifié.

C'est ainsi que le juge ne peut jamais se saisir d'office ni à l'origine ni au cours de l'instance. Il n'intervient que lorsqu'il est saisi d'une prétention formulée par une personne qui a intérêt, i. e. un avantage direct et immédiat à retirer de la décision qu'elle sollicite, qualité, i. e. le pouvoir d'exercer le droit qu'elle prétend résoudre, capacité, i. e. la possibilité juridique d'agir devant les tribunaux. Que le procureur général puisse appeler lui-même de toutes décisions concernant l'ordre public et que les syndicats de travailleurs ou quelques commissions spéciales se soient vu reconnaître le droit exorbitant d'ester en justice pour un salarié ne change pas la règle que, pour mouvoir le tribunal, il faut un levier et ce levier ne peut être actionné que de l'extérieur. Dans une action ordinaire contestée, le juge ne peut même pas forcer la présence d'un tiers qui n'aurait pas été assigné ou ne serait pas intervenu, même si cette présence lui paraissait nécessaire pour assurer une solution complète du litige. Et cette maîtrise des parties est totale non seulement pour ce qui est de l'initiative, mais aussi bien de la poursuite de l'instance. Bien sûr, doivent-elles agir dans le cadre de règles en principe strictes, et assorties de sanctions, mais à ce stade elles ne sont soumises à aucune directive ni d'un juge chargé de suivre la procédure (ou d'un juge des mises en état) comme en France, ni d'un master (ou d'un super-protonotaire) comme en Angleterre. Au surplus, sauf dans quelques hypothèses, rien ne les empêche de mettre fin à leur différend en tout temps par l'effet d'une transaction ou d'un désistement.

C'est ainsi, d'autre part, que le juge ne saurait sortir de l'objet du litige tel que défini par les parties en prononçant au delà, en deçà ou en

dehors des conclusions prises par elles, ni appuyer sa décision sur un complexe de faits, i.e. sur une "cause" différente de celle qui ressort des actes de la contestation. L'instance est l'affaire des parties, non celle du juge. Comme il en est d'ailleurs, dans une très grande mesure, de l'enquête que le juge préside mais que les parties "montent" elles-mêmes, selon l'expression du Palais; car si le président du tribunal a théoriquement le pouvoir de suggérer à l'occasion certaines mesures d'instruction de nature à l'éclairer, il ne peut assigner les témoins et doit de toute façon décider à partir des seuls éléments de preuve que les parties lui auront fournis, sans surtout pouvoir faire état d'investigations personnelles réunies en dehors de leur contrôle. Notre procès civil reste dans son organisation d'ensemble de type essentiellement accusatoire et libéral.

C'est pourquoi d'ailleurs, les règles qui le réglementent au niveau de la procédure au sens strict reposent, dans une si grande mesure, tout comme auparavant, sur le principe du contradictoire imposé par le respect des droits de la défense.

S2 - Le respect des droits de la défense

En matière civile ces droits de la défense ne concernent évidemment pas que le défendeur mais les deux parties dont les prétentions s'opposent. Tout repose sur les vertus de la contradiction qui permettra au juge de rester neutre en confrontant les thèses en présence et en comparant les preuves fournies de part et d'autre. Il a bien fallu, il est vrai, envisager les cas d'omission de contredire, mais la procédure par défaut est prévue comme à regret et reste d'ailleurs sujette à des voies de recours spéciales.

Si la marche de l'instance est régie par des règles soigneusement définies, si les actes du procès, tant ceux des parties que du juge, sont des actes solennels et publics, soumis à un formalisme précis, qui a été simplifié mais n'a en aucun moment été remis en question, c'est surtout que là se trouve dans notre conception la garantie la plus certaine du respect des droits de la partie adverse. La liberté de la défense est pleinement sauvegardée, et la majorité des dispositions du code ne tendent en fait qu'à l'assurer.

Et cette remarque nous introduit au coeur même de la technique procédurale qui, témoignant de notre façon traditionnelle de concevoir la mise en oeuvre des principes directeurs du procès civil, n'a pas été dans son ensemble modifiée.

Section 2 - L'organisation de l'instance et sa réglementation d'ensemble
sont également les mêmes

On sait que le procès civil chez nous, sous l'influence conjointe des législations française et anglaise, s'est très tôt divisée en deux phases successives nettement distinctes, dont l'importance relative est depuis longtemps tout à fait caractéristique de notre droit judiciaire privé; à cet égard, le nouveau code n'a rien modifié et il copie tout simplement l'ancien.

S1 - L'introduction et la poursuite de l'instance

La première, essentiellement écrite, visé à établir une définition nette du litige en exigeant des parties qu'elles précisent formellement et définitivement leurs prétentions respectives. Elle s'écoule depuis l'introduction de la demande jusqu'au moment où elle sera en état d'être instruite, (i. e. à moins de défaut de la part de la partie citée), jusqu'au moment où la contestation aura été liée par le dépôt au dossier d'actes dans lesquels les parties auront exposé tour à tour les faits sur lesquels elles se fondent et les conclusions qu'elles recherchent. Ces actes qui sont soumis à un certain nombre de règles de forme relatives à leur contenu, à leur signification et à leur production et dont l'accomplissement successif et graduel fait avancer l'instance, relèvent, on l'a dit, de l'initiative exclusive des parties. Du premier au dernier, ils lient le juge aussi bien que les litigants eux-mêmes: le juge, parce que, en vertu du principe dispositif, il ne lui revient pas de dicter aux plaideurs la façon d'exercer leurs droits, son rôle étant d'abord celui d'un arbitre de prétentions opposées; les litigants, parce qu'autrement, la possibilité de surprise mettrait en péril le principe du contradictoire et les droits de la défense. Voilà le mécanisme de base derrière lequel on retrouve les principes que nous avons mis en lumière: il était et restera encore le même pour tous procès civils quel qu'il soit, et ce tout simplement parce que le but protecteur qu'il poursuit présente le même intérêt quel que soit l'objet du litige. Sa simplicité est certaine; seulement, il implique que tout se déroule dans des conditions idéales et sans heurt, ce qui forcément ne sera pas toujours le cas. Il présuppose en effet que les parties se conforment aux règles de compétence et de recevabilité, qu'elles suivent les prescriptions de forme dans le respect desquelles leur liberté procédurale doit s'exercer et qu'aucun événement ne survient qui soit de nature à modifier le contexte juridique dans lequel l'instance progresse. Il est donc inévitable que des incidents surviennent. L'ancien code les prévoyait avec une remarquable minutie et les soumettait à un régime procédural propre qui visait à réglementer les solutions auxquelles ils pouvaient donner lieu, le mode et le moment où celles-ci devaient être sollicitées, ainsi que les voies de recours aux-

quelles donnait ouverture la décision rendue. Le nouveau code procède exactement de la même manière, sans rien apporter de vraiment nouveau. Et l'intervention du juge, encore requise, aura la même portée qu'auparavant sa discrétion sera parfois totale, ainsi lorsqu'il lui sera demandé de proroger un délai ou de relever une partie des conséquences de son défaut de la respecter, mais le plus souvent elle ne sera qu'accessoire et ne concernera que les modalités de la décision qu'il sera tenu de rendre, sitôt vérifiée l'existence du droit procédural mis en cause. C'est que même à ce niveau, son rôle est déjà conçu comme devant être principalement celui d'un arbitre chargé de dire le droit, qui, dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires d'ailleurs restreints, ne doit agir qu'en fonction des principes directeurs du procès dont il doit assurer le respect.

S2 - L'enquête et l'audition

La seconde phase, le procès proprement dit ou le "trial", est, au contraire de la première, essentiellement orale. Elle vise à confronter publiquement dans une épreuve culminante les plaideurs eux-mêmes aussi bien que leurs prétentions respectives et ce, le plus souvent devant un juge seul mais parfois devant un juge et des jurés. De cette confrontation qu'elle assure jaillira la matière sur laquelle la décision finale sera fondée, matière en principe produite exclusivement de vive voix et au-delà de laquelle le juge ne pourrait aller. C'est la technique anglaise fondée sur une distinction très nette entre le droit et les faits et sur la présomption que l'exposé de ceux-ci sera plus conforme à la vérité s'il est fait contradictoirement et publiquement en appliquant la méthode de la "cross-examination".

Car même si nous n'avons jamais pu importer chez nous dans toute sa pureté le trial anglais à cause de l'importance attribuée à l'écrit par nos règles de preuve, nous en avons néanmoins puisé l'essentiel, (ce qui d'ailleurs nous a conduits à bousculer complètement la tradition judiciaire française), et le chapitre sur l'instruction et ce qui s'y rattache est peut-être du nouveau code celui qui reproduit le plus fidèlement les sections de l'ancien auxquelles il correspond.

Ainsi l'organisation de l'instance et sa réglementation d'ensemble depuis le début jusqu'au jugement sont restées les mêmes qu'auparavant. Bien loin de prétendre porter atteinte aux techniques que nous avons adoptées et développées pour assurer le respect des principes directeurs du procès civil tels que nous les concevions depuis longtemps, les codificateurs de 1966 se sont employés à les revaloriser, en les repensant en fonction de leur finalité propre pour en éliminer tout simplement ce qui s'y était greffé sans nécessité et avait contribué à les alourdir au point de mettre en péril leur efficacité au regard de la justice qu'elles devaient ultimement servir.

La réforme n'a certes pas défiguré notre procédure; mais elle l'a en fait considérablement rajeunie, en lui insufflant un esprit nouveau.

DEUXIEME PARTIE

LE NOUVEAU CODE A OPERE NEANMOINS UNE REFORME PROFONDE

C'est qu'on s'est efforcé de traduire au niveau de la législation elle-même le caractère auxiliaire de la procédure, dont les règles, comme dit l'article 2, "sont destinées à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction", dans le respect de quelques principes directeurs considérés comme intangibles. On a voulu que nos lois procédurales ne puissent plus être mises en oeuvre autrement qu'en fonction du but qu'elles poursuivent et des droits qu'elles sont appelées à servir.

Cette attitude a même permis quelques prises de positions nouvelles que l'on peut situer sur le plan des principes, mais elle a surtout conduit à une simplification et à un assouplissement sur le plan de la technique.

Section 1 - Prises de position sur le plan des principes

Deux sont particulièrement notables.

S1 - L'introduction de la justice préventive

Sous l'ancien code, les droits en général n'étaient sanctionnés que par la condamnation de celui qui les avait violés et le justiciable ne pouvait s'adresser à la justice avant que ne soit effectivement consommée la violation de son droit. L'article 541 prévoyait à juste titre que tout jugement devait être susceptible d'exécution. La justice était strictement curative. Le législateur de 1966 a voulu offrir quelque chose de plus: "un moyen sûr de s'éclairer sur les limites de ses droits" et une possibilité de régler un différend de façon courtoise, sans nécessité qu'une condamnation soit prononcée. C'est le jugement déclaratoire qui ne sera assorti d'aucune formule exécutoire mais qui, ayant force de chose jugée, s'imposera néanmoins au respect des parties. La justice ne sera plus uniquement curative, elle sera aussi préventive.

Il faut bien prendre garde toutefois que la différence entre l'action déclaratoire et l'action exécutoire ne réside pas dans l'existence ou l'absence d'un différend, d'un litige réel, ni dans la nature de l'intérêt requis pour agir, mais strictement dans la conclusion recherch e: l'une conclut à une condamnation, l'autre pas. C'est pourquoi l'une et

l'autre restent soumises aux mêmes règles procédurales. Il ne faudrait pas penser autrement sous prétexte que la loi permet parfois l'obtention d'une décision déclaratoire par un moyen simplifié qui est la requête, car celle-ci ne saurait être reçue que dans des cas exceptionnels, et la situation qui en résultera correspondra d'ailleurs à celle qui existait déjà dans les cas de demande d'adjudication par simple dépôt de factum. Il est vrai que l'introduction de l'action déclaratoire conduira à affiner certaines notions comme celle d'"intérêt suffisant", mais elle ne les changera pas substantiellement. Le tribunal n'aura plus pour seule fonction de condamner mais sa façon de dire le droit restera la même.

Moins spectaculaire sans doute mais plus importante peut-être quant à ses conséquences sur le plan de la pratique quotidienne est l'autre prise de position qu'il faut noter ici: l'accroissement des pouvoirs du juge.

S2 - L'accroissement des pouvoirs du juge

Il est manifeste que le nouveau code, par un certain nombre de dispositions nouvelles, a tenté de dégager le juge des restrictions que lui imposait la procédure de 1896, laquelle semblait exiger de lui une passivité quasi-totale à l'intérieur d'un certain nombre de règles de jeu imposées aux litigants.

Ainsi, notamment, l'article 9 qui autorise le tribunal à proroger tout délai qui n'est pas dit de rigueur ou à relever une partie des conséquences de son défaut de le respecter; les articles 166 et 168 qui lui demandent de permettre, s'il le juge à propos, le redressement de tout grief d'irrégularité sur lequel serait fondé un moyen préliminaire; les articles 55 et 462 qui étendent son pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'intérêt requis pour faire valoir une demande; les articles 204 et 205 qui, à toutes fins pratiques, l'incitent à suggérer les amendements qu'il jugerait utile et même à ordonner d'office la correction immédiate d'erreurs de forme, de rédaction, de calcul ou d'écriture dans un acte de la contestation; l'article 468 qui lui demande de redresser les impropriétés de termes dans les conclusions; l'article 463 qui limite en rien son pouvoir d'ordonner proprio motu la réouverture d'une enquête déjà complétée.

On a presque l'impression qu'on a voulu introduire le concept du juge providence. L'arbitre d'autrefois s'humanise; il ne descend pas dans l'arène mais il est très loin du spectateur impassible qui aurait pour seule mission de compter les coups que se portent deux adversaires et n'aurait pas les moyens de les aider, au nom de la justice.

Section 2 - Renouveau sur le plan de la technique

Sur le plan technique, les innovations sont variées et difficiles à grouper. Certaines ont pour but de simplifier et d'accélérer la procédure, d'autres de l'assouplir et de la soumettre à son rôle de servante du droit substantif, d'autres enfin d'abrégier et de valoriser l'enquête.

S1 - Simplification et accélération de la procédure

Les commissaires ont d'abord cherché à éliminer de notre procédure écrite tout ce qui ne paraissait pas essentiel, afin de la simplifier et de l'accélérer. Le proeipice par lequel le demandeur requérait son bref est éliminé. Les actes de la procédure écrite se limitent à la déclaration, à la défense et à la réponse avec possibilité d'une réplique que sur permission spéciale. Les demandes incidentes, les demandes reconventionnelles et les faits nouveaux n'exigent plus d'actes procéduraux autonomes et sont invoqués dans les actes ordinaires de la contestation. Les incidents sont tous soulevés par le même moyen, la requête, et ne sont discutés qu'oralement sans préparation écrite. D'autre part, dans un grand nombre d'hypothèses, la partie citée devra appuyer sa défense d'un affidavit ce qui découragera au moins partiellement les procédures futiles et vexatoires et contribuera encore à accélérer le rythme de l'instance.

Cette simplification et cette accélération de la procédure écrite ont été saluées avec emphase; elles ne sont toutefois pas aussi caractéristiques de l'esprit nouveau de la réforme que cette volonté constante de soumettre la procédure à son rôle véritable, et qui a conduit à l'adoption d'un grand nombre de dispositions nouvelles.

S2 - Assouplissement et soumission de la procédure à son rôle de servante du droit substantif

Fidèles à leur prise de position initiale: "les règles de procédures sont destinées à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction", les codificateurs ont d'abord modifié les conséquences de l'irrecevabilité d'une action ou du non respect des diverses règles de forme auxquelles elle est soumise.

De même que l'exception d'incompétence depuis longtemps ne donne pas lieu à un rejet mais plutôt à un renvoi devant le tribunal où la demande aurait dû être présentée, de même l'exception d'irrecevabilité pour défaut de capacité et possiblement de qualité ou d'intérêt ne sera plus fatale dès lors que le grief sur lequel elle est fondée pourra être redressé. Et cette souplesse nouvelle est encore plus grande pour les règles de forme qui ne sont plus jamais sanctionnées par la nullité,

mais par un ordre du juge aux fins d'assurer la correction de l'acte aux conditions requises pour la sauvegarde des droits de la défense. Tout est mis en oeuvre pour éviter le rejet d'une action sans que ne soit résolu le différend qui l'avait suscitée et afin de ne pas mettre en péril les droits qu'elle visait à sauvegarder. Voilà qui semble très simple et tout à fait normal. N'empêche qu'on a pris bien du temps à s'en apercevoir et même aujourd'hui bien des juristes étrangers, à commencer par les juristes français, seraient étonnés de voir qu'on y soit même arrivé. Finie l'époque où la procédure vivait pour elle-même et par elle-même; l'âge d'or des procéduriers habiles et retors est révolu pour le plus grand bien de la justice.

C'est dans un même esprit qu'a été introduite cette institution propre à abrégier considérablement et même à revaloriser la phase ultime et fondamentale du procès, et que le nouveau code appelle la conférence préparatoire à l'instruction ou la pré-enquête.

S3 - La pré-enquête

On essaierait en vain de mieux démontrer que les Commissaires ne l'ont fait eux-mêmes dans leur rapport l'opportunité qu'il y avait d'introduire dans notre droit cette conférence préparatoire à l'instruction qui avait déjà fait ses preuves dans plusieurs législations étrangères.

Après avoir rappelé que la longueur des procès et leur coût excessif résultent souvent du fait que les parties sont emmenées au moment de l'audition à prouver inutilement des faits étrangers au débat véritable, ils poursuivent: "... cette situation pourrait être évitée, s'il était possible d'amener les procureurs à se rencontrer dans des conditions qui leur permettraient d'analyser la contestation et d'examiner la possibilité d'abrégier l'enquête en la limitant aux faits véritablement contestables.

"C'est pour en arriver là que les Commissaires préconisent l'adoption d'une institution nouvelle, la conférence préparatoire à l'instruction, qui permettra au juge, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, de convoquer les procureurs à son cabinet pour conférer des moyens propres à simplifier le litige et à abrégier l'enquête. Cette conférence, ou pre-trial, est depuis longtemps utilisée dans plusieurs juridictions étrangères, et l'expérience a démontré que, tenue dans une atmosphère détendue et sans qu'aucune pression ne s'exerce de la part du juge, elle donnait des résultats qui dépassaient souvent ce qu'on en avait espéré; on a pu constater que les avocats se mettaient spontanément d'accord sur plus d'un point, soit pour dispenser d'une preuve, soit pour adopter des mesures propres à simplifier celles qu'ils croyaient devoir présenter".

CONCLUSION

Pour comprendre le sens et la portée de la réforme procédurale dont nous venons de souligner les principales réalisations, il est éminemment utile, je pense, de bien voir le contexte dans lequel elle a été opérée.

Si on examine la doctrine et la jurisprudence des dix ou quinze dernières années, on peut déceler, à mon avis, l'existence d'un certain malaise dans l'application de nos règles procédurales. De plus en plus nombreux étaient ceux qui croyaient que l'administration de la justice civile chez nous restait trop emprisonnée dans une conception périmée et que ses caractères formalistes et solennels étaient devenus quelque peu superflus et excessifs, comme si elle ne s'était pas complètement affranchie de ses origines religieuses et mystiques. Il leur apparaissait de plus en plus manifeste que notre procédure conduisait trop souvent à sacrifier la justice elle-même à un libéralisme et à un individualisme outrés.

Les plus sensibilisés et les plus réfractaires à cet état de chose étaient apparemment les juges et on comprend que certains d'entre eux aient cherché à réagir en s'efforçant d'assouplir les règles. Ces tentatives d'assouplissement s'opéraient sur deux plans totalement distincts et différemment perceptibles. Elles s'opéraient d'abord par le jeu subtil de suggestions ou conseils officieux au niveau des auxiliaires des parties, joint à une prodigalité dans l'octroi des autorisations requises, (mis-en-cause, amendement, etc.): c'est un peu l'idée du juge providence dont nous parlions et qui pouvait avoir d'autant plus de succès que notre magistrature jouit d'un prestige énorme (compétence juridictionnelle très étendue, mode de recrutement parmi les membres du Barreau) et que dans le système du juge unique elle se trouve dans une position d'autorité toute spéciale. Elles s'opéraient ensuite par la remise en question de notions qui traditionnellement limitaient les pouvoirs des tribunaux mais restaient imprécises et floues et dont les plus caractéristiques étaient celle de nature de la demande sur laquelle était organisé le pouvoir d'amender; celle d'intérêt requis pour pouvoir obtenir un rejet pour défaut de forme; celle de cause du litige dans les limites de laquelle devait s'enfermer la décision à venir.

Mais ces tentatives d'assouplissement étaient criticables et nul ne s'étonnera qu'elles aient soulevé de vives oppositions.

C'est qu'elles se butaient à des obstacles de textes; on ne peut déformer les mots à volonté, et même d'esprit: le droit judiciaire est un droit routinier, traditionnel et les juges d'aujourd'hui sont les praticiens d'hier. Et c'est surtout qu'elles n'étaient pas sans danger, car

à la limite elles risquaient de porter atteinte à ces principes directeurs du procès qui se rattachaient directement à une certaine conception des rapports du juge et des parties, et plus généralement des particuliers et de la puissance publique, à laquelle notre société restait dans son ensemble profondément attachée. Le principe dispositif d'abord, bien sûr, qui s'oppose à un interventionnisme excessif de la part du juge; parce que les intérêts litigieux concernant des intérêts privés qui ne sont pas les seuls en jeu mais qui néanmoins ne sauraient être brimés. Le principe du contradictoire aussi, principe élémentaire de toute justice humaine, constante de tout système procédural, dont les exigences avaient été conçues comme imposant un certain nombre de règles à caractère sacré. Le principe de la plus stricte impartialité du juge enfin, condition de base de toute administration saine de la justice, qui devait être protégée et garantie par un ensemble de dispositions rigides et inviolables. Il y avait danger qu'en se libérant des règles du code on mette en péril la finalité recherchée. L'administration de la justice est matière trop fondamentale pour que les règles qui l'organisent soient plus ou moins altérées par les réactions personnelles des juges, si louables que soient les motifs qui les guident.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu le nouveau code et il n'est pas sans intérêt de noter que la Commission de trois membres chargée de le préparer était composée de deux juges dont l'un agissait comme président. Le nouveau code a sans doute été profondément influencé par la pensée des "novateurs", et la réforme qu'il a opérée tant pour simplifier la procédure et la soumettre à son rôle de servante du droit substantif, que pour augmenter les pouvoirs du juge et abréger l'enquête, témoigne d'un esprit conforme à celui qui les guidait. Le tribunal civil n'est pas uniquement un endroit où on peut trouver arbitres à ses querelles privées, et le juge, un personnage qui, nanti d'une partie du pouvoir public, assène et distribue de haut et magistralement des sanctions et des condamnations, au terme d'un duel judiciaire aux règles soigneusement arrêtées. Le tribunal civil doit être l'endroit où on va puiser la justice humaine et le juge doit avoir les moyens de dire le droit du cas concret litigieux aussi correctement que possible.

Mais si le nouveau code a été ainsi profondément influencé par la pensée des novateurs, il n'en reste pas moins qu'il a été bâti sur l'ancien dont il a conservé la substance. C'est ainsi que la liberté et l'autonomie des parties restent pleinement assurées et que la préoccupation de sauvegarder les droits de la défense est encore sous-jacente à toute réglementation procédurale. Et c'est ainsi que la structure générale de notre procès, sa division en deux phases, le rôle de chacune, le caractère contraignant des actes de la contestation, le procédé de la confrontation au niveau de l'enquête, ont été intégralement préservés.

Ce caractère à la fois nouveau et profondément traditionnel qui est le sien valorise en un sens le code de 1966, mais il le rend également extrêmement vulnérable. La réforme qu'il a voulu introduire peut, en effet, être faussée, si on n'y prend garde, en des sens diamétralement opposés. D'une part, le maintien de tant de dispositions anciennes peut donner l'impression qu'elle n'a opéré qu'un rajeunissement de surface et inciter les plus réactionnaires à ne pas modifier leur conception d'autrefois. A l'opposé, l'adoption de règles nouvelles à portée forcément vague et moins bien définie, comme justement celles relatives aux pouvoirs du juge, peut conduire les plus novateurs à en étendre les limites au point de mettre en péril la structure d'ensemble et les principes directeurs qu'elle a voulu sauvegarder. La pratique des derniers mois nous permet néanmoins d'être optimistes et de penser malgré tout qu'elle a été comprise et que le danger qu'elle soit trahie sera finalement évité.

De toutes façons, le droit judiciaire privé est peut-être chez nous le domaine où la rencontre des deux grands systèmes juridiques de l'occident a produit les résultats les plus heureux, et tel qu'il est là devant nous aujourd'hui, le code de 1966 se présente comme une oeuvre valable et originale, dont nous pouvons être fiers. D'autant plus que, comme ne craignait pas de l'écrire l'un des plus grands comparatistes de notre époque, C.J. Hamson de l'Université Cambridge: "Si l'on réserve quelques notions fondamentales, en général très simples, c'est par leur procédure que se différencient le plus les systèmes juridiques civilisés".

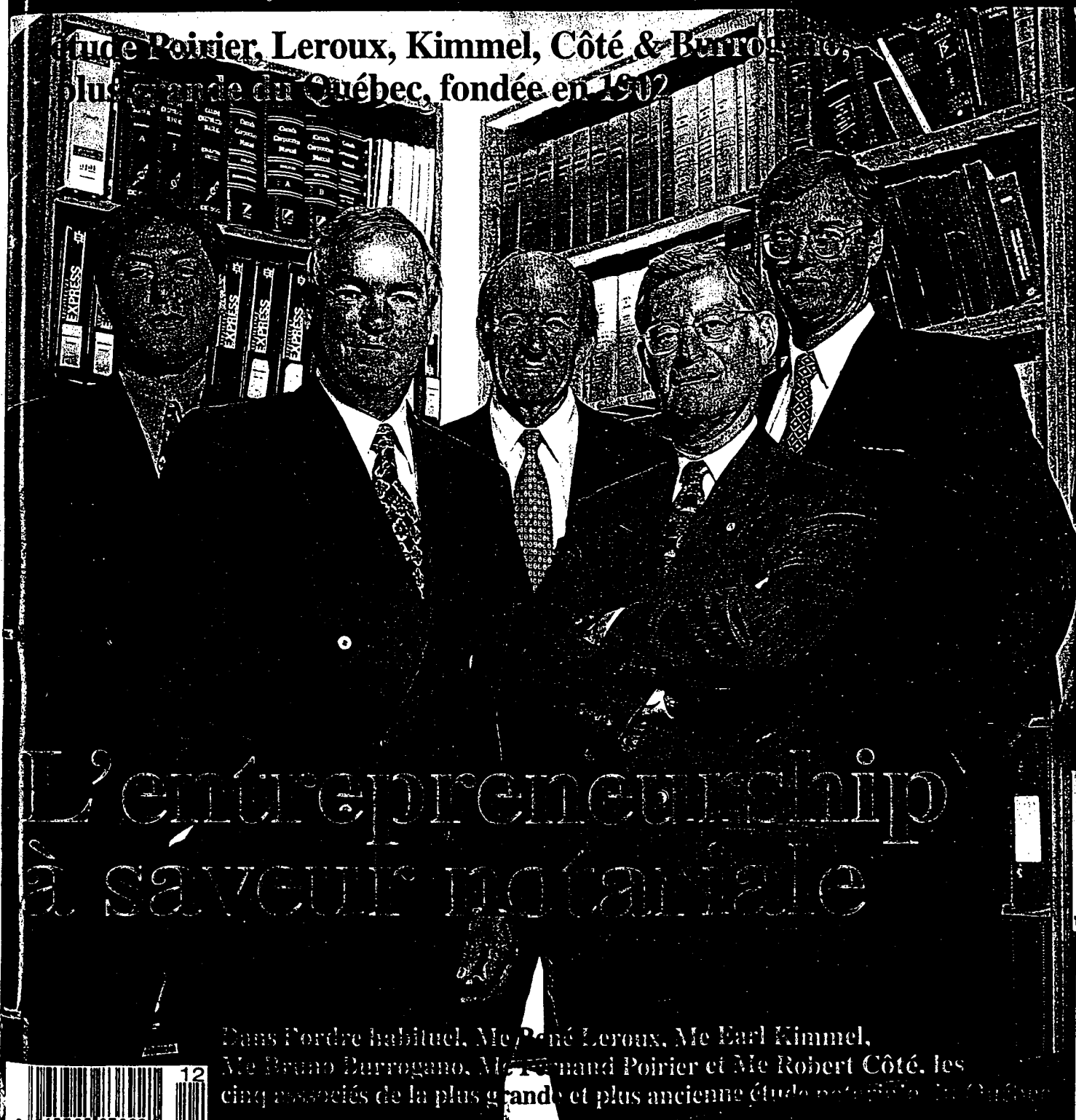
LE MONDE
JURIDIQUE

L'OFFICIEL DES JURISTES DU QUÉBEC

Volume 10, numéro 12

4,00 \$

Étude Poirier, Leroux, Kimmel, Côté & Burro,
la plus grande du Québec, fondée en 1902



L'entrepreneurship
à saveur notariale

Dans l'ordre habituel, Me René Leroux, Me Earl Kimmel,
Me Bruno Durrogano, Me Renaud Poirier et Me Robert Côté, les
cinq associés de la plus grande et plus ancienne étude notariale au Québec



La profession juridique reflète encore l'image d'un club privé dans l'optique du public

— Mme Greta Chambers, Chancelière de l'Université McGill au colloque du Barreau de Montréal sur la justice civile

(NDLR) Le Barreau de Montréal a organisé un colloque portant sur la réforme de la justice civile, le 10 janvier 1997, et plusieurs propositions de réforme ont été présentées par les participants. Mme Greta Chambers, chancelière de l'Université McGill, est devenue au fil des années une ressource importante pour la profession juridique. Elle a maintes fois donné son opinion sur la perception qu'elle a des avocats, des magistrats et celle des gens ordinaires qu'elle transmet dès qu'on lui demande. Son intérêt ? Aider à rebâtir la respectabilité dont a joui la profession juridique, avocat, magistrat, notaire au Québec et ailleurs au Canada.

Le grand-père de Mme Chambers fut avocat, dit-elle. Il avait une idée très noble et très élevée de sa profession. Que s'est-il passé ? Comment expliquer que la profession juridique soit descendue si bas en si peu d'années ?

Mme Chambers nous livre sa pensée fraîche et nuancée et imprégnée de respect.

Ce n'est pas par hasard que la première présentation cet après-midi vous arrive de l'extérieur, de quelqu'un qui n'a rien à

voir avec le sujet à l'ordre du jour sauf peut-être en victime potentielle. L'ordre du jour fut voulu pour faire ressortir le contexte dans lequel le Barreau de Montréal a entrepris cette impressionnante et innovatrice étude sur les systèmes de justice civile.

Vous allez, si ce n'est pas déjà fait, vous rendre compte que le diagnostic et les recommandations qui y sont rattachées n'ont pas été conçus et élaborés nécessairement en fonction d'une simplification de la vie professionnelle de ceux et celles qui fourmillent dans les palais de justice. Au contraire, quoique les recommandations portent sur le fonctionnement de

l'appareil judiciaire, et alors elles vous affectent tous et toutes directement et c'est à vous de juger si elles sont pertinentes, si leur application pourrait s'avérer efficace, si ça vous tente d'en faire l'essai.

La raison profonde qui a mené à la rédaction de ce rapport, ce n'est pas votre mécontentement avec le système qui prévaut présentement, mais le mien en tant que représentant du grand public, du justiciable, de ceux et celles qui sont à la recherche de justice et qui se tournent vers le système judiciaire pour les dépanner mais, plus souvent qu'à leur tour piaffent dans l'anti-chambre du processus et risquent de ne plus se



Mme Greta Chambers. Son grand-père, Me Beaubien, qui fut avocat et sénateur.

retrouver quand ils sont finalement admis au labyrinthe exécutoire qu'est devenue une cause civile.

Les activités judiciaires sont perçues par le commun des mortels comme étant organisées dans l'intérêt des intervenants professionnels, ce qui se traduit dans leur esprit en terme de taux horaires exorbitants pour les avocats et de laxisme administratif de la part des juges. Cette constatation peut vous paraître dure et même injuste, mais pour l'usager moyen, un souci pour ce qu'il vit, une fois pris dans l'étau de l'administration de la justice, lui paraît, pas seulement secondaire à ce qui se passe, mais franchement évacué du déroulement de la cause. Il se sent prisonnier d'un système sur lequel il n'a aucune prise et dont il ne comprend que vaguement les affres, accalmies, et les exigences.

Il y a de nos jours un manque de confiance palpable envers l'administration de la justice et le public boude les avocats et les palais de justice. Quand une telle méfiance se généralise ce n'est pas sain pour la société dans son ensemble, ça fait mal aux cabinets de maîtres et ça devrait inquiéter la magistrature. Alors chapeau au Barreau de Montréal de s'être penché sur une réforme de la justice civile avec le justiciable à l'oeil, une approche qui me paraît pleine de bon sens et génératrice de relations meilleures entre ceux et celles qui mènent la barque judiciaire et le monde ordinaire qui a le droit de monter à bord mais qui se méfie du mal de mer qu'il devra y

subir.

Les juristes ne jouissent plus du bénéfice du doute. La saison est définitivement ouverte sur tout ce qui bouge dans le royaume de la justice, là où hier on ne trouvait que respect et soumission à l'égard de ses intervenants. Ce phénomène nouveau n'est pas prêt de disparaître de sitôt.

C'est un phénomène mondial. Le Président de la France en parlait récemment à la télévision. Dans son pays aussi, le système judiciaire en prend pour son rhume.

The fall from grace of the legal profession seems worse here than elsewhere only because the fall has been from a height.

Il n'y a pas si longtemps ici au Québec, juges, avocats et notaires faisaient partie de façon naturelle et presque prédéterminée de la classe de *notables* à qui appartenait le leadership social de notre société. J'ai été élevée par un grand-père avocat qui croyait que le droit était la profession la plus noble, la plus utile et la plus polyvalente de toutes. A son avis, sa formation l'avait préparé pour la pratique du droit, bien sûr, mais aussi pour la politique, pour les affaires sociales et financières, et sa carrière a reflété cette confiance absolue dans le pouvoir et le savoir conféré par son choix de profession. Mais les temps changent. souvent plus vite que les traditions.

People resent the power, for itself and because it is so expensive. They think they are being ripped off but there are no reprisals. You can't get back at a lawyer you can only pay

him or her because when you need a lawyer or a notary, you can't do without one. In the case of judges, it's even worse; they represent ultimate power. They always have the last word. What has gone wrong it seems to me is that lawyering has become big business and judging has been forced to become accountable to more than God and the law.

Big business does not mean unethical behaviour or the lowering of standards. Nor does it mean the interests of clients are not given priority. But it can seem to mean those things because of the pressures of specialisation, large law firms, the concept of billable time which provides indices of work done without relation to results obtained and is entirely controlled by the firms themselves. The old direct route to client interest is obscured by what I think are called *shop norms*. What it does mean is that the apparatus has become more impersonal, seemingly more heartless and much less people friendly. And the court system doesn't help. The costs, delays and seemingly endless complexities of even the simplest case further diminish the confidence of people in general with the whole system.

There is another factor which brings the profession in some disrepute and that is a lowering of the standards of court room behaviour. Courts are where justice is on display. And the display is often far from edifying. And that is what gets reported. Good, experienced, knowledgeable court

reporters no longer seem to exist. Journalists covering the court scene often know no more about what's going on than what they see and hear that day. When lawyers show small respect for each other and for the judges before whom they are pleading, it discourages the public and/or the journalist from reacting with any kind of reverence. The adversarial process seems to authorize a standard of behaviour that is lower than that considered acceptable by ordinary people. Any conduct appears to be tolerated if it can be said to advance the perceived interests of the client.

Le déclin du prestige de la profession juridique était inévitable. Le post-modernisme n'épargne ni les institutions, ni les professions, ni les personnes. Les effectifs du système judiciaire ont tellement augmenté qu'il a fallu, à vrai dire sans cesse chercher d'autres moyens, d'autres structures pour abattre tout ce boulot.

Avec le mercantilisme du service juridique, la relation entre avocat ou notaire avec son client est nécessairement affectée. On ne voit plus l'avocat comme ami, mais comme fournisseur de services. Ces changements de structures professionnels ont inévitablement modifié la déontologie professionnelle. Les valeurs mercantilistes ont accéléré le passage de l'élite. Mais comme simple observatrice, je n'ai vu jusqu'ici que très peu d'effort de la part de la profession pour contrer ce glissement. Et ce n'est pas parce que la détérioration de l'image de la justice et de ceux et celles qui ont la respons-

abilité de la véhiculer est encore un secret bien gardé. C'est connu et reconnu que l'accès à la justice fait problème.

L'enquête sur le sujet commandée par le ministère de la Justice du Québec et présidée par le professeur et ancien doyen de la faculté de droit de l'Université, Rodrigue Macdonald, a étalé le problème en long et en large mais le suivi ne fut pas fulgurant. Il faut aussi admettre que quoi qu'on se plaigne volontiers du système judiciaire, personne dans le grand public ne réclame de réformes spécifiques, des options alternatives ou des voies allégées.


C'est comme si une paralysie méfiante d'une part s'affrontait à un corporatisme défensif de l'autre.

La profession juridique

reflète encore l'image d'un club privé dans l'optique du public : tous pour chacun, plutôt que chacun pour tous. Il me semble que le Barreau a la grande responsabilité de tout faire pour la rapprocher, pour l'expliquer, pour la rendre compréhensible, pour entamer le dialogue entre justice et citoyens. Il y a beaucoup d'éducation à faire. On ne peut revenir en arrière. La justice est devenue tellement une grosse affaire que le monde a tendance à perdre le nord en essayant d'en déchiffrer ce que nous avons le droit d'attendre d'elle.

Les principes sur lesquels se fondent l'indépendance et l'imputabilité de la magistrature tiennent encore mais les modalités de leur application subissent des modifications.

SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE
MÉTIVIER
& ASSOCIÉS INC.
courtier immobilier agréé



LE COMPLEXE JEAN-LESAGE
400, BOUL. JEAN-LESAGE, QUÉBEC

À LOUER
(418) 647-3992
www.metivier.com

Comme je l'ai mentionné plus loin, les barreaux sont des joueurs de première ligne quant à la promotion et la défense de la profession juridique et du système judiciaire. En comparant notre système de justice avec celui qui prévaut aux Etats-Unis on ne peut qu'être frappé par la rigueur de nos normes déontologiques par rapport aux leurs.

The literature tells us that is because our legal profession is still governed by the separation of functions and that we have retained structures which obviate the most obvious conflicts of interest and that your code of professional conduct is not a set of rules to be followed but rather the setting of standards in other words a Code which instructs in how to act, not in what to do so that it becomes something to live up to rather than an ethical minimum to which it is

permissible to fall.

Et il y a un autre facteur générateur de beaucoup de fierté collective à l'égard de votre profession. Vous avez su maintenir une gouvernance professionnelle forte avec des pouvoirs disciplinaires et d'inspection qui peuvent servir à imposer et à faire appliquer les normes déontologiques. Ce n'est pas peu dire. Pour citer le penseur en droit (le philosophe du droit) Patrick Glenn, qui enseigne à la faculté de droit de McGill: "While precise statistics are unavailable, examination of reported provincial disciplinary proceedings suggest that the Canadian professions produce hundreds of disciplinary decisions annually, roughly equivalent to the number of disciplinary proceedings in the whole of the United States where the profession is more than ten times the size."

That, it seems to me, should reassure people that someone is minding the legal shop for them.

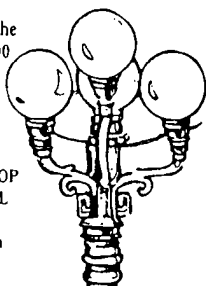
Mais ce que le monde ne sait pas ne le rassure guère. Alors mesdames, messieurs, à vous de faire la promotion de tous les aspects professionnels dont vous avez le secret et dont vous pouvez tirer et à juste titre, beaucoup de fierté, en commençant par un réaménagement en profondeur du fonctionnement de l'appareil mis en place pour régler le litige et pour donner confiance au coureur-après-justice qu'il va pouvoir arriver à destination avant d'être complètement à bout de souffle en lui offrant plusieurs options, plusieurs voies de sortie parmi lesquelles il pourrait choisir celle qui le conduira à un règlement le plus rapidement possible... ♦

Le Mas des OLIVIERS

Ouvert
le dimanche
de 18 h 00
à
22 h 30

1216 BISHOP
MONTREAL

Réservation
861-6733



L'Orchidée
De Chine

spécialités setzhouannaises
& pékinoises

Réservation: 287-1878
2017 rue Peel, Montréal,
Québec H3A 1T6

Couette et café
Bed & Breakfast

La
Marquise
de
Bassano



Vieux-Québec, à l'intérieur
des murs et collé au Château
Frontenac. Un accueil
chaleureux dans un cadre
victorien.

Pour réservations:
418-692-0316 418-561-0245

COMITÉ AD HOC SUR LES DÉLAIS

RAPPORT FINAL

Membres du Comité:

- Me Jean-Jacques Gagnon
- Me Richard J. McConomy
- Me Robert Mongeon
- Me François Fontaine
- Me Francine Fortin-Lacroix
- L'honorable André Deslongchamps

Préparé par: Me Elena Munoz-Bertrand
Me Nathalie Roy

En collaboration avec: Me Frédéric Letendre

Ce 13 décembre 1996

Tableau 39

Écart de temps entre les procédures principales d'une action :
analyse comparative entre l'ensemble des dossiers,
les dossiers dont le montant en litige n'excède pas 50 000\$ et ceux de 50 000\$ et plus

Procédures	50 000\$ et moins	Toutes les Fiches	50 000\$ et plus
Comparution et défense	0 ans 5 ms 3 js	0 ans 6 ms 29 js	0 ans 8 ms 19 js
Comparution et ex-parte	0 ans 4 ms 19 js	0 ans 5 ms 19 js	0 ans 6 ms 12 js
Ex-parte et défense	0 ans 1 ms 27 js	0 ans 2 ms 10 js	0 ans 2 ms 21 js
Défense et réponse	0 ans 7 ms 28 js	0 ans 8 ms 18 js	0 ans 9 ms 6 js
Défense et inscription	0 ans 11 ms 29 js	0 ans 10 ms 4 js	0 ans 8 ms 21 js
Réponse et inscription	0 ans 0 ms 19 js	0 ans 1 ms 0 js	0 ans 1 ms 8 js
Réponse et la première R. 15	0 ans 6 ms 17 js	0 ans 7 ms 27 js	0 ans 9 ms 1 js
Différence entre les deux R. 15	0 ans 5 ms 25 js	0 ans 6 ms 20 js	0 ans 7 ms 12 js
Première R. 15 et la forclusion	0 ans 6 ms 9 js	0 ans 6 ms 21 js	0 ans 7 ms 1 js
Deuxième R. 15 et la forclusion	0 ans 0 ms -24 js	0 ans 0 ms -21 js	0 ans 0 ms -19 js
Première R. 15 et l'inscription	0 ans 3 ms 16 js	0 ans 4 ms 25 js	0 ans 6 ms 0 js
Deuxième R. 15 et l'inscription	0 ans 8 ms 25 js	0 ans 10 ms 29 js	1 ans 0 ms 26 js
L'inscription au mérite et le CEC	1 ans 2 ms 9 js	1 ans 4 ms 8 js	1 ans 6 ms 1 js
Première R. 15 et le CEC	0 ans 10 ms 24 js	0 ans 11 ms 12 js	0 ans 11 ms 29 js
Deuxième R. 15 et le CEC	0 ans 5 ms 0 js	0 ans 4 ms 27 js	0 ans 4 ms 24 js
Introduction et inscription	1 ans 3 ms 8 js	1 ans 5 ms 18 js	1 ans 7 ms 19 js
Introduction et CEC	2 ans 5 ms 22 js	2 ans 10 ms 2 js	3 ans 1 ms 27 js
Comparution et le CEC	2 ans 5 ms 22 js	2 ans 10 ms 2 js	3 ans 1 ms 27 js

L'Histogramme 2 est encore plus éloquent que ce tableau.

29 mm

37 mm

8-

Rapport d'activité 1996-1997

Ministère de la Justice
Direction générale des
services de justice

Québec 

DOSSIERS OUVERTS POUR LE QUÉBEC, LE GRAND-EST, LE NORD, LES PETITES PÉNINSALES ET COUR SUPÉRIEURE

TABLEAU 1.17.1	PETITES PÉNINSALES			GÉNÉRAL			RECOURS COLLECTIFS			MAT. NON CONTENTIEUSES		
	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996
01 BAS ST-LAURENT	1 514	1 378	1 320	467	423	484	-	-	-	206	233	251
02 SAGUENAY, LAC ST-JEAN	2 490	2 164	1 939	940	868	831	-	-	2	180	209	201
03 QUÉBEC	5 773	5 543	4 426	3 777	3 464	3 085	-	1	1	805	926	871
04 MAURICIE, BOIS-FRANCS	3 426	3 119	2 516	1 372	1 258	1 310	3	-	3	561	619	620
05 ESTRIE	2 941	2 634	2 365	1 405	1 350	1 283	-	1	-	533	504	534
06 MONTRÉAL-CENTRE	14 407	12 102	11 156	15 124	13 677	14 390	17	11	18	3 345	2 806	2 700
07 OUTAOUAIS	2 100	1 929	1 907	1 633	2 135	2 427	-	-	-	267	308	321
08 ABITIBI-TÉMISCAMINGUE	1 318	1 199	1 049	545	383	352	1	1	-	109	96	100
09 CÔTE-NORD	893	827	672	321	261	243	-	-	-	67	73	87
10 NORD-DU-QUÉBEC	6	6	20	3	3	11	-	-	-	1	3	2
11 GASPÉSIE-ÎLES-DE-LA-MADELEINE	989	832	745	358	254	254	-	-	-	78	135	119
12 CHAUDIÈRE-APPALACHES	1 767	1 607	1 376	469	395	422	-	-	1	238	256	376
13 LAVAL	2 080	1 902	1 527	1 407	1 088	1 414	-	-	-	234	272	371
14 LANAUDIÈRE	1 861	1 609	1 469	1 152	973	980	-	-	-	257	254	281
15 LAURENTIDES	3 292	3 161	2 926	2 385	2 141	2 090	-	-	-	426	421	407
16 MONTÉRÉGIE	5 837	5 216	4 466	3 118	3 094	3 226	-	1	-	1 017	1 581	1 358
TOTAL PROVINCIAL	50 694	45 228	39 879	34 476	31 767	32 802	21	15	25	8 324	8 696	8 606

TABLEAU 4.2.1.13	CAUSES AUTONOMES DANS LES JURIDICTIONS CIVILES											
	COURS SUPÉRIEURE AUTONOME ORDINAIRE			COURS SUPÉRIEURE AUTONOME URGENT			COURS SUPÉRIEURE PRATIQUE			COURS SUPÉRIEURE (CAUSÉS AUTONOME)		
	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996
01 BAS ST-LAURENT	84	77	53	35	54	54	993	1 127	1 152	53	52	69
02 SAGUENAY, LAC ST-JEAN	158	163	142	112	90	83	2 873	2 472	2 522	83	90	96
03 QUÉBEC	213	564	563	365	365	270	7 634	7 927	7 438	2 864	2 920	3 215
04 MAURICIE, BOIS-FRANCS	262	205	164	150	140	121	3 367	3 483	3 413	106	135	120
05 ESTRIE	301	304	256	126	111	81	3 634	3 808	3 650	165	175	206
06 MONTRÉAL-CENTRE	2 010	2 022	1 569	1 742	1 427	1 046	40 922	38 231	36 779	495	393	323
07 OUTAOUAIS	238	141	153	95	75	66	4 686	4 940	4 362	135	102	71
08 ABITIBI-TÉMISCAMINGUE	58	62	57	25	16	15	845	860	726	34	19	32
09 CÔTE-NORD	61	46	74	38	36	37	785	889	646	39	40	33
10 NORD-DU-QUÉBEC	-	-	-	-	-	-	2	4	10	-	-	-
11 GASPÉSIE-ÎLES-DE-LA-MADELEINE	37	28	43	11	2	12	533	526	469	32	28	37
12 CHAUDIÈRE-APPALACHES	108	119	114	46	29	31	1 124	1 062	950	66	60	70
13 LAVAL	102	111	149	56	70	86	2 356	2 478	2 476	128	134	159
14 LANAUDIÈRE	151	142	130	114	145	102	2 204	2 147	1 968	97	90	88
15 LAURENTIDES	256	254	253	146	128	133	4 690	5 044	4 338	127	134	144
16 MONTÉRÉGIE	531	460	434	392	286	277	8 747	7 788	8 006	359	312	256
TOTAL PROVINCIAL	4 570	4 698	4 154	3 453	2 974	2 414	85 395	82 786	78 905	4 783	4 684	4 919

7672

82786

nombre de

CAUSES ENTENDUES SUR LE FOND DE LITIGES												
RÉGIONS	COUR QUÉBÉC CH. CIV. CAUSES ORDINAIRE			COUR QUÉBÉC CH. CIV. CAUSES URGENTES			PETITES RECLAMES			COUR SUPÉRIEURE CH. CIV. CAUSES ORDINAIRE		
	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996	1994	1995	1996
01 BAS ST-LAURENT	22	20	14	39	19	11	465	447	475	25	26	20
02 SAGUENAY, LAC ST-JEAN	30	47	37	75	55	54	776	870	910	35	36	40
03 QUÉBEC	659	451	510	-	-	-	2 372	2 707	3 142	89	210	214
04 MAURICIE, BOIS-FRANCS	152	73	49	112	80	55	1 279	1 335	1 150	98	58	44
05 ESTRIE	65	71	59	88	63	44	1 010	1 191	1 101	95	104	86
06 MONTRÉAL-CENTRE	535	474	531	1 626	1 162	766	4 404	7 189	6 863	714	658	575
07 OUTAOUAIS	46	26	24	59	52	51	510	697	769	72	50	55
08 ABITIBI-TÉMISCAMINGUE	48	37	27	12	2	2	352	468	401	26	36	32
09 CÔTE-NORD	27	19	18	31	46	20	327	303	249	24	14	24
10 NORD-DU-QUÉBEC	-	-	-	-	-	-	5	2	2	-	-	-
11 GASPÉSIE-ILES-DE-LA-MADELEINE	17	17	9	4	3	5	286	269	259	6	7	13
12 CHAUDIÈRE-APPALACHES	72	52	51	10	8	7	539	580	464	36	35	37
13 LAVAL	20	65	56	77	81	83	655	817	813	38	38	35
14 LANAUDIÈRE	32	20	39	69	59	53	653	942	822	62	45	46
15 LAURENTIDES	71	78	65	154	158	107	1 149	1 363	1 310	90	83	94
16 MONTÉRÉGIE	188	128	115	399	256	229	2 038	2 903	2 549	167	118	114
TOTAL PROVINCIAL	1 984	1 578	1 604	2 755	2 044	1 487	16 820	22 083	21 279	1 577	1 518	1 429

*American Bar
Association*

Journal

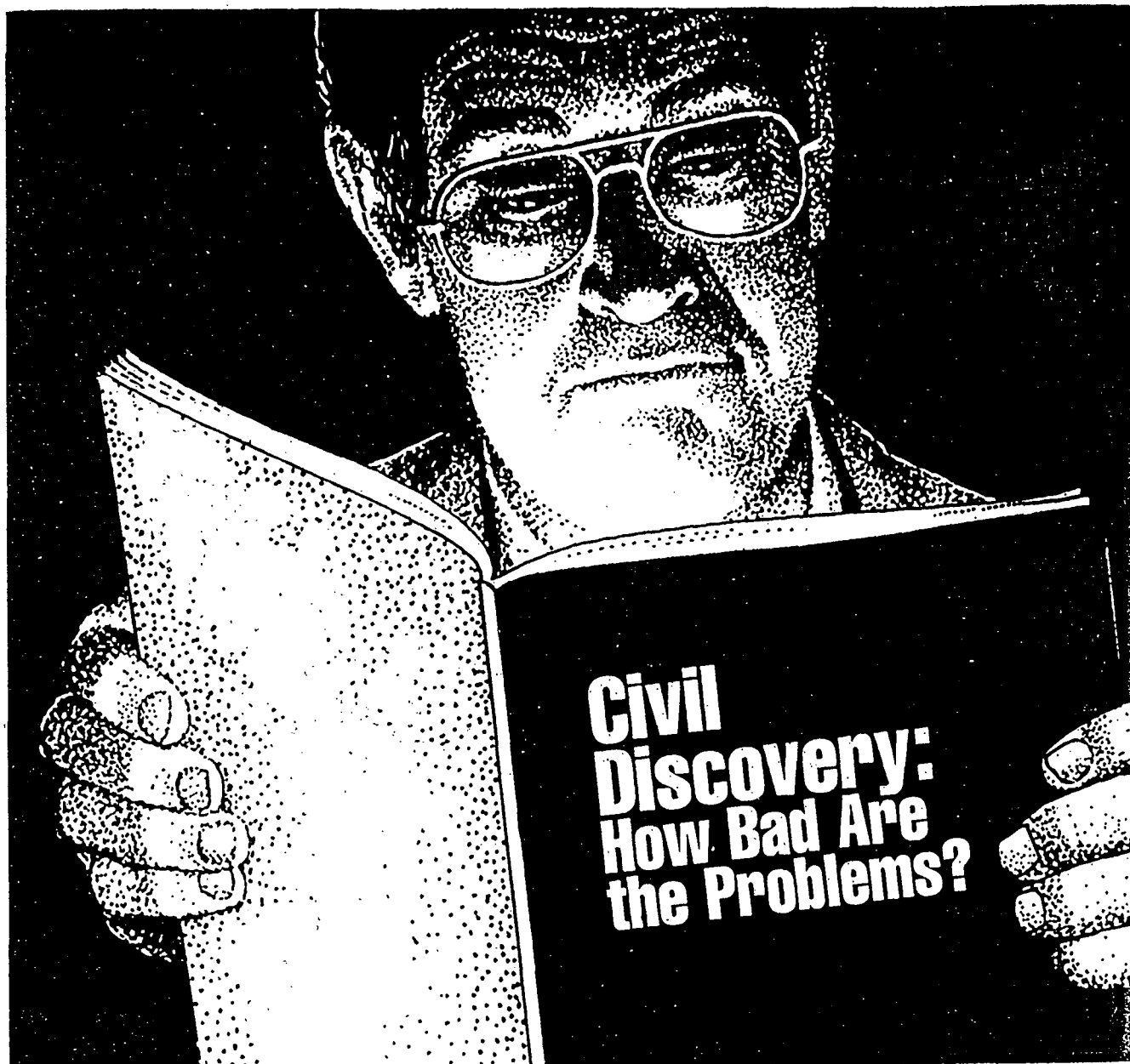
April, 1981

WELCOME
BACK TO
FREEDOM

**Reflections on the
Iranian Hostage
Settlement**

LIBRARY
BY
BARREAS
NOV 1981

Mike Meyer / Time Magazine



By Wayne D. Brazil

DURING the last few years many practicing lawyers, judges, and legal scholars have criticized the way pretrial discovery is working in civil litigation and have committed a great deal of time to drafting proposals for its improvement. Most of this criticism has been based primarily on the personal experience and observations of the critics. For that reason, it has lacked one very important quality: it has not been able to show how widespread and damaging the problems it exposes are. In 1979 the American Bar Foundation began sponsoring a study whose purpose was to meet this need.

The team of lawyers and scholars who designed the study wanted to know how severe, how recurrent, and how costly the problems that beset the

discovery system are. Toward that end, we prepared a comprehensive set of questions that we posed in lengthy interviews to 180 litigators who practice in the Chicago area. Because we interviewed lawyers from a wide range of civil practices, we were able to compare the experiences and complaints of groups of quite differently situated attorneys.

What did we learn? The data show that there are great differences between the character of discovery in large cases and in smaller cases and that in larger lawsuits the system is plagued with severe problems that prevent it from effectively serving the purposes for which it was designed. The interviews also produced a dramatically intense and consistent chorus of criticism of

the role the courts play in the discovery arena. An overwhelming majority of the lawyers we interviewed blame the judiciary for many of the discovery system's most severe problems. Four of every five respondents believe the courts should impose sanctions more frequently. And litigators who primarily handle larger matters call in loud and remarkably united voices for more help from the courts in controlling what appears to be a runaway system.

We should begin with an overview of what the data show about discovery in larger cases, which we define as those in which \$1,000,000 or more is in dispute. The United States Supreme Court has provided the backdrop against which these data must be evaluated. According to the Court, the machinery

of discovery is designed to help "secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action" and, in particular, to assure that "[m]utual knowledge of all relevant facts gathered by both parties [which] is essential to proper litigation." It follows that the discovery system must be evaluated from two different perspectives: (1) how efficient is the process and (2) does it actually result in the exchange of the important information?

Early in each interview we asked for general impressions about how well the discovery system is working. Only 7 per cent of the big case litigators offered clearly positive assessments. By contrast, 43 per cent of the lawyers in this category expressed aggressively negative views, while the remaining 50 per cent had mixed feelings about the health of the discovery process.

Responding to specific questions about obstacles to their discovery efforts, big case lawyers portrayed a system whose most salient characteristic is gross inefficiency. Among the sources of that inefficiency, none plays a more pervasive, troublesome role than evasion. Evasive responses to discovery requests have become a ubiquitous feature of the system in sizeable lawsuits. Big case lawyers reported that their discovery efforts are impeded or completely frustrated by their opponents' evasive or incomplete responses in four of every five of their cases.

The litigators' admissions about the way they shape their own responses to discovery probes from other parties are almost as dramatic and probably more revealing. As a group, the big case attorneys admitted that "the purpose of distracting another party's attention from or obscuring the existence of information" affects how they present their responses to discovery requests in nearly half of their cases. The same group of litigators also confessed that the way they prepared "a client or witness to be deposed result[s] in other parties not learning something of arguable significance from [their] client or witness during his deposition" in about 60 per cent of their cases.

It is interesting that those we interviewed do not ascribe the evasive practices primarily to dishonesty or bad faith. In fact, the lawyers in our sample believe that dishonesty by an opposing party or attorney is an obstacle to discovery in less than 20 per cent of their cases. Instead of blaming outright cheating, litigators tend to view evasion as the product of aggressive adver-

sarial maneuvering—for example, construing discovery probes as narrowly as their language will possibly permit.

Providing evasive or only partly responsive answers to discovery requests is not the only form of "foxholing" that plagues larger lawsuits. Another widely used avoidance technique is delay. The big case lawyers we interviewed complained that unjustifiable dilatoriness by opponents impedes or blocks their discovery efforts in one of every two cases. The same group conceded that "the purpose of gaining time or slowing down part or all of an action" affects their own "use of discovery tools" in about 40 per cent of their cases. Similarly, these lawyers admitted that "the purpose of imposing work burdens or economic pressure on another party or attorney" affects how they conduct discovery in about one third of their cases.

Doctrinal shields of information—the attorney-client privilege, the work-product doctrine, and rules protecting trade secrets — also are significant sources of friction and inefficiency in the discovery stage of major lawsuits. Litigators whose median-sized case was \$1,000,000 or more reported that the way opponents use the attorney-client privilege makes discovery more difficult in more than one case in every three and that in half of their cases some other doctrinal protection of information impedes (either temporarily or permanently) their access to relevant evidence.

Even while acknowledging that assertions of privilege provoke many discovery disputes, very few of the attorneys we interviewed objected to the policies and values on which the privileges are based. In fact, many went out of their way to affirm their belief in the legitimacy and importance of privilege doctrine. And three of every four whom we asked about the scope of the attorney-client privilege said it should be left as it is. It also is noteworthy that the vast majority of the lawyers indicated that when an opponent fails to discover something significant from them, the reason is much less likely to be the intervention of a privilege than some deficiency or limitation in the way that opponent conducted discovery.

These deficiencies or limitations, however, by no means are always self-imposed. The big case litigators we interviewed made it quite clear that they spend considerable time and creative energy trying to increase the odds that

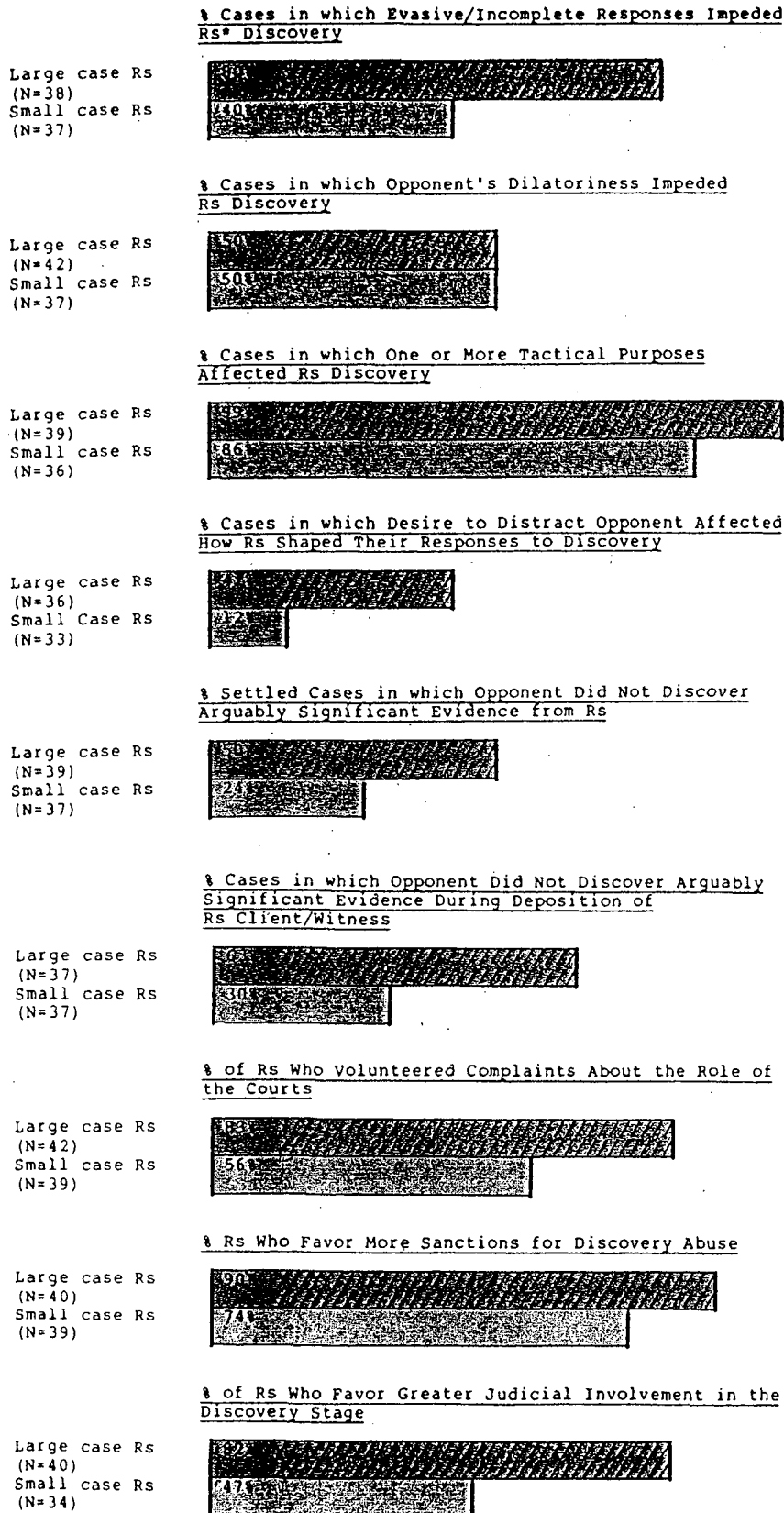
opposing counsel will fail to discover damaging information from their clients. As one declared, "Most attorneys still see discovery as a game and play it to the hilt to avoid disclosure."

In the 1930s proponents of the Federal Rules of Civil Procedure hoped that the provisions for discovery would be largely self-executing and would reduce substantially the role of adversary pressures and tactics during the pretrial stage of litigation. Our data suggest that these hopes were naïve and stillborn. At least in larger cases, tactical jockeying plays a pervasive, dominating rôle in the discovery process. Big case litigators routinely seek ways to manipulate discovery tools and to shape their responses to discovery probes in order to secure some adversarial advantage. The lawyers in our sample who typically handle large lawsuits reported that tactical considerations affect how they conduct or respond to discovery in 99 per cent of their cases and that tactics affect how they time discovery events in 92 per cent. These staggering figures evidence the fact that a high percentage of the attorneys who handle large lawsuits perceive discovery as the arena in which most of the decisive battles of litigation are fought and assume that it is professionally irresponsible to fight the war without making a full commitment to maneuvering for whatever advantages might be available.

The evasive, dilatory, and other tactical purposes that play such a large role in the pretrial development of big cases help make discovery a wasteful process. Many big case litigators complained that much of the information requested by opposing parties is either wholly irrelevant to matters in dispute or of only marginal utility. When asked in an open-ended question to identify the most troublesome kinds of discovery abuse, 62 per cent of the big case lawyers in the sample complained about overdiscovery and 45 per cent about some form of harassment. These percentages were even higher among attorneys who primarily represented corporate clients: 72 per cent volunteered complaints about overdiscovery and 61 per cent bemoaned other forms of harassment.

Several lawyers admitted that only a small percentage of the information their own discovery efforts produce is really useful. Many also reported that to uncover key information they had to develop elaborate systems of discovery probes, employing different kinds of

Summary of Major Characteristics of Two Discovery Systems:
Comparing Experiences and Attitudes of Large and Small Case Litigators



* Rs = Respondents (the interviewed attorneys).

discovery devices in carefully orchestrated sequences, and that they had to commit substantial resources not only to sifting through immense amounts of material produced by their opponents but also to framing careful follow-up inquiries.

Some of this inefficiency is attributable, of course, to the complex legal theories on which some large cases turn and to the large data bases the theories sometimes require. The lawyers we interviewed, however, left us with no doubt that whatever inefficiency is inherent in the development of big cases is substantially aggravated by adversarial maneuvering that intensifies through cycles of mutual mistrust. The kind of attitude that both reflects and generates mistrust was succinctly articulated by one interviewed litigator: "In the adversarial system it's one group's job to get information and the other's not to give it to them."

These attitudes, or knowing that some lawyers hold these beliefs, provoke fear of evasive or parsimonious responses to discovery requests. That fear motivates a probing attorney to frame exhaustive and inevitably overbroad requests for information, which in turn can induce a responding lawyer to try to avoid replying altogether or to interpose as many objections and to provide as little data as possible. The cycle, as one lawyer in our sample described it, commonly consists of "an overbroad request followed by overbroad objections and overinclusive assertions of privilege."

The inefficiency of the discovery process in larger cases might be tolerable if it regularly accomplished the goal of distributing all the important information about a case among all the parties. Unfortunately, the system as it operates in larger cases has no such redeeming feature. The data provided by the litigators we interviewed indicate that in half of the larger, more complex lawsuits that are closed by settlement, at least one of the attorneys believes he knows something of significance about the case that counsel for other parties have not discovered. Lawyers who typically handle larger cases also reported that in half of the cases they settle they believe that another party still has relevant information, including communications protected by privilege, that they have not discovered. Thus it appears that our inefficient and costly system fails to distribute the relevant evidence evenly among the parties to larger lawsuits in at least half of the settled cases.

These figures are particularly disconcerting because the vast majority of cases are closed by settlement rather than trial. Nor are the shadows they cast over the system significantly less portentous merely because there are many different reasons that could help account for the fact that so many of the larger cases are settled with at least one side believing the other is at a significant informational disadvantage. The discovery system must be evaluated as it operates within the real world of economic, psychological, and professional pressures. The theoretical argument that more information could be discovered if the tools of discovery were better used or if economic pressures did not limit how much discovery could be conducted is, at least at one level, irrelevant. We must have a system that can accomplish its objectives within the context of the realities of current litigation practice, and the system of discovery as it operates within today's economic and professional environment achieves its primary end of assuring "Mutual knowledge of all the relevant [and consequential] facts gathered by both parties" in only one of every two big cases that is settled.

While the figures about information distribution for the small percentage of cases that are resolved by judgment after trial, as opposed to settlement, are lower, they are not particularly reassuring. The predominantly big case litigators in our sample reported that in approximately 30 per cent of the cases they had tried to completion they "still had arguably significant information (including information protected by privilege) which . . . another party had not discovered." About 75 per cent of these lawyers reported having had that experience in at least one case they had tried to judgment. More than 80 per cent of the big-case litigators also admitted having been surprised by new information produced by an opponent in at least one trial, but surprises reportedly occur only in about 15 per cent of the tried matters. In sum, our data indicate that while the discovery system is more likely to distribute the significant information evenly among the parties in the larger cases that are tried to judgment than in those which are settled, even in the tried cases the system often fails to correct informational imbalances between parties.

The data generated by our study suggest that discovery in smaller cases, which we defined as those in which \$25,000 or less is in dispute, is a very

different animal from that in larger cases and that in the smaller matters it is afflicted by substantially less debilitating abuses and problems. As a group, lawyers who primarily handle smaller cases are measurably less dissatisfied with how the discovery system works than are their larger case counterparts. While 43 per cent of the big case litigators expressed clearly negative assessments of the discovery system, this view was shared by only 23 per cent of the smaller case lawyers. The contrast at the other end of the general assessment spectrum was even greater. While only 7 per cent of the lawyers who primarily handle large cases could muster strong endorsements of the system, 31 per cent of the smaller case attorneys were quite enthusiastic about it.

Discovery system works more effectively in smaller cases

The more positive sentiments of the smaller case litigators seem justified. Discovery appears to work more effectively as a system for distributing information in small lawsuits than in larger, more complex matters. While big case litigators believe that an opponent fails to discover significant information from them in one of every two cases they settle, smaller case attorneys reported having that belief in only about one of every four settled cases. Smaller case attorneys also believe that an opponent fails to discover significant information from them in only about 12 per cent of the cases they try, whereas the comparable figure for large case attorneys is approximately 30 per cent.

In smaller matters there is less money available to support elaborate tactical plans, there tends to be less data to process, and the existence and sources of relevant evidence tend to be more predictable. Not surprisingly, smaller case attorneys reportedly exchange information with less friction, less tactical jockeying, and less harassment. This is not to suggest that discovery in smaller cases is problem free but only to say that many of the system's problems are substantially less severe in smaller matters. For example, smaller case lawyers reported friction arising because of assertions of the attorney-client privilege in only about 12 to 15 per cent of their cases, while the figure for the big case litigators was roughly

40 to 45 per cent. Similarly, 62 per cent of the large-case litigators volunteered complaints about overdiscovery, and 45 per cent complained about harassment, while the corresponding figures for the smaller case group were only 38 per cent and 28 per cent.

Relative to other sources of difficulty with the discovery process, the two problems that cause the most frustration for the smaller case litigators in our sample are evasion and dilatoriness by opponents. Evasive or incomplete responses to requests for information reportedly impede discovery by smaller case attorneys in about 40 per cent of their cases — not an insignificant incidence but a far cry from the 80 per cent figure reported by the big case lawyers. Smaller case litigators feel victimized even more, however, by what they perceive as the unjustifiably extended delays that routinely precede responses to their discovery probes and reportedly impede the exchange of information in more than half of the smaller cases filed in courts in the Chicago area.

Some dilatoriness is the product of intentional tactical ploys, but the principal source of the problem appears to be the vacuum created by the five-year backlog in the civil trial docket of the state courts (law division) sitting in Cook County. This severe backlog apparently encourages attorneys to overcommit themselves — that is, to accept more cases than they can prepare adequately for trial — and sets in motion cycles of procrastination. The several-year interval between the date lawsuits are initiated and the date a trial court will be available reportedly has a particularly counterproductive effect on defense lawyers, who often feel little incentive either to develop their cases or to make serious efforts to reach prompt settlements. Clients who perceive an opportunity to postpone payment of a probable obligation for four or five years sometimes feel strong incentives to do so — for instance, an opportunity to make high yield alternative investments of their funds and the likelihood of being able to satisfy claims with dollars cheapened by inflation.

The lawyers we interviewed attributed so many of the problems with discovery in smaller cases to the pervasive effects of the backlog in the trial docket in Cook County that it is tempting to speculate that the system could function much more effectively in smaller cases if trial dates were available within a relatively short period after pleadings

were filed. Indeed, the availability of early trial dates may help account for reports that attorneys who practice in less populous areas have fewer difficulties with discovery than their urban counterparts. Smaller case litigators did not express fear that they could not adjust to or adequately prepare for early trial dates. On the contrary, they vigorously endorsed the view that the pressure of an early trial date would have an overwhelmingly healthy effect on the discovery process, greatly reducing the sloppy case management and dilatory practices that are smaller case lawyers' principal sources of frustration with the system.

The availability of early trial dates, of course, would not cure all of the defects of the discovery system as it operates in smaller cases. Evasion would remain a consequential problem. Lawyers would continue to try to manipulate the tools of discovery to impose pressures on opposing parties and would persist in efforts to color perceptions of relative strengths and weaknesses so as to create a favorable climate for settlement. Because the source of these kinds of problems is the adversarial character of the system itself, there will be no simple solutions. But because these are the same kinds of problems that burden discovery (albeit much more severely) in the bigger cases, reforms developed for larger lawsuits may be applicable to smaller matters as well.

Final stage will look toward designing remedies

The final stage of the American Bar Foundation's study of discovery will consist of analyzing and extending reform proposals the respondents made during the interviews and examining judicial views both of the discovery process generally and of various suggestions for improving it. While all of the results of this stage of the project will not be ready for publication until later this year, there are findings we can report now that have important implications for reform efforts.

The lawyers interviewed readily acknowledged that lawyers and ways of lawyering are responsible for many of the defects of the discovery system. Despite these concessions, however, many lawyers feel that the principal culprits in the discovery system's failings are judges. The only partly articulated theory supporting this belief seems to

be that irresistible economic and adversarial pressures will compel attorneys to adopt evasive and sometimes abusive tactics unless the courts impose a system of predictably tight and telling restraints. In this view, it is the judiciary's responsibility to create an environment that is sufficiently hostile to chicanery and incompetence to drive those forces from the discovery arena.

According to a sizable majority of the litigators we interviewed, the courts are failing miserably to meet these responsibilities. The most dramatic indictments of the role of the judiciary were made in response to an open-ended question posed near the beginning of each interview. The lawyers were asked if they felt there were "any problems with the current system" of discovery. More lawyers mentioned the negative impact of the judiciary than any other single problem: 71 per cent volunteered complaints about the performance of the courts. The percentage was even higher among those who practiced primarily in federal court: 86 per cent offered unprompted criticisms of the way judges handle discovery. To be fair, it is important to note that lawyers who practice primarily in federal court generally are involved in larger suits.

Near the end of each interview the lawyers were asked if they felt they received "adequate and efficient help from the courts in resolving discovery disputes and problems." While 16 per cent said "sometimes," more than two thirds of the remaining lawyers said "no." Again the percentage was measurably higher among the big case litigators. About 90 per cent of them feel underserved by the courts, in sharp contrast to the slightly less than 50 per cent of the smaller case lawyers who have that feeling.

While a wide range of criticisms was leveled against the judges (among other things, judges were said to be condescending, inhospitable, superficial, arbitrary, and biased), there is one aspect of judicial behavior that provoked far more complaints than any other. Eighty per cent of *all* the interviewed lawyers believe that the courts should more frequently sanction discovery abuse. This conviction is not confined to any one segment of the litigating bar. While an overwhelming 90 per cent of the big case litigators favor more frequent use of sanctions, three of four smaller case attorneys agree. Nor are these views casually held. Many litigators are intensely angry about what they perceive as the courts' failure to provide the dis-

cipline the system requires. These lawyers are convinced that the infrequency and the leniency with which courts use their sanctioning power is the root cause of discovery abuse.

Given the widely shared perception among big case litigators that the discovery system is almost out of control, it is hardly surprising that many of them want more from the courts than more vigorous enforcement of the rules. Eighty-two per cent of the lawyers who primarily handle larger matters support the broader proposition that the judiciary should be more thoroughly involved in the discovery stage of litigation. While there undoubtedly would be disagreement about the precise form of the involvement, there is little disagreement among big case litigators about the underlying need for more external control over and a better informed monitoring of the discovery process. Among smaller case lawyers, by contrast, there are sharper differences of opinion about whether there is a need for the judiciary to do more than strictly enforce the rules. Only about half of them favored "greater judicial involvement" (generally).

We should report one additional result of our study that has important implications for reform efforts. Contrary to some assumptions, there is no broad support for the notion that the scope of discovery should be narrowed. While among all the lawyers we interviewed 30 per cent favored cutting back the scope of discovery, twice as many (60 per cent) favored leaving the scope as it is and 10 per cent favored broadening it. There was less support for reducing the scope of discovery among smaller case litigators (16 per cent favored the idea) than among big-case lawyers, among whom only 34 per cent favored trying to narrow the reach of pretrial.

At least according to the lawyers in our sample, it would be a mistake to focus efforts to reform discovery on the formal descriptions of its proper scope. Instead, litigators believe the real need is to devise a system of restraints and rewards that will combat the pervasive problem of evasion and curb misuse of the system's tools. *Journal*

(Wayne D. Brazil is an associate professor of law at the Hastings College of the Law and an affiliated scholar at the American Bar Foundation. More detailed treatment of the study on which this article is based may be found in 1980 American Bar Foundation Research Journal at 217 and 787.)

COLUMBIA LAW REVIEW.

VOL. V.

MAY, 1905

No. 5

DO WE NEED A PHILOSOPHY OF LAW?

Nothing in the history of our common law is more striking than its tenacity in holding ground. Like our English speech, there seems to be something about it that commends it to men of diverse lands and races, and where it once goes, it stays. From the beginning, it has been in competition, if not in conflict, with other systems, and it has steadily gained ground. On its own soil, it had to meet and resist the canon law in the twelfth century, the Roman law at the Renaissance, the powers of the crown exerted against its fundamental doctrine of the supremacy of law in the sixteenth and seventeenth centuries, the influx of foreign law through the law merchant in the eighteenth century, the legislative reform-movement in England and America in the nineteenth century, and in America, at the same time, a temporary but formidable agitation for French law, influenced by the spread of the Code Napoleon and the success of the Louisiana Civil Code. Not only has the common law as a system successfully resisted all attempts to bring in some other law in its place, but in those parts of our system where alien and more flexible methods have existed or have arisen, in contravention of the fundamental theory of the common law that litigation is contentious, and wherever arbitrary discretion has obtained a serious foothold, the common law ultimately has prevailed. Probate, administration, and divorce have been absorbed into our American common law.¹ Case-law and

¹ *Crump v. Morgan* (N. C. 1843) 3 Ired. Eq. 91; *Le Barron v. Le Barron* (1862) 35 Vt. 365.

distinction might be drawn between the surrender of privacy for a public and for a commercial purpose. That is, that a public character loses his right to privacy so far as public curiosity is concerned but that a surrender of this to the public in general does not necessarily mean a surrender to a particular member of the public for a private or commercial purpose of this particular member. For example: A president of the United States, a distinguished general, statesman, lawyer, author, actor or actress, may very well be photographed and exhibited to an interested public; but that the portrait of such a person need not advertise a cigar or brand of whiskey. If the manufacturer wishes to advertise his wares by such means he subserves a private or commercial, not a public purpose; and if he wants more than his natural or public right, let him acquire it by contract as in the case of added or additional water-rights. The action of the New York Legislature by act of April 6, 1903, chapt. 132, sec. 2 (quoted in note p. 359) seems to be founded in this distinction and is sound in theory, as it is certainly wise and adequate in practice.

The work as a whole is excellent in substance, and the large print is a pleasure to the eye. There are a few misprints, which undoubtedly will be corrected in subsequent editions. For example: "Devins" on page 69 should be "Devens"; "it" should be "is" in the second line of the Lord Chancellor's decision on page 100; on page 111, the compositor put an extra "t" to his "attachment"; and on page 117, "Christie's Minstrels" broke through the parentheses.

These slight imperfections are not mentioned by way of criticism, but merely to enable the editor to make a well-nigh perfect book really perfect.

By way of final suggestion, an index to the collection would not be out of place.

REVIEWS TO FOLLOW:

AMERICAN ADVOCACY. A. H. Robbins. St. Louis: Central Law Journal Co. 1904. pp. xiv, 295.

FRENCH LAW OF EVIDENCE. O. E. Bodington. London: Stevens & Sons. 1904. pp. viii, 199.

A TREATISE ON SPECIAL SUBJECTS OF THE LAW OF REAL PROPERTY. Alfred G. Reeves. Boston: Little, Brown & Co. 1904. pp. lxxv, 913.

LABOR LAWS AND DECISIONS. J. A. Cipperly. Albany. Banks & Company. 1904. pp. vii, 143.

A TREATISE ON THE LAW OF WILLS. John R. Rood. Chicago: Callaghan & Co. 1904. pp. lxxvi, 635.

STREET RAILWAY REPORTS. Vol. II. Edited by Frank B. Gilbert. Albany: Matthew Bender. 1904. pp. xix, 1051.

CURRENT LAW. George Foster Longsdorf, Editor in Chief. St. Paul: Keefe-Davidson Co. 1904. Vol. I, x, 1208; Vol. II, xviii, 2195.

A BRIEF SURVEY OF EQUITY JURISDICTION. Prof. C. C. Langdell. Cambridge: The Harvard Law Review Association. 1905. pp. 303.

THE ORGANIZATION AND MANAGEMENT OF BUSINESS CORPORATIONS. Walter C. Clephane. St. Paul: West Publishing Company. 1905. pp. xxvi, 246.

A TREATISE ON EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW. Vol. IV. J. H. Wigmore. Boston: Little, Brown & Co. 1905. pp. xiii, 3185-3921.

FEDERAL PROCEDURE. Robert M. Hughes. St. Paul: West Publishing Co. 1904. pp. xviii, 634.

precedent have turned admiralty into a common law mould. Equity and equity procedure have been legalized. Precedent and case-law in the one, and the doctrine of contentious procedure in the other, have effectually made them over to the common-law model. Evidence in equity is now governed by rules framed to regulate the admission of evidence before juries; common law executions are issued on decrees for the payment of money, though courts admit that contempt proceedings might sometimes be proper;¹ exemption laws, effective against executions, are defying equitable principles as to trusts and trust funds;² and more than one equitable doctrine has become so legalized as to run counter on occasion to the justice and equity which were its original foundation.³ So far has this gone, that an acute observer has laid it down as a principle of legal science that the judicial administration of justice is intrinsically contentious.⁴

On what we may fairly term foreign soil, the common law has been no less aggressive and tenacious. Louisiana alone, of the states carved from the Louisiana purchase, preserves the French law. In Texas, only a few anomalies in procedure serve to remind us that another system once prevailed in that domain. Only historians know that the Custom of Paris once governed in Michigan and Wisconsin. And in Louisiana, not only is the criminal law wholly English, but the fundamental common-law doctrines, supremacy of law, case-law, and contentious procedure, are likely to make the legal system of that state a common-law system in all but its terminology. In Quebec, likewise, there are many significant signs of common-law influence. The Roman Dutch law of South Africa is adopting English conceptions.⁵ Finally, even Scotland, which received the Roman law in the sixteenth century, is becoming a common-law country. Except as it lingers in their legal vocabulary, the Scotch have almost abandoned Roman law in all their courts.⁶ From these examples, it

¹ *Stuart v. Burcham* (1901) 62 Neb. 84.

² *Green v. Simon* (1897) 17 Ind. App. 360.

³ *Willson v. Louisville Trust Co.* (1898) 102 Ky. 522; *Foster v. Reeves* [1892] 2 Q. B. 255.

⁴ *Salmund*, *Jurisprudence*, sec. 30. ⁵ 20 *Law Quarterly Rev.* 349.

⁶ Professor Dove *Wilson* in 16 *Juridical Rev.* 68.

is easy to see what will be the fate of the existing system in Porto Rico and the Philippines. Whether it is the innate excellence of our legal system or the innate cocksureness of the people that live under it, so that, even as Mr. Podsnap talked to the Frenchman as if he were a deaf child, we assume that our common-law notions are part of the legal order of nature, and are innocently unable to understand that any reasonable being can harbor conceptions that run counter to them,¹ the Anglo-Saxon refuses to be ruled by any other law. Maine's supposition that the newer states of the union would take the Louisiana code for the substratum of their law, and his prophecy that Roman law would become the *lingua franca* of universal jurisprudence,² have proved wide of the mark.

An achievement strictly in line with the history of the common law is the intrenchment of its doctrines in our constitutions, state and federal, culminating in the Fourteenth Amendment, so that its fundamental and distinctive dogmas are beyond the reach of ordinary state-action, and are to be dislodged in many cases only by amendment of the federal constitution itself. This was not achieved without a struggle. Jefferson, in 1815, denounced the common-law doctrine of supremacy of law, when applied by courts in holding legislative acts unconstitutional, as a theft of jurisdiction. Virginia, Kentucky, Pennsylvania, Georgia and Wisconsin successively denounced it. A strong opinion to the contrary was pronounced by an able judge.³ As late as 1833, it was seriously proposed that the federal constitution be amended to provide a special tribunal for the determination of questions as to the authority of Congress and of the several states under the constitution.⁴ But despite opposition, which at the time of the federal enforcement of the constitutional provision as to fugitive slaves became extremely bitter, the common-law principle has become firmly rooted in our polity. No state has departed from it, and one of the

¹ Cutting's Case, Snow, Cases on International Law 172.

² Village Communities, 330 (written 1856).

³ Eakin v. Raub (Pa. 1825) 12 S. & R. 330.

⁴ An excellent account of this agitation may be found in an address by Judge Lurton, Proc. Bar Assn. Tenn. 1903, p. 125.

states which formerly agitated for referring constitutional questions to a special, non-judicial tribunal, has since adopted a constitution in which the courts are expressly directed to declare the invalidity of unconstitutional legislation.¹ In addition to this far-reaching principle, which fixes the common-law doctrine of supremacy of law in our institutions, the common-law dogmas of inviolability of person and property, of the local character of criminal jurisdiction, of due process of law,—a phrase as old at least as the reign of Edward III,²—that private property can not be taken for private use, nor for public use without due compensation,—a doctrine as old as Magna Carta,³—that no one shall be compelled in any criminal prosecution to be a witness against himself, and of the right of trial by jury, with all that was meant thereby at common law,—all these dogmas are protected in state and federal constitutions so as to be substantially beyond the reach of legislation. If Coke were to come among us, he might miss the law of real property which he knew so minutely. Our law of contracts and our mercantile and corporation law would doubtless be unfamiliar. But he would be thoroughly at home in our constitutional law. There he would see the development and the fruition of his Second Institute. All that might surprise him would be that so much had been taken from and made of his labors with so little recognition of the source.

Superficially, then, the triumph of the common law seems assured. Nevertheless, jurists are by no means certain that this is so. The most obvious danger, and the one most frequently adverted to, is legislation. Thus, Professor Maitland says that with some hundred legislatures busy at law-making in the various common-law jurisdictions, "the unity of law is precarious," and that with unity much that is precious must disappear.⁴ Likewise Brunner, writing, however, at a time when codes were more imminent than they are now, states that "the period of the uncontested supremacy of the common law appears

¹ See Judge Lurton's Address, l. c. page 117.

² 37 Edw. 3, Cap. 8; 2 Inst. 50.

³ Magna Carta, Cap. 19, 21.

⁴ English Law and the Renaissance, 33.

to be now passing away."¹ I cannot think, however, there is any real cause for apprehension from this quarter. I come to such a conclusion for two reasons. In the first place, there is little in legislation that is original. Legislatures imitate one another. One may number on his fingers the landmarks of legislation in common-law jurisdictions, and copies or adaptations of them have gone round the world. Secondly, everything indicates that codification, as such, is still far remote. The gradual codification now in progress is but a legislative restatement of particular departments of the common law. It promotes unity. It does not affect the system itself,—its basic dogmas and tenets,—in the least. Each statute is but a fresh starting-point for a new body of case-law. Moreover, general codification, when it comes, is almost certain, unless an entire change of feeling intervenes, to be a restatement of the common law in improved form, pruned of archaisms and antinomies, to be construed according to common-law principles, and in due time overlaid by a new growth of adjudicated cases. The failure of the New York Draft Codes to meet the requirements of good code-making has set back codification so thoroughly, that none of us are likely to see a codified common law. Nor are radical legislative innovations possible in America. For instance: the federal bankruptcy act goes a long way in mixing up legal, equitable, administrative and criminal jurisdiction. But the most serious innovation, and the only one of special significance, is thwarted by the intrenchment of the common law in the federal constitution. The act provides that the bankruptcy court may punish bankrupts, trustees, and other parties for violations thereof.² If this was meant, however, to give summary powers to the court, it failed to reckon with the Fifth Amendment to the federal constitution, which requires an indictment or presentment of a grand jury as an indispensable preliminary to prosecutions in any federal court.³ If legislation, therefore, were all that was to be feared, I should feel confident that the common law was with us to stay.

¹ Sources of the Law of England (Hastie's Translation) 176.

² Bankruptcy Act of 1898, sec. 2 (4).

³ Mackin v. U. S. (1886) 117 U. S. 348; *Ex parte Wilson* (1885) 114 U. S. 417.

To my mind, the real danger to the common law is in another quarter. Hitherto the people have been with it. When Henry II put bounds to the jurisdiction of the Church, when the barons with drawn swords exclaimed "*nolumus leges Angliæ mutare*," when the commons petitioned against the court of chancery, when Coke for the judges of England told James I that he ruled *sub Deo et lege*, when the Continental Congress resolved that the several colonies were entitled to the common law of England, the common-law side was the national and the popular side. But to-day the popular side is not that of the individual, but that of society. To-day, for the first time, the common law finds itself arrayed against the people; for the first time, instead of securing for them what they most prize, they know it chiefly as something that continually stands between them and what they desire. It cannot be denied that there is a growing popular dissatisfaction with our legal system. There is a feeling that it prevents everything and does nothing. Commissions and boards, with summary administrative and inquisitorial powers are called for, and courts are distrusted. Partly, of course, this is due to impatience of thorough search for the truth, exact ascertainment of the facts, and strict justice. When everybody may learn all the facts in ten minutes from the morning paper, why should it take six months to reach a fragment of them? But in large part this dissatisfaction has a real basis, and is well founded. No amount of admiration for our traditional system should blind us to the obvious fact that it exhibits too great a respect for the individual, and for the intrenched position in which our legal and political history has put him, and too little respect for the needs of society, when they come in conflict with the individual, to be in touch with the present age. A glance at one of the digests will show us where the courts find themselves to-day. Take the one subheading under constitutional law, "interference with the right of free contract," and notice the decisions. Three of them hold eight-hour laws unconstitutional;¹ two more hold statutes limiting the

¹ *Ex parte Kubach* (1890) 85 Cal. 274; *Low v. Rees Pig. Co.* (1894) 41 Neb. 127; *In re Eight Hour Law* (1895) 21 Col. 29.

hours of labor unconstitutional;¹ four deny effect to statutes fixing the periods at which certain classes of laborers shall receive their wages;² another passes adversely on a statute prohibiting the practice of fines in cotton mills;³ another deals in the same way with a statute prohibiting corporations from deducting from the wages of employes to establish hospital and relief funds;⁴ three overturn acts regulating the measuring of coal for the purpose of fixing the compensation of miners;⁵ two hold void statutes designed to prevent the payment of employes in store orders;⁶ another passes adversely on an act requiring laborers on public contracts to be paid the prevailing rate of wages;⁷ another denies effect to an act requiring railway corporations to furnish discharged employes a statement of the causes of their removal,⁸ while another decides it unconstitutional to prevent employers from prohibiting their employes from joining unions or bringing pressure upon them to withdraw from unions to which they belong.⁹ I do not criticize these decisions. As the law stands, I do not doubt they were rightly determined. But they serve to show that the right of the individual to contract as he pleases is upheld by our legal system at the expense of the right of society to stand between our laboring population and oppression. This right of the individual and this exaggerated respect for his right are common-law doctrines. And this means that a struggle is in progress between society and the common law; for the judicial power over unconstitutional legislation is in the right line of common law ideas. It is a plain consequence of the doctrine of

¹ *Fiske v. People* (1900) 188 Ill. 206; *Cleveland v. Clements Bros. Const. Co.* (1902) 67 Ohio St. 197.

² *Godcharles v. Wigeman* (1886) 113 Pa. St. 431; *Frober v. People* (1892) 141 Ill. 171; *Leep v. St. Louis I. M. & S. R. Co.* (1894) 58 Ark. 407; *Republic Iron & Steel Co. v. State* (Ind. 1903) 66 N. E. Rep. 1005.

³ *Com. v. Perry* (1891) 155 Mass. 117.

⁴ *Kellyville Coal Co. v. Harrier* (1904) 207 Ill. 624.

⁵ *Millett v. People* (1886) 117 Ill. 294; *In re House Bill No. 203* (1895) 21 Col. 27; *In re Preston* (1900) 63 Ohio St. 428.

⁶ *State v. Goodwill* (1889) 33 W. Va. 179; *State v. Fire Creek Coal & Coke Co.* (1889) 33 W. Va. 188.

⁷ *People v. Coler* (1901) 166 N. Y. 1.

⁸ *Wallace v. Georgia C. & N. R. Co.* (1894) 94 Ga. 732.

⁹ *State v. Julow* (1895) 129 Mo. 163.

the supremacy of law, and has developed from a line of precedents that run back to Magna Charta.¹

Men have changed their views as to the relative importance of the individual and of society; but the common law has not. Indeed, the common law knows individuals only. In the seventeenth and eighteenth centuries, when the theory of the state of nature was dominant, this feature of our legal system made it popular. But to-day the isolated individual is no longer taken for the center of the universe. We see now that he is an abstraction, and has never had a concrete existence.² To-day, we look instead for liberty through society. We no longer hold that society exists entirely for the sake of the individual. We recognize that society is in some wise a co-worker with each in what he is and in what he does, and that what he does is quite as much wrought through him by society as wrought by himself alone. To parody a well-known formula, we are not so much concerned with the liberty of each limited only by the like liberties of all, as with the welfare of each, achieved through the welfare of the whole, whereby a wider and a surer liberty is assured to him. The common law, however, is concerned, not with social righteousness, but with individual rights. It tries questions of the highest social import as mere private controversies between John Doe and Richard Roe. And this compels a narrow and one-sided view, as men look upon these questions at present.

To show that this is not overdrawn, let us turn to a classical statement of the common law doctrine:

"So great moreover is the regard of the law for private property, that it will not authorize the least violation of it; no, not even for the general good of the whole community. If a new road, for instance, were to be made through the grounds of a private person, it might perhaps be extensively beneficial to the public, but the law permits no man, or set of men, to do this without consent of the owner of the land. In vain it may be

¹ Besides the cases discussed in Coxe, *Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, see Anonymous (1338) Y. B. Mich. 11 Edw. 3, No. 23; Reginald de Nerford's Case (1340) Y. B. Hil. 12 Edw. 3, No. 34. A recent writer, indeed, tells us that "the constitutional importance of Magna Charta is nothing but a myth invented by Coke when he wanted a stick to beat Charles I with." See 21 *Law Quart. Rev.* 6. But whatever may have been the case at first, by the reign of Edward I it had given rise to something very like our constitutional law. Cf. *Articla super Chartas* 29 Edw. 1 Cap. 2.

² Licy, *Philosophy of Right* (Hastie's Transl.) II. 3.

urged that the good of the individual ought to yield to that of the community: for it would be dangerous to allow any private man, or even any public tribunal, to be the judge of this common good, and to decide whether it be expedient or no. *Besides, the public good is in nothing more essentially interested, than in the protection of every individual's private rights.*¹

Our criminal law is a growing cause of popular discontent with the legal system. But the difficulty here again is exaggerated respect for the individual. Procedure, civil and criminal, has been contentious with us from the beginning. This respect for the individual keeps it so. "Litigation is a game, in which the court is umpire. The rules are in the knowledge of the court and will be declared and applied by it as required. It is for the parties to learn the rules and play the game correctly at their peril."² As Manson has put it, "Law is in the nature of a cock-fight, and the litigant who wishes to succeed must try and get an advocate who is a game bird with the best pluck and the sharpest spurs."³ In other words, the common-law theory of litigation is that of a fair fist fight, according to the canons of the manly art, with a court to see fair play and prevent interference. Americans have gone much further in developing this common-law notion than they have in England. We strive in every way to restrain the trial judge and to insure the individual litigants a fair fight, unhampered by mere considerations of justice. To give them this fair play, we sacrifice public time and money; incidentally also,—for if all men are equal, their pocket-books are not,—giving certain litigants a conspicuous advantage in reality through a theoretical equality. This desire to leave a free field for contention reaches the extreme limit of absurdity in Nebraska, in the eminently common-law provision in the constitution that the right to be heard in the Supreme Court on error or appeal shall not be denied,⁴ a provision by virtue of which a claim for

¹ 1 Blackstone, Comm. 139.

² Pollock, *Expansion of the Common Law*, 32.

³ 8 *Law Quarterly Rev.* 161.

⁴ Const. Nebr., Art. 1, sec. 24. Compare Lord Holt in *Ashby v. White* (1704) 2 *Ld. Raym.* 938: "My brother Powell, indeed, thinks that an action on the case is not maintainable because here is no hurt or damage to the plaintiff; but surely every injury imparts a damage; a damage is not merely pecuniary; an injury imparts a damage when a man is hindered thereby of his right."

28 cents, after three trials, had to be passed on solemnly by the highest court of the state.¹ The individual, in short, gets so much fair play, that the public gets very little. There is nothing more glorious in our legal history than the judges of England telling the king that he ruled *sub Deo et lege*. And yet that very scene has resulted in constitutional doctrines that enable a fortified monopoly to shake its fist in the face of a people and defy investigation or regulation. Now that the common law has so thoroughly prevailed that legislative trial and punishment are abrogated, one may sometimes wonder whether lynchings are not our modern bills of pains and penalties. Is this common-law respect for the individual inherent and fundamental? Does it represent a sixteenth and seventeenth-century color, then acquired, or is it deeper seated and intrinsic? In other words, what is the spirit of the common law? Three characteristic doctrines set off the common law system from all others, namely, (1) the supremacy of law, (2) case-law and precedent, and (3) contentious procedure. The supremacy of law,—the doctrine that all questions may be tried in the course of orderly litigation between individuals, and that no person and no act is beyond the law,²—is the Germanic principle that the state is bound to act by law.³ It is to be seen in Bracton's saying that the king is "under God and the Law," and is as old as our legal system. Our doctrine of precedents is almost as old. The first precedents were writs, and Glanvill's book is a collection of them. Bracton relied on the judgment rolls, and his Note Book is something very like a Report. Moreover we find the doctrine of the authority of adjudications in like cases stated at the beginning of the fourteenth century.⁴ Contentious procedure is Germanic, and characterizes English law from before the Conquest.⁵ But these three doctrines resolve themselves to a fundamental proposition

¹ Peterson v. Mannix, 2 Nebr. Unoff. 795.

² Dicey, Law of the Constitution 171.

³ Gierke, Political Theories of the Middle Age 73, 74.

⁴ Prior of Lewes v. Bishop of Ely (1304) Y. B. 32 Edw. 1 (Harwood's Ed.) 39.

⁵ See Examples in Pollock, Expansion of the Common Law 32.

that law exists for individuals, and hence is to deal with every question as a contest between individuals, is to decide it on its individual facts, not arbitrarily, but as like cases have been adjudged for others, and is to allow the parties to fight out the contest for themselves, and as much as possible in their own way.

The contest between the people and the law reflected in our American constitutional law has a parallel in the prior contest between the king and the law. At common law the king was *parens patriæ*. He was charged with the duty of protecting the public interests, and he wielded something very like our modern police power. This power was limited on every side by the maxims of the common law, and the bounds set by the *lex terræ*.¹ A few examples may be noted. King Henry VI granted to the company of dyers in London the power to search for cloth dyed with poisonous dyes and to seize and confiscate it if found. This was held "against the law of the land" because there could be no forfeiture by virtue of letters patent.² Henry IV granted "the measuring of woolen cloth and canvas that should be brought to London by any stranger or denizen," taking a penny of the buyer and another of the seller for each piece measured. It was adjudged that "the said letters patent were *in onerationem, oppressionem, et depauperationem subditorum domini regis etc., et non in emendationem ejusdem populi*; and therefore the said letters patents were voyd."³ Thus the common law, in the interest of the individual, is struggling with the prerogatives of the people, represented by the police power, as it struggled with a like prerogative of the crown from Henry VII to James II. But times have changed. The individual is secure and new interests must be guarded. The common law renders no service to-day by standing full-armed before individuals,

¹ E. g. *Le common ley ad tielment admeasure les prerogatives le roy que ilz ne tolleront ne prejudiceront le inheritance dascun.* 2 Inst. 63.

² 2 Inst. 46-47.

³ 2 Inst. 62. See also *Davenant v. Hurdes* (1599) 2 Inst. 47; *Darcy v. Allen* (1603) Mo. 671, 11 Rep. 84b. The preamble to the grant in this case recited that "whereas men of mean trades and occupations in the commonwealth apply themselves to idle games with cards," the queen made the grant "in restraint of this enormity." The attempt to bring the grant under what we should call the police power is evident.

natural or artificial, that need no defence but sally from beneath its ægis to injure society.

How far does our legal system contain the power to meet these new conditions? We must admit that it has shown a marvelous power of regeneration in the past. From Richard II to Elizabeth, the rise of the court of chancery preserved it from medieval dry rot. Under James I and Charles I, the indefatigable zeal and uncompromising dogmatism of Coke saved it from subversion by royal authority. At the opening of the eighteenth century the outlook was dark. The modern business world was springing up, and the law made no provision for its needs beyond a few obsolete rules framed for itinerant pedlers. But the common law rose to the occasion. It took over the custom of merchants, changed it from fact to law, and on that basis built a solid structure of case-law that has endured. In America, after the Revolution, it had to contend with the odium of its English origin. Kentucky legislated against it.¹ Kent did not venture to cite its authorities in New York, and was driven to justify his decisions out of French treaties.² Yet the common law prevailed, and before the century was over, the decisions construing the XIV Amendment had completed the work of fortifying it in our constitution. Hence the common-law lawyer need not despair. He should only look about him to find within our law the means of bringing it once more abreast of the time and of ranging it where it belongs,—on the side of the people. Indeed, the law has already discovered them, and is already moving in the right direction. The residuary power of the crown to do justice among his subjects has served to meet two crises in our legal history. When the old polity of local courts became impossible, it gave us the king's courts and the common law. When the common law was in danger of fossilizing, it gave us equity. To-day, when the sovereign people stands in the shoes of the sovereign king as *parens patriæ*, this residuary authority has given us the police power. Not yet one hundred years old,³ and

¹ See Reporter's note to Littel's Select Cases.

² Memoirs and Letters of Chancellor Kent 117.

³ The phrase was first used in *Brown v. Maryland* (1827) 12 Wheat. 419.

scarcely mentioned in the books until the last twenty-five years, this doctrine has been worked out slowly at the same time that the common law has been gaining its firm foothold in our constitutional law. It is furnishing the antidote for the intense regard for the individual which our legal system exhibits. And it is in the right line of our legal history and in full accord with the genius of our system to absorb and assimilate this principle as it absorbed and assimilated equity. In fact a progressive liberalizing of our constitutional law is noticeable already, and to all appearance, a slow but sure change of front is in progress. But changes of front are attended with difficulty. The residuary power is ill-defined, and the common law is jealous of all indefinite power.¹ A compromise is necessary, and the event turns upon this compromise. Fortunately the common law has a saving doctrine to apply to it. Our case-law is not, and Dillon says it never can be—fixed and rigid.² Its cardinal doctrine is that law is reason and reason is law.³ "But," said James I, "have I not reason as well as my judges?" And may not the people say, "have we not reason, as well as our courts?" Let Coke answer:

"To which it was answered by me that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason, but by the artificial reason and judgment of law, which law is an art which requires long study and experience before that a man can attain to the cognizance of it."⁴

It is in this "artificial reason and judgment of law" that the change must come. No one can read the Second Institute without a profound admiration for Coke. Our debt to him is inestimable. But we must reason with our own reasons and not with his. In his day the medieval scheme of society was decadent and the individual was just coming to his own. We can see now that there was truth in the

¹ Loan Assn. v. Topeka (1874) 20 Wall. 655, 662.

² Laws and Jurisprudence of England and America 28.

³ "Nay the common law itself is nothing else but reason." Co. Lit. 97 b.

⁴ Conference between King James I. and the Judges of England (1612) 12 Rep. 63.

medieval principle of authority. We see now that the Middle Ages were right in holding that the individual depended on something wider and more lasting than himself. But the Middle Ages realized these ideas only in fixed outward organizations. Hence the revolt of the individual was inevitable. This revolt, however, when carried beyond its time and made the basis of a permanent theory of society proves false and dangerous. And those who still repeat its formulas are dealing in ideas of the past which have no application to the present age. Against Coke, then, let us put Hobbes:

"But the doubt is of whose reason it is that shall be received for law. It is not meant of any private reason, for then there would be as much contradiction in the laws as there is in the schools; nor yet, as Sir Edward Coke makes it, an 'artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience,' as was his. For it is possible long study may increase and confirm erroneous sentences, and where men build on false grounds, the more they build, the greater is the ruin; and of those that study with equal time and diligence, the reason and the resolutions are, and must remain, discordant, and therefore it is not that *jurisprudentia* or wisdom of subordinate judges; but the reason of this our artificial man the commonwealth, and his command that maketh law."¹

How are we to make this change? How shall we lead our law to hold a more even balance between individualism and socialism? Some suggest packing the bench, and the Chief Justice of North Carolina has given this plan the weight of his great authority.² But the hazard involved should make us hesitate to take such a course. It is said that a school boy, asked how commercial carbonic acid gas was made, replied "by burning diamonds in oxygen." "Yes," said the teacher, "that would do it, but don't you think it would be a leetle expensive?" Others suggest codification. But it is not improbable that a code would codify our legal habits of thought as they are and transmit them in a fossil form to the future. To my mind, the remedy is in our law schools. It is in training the rising generation of lawyers in a social, political and legal philosophy abreast of our time. It is a misfortune that students to-day should read the introduction or the opening chapter of the first book of Blackstone's Commentaries except as a

¹ Leviathan, Cap. XXVI. ² 16 Rep. Va. Bar. Assn. 181.

part of the history of legal and political philosophy. Maitland has shown us how law schools make tough law. "Taught law," he says, "is tough law."¹ But just now this very toughness is a danger to the common law and to the state. It preserves our old legal philosophy and prevents the best educated of our bar from being children of the present. The remedy is a better and sounder philosophy of law than the average practitioner imbibes from Blackstone, or from Coke by way of Story and Cooley and Miller. Note the phrases courts are using in passing on questions of constitutional law. We are told that the liquor traffic is "not an inherent attribute of personal liberty";² that we must distinguish between "legislative" and "natural" rights;³ that a statute is in "violation of common right";⁴ or that it is an "unjust interference" with private contracts.⁵ I am no advocate of jurisprudence in the air, nor of systems of juristic metaphysics drawn from the inner consciousness of a German philosopher. But if so many of the states are justified in maintaining law schools, it is because of the close connection of the lawyer with the vital machinery of our society. In view of his relation to a state wherein the most intimate problems of sociology and economics are tried in actions of trespass and suits to enjoin repeated trespasses, must not a philosophy of law founded on a sound knowledge of the elements of the social and political science of to day form part,—and a necessary part—of the equipment of the trained lawyer?

ROSCOE POUND.

¹ English Law and the Renaissance 18.

² Haggard *v.* Stehlin (1892) 137 Ind. 43.

³ Patton *v.* Patton (1883) 39 Ohio St. 590; *In re McCabe* (1886) 68 Cal. 519.

⁴ Milliken *v.* Weatherford (1881) 54 Tex. 388.

⁵ State *v.* Fire Creek Coal & Coke Co. (1889) 33 W. Va. 188.

~~12~~
13
14

THE CAUSES OF POPULAR DISSATISFACTION WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE.¹

Dissatisfaction with the administration of justice is as old as law. Not to go outside of our own legal system, discontent has an ancient and unbroken pedigree. The Anglo-Saxon laws continually direct that justice is to be done equally to rich and to poor,² and the king exhorts that the peace be kept better than has been wont,³ and that "men of every order readily submit * * * each to that law which is appropriate to him."⁴ The author of the apocryphal *Mirror of Justices* gives a list of 155 abuses in legal administration, and names it as one of the chief abuses of the degenerate times in which he lived that executions of judges for corrupt or illegal decisions had ceased.⁵ Wyclif complains that "lawyers make process by subtlety and cavillations of law civil, that is much heathen men's law, and do not accept the form of the gospel, as if the gospel were not so good as pagan's law."⁶ Starkey, in the reign of Henry VIII, says: "Everyone that can color reason maketh a stop to the best law that is beforetime devised."⁷ James I reminded his judges that "the law was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the judges."⁸ In the eighteenth century, it was complained that the bench was occupied by "legal monks, utterly ignorant of human nature and of the affairs of men."⁹ In the nineteenth century the vehement criticism of the period of the Reform Movement needs only to be mentioned. In other words, as

¹ A paper by Roscoe Pound, read before the American Bar Association, August 29, 1906.

² *E. g.* Secular Ordinance of Edgar, Cap. 1; Secular Ordinance of Cnut, 2; Laws of Ethelred, VI, 1; Laws of Edward, preface.

³ Laws of Athelston, IV; Laws of Edward, 4.

⁴ Laws of Ethelred, V, 4.

⁵ *Mirror*, Chap. V, sec. 1.

⁶ See Maitland, *English Law and the Renaissance*, 53.

⁷ *Id.* 42.

⁸ Conference between King James I and the Judges of England, 12 Rep. 63.

⁹ Lord Campbell, *Lives of the Chief Justices* (3 Ed.), IV, 119.

long as there have been laws and lawyers, conscientious and well-meaning men have believed that laws were mere arbitrary technicalities, and that the attempt to regulate the relations of mankind in accordance with them resulted largely in injustice. But we must not be deceived by this innocuous and inevitable discontent with all law into overlooking or underrating the real and serious dissatisfaction with courts and lack of respect for law which exists in the United States today.

In spite of the violent opposition which the doctrine of judicial power over unconstitutional legislation at first encountered, the tendency to give the fullest scope to the common-law doctrine of supremacy of law and to tie down administration by common-law liabilities and judicial review, was, until recently, very marked. Today, the contrary tendency is no less marked. Courts are distrusted, and executive boards and commissions with summary and plenary powers, freed, so far as constitutions will permit, from judicial review, have become the fashion. It will be assumed, then, that there is more than the normal amount of dissatisfaction with the present-day administration of justice in America. Assuming this, the first step must be diagnosis; and diagnosis will be the sole purpose of this paper. It will attempt only to discover and to point out the causes of current popular dissatisfaction. The inquiry will be limited, moreover, to civil justice. For while the criminal law attracts more notice, and punishment seems to have greater interest for the lay mind than the civil remedies of prevention and compensation, the true interest of the modern community is in the civil administration of justice. Revenge and its modern outgrowth, punishment, belong to the past of legal history. The rules which define those invisible boundaries within which each may act without conflict with the activities of his fellows in a busy and crowded world, upon which investor, promoter, buyer, seller, employer and employee must rely consciously or subconsciously in their every-day transactions, are conditions precedent of modern social and industrial organization.

With the scope of inquiry so limited, the causes of dissatisfaction with the administration of justice may be

grouped under four main heads: (1) Causes for dissatisfaction with *any* legal system, (2) causes lying in the peculiarities of our Anglo-American legal system, (3) causes lying in our American judicial organization and procedure and (4) causes lying in the environment of our judicial administration.

It needs but a superficial acquaintance with literature to show that all legal systems among all peoples have given rise to the same complaints. Even the wonderful mechanism of modern German judicial administration is said to be distrusted by the people on the time-worn ground that there is one law for the rich and another for the poor.¹⁰ It is obvious, therefore, that there must be some cause or causes inherent in all law and in all legal systems in order to produce this universal and invariable effect. These causes of dissatisfaction with any system of law I believe to be the following: (1) the necessarily mechanical operation of rules, and hence of laws, (2) the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion, (3) the general popular assumption that the administration of justice is an easy task, to which anyone is competent, and (4) popular impatience of restraint.

(d) The most important and most constant cause of dissatisfaction with all law at all times is to be found in the necessarily mechanical operation of legal rules. This is one of the penalties of uniformity. Legal history shows an oscillation between wide judicial discretion on the one hand and strict confinement of the magistrate by minute and detailed rules upon the other hand. From time to time more or less reversion to justice without law becomes necessary in order to bring the public administration of justice into touch with changed moral, social, or political conditions. But such periods of reversion result only in new rules or changed rules. In time the modes of exercising discretion become fixed, the course of judicial action becomes stable and uni-

¹⁰ Dr. v. Liszt, Professor at Berlin, delivered an address in the Reichstag in Berlin on this very sub-

ject, recently, if we may credit press accounts.

form, and the new element, whether custom or equity or natural law, becomes as rigid and mechanical as the old. This mechanical action of the law may be minimized, but it cannot be obviated. Laws are general rules; and the process of making them general involves elimination of the immaterial elements of particular controversies. If all controversies were alike or if the degree in which actual controversies approximate to the recognized types could be calculated with precision, this would not matter. The difficulty is that in practice they approximate to these types in infinite gradations. When we eliminate immaterial factors to reach a general rule, we can never entirely avoid eliminating factors which will be more or less material in some particular controversy. If to meet this inherent difficulty in administering justice according to law we introduce a judicial dispensing power, the result is uncertainty and an intolerable scope for the personal equation of the magistrate. If we turn to the other extreme and pile up exceptions and qualifications and provisos, the legal system becomes cumbrous and unworkable. Hence the law has always ended in a compromise, in a middle course between wide discretion and over-minute legislation. In reaching this middle ground, some sacrifice of flexibility of application to particular cases is inevitable. In consequence, the adjustment of the relations of man and man according to these rules will of necessity appear more or less arbitrary and more or less in conflict with the ethical notions of individuals.

Winn
Nish
Lectures

In periods of absolute or generally received moral systems, the contrast between legal results and strict ethical requirements will appeal only to individuals. In periods of free individual thought in morals and ethics, and especially in an age of social and industrial transition, this contrast is greatly intensified and appeals to large classes of society. Justice, which is the end of law, is the ideal compromise between the activities of each and the activities of all in a crowded world. The law seeks to harmonize these activities and to adjust the relations of every man with his fellows so as to accord with the moral sense of the community. When the community is at one in its ideas of justice, this

is possible. When the community is divided and diversified, and groups and classes and interests, understanding each other none too well, have conflicting ideas of justice, the task is extremely difficult. It is impossible that legal and ethical ideas should be in entire accord in such a society. The individual looks at cases one by one and measures them by his individual sense of right and wrong. The lawyer must look at cases in gross, and must measure them largely by an artificial standard. He must apply the ethics of the community, not his own. If discretion is given him, his view will be that of the class from which he comes. If his hands are tied by law, he must apply the ethics of the past as formulated, in common law and legislation. In either event, judicial and individual ethical standards will diverge. And this divergence between the ethical and the legal, as each individual sees it, makes him say with Luther, "good jurist, bad Christian."¹¹

20) A closely related cause of dissatisfaction with the administration of justice according to law is to be found in the inevitable difference in rate of progress between law and public opinion. In order to preclude corruption, to exclude the personal prejudices of magistrates, and to minimize individual incompetency, law formulates the moral sentiments of the community in rules to which the judgments of tribunals must conform. These rules, being formulations of public opinion, can not exist until public opinion has become fixed and settled and can not change until a change of public opinion has become complete. It follows that this difficulty in the judicial administration of justice, like the preceding, may be minimized, but not obviated. In a rude age, the Teutonic moots in which every free man took a hand might be possible. But these tribunals broke down under pressure of business and became ordinary courts with permanent judges. The Athenians conceived that the people themselves should decide each case. But the Athenian dikastery, in which controversies were submitted to blocks of several hundred citizens by way of reaching the

¹¹ Courtney Kenny, *Bonus Jurista Malus Christa*, 19 *Law Quart. Rev.*

will of the democracy, proved to register its caprice for the moment rather than its permanent will. Modern experience with juries, especially in commercial causes, does not warrant us in hoping much from any form of judicial referendum. Public opinion must affect the administration of justice through the rules by which justice is administered rather than the direct administration. All interference with the uniform and automatic application of these rules, when actual controversies arise, introduces an anti-legal element which becomes intolerable. But, as public opinion affects tribunals through the rules by which they decide and these rules, once made, stand till abrogated or altered, any system of law will be made up of successive strata of rules and doctrines representing successive and often widely divergent periods of public opinion. In this sense, law is often in very truth a government of the living by the dead.¹² The unconscious changes of judicial law-making and the direct alterations of legislation and codification operate to make this government by the dead reasonably tolerable. But here again we must pay a price for certainty and uniformity. The law does not respond quickly to new conditions. It does not change until ill effects are felt; often not until they are felt acutely. The moral or intellectual or economic change must come first. While it is coming, and until it is so complete as to affect the law and formulate itself therein, friction must ensue. In an age of rapid moral, intellectual and economic changes, often crossing one another and producing numerous minor resultants, this friction can not fail to be in excess.

Spencer
was
Reverend
the Law
is too
"STATIC"

30- A third perennial source of popular dissatisfaction with the administration of justice according to law may be found in the popular assumption that the administration of justice is an easy task to which any one is competent. Laws may be compared to the formulas of engineers. They sum up the experience of many courts with many cases and enable the magistrate to apply that experience subconsciously. So, the formula enables the engineer to make use of the accumulated experience of past builders, even though he could not work out a step in its evolution by himself. A layman

¹² Spencer, Principles of Sociology, II, 514.

is no more competent to construct or to apply the one formula than the other. Each requires special knowledge and special preparation. None the less, the notion that any one is competent to adjudicate the intricate controversies of a modern community contributes to the unsatisfactory administration of justice in many parts of the United States. The older states have generally outgrown it. But it is felt in extravagant powers of juries, lay judges of probate, and legislative¹³ or judicial law-making against *stare decisis*, in most of the commonwealths of the South and West. The public seldom realizes how much it is interested in maintaining the highest scientific standard in the administration of justice. There is no more certain protection against corruption, prejudice, class-feeling, or incompetence. Publicity will avail something. But the daily criticism of trained minds, the knowledge that nothing which does not conform to the principles and received doctrines of scientific jurisprudence will escape notice, does more than any other agency for the every-day purity and efficiency of courts of justice.

40) Another necessary source of dissatisfaction with judicial administration of justice is to be found in popular impatience of restraint. Law involves restraint and regulation, with the sheriff and his posse in the background to enforce it. But, however necessary and salutary this restraint, men have never been reconciled to it entirely. The very fact that it is a compromise between the individual and his fellows makes the individual, who must abate some part of his activities in the interest of his fellows, more or less restive. In an age of absolute theories, monarchial or democratic, this restiveness is acute. A conspicuous example is to be seen in the contest between the king and the common-law courts in the seventeenth century. An equally conspicuous example is to be seen in the attitude of the frontiersman toward state-imposed justice. "The unthinking sons of the sage-brush," says Owen Wister, "ill tolerate anything which stands for discipline, good order, and obedience; and the men who lets another command him, they despise. I can

¹³ See an instance in the address of Mr. Justice Brown, Rep. Am. Bar Ass'n 1889, 282.

think of no threat more evil for our democracy, for it is a fine thing diseased and perverted—namely, the spirit of independence gone drunk."¹⁴ This is an extreme case. But in a lesser degree the feeling that each individual, as an organ of the sovereign democracy, is above the law he helps to make, fosters everywhere a disrespect for legal methods and institutions and a spirit of resistance to them. It is "the reason of this our artificial man the commonwealth," says Hobbes, "and his command that maketh law."¹⁵ This man, however, is abstract. The concrete man in the street or the concrete mob is much more obvious; and it is no wonder that individuals and even classes of individuals fail to draw the distinction.

A considerable portion of current dissatisfaction with the administration of justice must be attributed to the universal causes just considered. Conceding this, we have next to recognize that there are potent causes in operation of a character entirely different.

Under the second main head, causes lying in our peculiar legal system, I should enumerate five: (1) the individualist spirit of our common law, which agrees ill with a collectivist age, (2) the common-law doctrine of contentious procedure, which turns litigation into a game, (3) political jealousy, due to the strain put upon our legal system by the doctrine of supremacy of law, (4) the lack of general ideas or legal philosophy, so characteristic of Anglo-American law, which gives us petty tinkering where comprehensive reform is needed, and (5) defects of form due to the circumstance that the bulk of our legal system is still case-law.

(5) The first of these, conflict between the individualist spirit of the common law and the collectivist spirit of the present age, has been treated of on another occasion.¹⁶ What was said then need not be repeated. Suffice it to point out two examples. From the beginning, the main reliance of our common-law system has been individual initiative. The

¹⁴ Quoted in Ross, Foundations of Sociology, 388.

¹⁵ Leviathan, Chap. 26.

¹⁶ Do We Need a Philosophy of

Law? 5 Columbia Law Rev. 339; The Spirit of the Common Law, Green Bag, January, 1906.

main security for the peace at common law is private prosecution of offenders. The chief security for the efficiency and honesty of public officers is mandamus or injunction by a tax-payer to prevent waste of the proceeds of taxation. The reliance for keeping public-service companies to their duty in treating all alike at reasonable price, is an action to recover damages. Moreover, the individual is supposed at common law to be able to look out for himself and to need no administrative protection. If he is injured through contributory negligence, no theory of comparative negligence comes to his relief; if he hires as an employee, he assumes the risk of the employment; if he buys goods, the rule is *caveat emptor*. / In our modern industrial society, this whole scheme of individual initiative is breaking down. / Private prosecution has become obsolete. / Mandamus and injunction have failed to prevent rings and bosses from plundering public funds. Private suits against carriers for damages have proved no preventive of discrimination and extortionate rates. The doctrine of assumption of risk becomes brutal under modern conditions of employment. An action for damages is no comfort to us when we are sold diseased beef or poisonous canned goods. At all these points, and they are points of every-day contact with the most vital public interests, common-law methods of relief have failed. The courts have not been able to do the work which the common-law doctrine of supremacy of law imposed on them. A wide-spread feeling that the courts are inefficient has been a necessary result. But, along with this, another phase of the individualism of the common law has served to increase public irritation. At the very time the courts have appeared powerless themselves to give relief, they have seemed to obstruct public efforts to get relief by legislation. The chief concern of the common law is to secure and protect individual rights. "The public good," says Blackstone, "is in nothing more essentially interested than in the protection of every individual's private rights."¹⁷ Such, it goes without saying, is not the popular view today.

¹⁷ 1 Bl. Comm. 139.

Today we look to society for protection against individuals, natural or artificial, and we resent doctrines that protect these individuals against society for fear society will oppress us. But the common-law guaranties of individual rights are established in our constitutions, state and federal. So that, while in England these common-law dogmas have had to give way to modern legislation, in America they stand continually between the people, or large classes of the people, and legislation they desire. In consequence, the courts have been put in a false position of doing nothing and obstructing everything, which it is impossible for the layman to interpret aright.

60- A no less potent source of irritation lies in our American ~~exaggerations of the common-law contentious procedure~~. The sporting theory of justice, the "instinct of giving the game fair play,"¹³ as Professor Wigmore has put it, is so rooted in the profession in America that most of us take it for a fundamental legal tenet. But it is probably only a survival of the days when a lawsuit was a fight between two clans in which change of venue had been taken to the forum. So far from being a fundamental fact of jurisprudence, it is peculiar to Anglo-American law; and it has been strongly curbed in modern English practice. \ With us, it is not merely in full acceptance, it has been developed and its collateral possibilities have been cultivated to the furthest extent. \ Hence in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference. We resent such interference as unfair, even when in the interests of justice. The idea that procedure must of necessity be wholly contentious disfigures our judicial administration at every point. It leads the most conscientious judge to feel that he is merely to decide the contest, as counsel present it, according to the rules of the game, not to search independently for truth and justice. \ It leads counsel to forget that they are officers of the court and to deal with the rules of law and procedure exactly as the professional foot-ball coach with the

¹³ I Wigmore, Evidence, 127.

rules of the sport. It leads to exertion to "get error into the record," rather than to dispose of the controversy finally and upon its merits. It turns witnesses, and especially expert witnesses, into partisans pure and simple. It leads to sensational cross-examinations "to affect credit," which have made the witness stand "the slaughter house of reputations."¹⁹ It prevents the trial court from restraining the bullying of witnesses, and creates a general dislike, if not fear, of the witness-function, which impairs the administration of justice. It keeps alive the unfortunate Exchequer-rule, dead in the country of its origin, according to which errors in the admission or rejection of evidence are presumed to be prejudicial and hence demand a new trial. It grants new trials because by inability to procure a bill of exceptions a party has lost the chance to play another inning in the game of justice.²⁰ It creates vested rights in errors of procedure, of the benefit whereof parties are not to be deprived.²¹ The inquiry is not, what do substantive law and justice require? Instead, the inquiry is, have the rules of the game been carried out strictly? "If any material infraction is discovered, just as the foot-ball rules put back the offending team five or ten or fifteen yards, as the case may be, our sporting theory of justice awards new trials, or reverses judgments, or sustains demurrers in the interest of regular play.

The effect of our exaggerated contentious procedure is not only to irritate parties, witnesses and jurors, in particular cases, but to give to the whole community a false notion of the purpose and end of law. Hence comes, in large measure, the modern American race to beat the law. If the law is a mere game, neither the players who take part in it nor the public who witness it can be expected to yield to its spirit when their interests are served by evading it. And this is doubly true in a time which requires all institutions to be economically efficient and socially useful. We need not wonder that one part of the community strain their oaths in the jury-box and find verdicts against unpopular litigants in the teeth of law and evidence, while another

¹⁹ 2 Wigmore, Evidence, 1112.

²⁰ Holland v. Chicago, B. & Q. R.

Co., 52 Nebr. 100.

²¹ DeGraw v. Elmore, 50 N. Y. 1.

part retain lawyers by the year to advise how to evade what to them are unintelligent and unreasonable restrictions upon necessary modes of doing business. Thus the courts, instituted to administer justice according to law, are made agents or abettors of lawlessness.

70- Another source of irritation at our American courts is political jealousy due to the strain put upon our legal system by the doctrine of the supremacy of law. By virtue of this doctrine, which has become fundamental in our polity, the law restrains, not individuals alone, but a whole people. The people so restrained would be likely in any event to be jealous of the visible agents of restraint. Even more is this true in that the subjects which our constitutional polity commits to the courts are largely matters of economics, politics, and sociology, upon which a democracy is peculiarly sensitive. Not only are these matters made into legal questions, but they are tried as incidents of private litigation. This phase of the common-law doctrine was felt as a grievance in the seventeenth century. "I tell you plainly," said Bacon as attorney-general, in arguing a question of prerogative to the judges—"I tell you plainly it is little better than a by-let or crooked creek to try whether the king hath power to erect this office in an assize between Brownlow and Michell."²² King Demos must feel much the same at seeing the constitutionality of the Missouri Compromise tried in an action of trespass, at seeing the validity of the legal tender laws tried on pleas of payment in private litigation, at seeing the power of the federal government to carry on the Civil War tried judicially in admiralty, at seeing the income-tax overthrown in a stockholder's bill to enjoin waste of corporate assets, and at seeing the important political questions in the Insular Cases disposed of in forfeiture proceedings against a few trifling imports. Nor is this the only phase of the common-law doctrine of supremacy of law which produces political jealousy of the courts. Even more must the layman be struck with the spectacle of law paralyzing administration which our polity so frequently presents. The difficulties with writs of habeas corpus which the federal government encountered during the Civil War

²² *Collectanea Juridica*, I, 173.

and the recent case of the income-tax will occur to you at once. In my own state, in a few years we have seen a freight-rate law suspended by decree of a court and have seen the collection of taxes from railroad companies, needed for the every-day conduct of public business, tied up by an injunction. The strain put upon judicial institutions by such litigation is obviously very great.

§ Lack of general ideas and absence of any philosophy of law, which has been characteristic of our law from the beginning and has been a point of pride at least since the time of Coke²³ contributes its mite also toward the causes of dissatisfaction with courts. For one thing, it keeps us in the thrall of a fiction. There is a strong aversion to straightforward change of any important legal doctrine. The cry is, *interpret it*. But such interpretation is spurious. It is legislation. And to interpret an obnoxious rule out of existence rather than to meet it fairly and squarely by legislation is a fruitful source of confusion. Yet the bar are trained to it as an ancient common-law doctrine, and it has a great hold upon the public. Hence if the law does not work well, says Bentham, with fine sarcasm, "it is never the law itself that is in the wrong; it is always some wicked interpreter of the law that has corrupted and abused it."²⁴ Thus another unnecessary strain is imposed upon our judicial system, and courts are held for what should be the work of the legislature.

§ The defects of form inherent in our system of case-law have been the subject of discussion and controversy too often to require extended consideration. Suffice it to say that the want of certainty, confusion, and incompleteness inherent in all case-law, and the waste of labor entailed by the prodigious bulk to which ours has attained, appeal strongly to the layman. The compensating advantages of this system, as seen by the lawyer and by the scientific investigator, are not apparent to him. /What he sees is another phase of the great game; a citation match between counsel, with a certainty that diligence can rake up a decision *somewhere* in support of any conceivable proposition.

²³ Co. Lit. Preface.

Coke

²⁴ Fragment on Government, XVII.

Bentham

III- Passing to the third head, causes lying in our judicial organization and procedure, we come upon the most efficient causes of dissatisfaction with the present administration of justice in America. For I venture to say that our system of courts is archaic and our procedure behind the times. Uncertainty, delay and expense, and above all the injustice of deciding cases upon points of practice, which are the mere etiquette of justice, direct results of the organization of our courts and the backwardness of our procedure, have created a deep-seated desire to keep out of court, right or wrong, on the part of every sensible business man in the community.

9
3
160
Our system of courts is archaic in three respects: (1) in its multiplicity of courts, (2) in preserving concurrent jurisdictions, (3) in the waste of judicial power which it involves. The judicial organizations of the several states exhibit many differences of detail. But they agree in these three respects. Multiplicity of courts is characteristic of archaic law. In Anglo-Saxon law, one might apply to the Hundred, the Shire, the Witan, or the king in person. Until Edward I broke up private jurisdictions, there were the king's superior courts of law, the itinerant justices, the county courts, the local or communal courts and the private courts of lordships; besides which one might always apply to the king or to the Great Council for extraordinary relief. When later the royal courts had superseded all others, there were the concurrent jurisdictions of King's Bench, Common Pleas, and Exchequer, all doing the same work, while appellate jurisdiction was divided by King's Bench, Exchequer Chamber and Parliament. In the Fourth Institute, Coke enumerates seventy-four courts. Of these, seventeen did the work that is now done by three, the County Courts, the Supreme Court of Judicature, and the House of Lords. At the time of the reorganization by the Judicature Act of 1873, five appellate courts and eight courts of first instance were consolidated into the one Supreme Court of Judicature. It was the intention of those who devised the plan of the Judicature Act to extend the principle of unity of jurisdiction by cutting off the appellate jurisdiction of the House of Lords and by incorporating the County Courts in the newly formed Supreme Court ^{as}

branches thereof.²⁵ The recommendation as to the County Courts was not adopted, and the appellate jurisdiction of the House of Lords was restored in 1875. In this way the unity and simplicity of the original design were impaired. But the plan, although adopted in part only, deserves the careful study of American lawyers as a model modern judicial organization. Its chief features were (1), to set up a single court, complete in itself, embracing all superior courts and jurisdictions, (2) to include in this one court, as a branch thereof, a single court of final appeal. In the one branch, the court of first instance, all original jurisdiction at law, in equity, in admiralty, in bankruptcy, in probate and in divorce was to be consolidated; in the other branch, the court of appeal, the whole reviewing jurisdiction was to be established. This idea of unification, although not carried out completely, has proved most effective. Indeed, its advantages are self-evident. Where the appellate tribunal and the court of first instance are branches of one court, all expense of transfer of record, of transcripts, bills of exceptions, writs of error and citations is wiped out. The records are the records of the court, of which each tribunal is but a branch. The court and each branch thereof knows its own records, and no duplication and certification is required. Again, all appellate practice, with its attendant pitfalls, and all waste of judicial time in ascertaining how or whether a case has been brought into the court of review is done away with. One may search the recent English reports in vain for a case where an appeal has miscarried on a point of practice. Cases on appellate procedure are wanting. In effect there is no such thing. The whole attention of the court and of counsel is concentrated upon the cause. On the other hand, our American reports bristle with fine points of appellate procedure. More than four per cent of the digest paragraphs of the last ten volumes of the American Digest have to do with Appeal and Error. In ten volumes of the

²⁵ Report of Judicature Commission, 1869, p. 13.

²⁶ Lord Eldon's Commission, 1826; Royal Commission, 1829, 1830, 1832; Commission on Pleading and

Practice in Courts of Common Law, 1851, 1853, 1860; Chancery Commissioners, 1852, 1854, 1856; Judicature Commissioners, 1869-1874.

Federal Reporter, namely, volumes 129 to 139, covering decisions of the Circuit Courts of Appeals from 1903 till the present, there is an average of ten decisions upon points of appellate practice to the volume. Two cases to the volume, on the average, turn wholly upon appellate procedure. In the ten volumes there are six civil cases turning upon the question whether error or appeal was the proper mode of review, and in two civil cases the question was whether the Circuit Court of Appeals was the proper tribunal. I have referred to these reports because they represent courts in which only causes of importance may be brought. The state reports exhibit the same condition. In ten volumes of the Southwestern Reporter, the decisions of the Supreme Court and Courts of Appeals of Missouri show that nearly twenty per cent involve points of appellate procedure. In volume 87, of 53 decisions of the Supreme Court and 97 of the Courts of Appeals, 28 are taken up in whole or in part with the mere technics of obtaining a review. All of this is sheer waste which a modern judicial organization would obviate.

110
Even more archaic is our system of concurrent jurisdiction of state and federal courts in causes involving diversity of citizenship; a system by virtue of which causes continually hang in the air between two courts, or, if they do stick in one court or the other, are liable to an ultimate overturning because they stuck in the wrong court. A few statistics on this point may be worth while. In the ten volumes of the Federal Reporter referred to, the decisions of the Circuit Courts of Appeals in civil cases average 76 to the volume. Of these, on the average, between four and five in a volume are decided on points of federal jurisdiction. In a little more than one to each volume, judgments of Circuit Courts are reversed on points of jurisdiction. The same volumes contain on the average 73 decisions of Circuit Courts in civil cases to each volume. Of these, six, on the average, are upon motions to remand to the state courts, and between eight and nine are upon other points of federal jurisdiction. Moreover, twelve cases in the ten volumes were remanded on the *form* of the petition for removal. In other words, in 19.3 per cent of the reported

decisions of the Circuit Courts the question was whether those courts had jurisdiction at all; and in seven per cent of these that question depended on the form of the pleadings. A system that permits this and reverses four judgments a year because the cause was brought in or removed to the wrong tribunal, is out of place in a modern business community. All original jurisdiction should be concentrated. It ought to be impossible for a cause to fail because brought in the wrong place. A simple order of transfer from one docket to another in the same court ought to be enough. There should be no need of new papers, no transcripts, no bandying of cases from one court to another on orders of removal and of remand, no beginnings again with new process.

² Judicial power may be wasted in three ways: (1) by rigid districts or courts or jurisdictions, so that business may be congested in one court while judges in another are idle, (2) by consuming the time of courts with points of pure practice, when they ought to be investigating substantial controversies, and (3) by nullifying the results of judicial action by unnecessary retrials. American judicial systems are defective in all three respects. The federal Circuit Courts and Circuit Courts of Appeals are conspicuous exceptions in the first respect, affording a model of flexible judicial organization. But in nearly all of the states rigid districts and hard and fast lines between courts operate to delay business in one court while judges in another have ample leisure. In the second respect, waste of judicial time upon points of practice, the intricacies of federal jurisdiction and the survival of the obsolete Chinese wall between law and equity in procedure, make our federal courts no less conspicuous sinners. In the ten volumes of the Federal Reporter examined, of an average of 76 decisions of the Circuit Courts of Appeals in each volume, two turn upon the distinction between law and equity in procedure and not quite one judgment to each volume is reversed on this distinction. In an average of 73 decisions a volume by the Circuit Courts, more than three in each volume involve this same distinction, and not quite two in each volume turn upon it. But

many states that are supposed to have reformed procedure scarcely make a better showing.

130/ Each state has to a great extent its own procedure. But it is not too much to say that all of them are behind the times. We struck one great stroke in (1848) and have rested complacently or contented ourselves with patchwork amendment ever since. The leading ideas of the New York Code of Civil Procedure marked a long step forward. But the work was done too hurriedly and the plan of a rigid code, going into minute detail, was clearly wrong. A modern practice act lays down the general principles of practice and leaves details to rules of court. The New York Code Commission was appointed in 1847 and reported in 1848. If we except the Connecticut Practice Act of 1878, which shows English influence, American reform in procedure has stopped substantially where that commission left it. In England, beginning with 1826 and ending with 1874, five commissions have put forth nine reports upon this subject. As a consequence, we have nothing in America to compare with the radical treatment of pleading in the English Judicature Act and the orders based thereon. We still try the *record*, not the *case*. We are still reversing judgments for nonjoinder and misjoinder. The English practice of joinder of parties against whom relief is claimed in the alternative, rendering judgment against any that the proof shows to be liable and dismissing the rest, makes an American lawyer rub his eyes. We are still reversing judgments for variance. We still reverse them because the recovery is in excess of the prayer, though sustained by the evidence.²⁷

But the worst feature of American procedure is the lavish granting of new trials. In the ten volumes of the Federal Reporter referred to, there are, on the average, 25 writs of error in civil cases to the volume. New trials are awarded on the average in eight cases a volume, or nearly 29 per cent. In the state courts, the proportion of new trials to causes reviewed, as ascertained from investigation of the five last volumes of each series of the National Reporter System runs over forty per cent. In the three last volumes of the New

²⁷ Brought v. Cherokee Nation (C. C. A.), 129 Fed. 192.

York Reports (180-182), covering the period from December 6, 1904, to October 24, 1905, forty-five new trials are awarded. Nor is this all. In one case in my own state²⁸ an action for personal injuries was tried six times, and one for breach of contract²⁹ was tried three times and was four times in the Supreme Court. When with this we compare the statistics of the English Court of Appeal, which does not grant to exceed twelve new trials a year, or new trials in about three per cent of the cases reviewed, it is evident that our methods of trial and of review are out of date.

A comparison of the volume of business disposed of by English and by American Courts will illustrate the waste and delay caused by archaic judicial organization and obsolete procedure. In England there are twenty-three judges of the High Court, who dispose on the average of 5,600 contested cases and have before them, in one form or another, some 80,000 cases, each year. In Nebraska there are twenty-eight district judges, who have no original probate jurisdiction and no jurisdiction in bankruptcy or admiralty, and they had upon their dockets last year 4,320 cases, of which they disposed of about seventy per cent. England and Wales, with a population in 1900 of 32,000,000 employ for their whole civil litigation 95 judges, that is 37 in the Supreme Court and House of Lords, and 58 county judges. Nebraska, with a population in 1900 of 1,066,000, employs for the same purpose 129. But these 129 are organized on an antiquated system and their time is frittered away on mere points of legal etiquette.

3 IV - Finally, under the fourth and last head, causes lying in the environment of our judicial administration, we may distinguish six: (1) popular lack of interest in justice, which makes jury service a bore and the vindication of right and law secondary to the trouble and expense involved, (2) the strain put upon law in that it has today to do the work of morals also, (3) the effect of transition to a period of legislation, (4) the putting of our courts into politics, (5) the making the legal profession into a trade, and (6) pub-

²⁸ Omaha St. R. Co. v. Bocsen, 95 834 (tried six times).
²⁹ N. W. 617 Cf. Mutual Life Ins. Co. v. Hillmon (C. C. A.), 107 Fed. Nebr. 107. ³⁰ Wittenberg v. Molyneaux, 60

lic ignorance of the real workings of courts due to ignorant and sensational reports in the press. Each of these deserves consideration, but a few points only may be noticed. Law is the skeleton of social order. It must be "clothed upon by the flesh and blood of morality."³⁰ The present is a time of transition in the very foundations of belief and of conduct. Absolute theories of morals and supernatural sanctions have lost their hold. Conscience and individual responsibility are relaxed. In other words the law is strained to do double duty, and more is expected of it than in a time when morals as a regulating agency are more efficacious. Another strain upon our judicial system results from the crude and unorganized character of American legislation in a period when the growing point of law has drifted to legislation. When, in consequence, laws fail to produce the anticipated effects, judicial administration shares the blame. Worse than this is the effect of laws not intended to be enforced. These parodies, like the common-law branding of felons, in which a piece of bacon used to be interposed between the branding-iron and the criminal's skin,³¹ breed disrespect for law. Putting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the bench. Finally, the ignorant and sensational reports of judicial proceedings, from which alone a great part of the public may judge of the daily work of the courts, completes the impression that the administration of justice is but a game. There are honorable exceptions, but the average press reports distract attention from the real proceeding to petty tilts of counsel, encounters with witnesses and sensational by-incidents. In Nebraska, not many years since, the federal court enjoined the execution of an act to regulate insurance companies.³² In press accounts of the proceeding, the conspiracy clause of the bill was copied *in extenso* under the headline "Conspiracy Charged," and it was made to appear that the ground of the injunction was a conspiracy between the state officers and some persons unknown. It cannot be expected that

³⁰ Sidgwick, *Methods of Ethics*, 6 Ed. 457. tion (tr. by Hildreth), 401.

³¹ *Niagara Fire Ins. Co. v. Cor-*

³² Bentham, *Theory of Legislation*, 110 Fed. 816.

the public shall form any just estimate of our courts of justice from such data.

Reviewing the several causes for dissatisfaction with the administration of justice which have been touched upon, it will have been observed that some inhere in all law and are the penalty we pay for uniformity; that some inhere in our political institutions and are the penalty we pay for local self-government and independence from bureaucratic control; that some inhere in the circumstances of an age of transition and are the penalty we pay for individual freedom of thought and universal education. These will take care of themselves. But too much of the current dissatisfaction has a just origin in our judicial organization and procedure. The causes that lie here must be heeded. Our administration of justice is not decadent. It is simply behind the times. Political judges were known in England down to the last century. Lord Kenyon as Master of the Rolls sat in Parliament and took as active a part in political squabbles in the House of Commons as our state judges today in party conventions.³³ Dodson and Fogg and Sergeant Buzzfuz wrought in an atmosphere of contentious procedure. Bentham tells us that in 1797 out of 550 pending writs of error, 543 were shams or vexatious contrivances for delay.³⁴ Jarndyce and Jarndyce dragged out its weary course in chancery only half a century ago. We are simply stationary in that period of legal history. With law schools that are rivaling the achievements of Bologna and of Bourges to promote scientific study of the law, with active bar associations in every state to revive professional feeling and throw off the yoke of commercialism, with the passing of the doctrine that politics too is a mere game to be played for its own sake, we may look forward confidently to deliverance from the sporting theory of justice; we may look forward to a near future when our courts will be swift and certain agents of justice, whose decisions will be acquiesced in and respected by all.

³³ Lord Campbell, *Lives of the Chief Justices* (3 Ed.) IV, 70-73.

³⁴ Works, VII, 214.

VILLE DE LAVAL
BIBLIOTHÈQUE ALAIN-GRANDBOIS

FIRST PUBLISHED NOVEMBER 1916
REPRINTED JANUARY 1917
REPRINTED MAY 1917
REPRINTED FEBRUARY 1918
REPRINTED JANUARY 1919
SIXTH (AND CHEAPER) EDITION FEBRUARY 1920
REPRINTED MARCH 1921
REPRINTED APRIL 1923
REPRINTED JANUARY 1927
REPRINTED SEPTEMBER 1930
REPRINTED OCTOBER 1941
REPRINTED 1950

175994

*This book is copyright under the Berne Convention.
No portion may be reproduced by any process
without written permission. Inquiries should be
addressed to the publishers*

PRINTED IN GREAT BRITAIN BY
UNWIN BROTHERS LTD., WOKING

15, 16

PREFACE

THE following lectures were written in 1915, and delivered in the beginning of 1916. I had hoped to re-write them considerably, and make them somewhat less inadequate to their theme; but other work, which seemed more pressing, intervened, and the prospect of opportunity for leisurely revision remains remote.

My aim is to suggest a philosophy of politics based upon the belief that impulse has more effect than conscious purpose in moulding men's lives. Most impulses may be divided into two groups, the possessive and the creative, according as they aim at acquiring or retaining something that cannot be shared, or at bringing into the world some valuable thing, such as knowledge or art or goodwill, in which there is no private property. I consider the best life that which is most built on creative impulses, and the worst that which is most inspired by love of possession. Political institutions have a very great influence upon the dispositions of men and women, and should be such as to

301

R 961 F

BY BERTRAND RUSSELL

AUTHORITY AND THE INDIVIDUAL
HUMAN KNOWLEDGE: ITS SCOPE AND LIMITS
HISTORY OF WESTERN PHILOSOPHY
- THE PRINCIPLES OF MATHEMATICS -
INTRODUCTION TO MATHEMATICAL PHILOSOPHY
THE ANALYSIS OF MIND
OUR KNOWLEDGE OF THE EXTERNAL WORLD
- AN OUTLINE OF PHILOSOPHY -
THE PHILOSOPHY OF LEIBNIZ
- AN INQUIRY INTO MEANING AND TRUTH -

- POWER -
IN PRAISE OF IDLENESS
THE CONQUEST OF HAPPINESS
SCEPTICAL ESSAYS
THE SCIENTIFIC OUTLOOK
MYSTICISM AND LOGIC -
MARRIAGE AND MORALS
EDUCATION AND THE SOCIAL ORDER
ON EDUCATION

FREEDOM AND ORGANIZATION, 1814-1914 --
ROADS TO FREEDOM
JUSTICE IN WAR-TIME
FREE THOUGHT AND OFFICIAL PROPAGANDA
THE PROBLEM OF CHINA

Fédération des Collèges Classiques
bibliothèque

BERTRAND RUSSELL
PRINCIPLES OF
SOCIAL
RECONSTRUCTION

LONDON
GEORGE ALLEN AND UNWIN LTD
RUSKIN HOUSE MUSEUM STREET

Principles of Social Reconstruction

is too static, too much on the side of what is decaying, too little on the side of what is growing. | So long as law is in theory supreme, it will have to be tempered, from time to time, by internal revolution and external war. These can only be prevented by perpetual readiness to alter the law in accordance with the present balance of forces. If this is not done, the motives for appealing to force will sooner or later become irresistible. A world-State or federation of States, if it is to be successful, will have to decide questions, not by the legal maxims which would be applied by the Hague tribunal, but as far as possible in the same sense in which they would be decided by war. The function of authority should be to render the appeal to force unnecessary, not to give decisions contrary to those which would be reached by force.

This view may be thought by some to be immoral. It may be said that the object of civilization should be to secure justice, not to give the victory to the strong. But when this antithesis is allowed to pass, it is forgotten that love of justice may itself set force in motion. A Legislature which wishes to decide an issue in the same way as it would be decided if there were an appeal to force will necessarily take account of justice, provided justice is so flagrantly on one side that disinterested parties are willing to take up the quarrel. If a strong

The State

man assaults a weak man in the streets of London, the balance of force is on the side of the weak man, because, even if the police did not appear, casual passers-by would step in to defend him. It is sheer cant to speak of a contest of might against right, and at the same time to hope for a victory of the right. If the contest is really between might and right, that *means* that right will be beaten. What is obscurely intended, when this phrase is used, is that the stronger side is only rendered stronger by men's sense of right. But men's sense of right is very subjective, and is only one factor in deciding the preponderance of force. What is desirable in a Legislature is, not that it should decide by its personal sense of right, but that it should decide in a way which is felt to make an appeal to force unnecessary.

Having considered what the State ought not to do, I come now to what it ought to do.

Apart from war and the preservation of internal order, there are certain more positive functions which the State performs, and certain others which it ought to perform.

We may lay down two principles as regards these positive functions.

First: there are matters in which the welfare of the whole community depends upon the practically universal attainment of a certain minimum; in such cases the State has the

Notes biographiques

NOTES BIOGRAPHIQUES

M^e JACQUES MARQUIS

Avocat généraliste depuis 1966

À quelques reprises, il a remis en question le dysfonctionnement du système judiciaire en droit civil par des articles publiés notamment dans le Journal du Barreau, Le Monde Juridique et Le Devoir. Il a également participé à un sous-comité sur la Réforme du Code de procédure civile chapeauté par le Comité Ferland qui a produit son rapport en juillet 2001.

(www.jacquesmarquis.com)

M. MICHAEL LAUCKE

International Concert Artist

Widely recognized as one of the world's greatest guitarists. He also possesses diplomas in computer science and is chef software engineer and CEO of MLM Inc. As Honorary director of the MAC (Estée Lauder) AIDS Foundation, he has given \$44 million to charities worldwide. One of his life-long passions is the various legal systems in Canada and the US; he avidly follows many case histories as they evolve. He served as expert computer consultant in the case of *The Crown vs. Steve Fazio*. (www.michaellaucke.com)

M. MICHEL MAGNANT

Docteur en science politique (McGill)

Consultant en affaires publiques. Il a travaillé pour différents employeurs : le Parlement du Canada, le Conseil du Patronat du Québec et la Ville de Montréal. Ces dernières années, il a fait quelques sondages et reportages pour le magazine *Le Monde Juridique*. Il a comme projet pour 2008 de lancer le Conseil économique du Québec, un organisme dédié à la compétitivité globale du Québec et à la mondialisation.

M^e JEAN-YVES CÔTÉ

Avocat et président-fondateur de la compagnie ILLICO COMMUNICATION INC.

Cette entreprise, qui œuvre depuis 20 ans dans le secteur de la recherche jurisprudentielle et l'édition juridique, a réalisé plus de 4000 recherches de jurisprudence sur divers points de droit. (voir liste complète sur le site www.illico.ca). ILLICO publie notamment le bulletin *Le Recherchiste*, dont Me Côté est l'auteur, ainsi que le *Bulletin de Jurisprudence des Cours municipales du Québec* (BJCMQ) rédigé par l'Honorable Pierre G. Bouchard.

M^e Côté est membre du Barreau du Québec depuis 1989. Il pratique également le droit au sein de son propre cabinet, CÔTÉ AVOCATS INC., fondé en 2007.

Notes biographiques

**CORRECTION
AU MÉMOIRE**

NOTES BIOGRAPHIQUES

**M^e Jacques Marquis
Avocat généraliste depuis 1966**

À quelques reprises, il a remis en question le dysfonctionnement du système judiciaire en droit civil par des articles publiés notamment dans le Journal du Barreau, Le Monde Juridique et Le Devoir. Il a également participé à un sous-comité sur la Réforme du Code de procédure civile chapeauté par le Comité Ferland qui a produit son rapport en juillet 2001. (www.jacquesmarquis.com)

M^r Yves Michaud

A été directeur et rédacteur en chef de trois journaux: Le Clairon de Saint-Hyacinthe, La Patrie, et le quotidien LE JOUR. Il a été député à l'Assemblée nationale du Québec puis Délégué général du Québec en France et président du Palais des congrès de Montréal. Il préside actuellement le *Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires* (MÉDAC) qu'il a fondé en 1996. Il est membre de la Légion d'honneur (France) au titre de commandeur.

**M. Michael Laucke
International Concert Artist**

He is widely recognized as one of the world's greatest guitarists. He also possesses diplomas in computer science and is chef software engineer and CEO of MLM Inc. As Honorary director of the MAC (Estée Lauder) AIDS Foundation, he has given \$44 million to charities world-wide. One of his life-long passions is legal systems in Canada and the US and he avidly follows many case histories as they evolve. He has served as expert computer consultant. (www.michaellaucke.com)

**M. Michel Magnant
Docteur en science politique (McGill)**

Consultant en affaires publiques. Il a travaillé pour différents employeurs : le Parlement du Canada, le Conseil du Patronat du Québec et la Ville de Montréal. Ces dernières années, il a fait quelques sondages et reportages pour le magazine Le Monde Juridique. Il a comme projet pour 2008 de lancer le Conseil économique du Québec, un organisme dédié à la compétitivité globale du Québec et à la mondialisation.

**M^e Jean-Yves Côté
Avocat et président-fondateur de la compagnie ILLICO COMMUNICATION INC.**

Cette entreprise, qui œuvre depuis 20 ans dans le secteur de la recherche jurisprudentielle et l'édition juridique, a réalisé plus de 4000 recherches de jurisprudence sur divers points de droit. (voir liste complète sur le site www.illico.ca). ILLICO publie notamment le bulletin *Le Recherchiste*, dont Me Côté est l'auteur, ainsi que le *Bulletin de Jurisprudence des Cours municipales du Québec* (BJCMQ) rédigé par l'Honorable Pierre G. Bouchard.

M^e Côté est membre du Barreau du Québec depuis 1989. Il pratique également le droit au sein de son propre cabinet, CÔTÉ AVOCATS INC., fondé en 2007.