

Les certitudes du droit

Certainty and the Law

Sous la direction de
Ejan Mackaay
Editor



Les Éditions Thémis



Université de Montréal
Faculté de droit
Centre de recherche
en droit public

Les certitudes du droit

Certainty and the Law

Le Centre de recherche en droit public n'accorde aucune approbation ni improbation aux opinions émises par ses chercheurs dans leurs études; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Les certitudes du droit

Certainty and the Law

Sous la direction de Ejan Mackaay

Directeur et professeur au Centre de recherche en droit public
de la Faculté de droit de l'Université de Montréal



Les Éditions Thémis



Université de Montréal
Faculté de droit
Centre de recherche
en droit public

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

Les certitudes du droit = Certainty and the Law

Comprend des réf. bibliogr.

Textes en français et en anglais

ISBN 2-89400-126-6

1. Certitude du droit. 2. Droit - Canada - Sources. 3. Consentement (Droit). 4. Droit - Interprétation. 5. Droit commercial - États-Unis. 6. Liberté d'expression. I. Mackaay, Ejan, 1943-. II. Titre : Certainty and the law.

K262.C47 1999

340'.11

C99-941622-7F

Canadian Cataloguing in Publication Data

Main entry under title :

Les certitudes du droit = Certainty and the Law

Includes bibliographical references.

Text in French and English

ISBN 2-89400-126-6

1. Legal certainty. 2. Law - Canada - Sources. 3. Consent (Law). 4. Law - Interpretation and construction. 5. Commercial Law - United States. 6. Freedom of Speech. I. Mackaay, Ejan, 1943-. II. Title : Certainty and the law.

K262.C47 1999

340'.11

C99-941622-7E

Composition : Cécile Dubéau

Graphisme : Claude Lafrance

Ouvrage publié grâce à l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Programme d'Aide au développement de l'Industrie de l'édition.

On peut se procurer le présent ouvrage aux

Éditions Thémis

Faculté de droit

Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-ville

Montréal, (Québec)

H3C 3J7

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Site internet : <http://www.themis.umontreal.ca>

Téléphone : (514) 343-6627

Télécopieur : (514) 343-6779

Tous droits réservés

© 2000 - Les Éditions Thémis Inc.

Dépôt légal : 2^e trimestre 2000

Bibliothèque nationale du Canada

Bibliothèque nationale du Québec

ISBN 2-89400-126-6

Présentation

Ejan Mackaay¹

Les six textes réunis dans le présent volume ont fait l'objet d'un cycle de conférences, une par mois, organisé au cours de l'année 1998-1999, à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le Centre de recherche en droit public et la Faculté ont été les hôtes de ce cycle, dont j'ai assuré l'organisation. Le cycle de conférences voulait offrir un forum de réflexion et de discussion sur les grandes questions du droit. Il s'adresse aux professeurs, aux étudiants et aux autres intéressés à la Faculté comme à l'extérieur. Le cycle de cette année portait sur *Les certitudes du droit*, pour faire le pendant des *incertitudes du droit* de l'année précédente. Les conférences sont présentées ici dans la langue que le conférencier a employée de vive voix.

Le cycle de 1997-1998 a permis de conclure que, dans le droit moderne, l'incertitude n'est pas un phénomène marginal confiné à quelques domaines étroits. Au contraire, elle paraît présente dans tous les secteurs du droit. Elle paraît avoir deux sources. La première est l'imprécision relative des concepts juridiques. On y a souvent recours en raison de la flexibilité qu'elle permet devant des circonstances changeantes. Une seconde source d'incertitude tient aux défis posés par les nouvelles technologies, qui ne trouvent pas toujours dans le droit en vigueur des solutions toutes faites pour les problèmes inédits qu'elles soulèvent. Elles appellent un apprentissage graduel pour découvrir comment le nouveau phénomène doit être pris en compte ou régulé par le droit et inséré dans le tissu du droit en vigueur.

Les conférences 1998-1999 partent de la prémissse opposée, voulant que, pour remplir son office, le droit doit avoir

¹ Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et directeur du Centre de recherche en droit public.

un degré élevé de certitude. Le justiciable doit être assez certain des règles de base par lesquelles il doit laisser guider son comportement. Si l'incertitude est aussi pénétrante que le cycle précédent l'a suggéré, les prémisses de base du droit sont-elles fiables? Pouvons-nous les tenir pour acquises et les enseigner sans sourciller à nos étudiants?

Considérez quelques-unes des ces prémisses. Nous tenons pour acquis que le droit patrimonial diffère en son essence du droit qui régit les rapports extrapatrimoniaux; que le droit de la famille est structuré autour des institutions du mariage et de l'autorité parentale; que toute personne est libre d'exprimer des opinions qui déplaisent aux autorités; et qu'une personne soumise à une procédure pénale est présumée innocente jusqu'à preuve de sa culpabilité au cours d'un procès équitable. Les conférences de la présente série avaient pour but d'examiner si nous pouvons toujours tabler sur des certitudes comme celles-là et les transmettre en toute confiance aux générations montantes.

La première conférence, par Raphaël Cohen-Almagor, part du principe de la liberté d'expression. En Israël comme ailleurs, les opinions peuvent être exprimées sans restriction ou approbation préalable, quand bien même elles dérangent certains citoyens ou le gouvernement. Locke a déjà exprimé ce principe dans sa *Letter concerning toleration*, rédigée en 1685². Il est considéré comme l'un des fondements des démocraties occidentales. Mais lorsque le premier ministre Rabin fut assassiné, certains Israéliens voyaient un lien direct entre cet événement tragique et la haine publiquement exprimée à son endroit. À l'encontre de la tradition qui fonde la liberté d'expression, ils se demandent si les paroles peuvent, après tout, tuer.

La réponse que donne à contrecœur Cohen-Almagor est affirmative. L'incitation à la violence politique et à l'extrémisme «dépasse nettement les bornes de la tolérance». Et

2 John LOCKE, *A Letter Concerning Toleration*, London, Routledge (1689), 1991; trad. française : *Lettre sur la tolérance*, Paris, Flammarion, 1992; voir aussi Jonathan I. ISRAEL, *Locke, Spinoza and the Philosophical Debate Concerning Toleration in the Early Enlightenment (c. 1670-c. 1750)*, Amsterdam, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 1999.

il ajoute encore «[l]e terrorisme et la démocratie ne peuvent coexister.» Dans d'autres pays, le révisionnisme à l'égard de l'holocauste et la propagande haineuse ou raciste sont de même déclarés hors borne.

Il faut pourtant rappeler que nos libertés fondamentales ont pour mission de protéger non pas tant la majorité des citoyens, mais spécialement ceux de la minorité dont les opinions ou le comportement dérangent la majorité. Les restrictions préconisées dans le texte de Cohen-Almagor mettent à l'épreuve la certitude que nous croyions avoir au sujet de la liberté d'expression comme un des piliers de la démocratie.

La conférence de François Rigaux porte sur la certitude que les tribunaux sont censés apporter au droit par leurs décisions. Le point de départ est le présumé âge d'or de la certitude, le XIX^e siècle. La certitude apparente des sciences, transposée en droit, donna lieu au positivisme juridique en Europe et au formalisme juridique aux États-Unis. En Allemagne ce positivisme prit la forme de la *Begriffsjurisprudenz* (la jurisprudence conceptuelle). Le positivisme fut attaqué sur de multiples fronts : en Allemagne par la *Freirechtschule* (école du droit libre), en Allemagne, par l'*école de la libre recherche scientifique* de Gény et d'autres en France, par les *legal realists* aux États-Unis. Dans tous les cas, la portée centrale des attaques fut d'affirmer que les solutions aux problèmes juridiques ne peuvent être trouvées par déduction seule à l'intérieur d'un paradis de concepts, structurés de façon hiérarchique et constituant un système clos et cohérent de règles. Les sciences sociales furent appelées à l'aide pour déterminer les effets produits par les règles juridiques. De ce point de vue, l'incertitude du droit est congénitale et non seulement une question d'interprétation.

Les cours n'ont pas attendu la lumière des théoriciens sur ce qu'elles devraient faire. Elles ont clarifié le droit dans le contexte de chaque cas dont elles furent saisies. La certitude qu'elles créent appelle une attitude de les juger sur ce qu'elles font plutôt que sur ce qu'elles en disent. Pour emprunter la formule élégante de Rigaux, «[c]omme tout autre phénomène de langage, le droit n'est ni absolument certain ni radicalement incertain, il n'acquiert une certitude (relative) que dans le contexte où il s'insère». Sur ce point, les systèmes fondés sur la règle du précédent ne font pas face à des problèmes si différents

de ceux qui se présentent dans des systèmes fondés sur des codes. Dans les deux familles, les cours sont appelées à inventer des façons de prendre leurs distance par rapport aux précédents devenus gênants et des lois dont les effets sont intolérables.

Rigaux illustre son propos à l'aide de plusieurs exemples comme celui de la légitimation progressive en France des rapports de cohabitation autres que le mariage ou la pratique des opinions dissidentes dans les décisions des pays de common law. Les concepts sont parfois présentés comme s'ils pouvaient être parfaitement certains et à l'abri de la nécessité d'interpréter. En pratique cette clarté est tout aussi illusoire que les autres formes de certitude que le droit est supposé fournir. Il cite en exemples la notion d'acte clair dans la tradition civiliste et la doctrine du doute constitutionnel au sujet de la validité de la législation inférieure en droit américain. En droit pénal, le principe du *nullum crimen* est censé restreindre singulièrement la liberté d'interprétation laissée aux tribunaux. Dans les faits, cette liberté ne peut être ainsi restreinte, puisque les tribunaux eux-mêmes sont les gardiens de la restriction. Le langage clair (*plain language*) n'est pas plus clair que tout autre. La conclusion à laquelle conduisent ces considérations est que «les juges ne cessent de faire ce dont ils déclarent devoir s'abstenir et les concepts qu'ils utilisent comme les canons d'interprétation auxquels ils se réfèrent ne donnent même pas une justification formelle à leurs décisions». Et pourtant les cours, par leurs décisions, confèrent au droit une plus grande certitude qu'il n'aurait eue sans leurs décisions.

Wendy Gordon nous transporte dans le domaine du droit d'auteur. Elle part de nos certitudes en matière de propriété sur les objets matériels et examine dans quelle mesure elles se transposent à la propriété intellectuelle. Pour la propriété matérielle, il est constant qu'on n'a pas le droit de prendre ou d'envahir la propriété d'autrui. Mais tant qu'on respecte cette limite, on peut librement tirer profit des effets bénéfiques du travail d'autrui auxquels on a accès. Le droit d'auteur paraît aller à contre-courant de ces principes. Même sans prendre l'objet d'autrui ou envahir sa propriété, on n'a pas le droit de tirer profit des travaux de celui-ci si cela implique le copiage de sa création. Le copiage d'une création ou la communication au public sont des actes réservés au créateur.

Cette contradiction, laissée sans explication, risque de miner nos certitudes. Y a-t-il une logique sous-jacente permettant de dissiper la contradiction? Wendy Gordon soutient qu'il y en a et met à contribution l'analyse économique du droit pour distiller cette logique sous-jacente. Imaginez en vigueur la règle opposée en matière de propriété matérielle. Cela donnerait alors à une gamme d'enquiquineurs l'intérêt de faire des travaux à la propriété de tiers qui n'en veulent pas mais seraient néanmoins tenus de les payer. La règle en vigueur évite une telle perversité : si vous voulez être payé pour vos services, contractez à l'avance. En droit d'auteur, ce principe imposerait un fardeau impossible aux créateurs à l'égard d'une multitude de personnes qui pourraient lire, voir ou écouter leur création. Il en résulterait que les créateurs ou bien rendraient leur création gratuitement disponible, ou bien que, faute de rémunération adéquate par les bénéficiaires, les créateurs renonceraient à la création. Cela explique pourquoi la propriété intellectuelle part de la prémissse opposée, à savoir que les bénéficiaires de la création (sauf si elle est expressément placée dans le domaine public) ne peuvent s'en servir sans permission, ce qui veut normalement dire qu'ils payent le créateur.

Sous cette forme abstraite, la règle protégeant le créateur est trop rigide, son effet trop monopolistique. Le droit d'auteur connaît plusieurs institutions restreignant cet effet : tout droit de propriété intellectuelle a une durée limitée; les idées et les formules mathématiques sont insusceptibles de protection et font partie du domaine public, comme les compilations d'information qui n'ont pas suffisamment d'originalité; certaines formes de copiage sont permises au titre de l'utilisation équitable ou du *fair use* (en droit américain), aux fins de recherche, de critique, de communication de nouvelles ou d'autres fins jugées désirables). Le fait que nous employons une règle rigide, comme la durée des droits intellectuels, ou une règle flexible, comme celle qui distingue l'idée de l'expression ou celle du *fair use*, dépend de la mesure où nous jugeons souhaitable d'ajuster les règles au cas par cas. Un peu plus de protection augmente l'intérêt de créer, mais diminue la possibilité d'utiliser librement la création à d'autres fins jugées désirables, telles celles de faire la critique ou la recherche ou de rapporter des nouvelles, mais aussi celles de développer de nouvelles créations qui transcendent la création protégée et qui font avancer l'état de l'art. Wendy Gordon soutient que l'équilibre entre ces forces opposées peut le mieux être établi au

cas par cas par le juge. L'emploi de standards et d'autres concepts fluides dans les textes législatifs consacre cette délégation aux tribunaux. Elle illustre son propos par la façon dont la parodie est traitée en droit d'auteur américain et canadien.

Le message qui me semble se dégager de cet article est que les certitudes que nous recherchons dans le droit proviennent d'une logique sous-jacente visant à fournir les incitations justes à toutes les parties à une interaction, afin d'éviter le comportement d'exploitation ou d'opportunisme, y compris la tentation d'abuser d'une situation de monopole. Il serait illusoire d'espérer trouver une certitude suffisante dans le seul texte de loi ou de la décision judiciaire.

La certitude illusoire de liens censés lier les mains aux tribunaux constitue également le thème abordé dans les articles d'André Jodouin et de Ruth Sullivan. André Jodouin examine le droit pénal. Il montre comment, paradoxalement, dans le droit pénal canadien, le législateur et les tribunaux paraissent avoir échangé leurs rôles dans la création des règles juridiques. Le législateur canadien s'attache à des questions étroites, ajoutant des infractions spécifiques au *Code criminel*, alors que les tribunaux — en particulier la Cour suprême du Canada — se sont libérés des contraintes que la common law leur imposait traditionnellement et se permettent de formuler des principes larges. Le rôle curieusement restreint du Parlement a une explication historique. L'intention déclarée à partir des années 1970 de procéder à une réforme globale du *Code criminel* canadien de 1893 a rencontré une opposition farouche et a dû être abandonnée. Au lieu de cela, le législateur intervient maintenant de façon régulière pour défaire ce qu'il perçoit comme les excès de la jurisprudence de la Cour suprême, par exemple lorsque la Cour a admis la défense d'ivresse profonde à l'encontre de l'accusation d'agression sexuelle.

André Jodouin voit une perversion de la certitude qui est supposée caractériser le droit pénal non seulement dans les rôles inversés des créateurs du droit, mais aussi dans les règles de fond. Il examine à titre d'exemple la doctrine de la *mens rea*. La doctrine de la *mens rea* constitue une ancre dans la pratique du droit pénal, un fondement moral et un rempart de l'État de droit. Personne ne doit être condamné ou se voir imposer des sanctions pénales sans avoir conscience de commettre un acte

criminel. Mais au gré de l'évolution de notre jurisprudence, cette simplicité apparente de la *mens rea* se perd. Le degré d'intention, d'insouciance ou de négligence requise pour que la *mens rea* soit présente varie d'une infraction à l'autre. Certaines n'en requièrent pas du tout. La *mens rea* ne fournit plus l'ancre claire que la common law traditionnelle y voyait.

Ruth Sullivan examine les deux règles d'interprétation qui sont censées conférer la certitude aux textes de loi en les mettant à l'abri des interférences des juges. La première concerne la règle du sens clair des termes, portant que, lorsque la loi est claire, le juge doit s'abstenir de l'interpréter, mais l'appliquer telle quelle. Nous sommes gouvernés par la règle de droit, non par l'arbitraire du juge. Dans le même sens, la deuxième règle prévoit que, si le texte de loi a besoin, comme tout autre acte de langage, d'être interprété, il incombe au juge de rechercher l'intention du législateur et de s'y conformer. De nouveau le souci ici est la certitude des textes dans des pays qui se réclament de l'État de droit. L'intention du législateur restreint la liberté du juge d'interpréter la loi.

Et pourtant, observe Ruth Sullivan, quiconque étudie le langage connaît notre incapacité de nous exprimer de manière non ambiguë en langue naturelle. Tout texte se prête à interprétation. La thèse contraire ne peut frapper l'observateur méfiant que comme une tentative de masquer la liberté prise pour interpréter le texte. Dans la même veine, il y a plusieurs façons de remonter jusqu'à l'intention du législateur à partir des indices écrits disponibles. L'hommage payé au principe de l'intention du législateur ne peut cacher la liberté que se donne en fait le juge de décider comment appliquer un texte.

Ruth Sullivan décrit en détail un éventail d'astuces rhétoriques employées pour contourner les deux contraintes sous couvert de les respecter. Pour la règle du sens clair, elle propose «la sélection astucieuse du texte»; «le contexte élastique»; «le fait de jouer sur le sens des mots» et d'autres. Quant à l'intention du législateur, le juge échappe à son emprise en affirmant que rien de significatif n'a changé ou en se permettant de corriger ce qu'il affirme être les inattentions du légiste, et par d'autres trucs. La conclusion de son texte est que les règles d'interprétation sont des attaches sans contrainte véritable mais qui font mettre au défi l'ingéniosité de l'interprète à trouver la pirouette appropriée pour couvrir son

dessein. Dans la discussion, la question lui a été posée de savoir quelle solution de rechange pourrait alors être envisagée. La réponse de Ruth Sullivan est que nous ferions mieux d'admettre franchement que l'interprétation est inévitable et de reconnaître le rôle crucial que joue le juge dans l'application de la loi. Cette conclusion soulève à son tour la question de la représentativité des juges dans nos démocraties. Cette question n'admet aucune réponse facile et, de toute manière, dépasse les frontières de l'interprétation.

La dernière conférence du cycle, celle de Lisa Bernstein, s'attache à l'un des piliers de l'édifice du droit, même dans une conception positiviste, voulant qu'il est de mise d'avoir recours à la coutume ou aux usages lorsque la loi et la jurisprudence sont silencieuses. Les codes renvoient spécifiquement à la coutume ou aux usages dans ce rôle supplémentaire. Le *Uniform Commercial Code* le fait en son article 2, la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*³ en son article 9, le *Code civil du Québec* en son article 143⁴. Ces dispositions soulèvent les questions épineuses de savoir comment on connaît la coutume et si elle peut de fait jouer le rôle supplétif qu'on lui prête. Ces questions ont été débattues depuis l'antiquité. Lisa Bernstein adopte une nouvelle approche en proposant d'étudier la coutume sur le terrain.

Où observe-t-on la coutume? Au départ, selon Lisa Bernstein «les coutumes commerciales non écrites ont le plus de chance de se former et de durer dans des contextes de personnes engagées, sur une longue période, dans des transactions similaires répétées». Cela l'amène à postuler qu'on peut utilement observer la formation de coutumes dans des

3 *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (11 avril 1980), article 9. «(2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référencées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.»

4 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64. «Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.»

associations commerciales, pour lesquelles elle retient celles spécialisées dans le foin, le blé et le fourrage, les textiles et la soie comme représentatives. Elle a assisté aux assemblées de ces associations où la codification des usages de commerce était à l'ordre du jour. Elle y a interviewé différents participants au sujet des usages et coutumes.

Les conclusions auxquelles arrive Lisa Bernstein jettent une douche froide sur la thèse qui voudrait accroître substantiellement le rôle de la coutume dans la formation du droit. Le fait même que, aux États-Unis, des assemblées aient dû être convoquées au niveau national pour codifier les usages laisse entendre qu'il n'existe pas parmi les marchands «d'accord largement répandu sur le sens des conditions ordinaires du commerce ou sur le contenu de bon nombre des pratiques commerciales». Les coutumes varient probablement d'une région à l'autre et pourraient être hétérogènes même au sein de groupes restreints dans des régions précises. Là où un large consensus peut être observé, de conclure Lisa Bernstein, il porte sur des règles beaucoup moins précises et plus conditionnelles qu'on ne le suppose habituellement. La connaissance des coutumes peut aider le marchand qui cherche à s'établir dans un type de commerce et veut créer des rapports commerciaux. À mesure que les rapports se développent et se consolident par des transactions répétées, la logique des rapports répétés, que la théorie des jeux⁵ identifie comme génératrice de relations stables, prend la relève pour façonnner des liens plus spécifiques.

Il y a lieu d'ajouter une autre considération, fondée elle aussi sur la théorie des jeux. Les parties engagées dans un rapport de longue durée seront peu enclines à faire appel aux

5 Voir Robert AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984; Robert SUGDEN, *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986; Michael TAYLOR, *The possibility of co-operation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Ejan MACKAAY, «L'ordre spontané comme fondement du droit - un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile», (1988) 22 *R.J.T.* 347-383 et (1989) 3 *Revue internationale de droit économique* 247-287; Francesco PARISI, «Customary Law», dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, MacMillan, 1998; Gerald J. POSTEMA, «Conventions at the Foundation of Law», dans Peter NEWMAN (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 1, London, MacMillan, 1998, pp. 465-473.

tribunaux pour résoudre leurs différends. Les litiges devant les tribunaux sont le fait de parties engagées dans une transaction ponctuelle (non répétée) ou dont le rapport de longue durée tire à sa fin. Dans ces circonstances, la coutume peut-elle fournir au juge les indices pour remplir les lacunes de la loi? C'est peu probable, car ce qui est régi par la coutume n'atteindra pas les tribunaux ou, si cela arrive, les parties peuvent ne pas souhaiter que la cour impose la règle coutumière avec ses contours flous et faisant appel à la discréction des parties. Ou encore, la coutume peut bien ne rien prévoir de spécifique pour les circonstances exceptionnelles qui donnent lieu au litige. Il en résulte que la coutume ne peut probablement pas jouer son rôle supplétif justement dans les cas où nous en avons le plus besoin. La conclusion de Lisa Bernstein est que la coutume ne peut remplir les lacunes que laissent subsister la loi et la jurisprudence; son rôle doit être fondamentalement repensé.

Dans l'ensemble, les six conférences conduisent à la conclusion que la certitude que requiert le droit ne peut être trouvée dans les seuls textes de loi et de la jurisprudence. Pensée déconcertante pour ceux qui se plaisent à pratiquer ou à enseigner le droit comme une discipline strictement littéraire. Il ne faut pas en conclure que les textes n'offrent aucune certitude; sans eux, la situation serait nettement pire. Mais une partie de la certitude du droit doit puiser dans d'autres sources : celle des structures institutionnelles et des procédures, comme les tribunaux, et celle d'une logique ouverte sous-jacente qui vise à arrêter au cas par cas des perversités. Cette logique nous oblige à détecter et à remplir les fissures dans le tissu social par lesquelles se faufilent la violence, l'opportunisme, le resquillage, le risque moral et d'autres perversités potentielles, toujours présentes dans les rapports humains, mais dans des formes variables d'un domaine à l'autre, où l'un trompe la bonne foi de l'autre. Ces sources ne livrent pas leurs leçons aussi facilement que ne le font les textes.

Cette perspective ne rend pas la tâche facile aux juristes. Elle les engage à connaître et à comprendre plus que les sources formelles du droit. Le droit y apparaît comme une véritable discipline sociale.

Presentation

Ejan Mackaay¹

The six papers in this volume originated as public lectures held, one a month, during the academic year 1998-99 at the Faculty of Law of the University of Montreal. The Public Law Research Centre (CRDP) and the Faculty of Law of the University of Montreal jointly hosted the series; I took responsibility for the organisation. The lectures are meant to provide a forum for discussing broader questions of law. They are aimed at Faculty, students and other interested persons within the Faculty as well as outside. This series focused on the *Certainties of the Law*, to provide a contrast with the *Uncertainty and the Law* of the previous year. The lectures are presented here in the language in which they were originally delivered.

The 1997-98 lectures on the *Uncertainty of the Law* made clear that in the law of our day, uncertainty is not an exceptional phenomenon, confined to some narrow areas. On the contrary, uncertainty seems to characterise all areas of law. It appears to have two sources. One is the relative indeterminacy of legal concepts. In many instances it is deliberately used because of the flexibility it allows in dealing with changing circumstances. A second source of uncertainty stems from the challenges posed by new technologies, which find no readily applicable solution within existing law. They call for a stepwise learning process to discover how the new phenomenon should be regulated by law and inserted within the existing pattern of the law.

The 1998-99 lecture series starts from the opposite premise, viz. that to function properly law needs a substantial degree of certainty. People need to be reasonably certain of the

¹ Professor of Law, Faculté de droit, Université de Montréal and Director of the Public Law Research Centre.

basic rules by which to guide their behaviour. If uncertainty is as pervasive as the earlier lectures appeared to indicate, how reliable are the basic premises of law, which we take for granted and which as law professors we teach our students?

Consider some of these basic premises. We take for granted that the law of property and contracts is different in kind from the law of persons — the patrimonial sphere must be kept separate from the extra-patrimonial. Family law is presumed to be structured by the institutions of marriage and parental authority. One is presumed free to express opinions unwelcome to the authorities. If subjected to a criminal procedure, one is presumed innocent until proven guilty and entitled to a fair trial. The lectures in the present series were designed to discuss whether certainties such as these remain solid and can be transmitted with confidence to new generations.

In the first lecture, Raphael Cohen-Almagor takes as his starting point the principle of freedom of expression. In Israel as elsewhere, one takes for granted that opinions, however displeasing to some citizens or to the government, may be expressed without restriction and without prior approval of the authorities. Locke articulated the principle in his *Letter concerning toleration*, written in 1685.² It is considered one of the foundations of Western democracies. But when Prime Minister Rabin was murdered, many in Israel saw a link between this tragic event and the hate publicly expressed against him. Against the intuition on which freedom of expression is based they ask: Do words kill after all?

Cohen-Almagor's reluctant answer is that they do, hence that incitement to political violence and extremism 'is well outside the boundaries of tolerance.' And again '[t]errorism and democracy cannot live together.' In other countries revisionism about the holocaust as well as racist and hate literature is similarly out of bounds.

2 John LOCKE, *A Letter Concerning Toleration*, London, Routledge (1689), 1991; see also Jonathan I. ISRAEL, *Locke, Spinoza and the Philosophical Debate Concerning Toleration in the Early Enlightenment (c. 1670-c. 1750)*, Amsterdam, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 1999.

Yet it must be remembered that our fundamental freedoms are meant to protect not merely the majority of citizens, but in particular those in the minority whose views and behaviour are uncomfortable to the majority. The restrictions called for in Raphael Cohen-Almagor's lecture test the certainty we thought we had about freedom of expression as one of the basic tenets of our democracies.

François Rigaux's lecture deals with the certainty the courts are expected to confer upon the law in deciding cases brought before them. The starting point is the golden age of certainty, the nineteenth century. The apparent certainty of the sciences, carried into law, gave rise to legal positivism in Europe and to formalism in the United States. In Germany, positivism took the form of *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudence of Concepts). Positivism was attacked in particular by the *Freirechtschule* (Free Law School) in Germany, by the *école de la libre recherche scientifique* of Gény and others in France, by the legal realists in the United States. In all instances, the central tenet of the attack was the contention that legal solutions were not to be found by mere deductive reasoning within a 'heaven of concepts', hierarchically structured and forming a closed and logically consistent set of rules. The social sciences were to be called upon to determine what effects the law actually produced. On this view, the uncertainty of the law is congenital and not merely a matter of interpretation.

The courts did not wait to act until the theoreticians had clarified what they were doing. They clarified the law in the specific context of each case brought before them. The certainty the courts create calls for an attitude of 'watch what I do, not what I say I do'. In Rigaux's elegant formula: 'Like any other linguistic phenomenon, law is neither entirely certain, nor radically uncertain; it acquires a (relative) certainty within the context in which it operates.' On this score, systems relying on the rule of precedent do not face problems all that different from those which arise in code-based systems. In each system the courts have find ways of taking their distance from precedents which have become unsatisfactory and from laws with intolerable results.

Rigaux illustrates his thesis with a number of examples such as the gradual legitimation in France of cohabitation relationships other than marriage or the practice of dissenting

opinions in common law countries. Concepts are sometimes presented as if they could be perfectly certain and exempt from the need for interpretation. In practice this clarity is as illusory as other forms of certainty the law is supposed to provide. The '*acte clair*' in the civilian tradition and the doctrine of 'constitutional doubt' concerning the validity of lower level legislation in the United States are given as examples. In criminal law, the requirement of '*nullum crimen*' imposes in principle a strict limitation on the freedom of interpretation allowed the Courts. But in practice, their freedom cannot effectively be so restricted, since they themselves are the guardians of the restriction. Plain language is no more plain than any other. The conclusion to which these considerations lead is that 'the courts never cease to do that which they declare they ought to abstain from; the concepts they use as canons of interpretation on which they rely do not even suffice to provide the formal justification for the decisions of the court'. In spite of this the courts, through their decisions, confer greater certainty upon the law than it would have without them.

Wendy Gordon's paper takes us to the field of copyright law. Wendy Gordon starts from the certainties with respect to physical property and investigates whether these carry over into the field of intellectual property. For physical property, it is axiomatic that one may not take or invade someone else's property. But so long as one stays clear of taking or trespass, one may freely benefit from spillovers of that person's labours that come one's way. Copyright appears to go against the grain of this logic. Even without physical taking or invasion, one may not freely take advantage of another's labours if it means copying his or her creation. Copying a creation or communicating it to the public is a decision which belongs to the creator.

This contrast, left unexplained, undermines our certainties. Is there an underlying logic capable of dissipating the apparent contradiction? Wendy Gordon contends there is and calls economic analysis of law to the aid in order to tease out that underlying logic. Imagine the opposite rule for physical property. This would create an incentive for various do-gooders to provide service to people who do not wish them. Our current rule prevents such perversity: if you wish to be paid for your services, contract with the beneficiary beforehand. In copyright law, this latter logic would impose an impossible burden on

creators with respect to the multitude who might read, see or hear their creation. The result would be that they would tend to make their creations freely available or that, for want of proper remuneration by those beneficiaries, they would not undertake the creation at all. This explains why intellectual property law starts from the opposite premise that beneficiaries of the creation (unless it is explicitly placed in the public domain) may not use it without permission, which usually means ensuring that they paid the creator.

In this abstract form, the rule protecting the creator is too stark and its effect too monopolising. Copyright contains several devices limiting this effect: all intellectual property rights have a limited duration; ideas and mathematical formulae are unprotectable and hence part of the public domain, as are compilations of information lacking sufficient originality; some copying is permissible as fair use, for research, criticism, news reporting and other desirable purposes. Whether we use a rigid rule, such as the duration of the rights, or a flexible one, such as what is idea, what expression or what is fair use, depends how much fine-tuning we feel is required. A bit more protection improves the incentive to create but dampens the possibilities for free use for other desirable purposes, including criticism, research and news reporting, but also developing further creations improving upon the protected creation and advancing the state of the art. Wendy Gordon contends that this trade-off is best accomplished in case-by-case fashion by the courts. The use of standards and other flexible concepts in legislative texts justifies this delegation to the courts. She illustrates this thesis by means of the way parody is treated in copyright law in the United States and Canada.

If I read the paper correctly its message is that the certainties we seek in the law stem from a uniform underlying logic of providing the correct incentive structure to all parties to an interaction, avoiding exploitative or opportunistic behaviour, including profiting too much from monopoly. One should not expect to find sufficient certainties in the text of the legislative provisions or the cases.

The illusory certainty of fetters thought to bind the courts is the subject of the papers by André Jodouin and Ruth Sullivan. André Jodouin deals with criminal law. He shows how, paradoxically, in Canadian criminal law the legislator and

the courts appear to have exchanged roles in the creation of legal rules. The Canadian legislator deals with narrow matters, adding specific offences to the *Criminal Code*, whereas the courts — in particular the Supreme Court of Canada — have freed themselves from the constraints the common law traditionally imposed on them and formulate increasingly broad principles. The curiously limited role of Parliament has an historical explanation. The intention expressed from the 1970s onwards to reform the Canadian *Criminal Code* of 1893 from the ground up ran into stiff opposition and has had to be shelved. Instead the legislator now regularly intervenes to undo what it perceives as excesses in the Supreme Court's jurisprudence, for instance where the court allows severe drunkenness as a defence to sexual assault.

André Jodouin perceives a perversion of the certainty the criminal law is supposed to provide not merely in the changed roles of its formal creators, but also in the substance of the law, for which he uses the doctrine of *mens rea* as an example. *Mens rea* is an anchor in the practice of the criminal law and procedure, a founding moral principle and a rampart of the rule of law. No person should be convicted and subject to criminal sanctions without being aware of committing a criminal offence. Yet as our case law evolves, *mens rea* is no longer a simple matter. The degree of intention, recklessness or negligence required for *mens rea* to be present and hence for a conviction to be entered can now vary from offence to offence. Some offences do not require *mens rea* at all. *Mens rea* no longer provides the straightforward anchor which traditional common law doctrine took it to be.

Ruth Sullivan scrutinises the two rules of interpretation meant to confer certainty on legislative texts by safeguarding them from interference by the courts. The first is the 'plain meaning' rule stating that where the statutory text is clear, the courts must not interpret it but apply it as written. We are to be governed by the rule of law, not by the whim of rulers. In a similar vein, if legislation, like an other speech act, requires interpretation, the second rules says that the courts must seek to discover and heed the intent of the legislature. Once more the concern here is with certainty of legislation in countries priding themselves on living under the rule of law. The legislative intent constrains the court interpreting a statute.

And yet, as Ruth Sullivan observes, anyone studying language is aware of our persistent failure to express ourselves unambiguously. All texts lend themselves to interpretation. The thesis that some do not merely strikes the suspicious observer as an effort to mask the liberty exercised in interpreting a text. Similarly there are several ways of reconstructing the legislative intent from written indices in hand. Lip service to the constraint cannot hide the liberty the courts in fact allow themselves in deciding how to apply a text.

Ruth Sullivan details a number of rhetorical ploys used to circumvent the two constraints while playing lip service to them. For the plain meaning rule, she discusses artful selection of text; elastic co-text; shifting meanings and such. As for the legislative intent doctrine, the courts circumvent it by stating that nothing meaningful has changed or by the Court's allowing itself to correct drafter's slips of the pen and similar tricks. The conclusion of the paper is that the interpretation rules are fetters that do not bind, but merely challenge the interpreter's ingenuity in finding the correct ploy to cover his or her design. In discussion, the question was raised whether, however disappointing this conclusion may seem, a better alternative is available. Ruth Sullivan's answer is that we should frankly acknowledge that interpretation is inevitable and hence recognise the crucial role the courts play in handling statutory texts. This in turn raises the question of how representative the judges are in our democracies. This question has no easy answer and at all events reaches well beyond the matter of interpretation.

The last paper in the series, by Lisa Bernstein, tackles the pillar of the edifice of the law, even on a positivist view of it, which holds that it is wise policy to rely on custom or usage when statute and cases run out. Codes specifically refer to custom or usage in this supplementary role. The *Uniform Commercial Code* does so in its article 2, the *Vienna International Sales Convention*³ in article 9, the *Quebec Civil*

³ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (11 April 1980), art. 9. "(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned."

Code in article 1434.⁴ This raises the thorny question of how one knows custom and the further one of whether it will provide the gap filling services for which we rely on it. These are questions legal scholars have debated by from earliest times. Lisa Bernstein takes a different tack and proposes to look at customs empirically.

Where does one observe the formation of customs? Lisa Bernstein's starting point is that 'unwritten commercial customs are most likely to arise and endure in situations where transactors interact on a repeat basis, over a long period of time, in relatively similar transactions.' This leads her to postulate that one can usefully observe customs being formed by focusing on various trade associations, for which she chooses hay, grain and feed, textiles and silk as representative. She attended meetings of trade associations at which codification of trade customs was discussed and interviewed traders about their usage and customs.

Lisa Bernstein's conclusions must be sobering to those who like to see a broad role for custom in fashioning the law. The very need for conventions at the national level codifying customs suggests that there is no 'widespread agreement among merchants as to either the meaning of common terms of trade or the content of many basic commercial practices.' Customs are likely to vary from region to region and may not form a consistent pattern even amongst closely knit groups in specific regions. Where broad agreement can be observed, she suggests, it concerns rules far less specific and more conditional in nature than is commonly assumed. She contends that knowledge of custom can help traders who are starting a relationship in the early phases. As the relationship consolidates through further dealings, the logic of repeated interaction, which game theory allows us to identify as a source of stable relationships,⁵ takes over to fashion the specific relationship.

4 Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64. art. 1434. "A contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law."

5 Robert AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984; Robert SUGDEN, *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare*, Oxford, Basil Blackwell, 1986; Michael TAYLOR, *The possibility of co-operation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Ejan MACKAAY,

A further consideration, drawing again on game theory, is apposite. Parties engaged in a long term relationship are unlikely to call upon the courts to settle their differences. Disputes going to court involve parties who have one shot (non repetitive) dealings or whose relationship is coming to an end. In these circumstances can custom provide the court with gap filling information? Not likely, since what falls within the purview of custom may not reach the courts or if it does, parties may not want to have customs with their fuzzy tolerance and implicit call for discretion by the parties enforced. Or again custom may not provide at all for the exceptional circumstances giving rise to the litigation. As a result custom is unlikely to play its supplementary role precisely in those circumstances before the courts, where we most need it. The conclusion to which this leads Lisa Bernstein is that custom cannot fill the gaps when statute and cases run out; its role will have to be fundamentally rethought.

Overall, the lectures indicate that the certainties the law requires cannot be found in the text of legislation and cases alone. This must be a sobering thought for those who practice or teach law as if it were a purely literary discipline. This is not to say that texts confer no certainty whatever; without them, matters would surely be worse. Yet a further part of the law's certainty stems from other sources: from institutional structures and procedures, such as courts, and from an underlying open-ended logic of stopping perversities in piecemeal fashion. This logic obliges us to detect and fill the cracks in the social fabric which are violence, opportunism, free riding, moral hazard and other potential perversities, recurrent in human dealings but varying in form from field to field, where one person takes advantage of another. These sources do not yield their lessons as easily as texts appear to do.

"L'ordre spontané comme fondement du droit — un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile", (1988) 22 *R.J.T.* 347-383 and (1989) 3 *Revue internationale de droit économique* 247-287; Francesco PARISI, "Customary Law", in Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, MacMillan, 1998; Gerald J. POSTEMA, "Conventions at the Foundation of Law", in Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, MacMillan, 1998, pp. 465-473.

Such a view does not make life easy for lawyers. It commits them to knowing and understanding more than the formal sources of the law. Law emerges here as a truly social discipline.

Les auteurs

Lisa BERNSTEIN est actuellement professeure à la Faculté de droit de l'Université de Chicago, où elle enseigne le droit commercial et corporatif et les contrats. Elle est titulaire d'un baccalauréat en sciences économiques de l'Université de Chicago et d'une licence en droit de Harvard (avec mention), où elle a été *John M. Olin Fellow in Law and Economics* pour l'année 1989-1990 et où elle s'est vu décerner le prix John M. Olin pour l'un des deux meilleurs travaux d'étudiants en analyse économique du droit. Elle a effectué des études empiriques sur l'émergence des normes dans les communautés d'affaires et des associations, dont ont résulté plusieurs études remarquées, telles «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115-157 et «Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms», (1996) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765-1821. Elle a été la co-organisatrice d'une conférence portant sur *Law, Economics and Social Norms* à la Faculté de droit de l'Université de Pennsylvanie (Printemps 1996), dont les Actes ont été publiés dans la *University of Pennsylvania Law Review*. Plus récemment, elle a organisé le *Symposium on Empirical Commercial Law* à la Faculté de droit de l'Université de Michigan.

Raphael COHEN-ALMAGOR est *Fulbright-Yitzhak Rabin Scholar* pour l'année 1999-2000, et professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Californie à Los Angeles (UCLA). Il est titulaire d'un baccalauréat en sciences politiques, sociologie et anthropologie de l'Université de Tel-Aviv (1983-1985) et d'une maîtrise en sciences politiques de la même université (1985-1987) de même que d'un D.Phil. en sciences politiques de St. Catherine's College, Oxford (1987-1991). Après l'obtention du doctorat, M. Cohen-Almagor a donné des cours et effectué des recherches à la Faculté de droit de l'Université hébraïque et au Département de science politique de l'Université Bar-Ilan. Il est actuellement *Senior Lecturer* au Département des communications de l'Université de Haifa. Il a été associé de recherche et directeur du *Bioethics Think-Tank* au *Van Leer Jerusalem Institute* (1995-1998) et est membre du Conseil de la Presse d'Israël. M. Cohen-Almagor a fait paraître

de nombreux essais dans les domaines de l'éthique médicale, de l'éthique des média, en science politique, en philosophie, en droit, en sociologie et en histoire. Ses articles ont paru en anglais, en français, en espagnol et en hébreu. Il est l'auteur de *The Boundaries of Liberty and Tolerance* (University Press of Florida, 1994) et a dirigé le collectif *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance: Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin* (University of Michigan Press, 2000).

Wendy J. GORDON est *Paul J. Liacos Scholar in Law* et professeure de droit à la Faculté de droit de l'Université de Boston. Elle est titulaire d'un baccalauréat de l'Université Cornell et d'un J.D. de la Faculté de droit de l'Université de Pennsylvanie. La professeur Gordon s'est fait connaître par ses travaux dans le domaine de la propriété intellectuelle, et notamment du droit d'auteur, où elle a fait des contributions originales aux confluents du droit avec l'économique et du droit avec la philosophie. Ses articles ont été publiés dans les meilleures revues américaines et étrangères. Elle a été invitée à enseigner et à effectuer des recherches dans des universités à travers les États-Unis, de même qu'au Canada, en Europe et en Australie. En 1999-2000, elle est *Visiting Senior Research Fellow* au St. John's College, Oxford et *Visiting Fellow, Programme in Comparative Media Law and Policy* au *Centre for Socio-Legal Studies*, Oxford.

André JODOUIN est professeur titulaire à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Il est né à Ottawa, où il a fait son cours de droit. Après avoir pratiqué deux ans à Montréal comme procureur de la Couronne, il est devenu professeur de droit pénal à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. En 1976-1977, il a suivi le cours de D.E.A. en politique criminelle à l'Université de Paris II, avec le professeur Georges Levasseur. Le professeur Jodouin s'est signalé par ses écrits et ses interventions dans le domaine des sources du droit pénal et de leur interprétation. Il s'est intéressé au problème de l'échec de la constitutionnalisation des principes généraux du droit pénal. Sur ce sujet il a rédigé un chapitre dans l'ouvrage collectif publié sous la direction de Gérald Beaudoin et d'Errol Mendes, *La Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1996.

François RIGAUX est professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, où il a enseigné depuis 1955. Il est bachelier en philosophie (1945); docteur en droit (1947); licencié en sciences criminelles (1948); agrégé de l'enseignement supérieur en droit (1956); docteur *honoris causa* de l'Université de Dijon (1981). Il est substitut du procureur du Roi honoraire et a été assesseur de la section de législation du Conseil d'État de 1966 à 1991, autorisé par arrêté royal à porter le titre honorifique de cette fonction. Il est juge à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, membre de l'Institut de droit international et membre de l'Académie royale de Belgique. Le professeur Rigaux a donné des cours et des conférences en diverses universités belges et étrangères, notamment à Aix-Marseille, Baton Rouge, Brême, Barcelone, Caracas, Caceres, Florence, Genève, Hambourg, Leuven, Madrid, Milan, Munich, Nancy, Regensburg, Rio de Janeiro, Tunis et Würzburg, ainsi qu'à l'Académie de droit international, à La Haye, et à l'Institut des hautes études internationales, à Paris. Parmi ses publications les plus récentes il convient de signaler *Pour une déclaration universelle des droits des peuples : identité nationale et coopération internationale*, Bruxelles et Lyon, Vie ouvrière; Chronique sociale, 1990; *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles et Paris, Bruylant et L.G.D.J., 1990; *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Bruxelles, Maison Larcier, 1992; *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Ruth SULLIVAN est professeure à la Section de common law de l'Université d'Ottawa. Spécialiste de l'interprétation législative et auteure de la troisième édition de *Driedger On the Construction of Statutes*, la professeure Sullivan est particulièrement bien préparée à traiter de la question des certitudes en matière d'interprétation. La troisième édition de Driedger s'écarte à ce point de l'ouvrage antérieur qu'on serait justifié de la considérer comme une oeuvre originale et de la considérer comme davantage la première édition de Sullivan que comme la troisième de Driedger. La professeure Sullivan a également publié une étude remarquée sur l'interprétation de la loi à la Cour suprême du Canada [(1998-99) 30 *Ottawa Law Review* 175] où elle développe plusieurs des thèmes qu'elle aborde dans le texte dans le présent volume.

Contributors

Lisa BERNSTEIN is currently Professor of Law at the University of Chicago Law School, where she teaches courses in corporate and commercial law and in contracts. She holds a BA in economics from the University of Chicago and a law degree (*cum laude*) from Harvard, where she has been John M. Olin Fellow in Law and Economics, 1989-1990, and has won the John M. Olin Prize for one of the two best student papers in Law and Economics. She has done empirical and theoretical research on the emergence of norms within business communities and trade associations and published several much cited papers on the subject, in particular 'Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry', (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115-157 and 'Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms', (1996) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765-1821. She has co-organised a conference on *Law, Economics and Social Norms* at the University of Pennsylvania School of Law (Spring, 1996), whose proceedings appear in the *University of Pennsylvania Law Review*. More recently she has organised a Symposium on *Empirical Commercial Law* at the University of Michigan Law School.

Raphael COHEN-ALMAGOR is the Fulbright-Yitzhak Rabin Scholar for 1999-2000, and Visiting Professor at UCLA School of Law. He holds a B.A. in Political Science, Sociology and Anthropology, Tel-Aviv University (1983-1985); an M.A. in Political Science, Tel-Aviv University (1985-1987); a D.Phil. in Politics, St. Catherine's College, Oxford University (1987-1991). After completing his doctorate Raphael lectured and conducted research at the Hebrew University Law Faculty, and at the Department of Political Science, Bar-Ilan University. Currently he is Senior Lecturer at the Department of Communication, University of Haifa. He was a Research Fellow and the Director of The Bioethics Think-Tank at the Van Leer Jerusalem Institute (1995-1998), and is a member of The Israel Press Council. Dr Cohen-Almagor published essays in the fields of medical ethics, media ethics, political science, philosophy, law, sociology and history in English, French, Spanish and Hebrew. He is the author of *The Boundaries of Liberty and*

Tolerance (University Press of Florida, 1994), and editor of *Liberal Democracy and the Limits of Tolerance: Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin* (University of Michigan Press, 2000).

Wendy J. GORDON is Paul J. Liacos Scholar in Law and Professor of Law at Boston University School of Law. She holds a B.A. from Cornell University and a J.D. from the University of Pennsylvania Law School. Professor Gordon is widely known for her work in the field of intellectual property, in particular copyright, where she has made original contributions at the interfaces where law meets economics and where law meets philosophy. Her work has been published in major law reviews in the US as well as abroad. She has been invited to teach and conduct her research in universities throughout the United States as well as in Canada, in Europe and in Australia. In 1999-2000 she is Visiting Senior Research Fellow, St. John's College, Oxford, and Visiting Fellow, Programme in Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, Oxford.

André JODOUIN is Professor of Law at the Civil Law Section of the University of Ottawa. He was born and raised in Ottawa, where he completed his law studies. After two years of practice as a Crown Prosecutor in Montreal, he was appointed Professor of Criminal Law at the Law Faculty of the University of Ottawa. In 1976-1977 he completed a D.E.A. degree in criminal policy at the University of Paris II, under Professor Georges Levasseur. Professor Jodouin is known for his writings on the sources of criminal law and their interpretation. He has studied the matter of the failure to entrench constitutionally the general principles of criminal law. On this subject he has written a chapter in the book edited by Gérald Beaudoin and Errol Mendes, *La Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson et Lafleur, Montreal, 1996.

François RIGAUX is Emeritus Professor of the Catholic University of Louvain, where he taught since 1955. He holds a bachelor's degree in philosophy (1945), a licence in criminology (1948) as well as the status of agrégé for university teaching in law (1956). He is doctor *honoris causa* of the University of Dijon (1981). He holds the position of *substitut du procureur du Roi honoraire* and has been a member of legislation section of the State Council from 1966 till 1991, and

has been authorised by Royal Decree to use the honorary title associated with that function. He is judge in the Constitutional Court of Bosni-Herzegovia, member of the International Law Institute and member of the Belgian Royal Academy. Professor Rigaux has taught and given lectures at many Belgian and foreign universities, including Aix-Marseille, Baton Rouge, Bremen, Barcelona, Caracas, Caceres, Florence, Geneva, Hambourg, Leuven, Madrid, Milan, Munich, Nancy, Regensburg, Rio de Janeiro, Tunis and Würzburg, as well as at the Academy of International Law in The Hague, and at the *l'Institut des hautes études internationales*, in Paris. Amongst his most recent publications, the following should be mentioned: *Pour une déclaration universelle des droits des peuples : identité nationale et coopération internationale*, Bruxelles et Lyon, Vie ouvrière; Chronique sociale, 1990; *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussels and Paris, Bruylant and LGDJ, 1990; *La vie privée, une liberté parmi les autres?*, Brussels, Maison Larcier, 1992; *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Ruth SULLIVAN is Professor of Law at the Common Law Section of the University of Ottawa. She specialises in the interpretation of legislation and is the author of the third edition of *Driedger On the Construction of Statutes*, which eminently qualifies her to deal with the question of the certainties in matters of interpretation of statutes. The third edition of Driedger differs to such a degree from the earlier book that it would be proper to speak of an original work and to consider it the first edition of Sullivan rather than the third of Driedger. Professor Sullivan has published a remarkable study of legislative interpretation by the Supreme Court of Canada [(1998-99) 30 *Ottawa Law Review* 175] where she develops various themes which are also the object of her paper in the present volume.

Table des matières

Les certitudes du droit — Certainty and the Law

Présentation

<i>Ejan Mackaay</i>	ix
---------------------------	----

Presentation

<i>Ejan Mackaay</i>	xix
---------------------------	-----

Les auteurs	xxix
--------------------------	------

Contributors	xxxiii
---------------------------	--------

Limits to Freedom of Speech : The Case of Incitement

<i>Raphael Cohen-Almagor</i>	1
------------------------------------	---

Le juge, arbitre de la certitude du droit

<i>François Rigaux</i>	17
------------------------------	----

Copyright and Parody : Touring the Certainties of Intellectual Property and Restitution

<i>Wendy J. Gordon</i>	57
------------------------------	----

La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)

<i>André Jodouin</i>	115
----------------------------	-----

The Plain Meaning Rule and Other Ways to Cheat at Statutory Interpretation

<i>Ruth Sullivan</i>	151
----------------------------	-----

The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy : A Preliminary Study

<i>Lisa Bernstein</i>	189
-----------------------------	-----

