

THE MYSTERIES OF THE COMMON LAW

Abstract: Oliver Wendell Holmes stated that ‘the life of the law has not been logic: it has been experience’. These words provide a cornerstone for understanding the common law. This article discusses aspects of the common law that are perhaps misunderstood, from its origins to the ways in which it develops according to the world that it exists in, the role of the judge in common law courts and certain principles that are unique to it. In contrast to a civil system, the common law is flexible and ever-changing and this article focuses on the intricacies that make it a unique system of law.

Author: Peter Charleton, Supreme Court of Ireland, adjunct professor University of Galway, and Liam Lochrin, Judicial Assistant.

The Romans had a legal code, as did the Greeks, as did the Kingdom of Jerusalem before its final collapse in 1291 and, today, every country in Europe has one with only Cyprus and Malta surviving with vestiges of English judge-made law, thus leaving Ireland, conquered by the Normans from 1169 on, the last common law legal system within the European Union. The point of a code is to remove from the deciding judicial mind any personal point of view as to where justice lies: the judge applies the law and that is it. But, since the common law is flexible, is the system flawed so that emotion may intrude, distorting the decision that otherwise would have been made?

There are many misconceptions about the common law: that it was made up by judges; that judges can follow their emotions and change or bend legal rules to give a fair result; that it is personal to judges; that there are no rules; that if there are rules, they are impossible to find; that the whole mess is not about rules but about picking out some case from a smorgasbord of varying precedents and saying ‘this is it, here is the rule that applies to you!’ Thus, step into a common law court and the outcome becomes like what Forest Gump said, ‘Life is like a box of chocolates – you never know what you’re going to get.’ Except, in common law, it is supposed, the judge chooses! Actually, codification followed on from writing down the customary rules followed by judges. In Ireland we had the Brehon Laws, literally the laws made by judges. As a matter of history, law came from morality, with God giving the ten commandments to Moses¹; but were there not already basic rules without which a society could not survive? If you murder your neighbour, would it not set off revenge, blood feuds, generations of strife? Similarly if you stole, how could it be expected to be left unchallenged; or rape; or arson; or adultery?² Some people claim that deep down in human consciousness is to be found that natural law whereby we are all guided to live lives; that we are, in other words, guided by conscience and that its dictates speak from person to person with the same voice. If before codes of law, we had conscience and then customary law or judge-declared law and then codes of law, it must be clear: this is progress, and codification represents the summit. If that is so, then the common law is a mish-mash, arcane, chaotic and useless.

How much common law survives?

Speaking now about Ireland, and about England and Wales, but not the different system in Scotland, huge swathes of common law survive³. Contract law, tort, agency and restitution

¹ *King James Bible*, (Oxford University Press 2008) (Original work published 1769), Book of Exodus 19-24.

² Peter Charleton, *Lies in a Mirror*, (BlackHall Publishing 2006), 100.

³ Theodore Plucknett, *A concise history of the common law* (The Lawbook Exchange Ltd 2001).

are some areas that are governed entirely by common law. In European Law, there is not a trace. In Irish company law the entire edifice was a conceit, that a company is a different person to its owners, was erected by legislation and confirmed by judicial decision; in revenue law the rule is no taxation without representation and so parliament made every single rule enabling taxation; and there is no equity. So, Ireland and England are also familiar with codes. That goes back centuries, with codes of taxation by Parliament coming after Magna Carta and the Joint Stock Companies Act of 1844 establishing regulation for artificial enterprises.⁴ But when it comes to contracts, it is all common law, except for a few areas like sale of goods⁵ and even there it is just a codification of existing judge-made law and product liability, which is EU law; and tort law, about liability for negligence, nuisance, defamation, and all that, that's all common law; and that's really the core of what most cases in court are about and the foundation of business relations. So, it's a huge swathe. And a very important one. But how can you find the rules; where did it come from; and isn't it impossible to predict and to work out because a judge's emotions, his or her feeling about the case, dictate the result?

Origins

When England was conquered by the Norman-French, and subsequently Ireland by the Anglo-Normans a century and a half after King Brían Ború had defeated the Vikings in 1014 in Clontarf,⁶ King Henry II had sent his judges out from London to large towns to sit in judgment over wrongs claimed to have occurred in the area.⁷ Grand juries would say what the wrongs were that they suspected. The judges consulted with each other as to what law they had applied, how a problem was solved and came together to standardise rules; resulting in the first treatise on English law: *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvill vocatur*,⁸ on the causes of actions in royal courts, dating to around 1189. In some courthouses, you can see the physical evidence of this consultation among judges as to what the rules actually were. This was so that individual emotion would not prevail but that laws could be standardised. In the Four Courts in Dublin, for instance, dating from 1792, there was a cloister to the front where, under a colonnade, judges would meet and talk over lunch about their cases; in the Inns of Court, located in the King's Inns in Dublin, judges were expected to dine together and no barrister could be called into the profession without attending lectures and eating in the same room as them; judges did not just sit and hear a case but went out and spoke about the true nature of the legal point to more expert colleagues: hence, you get a recurring phrase in the law reports up to the 19th century such as, 'I have consulted by brother Cave, and he is of opinion, as am I, that ...' This was not about emotion: it was about consistency. And then there is the doctrine of precedent: that as far as possible, if a legal point was decided already, that all judges of the same level should follow that view, and that if a superior court had ruled on a point, that all inferior courts were bound to decide according to the precedent.⁹ Furthermore, even the Supreme Court has to follow its own precedents:

The path to reversing a decision must be paved with compelling reasons leading to a point demonstrating error in a prior judgment. Since justice is the fundamental principle upon which the constitutional order is built, and

⁴ M.S Rix, 'Company Law: 1844 and To-Day' (1945) 55(218–219) *The Economic Journal* 242–260.

⁵ Sale of Goods Act 1893.

⁶ Seán Duffy, *Brian Boru and the battle of Clontarf* (Gill & Macmillan Ltd 2013).

⁷ Paul Brand, *Henry II and the Creation of the English Common Law* (Cambridge University Press 2012).

⁸ Gaines Post, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanville vocatur* (Nelson 1967) 162–165, (Originally published 12th century).

⁹ *Attorney General v Ryan's Car Hire Ltd* [1965] IR 642, 653.

since certainty of law is an aspect of true social order that enables litigants to predict the basis of the application of any decision to their cause, it may only be in the most exceptional of cases where departure from a fully considered precedent may be considered possible.¹⁰

Common law judges stick to precedents in order to establish uniformity, to set down the foundations of the law with certainty and to avoid personal judgments. But, it may be asked, with so many decided cases, so many principles, how do you find the law and can't you just choose one precedent so as to reach the result the judge's emotional reaction leads to?

Only one judge!

In France, courts sit in banks of three. Most civil law countries have that as well, with the Netherlands holding criminal trials before three judges, a full rehearing before three other judges on appeal and then a legal appeal after that. What really matters is what works for each country; but more importantly, what are the other rules so that the system as a whole functions. You cannot take a rule from another country and say 'that looks nice' without considering how that rule interacts with the entire procedure within which it functions. In Ireland, to take an example, many victims groups think that someone who complains of rape ought to be represented in court. But to do that might upset the existing balance as between the person accused and the prosecution so that the accused now has two legal teams against him.¹¹

History, again, shows where the single judge trial comes from at common law. When Henry II sent out his judges to try cases according to a common system, several judges would travel England but only one would try cases. A case would come before a judge because the grand jury had indicted an individual on the basis of a believable complaint. A judge would not sit on a capital or serious criminal case without a petit jury, the jury we know today of twelve citizens. So, in criminal cases, there was no single judge trial. The exception is for small cases and there the origin of the law was similar, with vestiges in England today with the magistrates system. Historically, the local worthies would have reported to them those who needed sorting out. They would require suspected miscreants and their accusers and witnesses to come before the bench, summoning them. There the cases would be tried before three untrained gentlemen who would sit with a legally-trained registrar. That system continues today but England no longer has grand juries and magistrates no longer initiate cases themselves; but the summons system survives as a vestige.

The French would be shocked to learn that once a judge is appointed in Ireland, that judge may declare that an Act of Parliament is unconstitutional. But like a rule plucked out of context, that is how it works but that is not the full picture. In Ireland, a judge of the High Court has, under Article 34.3.1°, 'full original jurisdiction in and power to determine all questions whether of law or fact, civil or criminal.' That is a single person! We trust judges to act responsibly, but we also surround them with rules. A judge is independent; but like the judges of old in hearing a case, he or she may consult with colleagues. In every court with this power to declare an Act of Parliament unconstitutional, the judges meet for lunch every week and also meet for dinner in the King's Inns, but infrequently. Every judge has at their

¹⁰ *Braney v Ireland* [2020] IESC 76.

¹¹ Peter Charleton and Orlaith Cross, *Towards a Presumption of Victimhood: Possibilities for Re-balancing the Criminal Process* (2021) 5(2) IJSJ.

disposal the telephone, which puts them in contact with perhaps others who have a greater knowledge or off whom ideas may be bounced. In my career, I have fielded such phone calls. The purpose is not to tell your colleague what to do, rather to hear them out as to what they have to say, find out how certain they are and to perhaps gently suggest another point of view. That is as far as it goes. Also, all Acts of Parliament must be construed so as to have a constitutional outcome, the principle of constitutional interpretation, provided that a judge does not add words or subtract words from the text.¹² Every judge is subject to appeal. But that appeal is limited in the sense that an error of law is corrected on appeal but facts are left within the province of the trial judge. Hence, unless there was no evidence for a fact found at trial, or the finding of fact was unreasonable given the weight of the evidence, the Supreme Court or the Court of Appeal is bound by what the trial judge decides in fact.¹³ These principles can be more concisely stated as follows:

1. Findings of fact supported by credible evidence are not to be disturbed.
2. Inferences of fact derived from oral evidence can be reconsidered, but an appellate should be slow to do so.
3. Inferences drawn from circumstantial evidence can be more readily put aside by an appellate court since that court is in as good a position to draw its own inferences as the court of trial.¹⁴
4. Even on affidavit evidence: the trial judge is only to be overturned if he or she took a wrong legal decision, or if their assessment of fact was unreasonable.

So, yes, we place enormous reliance on trial judges. Why? Well, think: when you are an advocate, your back is turned to the court; you see the judge and the witness but that is all. In contrast, it is a weird feeling of overview when you sit on the judge's bench: a witness speaks but you see the reaction of everyone else in the room; a witness talks about someone else – you see that person as well as the witness. You spot how lies are going down with those about whom they are told, or how the truth impacts on the parties to a case.

Dissenting opinions

When cases are appealed, then three judges sit. We have collegiality. But not anonymity. Judges are known: but none of us are celebrities. We are expected not to go into pubs, except when accompanied by one's family while on holiday and then only for food and refreshments. We cannot appear on the television or the radio or have private blogs. Any speech of mine, including the speech from which this article is based, I send to the Chief Justice for approval in advance. We are absolutely forbidden from discussing any case we made a decision in; an exception being an academic and private conference in a university and even then it is guarded. When we write a legal paper, we shy away from expressing definite opinions on law reform; rather we might say 'it could be suggested ... perhaps a reform might consider ... some may think, perhaps reasonably' or some such phrase which makes our meaning both clear and ambiguous at the same time.

Dissenting judgments are a plant that grows well only out of a common law soil. There the plant is nourished by the individuality of opinion, by the resort to reason and not to the inflexible words of a legal code and, more than anything, by the strands of prior reasoning

¹² *McDonald v Bord na gCon* [1965] IR 217.

¹³ *Hay v O'Grady* [1992] 1 IR 210.

¹⁴ *Ryanair v Billigfluege* [2015] IESC 15, [4].

whereby there may be identified a sufficient flexibility to deal justly with the variety of human experience and human fault. This is a transparent process: one whereby because of a dissent, the majority are challenged to respond by strengthening their opinion to make their reasoning more convincing. Thereby the apodictic of what the law is becomes set on even firmer foundations. But, this can be exaggerated so that the dissenting judge assumes a heroic mantle, even when it is plainly evident that he or she is wrong. Furthermore, it is the majority opinion which blazes the legal trail while the dissenter is, in reality, cast by the roadside. The utility of dissent is in challenge, in advancing reasoning, in demonstrating the strength of the majority, in openness and, above all, in enabling those subscribing to a judgment to actually be seen as fully agreeing with it; instead of blundering into a confirmation of what may be the lowest common denominator of reasoning. But, let's not exaggerate: well, why not? Here goes: 'A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been brought.'¹⁵

Reasoning and deduction are the basis of common law judgments, effectively making the correct rule emerge out of the context of precedent. Otherwise, it has been said, the civil law judgment reflects the more limited role of the judge in merely applying the code of law. But, into the code of law went many opinions, and perhaps the discourse has already taken place? It should not be forgotten that the hundreds of cases that are dealt with during the daily workload of the Irish or English courts require no more reasoning than this: the court accepts the evidence of the defendant because it conforms with the background and undisputed facts; or, the court applies the relevant case, which states the law very clearly. That is the everyday situation. Then there are the difficult cases which call for all the stops to be pulled out. Such a one was *UCC v ESB*, where a university flooded by a hydroelectric dam sued the national electricity company.¹⁶ Why was it not easy? The electricity company had a duty to produce electricity, not apparently to protect people downstream from its dams from flooding; American cases had said the law on this was that there was no liability unless the dam company added to the flooding; do not worsen nature. But in that case, the ESB was found liable, returning the case for hearing to find out if water had been released earlier, how much lower, if at all, would the water have been. There, a clear result was to be found. But not in all cases. Many of our judgments are too discursive: going on too long, being hard to make out. There are noteworthy examples. In *Dellway Investments v National Assets Management Agency*, the issue was the taking over of bad debt of builders in order to save Ireland's economy.¹⁷ The plaintiff company won on procedural grounds, having lost in the High Court. But, the point here is that the judgments of that case take up an entire volume of the official reports. Can the essence of those judgments be stated? Well, every report begins with a very clever reporter's summary; and many rely on that. When you write a text book you try to put decisions into pithy phrases. These are, as we see in the next section, precedents.

The European Court of Human Rights has dissenting judgments, the Bundesverfassungsgericht enables a dissent, rarely taken,¹⁸ and some civil law systems have dissents. We rarely have dissents on appeal in criminal convictions; but when there is a further appeal to the Supreme Court, there may be a dissent, but that has only happened once.¹⁹ Criminal cases differ from civil ones: in criminal cases the accused is only convicted

¹⁵ Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States* (New York 1928) 68.

¹⁶ [2021] IESC 21.

¹⁷ [2011] 4 IR 1.

¹⁸ Federal Constitutional Court Act of 21 December 1970, section 30(2).

¹⁹ *The People (DPP) v FN* [2022] IESC 22 is so far the only example on substantive criminal law.

if reasonable people would consider there is no doubt; similarly, on appeal, there should not be a doubt. Dissent in some types of case may weaken the public trust in the system of justice; but should it? Let us admit that the public do not read legal judgments and that all that will be reported is bare numbers: by a 3 to 2 majority, the Supreme Court decided whatever. Nor do journalists. But academics and students do. The confidence of the common law system is in the reasoning and the adherence to and foundation in precedent. That is pretty obvious when the trouble is taken to actually study the outcome of the discourse. Then, matters become transparent. Dissent is human. In what family is there not dissent? And is a dissent actually a dissent? In the common law system, what a dissent acts as is a strand in the reasoning in the final decision as we, in Ireland, and in England too, just state our point of view and we attack no one.

There can be great, prescient and prophetic dissents but for that there have to be real divisions in society and real injustices that are being ignored. Perhaps in the future, scholars will look back and find injustices that we have ignored as, being immersed in our own certainty, what seems to us to be right may be entirely wrong. Examples include the dissent of Brandeis J in *Olmstead v US*,²⁰ Holmes J in *Abrams v US* and, my own favourite, that of Harlan J in *Plessy v Ferguson*.²¹ Were I alive during the New Deal, I would have dissented from the economic self-correction doctrine that the Supreme Court then promulgated. But, look at the issues! *Plessy* was about racial segregation on busses, in the use of all public facilities: that was okay said the majority because it was 'separate but equal.' Now, where have we heard this before? *Olmstead* decided that listening to phone traffic could not be equated with physically searching a suspect's home – where police need a warrant. And *Abrams* decided that leafleting in protest against US involvement in the Russian civil war of 1919 was a crime.²² The offence was wilfully to speak or publish 'disloyal' language about the American political system or to incite or advocate 'any curtailment of production . . . necessary or essential to the prosecution of the war . . . with intent . . . to curtail or hinder the United States in the prosecution of the war.'²³ So, free speech did not come into it!

But there are dangers and as to how pressing these are depends on the system within which dissents may be allowed. Questions need to be asked: will dissents undermine the civil code; will dissents add to the reasoning and not undermine the majority; will dissenting judges grandstand and hope to become heroes to sectional groups that seek to destroy national cohesion? Are there celebrity judges? Why ask the question? Well, the feeling is that when a person goes into court, he or she is not there being judged by a person but by a system: hence the French having a banc of three judges. That is right. But the system is the law and the individual judge represents the law. Certainly, there is Judge Judy, or Judge Rinder, but you know, a dissenting opinion does not make you a celebrity and nor, in our system, does it blow down the house of cards that is the majority judgment. Why? Because, the apodictics of the judgment blow away all contrary views: that's the theory anyway. If you ask my view, not to criticise anyone, I hate joining in an opinion I don't share and I also think that when five or more come together and hammer out a consensus that it really is not that: it is, so to speak, a horse made out of the parts of a camel and a goat – unconvincing, illogical, without integrity and having the feel of the Yellow River Concerto; the mishmash piano concerto written by a committee of composers under Chairman Mao. Well, maybe that's too strong: but it's only my opinion, after all,

²⁰ 277 US 438 (1928).

²¹ 163 US 537 (1896).

²² 250 US 616 (1919).

²³ 250 US 617 (1919).

Precedent

If you learn law in university and you try to learn all the cases, all the facts, all the decisions, you will fail. The common law is not like that. What a student looks for, what a judge applies, is a principle as distilled from a case and the judge applies it when a similar case comes along. While civil law system lawyers travel with a code under their arm, or a computer with access to the code, common law system lawyers rely very heavily on text books. Scholars read all the decisions and distil decisions into principles. However the common law is certain enough that it is easily possible to codify it. Australia, which has a federal system, inherited the common law as a country once part of the British Empire. In several states the criminal law has been written down in the form of a code. But all this does is preserve rules that over centuries proved to be certain. In tort law, there are codes in some American states; but it is not necessary. It is easy to achieve as much certainty as in a code.

Let me give an example from a complicated area of law that all legal systems would struggle with. Suppose a person claims that someone had committed a serious criminal offence. The accused is arrested and questioned. After a long trial, a year in preparation, the accused person is acquitted. That person feels aggrieved: they think they have been prosecuted for no reason, that there was no real evidence and that their lives had been ruined by suspicion; they sue the complainer and claim a tort. A judge does not say: is that fair? No judge allows emotion to say what the law is: rather the question is – what is the law? If you were to legislate on this difficult area, considerations of policy would have to be looked at and issues of proof. Should a legislature make it easy to get damages from a person who in good faith, bona fide, had tried to uphold the law by making a complaint of a criminal offence, then people would be terrified of going to the police. Should a legislature not, on the other hand, where a person has had their life ruined by a malicious complaint, provide for damages? A standard has to be set to make the law both workable and of benefit to society. The common law did that by inventing the tort of malicious prosecution.²⁴ And it can be defined by case decisions and it is. This is how *Salmond on Tort* defines the wrong:

It is the wrong known as malicious prosecution to institute criminal proceedings against anyone if the prosecution is inspired by malice and is destitute of any reasonable cause.²⁵

A similar liability attaches to him who maliciously and without reasonable cause petitions to have another person adjudicated a bankrupt or to have a company wound up as insolvent.²⁶

Similarly, it is an actionable injury to procure the arrest and imprisonment of the plaintiff by means of the judicial process, whether civil or criminal, which is instituted maliciously and without reasonable cause.²⁷

These definitions are clear and they are certain. To succeed, a plaintiff must demonstrate arrest, bankruptcy or seizure of assets without the defendant who did this having reasonable

²⁴ Herbert Stephen, *The Law Relating to Actions for Malicious Prosecution* (London 1888) 37; *Saville v Roberts* (1698) 5 Mod 394.

²⁵ John William Salmond, *Salmond on the Law of Torts* (17th edn, London: RFV Heuston 1977).

²⁶ *ibid* 413.

²⁷ *ibid*.

cause and probable evidence. Could a code be any clearer? Furthermore, these are questions of law based on proven fact – not on the emotion of the circumstances. It must be conceded, however, that in some respects the common law may become over-complex notwithstanding the simplicity of its principles. Defamation is an example. A good one because it shows how the common law may develop, not just at the whim of a judge but because through deductive reasoning existing principles may allow a legal tenet to apply in a new situation.

Defamation and flexibility

The destruction of a person's character was a wrong in Roman law and is codified by Justinian.²⁸ Of course, you are not liable if what you say, write or broadcast is the truth: that the plaintiff really did murder his business-partner, that the plaintiff stole money. But, at common law, the defendant who publishes a newspaper article revealing the appalling character of the plaintiff must prove as a probability that what was written was true: that is not easy. But what is defamation? The wrong of defamation consists in the publication of a false and defamatory statement concerning another person without lawful justification, that person being still alive.²⁹ As usual in the common law, it is all about the definition. You defame someone by lowering their character in the minds of ordinary, right-thinking members of society. You can do so if that is true; hence 'lawful justification'. Expressing an opinion on an issue of public interest, such as politics, is not defamation; and neither is vulgar abuse: calling someone 'a monkey-faced tart'. And you are lawfully justified provided you believe what you say to be true or provided you have an obligation to say it and the person to whom you say it has an interest in knowing it. This last defence is called qualified privilege.

Let's give an example from the time when ladies had servants. Lady Muck suspects that her housemaid is light-fingered; that she pinches stuff. In fact, Olive Plant is honest and God-fearing. Lady Muck invites five people to her house to hear a private Chopin recital by a young pianist. On each entering her salon, Lady Muck advises her guests not to leave their handbags out of their sight as 'Olive is a kleptomaniac.' Olive hears this and she sues Lady Muck. In the case of *Plant v Muck*, the defendant will win: Lady Muck had a duty to her houseguests; they had an interest in not being stolen from; Lady Muck was not acting maliciously, though she would have been had she not believed honestly that Olive was stealing from her and likely to steal from others. Now, let's see how the emotion of striving after justice has changed the application of the defence.

While politicians are unlikely to get sympathy if they sue for defamation, sometimes what is broadcast about them becomes too much. No one had thought up to 1994 that the public could take the place of Lady Muck's guests and that a journalist could claim a privilege for revealing to the world that a politician was corrupt, even though it could not be proven or he was not. But in 1994, Albert Reynolds had to resign as Taoiseach (prime minister of Ireland) amid uproar in Dáil Éireann, our parliament. Had he misled the nation or not? The Times of London published a factual analysis, thus fair comment was not available as a defence (this was fact, not comment) and neither was showing the truth of a complex political situation possible for the newspaper. The lawyers had a clever idea, however: there was no law that private situations of qualified privilege (Lady Muck and her guests) could not apply in public. Thus in *Reynolds v Times Newspapers*,³⁰ the common law moved on. The House of Lords ruled that:

²⁸ John Baron Moyle (ed), *The Institutes of Justinian* (IndyPublish 1906).

²⁹ Salmond (n 25) 139.

³⁰ [1999] UKHL 45, [1999] 4 All ER 609, [2001] 2 AC 127.

The elasticity of the common law principle enables interference with freedom of speech to be confined to what is necessary in the circumstances of the case. This elasticity enables the court to give appropriate weight, in today's conditions, to the importance of freedom of expression by the media on all matters of public concern.

Depending on the circumstances, the matters to be taken into account include the following. The comments are illustrative only.

1. The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true.
2. The nature of the information, and the extent to which the subject-matter is a matter of public concern.
3. The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories.
4. The steps taken to verify the information.
5. The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation which commands respect.
6. The urgency of the matter. News is often a perishable commodity.
7. Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary.
8. Whether the article contained the gist of the plaintiff's side of the story.
9. The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact.
10. The circumstances of the publication, including the timing.

This list is not exhaustive. The weight to be given to these and any other relevant factors will vary from case to case. Any disputes of primary fact will be a matter for the jury, if there is one. The decision on whether, having regard to the admitted or proved facts, the publication was subject to qualified privilege is a matter for the judge. This is the established practice and seems sound. A balancing operation is better carried out by a judge in a reasoned judgment than by a jury. Over time, a valuable corpus of case law will be built up.³¹

That is a development but, also, it is the application of what was there to a new situation. In law, as in life, new situations come up all the time and the common law is there to respond; not for judges to say, 'oh no! we've never seen this before so even if the outcome is unjust, we judges are doing nothing.' That would be to respond emotionally: to wash your hands of the problem. But, developments at common law are small, incremental, logical and based on experience. Developments are not based on emotion. If the law is sufficiently clear, if the

³¹ Later cases said this 10 point list was only indicative; *Jameel v Wall Street Journal Europe* [2007] 1 AC 359, [2006] 4 All ER 1279, [2006] UKHL 44, [2006] HRLR 41; *Leech v Sunday Newspapers* [2007] IEHC 223.

situation has been tested before and precedent established, the common law is a code and it will not move.

Emotion does not matter

Law matters – not emotion. Ireland was a religious country. Seamen coming into Dublin Harbour from foreign climes in the 20th century were catered for by either a Protestant or a Catholic mission, where they could go and receive refreshments and get a bed. There were two and the Catholic mission had a different name to the Protestant mission. In *Re Julian*, a Protestant lady in her will bequeathed a substantial sum of money in her will ‘to the Seamen’s Institute, Sir John Rogerson’s Quay, Dublin’.³² Two institutions in Dublin claimed that bequest; naturally it must be assumed the Protestant lady left her money to the Protestant institution, and to cap it all, the judge, who I knew as a child because he lived opposite me, Theodore Kingsmill Moore, was a Protestant. Despite unassailable evidence that the deceased lady knew and visited an institution called the Dublin Seamen’s Institute at Eden Quay in Dublin, which shared her religious persuasion, and had no interest in another institute on Sir John Rogerson’s Quay, the words she used meant that her bequest went to the institute, as she clearly expressed it, on Sir John Rogerson’s Quay in Dublin. Kingsmill Moore J added a personal note to his judgment, as to how the law prevailed and how his emotions were not swayed:

I regret having to give this decision, for the evidence which I have excluded, if I were allowed to take it into account, would convince me to a moral certainty that the testatrix intended to benefit the Dublin Seamen’s Institute... This is by no means the first – and, equally, certainly, will not be the last – case in which a judge has been forced by the rules of law to give a decision on the construction of a will which he believed to be contrary to the intentions of the testator.³³

The common law rule is: that in construing a written contract or settlement, the intention of the parties should be ascertained from the words that they have used within the ascertained context. There was no flexibility. The rules are the rules: just as if they were in a written code.

Principles underlying the common law

Oliver Wendell Holmes, while a practicing lawyer, was invited to give the Lowell Lecture in Harvard in 1880, and in those twelve lectures he explored the inner workings of the common law³⁴. Holmes was something of a cynic and his conclusions might not be shared by all: but his scholarship cannot be ignored since he turned over every leaf to try and find the origins of the common law. Actually, you might say that he discovered that emotion was behind the legal rules. For instance, if there is a collision between two ships, Ship A wrongfully damaging Ship B which was in the right shipping lane, the owner of Ship A may arrest Ship B. That way the owners of Ship A gets their damages since they can sell Ship B if the money is not paid.³⁵ But the real emotion behind the law is a primitive feeling that someone hurt by the wrong of an object, a tree, a dog, a cow, should have it delivered to them so that they might destroy it. This may seem like the law of the jungle. But think about it: as Holmes discovered,

³² [1950] IR 57.

³³ *ibid* [65] and [66].

³⁴ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (Boston: Little, Brown, and Company 1881).

³⁵ *ibid* 27.

the law channels revenge.³⁶ Someone's child is assaulted, the mother and father may go after the miscreant. The law, by being rational, objective and fair, will substitute the place of the parents and take revenge. In early English law, that might be through torture or execution but now it is by imprisonment. Juries trying criminal cases are warned not to rely on emotion: only judge the case on the facts as presented in court. I know, because I used to be a criminal barrister, that accused men bring in their pregnant girlfriends/wives so juries can see them, that they call their mother to give evidence on a pretext. None of this matters. While it is hard for juries to be objective, it is also hard for judges. All of this is about cold clinical judgment and jurors are excused if they know the accused or the victim or if they have such strong views that they cannot hear the case. Actually, the real danger is that the Internet will be accessed and prejudice from outside the case will enter.

Holmes told us a few home truths:

- Yes, the common law changes but it does so in a way that hides what it is doing. The judges making the decision claim that they are just applying rules but in fact the judges are inventing new explanations for existing rules and applying them as the needs of the case required.³⁷
- When you make law, you make policy. What tort law is about, for instance, is finding rules that allow business to function by requiring only reasonable care in avoiding injury to workers. The consequences of an accident lie with a plaintiff unless that plaintiff can show a want of ordinary care, in which case the plaintiff recovers damages. But, what is ordinary care? In reality, the judges set the standards and then apply these to other situations.³⁸
- While, for so long, people felt that the law was based on morality, since it was first administered in church courts, in reality there was no point in trying to delve into a person's mind. Instead, the law concerned itself with setting external standards. The judges set these and defined them and everyone was expected to come up to that standard. A common standard is that of 'the reasonable man'. Who defines him? Judges do.³⁹

Development of the law of negligence as exemplar

Negligence as a concept has come up like a tide and almost swamped every other tort. The Supreme Court in Ireland has warned against this. Torts which are well defined and fit the facts of the case are not to be displaced by a plea of negligence.⁴⁰ The Supreme Court in *Cromane Seafoods*, held:

Negligence is not all encompassing. It has not swamped every other tort. If ill is broadcast of a person, the remedy is defamation. If a person is illegally arrested, the remedy is false imprisonment. If in public office, something is done which affects rights, the remedy may be judicial review in terms of

³⁶ *ibid* 41.

³⁷ *ibid* 35–39.

³⁸ *ibid* 109.

³⁹ *ibid* 37–38.

⁴⁰ *Cromane Seafoods Ltd v Minister for Agriculture* [2016] IESC 6.

overturning a decision in excess of jurisdiction or, if damages are sought, tort law requires that a claimant should prove misfeasance in public office.⁴¹

This was affirmed recently in the case of *UCC v ESB*.⁴² The law of torts started with situations of trespass or nuisance which were only provable when the plaintiff demonstrated the defendant was negligent. In the famous case of *Donoghue v Stephenson* that evolved into a free-standing wrong: where people were so proximate that the actor had to take into account what consequences his or her actions might have in injuring other people, there was a duty to take reasonable care, and if damages resulted from negligence, a defendant was liable.⁴³ But, what about this principle that judges invent policy? The development of the law of negligence exemplifies this. Suppose the police prosecute you in good faith but leave out some evidence; suppose public officials carry out their duty but wrongfully and a property owner suffers damages; suppose planning permission to build a factory is refused wrongly: can the wronged-person sue? No, because public policy comes into the mix. First you have to find a duty of care. A solicitor drawing up a will has a duty to a beneficiary to see that he or she gets what the testator wants; a person advising in a special relationship must give careful advice; a doctor operating on a patient has to exercise professional skill and judgment; a motorist on the road must take care. Then you define the standard; that of a reasonable professional/reasonable person but no more. This is not insurance. The damage must result from the wrong and not be remote.

Since negligence has the capacity to apply to every situation; to courts, to politicians legislating, to investigating magistrates; it must be limited. And here, it is the judges who have come up with the limitations as a matter of policy. A feeling, or emotion, of what is right is what limits the danger of a modern state being frozen from functioning because of fear of being sued. In modern form, this is how it is expressed:

There is, in my view, no reason why courts determining whether a duty of care arises should consider themselves obliged to hold that it does in every case where injury or damage to property was reasonably foreseeable and the notoriously difficult and elusive test of 'proximity' or 'neighbourhood' can be said to have been met, unless very powerful public policy considerations dictate otherwise. It seems to me that no injustice will be done if they are required to take the further step of considering whether, in all the circumstances, it is just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope on the defendant for the benefit of the plaintiff.⁴⁴

And it must be admitted that the current state of the law has been developed through trial and error and informed by the feeling that not every wrong entitles a plaintiff to recover damages when to do so would inhibit the functioning of our democracy.

In the correction of the law, where the common law is flexible, emotion can play a part. I give here an example from criminal law.

⁴¹ [2016] IESC 6 [29] (Charleton J).

⁴² [2020] IESC 38.

⁴³ [1934] AC 562.

⁴⁴ *Glencar Explorations Limited v Mayo County Council (No 2)* [2002] 1 IR 84.

Self-correction as a paradigm

The common law can self-correct. It can go wrong and through an analysis of the consequences, judges can come to the conclusion that the principles were wrongly applied. But is it merely that? Holmes would say that this is an example of judges making law or, going further, making policy. As Holmes said:

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.⁴⁵

In *The People (DPP) v McNamara*,⁴⁶ the Supreme Court was faced with a crime of passion. Some might say a gang-warfare crime. The accused belonged to a motorcycle club and it had a dispute with another club. The accused had been confronted in a bar by a member of the rival club and had his club insignia ripped off and his wife insulted. That night some members of the rival club came and threatened him outside his home. The next day, he got a gun and tracked down the car of the person who had insulted him and followed that car. The accused went to the rival club premises. He parked his car and went over to the gates. There he shot a man who had no connection to events beyond being a member of the rival club who bled to death. The accused claimed he had acted under provocation. The trial judge said there was no sufficient evidence to support that claim and disallowed the defence, whereupon the jury convicted.

Provocation as a defence has a long history and its development can be seen as reflecting the emotions of society and judges' responses to those prevailing moods. The defence reduces murder to manslaughter; hence the accused need not automatically be punished with life imprisonment, it may be lesser. It started to stop gentlemen who duelled with each other being convicted of murder. It developed in a quite misogynistic way, excusing the rage of men when girls in a sexual encounter mocked their performance.⁴⁷ It came to be very heavily influenced by Holmes' notion of 'the reasonable man'; thus it was objective: the accused was expected to react only as a reasonable man would. You may ask would a reasonable man ever react so much as to lose his temper to the point of killing someone? Then, in an English case where a boy had been sexually assaulted multiple times, a final insult caused him to hit his torturer with a pan and kill him. At trial, the history of abuse was said to be irrelevant, nothing to do with the reasonable man. On appeal, the fixed characteristics, pregnancy, race if the insult was racial, and abused state were allowed to be added to the reasonable man.⁴⁸ In Ireland we went further and said that provocation was entirely subjective.⁴⁹ So, you judged the reaction to an insult from no objective criteria at all. That proved to be unsatisfactory. In the *McNamara* case, the Supreme Court overturned 40 years of precedent and said that in reality the true law was that people were expected to keep their temper and that male rage

⁴⁵ Holmes (n 34) ch 1.

⁴⁶ [2020] IESC 34.

⁴⁷ The history is set out in *DPP v McNamara* [2020] IESC 34.

⁴⁸ *R v Camplin* [1978] AC 705.

⁴⁹ *The People (DPP) v MacEoin* [1978] IR 27.

against women, which accounted for many cases, was not an excuse. This was welcomed by leading commentators:

The development of the case law on provocation in Ireland shows that there was a need for clarification, and also for a balance to be struck in terms of what the test was to be for the use of the defence. The changes to the law of provocation in Ireland set out in *McNamara* have the potential to ensure that the standard of the test is suitably achievable, in that there is protection for human frailty and an actual loss of self-control, but at the same time the bar is not set too low to allow the partial defence to be put to the jury in too broad a set of circumstances.⁵⁰

Drink and drugs often fuel violence.⁵¹ To murder, you have to intend to kill or cause serious injury. Two views might be taken: the accused is judged as utterly drunk and if he did not intend death or serious injury he is to be acquitted; the accused is to be judged as sober and even if he did not kill, too bad – he’s guilty. Analytically, you could find fault, essential for criminal liability, in getting drunk: but everyone gets drunk! In an English case, a man strangled his girlfriend when high on LSD thinking he was wrestling with snakes in the underworld.⁵² Despite him knowing nothing, he was convicted of manslaughter. If he had been sleepwalking, this would have been an acquittal. When the modern law on intoxication was analysed in our Supreme Court, we decided that if the accused was so drunk or drugged as not to realise what he did, that was not murder but there was sufficient fault for manslaughter.⁵³ Why? Essentially, there would still be fault and people can’t escape liability through their own fault. That is the pragmatism of the common law. Led by emotion? I would say led by experience and by pragmatism.

Flexibility and exclusion

There is a rule at common law that a judge cannot act as a judge in his own cause: *nemo iudex in causa sua*. The European Convention on Human Rights at Article 6 says that for ‘the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.’ And this is no more than can be expected. The Constitution of Ireland, 1937, makes it clear that judges are not to try cases which involve them and that the judiciary is a completely separate part of the State with which there can be no interference. Thus:

Article 34 – Justice shall be administered in courts established by law by judges appointed in the manner provided for by this Constitution and ... shall be administered in public.

Article 34.6.1^o – Every person appointed a judge under this Constitution shall make and subscribe the following declaration: ... I will duly and faithfully and to the best of my knowledge and power execute the office of

⁵⁰ Caoimhe Hunter-Blair and Ceara Tonna-Barthet, ‘The Ground Shifts: An Analysis of the Law of Provocation in Ireland’ (2021) 31(2) ICLJ.

⁵¹ Kajol Sontate and others, ‘Alcohol, Aggression, and Violence: From Public Health to Neuroscience’ (2021) 12 Front Psychol; Shaoling Zhong, Rongqin Yu, and Seena Fazel, ‘Drug Use Disorders and Violence: Associations With Individual Drug Categories’ (2020) 42(1) Epidemiol Rev 103-116.

⁵² *R v Lippman* [1970] 1 QB 152.

⁵³ *The People (DPP) v Eadon* [2019] IESC 98.

judge without fear or favour, affection or illwill towards any person, and I will uphold the Constitution and the laws ...

Article 35.2 – All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law.

Article 35.4 – No judge shall be eligible to be a member [of Parliament or the Senate] or to hold any other position of emolument.

Article 35.4.1^o – A judge ... shall not be removed from office except for stated misbehaviour or incapacity, and then only upon resolutions passed [by Parliament and the Senate] ...

All of that, however, is what the common law already provided for: that judges would be independent and would not adjudicate on any case which personally involved them. It is utterly fundamental that the court system function as an independent system to which the people resort to resolve legal disputes. If confidence in impartiality is undermined, the courts system is ruined. Lord Denning observed: ‘Justice must be rooted in confidence and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking “The judge was biased!”’⁵⁴ A judge or decision maker should not have an interest in the outcome of a case. If that is so, then there may float around a suspicion based on rational grounds that the decision may have tilted in one direction because of a factor pulling the decision maker or judge to that specific outcome. This undermines confidence in public administration and it draws systems of justice towards, or even into, the acid bath of public mistrust. An example as old as that of the trial of Saint Jeanne d’Arc may illustrate this. She was condemned to be burnt alive by English forces occupying northern France following a supposed enquiry into heresy, the result of which would favour the invading army. She suffered a horrible death on 30 May 1431 at Rouen.⁵⁵ A later enquiry overturned the result on the grounds of bias and rehabilitated her. By then she had suffered horrible indignities leading to a torturous death.

Almost nobody ever claims that a judge went into a case thinking: ah yes, I’m going to make sure that immigrants don’t win contract cases, or as in the case of Saint Jeanne, she must die so that our side will win the war. No, the law is more subtle. It focuses on not what the judge was thinking but on what the reasonable person sitting in the back of the court and knowing everything about the judge’s background would think. If that person would say that there is a chance that the judge was influenced by matters external to the case, the decision falls. It matters not that the judge was not at all influenced and the judge in the common law system is never asked for testimony; rather, the matter is judged entirely objectively from what the reasonable person would think in the known circumstances.

It is not necessary to prove bias was present or to show the probability of bias, but only a real danger of bias. Thus the test is whether a ‘fair-minded and informed observer, having considered, the facts, would conclude that there was a real possibility of bias’.⁵⁶ The test is: reasonable apprehension of bias or reasonable suspicion of bias by a reasonable observer.⁵⁷ This observer is not a litigant and is not paranoid or subject to conspiracy fantasies but rather has objectivity and has diligently self-educated themselves as to the facts of the case and

⁵⁴ *Metropolitan Properties v Lannon* [1968] 1 QB 577.

⁵⁵ Helen Castor, *Joan of Arc: A history* (London: Faber and Faber 2015); Seosamh Charleton, *Jeanne d’Arc* (Baile Átha Cliath: Cosceim 1990).

⁵⁶ *Porter v Magill* [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357.

⁵⁷ *Reid v Industrial Development Authority* [2015] IESC 82 [52].

background.⁵⁸ This paragon of civic values is an ideal being and capable of fine judgment; in a context where such diverse situations may arise such as a daughter appearing to plead a case in front of her father who is the judge or the judge who subscribes to a magazine of questionable views, this impartial observer will come to the correct decision as to whether there is a risk of bias. Clearly, the gravamen of objective bias is not that the decision maker or investigator formed a prejudgment, and then tendentiously acted upon it by twisting facts to suit what was already decided, but rather that a person of commonsense and reason and in full possession of the relevant background and the facts of the case would reasonably suspect bias may have influenced the process. Importantly, that is to be judged not at the moment when the source of bias is supposed to have crept in, but at the completion of the process. That reasonable person of commonsense would know that, whereas opinion may be powerful, facts speak louder and that while a point of view or a representation may offer a reason to investigate, what an investigation uncovers can fairly be judged in the cold light of reality. The appearance of bias may be left in the wake of serious and determined efforts to deploy investigative resources towards uncovering truth. A reasonable person would dismiss some apparent cases on enquiry and that is because of the nature of such a person.⁵⁹

There is a wealth of cases, since litigants are often anxious to overturn decisions of tribunals or lower courts. The result of a judicial review is that everything starts again. Material interest of the decision maker is important.⁶⁰ Or holding positions on a deciding authority and being one of the experts advising on a planning issue.⁶¹ Personal animosity may show bias, as in judging someone whom the judge has recently had a physical showdown with.⁶² Or having anti-alcohol views of an extreme kind when adjudicating on licences.⁶³ Or expressing supposedly funny but troublingly unsettling views about the ethnicity of a party to litigation.⁶⁴ Many of these cases of bias turn on a continuing situation: the judge has shares, or the decision maker is the offspring of the person wronged, or the person making the complaint is also acting as judge. On the Supreme Court, where people may have sons or daughters who are lawyers, no one sits if their family are pleading any case. Some other judge substitutes. You know, it's a small country; so conflicts of this kind will pop up from time to time. What I have said forms part of the Bangalore principles,⁶⁵ but personal experience is also important. Let me share my view: I will not sit on any case where a litigant has been a friend or a schoolmate. As to casual friendships, the view I take is that if I have been inside anyone's home for refreshments or if anyone has been in mine, I do not sit. I do not own any shares, so that makes other matters easy. But, just knowing someone because they are the parent of a child in your offspring's school, that is not enough. Let me share an experience.

In the High Court in 2012, we were coping with the aftermath of the financial crash of 2008, and since 2010, the International Monetary Fund were in Ireland dictating government policy (they are now gone, I assure you we're back on our feet). A well-known lawyer was before the bankruptcy court and I was substituting for the usual judge, who was away. This lawyer raised the issue that he was not habitually resident in Ireland; as since the crash he had moved

⁵⁸ The Right Hon. Lord Woolf and others, *de Smith's Judicial Review* (8th edn, London: Sweet and Maxwell 2018) 10-018.

⁵⁹ *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62 [1-3].

⁶⁰ *The People (AG) v Singer* (1963) [1975] IR 408.

⁶¹ *Goode Concrete v CRH plc* [2015] 2 ILRM 289.

⁶² *R v Handley* (1921) 61 DLR 656.

⁶³ *Ex parte Robinson* (1912) 76 JP 233.

⁶⁴ *El-Faragy v El-Faragy* [2007] EWCA Civ 1149.

⁶⁵ Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002).

to England. The consequences of bankruptcy were that all his assets were seized by the Official Assignee to pay off his debts and he only, then, recovered financial autonomy after 12 years. His case was unconvincing. The plaintiff was the Bank of Ireland, to whom the lawyer owed many millions of euro. In a written judgment I held for the bank and adjudicated the lawyer a bankrupt. When I had read out the judgment, his barrister stood up and said: 'My client has asked me to make an application, but I am not prepared to make it. Would you hear from his brother-in-law?' I agreed. The brother-in-law announced that he had researched my mortgage of my home, my only property, and that I held the mortgage from the Bank of Ireland and that therefore I was biased. I was stunned. Recovering my composure that someone had gone into my private banking affairs, I refused the application to vacate the judgment: there are only four banks in Ireland, I said, and what was involved was ordinary family banking; whether a debt was recovered would make no difference to my relationship with the bank. I have to say, though, that I was furious that it could be suggested that any decision of mine on a legal issue might depend on my liking for a bank. To be clear: I have little affection for banks, especially after 2008.

Constitutions, human rights and real flexibility

It depends on the constitution, it depends on the country, it depends on the human rights treaty, but real flexibility in judicial decision-making derives from the kind of vague promises that fundamental laws are based on. Ireland is different to the United States, though both share a common law heritage, and in turn Ireland is different to Canada and the United Kingdom. This is a job for another day, perhaps, but Canada discovered judicial activism with the passing of the Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms and England, on the other hand, reigned in temptations to use the European Convention on Human Rights as an instrument for judicial freedom: the inflexibility of precedent within the common law was too ingrained. But Canada is closer to the USA!

How do we operate our Constitution in Ireland? Very carefully; is the answer. There is no interference in economic policy. Conversely, in the United States of America, the reaction to Roosevelt's New Deal was horror at the emergence of socialism, according to the political right, and according to the Supreme Court an interference in the sacred rights of contract. Of this, there was a long history, since from 1886 that court began striking down scores of laws which the justices deemed to be unreasonable. Thus, the conservative majority held that state laws setting rates for railways, or requiring that slaughtered meat be inspected for disease, enabling the redemption of mortgages after foreclosure, and regulating insurance were all attacks on the liberty of citizens to contract or were undermining a very wide definition of what was regarded as the sacred right to property. Hence, in one New York case, where rates which grain elevators could charge was regulated, the courts struck it down, elevating their language to heights of rhetoric; this was 'vicious in its nature, communistic in its tendency' and thus violated 'the most sacred right of property and the individual liberty of contract.'⁶⁶ If there were unbalances or even abuses in the economy, that was nothing to do with the government since these were economically self-correcting 'by the general laws of trade, supply and demand' and not by interference by any 'paternal government'.⁶⁷ This will to read *laissez faire* economics into the US Constitution was based on the due process clause, with which many might think it had nothing to do. And the tendency continued with many of the economic recovery measures post-1933 being struck down.⁶⁸

⁶⁶ *People v Budd* (1899) 117 NY 1 (1889) 47.

⁶⁷ *People v Budd*, 45, 69; Bernard Schwartz, *History of the Supreme Court* (OUP 1995).

⁶⁸ For example, *Schechter Poultry Corp v United States*, 295 US (1935) 495.

Why is Ireland different? Here we do not declare same sex marriage part of the equality clause in Article 40.4 of the Constitution, we do not legalise abortion.⁶⁹ The US Supreme Court does that. Ireland has a strong policy of separation of powers. Issues of policy are for the Government, not for the Courts. Furthermore, while it is not easy, it is not close to impossible, as in the US, to amend the Constitution. Since 1937 we have had 39 amendments or votes to change the Constitution. They happen every few years. The proposal must be passed by the Parliament and it is then voted on directly by the citizens. And that is it. Another difference with the US, is that appointments to the Bench are much less political. In my own case, I was nominated by one government and promoted by another. That is common. And no one asks: are you religious, what are your views and are they liberal or conservative? No, we are here to do a job.

You might think, finally, that because of the influence of the common law, that in deciding constitutional cases, we follow emotion, how we feel about the case. Well, as human beings that in reality is hard to rule out but more powerful than that is the doctrine of precedent. What is there in the text, how other judges have interpreted the Constitution, that's what not just guides us but binds us.

⁶⁹ *United States v Windsor* 570 US 744 (2013); *Roe v Wade* 410 US 113 (1973).

LES MYSTÈRES DE LA COMMON LAW ET LES EMOTIONS DES JUGES

Résumé : Oliver Wendell Holmes a déclaré : la vie du droit n'est pas la logique, mais l'expérience. Ces mots sont clés pour comprendre la common law. Cet article aborde les aspects de la common law qui sont peut-être mal compris, de ses origines, à la manière dont elle se développe en fonction du monde dans lequel elle existe, en passant par le rôle du juge dans les tribunaux de la common law et certains principes qui sont unique à ce système de droit. Contrairement à un système civil, où il y a un code juridique, la common law est flexible et en constante évolution. Cet article se concentre sur les subtilités qui en font un système de droit unique.

Les auteurs: Peter Charleton, Juge de la Cour Suprême D'Irlande, professeur adjoint de droit à l'Université de Galway, et Liam Lochrin, assistant juridique.

Les Romains avaient un code juridique, tout comme les Grecs, ou le Royaume de Jérusalem avant son effondrement en 1291. Aujourd'hui, tous les pays d'Europe ont un code, à l'exception de Chypre et de Malte, qui ont retenu les vestiges du droit jurisprudentiel anglais. Alors, l'Irlande, qui a été conquise par les Anglo-Normands en 1169, a le dernier système de common law dans l'Union européenne. Le but d'un code, c'est de supprimer tous les points de vue personnels de l'esprit judiciaire quand un juge détermine la justice d'une affaire. Le juge doit appliquer la loi et c'est tout. Mais, parce que la common law est souple, est-ce que ce système permet à l'émotion de s'immiscer, déformant ainsi la décision qui ne serait pas faite autrement ?

Il y a beaucoup d'idées fausses sur la common law : qu'elle a été inventé par les juges ; que les juges peuvent suivre leurs émotions et changer ou plier les lois pour créer un résultat équitable ; que la common law est personnelle aux juges ; qu'il n'y a pas des règles ; et, s'il y a des règles, qu'elles sont impossibles à trouver ; que tout le système n'est pas centré sur les règles, mais qu'on doit choisir un cas d'un assortiment de précédents variés et dire « cette règle ici, cela s'applique à vous ! » Ainsi, si on entre dans un tribunal de la common law, le résultat devient comme ce que Forrest Gump a dit, « la vie, c'est comme une boîte de chocolats, on ne sait jamais sur quoi on va tomber. » Mais dans la common law, on pense souvent que le juge choisit le résultat !

En fait, la codification vient de l'écriture des règles coutumières qui ont été suivies par les juges. En Irlande, nous avons les Lois Brehons, qui étaient littéralement les lois créées par les juges. Historiquement, la loi provenait de la morale ; on pourrait dire que ça a commencé quand Dieu a donné les dix Commandements à Moïse,⁷⁰ mais est-ce qu'il n'y avait pas déjà des règles fondamentales sans lesquelles la société ne pouvait pas survivre ? Si quelqu'un tue son voisin, ne serait-il pas attendu que cette action génère des cycles de revanches, des querelles, et des conflits ? De la même manière, si quelqu'un a volé, comment est-ce qu'on pourrait s'attendre à ce qu'il n'y ait pas de conséquences ? Pareil en cas de viol, d'incendie criminel, ou d'adultère⁷¹ ? Certaines personnes prétendent que, profondément dans la conscience humaine, il y a une loi naturelle qui nous guide, et que nous sommes guidés par une conscience qui parle à chacun de la même manière. Si, avant les codes de loi, nous avions une conscience et, après ça, du loi coutumière or des lois déclarées par les juges et finalement

⁷⁰ King James Bible, (Oxford University Press 2008), Exodus 19-24 (Publié en 1769).

⁷¹ Peter Charleton, *Lies in a Mirror*, (BlackHall Publishing 2006), 100.

les codes de loi, c'est clair : chaque étape représente du progrès et la codification, c'est le sommet. Si c'est vrai, alors, la common law c'est un mélange qui est ésotérique, chaotique, et inutile.

Combien de la common law survit?

En parlant de l'Irlande, et de l'Angleterre et du Pays de Galles, mais pas de l'autre système en Ecosse, une grande partie de la common law survit.⁷² Le droit des contrats, la responsabilité civile, et la restitution sont des domaines entièrement gouvernés par la common law. Dans le droit européen, il n'y en a pas. Dans le système irlandais, dans la loi d'entreprise, tout l'édifice, par exemple le principe qu'une entreprise est quelque chose de séparé de ses propriétaires, a été érigé par la législation et confirmé par des décisions judiciaires ; et dans la loi d'impôt, on dit qu'il ne peut y avoir de fiscalité sans représentation, et donc le parlement a introduit chaque loi et il n'y a pas d'équité dans ce domaine. Alors, l'Irlande et l'Angleterre sont aussi familiers avec des codes. Ces systèmes existent depuis des siècles – les codes d'impôt ont été introduit par la Magna Carta, et le Joint Stock Companies Act de 1844, qui a établi la régulation pour des entreprises artificielles.⁷³ Mais quand nous parlons de contrats, nous parlons totalement de la common law, à l'exception de quelques sujets comme la vente de biens, et même dans ce sujet, la législation, c'est seulement une codification de loi établie par les juges.⁷⁴ C'est la même situation dans la responsabilité des produits – ce sujet est régi par la loi européenne. Le droit des délits, ou de la responsabilité civile, qui englobe la négligence, la nuisance, la diffamation, est régi par la common law. Ces sujets sont vraiment au cœur de la plupart des affaires judiciaires, et sont la fondation de la majorité des affaires commerciales. Alors, la common law est fondamentale pour beaucoup de cas devant nos tribunaux. Mais comment est-ce qu'on peut trouver les règles ; d'où viennent-elles ; et n'est-il pas impossible de prédire la solution parce que les émotions d'un juge, ses sentiments sur l'affaire, dictent le résultat ?

Les origines

Quand l'Angleterre a été conquis par les Normands-Français, et ensuite l'Irlande a été conquise par les Anglo-Normands un siècle et demi après la défaite des Vikings par Roi Brian Ború en 1014 à Clontarf⁷⁵, le Roi Henri II avait envoyé ses juges de Londres dans les grandes villes pour tenir des audiences (sur les torts qui sont potentiellement produits dans la région).⁷⁶ Les grands jurys détermineraient les torts dont ils soupçonnaient l'accusé. Les juges se consultaient de quelle loi ils devaient postuler, et comment ils devraient résoudre ce problème. Ils ont standardisé les règles, donnant le premier traité sur la loi Anglaise : *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvill vocatur*, sur les affaires judiciaires dans les tribunaux royaux, datant d'environ 1189.⁷⁷ Dans quelques tribunaux, on peut voir des preuves matérielles de consultations parmi les juges sur le sujet de ces règles. Ils ont établi ces règles pour assurer que l'émotion individuelle ne pourrait pas prévaloir, et pour standardiser les lois. Dans les Four Courts à Dublin, par exemple, établi en 1792, il y avait un cloître à l'avant où, sous la colonnade, les juges se rencontraient et discutaient leurs affaires judiciaires pendant leur déjeuner. Dans les Inns of Court, les juges dînaient avec d'autres

⁷² Theodore Plucknett, *A concise history of the common law*, (The Lawbook Exchange Ltd 2001).

⁷³ MS Rix, 'Company Law: 1844 and To-Day.' (1945) 55(218-219) *The Economic Journal* 242-260.

⁷⁴ Sale of Goods Act 1893, qui représente une codification des règles établi par les juges.

⁷⁵ Seán Duffy, *Brian Boru and the battle of Clontarf* (Gill & Macmillan Ltd 2013).

⁷⁶ Paul Brand, *Henry II and the Creation of the English Common Law* (Cambridge University Press 2012).

⁷⁷ Gaines Post, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanville vocatur* (1967): 162-165, (Originally published 12th century).

juges, et aucun avocat pouvait devenir un juge sans assister à des conférences et sans dîner dans le réfectoire avec les juges. Beaucoup de rapports de droit jusqu'au 19^{ème} siècle montrent que les juges ne se contentaient pas de s'asseoir et d'entendre une affaire ; non, ils trouvaient des experts et discutaient de leurs cas avec leurs collègues. Alors, on peut voir une phrase récurrente dans les rapports de droit : « j'ai consulté avec mon frère Cave, et il est d'avis, et moi aussi, que... » Ce n'était pas fixé sur l'émotion : c'était concentré sur la cohérence de la common law. Et il y avait aussi la doctrine du précédent, qui dit que, quand il y a un point de loi déjà décidé par des tribunaux, tous les juges du même niveau devraient suivre ce point de vue, et si une court supérieure avait déterminé un point de loi, tous les juges de niveau inférieur devrait décider leurs affaires judiciaires conformément à ce précédent.⁷⁸ En outre, même la Cour suprême doit suivre ses propres précédents :

Le chemin pour reverser une décision doit être pavé par des raisons impérieuses, conduisant à un point démontrant une erreur dans un jugement préalable. Parce que la justice est le principe fondamentale sur lequel l'ordre constitutionnel est construit, et parce que la certitude du droit est un aspect d'une véritable ordre social qui permet aux justiciables de prévoir la base de l'application de tous les décisions à leurs causes, seules des circonstances exceptionnelles peuvent expliquer qu'on s'écarte du précédent.⁷⁹

Les juges de la common law suivent le précédent pour établir l'uniformité, pour établir les fondations de la loi avec certitude et pour éviter des jugements personnels. Mais, on pourrait dire, quand il y a tant de cas décidés, avec tant de principaux, comment est-ce qu'on trouve la loi, et ne pourrait-on pas choisir un précédent pour arriver au résultat préféré par le juge ?

Seulement un juge!

En France, les tribunaux travaillent en groupes de trois. Beaucoup de pays avec un système de droit civil utilisent un système similaire – aux Pays-Bas, un cas criminel se déroule devant trois juges, avec une audience d'appel devant trois autres juges, et un appel juridique après ça. L'important est ce qui fonctionne pour chaque pays ; mais ce qui est plus important c'est les autres règles qui assurent que le système fonctionne dans son ensemble. On ne peut pas prendre une règle d'un pays et dire qu'elle pourrait être bénéfique pour un autre sans considérer comment cette règle interagirait avec l'ensemble de la procédure dans laquelle elle fonctionne. En Irlande, par exemple, beaucoup de groupes pour les droits de victimes pensent qu'un plaignant dans une poursuite pour viol doit être représenté devant la cour. Mais ce faisant, l'équilibre existant entre l'accusé et l'accusation peut être bouleversé, mettant l'accusé face à deux équipes juridiques.⁸⁰

L'histoire nous montre d'où le procès d'un juge-singulier vient dans la common law. Quand Henry II a envoyé ses juges pour décider des affaires dans un système common law, plusieurs juges se déplaceraient, mais seulement un juge menait un procès. Un cas est présenté devant un juge parce que le grand jury a inculpé une personne sur la base d'une plainte crédible. Un juge ne participe pas dans une affaire pénale capitale ou sérieuse sans un petit jury, le jury que nous connaissons aujourd'hui de douze citoyens. Alors, dans les affaires pénales, il n'y

⁷⁸ *Attorney General v Ryan's Car Hire Ltd* [1965] IR 642, 653.

⁷⁹ *Braney v Ireland* [2020] IESC 76.

⁸⁰ Peter Charleton and Orlaith Cross, 'Towards a Presumption of Victimhood: Possibilities for Re-balancing the Criminal Process' (2021) 5(2) IJSJ 1.

avait pas de procès avec un seul juge. Une exception existait pour des affaires mineures et dans ce cas, l'origine de loi était semblable, avec des vestiges en Angleterre à l'époque moderne dans le système des magistrats. Historiquement, les notables de la région aurait signalé les individuelles qu'ils aimeraient régler devant les magistrats. Ils leurs demandaient de témoigner devant le tribunal avec leurs accusateurs et témoins ; ils seraient convoqués. Et ces affaires seraient jugés par trois hommes sans formation, qui jugeraient avec un greffier qui avait une formation juridique. Ce système continue maintenant, mais le système n'a pas des grand jurys et les magistrats ne peuvent pas engager eux-mêmes des procès ; mais le système d'assignation persiste comme vestige.

En France, vous seriez choqué d'apprendre que, quand un juge est nommé en Irlande, il ou elle a le pouvoir de déclarer qu'une loi du Parlement est inconstitutionnelle. Mais, présenté comme ça, la règle est sorti de son contexte. Il faut prendre un peu de recul. En Irlande, un juge de la Haute Cour a, en raison de l'Article 34.3.1, « la pleine juridiction originale et le pouvoir de déterminer toutes les questions de loi ou de fait, civil ou criminel. » Et c'est une seule personne ! Nous avons confiance que les juges vont se conduire de façon responsable, mais aussi nous les entourons de règles. Les juges sont indépendants, mais comme les juges d'autrefois, en entendant une affaire, ils peuvent la discuter avec leurs collègues. Dans chaque cour avec ce pouvoir, les juges déjeunent ensemble chaque semaine, et ils se rencontrent à Kings Inns, mais plus rarement. Chaque juge peut téléphoner ses collègues, et ils peuvent être mis en contact avec des autres qui ont une expérience différente, ou qu'ils peuvent leur lancer des idées. Au cours de ma carrière, j'ai répondu a des appels de ce genre. Le but n'est pas de dire à votre collègue ce qu'il ou elle devrait faire, mais de les écouter, de découvrir sur quels points ils sont sûrs, et potentiellement de suggérer un autre point de vue. C'est aussi loin que ça va. En outre, toutes les lois de Parlement doivent être interprétée de telle manière qu'elles auront un résultat constitutionnel ; c'est le principe d'interprétation constitutionnelle, tant que le juge n'ajoute pas des mots ou ne soustrait pas des mots.⁸¹ Chaque juge peut être soumi à un appel. Mais cet appel est limité au sens que seulement une erreur de loi peut être corrigée en appel, mais les faits sont dans la province du juge de première instance. Alors, à moins qu'il n'y ait aucune preuve pour un fait trouvé en procès, ou que la conclusion des faits était déraisonnable compte tenu du poids de la preuve, la Cour suprême se sent liée par ce que le juge de première instance a déterminé en fait.⁸² Ces principes pourraient être déclarés de façon plus concise:

1. Des conclusions de fait soutenue par des preuves crédibles ne peuvent pas être modifiées.
2. Les inférences de fait dérivées de preuves orales pourraient être considérées, mais une cour d'appel devrait être prudente à le faire.
3. Les conclusions tirées de preuves circonstancielles peuvent être plus facilement mises de côté par une cour d'appel parce que la cour d'appel est en aussi bien placée pour tirer ses propres conclusions que la cour de première instance.⁸³
4. Même dans le cas d'une preuve par affidavit : le juge de première instance peut être annulé seulement s'il ou elle a pris une mauvaise décision juridique, ou si leur évaluation de fait était déraisonnable.

⁸¹ *McDonald v Bord na gCon* [1965] IR 217.

⁸² *Hay v O'Grady* [1992] 1 IR 210.

⁸³ *Ryanair v Billigfluege* [2015] IESC 15 [4].

Alors, oui, nous plaçons une dépendance énorme sur les juges de première instance. Pourquoi ? Quand on est un avocat, on tourne son dos à la chambre ; on voit le juge et les témoins mais c'est tout. Par contre, c'est un sentiment bizarre de vue d'ensemble quand on est sur le banc du juge : un témoin parle mais on voit les réactions de tous les autres dans la chambre ; ou un témoin parle de quelqu'un autre, et on peut voir cette personne et le témoin aussi. On voit comment les mensonges tombent avec ceux dont on parle, ou comment est-ce que la vérité impacte les parties à l'affaire.

Les opinions dissidentes

Quand un procès fait est l'objet d'un appel, trois juges sont impliqués. Nous avons la collégialité, mais pas l'anonymité. Les juges sont connus : mais nous ne sommes pas des célébrités. Nous ne sommes pas censés d'aller au pub, à moins que nous soyons accompagnés par nos familles en vacances. Nous ne pouvons pas passer à la télévision ou à la radio, et nous ne pouvons avoir des blogs. J'envoie toutes mes conférences et mes papiers, y compris celui-ci, au Juge en Chef pour approbation préalable. Ils nous est absolument interdit de discuter toutes les affaires judiciaires dans lesquelles nous avons pris une décision ; une exception à cette règle, c'est quand nous parlons à une conférence académique et privée dans une université, et même alors nous parlons prudemment. Quand nous écrivons un article de loi, nous hésitons à exprimer des opinions précises de réforme du droit ; plutôt nous pouvons dire que « on pourrait suggérer... peut-être pourrait-on envisager une réforme... certains pourraient penser, peut-être raisonnablement... » ou des phrases similaires qui rendent notre sens clair et ambigu en même temps.

Les jugements dissidents sont une plante qui pousse bien seulement dans le sol de la common law. Ici, la plante est nourrie par l'individualité d'opinion, par le recours à la raison et pas aux mots inflexibles d'un code juridique et surtout par les éléments de raisonnement antérieur où il peut être identifié une flexibilité suffisante de traiter avec justice avec la variété des expériences humaines et avec les fautes humaines. C'est un procès transparent : un procès où, à cause de la dissidence, la majorité est contesté à répondre en renforçant son argument pour rendre son raisonnement plus convaincant. Alors l'apodictique du droit est fondé sur des bases plus solides. Mais, on peut exagérer cela afin que le juge dissident assume un manteau héroïque, même s'il est clair qu'il ou elle n'est pas correct. En outre, c'est l'opinion de la majorité qui ouvre la voie juridique alors que le juge dissident est, en réalité, jeté par la route. L'utilité de la dissidence est dans le conteste, dans l'avance du raisonnement, dans la démonstration de la force de la majorité, dans la transparence et, surtout, dans l'habilitation de ceux qui souscrivent à un jugement d'être perçu comme étant entièrement d'accord ; au lieu de se faufiler dans une confirmation de ce qui peut être le plus petit dénominateur commun de raisonnement. Mais, il ne faut pas exagérer : alors, pourquoi pas ? Voilà. Un jugement dissident dans une Cour de dernière instance est un appel à l'esprit contemplatif de la loi, à l'intelligence d'un jour futur, quand une décision ultérieure pourrait corriger l'erreur que le juge estime que le tribunal a commis.⁸⁴

Le raisonnement et la déduction sont les fondements du jugement de la common law, faisant émerger efficacement la règle hors du contexte du précédent. Il a été dit que le jugement du droit civil reflète le rôle plus limité d'un juge en appliquant simplement le code du droit. Mais, beaucoup d'opinions sont déjà entrées dans le code de droit, et peut-être le discours a déjà eu lieu ? Ce qui ne peut pas être oublié, cependant, est que centaines d'affaires qui sont traitées par le travail quotidien des tribunaux Irlandais ou Anglais n'exigent pas plus de

⁸⁴ Charles Evans Hughes, *The Supreme Court of the United States* (New York 1928) 68.

raisonnement que : la cour accepte la preuve du défendeur parce qu'elle est conforme avec le contexte et les faits incontestés ; ou, la cour applique le cas de 'Murphy v O'Neill' (par exemple), qui indique la règle très clairement. Ça c'est la situation quotidienne. Et puis il y a des affaires plus difficiles qui demandent tous les efforts de la cour. Un cas comme ça était *UCC v ESB*⁸⁵ quand l'université inondé par un barrage hydroélectrique a poursuivi la compagnie nationale d'électricité. Pourquoi est-ce que c'était si difficile ? La compagnie avait un devoir de produire l'électricité, mais apparemment pas de protéger les gens en aval de son barrage ; les cas américains ont dit que la loi à ce sujet était qu'il n'y avait aucune responsabilité à moins que la compagnie avait aggravé l'inondation. Mais dans cette affaire, ESB a été jugée responsable, renvoyant l'affaire pour audience pour savoir si l'eau a été rejetée plus tôt, combien plus bas aurait été l'eau, ou pas du tout. Là, un résultat clair a été trouvé. Mais pas dans toutes les affaires. Beaucoup de nos jugements sont trop discursifs : ils sont trop longs, difficile à distinguer. Il y a beaucoup d'exemples notables. En *Dellway Investments v National Assets Management Agency*,⁸⁶ la Cour suprême a considéré la reprise des créances mauvaises des constructeurs pour sauver l'économie irlandaise. La compagnie plaignante a gagné pour des raisons de procédure, après qu'elle ait perdu dans le tribunal de première instance. Mais, le point ici est que les jugements ont pris un volume de les rapports officiels. Est-ce que on peut affirmer l'essence de ces jugements ? Beaucoup de rapports commencent avec un sommaire d'un reporteur très intelligent. Et beaucoup comptent là-dessus. Quand on écrit un manuel, on essaie de condenser les jugements en phrases clés. Et ça, comme on va voir dans la section prochaine, c'est le précédent.

La Cour européenne des droits de l'homme a des opinions dissidentes, le Bundesverfassungsgericht permet la dissidence, bien que cela soit rarement fait,⁸⁷ et certains systèmes de droit civil ont la dissidence. Nous n'avons pas des opinions dissidentes en Irlande en appel dans les condamnations pénales, mais, s'il y a un appel à la Cour suprême, il pourrait y avoir une opinion dissidente, mais cela est très rare.⁸⁸ Les cas criminels sont différents des cas civils : dans les affaires pénales, l'accusé sera seulement condamné si des personnes raisonnables considérerait qu'il n'y a aucun doute ; de même, en appel, il ne devrait y avoir aucun doute. La dissidence dans certains types de cas peut affaiblir la confiance du public dans le système de justice, mais devrait-elle ? Reconnaissons que le public ne lit pas les jugements et que tout qui est rapporté sera simplement : « par une majorité trois-deux, la Cour suprême a décidé n'importe quoi. » Les journalistes peut-être aussi ne les lisent pas. Mais les universitaires et les étudiants les lisent. La confiance de la système de la common law se trouve dans le raisonnement et l'adhésion à, et sa fondation dans, le précédent. C'est assez évident quand on prend la peine d'étudier le résultat du discours. Ensuite, les choses deviennent transparentes. La dissidence est humaine. Quelle famille n'a pas de la dissidence ? Et est-ce que la dissidence est en fait une dissidence ? Dans la système de la common law, ce qu'une dissidence fait est un brin dans le raisonnement de la décision finale parce que nous, en Irlande, et aussi en Angleterre, disons simplement notre point de vue et nous n'attaquons pas la décision de la majorité.

Il peut y avoir des grandes dissensions prémonitoires et prophétiques, mais pour ça il doit y avoir des véritables divisions dans la société et des véritables injustices qui sont ignorées. Peut-être qu'à l'avenir, les universitaires regarderont en arrière et ils trouveront des injustices qui nous avons ignorées parce que, plongés dans notre propre certitude, ce que nous semble

⁸⁵ [2021] IESC 21.

⁸⁶ [2011] 4 IR 1.

⁸⁷ Federal Constitutional Court Act of 21 December 1970, Section 30(2).

⁸⁸ *The People (DPP) v FN* [2022] IESC 22 est un exemple.

juste pourrait être complètement faux. Par exemple, la dissidence de Juge Brandeis dans *Olmstead v US*,⁸⁹ Juge Holmes dans *Abrams v US*⁹⁰ et, mon préféré, la dissidence de Juge Harlan en *Plessy v Ferguson*.⁹¹ Si j'avais été vivant pendant le New Deal, j'aurais été en désaccord avec la doctrine d'autocorrection économique qui a été promulguée par la Cour suprême de l'époque. Mais considérez les questions ! *Plessy* était un cas de ségrégation raciale dans les autobus, dans l'utilisation de toutes les installations publiques : la majorité a dit que c'était acceptable parce que c'était « séparés mais égaux ». Où avons-nous entendu cela avant ? *Olmstead* a déterminé que l'écoute du trafic téléphonique n'était pas égale à une fouille du domicile d'un suspect, pour lequel la police a besoin d'un mandat. Et *Abrams* a décidé que la distribution des tracts en signe de protestation contre la participation des États-Unis dans la guerre civile russe de 1919 était un crime. L'infraction a été un discours délibéré ou en publiant un langage « déloyal » au système politique américain ou pour inciter ou promouvoir « toute réduction de la production ... nécessaire ou essentielle pour la poursuite de la guerre ... avec l'intention ... de réduire ou entraver les États-Unis dans la poursuite de la guerre. » Et bien, la liberté d'expression n'y est pas entrée !

Mais il y a des dangers et l'urgence de ces problèmes dépend du système dans lequel les dissensions peuvent être admises. Il faut poser des questions : est-ce que la dissidence minera le code civil ; est-ce que la dissidence ajoutera au raisonnement et minera pas la majorité ; est-ce que les juges dissidents font de la démagogie et espèrent devenir des héros pour des groupes sectaires qui cherchent à détruire la cohésion nationale ?

A-t-il des juges-célèbres ? Pourquoi est-ce qu'on demande cette question ? Le sentiment c'est que quand une personne se retrouve devant les tribunaux, il ou elle n'est pas jugé(e) par un juge individuel, mais par un système : alors, en France vous avez un banc de trois juges. C'est correct. Mais le système c'est la loi et le juge individuel représente la loi. Certainement, il y a Judge Judy ou Judge Rinder, mais un jugement dissident ne fait pas de quelqu'un une célébrité. Et, dans notre système, il ne renverse pas le château de cartes qui est le jugement de la majorité. Pourquoi pas ? Parce que les apodictiques du jugement de la majorité renversent toutes les vues contraires : ça c'est la théorie. Si vous me demandez mon avis, je ne critique personne, mais je déteste me joindre à une opinion que je ne partage pas, et je pense aussi que quand cinq juges ou plus se réunissent et ils parviennent à un consensus, ce n'est pas un vrai consensus : c'est, pour ainsi dire, un cheval fait à partir des parties d'un chameau et d'une chèvre ; peu convaincant, illogique, sans intégrité et ayant la sensation du Concert de la Rivière Jaune, le concerto pour piano écrit par un comité de compositeurs sous le président Mao. Peut-être c'est un peu trop fort ; mais c'est mon opinion seulement, après tout.

Le précédent

Si vous étudiez le droit à l'université et que vous essayez d'apprendre tous les cas, tous les faits et toutes les décisions, vous échouerez. La common law ne marche pas comme ça. Ce qu'un étudiant recherche, et ce qu'un juge applique, c'est un principe distillé d'un cas, et le juge l'applique quand un cas similaire arrive. Les avocats de droit civil voyagent avec un code sous le bras, ou un ordinateur avec l'accès à ce code, les avocats de la common law comptent beaucoup sur des manuels. Les universitaires lisent tous les décisions et ils distillent les décisions en principes. Mais on doit remarquer que la common law est assez certaine qu'on

⁸⁹ 277 US 438 (1928).

⁹⁰ 250 US 616 (1919).

⁹¹ 163 U.S. 537 (1896).

pourrait facilement la codifier. L'Australie, qui a un système fédéral, a hérité la common law parce qu'elle faisait une partie de l'Empire britannique. Dans plusieurs pays le droit pénal a été écrit dans un code. Mais c'est seulement pour préserver les règles qui se sont révélées certaines depuis plusieurs siècles. Dans le droit de la responsabilité délictuelle, il y a des codes dans certains états américains ; mais ce n'est pas nécessaire. Il est facile d'atteindre le même niveau de certitude avec la common law qu'avec un code.

Permettez-moi de vous donner un exemple d'un domaine juridique complexe, avec lequel tous les systèmes juridiques auraient du mal. Supposons qu'un homme prétend que quelqu'un a commis une infraction pénale grave. L'accusé est arrêté et interrogé. Après un long procès, une année en préparation, l'accusé est acquitté. L'individu se sent lésé : il croit qu'il a été poursuivi sans raison, qu'il n'y avait pas de preuve suffisante, et que sa vie a été détruite par la suspicion; et alors il poursuit le plaignant et il intente une action en responsabilité délictuelle. Un juge ne dit pas : est-ce que c'est juste ? Un juge ne laisse pas les émotions déterminer ce qu'est la loi : la question c'est : quelle est la loi ? Si on devait légiférer dans ce domaine difficile, on devrait considérer des questions de politique et des questions de preuve. Est-ce que la législature devrait rendre facile à recouvrer des dommages-intérêts d'une personne qui, de bonne foi, *bona fide*, avait essayé de faire respecter la loi en déposant une plainte au sujet d'une infraction criminelle. Ne devrait-elle pas, au contraire, quand une personne avait vu sa vie gâchée par une plainte malveillante, prévoir les dommages ? Une norme doit être établie qui rend la loi à la fois applicable et d'intérêt pour la société. La common law a fait cela en inventant le délit civil de poursuites abusives.⁹² Et cela peut être défini par les jugements. *Salmond on Tort* le définit comme :

C'est le délit civil de poursuites abusives pour engager des poursuites pénales contre quelqu'un si la poursuite est inspirée par malice et manque de tout motif raisonnable.⁹³

Une responsabilité similaire s'attache à quelqu'un qui malicieusement et sans motif raisonnable demande à voir une autre personne déclarée en faillite ou de liquider une entreprise comme insolvable.⁹⁴

De même, il s'agit d'une blessure donnant lieu à une action d'obtenir l'arrestation et l'emprisonnement du plaignant par voie judiciaire, civile ou criminelle, qui est commencée malicieusement et sans motif raisonnable.⁹⁵

Ces définitions sont claires et elles sont certaines. Pour réussir, un plaignant doit démontrer l'arrestation, la faillite, ou la saisie des avoirs, et que le défendeur n'avait pas une cause raisonnable ou de preuve probable. Est-ce qu'un code serait plus clair ? En outre, ce sont des questions de droit basées sur des faits – pas sur l'émotion des circonstances. Il faut toutefois reconnaître que, à certains égards, la common law peut devenir trop complexe malgré la simplicité de ses principes. La diffamation est un exemple ; c'est un bon exemple parce qu'il montre comment la common law peut évoluer, non seulement sur les caprices d'un juge, mais parce que, grâce au raisonnement déductif, les principes existants peuvent permettre l'application d'un principe juridique à une nouvelle situation.

⁹² Herbert Stephen, *The Law Relating to Actions for Malicious Prosecution* (London 1888) 37; *Saville v Roberts* (1698) 5 Mod 394.

⁹³ John William Salmond, *Salmond on the Law of Torts* (17th edn, London: RFV Heuston 1977).

⁹⁴ *ibid* 413.

⁹⁵ *ibid*.

La diffamation et la flexibilité

La destruction de la réputation de quelqu'un était un tort en droit romain et ce tort a été codifié par Justinian.⁹⁶ Bien sûr, vous n'êtes pas responsable si ce que vous avez dit, écrit ou diffusé est la vérité : que le plaignant a vraiment tué son associé, ou que le plaignant a volé de l'argent. Mais, à la common law, le défendeur qui diffuse un article de journal révélant le caractère épouvantable du plaignant doit prouver comme une probabilité que ce que était écrit était la vérité : ce n'est pas facile. Mais qu'est-ce que c'est, la diffamation ? La diffamation est la publication d'une déclaration fautive et diffamatoire concernant une autre personne sans raison valable, à condition que cette personne soit encore en vie.⁹⁷

Comme toujours dans la common law, tout est dans la définition. On diffame quelqu'un en abaissant leur caractère dans l'esprit des gens ordinaires et sensés de la société. On peut le faire légalement si c'est vrai : alors, nous avons la « justification légale ». Exprimer un opinion sur une question d'intérêt public, comme la politique, n'est pas de la diffamation, et de même, l'abus vulgaire n'est pas diffamatoire. Et vous êtes justifié légalement, si vous croyez que ce que vous avez dit est vrai, ou finalement si vous avez une obligation de le dire et l'individu auquel vous l'avez dit a un intérêt à le savoir. Cette dernière défense s'appelle le privilège qualifié.

On peut considérer un exemple de cette défense de l'époque quand les dames avaient des domestiques. Lady Muck soupçonne que sa femme de chambre est une voleuse. En réalité, Olive Plant est honnête et pieuse. Lady Muck invite cinq personnes chez elle pour écouter un récital privé de Chopin par une jeune pianiste. En entrant dans son salon, Lady Muck conseille à ses invités de ne laisser pas leurs sacs à main hors de leur vue parce que « Olive est kleptomane ». Olive écoute cela et elle poursuit Lady Muck. Dans le cas de *Plant v Muck*, la défenderesse gagnera : Lady Muck a eu le devoir envers ses invités ; elle ne voulait pas qu'ils soient volés ; Lady Muck n'a pas agi malicieusement, mais elle l'aurait été si elle ne croyait pas vraiment qu'Olive lui volait et qu'elle était susceptible de voler aux autres. Maintenant, nous allons voir comment l'émotion en recherche de justice avait changé l'application de la défense.

Alors que les politiciens sont peu susceptibles d'obtenir notre sympathie, s'ils poursuivent pour diffamation, de temps en temps, ce qui est publié est trop. Personne n'avait pensé jusqu'en 1994 que le public pourrait prendre la place des invités de Lady Muck et qu'un journaliste pourrait revendiquer le privilège de révéler à tout le monde qu'un politicien était corrompu, même si cela n'a pu être prouvé. Mais en 1994, Albert Reynolds a dû démissionner comme Taoiseach (le premier ministre d'Irlande) dans le tumulte au Dáil Éireann, notre parlement. Est-ce qu'il avait trompé la nation ou non ? The Times de Londres a publié une analyse factuelle, alors la défense de « commentaire loyal » n'était pas disponible (parce que ce n'était pas le commentaire) et montrer la vérité d'une situation politique complexe n'était pas possible non plus. Mais les avocats ont eu une idée intelligente : il n'y avait pas de loi que les situations privées de privilège qualifié (comme Lady Muck et ses invités) ne pourraient pas s'appliquer au public. Alors dans *Reynolds v Times Newspapers*⁹⁸ la common law a développé : la House of Lords a décidé que :

⁹⁶ John Baron Moyle (ed), *The Institutes of Justinian* (IndyPublish 1906).

⁹⁷ Salmond (n 93) 139.

⁹⁸ [1999] UKHL 45, [1999] 4 All ER 609, [2001] 2 AC 127.

L'élasticité du principe de la common law permet l'interférence avec la liberté d'expression d'être confinée à ce qui est nécessaire dans les circonstances du cas. Cette élasticité permet au tribunal d'accorder un poids approprié à l'importance de la liberté d'expression par les médias sur toutes les affaires d'intérêt public.

Selon les circonstances, les questions à examiner sont les suivantes. Les observations sont seulement illustratives.

1. La gravité de l'allégation. Plus l'accusation est grave, plus le public est mal informé et la personne est lésée, si l'allégation n'est pas vraie.
2. La nature de l'information et la mesure dans laquelle le sujet est d'intérêt public.
3. La source de l'information. Certains informateurs n'ont aucune connaissance directe des événements. Certains ont leurs propres motivations personnelles, ou sont payés pour leurs histoires.
4. Les mesures prises pour vérifier l'information.
5. L'état de l'information. L'allégation a peut-être déjà fait l'objet d'une enquête qui exige du respect.
6. L'urgence de la situation. Les nouvelles sont souvent un produit périssable.
7. Si on a cherché le commentaire du plaignant. Il peut avoir de l'information que les autres n'ont pas ou qu'il n'a pas encore divulguée. Il ne sera toujours nécessaire de communiquer avec le demandeur.
8. Si l'article contient l'essentiel de la version des faits du plaignant.
9. Le ton de l'article. Un journal peut soulever des questions ou demander une enquête. Il ne doit pas adopter des allégations comme des déclarations de fait.
10. Les circonstances de la publication y compris son calendrier.

Cette liste n'est pas exhaustive. Le poids à accorder à ces et d'autres facteurs pertinents variera d'un cas à l'autre. Toutes les disputes de faits primaires seront une affaire de jury, s'il y en a un. La décision, compte-tenu des faits admis ou prouvé, d'est-ce que la publication était soumis à la défense du privilège qualifié est pour le juge. C'est une pratique établie et ça semble bien. Une opération d'équilibre est mieux réalisée par un juge que par un jury. Avec le temps, un corpus précieux de jurisprudence sera construit.⁹⁹

C'est un développement mais, c'est aussi une application de ce qui existait déjà à une situation nouvelle. Dans le droit, comme dans la vie, des nouvelles situations se présentent tout le temps et la common law est là pour répondre ; pas seulement pour les juges de dire : « ah, non ! Nous n'avons jamais vu cela avant et même si le résultat n'est pas juste, nous ne faisons rien. » Ce serait répondre émotionnellement, se laver les mains du problème. Mais, les développements de la common law sont petits, logiques et basés sur l'expérience. Les développements ne sont pas fondés sur l'émotion. Si, au contraire, la loi est suffisamment claire, si la situation a déjà été testée et un précédent établi, la common law est un code et elle ne bougera pas.

⁹⁹ Les cas ultérieurs ont déclaré que cette liste de 10 points n'était qu'indicative; *Jameel v Wall Street Journal Europe* [2007] 1 AC 359, [2006] 4 All ER 1279, [2006] UKHL 44, [2006] HRLR 41; *Leech v Sunday Newspapers* [2007] IEHC 223 [1950] IR 57.

L'émotion ne change rien

La loi est important – pas l'émotion. L'Irlande était un pays religieux. Les marins entrant au port de Dublin de l'étranger au XXe siècle étaient pris en charge par une mission Protestante ou Catholique, où ils pouvaient recevoir des rafraîchissements et trouver un lit. Il y en avait deux et la mission Catholique avait un nom différent de la mission Protestante. En *Re Julian*,¹⁰⁰ une dame Protestante a légué beaucoup d'argent dans son testament à « l'institut de marins, quai de Sir John Rogerson, Dublin ». Deux institutions à Dublin ont réclamé ce legs. Naturellement, il faut supposer que la dame Protestante a légué son argent à l'institution Protestante et, pour couronner le tout, le juge, que je connaissais enfant parce qu'il habitait près de chez moi, Theodore Kingsmill More, était Protestant aussi. Malgré les preuves irréfutables que la femme décédée a connu et qu'elle a visité l'institution qui s'appelait l'Institut de Marins de Dublin à Eden Quay à Dublin, qui partageait ses convictions religieuses, et qu'elle n'avait pas un intérêt dans l'autre institut à quai de Sir John Rogerson, les mots qu'elle avait utilisé voulaient dire que son legs est allé à l'institut à quai de Sir John Rogerson, comme elle a clairement exprimé. Juge Kingsmill Moore, à page 65 et 66, a ajouté une note personnelle qui a discuté comment la loi avait prévalu et comment ses émotions n'ont pas été influencées :

Je regrette de devoir rendre cette décision, pour la preuve que j'aurais pu exclure, si je le pouvais en tenir compte, me convaincraient d'une certitude morale que la testatrice avait l'intention de bénéficier l'Institut de Marins à Dublin... Ce n'est en aucun cas le premier – et, tout aussi, ce ne sera pas le cas dernier – dans lequel un juge a été forcé par les règles de loi de rendre une décision sur la construction d'un testament qu'il croyait contraire à les intentions du testateur.¹⁰¹

La règle de la common law, c'est que quand on interprète un contrat écrit ou un règlement, l'intention des parties devrait déterminer les mots qu'ils ont utilisé dans le contexte vérifié. Il n'y avait pas de la flexibilité. Les règles sont les règles : comme s'ils étaient dans un code écrit.

Les principes qui sous-tendent la common law

Oliver Wendell Holmes, quand il était un avocat, avait été invité à donner la Lowell Lecture à Harvard en 1880 et dans ces 12 conférences il a exploré le fonctionnement interne de la common law.¹⁰² Holmes était un peu cynique et ses conclusions peuvent ne pas être partagées par tout le monde : mais ses contributions ne pourraient pas être ignorées parce qu'il a tourné chaque feuille pour trouver les origines de la common law. En fait, on peut dire qu'il a découvert que l'émotion soulignait les règles juridiques.

Par exemple, s'il y a une collision de deux bateaux, et bateau A a injustement endommagé bateau B, le propriétaire de bateau A peut arrêter le navire B. Ainsi les propriétaires du navire A peuvent recouvrer leurs dommages-intérêts parce qu'ils peuvent vendre navire B si l'argent n'est pas payé.¹⁰³ Mais l'émotion réelle qui sous-tend la common law, c'est un sentiment

¹⁰⁰ [1950] IR 57.

¹⁰¹ *ibid* [65]–[66].

¹⁰² Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (Boston: Little, Brown, and Company, 1881).

¹⁰³ Holmes, 27.

primitif que quand quelqu'un est blessé par un objet, un arbre, un chien, une vache, ils devraient le recevoir pour le détruire. On peut considérer cela comme la loi de la jungle. Mais considérez ceci : comme Holmes a découvert, la loi canalise la vengeance. Si l'enfant de quelqu'un est agressé, la mère ou le père peut attaquer le mécréant. La loi, parce qu'elle est rationnelle, objective et juste, va remplacer le rôle des parents pour se venger.¹⁰⁴ Dans le système de loi en ancienne Angleterre, on aurait pu le faire par la torture ou les exécutions, mais maintenant nous utilisons l'emprisonnement. Les jurés, en examinant les affaires pénales, sont avertis qu'ils ne peuvent pas compter sur l'émotion : ils devraient seulement juger l'affaire sur les faits, comme ils sont présenté au tribunal. Je sais, parce que j'étais un avocat criminaliste, que les hommes accusés apportent souvent leur femme enceinte pour que les jurés puissent les voir, et qu'ils appellent leur mère pour témoigner. Mais cela n'a d'importance. Alors que c'est difficile pour les jurés de rester objectifs, c'est aussi difficile pour les juges. C'est une question de jugement clinique et les jurés sont excusés s'ils connaissent l'accusé ou la victime, ou s'ils ont des opinions bien arrêtées qu'ils ne peuvent pas entendre l'affaire. En fait, le vrai danger, la substitution de revanche, c'est que l'internet soit accessible et que le préjudice de l'extérieur de l'affaire entrera.

Holmes nous a dit quelques vérités :

- Oui, la common law change, mais elle le fait d'une manière qui cache ce qu'elle fait. Les juges, en rendant la décision, prétendent qu'ils appliquent seulement les règles, mais les juges inventent des nouvelles explications pour les règles existantes et ils les appliquent selon les besoins de l'affaire.¹⁰⁵
- Quand on fait la loi, on fait aussi la politique. Par exemple, le droit de la responsabilité délictuelle consiste à trouver des règles qui permettent aux entreprises de fonctionner en exigeant seulement un soin raisonnable pour éviter les blessures aux travailleurs. Les conséquences d'un accident se trouvent avec un demandeur sauf si le demandeur peut démontrer qu'il y avait un manque de soins ordinaires, auquel cas le demandeur récupère les dommages. Mais, qu'est-ce que c'est le soin ordinaire ? En réalité, les juges fixent les normes et les appliquent à des autres situations.¹⁰⁶
- Alors que, pendant si longtemps, les gens ont estimé que la loi était fondée sur la moralité, parce qu'elle était administrée dans les tribunaux d'églises, en réalité il ne servait à rien d'essayer de fouiller dans l'esprit d'une personne. Au contraire, la loi s'occupe de fixer des normes externes. Les juges fixent et définissent la loi et tout le monde devait respecter cette norme. Une norme commune est la norme d'un « homme raisonnable ». Mais qui la définit ? Les juges.¹⁰⁷

Le développement de la loi de négligence par exemple

La négligence, en tant que concept a surgi comme une marée et elle a englobé presque tous les autres torts. Notre Cour suprême a toutefois mis en garde contre cette pratique : Les délits qui correspondent à des circonstances particulières ont leur définition et ne doivent pas être supplantés par l'invocation de la négligence.¹⁰⁸ Écrivant dans l'affaire *Cromane*, la Cour suprême a déclaré :

¹⁰⁴ *ibid* 41.

¹⁰⁵ *ibid* 35-39.

¹⁰⁶ *ibid* 109.

¹⁰⁷ *ibid* 37-38.

¹⁰⁸ *Cromane Seafoods Ltd v Minister for Agriculture* [2016] IESC 6.

La négligence n'est pas un concept global. Elle n'a pas envahi tous les autres recours dans le droit du délit ou de la responsabilité civile. Si l'on parle mal d'une personne, le recours est la diffamation. Si une personne est arrêtée illégalement, le recours est le délit de fausse détention. Si, dans l'exercice d'une fonction publique, quelque chose est fait qui affecte les droits, le recours peut être la revue judiciaire en termes d'annuler la décision prise en excès des pouvoirs ou, si des dommages-intérêts sont demandés, le droit de la responsabilité civile exige qu'un plaignant prouve qu'il a commis une faute dans l'exercice d'une fonction publique.¹⁰⁹

Cela a été confirmé récemment aussi dans le cas de *UCC v ESB*.¹¹⁰ La loi a commencé avec des situations d'intrusion ou de nuisance, qui n'étaient prouvables que lorsque le demandeur a démontré que le défendeur a été négligent. Le cas célèbre de *Donoghue v Stephenson*¹¹¹ a évolué en un mal autonome : quand des gens seraient si proche que l'acteur devait tenir compte de l'effet que ses actions pourraient avoir sur le fait de blesser d'autres personnes, il y aurait un devoir de diligence raisonnable, et si des dommages surgissent, un défendeur serait responsable.

Mais, qu'en est-il du principe que les juges inventent la politique ? Le développement de la loi de la négligence illustre ça. Supposons que la police vous poursuit de bonne foi mais laisse de côté certaines preuves ; ou supposons que les officiels publics accomplissent leur devoir, mais ils le font à tort et un propriétaire subit des dommages ; ou supposons que le permis de construire d'une usine est refusé à tort : est-ce que la personne lésée peut-elle tenter des poursuites ? Non, parce que les principes de la politique publique entrent dans le mélange. Tout d'abord, vous devez trouver un devoir de diligence. Un avocat qui rédige un testament a un devoir à une bénéficiaire pour assurer qu'il ou elle reçoit ce que le testateur voulait ; une personne conseil dans une relation spéciale doit donner du conseil soigneux ; un médecin qui opère un patient doit exercer une compétence et jugement professionnel ; un automobiliste qui conduit dans la rue doit faire attention. Et après ça, on définit le standard ; le standard d'une personne raisonnable, mais pas un standard plus haut que ça. Ce n'est pas l'assurance. Les dommages doivent résulter du tort, et il ne peut pas être distant.

La négligence a la capacité de s'appliquer dans toutes les situations ; aux tribunaux, aux législateurs, aux magistrats d'instruction ; donc elle doit être limitée. Et ici, c'est où les juges ont créé les limitations par principe. Un sentiment, une émotion de ce qui est correct est ce qui limite le danger d'un pays moderne dont le fonctionnement est bloqué à cause de la peur d'être poursuivi.

Il n'y a pas, à mon avis, une raison pourquoi les cours qui déterminent s'il y a un devoir de diligence doivent se considérer obligés de déterminer qu'il se pose en tout cas où une blessure ou des dommages matériels étaient raisonnablement prévisibles et que le test notoirement difficile et insaisissable de « proximité » ou de « d'être voisin » a été rempli, à moins des considérations des principes de la politique publique très puissantes ne dictent le contraire. Il me semble qu'aucune injustice ne sera faite s'ils sont tenus de prendre l'étape supplémentaire d'examiner si, dans toutes les circonstances, il est juste

¹⁰⁹ [2016] IESC 6, [29] (Charleton J).

¹¹⁰ [2020] IESC 38.

¹¹¹ [1932] AC 562.

et raisonnable que la loi devrait imposer un devoir d'une portée donnée sur le défendeur au bénéfice de demandeur.¹¹²

Et il faut bien admettre que l'état actuel du droit a développé par essais et erreurs, et il était informé par le sentiment que pas tous les torts permettent au demandeur de recouvrer des dommages-intérêts sinon on inhiberait le fonctionnement de notre démocratie.

Dans la correction du droit, où la common law est flexible, l'émotion peut jouer un rôle. Je vous donne maintenant un exemple du droit pénal.

L'autocorrection comme paradigme

La common law peut s'auto-corriger. Ça peut mal tourner et par une analyse des conséquences, les juges peuvent conclure que les principes étaient appliqués incorrectement. Mais est-ce que c'est tout ? Holmes disait que c'est un exemple de juges faisant la loi ou, en outre, faisant la politique. Comme Holmes a dit :

La vie de la loi n'est pas la logique : elle est l'expérience. Les nécessités ressenties de notre époque, les théories morales et politiques courantes, les intuitions politiques publiques, avouées ou inconscientes, même les préjugés que les juges partagent avec leurs semblables, ont eu beaucoup plus à voir avec le syllogisme pour déterminer les règles par lesquelles les hommes doivent être gouvernés. La loi incarne l'histoire du développement d'une nation pendant des nombreux siècles, et elle ne peut pas être traitée comme si elle contenait seulement les axiomes et les corollaires d'un livre de mathématiques.¹¹³

Dans *The People (DPP) v McNamara*¹¹⁴ la Cour suprême a été face à un crime de passion. On peut l'appeler un crime de guerre des gangs. L'accusé était un membre d'un club de moto, et le club avait eu un différend avec un autre club. L'accusé avait été confronté dans un bar par un membre du club de moto rival et il s'est fait arracher l'insigne de son club et sa femme a été insultée. Cette nuit-là, des membres du club de moto rival l'ont menacé devant chez lui. Le jour suivant, il a obtenu une arme et il a retrouvé la voiture de la personne qui l'a insulté et il l'a suivi. Le conducteur est entré dans les locaux de club rival à travers les portes. Il a garé sa voiture et il s'est approché des portes. Là, il a tiré sur un homme qui n'avait pas de connections avec les événements de la veille en plus d'être membre du club rival. L'homme est mort. L'accusé prétendait qu'il a agi sous provocation. Le juge du procès a déterminé qu'il n'y avait pas de preuve suffisante et il a rejeté la défense. Après ça, le jury l'a condamné.

Utiliser la provocation comme une défense dans les procès criminels a une longue histoire et on pourrait voir son développement comme une réflexion des émotions de la société et des avis judiciaires à ses humeurs dominantes. Cette défense réduit le meurtre à l'homicide involontaire ; et par conséquent l'accusé ne doit pas être condamné à la réclusion à perpétuité – la peine de prison pourrait être moindre. La provocation a commencé comme une méthode pour arrêter les hommes en duel dans le 18ème siècle d'être reconnus coupables de meurtre. Et elle s'est développée de manière assez misogyne, en excusant la rage des hommes quand

¹¹² *Glencar Explorations Limited v Mayo County Council* (No 2) [2002] 1 IR 84.

¹¹³ Oliver Wendell Holmes (n 102) chapitre 1.

¹¹⁴ [2020] IESC 34.

des femmes se moquent de leur performance dans une rencontre sexuelle.¹¹⁵ Cette défense en est venue à être très fortement influencé par la notion de la « personne raisonnable » de Holmes ; alors, elle était objectif : on attendait de l'accusé qu'il réagisse comme une personne raisonnable. On peut se demander comment une personne raisonnable peut-elle tuer quelqu'un ? Donc, il y avait un cas anglais quand un garçon avait été agressé sexuellement plusieurs fois, et une dernière insulte lui fit frapper son tortionnaire avec une casserole et le tuer. Au procès, il a été déterminé que les antécédents d'abus n'étaient pas pertinents pour le concept de l'homme raisonnable. En appel,¹¹⁶ les caractéristiques fixes comme la grossesse, la race si l'insulte était raciale, l'abus, étaient autorisés à être ajoutés à l'homme raisonnable. En Irlande, nous sommes allés plus loin que la loi en Angleterre, et nous avons dit que la provocation était entièrement subjective.¹¹⁷ Alors, on doit juger la réaction à une insulte sans tenir compte du tout de critères objectifs. Cela s'est avéré insatisfaisant. Dans le cas de *McNamara*, la Cour suprême a renversé 40 ans de précédent et la Cour a dit que, en réalité, la vraie loi était qu'on attendait des gens qu'ils gardent leur sang-froid et que la rage des hommes contre des femmes, qui avait représenté la majorité des cas de ce type, n'était pas une excuse. Cela a été bien accueilli par les principaux commentateurs :

Le développement du précédent en Irlande sur la provocation a démontré qu'il y avait eu un besoin de clarification, et qu'on doit aussi trouver un équilibre concernant quel test devait être pour l'utilisation de la défense. Les modifications de la loi de provocation en Irlande établi dans *McNamara* ont le potentiel d'assurer que la norme du test est appropriée réalisable, ce qui signifie qu'il y a une protection pour la fragilité humaine et la perte réelle de maîtrise de soi, mais, en même temps, que la barre n'est pas trop basse pour permettre cette défense partielle à présenter au jury dans un trop grand nombre de circonstances.¹¹⁸

L'alcool et les drogues alimentent souvent la violence.¹¹⁹ Pour commettre un meurtre, il faut avoir l'intention de tuer ou de causer une blessure grave.¹²⁰ On peut avoir deux points de vue sur ce sujet : qu'il faut que l'accusé soit jugé comme s'il était sobre et même s'il n'a pas eu l'intention de tuer la victime, alors c'est dommage – il est coupable. Analytiquement, on peut trouver la faute, un élément essentiel pour établir la responsabilité pénale, en se saoulant : mais on peut dire aussi que tout le monde se saoule de temps en temps. Dans un cas anglais, un homme a étranglé sa copine tout en étant sur un psychotrope puissant parce qu'il croyait qu'il luttait avec des serpents dans le monde souterrain.¹²¹ Bien qu'il ne sache rien, il a été condamné d'homicide involontaire. S'il était somnambule, il y aurait eu un acquittement. Quand la loi moderne d'ivresse était analysé par la Cour suprême, nous avons décidé que si l'accusé était si ivre ou drogué qu'il ne réalisait pas ce qu'il avait fait, que ce n'est pas un meurtre mais qu'il y avait une faute suffisante pour l'homicide involontaire.¹²² Pourquoi ?

¹¹⁵ L'histoire est expliquée dans *DPP v McNamara* [2020] IESC 34.

¹¹⁶ *R v Camplin* [1978] AC 705.

¹¹⁷ *The People (DPP) v MacEoin* [1978] IR 27.

¹¹⁸ Caoimhe Hunter-Blair and Ceara Tonna-Barthet, 'The Ground Shifts: An Analysis of the Law of Provocation in Ireland' (2021) 31(2) ICLJ.

¹¹⁹ Kajol Sontate and others, 'Alcohol, Aggression, and Violence: From Public Health to Neuroscience' (2021) 12 *Front Psychol*; Shaoling Zhong, Rongqin Yu, and Seena Fazel, 'Drug Use Disorders and Violence: Associations With Individual Drug Categories' (2020) 42(1) *Epidemiol Rev* 103-116.

¹²⁰ Criminal Justice Act 1964, s 4.

¹²¹ *R v Lippman* [1970] 1 QB 152.

¹²² *The People (DPP) v Eadon* [2019] IESC 98.

Essentiellement, il y avait une faute et les gens ne peuvent pas échapper à leur responsabilité par leur propre faute. Ça, c'était le pragmatisme de la common law.

Alors, la common law, est-elle guidée par l'émotion ? Je dirais qu'elle est conduite par l'expérience et par le pragmatisme.

La flexibilité et l'exclusion

Il existe une règle dans la common law qu'un juge ne peut pas agir comme un juge dans son propre cas : *nemo iudex in causa sua*. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dit que pour la « détermination de ses droits et obligations civiles, ou d'une accusation criminelle portée contre lui, toute personne a un droit à avoir une audience équitable et publique et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. » Ce n'est pas plus qu'on peut s'attendre. La Constitution d'Irlande, 1937, exige que les juges ne peuvent pas juger dans des cas qui les impliquent, et que la justice existe totalement séparément que l'État, avec lequel les juges ne peuvent pas interférer. Alors :

Article 34 – La justice sera administré dans les tribunaux établis par la loi par des juges nommés de la manière prévue dans la Constitution et ... la justice sera administrée en public.

Article 34.6.1° - Toute personne nommée comme un juge conforme à la Constitution doit faire et souscrire à la déclaration suivante : ... J'exécuterai l'office de juge dûment et fidèlement et au mieux de mes connaissances et de mon pouvoir sans peur ou faveur, affection ou mauvaise volonté envers toute personne, et je soutiendrai la Constitution et les lois...

Article 35.2 – Tous les juges seront indépendants en exerçant leur fonctions judiciaelles et ils ne seront soumis qu'à la Constitution et la loi.

Article 35.4 – Aucun juge ne sera éligible pour être un membre [du Parlement ou du Sénat] ou pour occuper tout autre poste rémunéré.

Article 35.4.1° - Un juge... ne sera pas démis de ses fonctions sauf en cas d'inconduite ou d'incapacité déclarée, et seulement sur les résolutions adoptées par [le Parlement et le Sénat]...

Tout ça, toutefois, c'est quelque chose déjà prévu par la common law : que les juges seraient indépendants, et qu'ils ne jugeraient pas dans les cas qui les concernent directement. C'est tout à fait fondamental que le système judiciaire fonctionne comme un système indépendant auquel les gens peuvent recourir pour résoudre des litiges juridiques. Si la confiance du public de l'impartialité judiciaire est miné, le système judiciaire est ruiné. Lord Denning a observé : « La justice doit être enracinée en confiance, et la confiance est minée quand les gens raisonnables s'en vont en pensant que ce juge était biaisé.¹²³ » Un juge ou un décideur ne peuvent pas avoir un intérêt dans un cas. Si cela se produit, on pourrait raisonnablement penser que la décision était inclinée dans une direction particulière à cause d'un facteur qui a lié le juge à ce résultat spécifique. Cela sape la confiance dans l'administration publique et attire les systèmes de justice vers, ou bien dans, le bain d'acide de la méfiance publique. Un exemple du temps du procès de Sainte Jeanne d'Arc pourrait illustrer ça. Elle a été condamnée à être brûlé vive sur le bûcher par les forces anglaises occupant le nord de la France après

¹²³ *Metropolitan Properties v Lannon* [1968] 1 QB 577.

une prétendue enquête sur l'hérésie, dont le résultat favoriserait l'armée d'invasion.¹²⁴ Elle est morte le 30 mai, 1431 à Rouen.¹²⁵ Un cas suivant a renversé le résultat pour cause de biais mais, à ce moment, elle avait déjà connu une mort atroce.

Presque personne dit qu'un juge commence une affaire en pensant : « ah oui, je vais m'assurer que les immigrants ne pourraient pas gagner des cas de contrat » ou, comme dans le cas de Saint Jeanne, qu'elle devrait mourir pour notre succès dans cette guerre agressive. Non, le droit est plus subtil. Il ne se focalise pas sur ce que le juge pense, mais sur ce qu'une personne raisonnable, assis au fond de la cour et connaissant tout sur les antécédents du juge, penserait. Si cette personne disait qu'il y a une possibilité que le juge pourrait être influencé par des questions extérieures au cas, la décision doit échouer. Si le juge n'était jamais influencé et le fait qu'un juge n'est jamais obligé de témoigner dans un système de la common law, ce n'est pas important. L'affaire est jugée seulement objectivement à partir de ce que la personne raisonnable penserait dans les circonstances connues.

Il n'est pas nécessaire de prouver que le biais était présent, ou de montrer la possibilité de biais, mais seulement le danger réel du biais. Alors l'épreuve est si un observateur impartial et informé, en considérant les faits, conclurait qu'il y avait une possibilité réel de biais.¹²⁶ L'épreuve est : appréhension raisonnable de biais ou soupçon raisonnable de partialité par un observateur raisonnable.¹²⁷ Cet observateur n'est pas un plaideur et il n'est pas paranoïaque ou sujet à des fantasmes complotistes – il est impartial et il est capable d'un bon jugement et il s'est informé des faits de l'affaire et de son contexte.¹²⁸ Ce paragon de civique est un être idéal et il est capable d'un bon jugement; dans un contexte où il y a des décisions aussi diverses, où une fille pourrait plaider un cas à son père, qui est un juge, ou un juge qui a des opinions douteuses, ils formeront toujours un bon jugement. Clairement, la gravité du biais objectif n'est pas que le décideur ou l'enquêteur ont formé un préjugement et, après ça, qu'ils ont tendancieusement agi en conséquence en déformant les faits pour les adapter à ce qui avait déjà été décidé ; elle est qu'une personne de bon sens et en pleine possession du contexte pourrait raisonnablement suspecter la partialité d'avoir influencé le processus. Surtout, il ne faut pas juger dans l'instant quand la source du biais est censé s'être glissé, mais au point final de l'achèvement du processus. Cette personne raisonnable saurait que, tandis que l'opinion pourrait être puissante, les faits parlent plus forts et que pendant un point de vue ou une représentation pourrait offrir une raison d'enquêter, et ce qu'une enquête révèle pourrait être jugé équitablement à la froide lumière de la réalité. L'apparition de biais pourrait être laissé à la suite d'efforts sérieux et déterminés de déployer des ressources d'enquête pour découvrir la vérité. Une personne raisonnable renverrait des cas apparents après une enquête et ça c'est à cause de la nature d'une telle personne.¹²⁹

Il y a beaucoup de cas, parce que les justiciables sont souvent soucieux de renverser des décisions des tribunaux ou des cours inférieures. Le résultat d'une revue judiciaire, c'est que tout le processus recommence. L'intérêt matériel du décideur est important.¹³⁰ Ou occuper des postes au sein d'une autorité de décision et être l'un des experts conseillant sur un

¹²⁴ Colette Beaune, *Jeanne d'Arc*, (Tempus Perrin 2013); Seosamh Charleton, *Jeanne d'Arc*, (Cosceim, Baile Átha Cliath 1990).

¹²⁵ Helen Castor, *Joan of Arc: A history* (London: Faber and Faber 2015).

¹²⁶ *Porter v Magill* [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357.

¹²⁷ *Reid v Industrial Development Authority* [2015] IESC 82 [52].

¹²⁸ The Right Hon. Lord Woolf and others, *de Smith's Judicial Review* (8th edn, London: Sweet and Maxwell 2018) 10-018.

¹²⁹ *Helow v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 62 [1-3].

¹³⁰ *The People (AG) v Singer* (1963) [1975] IR 408; *Goode Concrete v CRH plc* [2015] 2 ILRM 289.

problème de planification.¹³¹ L'animosité personnelle peut apparaître, quand un juge doit juger quelqu'un avec qui il avait eu une confrontation physique, par exemple.¹³² Ou quand on a des vues anti-alcool extrême quand on décide sur des licences.¹³³ Ou quand on exprime des vues troublantes de l'ethnicité d'une partie de litige.¹³⁴

Beaucoup de cas de biais sont déterminé par une situation persistante : le juge a des intérêts, ou le décideur est lié à la personne lésée, ou le plaignant agit également en tant que juge. Dans la Cour suprême, où des juges pourraient avoir des fils ou des filles qui sont avocats, aucun juge ne s'implique si sa famille est impliquée. Un autre juge se substitue. L'Irlande est un petit pays ; des conflits de ce genre apparaissent de temps en temps. Ce que j'ai dit forme une part des principes Bangalore,¹³⁵ mais l'expérience personnelle est aussi importante. Permettez-moi de partager mon point de vue personnel : je ne vais pas m'impliquer dans un cas où un plaideur a été un ami ou un camarade de classe. Par rapport à l'amitié occasionnelle, je crois que, si j'avais été dans leur maison pour les rafraîchissements ou si quelqu'un a été chez moi, je ne m'implique pas. Mais, si on connaît simplement quelqu'un parce que il est le parent d'un enfant à l'école de ses enfants, c'est n'est pas suffisant. Permettez-moi de partager une expérience.

Quand j'étais dans la High court en 2012, nous faisons face aux conséquences du krach financier de 2008 et depuis 2010 le FMI était en Irlande, et dictaient la politique du gouvernement (ils sont partis il y a longtemps, je vous assure que nous sommes de nouveau sur nos pieds). Un avocat bien connu était devant le tribunal des faillites et je remplaçais pour le juge habituel, qui était absent ce jour. Cet avocat a soulevé le problème qu'il n'habitait pas en Irlande, parce que le krach l'avait fait déménagé en Angleterre. Les conséquences de la faillite on fait que tous ses biens avait été saisis par l'Assignée Officiel pour rembourser ses dettes et seulement après 12 ans il a récupéré son autonomie financière. Son cas n'était pas très convaincant. Le demandeur était Bank of Ireland, à qui cet avocat devait plusieurs millions d'euros. Dans un jugement écrit j'ai déclaré l'avocat en faillite. Quand j'ai lu le jugement, le conseil pour l'avocat s'est levé et il a dit : « Mon client m'a demandé de faire une demande, mais je ne suis pas prêt à le faire. Pourriez-vous l'écouter de son beau-frère ? » J'ai accepté cette offre. Le beau-frère a annoncé qu'il avait recherché l'hypothèque de ma maison, et qu'il avait découvert que mon hypothèque était avec Bank of Ireland, et alors il a dit que j'étais biaisé. J'étais étourdi. Retrouvant mon calme sur le fait que quelqu'un avait fait des recherches sur mes affaires de banque privée, j'ai refusé la demande d'annulation du jugement : il y a seulement quatre banques en Irlande, je l'ai dit, et c'était seulement une affaire bancaire familiale ordinaire : ma relation avec la banque ne serait pas affecté par une dette recouvrée. Je dois dire que j'étais bouleversé qu'on puisse suggérer qu'un de mes jugements sur un problème légal pourrait dépendre de mon goût présumé pour une banque en particulier. Pour être claire : je n'ai pas d'affection pour des banques, surtout après 2008.

Mon avis est que parfois on peut en faire trop de ce principe. On doit faire confiance aux juges. En outre, l'observateur raisonnable n'est pas seulement un observateur ; il ou elle sait autant que le juge, et on s'attend à ce qu'il soit raisonnable. Et ça, c'est la pierre de touche.

¹³¹ *Reid v IDA* [2015] 4 IR 494.

¹³² *R v Handley* (1921) 61 DLR 656.

¹³³ Ex parte Robinson (1912) 76 JP 233.

¹³⁴ *El-Faragy v El-Faragy* [2007] EWCA Civ 1149.

¹³⁵ Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002).

Les constitutions, les droits de l'homme, et la flexibilité véritable

La flexibilité est déterminée en partie par la constitution, le pays, et par le traité des droits de l'homme, mais la prise de décision judiciaire flexible est dérivée de vagues promesses sur lesquelles repose la common law. L'Irlande n'est pas comme les États-Unis, bien qu'ils partagent un patrimoine de common law, et l'Irlande n'est pas comme le Canada et le Royaume-Uni non plus. Ça c'est peut-être un sujet pour un autre jour, mais la justice au Canada a découvert l'activisme judiciaire depuis l'introduction du Charte Canadien des Droits et Libertés Fondamentaux. En Angleterre, la justice a résisté à la tentation d'utiliser la Convention européenne des droits de l'homme pour autoriser la liberté judiciaire : alors, l'inflexibilité de précédent dans la common law était trop enraciné pour ça. Mais le Canada est plus proche des États-Unis !

Alors, comment appliquons-nous la Constitution en Irlande ? Avec beaucoup de soin. La justice ne peut pas s'immiscer dans la politique économique. Inversement, aux États-Unis, les conservateurs et la Cour suprême ont été horrifié par le plan « New Deal » de Roosevelt et la montée perçue du socialisme aux États-Unis. La justice a réagi avec une déclaration indiquant que le plan « New Deal » était une ingérence dans le droit sacré de contracter. Il y avait une histoire très longue de ce type de justice active aux États-Unis – la Cour suprême a commencé à abattre des lois que la Cour jugeait déraisonnables. Et bien la majorité conservatrice a déclaré que les lois des états qui ont fixé les tarifs pour les chemins de fer, ou qui ont exigé que la viande devait être inspectée pour la maladie. Par exemple, dans un cas de New York, la Court a abrogé une loi qui a régulait les prix des silos à céréales. Élevant leur langage aux sommets de la rhétorique, les juges ont dit que cette loi était « de nature vicieuse et communiste dans sa tendance », et donc elle a violé « le droit plus sacré de la propriété et la liberté individuelle de contrat ». ¹³⁶ S'il y avait des déséquilibres ou des abus dans l'économie, alors ça n'avait rien à voir avec le gouvernement parce que ces déséquilibres s'autocorrigeaient avec l'aide des « règles générales du commerce, de l'offre et de la demande, » et non par l'ingérence d'un « gouvernement paternel » ¹³⁷ Cette détermination de fonder l'économie laissez-faire dans la Constitution des États-Unis était fondée sur la clause de procédure régulière. C'était une interprétation avec laquelle beaucoup n'étaient pas d'accord. Et cette tendance continuait après le krach économique – la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles des lois pour la reprise économique. ¹³⁸

Donc, pourquoi est-ce que le système en Irlande est-il si différent des autres ? En Irlande, nous n'interprétons pas le mariage entre personnes de même sexe comme une partie de la clause d'égalité de l'Article 40.4 de la Constitution. Et nous ne légalisons pas l'avortement via les tribunaux. ¹³⁹ La Cour suprême des États-Unis peut faire ça. En Irlande, les questions politiques sont pour le gouvernement, pas pour les cours. Alors que ce n'est pas facile d'amender notre Constitution, ce procès est beaucoup plus facile ici qu'aux États-Unis. Depuis 1937, nous avons eu 39 amendements et il suffit d'un vote populaire pour changer la Constitution. Ces référendums arrivent souvent. Quand nous avons un référendum en Irlande, la proposition pour amender la Constitution doit être adoptée par le Parlement, après quoi c'est voté directement par les citoyens. Et c'est tout. Une autre différence entre notre système et le système des États-Unis, c'est que les nominations judiciaires sont beaucoup

¹³⁶ 117 N. Y. I (1889) 47.

¹³⁷ *People v Budd* (1899) 117 NY 1, 45, 69, voir Bernard Schwartz, *History of the Supreme Court* (OUP 1995).

¹³⁸ Par exemple *Schechter Poultry Corp v United States* 295 US (1935) 495.

¹³⁹ *United States v Windsor* 570 US 744 (2013); *Roe v Wade* 410 US 113 (1973).

moins politiques en Irlande. J'ai été nommé au poste de juge par un gouvernement et j'ai été promu par un autre gouvernement. Et cela arrive souvent en Irlande. Quand les juges irlandais sont nommés, on ne nous demande pas si nous sommes religieux, ou si nous avons des opinions libérales ou conservatrices. Parce que nous sommes sélectionnés pour effectuer un travail.

Vous pourriez penser que, en raison de l'influence de la common law, les juges irlandais comptent sur l'émotion quand nous décidons des cas constitutionnels. En tant qu'êtres humains, c'est assez difficile pour l'exclure. Mais la doctrine du précédent est plus importante. Ce qui est dans le texte et comment d'autres juges ont interprété la Constitution – ce sont les facteurs qui non seulement nous guident, mais qui nous lient.