

Responsabilité, fraternité et développement durable en droit:

Une conférence en mémoire de l'honorable Charles D. Gonthier

Responsibility, Fraternity, and Sustainability in Law

A Symposium in honour of Charles D. Gonthier

20-21 Mai 2011 à la faculté de droit de l'université McGill

May 20-21, 2011 at the McGill University Faculty of Law

Manuscripts de la conférence Conference Proceedings

**L'impact des nouvelles technologies
sur les tribunaux : La dignité, l'éthique
judiciaire et l'apport du droit comparé**

Karen Eltis

TEXTE PRELIMINAIRE

« L'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux : la dignité, l'éthique et l'apport du droit comparé »

Karen Eltis

Professeure agrégée, Université d'Ottawa (Droit civil)

Visiting Scholar, Columbia Law School

Je tiens tout d'abord à remercier les membres du comité pour le souvenir de C.D. Gonthier et le professeur Michel Morin de cette invitation. Je suis ravie d'être parmi vous ici à McGill, en tant qu'ancienne de cette faculté de droit, et surtout pour évoquer la mémoire de l'honorable Juge Gonthier, qui j'ai eu le grand honneur de rencontrer il y a quelques années. En tant que comparativiste, il m'est particulièrement important de célébrer sa fructueuse carrière et sa contribution au droit comparé ainsi qu'au maintien de la cohérence du droit civil québécois.

J'aimerais notamment dans le temps qui m'est accordé, souligner et rendre hommage à son apport significatif au domaine de l'éthique judiciaire (plus particulièrement à son approche à la question épineuse de l'expression permise aux juges dans l'arrêt *Ruffo*). En effet, conscients de sa contribution remarquable à l'exposition du rôle des

juges dans un monde en mutation et désireux de saluer son rattachement au principe de fraternité et des obligations corollaires aux droits, mes commentaires cet après-midi ont pour ambition de cerner l'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux, sur l'éthique et sur les justiciables.

Je précise. La technologie joue un rôle incontestablement crucial dans le travail et dans la vie des juges et ce, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des tribunaux. Les avantages considérables qu'elle offre comportent aussi d'importants nouveaux défis qui ont de plus en plus d'impact sur la magistrature et sur l'éthique judiciaire. Et pourtant, malgré la pertinence grandissante de la technologie, la question de ses ramifications a jusqu'ici échappé presque entièrement à toute étude spécialisée, laissant aux tribunaux (pour la plupart) peu d'autre choix que d'essayer de faire cadrer de nouvelles techniques avec des pratiques et des régimes dépassés, conçus avec des outils périmés à l'esprit.

Des dossiers judiciaires accessibles « en ligne » et le concept de la protection de la vie privée, des communications courriel *ex parte*, des ébauches de décisions transmises par mégard par courrier électronique, de même que le problème que posent les serveurs de tribunaux appartenant à l'État et exploités par ce dernier vis-à-vis du concept de l'indépendance judiciaire ; ce ne sont là que quelques-unes des

nombreuses difficultés qui surgissent à une fréquence croissante – voire déconcertante. L'effet cumulatif de ces difficultés, il va sans dire, est d'inciter en fin de compte les tribunaux à réviser l'interprétation classique des notions fondamentales que sont, par exemple, la divulgation, la responsabilisation, la compétence – même l'impartialité – et le juste équilibre à trouver entre des valeurs telles que la transparence, l'accès et la protection de la vie privée dans le monde moderne.

Les tribunaux font face à ces dilemmes depuis longtemps, mais l'arrivée de nouveaux développements dans le monde d'Internet et de l'électronique ravive la problématique.

Afin de permettre aux tribunaux de se tenir à jour en cette ère d'évolution rapide, sinon perpétuelle, dans laquelle nous vivons, la communication proposée vise à faire un *premier survol* des problèmes qui résultent de l'interaction de la technologie et de la magistrature.

En reconnaissance de la réflexion subtile et profonde du juge Gonthier sur la moralité et sur l'éthique judiciaire en particulier¹ et des standards élevés qu'il énonçait pour le comportement des juges, cette communication traitera tout d'abord des enjeux nouveaux qui sont le

¹ Voir par exemple : Charles D. Gonthier, « Law and Morality » (2003) 29 Queen's L.J. 408; p. 1; Ruffo c. Le Conseil de la Magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267

fruit de l'évolution technologique et qui ont de plus en plus d'impact sur la déontologie, notamment sur l'expression des magistrats.

Autrement dit, je me penche sur l'incidence de la technologie sur la portée et sur le fond des activités judiciaires et extrajudiciaires acceptables, y compris les engagements (verbaux et non verbaux) autrefois protégés de la vue du public.

Il sera question, par exemple, de la façon dont les parties en litige ou même des tiers pourraient conclure à l'existence de sympathies perçues, éprouver une crainte de partialité ou même un manque de compétence en « Googlant » leur juge.

Avant l'ère numérique, et comme l'a d'ailleurs précisé le juge Gonthier dans l'arrêt *Ruffo* (précité) l'expression du magistrat en dehors des tribunaux (surtout du genre culturel, familial, religieux ou simplement récréatif) était généralement considéré comme innocent, *dans la mesure où la substance était appropriée*,². Jugés acceptables par essence, ces propos inoffensifs étaient eux aussi, de manière assez importante,

² Citant l'ouvrage de Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985). Elle dispose en ces termes:

2.10 Les juges agissent toujours de manière à préserver la dignité de leurs fonctions ainsi que l'impartialité et l'indépendance de la magistrature. Sujet à ce principe, les juges jouissent de la liberté d'expression, d'association et d'assemblée.

généralement hors d'accès et donc d'examen du public, et avaient donc peu de chances de teinter la perception d'impartialité³. Si la nature fondamentale de ces activités expressives et la justification qui régit leur tolérabilité n'ont pas changé, il se peut que la perception qu'on en a, pour sa part, ait changé, provoquant ainsi une réflexion renouvelée. Et ce, ne serait-ce que parce que des contributions distinctes (vérifiées ou fausses) postées sur Internet peuvent cumulativement contribuer à broser un « portrait numérique » et généralement peu fiable, du juge. Car ces données – qu'elles soient exactes ou non – sont bien sûr devenues universellement accessibles, avec une facilité sans précédent.

Pour dire les choses simplement, Internet en général et les moteurs de recherche en particulier font en sorte que le fait de « Googler » le juge est une activité nettement moins fastidieuse – mais pas plus fiable – et elle donne ainsi lieu à des allégations de plus en plus nombreuses et vraisemblablement frivoles de partialité lorsque les bouts d'information que l'on obtient sont regroupés avec amateurisme, voire avec malveillance. C'est donc dire que le médium lui-même pourrait suffire à

³ Voir John Sopinka, "Must a Judge be a Monk: Revisited" (1996) 45:1 UNBLJ Rev 167. Voir aussi H. Mellon, "Meeting the Public: The Charter and the Judiciary" (2002) 21 Windsor Y.B. Access Just. 33.

modifier la notion d'expression judiciaire acceptable et de préjudice perçu, et qu'il est visiblement susceptible d'affecter la culture de comportement judiciaire qui en découle.

Ceci dit- et comme l'a indiqué avec justesse le juge Gonthier (dans l'arrêt *Dagenais*), la technologie ne devrait pas changer nos valeurs les plus fondamentales. Il semblerait donc que les principes énoncés tout le long de sa carrière et particulièrement ceux éclairés dans l'arrêt *Ruffo* pourront servir de point de départ utile pour l'élaboration d'une approche souple et pragmatique aux règles régissant les propos (et le comportement) des juges dans l'ère numérique.

Dans un deuxième temps, j'aimerais m'attarder de manière plus précise sur **la conciliation de la règle de la publicité des audiences et le droit au respect de la vie privée dans le cyber contexte**».

Comment assurer pleinement la publicité des audiences et favoriser le droit du public à l'accès aux documents judiciaires tout en respectant la vie privée des parties concernées ? Les tribunaux font face à ce dilemme depuis longtemps, mais l'arrivée d'Internet ravive la problématique.

On note actuellement une conceptualisation du droit au respect de la vie privée *restreinte*, qui risque paradoxalement de porter ultimement atteinte à l'accès à la justice et au principe de la fraternité – corollaire du principe de dignité humaine, tant chéri par le juge Gonthier.

Le devoir des tribunaux de protéger l'intimité des justiciables ainsi que celui de garantir une participation sécurisée dans le système légal (tant pour les témoins que pour les justiciables) va de paire avec la transparence et ne devrait pas être négligé. Au contraire, il s'avère que les coûts d'une divulgation de renseignements débridée sur Internet (au profit des tierces parties) risque en fin de compte de *frustrer* l'accès en dissuadant (pour toutes fins pratiques) la participation dans le système par des justiciables et témoins de plus en plus craintifs.

Plus précisément, les nouvelles technologies ont créés des effets secondaires indésirables : à savoir (et entre autres), le vol d'identité à partir des dossiers de la cour ou pire la menace des justiciables et des témoins, par exemple dans le fameux procès 11 sept 9/11 *Moussawi*⁴. En effet, le département de justice (DOJ) américain prévient qu'il y a toute une industrie web dédiée à la menace des témoins. Par ex, le site

⁴ *United States v Moussaoui*, 483 F (3d) 220 (4th Cir 2007) (available on WL Can)[*Moussaoui*].

« whose a rat.com » qui offre le nom et adresse de témoins et collaborateurs⁵

Tout cela n'est certainement pas pour dire que les justiciables ne pouvaient pas être humiliés et que des témoins ne pouvaient pas être menacés avant l'ère digitale (je pense toujours au bébé maintenant adulte qui lira l'arrêt Suite v Cooke un de ces jours..) . C'est tout simplement qu'Internet sert à *exacerber* ces difficultés préexistantes de manière significative voir exponentielle,

Comme disait Jennifer Stoddart récemment:

The open-court rule is while extremely historically important it has become distorted by the effect of massive search engines⁶.

Par conséquent, bien que l'intention derrière les dossiers électroniques est de *faciliter* l'accès, le postage irréfléchi, en masse, peut avoir l'effet opposé. C'est à dire dissuader la participation (autrement dit, Les justiciables ne se prévaudront plus de l'accès au tribunaux par peur d'être humiliés ou menacés. (sans parler des témoins)

⁵ David L Snyder, "Nonparty Remote Electronic Access to Plea Agreements in the Second Circuit" (2008) 35:5 Fordham Urb LJ 1263.

⁶ Kirk Makin, "Online Tribunal Evidence Leaves Citizens' Data open to Abuse" *The Globe and Mail* (20 August 2008) A5.

Surtout quand des projets de recherche tels celui de Paul Ohm démontrent que l'anonymisation ne fonctionne plus..

Prenons, dans un premier temps, la distinction « papier/internet » : les documents de la cour ne bénéficient plus de ce que les américains appellent « l'obscurité pratique » du papier (« vous étiez privé par défaut et public par effort. Maintenant c'est le contraire » remarque Lee Tiené).

Dans un deuxième temps, la divulgation par inadvertance de renseignements confidentiels provenant de documents de la cour, qui se propagent sur Internet malgré les efforts des tribunaux de les supprimer, risquent de miner l'autorité des tribunaux.

En voici un exemple flagrant : En Israël récemment, un homme qui cherchait à cacher son orientation sexuelle a poursuivi un ancien amant pour diffamation. Puisque les tribunaux israéliens ne désireux de favoriser la transparence affichent dans certains cas automatiquement les documents de la Cour, les allégations qui figuraient dans ce dossier incluant la question de l'identité, de l'orientation sexuelle de cette individu ainsi que de son statut VIH se sont propagées sans tarder sur Internet. Bien que la cour ait éventuellement pris des mesures pour supprimer ces fameux détails à la demande de son avocat, ces mesures

étaient tardives et inutiles car les renseignements s'étaient déjà propagés dans le cyber espace⁷.

Cet incident souligne la *perte de contrôle alarmante des tribunaux* sur leurs propres documents, créant ainsi des situations absurdes comme celle décrite, ou une version officielle, soit dite « anonymisée » se retrouve aux côtés des versions « complètes » inédites sur internet , impossible de retirer

Selon Winn:

« The world of electronic information is a far less forgiving place ... the simple abstract rules developed for a world of paper-based information may no longer suffice to resolve complex problems of judicial information management. ... The failure of the legal system to maintain the ancient balance between access and privacy will lead to the greatest danger of all – inhibiting citizens from participating in the public judicial system »⁸.

Que doit-on faire ?

⁷ *Doe v Doe (Ploni v Almoni)* (2006) Tel Aviv Magistrate Court 06/17485.

⁸ Peter A Winn, "Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information" (2004) 79:1 Wash L Rev 307.

Les tribunaux ne peuvent plus faire abstraction des incidences négatives d'un tel affichage sur les justiciables et sur l'intégrité du système.

Or, il ressort d'une étude de droit comparé, qu'un système juridique voué à la justice sociale tel que le nôtre devrait préconiser une approche selon laquelle la dignité des justiciables a préséance sur la transparence presque totale du libéralisme classique, surtout dans un cadre où ces derniers risquent de se sentir de plus en plus vulnérables dans leur intimité.

Suivant la pensée du juge Gonthier qui privilégiait la nuance et une juste pondération de tous les droits et intérêts en jeu, je propose une interprétation révisée du concept de la « vie privée » dans le cyber contexte, en ce qui a trait à la publication électronique des dossiers de la Cour, qui permettra à la dignité des justiciables d'être respectée. Car aux yeux de la tradition civiliste, le droit à la vie privée jouit d'une interprétation généreuse et est reconnu comme un droit de la personnalité, rattaché à l'individu⁹.

⁹ Adrian Popovici, *Personality Rights: A Civil Law Concept* (2004) 50:2 Loy L Rev 349 at 352, citing Alain Seriaux, "La notion juridique de patrimoine: Brèves notations civiles sur le verbe avoir" (1994) 93:4 RTD Civ 801 at 804-806. Personality rights are also known as "droits primordiaux" by reason of their importance: see France Allard, "Les Droits de la Personnalité" in Josée Payette, ed, *Personne, famille et successions*, vol 3 (Cowansville: Yvon-Blais, 2003) 61 at 61. Allard observes that these rights generally do not have any inherent monetary—pecuniary value, as they are inherent to personhood. According to Geoffrey Samuel, "for better or for worse, the concept of "le droit subjectif" [subjective rights such as personality rights] has little relevance in English Law": Geoffrey Samuel, "Le droit subjectif" and English Law" (1987) 46:2 Cambridge LJ 264 at 286. Personality rights have become increasingly

Tel que noté, le devoir des tribunaux de protéger l'intimité des justiciables ainsi que leur dignité va de paire avec la transparence. Car les *coûts* d'une divulgation de renseignements débridée sur Internet (au profit des tierces parties et aux dépens des participants) risque en fin de compte de frustrer l'accès en dissuadant (pour toutes fins pratiques) la participation dans le système par des justiciables et témoins de plus en plus craintifs.

L'illusion d'exactitude que crée Internet est au cœur des deux questions explorées. La publicité et la transparence sont *ici* et doivent être *ici* considérées comme un rempart contre l'abus et l'excès de pouvoir et comme un moyen de promouvoir la confiance envers le système judiciaire. Internet peut aider à faire précisément cela, mais il convient de faire particulièrement attention si l'on ne veut pas que la disponibilité d'un déluge de données non vérifiées et souvent non fiables ne contribue pas en fin de compte à miner le climat de confiance même sur lequel repose le système judiciaire.

Conclusion:

important in Quebec law, as Laverne Jacobs remarks: "Quebec Civil law ... over the past three decades, has increasingly placed central emphasis on the person and personality rights": Laverne A Jacobs, "Integrity, Dignity and the *Act Respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*: Can the Act Provide More Appropriate Compensation for Sexual Harassment Victims?" (2000) 30:2 RDUS 279 at 316.

Cette communication propose une vision alternative du concept de la « vie privée » à celui de la tradition civiliste, basée sur la **dignité et les devoirs**, permettant de concilier l'accès des tierces parties et la transparence avec les droits des justiciables. Cette vision - puisée d'une analyse de droit comparé à fidele au bijuridisme qu'incarnerait le juge Gonthier - permet de rejeter la fausse dichotomie qui opposerait la protection de la vie privée et nos idéaux (tels la transparence et l'accès) et se prête mieux au principe de « fraternité » - à la solidarité sociale que le juge Gonthier considérerait sous-jacente à l'ordre constitutionnel et essentielle à la justice¹⁰.

En guise de conclusion à et comme nous le rappelle Fabien Gélinas, pour le juge Gonthier « l'objectif ultime, [particulièrement évident dans ce cyber contexte, était toujours] celui d'assurer la dignité de l'individu au sein de sa communauté¹¹ ».

¹⁰ Charles D. Gonthier, « Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy » (2000) 45 R.D. McGill 567

¹¹ Voir Fabien Gélinas, UNE JUSTICE FRATERNELLE : ÉLÉMENTS DE LA PENSÉE DE CHARLES DOHERTY GONTHIER (2010) 55 R.D. McGill 1 (citant Charles D. Gonthier, « Law and Morality » (2003) 29 Queen's L.J. 408 à la p. 412).