

Le droit en l'an 2000 : l'envahissement des contrôles gouvernementaux et des technologies nouvelles dans la vie privée des citoyens

H. Patrick Glenn

Volume 18, numéro 3, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058701ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058701ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Glenn, H. P. (1987). Le droit en l'an 2000 : l'envahissement des contrôles gouvernementaux et des technologies nouvelles dans la vie privée des citoyens. *Revue générale de droit*, 18(3), 705–711. <https://doi.org/10.7202/1058701ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1988

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

INFORMATIONS ET DOCUMENTS

Le droit en l'an 2000 : L'envahissement des contrôles gouvernementaux et des technologies nouvelles dans la vie privée des citoyens ¹

H. PATRICK GLENN
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université McGill

SOMMAIRE

Introduction	705
I. Le dilemme posé par les rapports entre le droit et la technologie	706
II. De l'impossibilité de résoudre ce dilemme	707
III. Comment vivre une vie longue et heureuse même entouré des pires dilemmes y compris celui des rapports entre le droit et la technologie	710

INTRODUCTION

Le virage juridique aura-t-il lieu? Le droit pourra-t-il jamais s'adapter aux changements rapides provoqués par les progrès de la science?

Ma réponse à la première question est « non ». Ma réponse à la seconde est également « non ». J'ajouterai, à l'égard des deux questions, « surtout pas ». Surtout pas un virage juridique et surtout pas un droit « adapté » aux changements scientifiques en matière informatique.

Ces réponses peuvent surprendre, dans la mesure où elles ne représentent pas une affirmation du caractère infiniment expansionniste et flexible du droit face aux conditions de la vie moderne. J'essayerai de les expliquer en abordant successivement trois thèmes :

- 1) pourquoi nous sommes face à un dilemme en analysant les rapports entre le droit et la technologie;

1. Texte d'une conférence donnée lors du congrès annuel de l'Association des professeurs de droit du Québec, dans un colloque portant sur le droit en l'an 2000, Mont Sainte-Marie, Québec, le 25 avril 1987.

- 2) pourquoi nous ne sommes pas capables de résoudre ce dilemme;
- 3) comment nous pouvons néanmoins vivre des vies longues et heureuses même entourés des pires dilemmes, y compris celui du droit et de la technologie.

I. LE DILEMME POSÉ PAR LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET LA TECHNOLOGIE

Les rapports entre le droit et la technologie (le discours sur l'art de faire) sont souvent présentés sous une analyse déterministe. Ainsi la technologie qui nous envahit et nous contrôle serait contrôlée elle-même par la technologie antérieure — c'est la thèse du professeur Ellul² — ou par des forces sociétales et surtout économiques — c'est l'opinion des professeurs MacKenzie et Wajcman³. Dans les deux cas, le droit n'est nullement un instrument de contrôle et il est inutile de même réfléchir sur la réponse juridique aux questions technologiques. Pour le professeur Ellul, « le droit a perdu ses prises »⁴, et entièrement, face à la technologie informatique. Si l'on ne partage pas la perspective déterministe, cependant, il n'est pas évident non plus que le droit peut être un instrument de contrôle — notre contrôle — de la technologie, et c'est là le dilemme. La technologie ne nous contrôle pas, mais nous ne sommes pas capables non plus de contrôler la technologie, par notre droit. Comment arrive-t-on à une telle conclusion?

D'abord, je crois qu'il faut se rappeler les origines de notre technologie. Cette technologie est un phénomène moderne et je pense que l'on peut dire, sans trop déformer la chronologie historique, qu'elle s'est développée en même temps que le droit naturel de la renaissance. Ainsi, dans le langage de George Grant, il existe une véritable interdépendance des sciences physiques et morales modernes⁵. Avec la décision de rationnellement faire notre droit naturel — pour ne rien dire plus tard de notre droit dit positif — est venue la décision de faire l'ordre de notre monde physique au lieu de s'y soumettre⁶. Le monde physique devenu

2. J. ELLUL, *Le système technicien*, Paris, Calmann-Levy, 1977, p. 120.

3. D. MACKENZIE & J. WAJCMAN, *The Social Shaping of Technology*, Philadelphia, Open University Press, 1985, pp. 6-18.

4. J. ELLUL, *op. cit.*, supra, note 2, p. 348.

5. G. GRANT, *Technology and Justice*, Toronto, Anansi, 1986, p. 27. Voir aussi, dans le même sens, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, pp. 557-560.

6. Voir sur ce dernier phénomène, G. BOURGEOULT, *L'éthique et le droit face à la technologie. Plaidoyer pour un nouvel esprit éthique*, Montréal, Centre de recherche en droit public/Université de Montréal, 1987, pp. 39-41.

un simple objet à maîtriser par l'individu libre, sans contrainte externe, le monde moral s'est plié aussi devant les conceptions subjectives de la justice. Dans la nouvelle science quantitative, les valeurs disparaissent, et s'il n'y a plus de valeurs *dans* le monde, les seules valeurs possibles sont les nôtres. Dans les deux domaines, physique et moral, c'est le calcul individuel qui règne, car il s'agit effectivement d'un *package deal*⁷. Pour nous les juristes c'est le triomphe de l'idée du droit subjectif, latente dans le système juridique romano-canonique de l'époque, mais devenu de plus en plus explicite sous la pression de créer des droits nationaux, de caractère substantif et même... scientifique.

La notion du droit subjectif se révèle, cependant, comme plus que la simple cristallisation juridique de cette éthique de liberté scientifique et morale. Certes, l'individu devient sujet de droit, mais le droit subjectif devient moyen de défense aussi bien que moyen d'affirmation. Il protège notamment contre la nouvelle technologie, et quand la technologie est tournée vers les personnes sujets de droit perçus comme objets de science, c'est le droit subjectif qui permet la réaffirmation de la valeur de l'individu, même comme obstacle à la libre recherche scientifique. La protection accordée à l'individu par le droit subjectif est cependant une protection hautement... individualisée. C'est l'individu qui contrôle son déclenchement et son efficacité, car si l'individu veut devenir objet de science, au nom de quoi peut-on l'arrêter? La science reste ainsi libre à tout faire; la technologie est à développer; et nos conceptions individuelles de la justice ne posent pas d'obstacles de principe à cette liberté technologique. L'existence des droits subjectifs qui protègent la personne humaine ne représente vraiment pas un contrôle de cette technologie; il s'agit plutôt du prix que la technologie doit payer pour continuer son travail, si vraiment l'individu y tient. Ainsi l'individu — vu par le juriste ou par le scientifique — est au centre du monde et fait son monde — mais la liberté et la valeur qu'on lui accorde empêchent le contrôle par l'un ou par l'autre. Le monde est contrôlable, mais non pas notre liberté de le contrôler. Nous sommes ici pour contrôler et non pas pour être contrôlés. C'est la prémisse de base de la modernité scientifique et juridique, le dilemme des rapports entre le droit et la technologie.

II. DE L'IMPOSSIBILITÉ DE RÉSOUDRE CE DILEMME

Peut-on cependant résoudre ce dilemme en se servant du droit pour recréer des limites sur la technologie, et notamment pour s'assurer en matière informatique que l'emploi des nouvelles technologies soit contrôlé préalablement et que seules des méthodes compatibles avec la

7. G. GRANT, *op. cit.*, *supra*, note 5, p. 32.

vie privée du citoyen soient mises en vigueur? Il faut noter le parallèle avec la discussion dans d'autres domaines technologiques, notamment dans les sciences de la vie, où il s'agit de faire *cesser* certaines démarches scientifiques, maintenant que l'on ouvre la discussion sur la possibilité de prendre un brevet sur la vie elle-même. Peut-on faire cesser les activités informatiques qui seraient incompatibles avec la vie privée de la personne? Encore une fois, je crois que la réponse est « non », et que l'on voit la raison essentielle pour cette réponse dans les phrases qui se réentendent dans le débat, les phrases telles que « un fichier des fichiers⁸ », « l'administration de l'administration⁹ », ou encore « la maîtrise de la maîtrise¹⁰ ». Comment peut-on maîtriser la maîtrise? Comment peut-on se servir du droit et de la technologie pour contrôler une technologie qui doit, selon l'éthique de la modernité, rester libre? Si on la prône dans certains domaines de la bio-éthique, peut-on accepter la régression totale, le *zero growth*, dans le développement informatique? Ce serait, selon l'opinion unanimement reçue, une mesure « rétrograde¹¹ ». La tâche, c'est donc de *contrôler sans limiter*, et nous avons déjà suffisamment d'expérience avec cette idée pour la juger, et pour la trouver déficiente, et cela pour plusieurs raisons.

La première raison, d'ordre général, c'est que le contrôle ne peut être effectué que par des mesures de droit qui correspondent à la technologie à contrôler. Or, ce droit que nous faisons ne peut jamais être à jour avec ce que font les scientifiques. Les juristes ne vont pas se dire avant que les scientifiques n'y pensent — « et s'ils inventent les supraconducteurs, comment va-t-on les contrôler? ». Ce droit fait par les juristes est nécessairement et toujours à la remorque de ce qui est fait par les scientifiques. Étant donné ce phénomène nécessaire de retard, le droit qui est censé contrôler est un droit qui contrôle l'ancienne technologie, une technologie souvent en pleine désuétude. L'exemple dans le domaine, c'est la loi française du 6 janvier 1978 — une loi moderne et efficace de contrôle des banques de données — largement dépassée selon les commentateurs français par la désuétude même de l'idée de banques de données et par la croissance des ordinateurs personnels et des interconnexions d'ordinateurs.

Il n'y a cependant pas que ce problème de retard du contrôle. Il y a aussi des problèmes dans sa manière d'exercice. Qui, d'abord, l'exercera? Les tribunaux, tout le monde le sait, sont inefficaces, même

8. J. FRAYSSINET, « La loi du 6 janvier 1978, Informatique, Fichiers et Libertés. Présentation pédagogique et synthétique », [1987] *Rev. de Rech. Jur.*, 191, p. 213.

9. V. H. MAISL, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspects du droit public », *J.C.P.* 1983.I.3101, para. 40.

10. Voir A. VITALIS, *Informatique, pouvoir et libertés*, Paris, Economica, 1981, p. 135, citant M. SERRES, *Hermès III, la traduction*, Paris, Éd. de Minuit, 1974, p. 93.

11. J. FRAYSSINET, *loc. cit.*, *supra*, note 8, p. 205.

pour les litiges de droit privé; ce ne sont pas des instruments de contrôle préalable. L'expérience en droit pénal sur l'autorisation des écoutes téléphoniques est à cet égard intéressante. Ou alors des commissions administratives, selon le modèle variable d'une dizaine de juridictions, y compris le Québec et la France? C'est dire, au fond : l'administration décidera par une agence spécialisée, éloignée dans une certaine mesure de l'administration elle-même, la mesure de protection qui sera accordée à la vie privée de chacun et de chacune, et cela à travers la totalité des activités (publiques ou privées) soumises à la compétence de l'agence. Nous commençons à reconnaître, cependant, l'énormité de la tâche et la faiblesse inhérente de toute commission, nécessairement restreinte, devant cette tâche. Ainsi en lisant les rapports annuels de notre Commission québécoise d'accès à l'information on constate, sauf erreur, qu'elle ne surveille que très partiellement les échanges de données personnelles au sein du gouvernement¹², qu'elle doit faire « confiance à l'engagement des chercheurs à la confidentialité » après avoir accordé l'accès (au nom de la recherche scientifique libre) aux renseignements nominatifs¹³, qu'elle a dû accorder, faute d'autres possibilités, toutes les requêtes pour dispense de l'obligation d'enregistrer les consultations de dossiers nominatifs¹⁴, qu'elle constate « des réalités extrêmement diversifiées » (y compris les conflits de travail) qui la confrontent¹⁵, et qu'elle n'a jamais exercé son droit de porter plainte ou de soumettre un rapport spécial à l'Assemblée nationale¹⁶. Le caractère retenu de ces commissions a été noté par d'autres auteurs et dans d'autres juridictions, mais il faut signaler que si la protection qu'elles peuvent accorder à la vie privée des citoyens est donc très relative, elles sont tout de même *censées* agir pour la protection de la vie privée, de sorte que leur approbation à la transmission de données nominatives constitue une caution qui autrefois manquait et pose la question fondamentale de savoir si le rôle des commissions est plutôt celui d'une agence de légitimation plutôt que celui d'une agence de protection¹⁷.

Au fond, cependant, quelle que soit l'agence de contrôle qui serait mise en place, et quel que soit le degré de protection ainsi accordé à la vie privée du citoyen, il faut se demander une dernière question, qui est

12. Commission d'accès à l'information, *Rapport annuel 1985-86*, Québec, 1986, p. 33.

13. *Id.*, p. 32.

14. *Id.*, p. 31.

15. *Id.*, pp. 31 et 9.

16. *Id.*, p. 34.

17. Voir A. VITALIS, *op. cit.*, *supra*, note 10, p. 204 : « Dès lors, elle peut faussement sécuriser une opinion publique émue par le développement du fichage et offrir une sorte de légitimation sociale à des systèmes que leur illégalité originelle condamnait peut-être, à terme. »

de savoir comment le droit subjectif de la personnalité peut être protégé sans l'accord et la participation de la personne elle-même? Est-ce le rôle d'une agence de l'État de définir nos personnalités? Dans quelle mesure peut-on dire qu'il s'agit d'un droit de la personnalité qui est protégé, si la personne ne l'est pas? Dans quelle mesure d'autres critères n'entrent-ils pas subtilement dans le champ de décision, des critères qui *présument* une personnalité à protéger, qui enlèvent effectivement à l'individu cette particularité, ou cette possibilité de particularité, que le droit subjectif de la personnalité devrait protéger? La technologie aux mains du juriste protecteur ne représente-t-elle pas, elle aussi, une menace pour la protection de la vie privée?

Pour toutes ces raisons, j'estime que le droit que nous créons ne peut pas contrôler, de façon préalable, la technologie que nous créons, en matière informatique. Nous ne pouvons pas résoudre le dilemme du droit et de la technologie informatique. La question est donc de savoir comment faire face à ce dilemme.

III. COMMENT VIVRE UNE VIE LONGUE ET HEUREUSE MÊME ENTOURÉ DES PIRES DILEMMES Y COMPRIS CELUI DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT ET LA TECHNOLOGIE

Il est évident aujourd'hui que le libéralisme juridique et technologique ne présente pas que des avantages. Le libéralisme technologique autorise les pires excès scientifiques et la dévalorisation possible de la personne humaine. Le libéralisme juridique érige l'individu en source de droit, et le vingtième siècle présente des signes évidents de déchirement du tissu social. Nous sommes pourtant ce que nous sommes à cause de ce libéralisme et il n'est pas évident qu'il existe une volonté générale de renoncer à ces bénéfices de façon immédiate, ni de les perdre progressivement par un lent étouffement juridique. Ce qu'il faut surtout reconnaître, cependant, c'est la *place* de ce libéralisme; il faut reconnaître que, comme toute doctrine monolithique, elle a ses limites et se situe dans un contexte d'idées infiniment plus large. Ainsi la personne peut être reconnue comme sujet de droit et responsable de ses propres décisions, sans que le contrat social en soit la conséquence immédiate et nécessaire. La liberté peut être *accordée* aussi bien que d'être une condition naturelle. La technologie pourrait ainsi être contrôlée, sélectivement, au cas où il est jugé que la liberté scientifique est nécessairement limitée. Cette question est particulièrement pressante dans le domaine des sciences de la vie. Mais qu'en est-il en matière informatique et en ce qui concerne la vie privée de la personne?

Je crois qu'il faut reconnaître d'abord que la plupart des échanges de données personnelles sont parfaitement légitimes, par le consentement même des personnes intéressées. Le consentement va

même au delà d'un premier échange, car nous savons tous, sans trop nous en préoccuper, que la circulation de données personnelles est une condition essentielle de la plupart de nos institutions, publiques ou privées. Nous acceptons volontiers, et tous les jours, les bénéfices de ces institutions. Si nous ne voulons pas les conditions actuelles de notre vie, nous sommes libres de les changer. C'est pourquoi je ne suis pas d'accord avec le Groupe de recherche informatique et droit qui a conclu récemment que « [...] la légitimité des activités entourant la constitution des bases de données et de leur utilisation reste à fonder¹⁸ ». Je crois au contraire que la légitimité se trouve dans l'acceptation massive et démontrée de ces banques de données de la part de tout le monde et dans la vie de tous les jours.

Ce qui s'impose, par contre, c'est le moyen de prévenir les abus de notre système de liberté technologique. Ce moyen, c'est le droit que nous avons présentement, qui sanctionne la violation de la vie privée par le moyen de l'action en justice aboutissant à une décision individualisée et à un remède concret rendu par un officier de justice indépendant de toutes les parties. Le peu de recours à ce moyen de redressement est un autre exemple de l'acceptation par tout le monde des pratiques existantes. La Cour des petites créances connaît peu de demandes en dommages-intérêts pour la violation de la vie privée. Dans la mesure où ces pratiques de circulation de données restent occultes, il y a bien sûr lieu de les rendre plus transparentes par le moyen de l'*habeas data*, et ce moyen peut être même renforcé. Encore une fois, nous avons l'*habeas data* au Québec, dans les domaines public et privé. L'*habeas data* nous permet de savoir si des décisions sont prises à notre égard sur la base de données erronées et d'agir en justice en connaissance de cause. Dans la mesure où l'*habeas data* est considéré comme sous-utilisé (par des critères que j'ignore), il y a évidence encore que la circulation de données a lieu avec l'autorisation implicite des personnes intéressées. Devant la volonté évidente de l'individu d'ainsi définir sa personnalité, au nom de quoi, précisément, propose-t-on de prendre des mesures plus restrictives, plus globales et plus autoritaires? Au nom de quoi, au juste, propose-t-on de convertir notre vie qui est privée en un ordre qui est public?

18. Groupe de recherche informatique et droit, *L'identité piratée*, Montréal, Société québécoise d'information juridique, 1986, p. 39.