

L'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux et sur le processus de nomination des juges : un premier survol

Karen Eltis

Volume 41, numéro 1, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026949ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026949ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Eltis, K. (2011). L'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux et sur le processus de nomination des juges : un premier survol. *Revue générale de droit*, 41(1), 267–277. <https://doi.org/10.7202/1026949ar>

L'impact des nouvelles technologies sur les tribunaux et sur le processus de nomination des juges : un premier survol

KAREN ELTIS

Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa,
professeure invitée (*Visiting Scholar*),
Columbia Law School

1. La technologie joue un rôle incontestablement crucial dans le travail et dans la vie des juges d'aujourd'hui, 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 le travail des juges et sur l'éthique judiciaire. Et pourtant, malgré la pertinence grandissante de la technologie, la question de ses ramifications pour la magistrature a jusqu'ici échappé presque entièrement à toute étude spécialisée, laissant aux tribunaux (pour la plupart) peu d'autres choix que d'essayer de faire cadrer de nouvelles techniques avec des pratiques et des régimes dépassés, conçus avec des outils périmés à l'esprit¹.

2. 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 mégarde 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 judiciaire² : ce ne sont là que quelques-unes des nombreuses difficultés qui surgissent à une fréquence croissante

1. Tel que noté. Dans un autre contexte, voir Daniel J. SOLOVE, « Panel VI: The Coexistence of Privacy and Security », (2005) 74 *Fordham L. Rev.* 747, 773. Selon Solove : « [...] many judicial misunderstandings stem from courts trying to fit new technologies into old statutory regimes built around old technologies. The problem with the statutes is that, when they try to track existing technology too closely, they become too rule-like and lose the flexibility of a standard. Basic principles get lost or forgotten in the shuffle of technicalities ».

2. Voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la page 144.

— 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 fondamentales telles que la transparence et la protection de la vie privée dans le monde moderne³.

3. Dans l'optique de formuler des recommandations pratiques dans un secteur crucial jusqu'ici inexploré dans la littérature juridique canadienne, le présent article se penche plus précisément sur l'impact des nouvelles technologies et Internet sur le processus de nomination des juges.

4. S'il est possible aujourd'hui de recueillir des données personnelles comme jamais auparavant, il est possible aussi d'acquérir de tels renseignements sur les *futurs* juges (les candidats) eux-mêmes. Cela risque de soulever plusieurs difficultés et d'avoir une incidence sur le processus de nomination. Et ce tant eu égard au devoir des candidats de divulguer la présence de renseignements potentiellement compromettants sur Internet, qu'en ce qui concerne l'obligation des comités d'effectuer des recherches numériques, entre autres. Précisons cette pensée simple, quoique importante, en commençant par la question des affiliations ou des renseignements dits « innocents », du moins de prime abord.

LES AFFILIATIONS D'UN FUTUR JUGE

5. Avant l'ère numérique, les affiliations externes d'un futur juge, surtout du genre culturel, familial, religieux ou simplement récréatif (par opposition aux activités partisans ou politiques) étaient généralement considérées comme étant innocentes, dans la mesure où leur substance était appropriée. Jugées acceptables par essence, ces activités étaient aussi généralement hors d'accès et donc hors de l'examen du public, et avaient peu de chances de teinter la perception de future impartialité. On peut penser au juge Lamer, avide chasseur et catholique convaincu — exemple

3. Voir T. David. MARSHALL, *Judicial Conduct and Accountability*, Toronto, Carswell, 1995, et Martin L. FRIEDLAND, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, Ottawa, Canadian Judicial Council, 1995.

d'activités sportives et religieuses qui en elles seules ne posent aucun défi à une future nomination...

6. Si la nature fondamentale de ces activités de tous les jours et la justification qui régit leur caractère tolérable n'ont pas changé, il se peut que la *perception* qu'on en a, pour sa part, ait changé en raison d'Internet et des réseaux sociaux.

7. Et ce, ne serait-ce que parce que des *fragments d'information* (vérifiés ou faux) affichés sur Internet — souvent à l'insu du futur juge (par des jeunes, membres de sa famille ou ses associés, par exemple) peuvent cumulativement contribuer à brosseur un « portrait numérique » de ce dernier. Quoique peu fiable, l'accessibilité sans précédent de ce genre de fragments d'information grâce à des moteurs de recherche risque de donner lieu à des allégations de plus en plus nombreuses et vraisemblablement frivoles de manque d'intégrité ou de partialité (et autres) lorsque les bouts d'information que l'on obtient sont regroupés avec amateurisme, voire avec malveillance. Le simple clic d'un bouton dresse un bilan non seulement des activités professionnelles d'un candidat (des données autrefois disponibles), mais aussi de ses relations et affiliations personnelles (par exemple, des photos de vacances en famille, des messages affichés par des enfants ados, des blogueurs, des renseignements sur le conjoint et les enfants, voire même l'orientation sexuelle).

8. Précisons que l'existence de ce « portrait numérique » risque *d'exclure* préalablement des candidats dont le mode de vie diffère de celui de la majorité, tels des membres de minorités culturelles, et de créer une présomption défavorable à l'égard de candidats dont l'état civil ou l'orientation sexuelle ne correspond pas au « portrait » classique ou traditionnel.

9. L'exemple le plus flagrant des conséquences du profilage est peut-être celui du juge Alex Kozinski, l'un des juges les plus importants des États-Unis, juge en chef de la 9^e cour, et très probable candidat à la Cour suprême. Il est dans la tourmente depuis quelques années, après avoir fait les manchettes des journaux américains lorsqu'il a été accusé de conserver sur son disque dur (à la maison) certaines images et vidéos à caractère sexuel, et qu'il en partageait même avec ses collègues ou amis, par courriel ou à l'aide d'un serveur personnel. Selon le *Los Angeles Times*, Kozinski « a publié de

la pornographie », alors que (ne pouvant se défendre lui-même en raison du devoir de réserve) sa conjointe a confié au site Web Abovethelaw.com qu'il est possible que son fils de 21 ans, Yale, ait téléversé une partie du contenu (des blagues, quoiqu'elles soient explicites) sur son disque⁴.

10. Il se peut même qu'un justiciable mécontent ait surveillé l'activité Internet du juge (et candidat potentiel à la Cour suprême) pour recueillir ces données. Sur Internet, tout est possible. Et la mémoire d'Internet est infinie⁵.

11. Qui qu'il en soit, et sans porter jugement de valeur sur les faits (qui ne sont toujours pas clairs), le mal est fait : le juge a dû suspendre un procès et ne sera plus candidat à la Cour suprême. Ce n'est pas pour dire qu'il devrait forcément l'être, mais pour mettre l'accent sur la rapidité avec laquelle des bribes d'information sur les candidats à la magistrature (juges candidats à la Cour suprême ou avocats/futurs juges en général) se propagent, peu importe leur véracité, créant ainsi des préjugés difficilement réfutables. Autrement dit, dans l'ère numérique, les agrégations décontextualisées et trompeuses de données accessibles par voie électronique (qui concernent manifestement un candidat particulier) peuvent bel et bien déclencher une crainte de partialité et, du point de vue tautologique, même rendre cette crainte raisonnable.

12. Comme le fait remarquer Daniel Solove dans un contexte différent :

[TRADUCTION]

Les bases de données informatiques contribuent dans une large mesure à ce que j'appelle le « problème de l'agrégation ». Ce dernier découle du fait que la révolution numérique a

4. <http://www.latimes.com/news/local/la-me-kozinski12-2008jun12,0,6220192.story>.

5. Le cas de Michael Kirby, le vénéré juge de la Haute Cour de l'Australie, est également d'intérêt. Il a été [TRADUCTION] « diffamé par des usurpateurs d'identité par le site Internet MySpace » : [TRADUCTION] « Une page de profil, prétendant avoir été écrite par le juge australien, contient aussi des éléments sordides et à caractère fortement sexuel ». Voir Reid SEXTON, « Judge a Victim of MySpace Fraud », *The Age*, [En ligne]. (7 janvier 2007), <http://www.theage.com.au/news/security/judge-a-victim-of-myspace-fraud/2007/01/06/1168104896791.html>. Voir aussi Reid SEXTON, « High Court Judge Kirby Targeted by Malicious Internet Fraud », *The Age*, [En ligne]. (7 janvier 2007). <http://www.theage.com.au/news/national/high-court-judge-kirby-targeted-by-malicious-internet-fraud/2007/01/06/1167777325037.html?page=2>.

permis d'amasser facilement des éléments d'information. Nous éparpillons souvent des détails sur nous-mêmes dans des cadres divers au fil de notre vie quotidienne... Mais imaginez si chaque personne ou entité avec laquelle nous entrons en contact durant notre vie regroupait tout ce qu'elle savait sur nous. Comme le dit le dicton, les petits ruisseaux font les grandes rivières.

13. Dans ce mode agrégatif, l'accessibilité des données (souvent sans tenir compte de leur fiabilité ou de leur exactitude) peut amener de plus en plus à censurer frivolement l'impartialité des candidats⁶.

14. Il est important de souligner que, contrairement à une demande d'accès à l'information, une « expédition de recherche » menée à l'aide d'un moteur de recherche peut faire ressortir des données inexactes, sinon trompeuses, un « agrégat » de parcelles d'information, souvent non liées et potentiellement peu fiables, qui concernent censément, directement ou indirectement, le candidat en question. Donc, ce n'est pas qu'on craigne la transparence; on craint que la perception que l'on a du candidat soit fautive, teintée par l'assemblage décontextualisé de données fausses ou sans lien.

15. Bien que les candidats à la magistrature peuvent facilement succomber à la tentation de « couvrir leurs traces » sur Internet, histoire (comme disait Lysiane Gagnon, « Elena Kagan est-elle lesbienne? », 18 mai 2010, La Presse) « d'avoir un dossier vierge de polémiques lorsque viendrait le jour tant attendu d'une nomination à la Cour », ce qui est problématique en soi (aimerait-on que les futurs juges évitent tout débat tout le long de leur carrière d'avocat?), ils sont souvent impuissants devant une manipulation ou une interprétation erronée, voire convaincante, de leur « biographie numérique » (car un juge ne doit pas divulguer son point de vue sur des questions particulières qui pourraient se présenter devant la Cour ni publier son point de vue à l'avance). Cette impuissance peut bien être exploitée, surtout dans le contexte d'un processus de confirmation « à

6. Daniel SOLOVE, « Access and Aggregation : Privacy, Public Records and the Constitution », (2002) vol. 86 , n°6, *Minn. L. R.* 1137.

l'américaine » qui risque de prendre un air de « vacuité et de farce » (pour employer la description qu'a faite M^{me} Kagan du processus américain en 1995).

16. Comme écrivait à l'époque la professeure Kagan :

[TRADUCTION]

Ces auditions servent de petite fonction éducative, à l'exception peut-être pour renforcer les leçons de cynisme que les citoyens ont souvent glanées du gouvernement. Ces auditions ne peuvent contribuer à une évaluation de la Cour et déterminer si le candidat saurait en faire une institution mieux ou pire⁷.

17. *A fortiori*, dans l'ère numérique, il semblerait qu'un processus à l'américaine, qui prétend « démocratiser » les nominations judiciaires, risque en fait de mettre en péril l'intégrité de la magistrature. Qui plus est, l'impartialité d'un candidat/futur juge peut être mise en doute pour des motifs censément irréguliers, voire même discriminatoires, ayant trait à son identité propre, comme son sexe, son origine ethnique, sa pratique (ou son absence de pratique) religieuse et son orientation sexuelle, ce qui sont considérés comme des « motifs de distinctions illicites » aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte. Au pire et tel que noté, des individus mal intentionnés peuvent facilement structurer les données Internet de manière à créer une apparence de partialité, par le biais du « profilage numérique ».

18. On peut donc dire que la technologie refait surgir et, en fait, transforme le problème récurrent de la pertinence des caractéristiques personnelles d'un juge et le fait de savoir si l'idée d'un « juge sur mesure » pourrait être légitimement entendue, sinon approuvée⁸. En d'autres termes, pendant que

7. Ronald DWORKIN, «The Temptation of Elena Kagan», *New York Review* (22 juillet 2010).

8. Voir par exemple : les écrits de la juge Bertha WILSON, « Will Women Judges Make a Difference? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507; Peter McCORMICK, Twyla JOB, « Do Women Judges Make a Difference? An Analysis by Appeal Court Data », (1993) 8-SPG *Can. J.L. & Soc'y* 135; Constance BACKHOUSE, « The Chilly Climate for Women Judges », (2003) 15 *Can. J. Women & L.* 167 (atelier « Adding Feminism to Law : The Contributions of Madame Justice L'Heureux-Dubé », Ottawa, septembre 2002). Voir aussi Carol GILLIGAN, dans Peter FLETCHER (dir.), *Ideas in Action : Essays on Politics and Law in Honour of Peter Russell*, Toronto, University of Toronto Press,

le débat concernant la « justice individualisée »⁹ suscite l'attention et que l'idée d'intégrer la sensibilité culturelle et le [TRADUCTION] « pluralisme culturel dans le droit »¹⁰ (avec les avantages et les faiblesses que cela comporte) prend de l'ampleur, la capacité accrue de chercher et, en fait, de « recréer » en ligne l'identité d'un futur juge alimentera à coup sûr le problème que pose la « démocratisation » du processus de nomination.

19. L'illusion d'exactitude que crée Internet, ainsi que sa mémoire dite infaillible, est au cœur des questions explorées. La publicité et la transparence sont — et doivent être — 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 veut éviter que la disponibilité d'un déluge de données non vérifiées et souvent non fiables ne contribue en fin de compte à miner le climat de confiance même sur lequel repose le système judiciaire.

1999, p. 176. Pour une perspective américaine, voir : Carol GILLIGAN, *In a Different Voice*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; John GRUHL, Cassia SPOHN, Susan WELCH, « Women as Policymakers : The Case of Trial Judges », (1981) 25 *Am. J. of Pol. Sci.* 311.

9. James STRIBOPOULOS, Moin A. YAHYA, « Does a Judge's Party of Appointment or Gender Matter to Case Outcomes? An Empirical Study of the Court of Appeal for Ontario », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 315; Cass R. SUNSTEIN, David SCHKADE, Lisa Michelle ELLMAN, « Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation », (2004) 90 *Va. L. Rev.* 301.

10. Voir Pascale FOURNIER, « The Ghettoisation of Difference in Canada: "Rape by Culture" and the Danger of a "Cultural Defence" in Criminal Law Trials », (2002) 29 *Man. L.J.* 81, et Jennifer CHOI, « The Viability of a "Cultural Defence" in Canada », (2003) 8 *Can. Crim. L. Rev.* 93. Selon Choi : « a good starting point for defining "cultural defence" is put forth by Lyman, as a defence to "[...] negate or mitigate criminal responsibility where acts are committed under a reasonable, good-faith belief in their propriety, based upon the actor's cultural heritage or tradition." Professor Etherington gives a similar definition in a working document on reform of multiculturalism and justice issues : "[...] an independent substantive defence or, as an alternative, the manner in which evidence of cultural differences could be allowed to buttress the assertion of one of our traditionally accepted defences, excuses or justifications". »

**L'ENVERS DE LA MÉDAILLE : LES RENSEIGNEMENTS
MOINS « INNOCENTS » ET LES DEVOIRS COROLLAIRES
DES (FUTURS) JUGES ET DES COMITÉS**

20. Ayant abordé la question de la manipulation des données innocentes, ainsi que celle de l'exclusion potentielle des minorités culturelles et sexuelles des postes judiciaires, il faudra s'attarder sur le cas des cyber renseignements moins innocents, ou à tout le moins compromettants, et leur impact sur le processus de nomination et sur l'intégrité de la magistrature. Prenons, par exemple, le scandale Douglas au Manitoba. Il semblerait clair qu'un candidat a un devoir *spécifique* de divulguer tout comportement potentiellement compromettant, voire même la présence sur Internet de renseignements (photos ou autres) qui risquent de ternir ou qui pourraient nuire à l'intégrité et au respect de la magistrature. Précisons que ce devoir a toujours existé; les nouvelles technologies ne font que le renforcer, compte tenu de la « mémoire infinie » d'Internet dont nous avons parlé précédemment.

21. Autrement dit, que ces renseignements soient vrais ou faux, décontextualisés, repris sans consentement ou purement fabriqués, un candidat à la magistrature est tenu d'alerter le comité pertinent de la présence de tels renseignements numériques (ou autres) dans le contexte de sa candidature. Répétons-le, cela était aussi vrai avant l'ère numérique; Internet ne fait *qu'accroître* l'obligation de divulguer. Il semble donc clair que les nouvelles technologies font *rehausser* les exigences que les candidats, ainsi que les autorités (comité, ministre et autres) doivent respecter en cas de nomination. Il s'agit d'un devoir spécifique, compte tenu de l'ampleur de l'atteinte potentielle à l'intégrité de la magistrature, si de tels renseignements sont découverts à la suite de la nomination du candidat.

22. Internet est un endroit public qui rend l'idée de l'espace privé élastique; l'utilisation doit donc être avertie. On a tous, et particulièrement les juges et les candidats à la magistrature, un devoir de protéger nos propres renseignements et de veiller à ce qu'ils ne soient pas manipulés. Il faut donc regretter, voire condamner, tout d'abord la désinvolture et le peu de soin avec lequel certains juristes — et futurs juristes

« affichent » des renseignements privés et probablement compromettants sur des sites sociaux¹¹.

23. Pour sa part, le comité de sélection a lui aussi un devoir de faire des vérifications raisonnables — incluant sur Internet — avec le consentement des candidats. Maintenant et tel que noté, cela ne veut pas dire pour autant qu'une image décontextualisée ou des propos manipulés devront automatiquement exclure un candidat ou l'empêcher d'accéder à la magistrature. Notre propos est bien plus restreint, car Facebook et d'autres sites semblables peuvent facilement être manipulés et, comme nous l'avons mentionné, ne permettent pas de juger l'intégrité ou la psychologie d'un candidat.

24. Il vaut la peine de le répéter : les biographiques numériques des futurs juges peuvent dorénavant facilement servir de prétexte pour exclure injustement un candidat et même porter des accusations racistes, sexistes ou homophobes contre des futurs membres de la magistrature.

25. Que pouvons-nous et que devons-nous donc faire? Un point de départ utile pour l'élaboration d'une approche souple et pragmatique est de se fonder sur ce qui sous-tend les règles et les principes qui régissent le processus de nomination. Ceci dit, des balises plus claires et plus précises s'imposent pour guider les comités quant au « profil numérique » des futurs juges, afin de protéger l'intégrité de la magistrature, tout en s'assurant que les minorités, culturelles, sexuelles ou autres, ne soient pas injustement exclues. La question de l'application des principes déontologiques aux candidats (*avant leur nomination*) devra également être explorée dans ce contexte.

UN DERNIER MOT

26. L'illusion d'exactitude qu'engendrent les ressources Internet, au sujet des propos que tiennent les futurs juges et

11. C'est peut-être pour cette raison que l'utilisation des réseaux sociaux sur Internet est interdite aux juges (déjà nommés) en Floride. Ce n'est pas le cas dans l'État de New York, où l'utilisation de ces réseaux est réglementée, mais pas complètement interdite.

des activités qu'ils mènent et qu'ils ont menées depuis leur jeunesse (compte tenu de la mémoire parfaite d'Internet), semble se trouver à la base d'un grand nombre des difficultés qui y sont associées. Le fait d'aborder l'environnement réseauté en faisant preuve d'une ouverture prudente — plutôt qu'avec trépidation ou avec un enthousiasme débridé — est une attitude simple, mais utile. L'ère d'Internet — avec ses promesses et ses obstacles — ne peut court-circuiter la magistrature, et il est nécessaire de réfléchir à ces questions sans plus tarder si l'on veut que les avantages de la technologie soient mis à contribution en vue de mieux administrer la justice — plutôt que corrompus de manière à miner la confiance du public ou à tronquer davantage les activités humaines des futurs juges.

27. Même si l'évolution technologique invite sûrement à se livrer à une réflexion renouvelée, il ne s'ensuit pas forcément qu'il est obligatoire de réinventer le cadre normatif lui-même. Très souvent, il est possible de régler convenablement les préoccupations que suscitent les nouvelles technologies quant à l'interprétation de ce que sont souvent des normes malléables, conçues pour survivre à ces progrès et à d'autres. Pour des raisons qu'il est facile de comprendre, [TRADUCTION] « l'impartialité véritable n'exige pas que le juge n'ait *aucune sympathie* ou aucune opinion; elle exige qu'il soit néanmoins libre d'entendre des points de vue différents et d'y donner suite » [nos italiques]¹².

28. Étant donné surtout — comme nous l'avons vu plus tôt — que la préservation d'une magistrature diversifiée et multiculturelle¹³ oblige à accepter, sinon à encourager les affiliations culturelles. Faire autrement, est-il proposé, aurait certes un effet négatif et non voulu sur les juges, ce qui les amènerait, pour paraphraser le juge Sopinka, à se retirer

12. CANADIAN JUDICIAL COUNCIL, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), p. 12.

13. Tel qu'exigé par la Charte; sur les mérites d'une magistrature diversifiée et multiculturelle en général voir Richard DEVLIN, A. Wayne MACKAY, Natasha KIM, « Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a "Triple P" Judiciary », (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 734.

entièrement de la société¹⁴ ou à les priver de l'humanité dont ils sont censés faire preuve¹⁵.

29. L'objectif déclaré de ce qui précède était modeste et préliminaire. Il s'agissait d'une première tentative pour orienter d'une certaine façon la discussion relative à l'effet qu'a Internet sur le processus de nomination des juges.

Karen Eltis
Section de droit civil
Pavillon Fauteux
57, rue Louis Pasteur
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800
Télécopieur : 613 562-5121
keltis@uottawa.ca
keltis1@law.columbia.edu

14. Voir John SOPINKA, « Must a Judge Be a Monk: Revisited », (1996) 45 *UNBLJ Rev.* 167. Voir aussi Hugh MELLON, « Meeting the Public: The Charter and the Judiciary », (2002) 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 33.

15. Voir Peter H. RUSSELL, « Judicial Free Speech: Justifiable Limits », (1996) 45 *U.N.B.L.J.* 155, 156: « to what extent should judges in their private lives as citizens be constrained from enjoying the freedoms available to all other citizens? Clearly, the constraints on judges *qua* citizens should be minimal and based solely on what is required to maintain their capability in the first realm — to discharge properly the distinctive civic and professional responsibilities of a judge ».