
L'obligation fiduciaire et les députés fédéraux

par Lindsay Aagaard

Aucune description de travail n'existe pour la fonction de député. Les politicologues, les fonctionnaires et les politiciens eux-mêmes tentent depuis longtemps de définir le dosage complexe d'obligations morales et éthiques qu'on devrait respecter dans la relation entre les électeurs et les politiciens élus. Le présent article se penche donc sur la notion de responsabilité ou « d'obligation », au sens des obligations que les députés ont envers leurs électeurs. L'auteure définit, dans un premier temps, les notions de relation fiduciaire et d'obligation fiduciaire et résume brièvement comment, du point de vue du droit, la notion de relation fiduciaire a dépassé son acception d'origine de relation entre des fiduciaires et des bénéficiaires. Elle examine ensuite les obligations de nos représentants élus et présente les arguments militant en faveur de l'application de l'obligation fiduciaire aux membres élus du Parlement. Finalement, elle passe en revue les conséquences de cette application de l'obligation fiduciaire, en expliquant précisément les avantages et les inconvénients d'un tel changement. Cette démarche nous donne l'occasion d'étudier de manière plus approfondie la relation qui existe entre le député et le citoyen, c'est-à-dire de se pencher sur les fondements mêmes de cette relation et de découvrir — grâce à la notion d'obligation fiduciaire — qu'il existe un seuil légal et minimal de responsabilité auquel tous les députés devraient se conformer.

L'obligation fiduciaire est une notion qui a évolué à partir de l'« equity » (principes d'équité), un domaine du droit autrefois distinct de la common law et qui maintenant en fait partie. Les principes et recours en equity étaient auparavant régis par l'ancienne Cour de chancellerie, et le principe d'obligation fiduciaire est apparu pour la première fois dans *Walley v. Walley*, un arrêt anglais de 1689. Comme le veut la maxime, « l'équité, c'est l'égalité »; on considère donc que les

valeurs qui sous-tendent l'équité sont tout simplement la bonne conscience, la raison et la bonne foi. L'equity a été conçu pour servir de complément à la common law, là où l'application stricte de la loi existante causerait en fait plus *d'injustice* qu'elle ne rendrait justice. Pour reprendre les propos de lord Denning, « l'equity a été introduite pour atténuer les rigueurs de la loi ». Selon la juge en chef Beverley McLachlin, le Canada a adopté cette conception de l'equity avec enthousiasme¹.

Définition

À l'origine, le terme « fiduciaire » signifiait « relatif à la fiducie ». « L'obligation fiduciaire » est l'obligation de loyauté d'une partie en relation de pouvoir par rapport à une partie plus

Lindsay Aagaard est étudiante à la Faculté de droit de l'Université McGill. Une version antérieure de ce texte lui a permis de remporter le prix Alf Hales 2006-2007, qui est décerné par l'Institut sur la gouvernance au meilleur essai rédigé par un stagiaire parlementaire.

vulnérable lorsque celles-ci sont liées par une relation fiduciaire. Cette dernière peut aussi être décrite comme un outil servant à imposer des obligations aux personnes qui détiennent un pouvoir sur les intérêts d'autrui. Comme Leonard Rotman l'a écrit : « les bénéficiaires sont vulnérables face à l'abus de pouvoir ou au non-recours au pouvoir, et les fiduciaires se doivent d'agir avec honnêteté, désintéressement, intégrité, fidélité et dans la plus entière bonne foi (*uberrimae fidei*) dans l'intérêt du bénéficiaire »². L'obligation fiduciaire a déjà été décrite comme « un moyen brutal de contrôler le pouvoir discrétionnaire », et elle est considérée par de nombreux universitaires comme le moyen par lequel les normes et les mœurs sociales sont inscrites dans la loi, et par lequel « la loi transmet sa fermeté éthique à l'ensemble des interactions humaines »³. Le droit fiduciaire a donc pour résultat d'imposer des obligations, sous la forme d'une norme de conduite, afin de régir le comportement des personnes en position de pouvoir⁴.

Indices de l'arrêt *Frame* concernant les relations fiduciaires

La notion d'obligation fiduciaire, qui découle d'une relation fiduciaire, pose, encore à ce jour, un problème pour les tribunaux. Bien qu'elle ait été décrite comme ayant « une résistance innée à la définition » et une malléabilité inhérente, un guide sommaire qui s'appuie sur la jurisprudence a été établi afin de circonscrire plus facilement la catégorie des relations fiduciaires institutionnelles⁵. Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, la juge Wilson a tracé les grandes lignes d'un guide « sommaire et existant » qui définit les caractéristiques générales d'une relation fiduciaire. Tout d'abord, le fiduciaire « peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire ». Ensuite, le fiduciaire peut « unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire ». Enfin, le bénéficiaire est « particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire »⁶.

Ce guide a été accepté et utilisé dans plusieurs causes importantes entendues par la suite, dont *Hodgkinson c. Simms*. Dans cet arrêt, le tribunal a reconnu que ce guide s'avérait le plus utile lorsqu'on cherchait à établir une toute nouvelle catégorie de relation fiduciaire. De plus, le tribunal a fait valoir que ce guide donnait d'importants indices qui aidaient à établir la présence d'une relation fiduciaire et aussi qu'il ne devait pas être considéré comme une liste d'éléments essentiels⁷.

La relation entre un député et ses électeurs peut-elle devenir une nouvelle catégorie de relation fiduciaire?

Dès qu'on a établi qu'il y avait relation fiduciaire, l'« equity vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant [au fiduciaire] l'obligation de satisfaire aux normes strictes de

conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer »⁸. Cette ligne de conduite vient donner corps à la « conceptualisation de la loyauté », qui est présente dans la doctrine de la relation fiduciaire, et exige, à tout le moins, qu'un fiduciaire n'intervienne pas lorsqu'il y a conflit entre ses intérêts et ses obligations envers un bénéficiaire, et qu'il renonce à tirer profit de sa position. Il y a violation d'obligation fiduciaire lorsqu'il y a eu « conflit ou profit non autorisés », c'est-à-dire lorsque les fiduciaires font passer leurs intérêts avant ceux des personnes qu'ils sont tenus de servir⁹.

Application de l'obligation fiduciaire aux députés

Comment pourrait-on soutenir qu'un député a établi une relation fiduciaire avec ses électeurs? L'évolution de la notion de relations fiduciaires « institutionnelles » au-delà de la notion de relation fiduciaire-bénéficiaire directe s'est produite au fil de nombreuses années dans les tribunaux canadiens. Par exemple, l'obligation fiduciaire a été étendue par la loi aux administrateurs d'une entreprise, exigeant d'eux qu'ils agissent de bonne foi et au mieux des intérêts de l'entreprise. On a aussi jugé que les parents avaient une obligation fiduciaire envers leurs enfants à certains égards.

Donc, dans le cas des députés, la première question à se poser est : « À qui ont-ils une obligation d'être loyaux? » Les députés sont assujettis à un nombre incalculable d'obligations incontournables et tout à fait prévisibles. Ils ont des obligations envers leur association de circonscription, leur parti, leurs partisans et le pays dans son ensemble. Par exemple, au début du processus électoral, chaque membre d'un parti doit, s'il souhaite se porter candidat, s'engager — de façon implicite ou explicite — à respecter les règles de la formation politique. Bien que l'étendue de la discipline de parti fasse toujours l'objet d'un débat, le concept d'esprit d'équipe et les diverses « dettes » qu'accumule un député élu à Ottawa font encore naturellement partie de la vie politique. Toutefois, ces obligations — qui sont extrêmement variées et qui font partie de la réalité quotidienne des députés — ne viennent que s'ajouter à au moins trois autres obligations primordiales dans notre régime démocratique : les obligations envers la Couronne, les obligations concernant la primauté du droit et les obligations envers les électeurs.

Obligations envers la Couronne

Le statut de monarchie constitutionnelle du Canada ressort clairement dans le serment d'allégeance que doivent prononcer les députés au début de chaque mandat. Étant donné que la reine est le chef de l'État, les travaux parlementaires sont accomplis en son nom. Toutefois, comme Eugene Forsey le fait remarquer, l'autorité nécessaire à l'accomplissement de ces travaux émane des citoyens — les électeurs —, comme nous le verrons d'ailleurs sous peu. Énoncé à la cinquième annexe de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le serment exige que le député soit « fidèle » et porte « vraie allégeance » à Sa Majesté, et il a

été prévu pour garantir la suprématie du monarque britannique dans tous les domaines¹⁰. Le serment d'allégeance est une manifestation à la fois officielle et essentiellement impérative d'une obligation qui se trouve au cœur de notre système de gouvernement : l'obligation d'être loyal au souverain. L'allusion au souverain dans le serment ne signifie pas que les députés doivent être loyaux à la reine personnellement, elle sert plutôt à évoquer la reine en tant que « symbole ou personnification du pays, de sa Constitution et de ses traditions, ainsi que des principes comme la démocratie ». Comme l'a écrit James Robertson, les élus occupent des postes de confiance et, en prêtant le serment d'allégeance, ils promettent de se conduire de façon « "patriotique" et conforme à l'intérêt supérieur du pays »¹¹.

Ce serment représente donc un élément central du statut de monarchie constitutionnelle du Canada. Toutefois, il faut souligner que le mode de fonctionnement du serment contribue aussi à rehausser l'importance du rôle joué par les électeurs. En effet, comme l'écrit Robertson, la *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne* indique que le serment a pour objet de permettre à un député d'occuper son siège à la Chambre¹². Toutefois, pour être admis à prêter serment, le député doit d'abord avoir été dûment élu. On peut donc dire que ce n'est pas le serment qui confère à une personne la fonction de « député », mais qu'il permet plutôt aux députés — après avoir été dûment élus — de bien s'acquitter de leurs fonctions. Car, au bout du compte, s'ils n'ont pas prêté serment, les députés ne peuvent pas siéger à la Chambre et sont donc incapables de participer aux travaux du Parlement. Le serment fait partie des exigences qui découlent logiquement de l'engagement d'un député, et l'allégeance à la Reine constitue, par conséquent, un élément essentiel de la fonction de député. Il convient toutefois de noter que, s'il n'a pas prêté serment, un élu demeure tout de même le représentant de ses électeurs.

Obligations liées à la primauté du droit

L'importance de la primauté du droit dans notre société et notre système de gouvernance a été établie clairement dans plusieurs décisions judiciaires importantes. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, invoqué dans des jugements marquants comme le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, la Cour suprême du Canada a écrit :

[La mention de la primauté du droit dans le préambule de la *Loi constitutionnelle* de 1982 montre qu'il y a là reconnaissance explicite que « la primauté du droit [est] un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (le juge Rand, *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142). La primauté du droit a toujours été considérée comme le fondement même de la Constitution anglaise qui caractérise les institutions politiques d'Angleterre depuis l'époque de la conquête normande (A.V. Dicey, *The Law of the Constitution* (10th ed. 1959), à la p. 183). Elle devient un postulat de notre propre structure constitutionnelle en raison du préambule de la *Loi constitutionnelle* de 1982 et de son inclusion implicite dans

le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu des mots « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni »¹³.

Lorsque les députés sont élus à la Chambre des communes, ils deviennent des participants et, d'une certaine manière, des instruments de notre système de gouvernance. On exige de chaque élu du Parlement qu'il s'engage à défendre la primauté du droit, à se conformer aux règles imposées aux parlementaires, de même qu'à soutenir et à maintenir notre système démocratique lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont confiées dans notre démocratie représentative et responsable. Cette obligation envers le « système » est imposée à tous les députés.

Obligations envers les électeurs

Alors que les obligations envers la Couronne et celles liées à la primauté du droit sont primordiales, c'est sur le plan des obligations envers les électeurs que le droit fiduciaire pourrait jouer un rôle. En effet, l'obligation qu'ont les députés de représenter les intérêts de leurs électeurs se trouve vraiment au cœur de leur mandat. En l'absence d'électeurs à représenter, les députés n'auraient pas de rôle à jouer au sein de notre régime de gouvernement actuel, ils n'auraient pas à prêter un serment d'allégeance, il n'y aurait pas de démocratie représentative à défendre et les partis n'auraient pas à procéder à des changements ou à préserver le statu quo. Les obligations des députés découlent du pouvoir qui leur est conféré par la population. Bien que le député dépende du pouvoir détenu par l'électorat, une fois qu'il est élu, ce sont les électeurs qui dépendent totalement du député, puisqu'ils s'attendent à ce qu'il exerce les pouvoirs liés à ses fonctions de façon responsable et de manière à préserver les principes de la démocratie représentative.

Mais en quoi consiste cette obligation envers les électeurs et comment les députés s'en acquittent-ils? Comment un député représente-t-il ses électeurs? En agissant comme ils le souhaitent ou en faisant sa propre évaluation de chaque situation? Quels sont les « intérêts » des électeurs et comment pourrait-on définir « leurs intérêts supérieurs »? Lorsqu'on tente de définir cette obligation de représentation des électeurs, on songe immédiatement aux divers modèles de représentation, chacun prévoyant une façon particulière de s'acquitter de cette obligation. En fait, le processus décisionnel choisi par un député pour déterminer l'intérêt supérieur de ses électeurs dépend du modèle de représentation que le député décidera d'adopter. Selon David Docherty, il y a trois modèles principaux de représentation. Il y a tout d'abord le modèle du fiduciaire, qui s'applique aux législateurs qui croient qu'on les envoie à Ottawa afin d'exercer leur jugement personnel sur les problèmes qui leur sont présentés. Le deuxième modèle est celui du délégué, qui est très souvent associé aux politiques populistes comme celles qui ont permis la montée du Parti réformiste en 1993, et qui veut que les députés soient les délégués de leurs électeurs, qui s'attendent donc à ce que les

élus prennent leurs décisions en fonction des préférences de la majorité de leurs mandants. Le modèle intermédiaire est celui du politicien, qui est le préféré des députés qui consultent leurs électeurs lorsque c'est possible, mais qui croient cependant que ce n'est pas toujours possible ou souhaitable de le faire¹⁴.

Toutefois, un sentiment important se cache derrière ces modèles de représentation et les perpétuels débats sur la façon dont les électeurs devraient être représentés. Dans son livre *The Parliament of Canada*, le professeur C.E.S. Franks cite un discours d'Edmund Burke qu'il qualifie de « déclaration la plus souvent citée en anglais sur les fonctions d'un représentant élu ». Voici les propos de Burke : « Il est de son devoir [celui du député] de sacrifier son repos, ses loisirs et ses plaisirs aux leurs [ceux de ses électeurs] et, par-dessus tout, toujours et dans tous les cas, de faire passer leurs intérêts avant les siens¹⁵. » Il y a donc une obligation sous-jacente pour les députés — une obligation que j'élèverais d'ailleurs au rang d'obligation fiduciaire —, comme l'exprimait Burke : l'obligation de représenter les électeurs de façon honnête, désintéressée et transparente, et ce, peu importe le modèle de représentation choisi par le député. Par conséquent, l'obligation fiduciaire, soit l'obligation d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire, pourrait servir de base à chaque modèle de représentation. Autrement dit, la notion d'obligation fiduciaire pourrait garantir que, peu importe la façon dont les députés conçoivent leurs fonctions dans un gouvernement représentatif, ils devront respecter certaines obligations sous-jacentes pour garantir l'irréprochabilité non pas tant des décisions que du processus décisionnel.

Cette rigueur dans l'approche fiduciaire est nécessaire en raison du caractère fondamental, dans notre système démocratique, de l'obligation d'un député envers ses électeurs. En effet, le maintien de notre système démocratique exige que les électeurs, c'est-à-dire les 32 millions de Canadiens qui *ne sont pas* parmi les 308 qui siègent à la Chambre, soient représentés comme il se doit. Dans une démocratie représentative comme la nôtre, les intérêts des citoyens ne sont pris en considération au Parlement que par l'entremise de leurs représentants élus; il s'ensuit qu'il doit y avoir un minimum de normes en place pour régir la conduite des députés (ce qui ne suppose pas que ces normes soient insuffisantes ou déficientes). Des normes visant à garantir l'intégrité du processus décisionnel sont bien en place, mais j'estime que le meilleur moyen de garantir une représentation convenable est d'adopter officiellement une structure de responsabilisation qui tienne compte des exigences d'une relation fiduciaire. Au bout du compte, représenter comme il se doit une circonscription et ses habitants devrait figurer au premier plan des préoccupations des députés, *même s'il s'agissait seulement* que chaque député jure d'accomplir ses fonctions en respectant les plus hautes normes éthiques possibles, comme l'exige l'obligation fiduciaire, afin de préserver le caractère sacré de cette relation.

Les indices de l'arrêt *Frame* et les députés

Comment pourrait-on soutenir que la relation entre un député et ses électeurs est de nature fiduciaire?

Le premier indice d'une telle relation qui est inclus dans l'arrêt *Frame* est que le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire. Cela s'applique indubitablement aux députés. En effet, les députés jouissent de pouvoirs discrétionnaires parmi les plus importants au pays, puisque leurs votes, leurs arguments et leur participation influent sur les règles qui façonnent notre société. Ces activités font partie intégrante des fonctions d'un député, à un point tel que ce pouvoir discrétionnaire pourrait être perçu comme ce qui caractérise la fonction de député.

Le deuxième indice d'une relation fiduciaire est que le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire. L'exercice unilatéral du pouvoir discrétionnaire peut être constaté, par exemple, dans la façon dont les députés prennent leurs décisions individuelles relativement aux questions législatives. Il ne s'agit pas d'un exercice unilatéral du pouvoir en ce sens que les décisions législatives sont habituellement prises par l'ensemble des députés, mais il s'agit certainement d'un geste unilatéral et individuel du député. Même s'ils peuvent se sentir contraints par leur parti, les députés ont toujours la possibilité de voter comme ils le souhaitent, ce qui indique qu'ils ont la capacité d'user de leur pouvoir discrétionnaire comme ils l'entendent. Les décisions législatives prises par les députés, grâce à l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, peuvent certainement avoir un effet sur les intérêts des électeurs.

En outre, si l'on se penche sur d'autres exemples d'exercice du pouvoir discrétionnaire des députés, on peut songer au travail qu'ils accomplissent directement pour leurs électeurs. Qu'il s'agisse d'un problème de passeport, d'immigration ou de pension, les électeurs s'adressent à leur député quand ils sont aux prises avec une situation plus ou moins difficile qui peut être réglée grâce à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du député. Vue sous cet angle, même la décision initiale du député de venir en aide ou non à un électeur constitue un exercice de son pouvoir discrétionnaire qui a un effet sur les intérêts du bénéficiaire.

Finalement, le bénéficiaire — les électeurs dans ce cas-ci — doit être particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. La vulnérabilité des électeurs par rapport à leurs députés peut être considérée comme étant à la fois théorique et tout à fait concrète. Ainsi, conformément à la théorie de la représentation démocratique, y a-t-il plus vulnérable que de devoir compter sur une personne qui ne vous connaît probablement pas et pour laquelle vous n'avez peut-être même pas voté pour exprimer vos préoccupations et défendre vos intérêts et pour être votre seul porte-parole dans une institution qui établit les lois qui

régissent tous les aspects de votre vie? Pour ce qui est du caractère plus concret de la vulnérabilité des citoyens, il y a des problèmes qui cadrent parfaitement avec le champ d'action des politiciens fédéraux, c'est-à-dire des dossiers pour lesquels les citoyens doivent compter sur leur député pour les aider, par exemple les problèmes de passeport ou d'immigration.

On retrouve donc les trois indices de l'arrêt *Frame* dans la relation entre les députés et leurs électeurs. Il est éclairant d'analyser cette relation à la lumière de ces critères classiques pour établir la présence d'une relation fiduciaire, car on fait ainsi ressortir le pouvoir discrétionnaire des députés et le déséquilibre qui existe entre les pouvoirs des deux parties. Il apparaît donc clair et sans équivoque qu'il faut absolument agir avec désintéressement et éviter tout conflit d'intérêts.

J'avancerais donc que la relation entre un député et ses électeurs devrait constituer un nouveau type de relation fiduciaire de catégorie institutionnelle.

La catégorie des relations fiduciaires institutionnelles, qui inclut les fiduciaires et les administrateurs d'entreprises, ne devrait pas être considérée comme une catégorie fermée. Comme l'écrit Lionel Smith dans son commentaire sur l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, les relations fiduciaires institutionnelles surgissent automatiquement, en raison de la loi, et lorsqu'une personne s'engage dans une relation fiduciaire institutionnelle, « il ou elle renonce à ses intérêts personnels en vertu même de la loi, même si ce n'est pas volontaire ». Smith précise que la création d'une nouvelle catégorie pourrait se faire pour des raisons « communautaires », c'est-à-dire des raisons qui revêtent une importance si grande qu'elles l'emportent sur les préjudices que pourraient subir des personnes qui se retrouvent dans une relation rigoureusement contrôlée¹⁶. L'extension de l'obligation fiduciaire à des relations entraînant des préjudices qui ne sont pas d'ordre financier a été qualifiée de « théoriquement valable » par Robert Flannigan. Il suffit de penser aux parents qui entretiennent une sorte de relation de fiduciaire avec leurs enfants ou au médecin qui est tenu à certaines obligations de fiduciaire envers son patient. Par conséquent, la relation entre un député et ses électeurs est de celles qui requièrent la plus grande loyauté et la plus grande intégrité, et elle semble réunir toutes les caractéristiques habituelles d'une relation fiduciaire selon la grille d'analyse décrite dans l'arrêt *Frame*¹⁷.

Appui actuel à l'application de l'obligation fiduciaire

Un examen des obligations et des aspects éthiques du rôle de « député » serait particulièrement opportun à ce moment-ci, étant donné la défaite du gouvernement libéral dans la foulée du scandale des commandites et le dépôt de la *Loi fédérale sur*

la responsabilité (LFR). Dans leur rôle de représentant, les députés sont assujettis aux dispositions du *Code criminel*, de la *Loi sur le Parlement du Canada*, ainsi qu'aux dispositions pertinentes de la *Loi électorale du Canada*. D'ailleurs, la *Loi sur les conflits d'intérêts* promulguée par la LFR a donné force de loi à de nombreuses dispositions de l'ancien code régissant la conduite des titulaires d'une charge publique, même si elle n'a qu'une faible incidence sur le code régissant actuellement la conduite des simples députés (c.-à-d. de ceux qui ne sont pas ministres).

Ce dernier code, qui régit la conduite des députés lors d'un processus décisionnel, est le *Code régissant les conflits d'intérêts des députés* (ci-après le *Code*). Le Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre l'a examiné dans son 54^e rapport, déposé en juin 2007. Ce rapport est donc le dernier en plus de trois décennies de débats pour déterminer la meilleure façon de régir les intérêts des parlementaires. Le processus s'était amorcé avec le rapport *Les membres du Parlement et les conflits d'intérêts*, déposé en 1973. Le rapport du Comité de la procédure recommande de modifier le *Code* afin de tenir compte de la LFR de même que de la nécessité de le rendre plus clair et d'en assurer une meilleure interprétation. En gros, le *Code* précise les exigences concernant les renseignements à divulguer, la publication de certains renseignements divulgués, les mesures à prendre en cas de conflit, et les enquêtes relatives à des situations qui ont compromis ou qui pourraient compromettre la crédibilité d'un député. Ces exigences sont le reflet de ce qui devrait être exigé de toute personne qui souhaite s'acquitter d'obligations fiduciaires. Il pourrait s'avérer très instructif de procéder à une étude plus approfondie de la pertinence de ces règlements et de vérifier s'ils respectent les normes élevées qui s'appliquent aux relations fiduciaires.

Pour notre propos ici, il est important de préciser que les députés sont déjà tenus de prendre des mesures pour assurer l'intégrité de leur processus décisionnel, et que leur obligation de prendre des décisions sans favoriser leurs intérêts personnels ou ceux de leur famille est mise en évidence jusqu'à un certain point. De plus, l'objet et les principes du *Code* que l'on retrouve aux articles 1 et 2 décrivent l'importance de préserver la confiance du public à l'égard des représentants élus, de veiller à ce que les députés fassent passer l'intérêt public avant leurs intérêts personnels, et de souligner que les intérêts des députés devraient faire l'objet d'un examen public minutieux. Ces articles reprennent presque tous les objectifs et les principes qui accompagneraient, selon moi, l'imposition de l'obligation fiduciaire aux députés. Bien sûr, je soutiens que le respect de ces principes et objectifs commande qu'on leur accorde le poids et le statut juridique de l'obligation fiduciaire, mais il n'en demeure pas moins que les articles 1 et 2 du *Code* — et, dans une large mesure, les exigences imposées aux députés dans ses autres dispositions — montrent qu'il y a une volonté d'assujettir les députés à des normes de conduite

minimales et rigoureuses et que ce travail est déjà passablement avancé.

Avantages et inconvénients

La reconnaissance d'une relation fiduciaire entre les députés et leurs électeurs pourrait avoir de nombreuses conséquences. Selon Shepherd, il y a conflit d'intérêts lorsqu'un fiduciaire doit choisir entre les intérêts du bénéficiaire et les intérêts de toute autre personne, y compris ses propres intérêts. Ainsi, le député serait tenu de prendre toutes ses décisions, que ce soit dans les réunions de caucus, à la Chambre ou à son bureau, de façon transparente et désintéressée pour garantir, dans un premier temps, l'absence de conflit et, dans un deuxième temps, que tout conflit ferait l'objet d'un examen minutieux. C'est là la norme minimale, à la fois exigeante et essentielle, qui devrait s'appliquer à l'ensemble des députés, et ce, peu importe leur façon de concevoir leur rôle (par exemple, délégué ou fiduciaire), et peu importe leur façon d'interpréter les intérêts de leurs électeurs. Le pouvoir dont est investi un député et la vulnérabilité des électeurs font en sorte que les décisions d'un député ne doivent pas être prises dans le but de le favoriser lui-même ou sa famille, mais plutôt strictement dans le cadre de son rôle de représentant. Ceci aurait entre autres conséquences directes que les députés, ainsi que les membres de leur famille immédiate, devraient divulguer de manière détaillée des données financières personnelles. Il faudrait divulguer tout conflit d'intérêts possible et, dans les cas où le député se trouve dans l'impossibilité de prendre une décision sans qu'il y ait apparence d'irrégularité, il devrait alors se récuser.

Les avantages de la reconnaissance d'une relation fiduciaire sont nombreux, et ils montrent qu'il faut approfondir ce débat.

Premièrement, la reconnaissance de l'existence d'une relation fiduciaire entre les députés et leurs électeurs soulignerait encore davantage l'obligation qu'ont les députés d'agir avec désintéressement en raison du grand pouvoir qui leur est conféré. Si nous croyons en l'importance de la démocratie (ce qui est certainement le cas) et de notre gouvernement représentatif (ce qui ne fait encore une fois aucun doute), nous devons faire tout ce qui est en notre pouvoir pour veiller à ce que la fonction de « représentant » soit accomplie avec la plus grande honnêteté, la plus grande intégrité et dans le plus grand respect de l'éthique. Bien que certaines exigences régissent déjà la conduite des députés, comme celles qui sont prévues par le *Code* par exemple, elles ne semblent pas suffisamment officielles pour rendre justice aux principes fondamentaux qu'elles sont censées protéger. Comme c'est le cas jusqu'à un certain point à l'heure actuelle, les règles sur les conflits d'intérêts devraient être fondées sur de solides définitions de la loyauté, de l'honnêteté et du désintéressement, qui sont des éléments centraux des obligations d'un parlementaire. Ces éléments créent une norme

minimale, mais néanmoins exigeante, qui se trouve à la base de l'obligation de représentation qu'assument tous les députés après leur élection. À la différence du *Code* actuel, l'obligation fiduciaire apporte avec elle des siècles de jurisprudence et de doctrine qui rendraient crédibles toute application de cette obligation aux députés dans un contexte moderne, en plus de peser de tout le poids d'un régime juridique depuis longtemps établi et qui met l'accent sur l'importance des exigences connexes. Ainsi, on institutionnaliserait les exigences en matière de dessaisissement, de divulgation et de récusation d'une façon qu'un code — qui peut apparemment être modifié par le Parlement selon son bon vouloir — ne pourrait pas le faire.

J'accueillerais favorablement certaines conséquences concrètes d'une plus grande insistance sur le « désintéressement ». Avant tout, un régime plus strict axé davantage sur le désintéressement et la loyauté viendrait renforcer le fait que la fonction qui consiste à représenter convenablement des dizaines de milliers de personnes ne permet pas vraiment de « faire campagne constamment », un comportement observé fréquemment dans le cas de gouvernements minoritaires. Les députés sont élus pour représenter leurs électeurs le plus fidèlement possible pendant leur mandat. Afin d'assurer l'avenir de leur carrière politique, les députés peuvent toujours espérer qu'ils prendront, pendant la durée de leur mandat de représentation de leur collectivité, suffisamment de décisions à la fois médiatisées et populaires pour garantir leur réélection. Cependant, idéalement, on devrait s'attendre à ce que leur réélection ne fasse pas le moindre partie de leurs priorités dans leurs activités quotidiennes. Ils devraient servir l'ensemble de leurs électeurs, partisans ou non, et ils devraient prendre le temps de rencontrer divers derniers, même si ces groupes ne les aideront pas sur le plan politique.

Deuxièmement, un régime fiduciaire ferait non seulement ressortir les divers aspects des obligations des députés envers leurs électeurs, mais il mettrait aussi en lumière le rôle unique et essentiel qu'ils jouent dans notre grand système démocratique. L'imposition d'obligations juridiques strictes aux députés, qui les forceraient à se détourner des mauvaises influences et à se récuser au besoin, aiderait la population à faire davantage confiance à ses représentants, aux décisions qu'ils prennent et, finalement, au gouvernement dans son ensemble. De plus, l'obligation fiduciaire constitue un moyen de faire prendre conscience aux députés eux-mêmes de leur obligation d'être des représentants dignes de confiance, et de faire une distinction entre cette obligation et les nombreuses autres obligations des députés. Ainsi, on pourra garantir aux électeurs une représentation adéquate, caractérisée par une conduite conforme à des normes éthiques minimales. Cette plus grande insistance sur l'obligation fiduciaire est nécessaire, car, lorsqu'ils se retrouvent face aux réalités de leurs fonctions, les députés peuvent facilement perdre de vue leur rôle au sein

de notre démocratie parlementaire, d'autant plus que la Chambre peut parfois ressembler à une institution où l'influence d'un seul député s'avère quelque peu insignifiante. Il ne fait aucun doute que les exigences liées à la fonction de député sont déjà considérables. En effet, les déplacements constants, les journées de travail éreintantes et la nécessité d'être incroyablement informé sur une pléthore de sujets transforment leur travail en une tâche redoutable. De plus, comme leurs faits et gestes sont constamment scrutés à la loupe, ils se retrouvent pratiquement toujours sous les feux de l'actualité. Nous devons toutefois les encourager à ne pas oublier leur « rôle institutionnel », en ce sens qu'ils représentent réellement le seul instrument dont chaque citoyen majeur dispose pour participer au processus démocratique. Si nous veillons avant tout à ce que les décisions soient prises dans un contexte transparent et libre de tout conflit, la relation entre les électeurs et les députés s'en trouvera également protégée, ce qui convient tout à fait pour une relation aussi importante.

Enfin, l'imposition de l'obligation fiduciaire préserverait l'intégrité du processus décisionnel. Pour que la Chambre des communes soit réellement responsable devant les Canadiens, les décisions prises par les députés doivent pouvoir être évaluées. Ces décisions doivent donc être rendues publiques, comme c'est actuellement le cas. Cependant, pour évaluer ces décisions — suis-je bien représenté ou cette décision devait-elle être prise? —, les Canadiens doivent non seulement savoir quelle a été la décision, mais pouvoir constater comment elle a été prise. À cet égard, même si le public a facilement accès aux transcriptions de la plupart des débats et des réunions de comités, les discussions entourant les décisions prises dans les caucus ou dans les réunions du Cabinet restent hors de notre portée. Il s'ensuit que nous devons avoir la conviction que nos représentants garderont nos intérêts en tête lorsqu'ils prendront ces décisions à huis clos, et qu'ils ne se laisseront pas influencer par leurs intérêts personnels ou les intérêts de toute autre personne que leurs électeurs. Le désintéressement et la conduite rigoureuse que le droit fiduciaire exige du député, qui, idéalement, renonce à tout intérêt personnel pendant la durée de son mandat, devraient être considérés comme une partie intégrante des fonctions du député autant que son vote. C'est donc dire que les motifs du vote sont tout aussi importants que l'acte de voter lui-même. Cela n'abolit pas pour autant le privilège des députés de prendre leurs propres décisions; d'ailleurs, on pourrait débattre *ad vitam æternam* de la définition « des intérêts supérieurs des électeurs » et de nombreux motifs différents pourraient être invoqués. En fait, l'imposition de l'obligation fiduciaire entraînerait simplement que le député doit défendre les intérêts des électeurs et soulignerait ce que les députés *ne peuvent pas* faire, à savoir prendre une décision en fonction de leurs intérêts personnels ou de ceux d'un parent, par exemple.

Il y a aussi de nombreux inconvénients à la reconnaissance de l'existence d'une relation fiduciaire entre les députés et les électeurs. Premièrement, comme il est déjà difficile d'attirer des gens talentueux en politique, l'imposition d'obligations fiduciaires rendrait le travail du politicien encore plus ardu sur le plan juridique. Bien que j'estime que cette obligation fiduciaire fasse partie des exigences permettant de garantir que ce travail soit fait correctement, nous devrions tenir compte de son impact sur le bassin de candidats. Cette décision soulèverait sans doute des protestations de la part d'au moins quelques-uns des députés actuels, qui pourraient présenter des arguments convaincants, comme le fait qu'eux-mêmes et les membres de leur famille sont déjà tenus de divulguer une très grande quantité de renseignements personnels, dont beaucoup sont rendus publics.

Deuxièmement, toute imposition de l'obligation fiduciaire devrait se faire avec prudence, et conformément à la jurisprudence et à la doctrine qui se sont constituées au fil des siècles. À elle seule, cette tâche pourrait se révéler impossible, en particulier à la lumière de la complexité de la doctrine fiduciaire et des difficultés que ce concept a posées pour nos propres tribunaux, deux facteurs bien connus. Il est essentiel que toute extension de la catégorie des relations fiduciaires institutionnelles repose sur des fondements solides, ce qui représente, pour le moins, tout un défi.

Troisièmement, l'application de l'obligation fiduciaire aux députés entraînerait de nombreux problèmes de logistique qui pourraient eux-mêmes constituer des obstacles insurmontables. Ces problèmes sont très proches des difficultés rencontrées pour assurer l'application et le respect du *Code* qui, même s'il n'en a ni le titre, ni l'effet juridique, rassemble certainement bon nombre des principes et objectifs qui accompagneraient l'imposition de l'obligation fiduciaire. Par exemple, on peut se demander si cette obligation fiduciaire pourrait être officiellement imposée aux députés par voie législative. Une telle démarche nous obligerait à suivre un processus complexe et délicat qui exigerait une codification attentive des normes minimales que tous les députés doivent respecter à l'égard de leurs électeurs. Or, une codification d'une telle complexité — il faudrait, en effet, tenir compte de facteurs historiques, théoriques et pratiques — représente une entreprise risquée, non seulement parce qu'il pourrait être impossible de la mener à bien de façon aussi élaborée que nécessaire, mais aussi parce que la codification de cet aspect de la fonction de député aurait un impact sur d'autres aspects de son travail aussi. Parmi les autres problèmes à régler, il faudrait, entre autres, déterminer qui serait chargé d'examiner la conduite des députés, si les tribunaux pourraient intervenir automatiquement, quelle pourrait être la « sanction » imposée aux députés qui manquent à leur obligation fiduciaire, et si les électeurs pourraient eux-mêmes exercer un recours.

En outre, les privilèges accordés à la Chambre des communes et à ses députés pourraient présenter un obstacle à la

reconnaissance d'une obligation fiduciaire ou, du moins, nécessiter une application « spécifiquement parlementaire ». Bien qu'il existe déjà des régimes juridiques — par exemple, en matière de corruption — qui ont une influence sur les députés et sur leur façon de s'acquitter de leurs fonctions, l'imposition de l'obligation fiduciaire pourrait avoir pour conséquence d'empêcher la Chambre de sanctionner les députés et, de manière plus générale, de régler ses affaires internes. Qui plus est, si le régime fiduciaire devait être établi par voie jurisprudentielle plutôt que législative, cela soulèverait également la question du privilège parlementaire dans un contexte de contrôle judiciaire.

Conclusion

En définitive, nous avons besoin d'un concept qui permette de définir la notion de responsabilité de manière plus concrète pour les députés. Or, le concept d'obligation fiduciaire le permet justement.

L'obligation fiduciaire ne constitue d'aucune manière un système simple et rigide. Cependant, les incessantes discussions sur ce rôle du droit fiduciaire devant nos tribunaux et au sein des spécialistes — notamment pour déterminer jusqu'où s'étend l'obligation fiduciaire et le sens à donner à cette obligation — devraient nous montrer qu'il ne faut pas fermer la porte à une extension de l'obligation fiduciaire à la sphère publique, et aux députés en particulier. L'equity a permis de combler les failles de la common law et, selon moi, le concept d'obligation fiduciaire pourrait compléter d'autres notions comme la responsabilité et la représentation, tout comme l'equity a complété la common law au fil des ans.

Cette entreprise se butte toutefois à de sérieux obstacles, tant sur le plan juridique que sur celui des conventions parlementaires, mais ce débat doit, tout de même, avoir lieu. En examinant cette relation plus en détail et en énonçant certaines des obligations qu'elle comporte, nous pouvons entreprendre un examen approfondi de cette importante relation. Somme toute, je crois fermement que les députés sont vraiment motivés à bien faire leur travail et à bien servir leurs électeurs. La reconnaissance de l'existence d'une relation fiduciaire ne ferait que renforcer et protéger cette relation essentielle en confirmant la place centrale qu'elle occupe dans notre système démocratique. Elle garantirait, en outre, que cette relation entre les députés et les électeurs — qui est nécessairement inégale, puisqu'une partie détient un pouvoir discrétionnaire sur une

autre plus vulnérable — demeure une relation en laquelle les citoyens peuvent avoir la plus grande confiance.

Notes

1. Leonard Ian Rotman, *Fiduciary Law*, Toronto, Carswell, 2005, p. 13. La très honorable Beverley McLachlin, « The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary Common Law World: A Canadian Perspective », dans Donovan W. M. Waters, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, Thompson Canada Limited, 1993, p. 37-55, à la page 39.
2. Lionel Smith, « Case Commentary on *Hodgkinson v. Simms* » (1995), 74 *Revue du Barreau canadien* 714, à la page 730. (Ci-après Smith.) Rotman, précité à la note 1, p. 2, 18 et 19.
3. Rotman, précité à la note 2, p. 153, 2.
4. P.D. Finn, « The Fiduciary Principle », dans T.G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto, Thompson Canada Limited, 1989, p. 1-56, à la page 2. (Ci-après Finn.)
5. Smith, précité à la note 2, p. 717. Rotman, précité à la note 1, p. 2 et 6.
6. *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, paragraphe 60.
7. *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 409.
8. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 384, citant l'article d'Ernest Weinrib intitulé « The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *University of Toronto Law Journal* 1, p. 7.
9. Matthew Conaglen, « The nature and function of fiduciary loyalty » (2005), 121 *Law Quarterly Review* 452, p. 459-460.
10. Eugene Forsey, *Les Canadiens et leur système de gouvernement*, 6^e éd., Sa Majesté la Reine aux droits du Canada, 2005, p. 1.
11. Le serment se lit comme suit : « Je, A.B., jure que je serai fidèle et porterai vraie allégeance à Sa Majesté la Reine Victoria. N.B. — Le nom du Roi ou de la Reine du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, alors régnant, devra être inséré, au besoin en termes appropriés. » James Robertson, *Les serments d'allégeance et la Chambre des communes du Canada*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, révisé en septembre 2005, p. 16-17.
12. Robertson, *ibid.*, p. 3.
13. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, paragraphe 63.
14. David C. Docherty, *Mr. Smith Goes to Ottawa: Life in the House of Commons*, Vancouver, UBC Press, 1997, p. 143-144. Voir aussi Jack Stilborn, *Le député fédéral au Canada : un rôle en mutation?*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 31 mai 2002, p. 16-17.
15. C.E.S. Franks, *The Parliament of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1987, p. 57.
16. Smith, précité à la note 2, p. 725.
17. Robert Flannigan, « The Boundaries of Fiduciary Accountability » (2004), 83 *Revue du Barreau canadien*, 35, à la page 72; *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 224.