

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps. Each original is also photographed in one exposure and is included in reduced form at the back of the book.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

UMI

A Bell & Howell Information Company
300 North Zeeb Road, Ann Arbor MI 48106-1346 USA
313/761-4700 800/521-0600



Université d'Ottawa • University of Ottawa

**UNE CRITIQUE DU DROIT FORMEL: LA CHARTE ET LA
MAGISTRATURE CANADIENNE À LA LUMIÈRE
DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE HEGEL**

**Par :
Pierre-Gilles Bélanger
Sous la direction de Douglas Moggach
Thèse, Département de Science politique
Université d'Ottawa
Septembre 1996**



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-27089-0

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, le professeur Douglas Moggach, pour son aide et son support constant.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 - LA CRITIQUE HÉGÉLIENNE DU DROIT FORMEL	10
I ^{ère} PARTIE - DROIT RÉVOLUTIONNAIRE	11
A) La dénonciation de la scission historique	15
B) Le droit créance	30
II ^{ème} PARTIE - LES DROITS FORMELS	40
A) La critique de Kant	40
B) Le droit libéral	50
CHAPITRE 2 - LES FONDEMENTS FORMELS DU DROIT CANADIEN	56
I ^{ère} PARTIE - LE SUJET DE DROIT CANADIEN	56
A) Les principes du sujet de droit	56
1) Sujet de droit canadien	59
2) Les sources de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	62
B) La liberté marchande	63
1) Le contrat	67
2) La propriété	75
3) L'atomisme	84
i) L'individualisme	85
ii) Le collectivisme - un nouvel atomisme	87
II ^e PARTIE - QUELQUES CAS ISSUS DE L'ÉTAT DE DROIT CANADIEN	90
LA CHARTE CANADIENNE	90
L'affaire Vaillancourt	93
L'affaire Rodriguez	96
L'affaire Malette	108

CHAPITRE 3 - SYNTHÈSE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT - LIMITES DE CELLE-CI 114

I^{ère} PARTIE - LA DIALECTIQUE HÉGÉLIENNE

A)	Les moments	114
B)	Le sujet de droit hégélien	118

II^{ème} PARTIE - SYNTHÈSE ENTRE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET L'ÉTAT 132

A)	La société civile	133
B)	L'État	139

CONCLUSION 149

BIBLIOGRAPHIE 160

INTRODUCTION

Nous nous proposons de faire une étude critique du droit canadien, précisément une étude critique de l'antinomie qui semble exister dans les fondements mêmes des institutions démocratiques. Une partie de la thèse servira de démontrer que la *Charte canadienne des droits et libertés* dépend et est enracinée dans certaines prémisses énoncées par le droit révolutionnaire et le droit créance. Notre analyse se concentrera sur l'organe judiciaire canadien, plus particulièrement sur le pouvoir interprétatif des magistrats depuis l'enchâssement de nouveaux droits, reconnus comme universels. Dans cette perspective, nous accorderons une attention particulière à la place qu'occupe le droit à travers l'action des juges et de leur influence, dans le système de la démocratie, surtout depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous verrons que la Cour suprême du Canada a joué un rôle majeur dans l'interprétation et l'effervescence du droit formel au Canada. Depuis elle joue toujours ce rôle de chambre haute méritocratique, législative, qui révisé les lois et qui renvoie, à dessein, le législateur à la table. C'est là une conséquence de l'interprétation du droit révolutionnaire.

L'autre aspect de la thèse tentera de démontrer, en se basant sur la vie éthique hégélienne, la déficience de la conceptualisation du droit, son incapacité de théoriser l'intersubjectivité. Le droit est ainsi présenté comme si chaque individu est une limite pour l'autre et ainsi ne peut envisager une coopération d'inter-influences, celles de la raison. Les sujets de droit représentent des individus dans leurs différents besoins, conception qui, pour Hegel est réductrice de la liberté.

Hegel propose des solutions, c'est-à-dire 1- des mécanismes d'intersubjectivités à respecter et 2- l'importancet de reconnaître la distinction entre la société civile et l'État. En d'autres mots, il faut reconnaître l'importance de l'individu dans la démarche de liberté, mais non l'admettre comme but

suprême.

L'originalité de la pensée hégélienne pose le sérieux problème de la place de l'individu dans cette démarche proposée. Pour Hegel pour atteindre cette liberté, l'individu doit être partie prenante à celle-ci, mais il faut que ce droit abstrait s'exerce à l'intérieur de certaines limites établies par un système philosophique.

Par-delà cette question, notre travail s'interroge en fait sur la légitimité du système dans ce qui est l'expression d'une part du droit et des valeurs dites démocratiques, et d'autre part, d'une limitation de la liberté et du bonheur de l'individu à cause notamment du jeu des principaux acteurs de l'État. Si le magistrat est la cible de notre analyse, c'est plutôt parce qu'il est le gardien de la loi, et par conséquent l'un des acteurs principaux dans la définition du droit, que par esprit de polémique ou de fronde.

Nous allons donc tenter de clarifier la question de la limitation de la liberté en nous appuyant sur les exemples relatifs à l'organe judiciaire. Nous aborderons le problème des diverses notions de la légitimité du pouvoir, plus précisément celle de la Charte, énoncée par les magistrats comme principes de libertés mais qui se confondent avec ce que Hegel surnommait la totalité universelle ou si vous préférez la réalisation de la raison. Nous ferons à la lumière de l'idée hégélienne la recherche de la vérité et de l'absolu pour le sujet de droit. Hegel nous y invite :

Si, du fait de l'instrument, l'absolu, comme un oiseau pris à la glu, devait seulement s'approcher quelque peu de nous sans que rien ne soit changé en lui, alors il se moquerait bien de cette ruse, s'il n'était pas et ne voulait pas être en soi et pour soi depuis le début près nous¹.

¹ Cf. Hegel, G.W.F., *Phénoménologie de l'Esprit*, traduction française, Aubier, 1940, p.66.

En d'autres mots, la connaissance serait une ruse dangereuse puisque dans son affairément elle se donnerait l'air de faire tout autre chose que ce qu'elle dit faire. C'est ainsi que nous puiserons dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel, pour arriver à cette connaissance face à notre cible que sont les magistrats canadiens. L'analyse se fera à partir du sujet de droit, concept moderne que Hegel a critiqué et innové comme celui du citoyen désintéressé du gain immédiat, de celui aussi issu certes de la société civile, mais appelé à se dépasser, conscient de vouloir son unité avec le Tout; tandis que l'homme isolé fait partie du tout qu'est l'État, mais représente mal le citoyen. Hegel propose un système d'équilibre de l'homme, posé et réalisé de façon concrète à travers les institutions.

Autrement dit, nous croyons que la liberté est limitée à la fois dans sa propre possibilité de se réaliser et dans le processus juridique à cause de ce que nous appelons «l'historicité humaine» ou le cheminement humain que présente Hegel dans son introduction des *Principes de la philosophie du droit*². Pour Hegel, il s'agit d'appréhender et exprimer le Vrai comme substance et sujet. Pour se réaliser comme libre, le sujet doit poser la médiation entre son propre devenir-autre et soi-même. L'absolu n'est alors rien d'autre qu'une réalisation progressive de soi-même dans un cheminement institutionnel et moral de l'homme qui se fait par étapes tant de façon concrète (la famille, la société civile et l'État - dont le droit) qu'au niveau des moments de l'esprit (le droit abstrait, la morale et la morale réalisée³). Cet inter-croisement, ou cette synthèse de l'esprit et du concret, de l'homme

² Nos références aux «Principes de la philosophie du droit» sont tirées de la traduction de André Kaan et préfacées par Jean Hyppolite, Gallimard, Paris, 1940. Nos références signeront désormais dans le corps du texte que le chapitre correspondant : (§x) ou (§x, Rem.).

³ Cette philosophie hégélienne présentée en détails et avec beaucoup de précision dans *La phénoménologie de l'esprit*, demeure en opposition et se distingue des grands philosophes dont Spinoza, Kant, Fichte et aussi Schelling qui malgré ses prétentions en demeure une pour Hegel, formaliste qui ne donne que l'illusion d'une déduction de la nature et de l'esprit. Par exemple, pour Hegel la négativité de soi est une démarche essentielle dans

privé et de l'homme public, cette conciliation de l'idée de la totalité harmonieuse et de l'idée de la réflexion est un projet complexe, mais qui permet à la société de vivre dans un État de droit libre, où le magistrat exprime l'universel, donnant ainsi à l'homme les éléments de sa réalisation objective.

Il y a trois étapes qui s'entremêlent, celle de l'universel indifférencié, ensuite de l'universel criblé de différences qui ne se reconnaissent pas entre elles, enfin - après un dépassement difficile - chaque différence (individu) est capable de reconnaître à la fois sa particularité et son appartenance au tout. Mais aussi il y a les étapes qui correspondent à ces moments de la pensée, les étapes concrètes de la vie, celle de la famille, de la société civile et de l'État. La philosophie du droit de Hegel cherche dans les structures familiales, économiques et politiques les conditions de la réalisation du sujet; au lieu, comme certains détracteurs l'ont prétendu, de rester une abstraction, elle apporte la réflexion, l'intersubjectivité nécessaire à la raison de la loi. «C'est la *Sittlichkeit* de niveau institutionnel qui constituera enfin le véritable concept de raison pratique que toute notre investigation poursuit»⁴.

Sans ce respect des étapes, quand bien même l'État entreprendrait des actions positives, les problèmes de la réalisation du sujet demeureraient. Le droit tel que proposé, particulièrement par les déclarations supra-législatives, contient des instruments qui servent à répondre aux besoins de l'immédiat et de l'entendement. Mais le droit, selon Hegel, a d'autres lettres de noblesse : il est respectueux de la particularité de chacun en même temps qu'il aspire, en son essence, à représenter l'universel.

La dialectique hégélienne est la réponse à l'atomisme que critique Hegel. Elle est une critique

le devenir-autre, tandis que pour Schelling il ne s'agissait que d'un obstacle, de différences.

⁴ Cf. Ricoeur, P., *Du texte à l'action*, Paris, Seuil, 1986, p.241.

positive du contexte moderne du droit et, de façon corollaire, du droit canadien. C'est donc par cette critique que nous analyserons le droit canadien à la critique hégélienne de l'atomisme, c'est-à-dire celle sous sa forme d'expression de la liberté objective, celle dite Universelle. Cette idée d'universel chez Hegel, bien qu'exprimée à travers les institutions, est le fruit de la volonté de chacun, laquelle dans le respect des moments, réalise une morale voulue et réfléchie. L'universel dépasse donc la simple expression morale et abstraite et trouve sa totalité dans l'expression concrète de la morale réfléchie par les sujets qui à travers le temps ont et continuent à bâtir les instruments de l'éthique. Voilà qui différencie Hegel des autres philosophes. L'universel est le résultat de chacun des moments qui habitent l'homme réalisé objectivement.

De façon spécifique, nous allons essayer de voir, par des cas précis, l'état de cette problématique générale dans le contexte canadien et plus précisément au regard de quelques décisions de la Cour suprême du Canada.

À la lumière de la réflexion hégélienne, nous tenterons de démontrer qu'au Canada le système de droit est issu des modèles de droit formel, c'est-à-dire de droit qui expriment l'universel abstrait, c'est-à-dire l'indépendance des sujets, mais qui demeurent limité, voire confus, à cause de sa fausse prétention à l'universalité réelle. Ce faisant, nous allons explorer différentes versions de ce que Hegel appelle les faux universels; surtout celles de la formulation du particulier opérée par le libéralisme et celles de la notion d'universel incluant le particulier.

Selon nous, en effet, sous le couvert de l'universel et des valeurs qui l'accompagnent, notamment la liberté, au Canada, les tribunaux supérieurs ont faussement interprété le droit. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, cette affirmation a rendu

le droit encore plus confus. Le droit s'est donné une autorité, s'est ennobli d'expression de liberté fondamentale, mais il n'en ressort toutefois que l'expression d'un droit formel: un droit qui prend sa source dans le moment de la revendication, selon les exigences particulières du besoin et de l'entendement, sans pour autant tenir compte de la raison comme le propose l'idée hégélienne de la philosophie du droit. Le droit s'inscrit toujours, malgré cette nouvelle formulation de droits universels, dans une relation entres atomes. Il y a donc, en réalité, une plus grande dérive de l'État vers l'émancipation du droit abstrait. L'État étant toujours conçu comme le garant des droits privés, et non comme garant de la raison, édifie à tous points de vue une philosophie du droit atomiste. L'instrument que devrait être le droit, c'est-à-dire celui de poser la réflexion, est par conséquent d'une part incomplet, mais d'autre, part pernicieux, car sous l'égide du seul vrai droit universel, la réflexion s'estompe avec la liberté.

Cette étude nous semble importante tout d'abord parce qu'elle pose la question de la légitimité de la Charte et de son utilisation dans un contexte historique et philosophique et pose la question de la valeur qu'elle donne à la morale réalisée. Elle est une contribution importante car en effet, il existe peu d'ouvrages en droit canadien qui mettent à profit l'analyse du sujet de la morale réalisée. On note un nombre considérable de textes et d'ouvrages sur l'analyse des droits et libertés au Canada, spécialement depuis l'adoption de la Charte⁵, mais pour l'ensemble il s'agit d'études, fort importantes, mais qui se limitent aux problèmes techniques que soulève la Charte.

⁵ Pour n'en nommer que quelques uns : Bryden, P., Davis, S., Russell, J., *Protecting Rights and Freedoms, Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, 241 p; *Aux frontières du juridique, Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Collection Travaux, Québec, Université Laval, Sous la direction de Pierre Issalys et Jean-Guy Belley, 1993, 277 p.

Cette étude est aussi importante parce qu'elle situe le juriste canadien devant une réalité rarement présentée. C'est-à-dire devant ce que nous appellerions le soulèvement du voile sur le droit formel. Ces affirmations permettront aux juristes et à tous ceux qui ont une fonction dans l'élaboration du droit au Canada de voir leur rôle comme joueurs fondamentaux comme véhicules de la raison, de la liberté ou de la réalisation des volontés particulières.

Nous pensons également que cette étude vient à point nommé, à l'heure où les sociétés occidentales cherchent à entreprendre un changement de cap qui pourrait les aider à sortir de la voie dans laquelle elles se trouvent engagées. Il suffit de signaler à cet égard les auteurs contemporains qui ont abordé la question, tels Brudner et Taylor⁶, qui contestent la conception du sujet de droit telle qu'elle se dégage dans nos sociétés. Ni le libéralisme et ni le socialisme n'ont réussi à élaborer les bases institutionnelles à la réalisation du sujet de droit. Ni l'un ni l'autre des deux systèmes (ou leurs pendants) n'ont réussi, dans leurs réalisations concrètes, à donner à l'individu les structures de la liberté.

Enfin, cette étude est également importante à cause de la place que les valeurs dites fondamentales ont reçu du droit formel. Elles ont été revendiquées comme droits universels, elles l'ont été en groupe, pour supposément contrer l'atome. Certains droits fondamentaux ont été confondus avec le droit de possession sur la nature, relique du modernisme et exemple de la présence de la liberté contractuelle au nom du fondement de tout droit. Hegel appelle cette illusion de la volonté, le libre

⁶ Par exemple, Taylor souligne à travers la critique hégélienne que la société moderne se satisfait de ce laisser-faire invisible qui vient auto-gérer les relations humaines. Finalement, Taylor indique que le néo-libéralisme «Dworkien», n'a pas réussi à contrer la pensée hégélienne de la liberté. Pour sa part, Brudner soulève par la critique que fait Hegel dans la philosophie du droit, la distance réelle qui existe dans les lois modernes entre l'individu et le bien communautaire et qui n'a su encore être rétablie. Pour Brudner, Hegel est le seul philosophe qui attaque positivement le droit privé dans l'optique du bien collectif. Cf. Brudner et Taylor, *Hegel and Legal Theory*, Cornell, Routledge, New-York, 1991, p.64 et p. 127.

arbitre; «l'homme prenant pour certitude ce qui vient du dehors, et donc étranger à soi-même» (§75)⁷.

Notre travail comprend trois chapitres. Le premier intitulé *La critique hégélienne du droit formel*, porte précisément sur les limites du droit révolutionnaire et formel, vues et analysées dans la perspective des *Principes de la philosophie du droit* de Hegel. Le second chapitre, intitulé *Les fondements du droit formel canadien*, aborde en premier lieu l'analyse du sujet de droit tel qu'établi et vu par le droit canadien, particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. Cette première partie tente de démontrer que le droit exprimé à travers les diverses pratiques juridiques canadiennes se base sur les conceptions de droit formel qu'a critiquées Hegel. Plus précisément la question de l'interprétation du droit fondamental selon des concepts de la liberté marchande, soit la notion de contrat, de la propriété et de l'atomisme comme source du droit fondamental de la personne. Nous tenterons de démontrer en seconde partie que la conception hégélienne du droit peut servir de base à la critique des pratiques juridiques canadiennes. Nous en ferons la démonstration au moyen d'exemples tirés du système judiciaire canadien, de ce que Hegel a appelé le sujet de droit abstrait.

Le troisième et dernier chapitre intitulé *La synthèse de la Philosophie du droit* se veut d'abord une présentation de la proposition hégélienne d'une méthode phénoménologique qui permet de dépasser les limites de la conception du droit. Elle se veut être un exposé de la réconciliation et de l'identification des moments, entre ce qui pour certains n'était qu'une vulgaire reproduction et pour

⁷ Hegel mentionne également dans ce chapitre pour exprimer la distance réelle qui existe entre la liberté et l'idée ou la perception véhiculée de la puissance délivrante du contrat que : «Les deux parties contractantes se comportent l'une vis-à-vis de l'autre comme des personnes indépendantes immédiates...la volonté identique qui devient existante dans le contrat n'est posée que par ces deux personnes, elle est donc commune mais non pas universelle en soi ou pour soi...»

d'autres un outil de contrôle : la société civile et l'État. Nous verrons que Hegel propose une conception alternative du sujet de droit qui articule universalité et particularité. Sans une réelle division entre la société civile et l'État, celui-ci ne saurait être autre chose que l'expression d'un sujet utilitariste. En tant que l'un des pouvoirs de l'expression du sujet de droit abstrait, la magistrature ne peut être la gardienne suprême des lois et du droit, comme elle le prétend. Le système juridique n'est en fait qu'une continuité du pouvoir représenté dans la société civile. Il est, en réalité, très peu autonome, incapable de représenter autre chose que le «je» atomisé.

Enfin pour conclure nous tenterons de répondre à la question à savoir si le droit universel peut être posé, si l'analyse hégélienne trouve une application aujourd'hui, notamment par la magistrature canadienne dans une société post-moderne tel que le Canada?

CHAPITRE 1

LA CRITIQUE HÉGÉLIENNE DU DROIT FORMEL

Ce chapitre se propose d'analyser principalement l'influence de la philosophie révolutionnaire sur le droit. Il tentera de démontrer que l'esprit véhiculé par les changements qu'apporta la révolution et le libre marché a influencé le droit et son interprétation, et ce dans une direction contraire à la philosophie hégélienne du droit. Dans ce cadre, nous ferons référence directement à la critique hégélienne du droit formel. La critique portera sur le contenu du droit universel proposé par certains philosophes, notamment Kant. Elle examinera également la confusion qu'a apporté le droit libéral quant à la compréhension de la pleine réalisation du droit. En fait, ce chapitre comprend la critique hégélienne des différentes approches et des influences juridiques que connaît toujours le droit contemporain, et elle nous servira de tremplin pour entrer dans le vif de la critique des fondements formels du droit canadien.

Ce chapitre est primordial dans notre tentative de démontrer l'hypothèse selon laquelle le droit canadien, tel que présenté et analysé à travers le processus juridique, s'inspire principalement des notions de droit abstrait et de ce fait, est une, sinon la cause de la liberté incomplète exprimée par le droit, plutôt que celui-ci en soit la raison. Cela permettra de voir le rapport entre la pensée révolutionnaire et la philosophie rationaliste exprimée à travers les Chartes, notamment la Charte canadienne. En d'autres mots, cela permettra de réaliser le lien qui existe entre le droit révolutionnaire et la confusion, voire l'impossibilité de réaliser la morale, et donc la liberté. Il est important de soulever ce rapport entre le droit révolutionnaire et le droit contemporain parce qu'il permet de faire le lien entre la croyance et la légitimité que l'on accorde, (tant chez les juristes que dans la population) à l'idée selon laquelle la liberté objective ne peut exister dans la revendication

des droits «créances», c'est-à-dire des droits revendicateurs.

I^{ère} PARTIE - DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

L'époque des grandes révolutions démocratiques occidentales (1600-1800) a donné au mot «révolution» le contenu d'un mouvement par lequel la société politique s'affranchit d'un régime. De même, plusieurs traités de législation voient le jour⁸. Nombre de philosophes à cette époque ont élaboré une philosophie du droit qui mettait la personne au centre des nouvelles théories du droit et des responsabilités. Enfin, c'est aussi l'époque des proclamations des droits de l'homme, où l'on évoque le principe du «libre-arbitre» comme étant la base substantielle de l'État. Autrement dit, la Révolution signifie en ce sens rupture d'avec le passé, une sorte de recommencement⁹.

⁸ Citons en exemple :

- 1713 Projet de paix perpétuelle, de l'abbé de Saint-Pierre
- 1725 Scienza nuova, de Vico
- 1755 Le Code de la Nature, de Morelly
- 1756 L'ami des Hommes ou traité de la population, du Marquis de Mirabeau
- 1764 Le traité des délits et des peines, de Cesare Beccaria
- 1767 Le traité des lois civiles, de Simon-Nicolas-Henri Linguet
- 1767 Commentaries on the Laws of England, de Blackstone
- 1776 De la législation ou Principes des Lois, de Mably
- 1780 La Science de la Législation, de Gaetano Filangieri
- 1789 Introduction aux principes de morale et de législation, de Jérémie Bentham
- 1789 Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen
- 1802 Le Traité de la législation civile et pénale, de Jérémie Bentham
- 1804 Code civil, en passant de l'influence de Montesquieu et Rousseau jusqu'à Portalis et Fenet.

⁹ Pour les Canadiens, influencés par la révolution anglaise de 1689 et la française de 1789, la transformation du rôle de la loi a été déterminante.

Premièrement, la Révolution anglaise de 1689¹⁰ a conféré au Parlement, et donc à la loi, une suprématie par rapport aux autres sources de droit. La mission du Parlement est de légiférer dans l'intérêt général, assurant la vie, la liberté et les biens de chacun¹¹. Les philosophes de l'époque mirent le droit comme fiduciaire du bien.

Deuxièmement, sous l'influence marquée de Jean-Jacques Rousseau, la loi ne devait plus être le reflet, même éloigné, d'un ordre divin. La loi exprime la volonté générale, la volonté de tous à l'égard de tous¹². Par exemple, la Révolution française fait du droit «le résultat cartésien de la raison à travers la volonté générale et la loi qui instaure la suprématie du législateur»¹³.

Quant à Hegel (le jeune Hegel), il voyait dans la révolution française le signe d'espoir¹⁴ pour une redéfinition du sujet de droit, comme être-soi qui pouvait finalement penser à se libérer de la domination d'institutions qui étaient contraires à la volonté, de voir la liberté devenir droit dans un

¹⁰ Cf. Brun, H., *Droit constitutionnel*, Chapitre II, «Des lois», Cowansville, Éditions Yvon Blais, pp.20 à 25.

¹¹ Cf. Locke, J., «Second Essay Concerning Civil Government (1690)», in *Works*, t.V, Aalen, Scientia Verlag, 1963, ch. XI.

¹² Cf. Rousseau, J.-J., «Discours sur l'économie politique (1755)», éd. Gagnebin et Raymond, *Oeuvres complètes*, coll. «La Pléiade», t.III, Paris, Gallimard, 1964, p.248.

¹³ Cf. Burdeau, G., «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», (1939) 9 *Arch. phil. dr. et social.jur.*, 7, pp.9-27.

¹⁴ À ce sujet Hegel disait :

Je vois qu'aucun signe du temps n'est meilleur que celui-ci : c'est que l'humanité est représentée comme si digne d'estime en elle-même; c'est une preuve que le nimbe qui entourait les têtes des oppresseurs et des dieux de la terre disparaît. Les philosophes démontrent cette dignité, les peuples apprendront à le sentir; et ils ne se contenteront pas d'exiger leurs droits abaissés dans la poussière, mais ils les reprendront - ils les approprieront. Cf. Hegel, Lettre à Schelling du 16 avril 1795, *Correspondance*, trad. Carrère, I, Paris, Gallimard, 1962, pp.28-29.

élan d'égalitarisme pour tous. La réaction de Hegel, comme de plusieurs autres idéalistes allemands de l'époque en fut une d'espoir, face à l'action concrète de l'élévation de la liberté politique au rang de droit. Pour une fois, l'homme se dotait d'instruments d'être soi de façon universelle¹⁵.

Pour Hegel le formalisme signifiait le risque de perdre de vue le principe de liberté par la suffisance théorique - avec leurs conséquences qu'annonçait cette période révolutionnaire. Cette suffisance théorique contenait le danger de la somnolence du sujet moral. Sur la révolution française dans la pensée hégélienne, Jarczyk dit:

Situation aberrante, dans la mesure où le résultat est en contradiction directe avec le point de départ dont il se réclame: alors que la liberté absolue devait valoir comme le principe de l'affirmation du sujet - dans la réconciliation effective du bas et du haut, de l'intérieur et de l'extérieur -, voici qu'elle se nie elle-même dans cette disparition pure et simple du Soi qu'entraîne l'exigence d'une effectivité abstraitement universelle¹⁶.

La révolution française a élevé la liberté au rang de principe de tout ordre politique et juridique (comme représentant le droit de l'homme). Cette élévation de l'ordre est telle que du moment qu'elle était contestée, l'on conteste la liberté. On ne peut plus la contraindre sans contredire l'être-homme, ce qui, selon nous est contraire à toute philosophie de la volonté pensante qui exige du droit les instruments d'une constante remise en question par la pensée critique. En ce sens, Ritter rapporte

¹⁵ De façon certes moins romantique et idéaliste et sous la forme toute rationnelle, la Charte canadienne fut présentée de la même façon, c'est-à-dire selon laquelle elle devenait un bouclier contre les abus de l'État au nom toutefois de protéger les libertés individuelles. Voir à ce sujet le prologue de «L'Administration publique dans une société libre et démocratique» dans le livre de : Cf. Garant, P., *Droit administratif*, Vol.3 Les Chartes, Yvon Blais, Cowansville; 1992, 625 pages. Voici aussi ce que disait le professeur Petter de la faculté de droit de l'Université de Victoria: «When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed into law on April 17, 1982, it was an occasion of much rejoicing. Accross the country, politicians, judges, civil servants, academics, lawyers, and earnest civil libertarians gathered together to celebrate the advent of the new charter.». Cf. Petter, A., «The politics of the Charter», *Supreme Court Law Review*, Vol.8:473-505, 1986, p.473.

¹⁶ Cf., Jarczyk, G., Labarrière, P-J., *De Kojève à Hegel, 150 ans de pensée hégélienne en France*, Albin Michel, France, 1996, p.173.

que la révolution française a été pour Hegel un événement inachevé¹⁷, qui ne correspond pas à l'esprit objectif qui se réalise dans l'État et qui s'élève à la moralité absolue. Hegel s'est désillusionné face à un nouveau droit de la personne individuelle considérant que les institutions sociales qui devaient servir à la réalisation de l'Idée universelle, servaient plutôt au développement matériel et spirituel d'un droit atomiste¹⁸.

Dans cette même ligne d'analyse, Hegel adressa au *Contrat social* de Rousseau l'imperfection de l'abstraction et du formalisme du droit:

L'interprétation erronée des principes qu'on a dits ne nous concerne pas. Ce qui importe, c'est ce qui entre dans la conscience à titre de contenu : que l'homme a dans son esprit la liberté comme absolu, le simple, que la volonté libre est le concept de l'homme.(...) L'unité du penser avec soi est la liberté, la volonté libre, - penser, seulement en tant que voulant, cela veut dire tendance à supprimer subjectivité, relation à l'être-là, réalisation de soi¹⁹.

Hegel constatera, au sujet des droits, les limites auxquelles conduisent la prétention à l'absolu. Les droits fondamentaux demeurent vides et stériles, lorsqu'ils ne sont pas issus de la réelle liberté de soi. Il ne s'agissait pas là d'une dénonciation de l'humanisme, mais plutôt d'une valorisation de l'esprit humaniste abstrait qui se confond avec l'individualisme. La critique porterait plutôt sur la représentation du droit abstrait comme élément fondamental d'une proclamation absolue. La Révolution n'avait tout simplement pas répondu à la réalisation politique concrète de la liberté.

¹⁷ Cf. Ritter, J., *Hegel et la Révolution française*, Paris, Beauchesne, 1970, p.64.

¹⁸ Cf. Hyppolite, J., «Hegel et la Révolution française», in *Revue philosophique*, Paris, 1939.

¹⁹ Cf. Hegel, G.W.F., *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, traduction P. Garniron, Paris, Vrin, Tome VI, 1985, pp.1747-1748.

A) La dénonciation de la scission historique

Ni dans la conscience historique, ni dans l'ancien régime, ni dans la révolution elle-même on ne saurait trouver assez d'éléments pour produire des constitutions solides et introduire des structures politiques et juridiques durables. Il y avait dans la structure révolutionnaire une attitude positive, celle de la liberté universelle se rapportant à l'homme comme homme, tandis que l'ancien régime, celui d'avant la révolution, renfermait la réalité historique qui correspondait à la conscience d'une évaluation historique. Pour Hegel, l'un et l'autre devaient se retrouver après la révolution, afin de poser la liberté universelle, pour se rapporter entièrement et complètement à l'homme, non pas seulement comme un étranger à lui-même ou comme seulement une identité individualiste de lui-même, mais pour ce qu'il est complètement, c'est-à-dire sans exclure ou renier toute dépendance envers une origine passée et sans embrasser complètement l'optimisme de l'unique et de l'individualisme du progrès apporté par des vents révolutionnaires (on le verra plus loin, cet élan atomiste est aussi présent dans le libéralisme)²⁰. Autrement, l'un et l'autre tiennent et reposent sur le même fondement, celui que Hegel a surnommé de «l'athéisme éthique» (Intro. p.7).

Pour Hegel, cette révolution était une révolution politique qui a laissé sans réponse le passé et le

²⁰ C'est selon nous exactement ce qui se passe dans le contexte canadien de la Charte où, dans un élan d'espoir juridique, il y a eu une sorte de cassure avec ce qui se faisait par le passé. Nous vous référons à notre exemple au chapitre 2 quant à l'arrêt Vaillancourt, à l'effet que même si la population par un verdict sans équivoque avait fait un choix quelques années auparavant via le législateur, une majorité de juges de la Cour suprême du Canada, par une interprétation personnelle ont utilisé la Charte pour rejeter un processus démocratique, et ce au nom d'une liberté.

Sans porter aucun jugement quant à la légitimité de la décision, nous possédons par cet exemple une expression de la critique hégélienne du droit et de la révolution; celle du problème du sacré appliqué à diverses valeurs comme par exemple les libertés d'expression, de religion, d'association etc. Ces droits sont devenus des droits universels ou fondamentaux, sans trace d'universel, c'est-à-dire du vrai sacré, celui qui a transcendé l'individu par rapport aux intérêts particuliers et immédiats.

contenu du beau, même si en apparence elle détient tous les éléments légitimes de liberté, de sécurité, de choses bonnes en droit pour l'homme. Citant Hegel, Bourdin dit de cette période effervescente :

Cette période est qualifiée précisément par Hegel de dégradation de la pensée, c'est-à-dire de dégradation de la pensée métaphysique. Le sens de cette expression est clair : l'orientation générale de la philosophie va être dorénavant critique, destructive, polémique à l'égard de la métaphysique du siècle précédent.²¹

Le droit révolutionnaire demeure incomplet et précaire à cause de son caractère sacré, celui-là même qu'il avait rejeté. D'un côté, on a remplacé ce qui existait de sacré par des principes humanistes et scientifiques, qui sont devenus en quelque sorte à leur tour aussi des principes sacrés. Mais l'on n'a pas vu que ceux-ci ne pouvaient produire des constitutions juridiques durables, notamment parce que l'homme, ne se réalisant pas complètement en ce respect des étapes, ne pouvait, selon toute logique et respect de la philosophie de l'époque, réaliser la constitution voulue. C'est en ces étapes que l'homme se réalise et c'est en ce sens que le droit révolutionnaire, ayant de nouveau à son tour imposé une voie, ne peut arriver à la constitution solide ou à l'introduction solide de structures politiques et juridiques. Ritter disait à ce sujet :

L'homme arrivé à soi et libéré de leur domination s'avance vers l'achèvement de l'humanité, par la science et la société moderne, et il laisse derrière soi, comme un passé mort, devenu historique, les événements antérieurs et leurs traditions²².

Parce qu'il n'intégrait pas d'une certaine façon ce qui était romantisme, sacré ou beau, le droit révolutionnaire a été perçu par certains comme déclin de l'homme. Hegel n'est ni du passé, ni de la révolution, bien qu'il adopte les deux réalités à sa dialectique de la philosophie du droit; il se situe

²¹ Cf. Bourdin, J.-C., *Hegel et les matérialistes français du XVIII^e siècle*, Paris, Philosophie Meridiens Klincksieck, 1992, p.8, pp.274.7

²² Cf. Ritter, J., *Hegel et la Révolution française*, op.cit., p.41.

davantage dans un mouvement de restauration des deux réalités. C'est ce à quoi Hegel s'est attaqué; la discontinuité historique. Il refuse une époque où l'on rejetterait complètement le romantisme et toute dépendance à une origine, il ne peut accepter l'athéisme du monde éthique, et c'est justement par le *System der Sittlichkeit*, qu'il voit le problème décisif de l'époque du droit révolutionnaire. Pour lui, si ce problème ne peut être résolu, les tensions et l'opposition qui existent dans la réalité juridique ne pourront se résoudre. Il doit y avoir rencontre entre le droit révolutionnaire et l'identité éthique du beau chez l'homme. C'est de là que part la théorie philosophique du droit hégélien.

Ce qui ne veut pas dire pour autant que Hegel préconise qu'il existe une nature ou une histoire qui oblige ou qui détermine obligatoirement les idées : autrement dit, rien de supra-naturel ou d'étranger devrait être imposé à la capacité de juger de soi-même. Mais Hegel veut aussi dépasser cette fausse opposition entre ceux qui sont pour l'unique redécouverte de soi, et ceux qui croient que la nature s'est déjà occupée du sort de l'homme. Pour Hegel, la volonté subjective est essentielle mais aucune règle morale ne saura satisfaire à une complète réalisation de la liberté et du droit si elle ne se réalise pas en soi et pour soi. En d'autres termes, le droit ne peut être l'expression de la liberté s'il n'est qu'une prescription extérieure à soi. Hegel dit que le principe de l'étape ultime est :

...cette profondeur extrême de laisser le principe de la subjectivité s'accomplir jusqu'à l'extrémité de la particularité personnelle autonome et en même temps de le ramener à l'unité substantielle et ainsi de maintenir cette unité dans ce principe lui-même (§ 260).

Il en résulte que ni l'universel ne vaut et n'est accompli sans l'intérêt particulier et ni les individus ne vivent uniquement pour leur intérêt sans vouloir l'universel. C'est un type de constitution et une manière particulière d'exister humainement.

Cette logique du droit souligne en d'autres mots l'importance du droit dans les mouvements des

citoyens, de chacun des individus, dans toutes les institutions et ce, en respectant la scission réelle dans l'observation de la médiation des événements historiques. Chacun doit entreprendre la réflexion capable de transformer la réalité au lieu que la réalité puisse transformer la réflexion. Le droit de la bonne intention, transposée au droit à la vie, à la sécurité et à la liberté confond dans son expression unique, un sentiment, celui de la forme objective avec un droit du bien-être.

Il faut prendre garde, dit Hegel, au point de vue auquel sont considérés ici droit et bien-être, qui est le point de vue du droit formel et du bien particulier de l'individu; ce qu'on appelle l'intérêt général, le bien de l'État, c'est-à-dire le droit de l'Esprit concret réel, est une sphère tout différente, dans laquelle le droit formel est tout aussi subordonné que le bien particulier et le bonheur de l'individu. Que c'est une méprise fréquente dans l'abstraction de revendiquer le bien privé et le droit privé comme existant en soi et pour soi en face de l'universalité de l'État (§126).

Pour Hegel on ne peut amalgamer la liberté et l'utilitarisme dans un seul et même absolu, sinon il en résultera un écartèlement dans la compréhension des droits, une confusion quant à sa réelle signification et portée. «La scission nous dit Ritter, conduit à l'aliénation quand cette non-identité est écartée et que l'on prend pour le tout l'un des deux côtés tandis que l'autre est réduit à néant»²³. Et plus loin : «Il est important et décisif de garder devant les yeux la signification positive de la scission qui est présupposée dans l'aliénation. Elle est comme telle pour Hegel la forme historique de l'unité qui n'est pas uniformité. Il appartient au vrai concept de l'Absolu que Dieu et le monde, l'être et l'étant, l'infini et le fini, soient bien distingués les uns des autres et appartiennent dans cette distinction à l'Absolu, dont l'identité comprend et présuppose ainsi la non-identité»²⁴.

²³ Cf. Ritter, J., *Hegel et la Révolution française*, op.cit., p.21.

²⁴ Ibid, p.21.

Ceci veut dire qu'une décision qui tient compte des droits fondamentaux²⁵ est automatiquement assimilée, dans la critique hégélienne du droit révolutionnaire, à un droit sacré, du je et du beau. C'est une philosophie qui utilise pour se légitimer des principes scientifiques et individualistes, qui ne fait qu'isoler encore plus en réalité le droit comme mécanisme réel de la reconnaissance des droits humains.²⁶

En d'autres mots, pour Hegel, le droit révolutionnaire n'a pas été capable de reconnaître l'importance de l'autre partie, croyant qu'à lui seul, il pouvait former une unité. La philosophie révolutionnaire est pour Hegel une transformation du «beau [qui] devient une chose, le bois sacré un bouquet d'arbres, le temple «des poutres et des pierres»; l'entendement qui chosifie la réalité objective en exclut le divin. La chose n'est plus que chose et a perdu tout rapport avec le sens original de l'existence et sa fonction unificatrice»²⁷.

²⁵ Par exemple, les droits intitulés de première génération sont des droits aussi dits fondamentaux. Ils se reconnaissent par des titres tels, la liberté d'expression, la liberté d'association, de vote et quelques garanties juridiques, notamment le droit à la sécurité, à la liberté et à la vie. Ceux-ci ont été définis par les tribunaux occidentaux comme étant inviolables. Il est reconnu que l'on peut s'inspirer de l'interprétation jurisprudentielle et des commentaires doctrinaux construits au fil des ans dans les diverses nations pour donner un sens aux instruments internationaux. Leurs sources premières proviennent tout d'abord d'un contexte national - américain et français - avant d'avoir trouvé place dans les déclarations universelles telles la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et de la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950. Voir à ce sujet: Cf. Alston, P., «Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», (1984) 78 *American Journal of International Law*, 621, p.614.

²⁶ A ce sujet un professeur de droit disait «L'erreur fondamentale de cette démarche pseudo-scientifique consiste à vouloir tout mesurer avec les mêmes instruments, les méthodes scientifiques, alors qu'on les applique aux réalités physiques, biologiques, etc. ne sont pourtant pas toujours identiques. L'erreur du positivisme n'est-elle pas de prétendre que l'on ne peut rien connaître que ce qui est mesurable, ou quantifiable, que tout le reste ne relève que de la subjectivité?» Voir: Cf. Caparros, E., «De quelques mythes et de quelques réalités du monde juridique contemporain», in *Revue générale de droit*, Université d'Ottawa, (1986) 15 601-617, p.606 et 607. Nous référons également le lecteur à la note infrapaginale no. 159 pour un exemple empirique en droit canadien.

²⁷ Cf. Ritter, J., *Hegel et la révolution française*, op.cit., p.45.

Dans les *Principes de la Philosophie du droit*, Hegel dira que :

La personne a le droit de placer sa volonté en chaque chose, qui alors devient (même) la mienne²⁸ et reçoit comme but substantiel (qu'elle n'a pas elle-même), comme destination et comme âme, ma volonté. C'est le droit d'appropriation de l'homme sur toutes choses.

Rem : La soi-disant philosophie qui assigne aux choses particulières immédiates, à l'impersonnel, la réalité au sens d'indépendance et de véritable être pour soi et intérieur, de même que celle qui assure que l'esprit ne peut connaître ni atteindre de vérité sur la nature de la chose en soi, sont immédiatement contredites par le comportement de la volonté libre envers ces choses. Si, pour la conscience, l'intuition sensible et imaginative, les choses extérieures en question ont l'apparence de l'indépendance, par contre, c'est la volonté libre, qui est l'idéalisme, la vérité d'une telle réalité (§44).

Mis dans le contexte présent, Hegel affirmerait que la puissance d'unification et de «recherches²⁹» des principes fondamentaux retrouvés dans ces chartes modernes a créé pour l'homme une opposition plutôt qu'une unification, en rendant le droit vil³⁰. Le danger apparaît finalement toutes les fois qu'il

²⁸ La traduction d'André Kaan utilisée dans cette étude utilise «devient même». Selon nous et surtout selon la traduction de R. Derathé des *Principes de la philosophie du droit*, 1989, à la p.102, il convient mieux d'utiliser l'expression «la mienne» pour être fidèle au texte allemand et conforme à l'idée de Hegel.

²⁹ Lire d'éléments interprétatifs.

³⁰ Cf. Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 2^{ed}. Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 766. L'auteur nous indique diverses formes d'interprétation d'exceptions comme permises, principalement par la Cour suprême du Canada, laissant libre cours à diverses interprétations selon la méthode d'approche utilisée. Notons à titre d'exemple que dans certaines décisions où les principes de droits fondamentaux étaient mis de l'avant et revendiqués, la méthode grammaticale ou littérale commandant l'usage des dictionnaires a été exceptionnellement rejeté dans certaines causes éminemment politiques. Entre autres, citons le passage d'un banc unanime de neuf juges de la Cour suprême qui affirmaient que :

un argument purement linguistique présente la même faille qu'un argument scientifique : il tente de trancher un débat juridique par des moyens non juridiques, en l'occurrence par le recours à la prétendue définition au «dictionnaire» de l'expression «être humain». (Tiré de la fameuse cause *Tremblay c. Daigle*, p.553-554, (1989) 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R.).

Or dans plusieurs arrêts rendus depuis, tous les juges siégeant dans cette cause précipitée ont eu recours ou ont souscrit à l'opinion de juges qui eux avaient eu recours à l'usage des dictionnaires pour résoudre les litiges en question.

y a un changement qui n'intègre pas le passé; danger de scission et par conséquent d'un sur-éclairage de la réalité³¹.

Pour Hegel, le droit doit représenter l'activité de la volonté en tant qu'elle permet de supprimer la contradiction entre subjectivité et objectivité. Le droit est le domaine de l'esprit. Il est «la liberté en général comme Idée» (§29). Le Droit ne doit pas être confondu avec le droit abstrait ou le droit naturel tel qu'interprété par les utilitaristes et certains libéraux. Le droit abstrait renferme effectivement des droits, mais il ne s'agit que des droits immédiats, étapistes, d'un certain moment, tels que, si élevés en droit universels, ils entrent en conflit avec le droit de la morale réalisée, où, par exemple, le droit de la personne n'est qu'un moment dans la réalisation effective de la liberté. Hegel indique qu'il ne faut pas confondre le Droit avec le droit de la personne (de même que celui de propriété). Il ne représente qu'un moment dans la réalisation effective de la liberté. C'est un droit qui «renferme aussi cet autre aspect : il est limité et, par suite, il est quelque chose de subordonné à un autre élément; seul le droit de l'Esprit du monde est absolu et sans borne» (§30). Celui de l'intérêt privé n'est qu'universalité substantielle³². La philosophie hégélienne du droit ne se limite pas en des moments de réalisation ou d'objectifs de réalisations. Elle s'insère plutôt dans la structure de la réalisation de l'être: un cheminement «final» vers des politiques et les lois qui seront réalisées par des êtres libres et qui influenceront comme dans un cercle, les autres étapes. En quelque sorte, ce serait un débordement du processus et du mécanisme législatif.

De plus et dans le même ordre d'idée, dans une entrevue que le juge en chef de la Cour suprême, le juge Lamer, a livré à la revue du Barreau canadien en mai 1994, il avait clairement indiqué qu'il prenait sa décision avant d'avoir procédé à la recherche et qu'il trouvait les arguments après. Cette affirmation laisse perplexe quant à la possibilité réelle de trouver la justice à travers une telle forme d'analyse.

³¹ En ce sens de rendre sacré dans la forme ce qui ne serait qu'un élément de droit simple et non universel.

³² Cf. Gurvitch, *Traité de sociologie*, Paris, PUF., 1958, p.31.

C'est pour cela que Hegel craint de voir s'installer sous le souffle révolutionnaire une doctrine de droits fondamentaux de l'homme dans les droits formels et de ce fait négliger tout simplement ou ignorer la soumission que doit avoir la loi à la raison. Il s'agit d'une force hostile et étrangère à la réelle liberté, un «universel abstrait» (§2), la «liberté du vide» (§5). Mais il ne repousse toutefois pas, dans sa théorie de la société civile, l'importance de l'abstraction des droits de l'homme en tant que tel, mais il dépassera cette forme de conciliation imparfaite. À vrai dire, il utilisera cette chose en apparence parfaite, mais en réalité source de toute confusion et d'éloignement de la liberté du sujet, de façon positive pour en faire une théorie de l'objectivation.

Pour Hegel, la philosophie des Lumières conduit à l'aliénation en supprimant la scission du subjectif et de l'objectif, en posant absolument son principe de l'entendement et en faisant disparaître ce qui n'est pas posé par ce principe. Il est impossible pour Hegel de sortir de la scission «en choisissant l'un ou l'autre côté pour anéantir et faire disparaître son opposé». Historiquement, subjectivité et objectivité sont bien plutôt complémentaires; elles sont «ensemble l'existence historique substantiellement totale»³³. La scission devrait par elle-même avoir cette capacité de conserver l'unité des choses séparées. Mais si elle est écartée de sa différence et de son opposition elle devient aliénation telle la révolution apportera une Raison et le droit son reflet. Pourtant, pour Hegel la raison est réalité immanente aussi de l'histoire. Par conséquent, pour le droit l'impossibilité de refléter et d'être l'objet de l'universel.

C'est que pour Hegel la raison guide le monde et il s'avère que l'importance que revêtent l'histoire et la culture ne réside pas dans le fait qu'il s'efforce de poser la raison ou l'esprit comme substance des événements. Plutôt, au travers de la complexité et de la variété des phénomènes se révèle un

³³ Cf. Hegel, G.W.F., *Iéna*, Diff., I, 49.

sens, une finalité, une nécessité. Nous lisons :

De l'étude donc de l'histoire universelle a résulté et doit résulter que tout s'y est passé rationnellement, qu'elle a été la marche rationnelle et nécessaire de l'Esprit du monde [...], Esprit qui constitue la substance de l'histoire, qui est toujours un et identique à lui-même et qui explicite son être unique dans la vie de l'univers.³⁴

L'histoire du monde, l'histoire universelle, n'est pas livrée au hasard. Elle est bien au contraire «la manifestation de cette Raison unique, une des formes dans lesquelles elle se révèle»³⁵. Dans les *Principes de la philosophie du droit* Hegel écrit que l'histoire universelle est «le développement nécessaire des moments de la raison, de la conscience de soi et de la liberté de l'esprit, l'interprétation et la réalisation de l'Esprit universel» (§ 256).

Aussi la philosophie hégélienne de l'histoire se donne-t-elle pour but de connaître l'Idée dans l'histoire, de saisir l'esprit des peuples qui ont pris conscience de leur principe et savent ce qu'ils sont et font. Comme le note Jacques D'Hondt, Hegel veut retracer l'itinéraire de la raison dans l'histoire; si la raison se révèle partout, elle ne peut cependant se manifester mieux ni plus entièrement que dans ce domaine. car l'histoire est l'oeuvre de l'homme. de l'esprit vivant³⁶.

Toutefois, savoir que l'Esprit se révèle dans le monde ne suffit pas, encore faut-il préciser le but qu'il y poursuit. Le but de l'Esprit, qui est le même que celui de l'histoire, est, d'après Hegel, de se connaître lui-même, de parvenir à la pensée de lui-même, c'est-à-dire de rendre le monde adéquat

³⁴ Cf. Hegel, G.W.F., *La Raison dans l'histoire*, Paris, ..., p.49-50.

³⁵ Ibid, p.49.

³⁶ Cf. D'Hondt, J., *Hegel, philosophe de l'histoire vivante*, Paris, PUF, 1987, p.238.

à l'Idée. Et ainsi retourner à soi car «la liberté est l'unique vérité de l'Esprit»³⁷, et que celui-ci, qui dans sa pleine conscience de soi, (c'est-à-dire que la destination de l'esprit) est de parvenir à la conscience totale de sa liberté. Hegel dit en effet :

La conscience que l'Esprit a de sa liberté et par conséquent, la réalité de sa liberté, constituent en général la raison de l'Esprit et donc la destination du monde spirituel. Or, dans la mesure où celui-ci est le monde substantiel auquel est subordonné le monde physique [...] elles constituent aussi la fin ultime de l'univers³⁸.

L'esprit est liberté; il se fait soi-même en tant qu'il est le jugement de sa nature; il est activité par laquelle il revient à soi, se produit, se fait ce qu'il est en soi. Le mouvement de poussée [à partir de soi] de la forme de son savoir est le travail que l'Esprit accomplit en tant qu'histoire effective³⁹.

L'histoire pour Hegel constitue la marche graduelle de l'esprit dans la conscience de sa liberté : le premier degré est le recueillement de l'Esprit dans la nature. Ce qui nous amène à parler de la critique que fait Hegel de la nature.

L'on traite dans les *Principes de la philosophie du droit* de la relation du droit naturel dans l'élaboration de la réalité juridique. Dans le même ordre d'idée que la critique que nous pouvons faire de la société moderne, Hegel critique la façon de traiter du droit naturel dans son rapport avec l'empirisme. C'est dans *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel* que Hegel exprime cette relation malsaine qui existe entre le droit élaboré et ses convergences avec le

³⁷ Cf. Hegel, G.W.F., *La raison dans l'histoire*, op.cit., p.75.

³⁸ Ibid, p.84-85.

³⁹ Cf. Hegel, G.W.F., *Phénoménologie de l'Esprit*, op.cit., p.520.

formalisme du droit naturel. En d'autres mots, le droit exprimé se baserait sur des supposées évidences, selon une science ou un propos scientifique⁴⁰ parce qu'elles sont empiriquement et scientifiquement testables, et donc naturelles. Hegel affirme alors qu'une vérité qui ne se fonderait que sur ce qui se prouve uniquement par l'empirisme ne peut être exacte; non pas que le droit naturel ne doive pas être à la base du droit exprimé, mais parce qu'il ne peut être une réalité assimilable à l'empirisme. Ce qui a permis au droit, au cours de l'histoire, de justifier sa raison d'être.

Cette critique du faux droit naturel et du droit formel tel que représenté par Kant permet également de comprendre la position de Hegel face au droit formel moderne en général. Par exemple, dans le passage ci-après nous voyons avec quelle fermeté et détermination l'on associe le droit naturel au droit formel. Hegel dit :

Ainsi, par exemple, pour connaître le rapport [constitutif] du mariage, on pose tantôt la procréation des enfants, tantôt la communauté des biens, etc., et c'est à partir d'une telle détermination, qui, en tant que l'essentiel, est érigée en loi, que le rapport organique tout entier est déterminé et souillé; ou [encore], de la peine on retient tantôt la détermination de l'amendement moral du criminel, tantôt celle du dommage provoqué, tantôt celle de la représentation - ayant précédé le crime - que se fait d'elle le criminel lui-même, tantôt celle de la nécessité que cette représentation devienne réelle, que la menace soit exécutée, etc., et une telle singularité est érigée en but et essence du tout; où il s'ensuit alors naturellement que, parce qu'une telle détermination n'est pas dans une connexion nécessaire avec les autres déterminations qui peuvent être découvertes et différenciées ultérieurement, il naît un tourment qui n'a pas de fin, pour trouver la relation nécessaire de l'une aux autres, et la domination nécessaire de l'une sur les autres, - et que, parce que la nécessité intérieure, qui n'est pas dans la singularité, fait défaut chacune peut très bien revendiquer pour elle l'indépendance à l'égard de

⁴⁰ Au prochain chapitre, on aborde le sujet de droit formel canadien par des exemples concrets. Dans l'exemple de la cause *Rodriguez*, notamment, on voit cet état qui reflète assez bien les propos hégéliens sur ces dites évidences formées par des mouvements, des propos acceptés populairement ou scientifiquement ou les deux...

- et que, parce que la nécessité intérieure, qui n'est pas dans la singularité, fait défaut chacune peut très bien revendiquer pour elle l'indépendance à l'égard de l'autre⁴¹.

Adapter cette citation au contexte occidental moderne, voudrait dire qu'à partir de chacune des particularités, des revendications, il y a eu d'élevés en lois naturelles des principes législatifs et supra-législatifs. Contester ceux-ci signifierait l'odieuse tâche de contester la nature⁴².

En outre, ce qui peut ressembler à un discours qui revendique la prévention plutôt que d'abord la punition est en fait beaucoup plus que cela. Mais nous voyons dans le contexte global de la philosophie hégélienne qu'il s'agit aussi et surtout de dépasser toute forme de vérité formelle. Il ne faut pas rejeter le droit naturel parce qu'il représente le faux, mais redonner au droit naturel la place qui lui revient, sans le confondre avec le formalisme de justification.

Ces propos se retrouvent dans la philosophie du droit de façon beaucoup plus détaillée, mais dans *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel* nous voyons qu'il y a une naturalité des choses qu'il faut respecter dans la formation des lois afin d'arriver à l'étape

⁴¹ Cf. Hegel, G.W.F., *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, traduction et notes par Bernard Bourgeois, Paris, Librairie philosophique, 1972, p.17-18.

⁴² C'est ainsi que les relations d'échecs et de crimes sont gérées. Plutôt que de bâtir sur la morale l'on a édifié des principes naturels qui contestés équivalent à l'irraison. Il en est ainsi par exemple pour les drogues où il y a confusion entre la loi protectrice et sécuritaire de la propriété privée (et les peines sévères qui en découlent) versus l'individu isolé dans un grave problème de consommation. Les lois prohibitives sur les drogues tirent leur origine d'enjeux économiques et politiques qui, par le biais d'entrepreneurs moraux, auront défini nos représentations sociales de ce qui est permis et de ce qui est interdit en matière d'usage de drogues. Le prix en est chèrement payé : de vastes opérations policières, d'innombrables poursuites en vertu des lois sur les drogues encombrant les tribunaux et les prisons et accaparent des ressources qui pourraient être investies dans des programmes sociaux, d'éducation et de santé. Malgré des milliers d'arrestations chaque année, les grands trafiquants et producteurs sont eux peu touchés. La répression policière est bénéfique pour les grands trafiquants car elle leur permet de maintenir leur prix élevé en préservant une certaine rareté et une valeur liée au risque. Signes de liberté.

universelle.

En d'autres mots, le problème que soulève Hegel est que l'unité formelle, ne peut représenter un contenu de l'élaboration des lois, et ne peut être un outil de réalisation du sujet vers l'étape finale parce qu'il ne s'inscrit pas le «cheminement étapiste». Pourtant cette unité formelle, constate Hegel, est considérée comme une détermination qui peut être finalisée dès l'instant où elle est exprimée sous une forme ou une autre. Les lois et les principes ne peuvent être considérés comme des absolus que s'ils représentent des absolus. Hegel écrit :

Cette unité formelle, en laquelle la détermination est posée par la pensée, est en même temps ce qui donne l'apparence de la nécessité que recherche la science; car l'unité d'opposés, considérée en relation avec ceux-ci comme réels, est leur nécessité. Toutefois, parce que la matière de l'unité formelle, dont il est parlé, n'est pas le tout des opposés, mais seulement l'un des opposés, une détermination, la nécessité, elle aussi, n'est qu'une nécessité analytique formelle et se rapporte simplement à la forme d'une proposition identique ou analytique dans laquelle la détermination peut être exposée; mais, par cette absoluité de la proposition, est aussi captée subrepticement une absoluité du contenu, et ainsi sont constitués des lois et des principes⁴³.

Tout comme l'État, le droit n'a de sens qu'en tant qu'il veut protéger et promouvoir les droits de l'homme, l'homme en tant que membre de la société civile. À ce sujet, Bloch dit du jeune Hegel que dès lors, «Hegel eut une perception particulièrement nette des étapes passées du réel, des formes d'avant le jour, d'avant la loi aujourd'hui ordinaire. Aussi reconnaissait-il pleinement l'esprit du droit naturel; assurément celui-ci n'existait pour Hegel que dans le sol de la réalité contemporaine⁴⁴».

⁴³ Cf. Hegel, G.W.F., *Des manières de traité scientifiquement du droit naturel*, op.cit., p.19.

⁴⁴ Cf. Bloch, E., *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976, p.127.

L'esprit manifeste plonge les racines de sa force dans le monde inférieur; la certitude populaire, sûre d'elle-même et s'assurant elle-même, n'a la vérité de son serment, qui unit tous en un, que dans la substance inconsciente de tous, dans les eaux de l'oubli⁴⁵.

Cela n'est bien entendu qu'un droit naturel mythique, Hegel soulignant son absence de conscience quoique soulignant aussi son importance dans le droit contemporain. Comme l'affirme Bloch, ce qu'il faut retenir, c'est le droit du coeur, «ce droit du coeur dont Hegel disait tant de mal lorsqu'il s'agissait de la réalité présente, mais qu'il approuve dans le passé, à la racine [...] origine du droit et opposition, qui reste telle, à la raison d'État»⁴⁶.

Chez Rousseau il y a d'inséré dans la nature révolutionnaire l'inaliénabilité absolue de la personne comme droit fondamental naturel classique. Associé au droit naturel, Rousseau y inscrit une forme de liberté individuelle qui ne peut être abdiquée ou modifiée d'aucune manière. Chacun des individus en un seul ensemble forme la volonté générale et adhère volontairement au contrat social. Ainsi le sujet ne se dépouille aucunement de sa liberté individuelle car celle-ci est au centre du contrat social. Cette volonté individuelle demeure à elle-même partie égale de la volonté générale. Et ainsi se rassemble un nombre égal de volontés au nombre d'individus qui adhèrent au contrat. Dans un certain sens pour Rousseau rien n'est changé à la liberté individuelle. La volonté de tous devient la volonté générale et c'est cette philosophie qui se retrouve dans les différentes législations révolutionnaires. Le principe de base est : le peuple est souverain et le gouvernement n'existe que par son mandat que le peuple lui donne. Il est sous les ordres finalement de la volonté générale et celle-ci est l'affirmation permanente du droit naturel. La volonté générale n'est elle-même rien d'autre que l'affirmation permanente du

⁴⁵ Cf. Hegel, G.W.F., *Phénoménologie de l'Esprit*, Oeuvres, II, p.356.

⁴⁶ Cf. Bloch, E., *Droit naturel et Dignité humaine*, op.cit., p.127.

principe de droit naturel par lequel Rousseau a commencé : la liberté individuelle en communauté. Bien que cette liberté ne soit pas de type Hobbesien c'est-à-dire celle des loups, mais celle des êtres humains, on le sait originalement bons, celle-ci nous amène quand même un contrat pour protéger exclusivement cette liberté individuelle que le contrat social a conclu. Au nom de cette liberté individuelle toute forme de liberté dite fondamentale et universelle peut être résiliée si la défense de la liberté individuelle l'exige et ce au nom de la volonté générale - droit naturel qui permet d'agir ainsi. C'est de cette liberté individuelle «que découlent tous les droits de l'homme»⁴⁷. Cette forme et contenu de serment qui «unit tous en un» n'est rien de ce que Hegel annonçait comme droit de liberté. Il dit à ce sujet :

La nature de l'État ne réside pas dans des rapports contractuels, comme si l'État pouvait être considéré comme un contrat de tous avec tous, ou comme un contrat de tous avec le prince et le gouvernement (§175).

Hegel propose la réconciliation des moments conflictuels en concevant une théorie où l'individu trouve une influence complète dans l'universel.

⁴⁷ Ibid, p.70.

B) Le droit créance

La révolution a développé avec elle un droit de revendication, ce que Bloch a surnommé les «droits créances» et qui signifiaient depuis quelques années la liberté. Cette expression est absente de la doctrine hégélienne et ne se retrouve pas littéralement dans les *Principes de la Philosophie du droit*. Toutefois, le contenu qui lui est attribué, notamment par Bloch, démontre que la théorie du droit créance est en continuité logique avec la critique hégélienne du droit révolutionnaire; d'où l'opportunité à penser l'analyser ici.

Dans cette étude sur le sujet de droit et dans le contexte constitutionnel canadien, la notion des droits créances mérite d'être analysée parce que ce type de droits, et la philosophie revendicatrice face à l'État qui s'y rattache, est en confrontation avec les principes fondamentaux de la philosophie hégélienne du droit. Cette notion confond les droits de l'homme avec une notion de droits politiques stricts en opposition avec le projet étatique de Hegel⁴⁸.

Il y a eu des tentatives de réunir liberté et bonheur, de réconcilier le socialisme et le libéralisme⁴⁹, mais la tendance générale a été plutôt d'opter pour une solution de droit révolutionnaire⁵⁰. Dans leur intéressante analyse des droits-libertés et des droits-créances, Ferry et Renaut exposent ces principes

⁴⁸ Voir dans l'avant propos de cf. Ferry L. et Renaut A., *Philosophie politique*, No.3 *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, PUF, 1992, 189., où l'on fait une intéressante réflexion sur les droits créances. Marx voyait là une défense de l'individu contre l'État et d'un supposé retour des droits de l'homme, reprenant les «nobles principes de 1789» qui pouvaient tenir lieu d'alternative au totalitarisme. C'est en quelques mots l'argumentation limpide que le thème des droits de l'homme serve légitimement et efficacement de cran d'arrêt à la résorption de la société dans l'État en passant par la simple liste de griefs que le citoyen adresse à l'État.

⁴⁹ Cf. Bloch, E., *Droit naturel et dignité humaine*, op.cit., p.217.

⁵⁰ Cf. Ferry, L. et Renaut, A., *Philosophie politique*, 3, op.cit., p.22.

comme étant un complément nécessaire apporté par la révolution industrielle et l'apparition du problème de la condition ouvrière. Il y avait une exigence pour l'affirmation de droits sociaux⁵¹.

L'établissement de cette Constitution de 1848 reste cependant une date capitale dans l'histoire intellectuelle des droits de l'homme, dans la mesure où, pour la première fois, avait eu lieu un débat sur une nouvelle catégorie de droits qu'il fallait, selon certains, ajouter à ceux dont faisaient état les premières déclarations⁵².

C'est à partir de là que l'on rajouta au chapitre des droits fondamentaux de l'homme des droits opposables à l'État et même des pouvoirs d'obliger l'État à un certain nombre de services. Au fil des temps le discours des droits de l'homme se confond, les droits libertés s'associent étroitement aux droits-créances⁵³.

[...]les libéraux ont tendu à refuser les droits-créances, et les socialistes à n'accorder (sauf en parole) qu'une importance relative aux droits-libertés. Cette double affirmation, là encore, pourra sembler péremptoire...mais il est d'ores et déjà clair qu'une équivoque s'est introduite dans le discours des droits de l'homme au cours de son histoire, risquant d'en rendre floue la signification et donc d'affaiblir considérablement la portée de la référence à de tels droits⁵⁴.

Ce contexte juridique, laisse peu de différence entre droits-libertés et droits-créances. La liberté est associée aux désirs et le droit par ses procédures rigides et strictes s'en arroe la légitimité. La liberté est ainsi bien représentée. C'est que le droit supérieur, comme l'unique garant des droits de la personne, s'est arrogé l'honneur de la légitimation des actions posées par les acteurs du droit. Tout comme le droit naturel révolutionnaire, ce genre de légitimité est qualifié de formalisme souple par

⁵¹ Ibid. p.27.

⁵² Ibid. p.28.

⁵³ Cf. Villey, M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

⁵⁴ Cf. Ferry, L. et Renaut, A., *Philosophie politique*, op.cit., p.31.

Bloch «qui se réfère uniquement au commandement brut, quel qu'il soit, du législateur sans se préoccuper de la nature métajuridique»⁵⁵. C'est ainsi que l'on a vu naître durant le dix-neuvième siècle jusqu'à aujourd'hui, une série de nouveaux concepts qui en réalité demeurent tout aussi formels mais sous l'apparence de receler un contenu normatif, celui de l'État constitutionnel, de l'État de droit pour tous⁵⁶. «Le libéralisme est plein de louange de cette alliance de mots qui fut opposée, en partie à l'État : tel est ici le cri de ralliement; car le capitalisme, pour s'imposer, était intéressé à l'extension à tous dans une égale mesure de règlements juridiques généraux»⁵⁷. Le droit a comme conséquences acquises ses lettres de noblesses à travers une certaine forme d'enchâssement, essentiellement dans diverses Déclarations. Le résultat est la création d'un sujet de droit qui confond de plus en plus le droit d'obtenir avec celui de la liberté. Ce que l'on constate, c'est que la liberté est un droit formel, élevé en droit supérieur et qui à cause de ses racines formelles et de la manipulation et de l'utilisation que l'on a faites des concepts de droits supérieurs (on le verra dans le dernier chapitre sur l'État hégélien) ceux-ci deviennent des droits du moment et du besoin, selon les forces revendicatrices. L'État demeure, malgré ses principes éclairés, gérant des affaires d'atomes revendicateurs et dominants.

Le sujet de droit véhiculé dans les diverses déclarations des droits de l'homme et du citoyen posait

⁵⁵ Cf. Bloch, E., *Droit naturel et dignité humaine*, op.cit., p.142.

⁵⁶ Dans un système juridique fondé sur le positivisme, toute demande peut être érigée en droit, voire promue au rang de droit fondamental - c'est ce que nous a offert comme culture juridique l'ère du droit créance. Au niveau international, ce phénomène a été observé depuis longtemps. Bilder disait en 1969 que, "in practise, a claim is an international human right if the United Nations General Assembly says it is". (Cf. Bilder, R., "Rethinking International Human Rights: Some Basic Questions", (1969) *Wisconsin Law Review* 171, 173.) Au Canada, il se présente à chaque tentative d'accorder à un "droit" la protection spéciale. C'est ce que la Cour a qualifiée d'évolution ou de croissance tel comme un arbre. A ce sujet voir cf Morin, J.-Y., "La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne", (1987) 21 *Revue juridique Thémis*, 25-69.

⁵⁷ Cf. Bilder, R., Ibid.

à Hegel le problème de la vraie réalisation des droits de l'homme. À l'instar de Bourgeois⁵⁸, qui étudia la question, l'on est en droit de se poser la question en quoi consiste la valeur de l'existence humaine dans ces déclarations révolutionnaires? Est-ce dans la liberté ou la sécurité, dans la dignité ou le bonheur, dans le droit ou la paix? Que recherche réellement le droit? Ces questions, à elles seules, démontrent qu'il n'est ni facile ni simple de déterminer avec certitude les valeurs véhiculées encore aujourd'hui par les chartes occidentales. Bourgeois dira alors que Hegel s'oppose à ce droit révolutionnaire parce que les droits qui y sont énoncés et pratiqués sont les seuls droits de l'homme tenus pour vrais. « [La] politique concrète est seule capable d'en opérer la détermination vraie et une vraie réalisation »⁵⁹, oubliant l'opération vraie de l'homme.

Devant le fait accompli de la Charte canadienne et son interprétation, nous constatons qu'elle est d'abord et avant tout un instrument, une loi au-dessus de toute autre loi, qui veut la protection des intérêts individuels. Son libellé est assez clair, il s'agit d'abord et avant tout de protéger des individus. Selon un membre influent de la Cour suprême «La Charte est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société»; «l'individu n'est pas... un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité»⁶⁰. Ce qui est honorable en soi et ne cause aucun problème en soi. Le problème provient essentiellement des valeurs fondamentales que l'on alloue à ces principes - et de la valeur historique qu'on leur accorde. Il s'agit d'un droit de l'instant, qui confond et ignore la différence entre

⁵⁸ Cf. Bourgeois, B., *Philosophie et droits de l'homme - de Kant à Marx*, Paris, PUF, 1990.

⁵⁹ Ibid, p.76.

⁶⁰ R. c. *Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 164.

abstraction et réalisation de la personne⁶¹.

Pour Hegel l'erreur de la Révolution et des lois contemporaines, est d'exprimer la Raison de l'être sans pour autant la rendre au sujet. La Raison pour Hegel permet à l'homme de réaliser ses potentialités et de comprendre son existence. La raison moderne ou révolutionnaire de l'homme se confond entre liberté et propriété. Il en résulte un droit de forme, une expression d'un droit formel, une expression d'un droit révolutionnaire qui n'a à offrir comme liberté objective que sa virtualité. Robespierre professait que «c'est à la puissance de la Raison, non à la force des armes, de propager les principes de notre glorieuse révolution»⁶². Hegel y voit là un message fondamentalement vrai mais qui n'a pu être vécu parce que la volonté qui s'élève au dessus de tout est demeurée encore une volonté abstraite. Le Droit doit être le fruit de la volonté, lorsque celle-ci est devenue et a «pour contenu, pour objet et pour but soi-même, l'universel comme forme infinie, il cesse d'être seulement volonté libre en soi, mais il est aussi pour soi - il est l'Idée dans sa vérité» (§21).

Bloch en aurait fait la constatation quant à l'utilisation stricte du droit. Notamment, il utilise le terme «apaisement» pour expliquer l'unité que le droit révolutionnaire est venu exécuter. Le droit au bonheur s'élève de façon légitime contre la barbarie qui existait auparavant, mais demeure toujours incomplet⁶³. Le droit révolutionnaire a été fondé sur le sujet humain et ses exigences, mais a oublié

⁶¹ Cette critique ne s'adresse pas uniquement à la Charte canadienne, mais plutôt à toutes les lois suprêmes à travers les pays qui ont subi l'influence des révolutions. Il en va ainsi des É.-U.-A., des pays d'Europe occidentale. Prenons l'exemple (strict) des garanties juridiques que l'on reprend presque mot à mot dans les différentes Déclarations civiles européennes et américaines. De plus, le concept de liberté tire son origine de la doctrine libérale; son interprétation juridique, des principes révolutionnaires : d'où des utilisations similaires de pays en pays.

⁶² Cf. Michon, G., *Robespierre et la guerre révolutionnaire*, Paris, éd. de Minuit, 1937, p.134.

⁶³ Cf. Bloch, E., *Droit naturel et dignité humaine*, op.cit., p.302.

son implication objective, comme membre à part entière de la société. L'on y constate une étrange et complexe conceptualisation du droit qui exprime la liberté mais y contient aussi des expressions formelles et sans origine du droit en soi et pour soi. Le droit peut exprimer la liberté et doit le faire, mais non en faire une représentation de l'idée pour la raison révolutionnaire. Dans les notes manuscrites de son cours, Hegel écrit que «l'homme est le maître de tout dans la nature, seulement parce qu'il existe comme libre»⁶⁴. En d'autres mots, bien que depuis l'ère des révolutions politiques, l'homme a déposé sa marque sur la chose, ceci n'a pas suffi à l'homme pour atteindre la liberté et de suffire de sa mainmise sur la nature. Il a dans «l'existence immédiate qui se manifeste en lui un être naturel, extérieur à son concept; c'est seulement par l'achèvement de son propre corps et de son esprit, par la prise de conscience de soi comme libre qu'il prend possession de soi et devient la propriété de soi-même par opposition à autrui» (§57). La raison pratique doit seulement et uniquement être le reflet de la réalisation de soi en soi et pour soi. Sinon il en résultera une forme de droit, de liberté fragmentaires⁶⁵.

Cette liberté révolutionnaire juxtapose et associe la notion de liberté aux types de droits exprimés : propriété, sûreté, résistance à l'oppression, etc. Elle anticipe, à même les titres, que chacun a un droit : les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits - cette liberté est juxtaposée à l'égalité, celle-ci mise en rapport avec l'intérêt de l'un et de l'autre. Les distinctions légales sont donc fondées sur la liberté mais aussi sur l'utilité, de sorte que la liberté n'est pas le seul principe, la seule origine du droit. Le lien liberté et utilité devient une science bien tracée avec des règles rigoureuses. Comme conséquences «la personne qui se différencie de soi-même entre en rapport avec

⁶⁴ Cf. Ritter, J., *Hegel et la Révolution française*, op.cit., p.78.

⁶⁵ Quelques études en ont fait l'analyse dans le contexte canadien, dont l'étude de cf. Rhéaume, J., *Droits et libertés de la personne et de la famille*. Montréal, Wilson et Lafleur, 1990. Nous approfondirons la question de la vraie liberté qu'offre le droit canadien au second chapitre.

l'autre personne et les deux n'ont d'existence l'une pour l'autre que comme propriétaires : leur identité existant en soi (virtuelle) reçoit l'existence par le passage de la propriété de l'une dans celle de l'autre avec leur consentement mutuel et maintien de leur droit» (§40b). Pour Hegel, nous rapporte Ritter, la dignité de cette nouvelle science dégage ses principes à partir d'une infinité de détails qui se présentent d'abord à elle et elle les développent ainsi comme les principes de la chose à partir des circonstances.

Prenons l'exemple des femmes qui pendant une longue période ne furent aucunement reconnues comme citoyennes avec des droits civils et politiques⁶⁶. Cette science juridique exige que les lois dépendent de l'arbitraire des individus, qui s'identifient à un système des besoins excluant toutes connexions avec les autres relations. Le droit soumis à la théorie de l'accroissement de la production, de l'utile et de l'arbitraire individualiste. À ce sujet Hegel dit précisément :

Si une grande masse descend du minimum de subsistance qui apparaît de soi-même comme régulièrement nécessaire pour un membre d'une société, si elle perd ainsi le sentiment du droit, de la légitimité et de l'honneur d'exister par sa propre activité et son propre travail, on assiste à la formation d'une plèbe, qui entraîne en même temps avec soi une plus grande facilité de concentrer en peu de mains des richesses disproportionnées (§244).

Hegel nous démontre ainsi comment la société civile, société du travail, du besoin, de l'acquisition, pénètre le centre de la philosophie et de l'exigence des lois. Le travail étant lié étroitement à la liberté, «possède une positivité qui l'élève au-dessus de toutes les formes historiques antérieures de praxis sociales»⁶⁷. C'est alors que la propre dialectique de la société civile installe dans le droit le

⁶⁶ À ce sujet, voir la célèbre cause *Edwards c. A.G. Canada*, (1930) A.C. 124 (C.J.C.P.) et cf. Altschul, S. et Carron, C., «Chronology of Some Legal Landmarks in the History of Canadian Women», (1975) 21 *McGill L.J.* pp.476-490.

⁶⁷ Cf. Ritter, J., op.cit., p.56.

besoin, et constitue un contenu de liberté abstraite. La société a alors comme contenu un «sujet qui attache son activité à ce qu'il va considérer comme son but et favoriser comme tel, car les hommes ne dépensent leur activité que pour ce qui les intéresse...mais cette liberté encore abstraite et formelle de la subjectivité n'a de contenu défini par là-dessus que dans son être subjectif naturel : besoins, inclinations, passions, opinions, fantaisies, etc...; c'est le but de l'existence finie en général» (§123).

L'idée révolutionnaire fonde alors clairement sa notion de la liberté dans l'avènement de la société moderne du travail comme supposément nécessaire. Pour Hegel, le travail ou la substance qui procure le travail n'est pas garant de la liberté. Ce travail, dans la forme de la société civile, n'est qu'un sentiment individuel de liberté. (§245 et §187). Ce n'est que dans et par un détachement que l'homme trouvera une réelle liberté dans le droit, en ce sens recréer la relation de la praxis et de l'histoire⁶⁸. Voilà plusieurs exemples qui démontrent la tâche que s'est donnée de la philosophie hégélienne : celle de supprimer l'aliénation qui retrouve la positivité de la scission comme forme de l'unité. Ce qui ne peut pas être réalisé ne doit pas non plus être réalisé (§49)⁶⁹.

Ni le libéralisme, ni le socialisme n'ont été capables de comprendre l'importance de cette scission même si les sociétés ont tenté de les unir. Le conflit entre libéralisme et socialisme c'est-à-dire entre les droits-libertés, droits à faire, à agir, et les droits créances, droits à recevoir, à jouir etc..., a fait

⁶⁸ Soulignons le rôle primordial qu'accorde Hegel à la famille. Pour Hegel, la famille mérite d'être introduite à la séparation d'entre les autres sphères. Étant donné le caractère abstrait essentiel pour l'homme à la réelle liberté, c'est dans cette abstraction première que l'Homme découvre son identité particulière. Toutefois, n'oublions pas selon Hegel l'aspect limitatif et limité de cette liberté. Ce n'est qu'en prenant conscience de la volonté universelle et non pas dans la volonté individuelle émanant uniquement de la société civile, que l'homme peut atteindre l'État.

⁶⁹ Ritter à ce sujet dit : «Si les problèmes politiques de la Révolution ne sont pas résolus, cela tient, selon Hegel, à ce que sa liberté, comme contenu positif et d'importance historique universelle, est alourdie par la contradiction de la scission». Cf. Ritter, J., op.cit. p.56 et 57.

en sorte que la liberté ne pouvait exister en amalgamant et isolant ces concepts. Il n'en est résulté que confusion, celle de voir l'universel dans les droits abstraits. Dans ce droit révolutionnaire, il n'y a pas de clarté quant au lieu précis que doit tenir le droit, du style qu'il doit tenir. Le droit provient-il de l'histoire ou de son évolution? Le droit doit-il se situer dans l'effectivité sociale, la politisation sociale, ou entre le fait social et étatique et le purement étatique? Le droit révolutionnaire a évolué et a opté pour le droit-créance comme source d'équilibre dans le droit. Et pourtant le sujet demeure issu de la société civile qui correspond à cet être de besoin, producteur et consommateur, cherchant dans le travail à satisfaire ses besoins et à améliorer ou à conserver son milieu de vie⁷⁰. Cela signifie aussi que la société associe l'homme à un être strictement naturel, qui l'affecte exclusivement à ses besoins, détachant ainsi la praxis de ses «connexions historiques»⁷¹. La volonté plutôt que d'être élément d'universel, se singularise en absolvant le particulier.

Cette volonté demeure vide. Elle est la cause de litige qui attise le libre-arbitre de l'homme. Le libre-arbitre crée un nouveau problème, une nouvelle confusion, celle du moment de la contingence dans la volonté.

Nous venons d'exposer la critique hégélienne du droit-créance par rapport à la place que ce type de droit accorde en réalité aux notions de droit utilitariste. Ceci est une combinaison relativement cohérente et syncrétiste, qui engendre la déroute vers le faux. Le droit -créance demeure tout de même passablement évident dans ses termes de revendications. Plus pernicieux, est celui qui est venu

⁷⁰ Voir principalement les chapitres §182 et §184.

⁷¹ Rem : La situation est pis encore. Étant donné la situation économique dans laquelle vivent présentement les sociétés occidentales et la croyance que le travail n'est plus le moyen par lequel l'homme peut s'émanciper - l'on constate un recul de deux crans dans l'atteinte d'une réelle liberté - des individus ne tentent même plus de se réaliser en satisfaisant leurs besoins par le travail, ou, n'ayant plus accès au travail ils ne pensent plus au besoin de sécurité et de sûreté. La société civile ne relève plus le défi de la liberté incomplète. Ceci dit la critique hégélienne demeure appropriée pour soulever le voile sur le formalisme du droit et exprimer sa confusion toujours présente.

avant et après l'ère révolutionnaire. celui qui s'est ajusté et qui est le prolongement du droit révolutionnaire. Il s'agit du droit formel - celui qui se dit de liberté universelle et qui énonce la liberté fondamentale.

II^{ème} PARTIE - LES DROITS FORMELS

Nous aurions pu ne pas diviser le droit révolutionnaire du droit formel. L'un et l'autre se confondent dans l'interprétation du sujet juridique contemporain. Nous avons cru toutefois bon de les diviser pour la subtilité et la complexité de l'influence kantienne et libérale dans le droit canadien présent. C'est un type de droit qui résulte en partie de la pensée révolutionnaire, mais qui se distingue par ses racines philosophiques du bien et de l'universel. Pour Hegel, il n'en demeure pas moins que ces philosophies n'ont su toujours qu'exposer qu'en partie l'universel d'une théorie juridique.

A) La critique de Kant

La critique hégélienne de Kant sera utilisée dans cette étude, afin de comprendre l'interprétation et l'influence qu'ont eues ces pensées sur le droit contemporain et éventuellement sur l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La critique de Kant que fait Hegel est plus complexe car et dans sa forme et dans son fondement se logent l'expression et les instruments de l'universel que désire atteindre tout État de droit. Toutefois, nous constatons par la critique de Hegel que le résultat du formalisme kantien qui influence toujours l'ajustement juridique des sociétés occidentales est plus complexe parce qu'il ne tire pas sa source strictement du droit formel tel que vu précédemment dans la critique du droit révolutionnaire, mais se limite quand même selon Hegel à une morale subjective par rapport à la réalisation de l'éthique et par conséquent à la réalisation du droit.

La critique hégélienne des Droits de l'homme n'a pas le sens d'une dénonciation de l'humanisme pris pour lui-même - mais que celui-ci le réalisait concrètement comme moment nécessairement abstrait de la vie éthique : elle s'en prend à la politique

abstraite constituée par sa proclamation absolue, et qui lui enlève toute réalité⁷².

D'après Hegel, la liberté kantienne se voulait être une philosophie qui dépasse la sphère du simple utilitarisme mêlée à la liberté, condamnant le contenu fondamentalement rationnel des Droits de l'homme⁷³. Mais, l'interprétation inévitable qui en est résultée selon Hegel est une articulation sans étapes. Le lien avec l'universel ne se faisait donc que de façon unidirectionnelle. Ce caractère unilatéral rend inefficace l'obtention de l'universel si ce n'est qu'en une forme par opposition à sa réalisation concrète, celle qui permettrait l'intersubjectivité, seule capable d'opérer la détermination vraie. Voilà une raison importante pour s'attarder à la critique hégélienne du droit formel kantien. Car si même la critique hégélienne de Kant ne fait pas l'unanimité, il est cependant intéressant de voir comment elle s'applique aux divers droits fondamentaux canadiens.

La pensée kantienne est essentielle pour défendre notre thèse car derrière la Charte canadienne et sa défense des droits et libertés se logent aussi l'expression et l'application d'une notion qui ne peut «ultimement» réaliser l'individu dans sa pratique universelle factuelle du positif. C'est-à-dire dans le respect de la démarche du droit naturel moderne, qui veut imposer la «raison» comme volonté réelle par rapport à la volonté libre, alors fixée à son intérêt particulier.

Ni l'utilitarisme, ni la morale non réalisée ne peuvent conduire et provoquer la liberté peu importe la Charte qui la sous-tend. En d'autres mots, cette critique reconnaît l'insuffisance d'édifier en droits fondamentaux, d'enchâsser ou de mettre en état de suprématie des droits individuels sans que ceux-ci soient 1- le résultat de la raison de l'homme selon le respect des étapes et 2- par conséquent, sans exécuter ces principes de droit fondamental dans des institutions qui seraient le résultat de la raison

⁷² Cf. Bourgeois, B., *Droit et liberté selon Hegel*, op.cit., p.9.

⁷³ Voir à ce sujet l'article de cf. Bourgeois, B., «Kant et les droits de l'homme», in *Recherches et Documents du Centre Thomas More*, no 38, Juin 1983, La Tourette, L'Arbresle.

de l'homme. Tant chez Kant que dans le système du droit canadien et contemporain, les lois ne peuvent exprimer la liberté objective parce que ni l'une ni l'autre ne reconnaissent les étapes de la morale.

Kant mentionnera que «le principe de toute législation pratique réside objectivement dans la règle et dans la forme de l'universalité... tandis que subjectivement c'est dans la fin qu'il réside»⁷⁴. Pour Hegel, il y a dans cette interprétation une contradiction car la liberté est à la fois anthropologique (issue des arbitres) et morale - (issue des règles de la raison ou de l'universel). L'application de la morale correspondrait à l'application de la morale pure à la matière anthropologique. Pour Hegel, on le verra plus loin, le sujet de droit n'est pas le seul libre-arbitre individuel. Le sujet de droit a d'autres fins que les fins particulières énumérées par Kant. Il y a aussi «l'esprit vrai comme esprit vrai» (§29, Rem.).

Hegel confirmera dans sa critique de Kant que le droit doit s'inscrire dans la continuité entre la volonté particulière (l'arbitre) et la volonté universelle (la volonté de la loi). L'arbitre demeure un concept de l'égoïsme qui ne peut être à la base de l'universel, mais peut être une base parmi d'autres éléments de la nature et de la volonté humaines (Ce qui, à notre point de vue écarte toute tentation de despotisme légal ou de pensée totalitaire chez Hegel). Le couronnement moral des droits de l'homme, s'il fait abstraction de la politique abstraite où ils s'inaugurent, en son caractère immédiatement politique, le conserve et le renforce même en son caractère abstrait, ce qui ruine toute possibilité d'une réalisation politique d'une morale opposant absolument la raison idéale et la réalité empirique. Celle-ci est pour Hegel vouée à un destin négatif.

⁷⁴ Cf. Kant, I., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, AK, IV, 431, 154.

Kant recherche une légalité des règles régissant les rapports des arbitres. Pour sa part, Hegel montre les étapes à parcourir pour finalement aboutir à une réelle liberté dans le monde objectif en reconnaissant la collectivité. Cette différence est importante car tout au long de son oeuvre Hegel se distinguera de Kant par la critique de la thèse du droit individualiste dans la structure profonde de l'universalisme kantien.

Hegel a voulu par sa philosophie du droit dépasser la légalité du droit, distinguer l'ordre légal de la sphère abstraite. Un homme réprimé est un homme égaré de l'ordre légal, en ce sens Hegel tente de rapprocher l'homme de la réalité juridique. Kant pour sa part selon Hegel a plutôt proposé un universel par rapport à une théorie de l'individualisme qui ne peut que résulter dans une atomisation des membres. Bien que celui-ci veuille instaurer une communauté interrelationnelle, le résultat selon Hegel est la promotion de la philosophie de l'individu statique. Cette philosophie se voulait une liberté qui transcende l'individu dans l'universel mais est demeurée au stade du droit abstrait et formel. Hegel estime que le droit proposé par Kant n'a d'universel que la forme, ainsi le droit kantien est venu confondre la notion de liberté en rattachant l'universel à chacun des sujets à savoir la différence de la volonté universelle et de la volonté singulière, de l'État et du citoyen. L'idéalisation morale de la politique abstraite des Droits de l'homme comme consécration fondamentale des droits de l'homme est voué à un destin négatif, comme il se déroule présentement en des propos politiques, ceux par exemple à la résistance de l'oppression comme droit nouveau et fondamentale. L'homme est arrivé à réclamer des droits par rapport à la carence originale qu'a créée le droit.

Il réside dans la philosophie kantienne une incapacité de développer, à partir du principe fondamental de l'autodétermination de la volonté libre, une doctrine des devoirs.

Autant il est essentiel de souligner la détermination pure de la volonté par soi, sans condition, comme la racine du devoir et autant, par conséquent, il est vrai de dire que la reconnaissance de la volonté a attendu la philosophie kantienne pour gagner son fondement solide et son point de départ (§133), autant l'affirmation du point de vue simplement moral qui ne se transforme pas en concept de moralité objective réduit ce gain à un vain formalisme et la science morale à une rhétorique sur le devoir en vue du devoir. De ce point de vue, aucune doctrine immanente du devoir n'est possible. On peut bien emprunter une matière au dehors, et arriver ainsi à des devoirs particuliers, mais de cette définition du devoir comme absence de contradiction ou comme accord formel avec soi, qui n'est rien autre que l'affirmation de l'indétermination abstraite, on ne peut passer à la définition des devoirs particuliers et, quand un contenu particulier de conduite vient à être considéré, le principe ci-dessus ne fournit pas de critérium pour savoir si c'est un devoir ou non. Au contraire, toute conduite injuste ou immorale peut être justifiée de cette manière. La formule kantienne plus précise : la capacité pour une action d'être représentée comme maxime universelle, introduit sans doute la représentation plus concrète d'un état de fait, mais ne contient pour soi pas d'autre principe nouveau que ce manque de contradiction et l'identité formelle (§135, Rem.).

Hegel aura également développé dans la *Phénoménologie de l'esprit*⁷⁵ en indiquant que les formes antinomiques du droit sont présentées comme étant entièrement morales au dessus du devoir être mais ne sont en réalité que formes. Il précise qu'il ne s'agit pas de présenter le devoir comme contenu mais comme voulu, sinon seule l'identité formelle y sera associée. C'est un droit de l'homme qui reçoit alors un sens nouveau, délivré du «libéralisme politique» de leur affirmation immédiate, de l'universalisation pensante de leur devenir historique. C'est la raison, non pas du citoyen avec des contraintes, des devoirs pour des devoirs, mais de responsabilité en tant que celui qui a cheminé jusqu'à l'Idée, l'Idée qui inclut le particulier. Pour Hegel, la philosophie kantienne telle qu'elle peut être comprise représente une morale limitée du fait qu'elle ne puisse se réaliser en institutions correspondant à une morale complétée dans certaines étapes, dont l'ultime qui est l'Idée représentée et réalisée dans l'État. Kant reconnaît que le droit ne peut être l'expression du seul libre-arbitre. Cependant, une loi basée sur une morale autonome, crée et devient essentiellement l'expression de l'universel. Pour Hegel cette pensée pose le problème fondamental de l'universel

⁷⁵ Cf. Hegel, G.W.F., *Encyclopédie*, éd. Lasson, Band V, §420.

réel, c'est-à-dire de la morale réalisée dans les institutions et qui par conséquent n'a sa base que sur la bonne volonté de chacun pour créer l'universel. Celle-ci est plutôt objet de confusion, malgré le but de son auteur de créer une société de liberté objective. Ainsi, l'on peut mieux comprendre la philosophie hégélienne qui condamne la morale kantienne centrée sur la moralité de chacun des individus comme source de droit, plutôt qu'une moralité de chacun qui se réalise dans un tout collectif.

Kant distingue entre libre-arbitre et l'autonomie, mais la sphère juridique demeure une chose au delà de l'État et donc bien lointaine de la réalité concrète de l'homme. Le cercle étatique ne se forme pas et demeure pour Hegel une réalisation absente de la réalité concrète des institutions. L'universalité kantienne pourrait correspondre à la moralité hégélienne si elle n'avait pas à la base l'individualité de la personne, en ce sens que Kant conçoive l'universel comme autre chose que strictement empirique et pragmatique. Mais Hegel se fera toujours défenseur de l'universel, d'une morale réalisée et non pas d'une morale atomisée. Pour Kant, «le droit est l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté»⁷⁶. À titre d'exemple, la possession chez Kant est le résultat de la notion de droit car l'objet, étant matière de possession pour l'arbitre par rapport à un autre, est le postulat de base «raisonné» juridique du devoir. Par conséquent, le droit d'agir sur autrui en devient le résultat normal, de telle sorte que ce qui est extérieur, peut aussi devenir sien. Même s'il ne s'agit pas d'une possession réelle ou tangible, il n'en demeure pas moins comme conséquence qu'il s'agit d'une notion adversative et hiérarchique même dans les relations les plus intimes, contraire à l'entendement exprimé dans la philosophie du droit de Hegel. Pour Hegel, il s'agira d'une notion qui contribue inévitablement au

⁷⁶ Cf. Kant, I., *Doctrines du droit*, Introduction, B; *Qu'est-ce que le droit?*, in fine, AK, VI, 230, 104.

désordre car elle est une fausse liberté⁷⁷.

La liberté kantienne ne transcende pas l'individu et est donc limitée. Le dépassement kantien demeure autour de la volonté de l'individu et de ce fait ne peut correspondre à la liberté de la réalisation de la volonté libre. Une théorie du droit doit être l'expression de la volonté libre rationnelle en soi et pour soi plutôt que la simple volonté qu'on croit être libre, nous dira Hegel. Le droit ne peut provenir que de la volonté de l'individu libre et si l'individu n'a pas cet aspect de reconnaissance d'autrui il ne pourra être un individu de volonté libre.

Cette forme de droit a comme conséquence de dire plutôt que de réaliser. Par exemple et chez Hegel et chez Kant l'acte injuste est une violence contre l'existence de la liberté de l'homme plutôt qu'une réalisation de soi. Mais pour Hegel le droit kantien devient un droit de contrainte parce qu'il est une chose extérieure et par conséquent il ne peut être imprégné de ce que «l'homme est dans sa complétude» (§94). C'est l'opposé du droit égoïste, du droit abstrait dans son unique moralité. Hegel affirme :

Définir d'emblée le droit abstrait ou strict comme un droit à la pratique duquel on devrait contraindre, c'est le définir d'après une conséquence qui n'intervient que par le détour de l'injuste (§94).

Pour Hegel «le fait qu'une existence en général soit l'existence de la volonté libre, est le Droit. Le Droit est donc la liberté en général comme Idée» (§29).

⁷⁷ Ainsi, par exemple le mariage et l'État ne peuvent être analysés en se fondant sur cette notion de liberté qui en soi est fausse. Cette liberté souligne qu'une personne particulière n'est qu'en rapport avec elle-même. Notons toutefois, qu'Hegel consacre aussi la propriété privée - mais ne confond pas celle-ci avec les relations interpersonnelles, telle la famille.

Tous ces droits, retrouvés en chacune des étapes de la vie, sont des droits légitimes dira Hegel, mais lesquels, revendiqués à un moment précis et pris isolément l'un de l'autre, sont des droits incomplets. En fait chacun de ces droits à cause de chacune de ces étapes importantes de la vie et de la réflexion de chacun, sont des droits qui se juxtaposent mais qui ne peuvent, présentés individuellement, faire partie de revendications particulières. Ils entrent par conséquent en conflit les uns avec les autres. Ils sont des droits valables dans l'évolution de chacun, mais sont des droits valides qu'à cause de la revendication de ceux-ci. Ils le deviennent (et on revient aux étapes) lorsqu'ils sont égaux en eux-mêmes, lorsque tout ce qui est autre a une existence substantielle par rapport aux revendications ou à ce qui est demandé. C'est ce droit ultime qui est alors absolu, celui de l'«Esprit du monde» (§ 30).

Dans l'universel hégélien la volonté et la liberté forment l'universel. Elles sont partie intégrante des moments. Pour sa part, Kant ne croit pas que la volonté est unité du moment de la particularité réfléchie sur soi et par là élevée à l'universel. Pour Hegel la liberté n'est pas celle qui est en soi, que l'on pose formellement comme une faculté, mais le moment où elle devient pour soi ce qu'elle est en soi.

Cette critique hégélienne est importante parce que nous savons combien il est vrai qu'à travers la recherche d'un universel et de réformes, la connaissance de la liberté est souvent rattachée à une notion de contradiction. Hegel affirme que se loge une limitation des arbitres sur cet élément positif qu'est l'universel dans la définition kantienne de la liberté de l'individu.

Tout comme c'est souvent le cas de nos jours, derrière les lois, les règles de droit n'ont parfois d'universel que la forme. Les lois s'inspirant de l'interprétation philosophique kantienne se situent

dans et à travers l'intérêt subjectif et les déterminations de l'arbitre. Comme nous l'avons déjà mentionné, bien que Hegel accepte le principe de volontés individuelles, il ne peut faire sienne l'idée que la loi dans sa pleine signification soit un moyen extérieur de réaliser un but particulier. Autrement dit, toute législation qui ne résulte pas de la volonté du «je» en soi et pour soi renouée avec la collectivité ne peut être l'expression de la liberté. Dans un contexte actuel, le principe d'universalisme hégélien indiquerait une profonde réforme du processus étatique (lois sur le lobby, représentativité, rôle des fonctionnaires, reconnaissance du rôle interactif du citoyen dans la démocratie, etc.), en reconnaissant obligatoirement les étapes et les moments de chacun dans la vie. Ce qui ressemble au pluralisme ne constitue en fait que des valeurs particulières. Nous y reviendrons.

Une fois constatée la confusion «contractualiste» dans la philosophie kantienne du droit, le second aspect de la conception kantienne du droit qui devient l'universel peut être abordé. Il fallait donc comprendre le premier pour analyser le second. C'est qu'en fait les arbitres doivent, selon Kant, s'unifier en une volonté universelle. La volonté particulière ne peut justifier ou imposer une contrainte que de façon arbitraire. Mais pour Kant, pour que chacun puisse être déterminé par une loi commune, et réciproquement l'imposer à l'autre, il est nécessaire que la contrainte satisfasse à plusieurs conditions que seuls les pouvoirs de l'État seront à même de remplir. L'État kantien est celui «en lequel ce qui doit être reconnu comme appartenant comme sien à chacun soit légalement déterminé et lui soit assuré par un pouvoir suffisant (qui n'est pas le sien mais un pouvoir extérieur)»...⁷⁸ En quelques mots, ce mouvement qui consiste à aller d'un droit privé abstrait au droit concret est une démarche analogue à celle de Hegel. Pour Kant comme pour Hegel, il ne peut

⁷⁸ Cf. Kant, I., *Doctrines du droit*, op.cit., p. 140.

y avoir de liberté réelle que dans l'État⁷⁹, garant des sphères privées.

La doctrine kantienne du droit n'a pas intégré la morale et le droit au concept de la vie éthique. Il y a donc d'une part, l'intérêt particulier et, d'autre part, la liberté universelle. Il s'agira de moments complémentaires que l'État doit assumer et intégrer, tout en y faisant également partie.

Il en résulte que, ni l'universel ne vaut et n'est accompli sans l'intérêt particulier, la conscience et la volonté, ni les individus ne vivent comme des personnes privées, orientées uniquement vers leur intérêt sans vouloir l'universel; elles ont une activité consciente de ce but (§260).

Ainsi, ne disposant pas du concept de la vie éthique pour entrevoir l'État, Kant n'aura pas su concilier les exigences de l'individu et de la totalité de la liberté et de l'ordre dans sa doctrine du droit.

Bien qu'il y ait eu à l'occasion des tentatives collectivistes, il faut toujours revenir à une formulation entre l'individu libéral atomiste et l'État gardien du contrat social. En somme, nos sociétés semblent toujours devoir choisir entre l'individu et l'État, entre l'un et l'autre qui ne constituent pourtant pas des entités distinctes. Pour Hegel, il ne s'agira pas de choisir entre l'un ou l'autre car les deux se complètent. Il n'y pas deux étapes de réalisation, mais des moments d'opposition entre le «holisme» et l'individu. Il n'y a que la volonté de l'individu se réalisant dans soi et pour soi vers l'universel, que Hegel considère comme le moment du sujet de la morale réalisée.

Impuissant à déterminer ce que sont les devoirs concrets de l'individu dans la cité, la Charte canadienne subit de plus en plus la critique selon laquelle les responsabilités font place aux droits.

⁷⁹ Cf. Duguit, L., «Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel», in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nos 2 et 3, avril-septembre 1918, p.20.

Ce qu'il faut bien comprendre par cette déception exprimée de différentes façons, c'est qu'il ne s'agit pas de la critique du droit en soi, c'est-à-dire du droit hégélien ou du droit comme expression de la liberté, mais plutôt la critique du droit formel.

L'atomisme discuté dans le chapitre précédent devient alors le point central qui permet de mieux comprendre le sentiment d'injustice et d'oppression chez le citoyen canadien malgré les principes fondamentaux exposés dans la Charte.

B) Le droit libéral

Cette section sera plus succincte que les autres. La critique du droit libéral fera plutôt l'objet de critique plus approfondie dans le prochain chapitre à cause de la place privilégiée qu'accorde Hegel à la critique libérale ou à tout le moins à ce qui est devenu la critique des nouvelles formes du libéralisme que l'Occident a connues depuis quelques décennies ou depuis l'après grande guerre.

Cette critique du droit libéral dans sa forme succincte demeure toutefois pertinente dans le contexte de ce chapitre en termes généraux à cause de l'insertion de celui-ci d'avec le droit révolutionnaire. Ce type de droit n'est en fait qu'un succédané de «l'évolution» du droit révolutionnaire. Bien que le droit révolutionnaire ait influencé le droit occidental, il est aussi partie intégrante du droit libéral. L'un n'est qu'une évolution de l'autre et fait partie de l'autre. Le droit libéral est issu de cette pensée qui donne une place prédominante à l'individu par rapport aux autres grandes pensées... totalitarisme, communisme, anarchisme (quoique cette dernière s'apparente au droit révolutionnaire de par la prédominance de l'individu sur les autres organes du pouvoir). Mais ce qui marque le

libéralisme et le droit de l'homme par rapport au droit révolutionnaire strictement parlant, est que la tradition libérale a ceci de particulier qui se définit sans cesse par le refus d'une réconciliation entre société et État.

Avant même l'avènement des grandes révolutions (américaine et française) une première référence fut faite aux droits fondamentaux (aux droits de l'homme à l'époque) par les diverses autorités étatiques de l'époque⁸⁰. L'on y retrouvait clairement une division entre la société et l'État. C'était la constitution du libéralisme qui impliquait nécessairement un discours sur les droits de l'homme⁸¹. L'originalité de celui-ci est de s'adapter lors des débats, par exemple lors des débats de 1848 entre socialistes et libéraux sur la possibilité d'inscrire le droit au travail dans la constitution⁸². Selon Ferry et Renaut, c'est dès lors le discours de Tocqueville sur la question du droit au travail que l'on vit apparaître la spécificité et la logique de la version libérale d'une référence aux droits de l'homme, puisqu'il ne s'agit plus de réaliser le bonheur de l'homme, mais de garantir aux individus les libertés recherchées comme ils l'entendent et qu'ils tiennent pour le bonheur. C'est le principe du droit-crédence et du droit liberté dont nous faisons mention précédemment. La position libérale était dès lors fixée, la référence des droits de l'homme était devenue d'ores et déjà «la règle qui permet de déterminer la frontière entre ce dont l'État peut et doit s'occuper et ce qu'il doit laisser au libre jeu des volontés individuelles.⁸³»

⁸⁰ Voir note #8.

⁸¹ À cet égard voir cf. Barret-Kriegel, *L'État et les esclaves*, Paris, Calman-Lévy, 1979, p.53 sqq. : «Les droits de l'homme».

⁸² Tocqueville devait effectivement participer activement aux débats sur le droit au travail qui divisèrent l'Assemblée constituante en 1848. A ce sujet cf. Lamberti, J.-C., «Tocqueville et la Constitution de 1848», in *Commentaire*, No. 25, 1984.

⁸³ Cf. Manin, P., «Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoir», in *Interventions*, mai-juin-juillet, 1984, p.14.

Quant à Hegel il offre dans la Philosophie du droit la simple critique de l'économie politique, comprenant la critique de la société civile comme 1) le «système des besoins» qui n'a comme seule émancipation et contenu la nature de l'homme individuel, 2) la défense de la propriété par la justice et 3) la défense de ces intérêts particuliers par l'administration comme quelque chose de commun (§188). Mais d'abord et avant tout la critique du droit libéral par Hegel est celle des lois établies par une économie, celles qui paraissent «dépendre des lois de l'arbitraire des individus» (§189). Hegel reconnaîtra qu'en ces lois se logent (repris par Marx en partie) les traits caractéristiques dégagés par l'économie politique, basés sur le concept de la nature humaine affectée de besoins. Chacun devient, considéré isolément, sujet de production et de consommation. Tout est exclusif aux relations qui lient le travail des individus dans le pur concept de l'auto-satisfaction des besoins, excluant toutes autres relations hors système du marché⁸⁴. Bien que Hegel voit que le principe du travail fait peser sur la société les problèmes de la constitution des classes il aperçoit néanmoins que le travail moderne parce que étroitement lié à la notion de liberté «possède une positivité qui l'élève au-dessus de toutes les formes historiques antérieures de praxis sociale.»⁸⁵ Bien que Hegel reconnaisse le caractère libérateur pour l'homme du travail, il s'aperçoit que s'il est inscrit dans une idée négative de la liberté, à son tour le travail ne sera que besoins et inclinations de passions et d'opinions.

La satisfaction de ce contenu est le bien-être ou bonheur dans ses déterminations particulières et dans son universalité; c'est le but de l'existence finie en général (§123).

La fin de la société devient et est rendue comme naturelle, posant ainsi une limitation de l'existence humaine car liée étroitement à la satisfaction de ses besoins (dont par le travail). En ce sens Hegel

⁸⁴ Voir Cf. Marcuse, H., *Raison et Révolution*, Paris, p.78 qui affirme que : «le concept du travail n'est pas à la périphérie du système de Hegel mais il est la notion centrale par laquelle il conçoit le développement de la société».

⁸⁵ Cf. Ritter, J., op. cit., p.56.

affirme que les liens subjectifs et le but des lois et de la société en général ne peuvent devenir autre chose qu'un langage de conformité de l'économie politique pour l'unique intérêt du bien-être des hommes.

Mais ceci est le point de vue du relatif (§108), dans lequel le sujet se détermine dans ce qui le distingue, donc vaut comme particulier : c'est le lieu où le contenu de la volonté naturelle (§11) apparaît; pourtant ici, il n'est pas sous sa forme immédiate et ce contenu comme propre à la volonté réfléchissant en elle-même est élevé à la dignité du but universel, de bien-être ou de bonheur (Ency., §395 s.q.) (§123 : Rem.).

Il faut comprendre que chez Kant, comme dans toutes les sociétés qui ont essayé d'améliorer leur système de droit basé sur un système strict de libre marché, l'État émerge toujours directement de la sphère du droit abstrait. Ainsi, il ne peut donc être une institution éthique, mais seulement coercitive. L'universel est placé au dessus du particulier, mais est inapte à le transformer car le particularisme est toujours présent comme tel dans l'universel. La morale, bien qu'éditée et prononcée par des universels, manque de concrétude, n'a pas de lieu de réalisation. La morale (ou la loi dans notre cas précis) est limitée à l'expression individuelle et à de simples maximes d'actions. C'est la réalisation de l'homme pour l'homme, il n'y a pas d'intersubjectivité dans les institutions, un lieu commun d'échange, un lieu de la réalisation et d'achèvement de l'Idée. Chaque individu est en contact avec cette loi morale, une loi noble en parole, mais parce que le contact ne se fait que de façon indirecte avec les autres sujets il y a inévitablement l'institution de faux universels. Chaque sujet fait face à ces lois, d'autant plus respectées et vénérées qu'elles édictent la suprématie de chacun, mais s'isole de plus en plus car à chacune de ses expériences avec la loi il tente de les ramener à sa réalité. Il amène avec lui son universel, ses universels. La loi morale devient particulière à chacun des sujets.

Comme on le verra plus en détail au prochain chapitre, la structure de la volonté chez Kant reconnaît

d'une part le libre-arbitre, qui est en fait la réalisation du particulier et d'autre part la suffisance de l'universel abstrait tel que mentionné ci-haut. Tandis que chez Hegel, le syllogisme réside dans un mouvement double, dans la capacité de rallier l'universel aux tendances particulières. C'est la synthèse où l'universel transforme le particulier, alors que celui-ci s'élève au statut de l'universel.

Pour l'essentiel, Hegel a instauré une critique passablement originale de la synthèse des opposés. Celle en 1821 de la société civile et de la division des moments, de la réconciliation entre société civile et l'État qui impose la tenue des moments. Ainsi il aura su instaurer des bases d'analyse qui transcendent le temps parce que universellement applicables et identifiables à l'homme à travers les âges. Cette analyse reconnaît que l'homme depuis toujours a connu cette division entre la propriété et le désir de dépassement de soi. Ce n'est pas une notion exclusive du libéralisme, mais elle trouve dans une société libérale son application.

Nous avons voulu retenir dans cette analyse du droit formel que les éléments les plus fortement critiqués de la philosophie du droit hégélien. Nous avons isolé trois sortes de droit formels. Ils se retrouvent tous en droit canadien. Nous nous proposons donc au prochain chapitre de faire la critique du droit formel canadien en utilisant les outils de la critique hégélienne pour venir appuyer notre analyse.

Tout d'abord nous élaborerons sur la critique du contrat que fait Hegel, concept qui selon Hegel est élevé au stade de droit et qui se retrouve dans toutes les ramifications du droit, mais aussi et surtout concept qui se confond avec celui de la volonté libre. Le prochain chapitre développera la critique hégélienne du droit formel au noyau de la logique de la philosophie du droit canadien. En d'autres mots, de faire les distinctions entre le passage de la volonté libre posée immédiatement et celle de la morale réalisée à travers les institutions canadiennes. La cible de la critique sera les magistrats

dans leur interprétation de droit fondamental particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne faut pas oublier que la constitution est la loi des lois, l'épine dorsale à laquelle doivent venir se greffer les autres lois. Il est donc opportun d'entreprendre une étude de la constitution, de la Charte et de la Cour suprême au Canada à la lumière de la philosophie hégélienne du droit.

CHAPITRE 2

LES FONDEMENTS FORMELS DU DROIT CANADIEN

I^{ère} PARTIE - LE SUJET DE DROIT CANADIEN

A) Les principes du sujet de droit

Nous avons exposé dans le chapitre précédent quelques points de la critique hégélienne du droit. Maintenant, pour démontrer que cette critique est toujours applicable aujourd'hui au droit canadien, nous démontrerons par quelques exemples qui émanent du droit canadien, que celui-ci, est un droit atomiste.

Nous venons de voir que le droit qui est imposé, qui provient d'un vacuum, se situe aux antipodes de la réalité humaine, fort loin du respect de la culture existante et des traditions historiques dans lesquelles se sont formés les principes légaux. Hegel dirait qu'il s'agit là d'un droit qui ne peut apporter la liberté chez les individus ou, en termes plus hégéliens, qui ne peut donner l'universel ou réaliser la morale. Nous avons vu aussi que malgré l'énonciation de la règle de droit fondamental, promulguée à la révolution française et toutes autres chartes s'inspirant d'un principe révolutionnaire, ceux-ci n'ont su réaliser qu'un droit formel qui ne fait que prétendre à la thèse de l'idée universelle. Nous avons également vu que la philosophie révolutionnaire a créé une nouvelle forme de droit, établie comme norme juridique et peu connue par le passé, c'est-à-dire celle du droit-créance. Ce type de droit se situe toujours au niveau superficiel de la forme. Il ne peut par conséquent réaliser le projet de la philosophie du droit. C'est à travers cette critique hégélienne que nous pourrons, par

divers exemples concrets, démontrer que le droit canadien est imprégné de ce droit qui ne réalise qu'une liberté partielle. Ce droit est en apparence universel, mais il demeure, sans la reconnaissance de ses étapes, une forme abstraite de la liberté.

Comme nous le montrerons ci-après, derrière l'élaboration du droit canadien, y est d'installé un droit utilitariste, un droit de propriété sur la personne, un droit atomiste. Même si cela n'est à l'occasion qu'implicite, nous prétendons qu'il est évident que les principes émanants du droit canadien sont ceux qui émanent également des valeurs contractuelles. Les principes philosophiques sous-jacent le droit contemporain de la société canadienne sont 1) ceux de l'échange qui légitimise l'action, et 2) par conséquent, selon la critique hégélienne de la philosophie kantienne, cette même société de droit conditionne la personne à se reconnaître, en groupe ou individuellement, dans cette identité légale dans laquelle elle prend son unique source. Le sujet qui y naît est reconnu comme étant normalement individualiste (et possessif). Le contrat a formé sa raison et par conséquent rationalisé les relations tant entre les personnes physiques que les personnes morales⁸⁶. En associant la notion atomiste à celle de la liberté ou d'un droit qui est formé par la raison, le droit devient une forme d'expression normalement synonyme de propriété. Le droit s'éloigne ainsi de la raison, devient une sorte de créature punitive pour les uns et d'accession pour les autres. Marx avait remarqué ce phénomène qui condamnait le juridique en soi et pour soi, celui qui n'a pas su abolir les privilèges de la propriété en ce sens que «les catégories du droit privé abstrait» n'avaient servi qu'à conférer à ceux-là un caractère de nécessité en leur donnant «un caractère civil»⁸⁷.

On le verra en détails au troisième chapitre, Hegel divise sa méthode en trois étapes qui fondent

⁸⁶ Terminologie juridique pour distinguer les associations ou corporations des personnes. Nous y avons inclus l'État dans personnes morales.

⁸⁷ Cf. Marx, K., *O.C. III*, Paris, Pléiade, 1978, p.242.

ontologiquement le politique dans le but ultime de la volonté libre. *La philosophie du droit* comme nous le verrons au début du chapitre III, est divisée en 3 parties : i) le droit abstrait, ii) la moralité subjective et iii) la moralité objective. Dans celles-ci, l'on retrouve l'analyse sur la propriété et celle sur les contrats. L'analyse hégélienne nous amène à percevoir le chemin que prend le droit abstrait. Cette analyse vient surtout de la perception et de l'analyse qu'en a faite Hegel, c'est-à-dire celle de la transposition du droit abstrait à un niveau supérieur. Pour arriver à en faire la démonstration, il s'agit d'en montrer la présence jusque dans les plus infimes ramifications des relations humaines, dont le droit s'en anobli, les juges en sont les interprètes, et les valeurs qui en découlent, sacrées.

Hegel annonce la présence dans la société moderne du droit abstrait dans toutes les sphères, et plus précisément dans les sphères qui établissent la vie éthique. Celle-ci est inscrite dans les trois institutions majeures que sont la famille, la société civile et l'État. Hegel démontre que l'État comme instrument est le centre des créations du droit et de son interprétation. Il considère que de façon très inhabile l'influence qu'il subit par le droit abstrait celui des autres moments. La vie absolument éthique n'est pas pour Hegel identifiable au système qui est celui uniquement du besoin, de la puissance et du travail. Ces réalités subjectives se transposent objectivement, elles s'appellent la possession, la propriété, le contrat et ultimement le droit. C'est ainsi que Hegel affirme que les valeurs de la propriété et du contrat ont été transférées dans les institutions de l'État et que par conséquent l'État n'est qu'une reproduction de la société civile. Ses qualités transcendent l'individu, par conséquent, elles s'incarnent (s'institutionnalisent, s'objectivent) en des politiques et des lois qui contiennent des valeurs, superposant et mélangeant celles de la propriété privée créant les relations humaines⁸⁸. Le droit est devenu synonyme du particularisme maintenu «comme s'il était essentiel face à l'universalité» (§139). En d'autres mots, mais beaucoup plus subtilement qu'autrefois le droit

⁸⁸ Ces valeurs sont nombreuses, mais correspondent en psychologie, à la communication, au respect, au travail, etc.

est corrompu, c'est l'essence du droit privé ou du droit politique que l'on retrouve élevé au rang de droit. Pour Hegel, le droit ne pourra être seulement une «nécessité extérieure et une puissance plus élevée» (§261) s'il se contente de gérer une procédure legaliste dans lequel chacun peut obtenir satisfaction, comme celui du but recherché dans la société civile. L'harmonie est inexistante entre le singulier subjectif et l'universel, il n'y a que la forme. Le droit n'a plus que le nom et l'apparence sans la réalité; il en va de même du sujet, comme le disait Aristote⁸⁹.

1) **Sujet de droit canadien**

Essayer de définir quelques paramètres exclusifs au sujet de droit, plus précisément le sujet de droit canadien, nous semble essentiel pour démontrer qu'il est ni renié ni pris à part, mais que celui-ci est au centre de la problématique de la critique du droit formel de notre thèse. Pour Hegel le sujet de droit est central à sa thèse de la philosophie du droit. Tout est relié au sujet de droit et tout part de celui-ci, malgré certains détracteurs qui l'ont qualifié d'autocratique. Chez Hegel, rien n'est imposé au sujet. C'est le sujet qui fait du droit un droit corrompu ou un droit pensant et universel. Le droit devient une réalité à cause des sujets individuels mais aussi ceux-ci, sont façonnés par les lois qui les unissent. Hegel propose le devenir du sujet s'élevant à la moralité objective. C'est ce sujet qui doit apprendre de ses limites, de ses ambiguïtés. Ce n'est pas le droit aussi formel qu'il pourrait s'exprimer, qui fera du sujet du droit, un sujet de liberté qui ultimement formera le droit dans un esprit objectif.

La critique hégélienne s'applique d'autant plus au sujet de droit canadien, qui depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, est encore plus au centre des décisions qu'il

⁸⁹ Cf. Aristote, *Politique*, I, 2.

ne l'a jamais été auparavant. De plus il s'agit d'un sujet de droit façonné par le contrat, mais aussi par l'atome sous des principes universels. La Charte s'est voulue un instrument juridique au nom de la défense des droits individuels et universels. Le sujet de droit n'a jamais autant été au centre des décisions. Celui qui est exprimé est aussi celui qui influence et qui façonne les lois comme dans un cercle. Tout semble être une entente volontaire, un contrat social⁹⁰. Il s'agit là d'une forme de droit qui laisse en théorie la priorité à la raison, mais qui ne peut pas réaliser encore la liberté malgré le rapprochement à celle-ci, à cause notamment de son important ressourcement dans les principes de contrat social qui résident toujours dans l'utilité des besoins, plutôt que dans l'expression ultime de la raison.

Cependant, sans vouloir faire une analyse ni juridique et ni exhaustive de la place qu'occupe le sujet de droit dans la société canadienne, nous avons voulu dans ce second chapitre faire ressortir les points essentiels de la critique hégélienne du droit formel au sujet de droit canadien. Nous exposerons les notions qui ont été les plus critiquées par Hegel, celles qui ont redéfini le sujet de droit jusqu'à le transposer dans la relation juridique canadienne. Il s'agit 1) de la définition de la liberté marchande comme centre des droits et 2) de la conséquence de celle-ci sur le sujet de droit, c'est-à-dire de la création d'un sujet atomiste⁹¹ posé comme légitime. Mais d'abord faisons un survol de la source

⁹⁰ Il pourrait y avoir un rapprochement à faire entre Rousseau et Hegel. Mais de façon générale, Hegel se distingue de Rousseau sur la base d'avoir créé un espoir dans les liens uniques de l'entendement du contrat. Voir à ce sujet : Cf. Roy, J., «Penser L'État : Rousseau ou Hegel ?», in *Laval théologique et philosophique*, 44, 2 juin 1988, pp. 169-190.

⁹¹ Taylor définit l'atomisme de la façon suivante :

The term "atomism" is used loosely to characterize the doctrines of social contract theory which arose in the seventeenth century and also successor doctrines which may not have made use of the notion of social contract but which inherited a vision of society as in some sense constituted by individuals for the fulfilment of ends which were primarily individual. Certain forms of utilitarianism are successor doctrines in this sense. The term is also applied to contemporary doctrines which hark back to social contract theory, or which try to defend in some sense the priority of the individual and his rights over society, or which present a purely instrumental view

de ce droit canadien qui loin d'être différent des autres droits occidentaux s'est vu quand même influencé par le droit britannique de l'État protecteur et de voir s'envoler l'occasion de se distinguer de celui-ci par l'entrée en vigueur de la Charte en 1982.⁹²

of society. (cf. Taylor, C., «Atomism», in *Essays in Honour of C.B. Macpherson*, p.39 - pp.39-61).

⁹² Il est également important de souligner que certains auteurs, dont le professeur Leslie Armour de l'Université d'Ottawa, ont indiqué que la pensée hégélienne a influencé la création d'une fédération canadienne, en séparant clairement le marché de l'État. Pour appuyer ces propos, le professeur Armour se réfère notamment à l'idée hégélienne selon laquelle la révolution d'avoir accompli le résultat escompté a accompagné l'idée confédérative canadienne en faisant prévaloir la raison que comportait le bagage historique des premiers canadiens, les différenciant ainsi et des britanniques et des américains. La raison hégélienne ne pouvant être uniquement un regroupement d'idées de volontés individuelles dans un contrat social, la structure canadienne proposait alors à l'époque une forme d'organisation sociale, (Hegel l'aurait nommée esprit objectif) retrouvée à l'étendue des institutions que le Canada voulut créer. Armour dit que le Canada voulut être construit sur l'idée qu'une société devait permettre à chaque homme une place dans l'organisation politique de la société [Traduction libre p.44].

A man might feel free if he only wanted to do what his conscience told him he ought to do, or his reason told him he could do. Hegel thought that the idea of freedom functions in political life somewhat in the way that our ideas of space function in organizing what we see. It tends to organize our other demands without itself being very clear.

But it does have a history which can be traced in western civilization to the breakdown of tribalism and the development of despotisms of the ancient Near East. Here, we can expose just enough of history as Hegel saw it to be able to grasp something of his method.

Let us imagine a society (which we can call a tribe) in which everyone has a function and lives overlap as well as intersect, so that the notion of its component members as a unique individuals does not arise in the way that has become common in our societies but is always set against a context in which the community is a experienced reality. There will be a large areas of shared experience, and these shared experiences will tend to control the relation of the individual to the community. Nevertheless, there will be an underlying tension. Individuals will exist. If nothing else, the simple laws of genetics will virtually guarantee that no two individuals are biologically identical.

Cf. Armour, L., *The idea of Canada, and the crisis of community*, Ottawa, Steel Rail Publishing, 1981, p.44-45, 180 p.

2) Les sources de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Bien que le droit canadien prenne ses sources de divers endroits⁹³ il est indéniable que ses racines les plus importantes proviennent du droit britannique et libéral. Le constitutionnaliste Henri Brun dit à ce sujet :

Le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 indique en effet que la fédération canadienne, lors de sa création, a désiré «une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Ainsi, le Canada fédéral apparaît avoir hérité à ce moment des grands principes du droit constitutionnel anglais tels qu'ils existaient alors...La référence à la constitution britannique dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 signifie donc que la constitution fédérale comporte des sources britanniques et des types de sources britanniques. Et ces types de source peuvent aussi, depuis lors, être d'origine canadienne ou proprement fédérale, comme toutes les autres sources du droit constitutionnel fédéral⁹⁴.

⁹³ Nous avons vu que la Charte canadienne a emprunté certains de ses textes aux droits révolutionnaires, notamment ses droits dits de première génération, telle la liberté d'expression et de vie. C'est une des sources de la Charte canadienne, bien que c'est par ses effets que par son lien évident aux textes historiques, que nous avons fait le lien. Nous parlons notamment du droit créance.

⁹⁴ Cf. Brun, H., *Droit constitutionnel*, 2ième édition, 1990, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, p.10.

B) La liberté marchande

Avec le temps le Canada s'est inspiré du droit américain et du droit révolutionnaire⁹⁵. La pensée politique libérale, celle de la propriété et des contrats ainsi que les valeurs individuelles constituent un thème central pour les philosophes qui ont influencé la pensée canadienne. Bien que selon certains auteurs la conception du début de la constitution canadienne devait être un concept hégélien qui faisait le constat de l'importance de l'idée individuelle dans une expérience commune, la réalité s'est avérée toute autre. Les valeurs de droit qui ont prédominé et qui ont été développées l'ont été en

⁹⁵ Notons également, que plusieurs juristes ne voient pas cette similarité entre chartes occidentales, se fixant plutôt sur des termes strictes de certaines dispositions de la charte canadienne pour la distinguer des autres chartes occidentales dont l'*American Bill of Right*. Certains auteurs comme P. Monahan insiste pour dissocier la Charte canadienne du *Bill of Right* américain. Il dit que celui-ci a un objet différent parce qu'il a été édicté pour « confine political life to the "public realm", while ensuring that the state did not interfere with private rights of property or contract » (p.107), tandis que la charte canadienne a comme rôle de « regulate and to structure the way in which state power could be used, rather than to define the boundary between public and private. » (p.109). Ces affirmations qui sont appuyées par plusieurs autres auteurs sont à notre sens bien naïves et limitées à une interprétation très technocratique du droit. C'est justement une des critiques fort importantes du droit formel hégélien à l'effet que ce n'est pas parce que l'on énonce un principe que celui-ci est inévitablement émis, mis en vigueur, ou en ce cas spécifique ce n'est pas parce l'on fait mention du rôle spécifique de la Charte hors des relations strictement privées, que celle-ci un caractère indépendant de la société civile.

Toutefois, ces interprétations demeurent fort importantes parce qu'elles démontrent à quel point au Canada les juristes et les gardiens du droit eux-mêmes ne sont pas à l'affût de la puissance « infiltratrice » des notions de contrat et de propriété dans le droit fondamental canadien. La croyance est à l'effet que d'appliquer certaines règles de contrôle, telle la règle du *stare decisis*, du principe *ratione materiae* ou *personae* ou de l'observation de la séparation des pouvoirs et de la division entre l'État et les actions privées, suffisent pour concevoir un droit ou à tout le moins une charte à l'épreuve de cette infiltration.

Les citations sont de cf. Monahan, P., *Politics and the Constitution : The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

Notons de plus, qu'il n'en demeure pas moins que depuis l'adoption de la charte canadienne, la cour suprême du Canada n'a cessé de recourir à l'expérience américaine pour interpréter les dispositions constitutionnelles. En ce sens : *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 RCS, p.492. Voir également : Cf. Pentey, W.F., « Les principes généraux d'interprétations de la Charte », dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p.68-69, cf. Bender, P., « Canadian Charter and U.S. Bill of Rights », (1983) 28 *McGill L.J.* 811. Par contre d'autres auteurs contestent toute référence au Bill of Rights dans l'interprétation de la Charte : Cf. Slattery, B., « A theory of the Charter », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.

rapport à la propriété et la liberté en rapport au contrat⁹⁶. Nous prétendons qu'elles étaient implicites sous le principe de la primauté du droit.

En 1970, le Canada subissait encore grandement l'influence du principe de la suprématie du droit, conception qui prétendait être presque totalement libre de tout jugement de valeur, ces derniers étant l'apanage d'un parlement souverain, et non pas des tribunaux. Ce principe avait été énoncé pour la première fois en détail par Albert Venn Dicey, homme éminent de l'époque victorienne qui, au tournant du siècle, était titulaire de la chaire de droit Charles Viner à l'université d'Oxford. Il constituait en quelque sorte une grammaire générale du droit qui ne s'attachait pas au libellé des lois à la condition que celles-ci se conforment à certaines règles formelles et externes⁹⁷.

D'après ces paramètres, l'assemblée législative pouvait adopter à peu près toutes les lois qu'elle voulait. Il lui était possible, par exemple, de prescrire que toute personne prise à voler un quignon de pain se ferait couper la main, ce qui était parfaitement acceptable du point de vue juridique malgré certaines conséquences terribles sur le plan politique qui pouvaient en découler. La sévérité du châtement n'entraînait absolument pas en ligne de compte, pour autant que la loi était claire, publique, prospective et appliquée uniformément à tous les contrevenants. De nos jours, une telle loi serait, selon toute vraisemblance, annulée par les tribunaux parce qu'elle impose une peine cruelle et

⁹⁶ Mentionnons également que Locke disait que «la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans *l'état de nature*.» Tiré du *Second Traité*, §124, tradud. de D. Mazel, Paris, Flammarion, 1984, p.214.

⁹⁷ Pour lui les lois devaient être intelligibles (c'est-à-dire rédigées dans la langue commune), faciles à trouver (c'est-à-dire publiées ou du moins être mises à la disposition de la population), cohérentes et appliquées uniformément (c'est-à-dire traiter les affaires semblables de la même manière – et cette exigence ouvrirait une boîte de Pandore dont les dimensions dépasseraient ultérieurement tout ce qu'un avocat du XIX^e siècle pouvait imaginer) et elles doivent être telles qu'il n'est pas impossible de s'y conformer (c'est-à-dire essentiellement que les lois rétroactives doivent être évitées).

inusitée⁹⁸.

En 1982 le flambeau juridique fut transporté en grande partie entre les mains du pouvoir judiciaire, pour notamment éviter aux politiciens des conséquences terribles sur le plan politique à l'heure où la société canadienne devenait de plus en plus hétérogène, à l'heure où les revendications se faisaient de plus en plus exigeantes. Les relations légales n'incorporaient plus uniquement des dimensions procédurales. Patrice Garant, constitutionnaliste canadien dit que jusqu'à «l'avènement de la Charte il appartenait au Législateur et à certains égards à l'Administration d'assurer un équilibre entre la primauté de l'intérêt collectif ou des valeurs collectives et le respect des droits individuels»⁹⁹. Or la réalité est que la Charte a été l'outil qui a permis de changer radicalement ce principe. La juge Wilson a conclu en ces termes un peu énigmatiques que :

Les droits garantis par la Charte érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, cette barrière¹⁰⁰.

L'État (l'administration) ne peut plus écrire le droit, créant un pouvoir accru au judiciaire, celui de n'être ni dans la société civile, ni dans l'État. La Cour se donne un titre d'indépendance, au dessus de toute sphère d'influence, mais qui comme avant, on le voit, n'a en réalité que la capacité, encore plus pernicieuse, de dire le droit sans faille, celui de la société civile. Le juridique ainsi récréé, celui des grands philosophes britanniques de l'ère moderne (Hobbes et Locke), définit toujours l'État

⁹⁸ Voir l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, L.C. 1982, qui stipule que «Chacun a droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités». Le 8^e amendement du *Bill of Rights de 1791* quant à celui-ci stipule que : «Il ne pourra être ...infligé de peines cruelles et d'un genre inaccoutumé». La Convention européenne de 1953 est au même effet, cf. art.3.

⁹⁹ Cf. Garant, P., *Droit Administratif*, op.cit., XXI.

¹⁰⁰ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S., p.164.

comme le protecteur extérieur des individus et de leurs biens. Souvenons-nous que ceux-ci limitaient ainsi le rôle de l'État à la gestion des choses et par conséquent le droit à la société marchande. On retrouve cette relation au Canada particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne en 1982 qui est venue subtilement renforcer l'illusion de la scission entre les deux sphères, - l'État et la société civile - et permis de continuer le transfert des valeurs d'une sphère à l'autre. Pour le démontrer, nous allons analyser divers aspects du droit formel dans le droit canadien. Nous allons tout d'abord aborder la question sous le thème général de la liberté marchande, y soulignant le problème du contrat, de la propriété toujours présente pour terminer avec l'atomisme et ses ramifications et quelques cas exemplaires en droit canadien.

C'est ainsi qu'au Canada, la Charte n'a pas su malgré les libellés de protection de droits universels, contrecarrer ce qui était finalement ancré jusque dans les racines historiques du droit canadien. Le principe de l'industrie qui est aussi celui de l'individualité, «de l'intérêt privé est posé comme l'alpha et l'oméga de la société»¹⁰¹. Cette pensée a été clairement adoptée et établie aux États-Unis¹⁰².

Au Canada, cette façon d'associer les droits de l'homme à des principes de liberté marchande a été

¹⁰¹ Cf. Hoffmeister, *La Raison dans l'Histoire, Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, trad. de K. Papaioannou, Paris, Union générale d'Éditions, 1965. p.238.

¹⁰² La cause américaine de l'époque, *Berry v. Burrough of SugarNotch*, 191 Pa. 345, 43 A. 240 (1899) a reconnu la prépondérance de cette philosophie en droit. Aussi *Fontainebleau Hotel Corp. v. 4525 Inc.*, 114 So. 2d 357, 359 (Fla. Dist App. 1959) Cert. denied, 117 So. 2d 842 (Fla. 1960), où l'on analyse le principe de l'individualité dans la liberté et du rôle de l'État comme son protecteur. Aussi Wyzanski affirme que : «Locke was, of course, a great source for Jefferson and for Adams as they drafted the Declaration of Independence. from the declaration of Independence as well as from the Virginia Bill of Rights, drafted by Mason a month earlier, these doctrines were carried forward by the "cashiers" into France, and became the source of the French Declaration of Rights.

The French Declaration of rights, interestingly enough, refers to a right of property as fundamental. Cf. Wyzanski, C. E., «The philosophical background of the doctrines of human rights», *Human dignity - the Internalization of Human Rights*, Edited by Alice Henkin, New-York, 1979, 11-203.

établie en interprétant des principes édictés surtout à travers les droits reconnus dans la liberté de contracter. Celle-ci n'est pas un droit reconnu comme fondamental dans la Charte, mais est subtilement présente dans la réflexion et la démarche des magistrats. Il est ce type de droit, et nous le verrons, mais qui en toute apparence a dépassé sa simple forme de la protection procédurier et de son rôle unique issu de la société civile.

1) Le contrat

Tout ou presque présuppose le contrat dans la société libérale; l'État et le sujet n'y échappent pas. Benhabib citant Macpherson affirmait lors d'une analyse du contrat hégélien que même dans les plus infimes ramifications la caractéristique principale de l'homme dans sa relation avec l'État se situe dans et par l'idée de l'échange et du marché :

Macpherson has also claimed that contract theorists smuggled into their conception of the state of nature historical and social presuppositions which could only characterize the behavior of men in modern market societies¹⁰³.

Le contrat est un élément central à la notion de liberté marchande. De façon plus précise il a été et est toujours l'outil juridique «l'arme procédurier» en droit qui maintient les concepts de libre marché derrière les relations entre individus. Il protège l'échange, l'acquisition, la propriété de l'un sur l'autre. Le contrat est élevé au stade de droit. Il n'y a qu'à se référer à toutes les lois déjà existantes; qu'il s'agisse de la simple gestion d'une entente à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* en passant par le droit de la famille. On peut également se référer plus spécifiquement au nouveau *Code Civil du Québec*, établissant les relations d'obligations et de responsabilités entre les individus dans la famille, l'État et la société civile. Mais de façon encore plus pertinente à cette

¹⁰³ Cf. Benhabib, S., «Obligation, contract and exchange in the significance of Hegel's abstract right» in *Pelczynski*, 159.

étude, nous pouvons nous référer à la «pénétration» de la notion de contrat dans l'intimité la plus profonde des personnes.

Sans doute, seule une personne a quelque chose à fournir d'après un contrat, et seule une personne peut obtenir le droit à une telle prestation, mais un tel droit ne peut pour cette raison être appelé personnel; toute espèce de droit se rapporte à une personne; et objectivement le droit qui naît d'un contrat n'est pas un droit sur une personne, mais sur quelque chose qui lui devient extérieur, qui est toujours une chose. (§40 : Rem.)

Cette réalité peut facilement être appuyée par la critique hégélienne du droit formel. Elle est cette notion en toute apparence universelle, mais qui réalise peut-être bien malgré elle une apparence de liberté.

Prenons l'exemple de toutes les atteintes relatives à la vie humaine, à l'inviolabilité et à l'intégrité de la personne, à l'exercice des droits et libertés dans les relations entre époux ou entre parents et enfants, et ce au nom d'un contrat d'entente inviolable. Ce ne sont là que quelques exemples qui démontrent avec quelle ampleur le contrat a dépassé le principe artisanal de l'échange et a évolué pour devenir présent dans les sphères de la vie, s'associant ainsi associé à toutes les formes de droits et libertés¹⁰⁴.

Le problème principal est que ce droit représente la liberté quand en fait il ne représente que l'existence immédiate que se donne la liberté. Pour Hegel il s'agit là d'une confusion d'avoir fait avec des éléments d'une masse de matière inorganisée, une division du droit - un droit réel et procédurier. Hegel dit :

¹⁰⁴ Voir §74 et §40.

Cette division implique avant tout le mélange confus des droits qui ont pour condition des réalités substantielles comme l'État et la famille, et des droits qui ne se rapportent qu'à une simple personnalité abstraite (§40 : Rem.).

Prenons par exemple la critique du contrat dans la sphère de la famille et du mariage. Le contrat de mariage n'est pas mauvais en soi, mais il ne faut pas que la compréhension du contrat corresponde à l'aliénation de l'un sur l'autre et envers l'autre (§R75). Ainsi, il va de soi qu'il se créera une relation abstraite et une reconnaissance abstraite de l'idée (§161-162, §257-258). Dans ce contrat, il ne s'agit que de volonté commune et non universelle que ni le moment de l'État, ni celui de la famille, ne peuvent trouver satisfaisant malgré une forme de contrôle, soit par exemple des pulsions ou soit d'un partage des intérêts¹⁰⁵. De plus, le mariage ne peut être subsumé par le contrat car celui-ci est associé à un objet qui est extérieur et qui est soumis au bon vouloir de l'aliéner chez les parties. Au contraire, nous dit Hegel, c'est «l'acte de sortir du point de vue du contrat, qui est celui de la personne autonome dans son individualité pour le dépasser». En ce sens, la femme ou les enfants seront pour l'homme, non pas une acquisition ou une propriété, mais une maille intégrale qui se transforme plutôt en une relation de Raison, de père à fils ou à fille, de mari à épouse, raison qui inclut aussi l'amour.

Même s'il y a un nombre considérable de jugements et de législations sur le mariage et sur la famille, aucun n'atteint l'essence de cette relation. Si le mariage est considéré comme formalité et comme simple obligation civile, il n'en résulte que des garanties à une certaine situation civile. Il devient un acte arbitraire positif, une réglementation civile ou ecclésiastique, capable d'altérer le sentiment d'Amour et ainsi jouer le rôle opposé pour lequel il est destiné. Ce point doit être fait, car une fois reconnu que le contrat n'apporte pas de droit sur la relation et que seuls les liens créés entre

¹⁰⁵ Cf. Hegel, G.W.F., *Phénoménologie*, Aubier, I, p.154. - Ce partage des intérêts ou cette forme de contrôle de pulsions se retrouvent dans certaines lois qui créent des obligations aux couples mariés.

les personnes forment l'union - il y a ce moment de reconnaissance de la famille, de la commune, de l'Idée, vers l'authentique (§164). Cette critique s'applique au droit canadien, celui-ci doit reconnaître cette division du droit construite sur des fondations précaires, reconnaître en d'autres mots que le mode «procédural» appartient à l'application et non au monde de l'édification des droits universels.

L'exemple de base quant à la prédominance du contrat est celui du résultat d'une entente verbale ou écrite, des conséquences juridiques qui accompagnent ce geste. Du moment que le contrat est fait en bonne et due forme et non contraire à l'ordre public¹⁰⁶, le contrat permet à une personne majeure de s'exécuter sur la base ultime que son action faite dans le cadre du contrat est le résultat de la réalisation de la liberté¹⁰⁷. De là le droit libre se voit réaliser. Le droit de contracter est donc associé à la liberté, peu importe sa provenance et sa direction. L'on dit du contrat qu'il est «un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droits et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets»¹⁰⁸. Parce que le contrat est le résultat de la volonté, de deux initiatives libres, chacune d'elles reçoit une reconnaissance légale qui transfère un droit de propriété. C'est un droit de forme qui se compose de procédures pré-établies et pré-approuvées par un ensemble ou un code quelconque. Cette entente a donc l'allure en toute forme et tout fond d'un acte consensuel et d'une situation en pleine légalité et donc en pleine conformité avec la liberté. Mais est-ce en réalité l'accomplissement de la volonté libre?

¹⁰⁶ L'ordre public est un critère volatile qui lorsque soumis en litige devant les tribunaux, laisse au juge le soin de définir ce critère. Il devrait en droit être la photographie fidèle de la société et de ce qu'elle représente. Le problème, dorénavant est qu'étant donné la mondialisation du droit et l'élimination des barrières juridiques et sociales, ce concept ne pourra être utile. Au Québec, c'est la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qui précise la notion d'ordre public et limite la liberté contractuelle. L.R.Q., c C-12.

¹⁰⁷ À quelques exceptions de personnes inaptes, dont les handicapés, des criminels etc...

¹⁰⁸ Cf. Ghestin, J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2E éd., Paris, L.G.D.J., 1988, No5, p.3.

Prenons l'exemple de la simple promesse par rapport à la relation réalisée dans le contrat. La promesse signifie d'une part que l'individu peut donner, veut transiger et fournir ou exprimer dans le futur un bien ou une chose. Tout reste dans sa détermination future et laisse l'individu libre de décider ou encore de changer. D'autre part, le contrat représente au contraire la volonté de l'individu dans ce qu'il a déjà aliéné. L'objet qui lui appartenait est reconnu maintenant comme celui d'un autre. Cette comparaison que fait Hegel n'est en soi aucunement problématique si elle est mise dans un contexte de société civile, de libre-marché et qu'il s'agit de reconnaître les règles utilitaristes du contrat dans une transaction en quelque sorte banale, par exemple l'achat d'une voiture. Même au contraire ne pas faire du contrat un principe de droit apporterait des irrégularités qui pourraient à l'occasion pénaliser la plus grande partie de la population. Ainsi avec des règles régissant le contrat il y a une reconnaissance et une acceptation mutuelle de la chose (§79). Il en va autrement si le transfert ou l'aliénation de l'objet mien à un autre est inscrit jusque dans la structure du droit fondamental. L'individu y renferme une reconnaissance universelle et souveraine. Par exemple, lorsqu'il ne peut y avoir en réalité de possession, lorsque l'individu décide de se marier, de se faire opérer ou de retirer sur sa liste de classification d'emploi un groupe d'une minorité soi disant démunie. La dimension contractuelle et de propriété prend une signification et une importance différente. Il s'agit alors notamment de reconnaître le particularisme du contrat. Dans le contrat, la volonté émane de la relation de personnes immédiates. Hegel dit à ce sujet que les «volontés tout en étant, en soi identiques et posées par elles comme communes dans le contrat, sont néanmoins particulières» (§81). La volonté donc, posée comme particulière pour soi, n'est pas la volonté générale, c'est-à-dire hors du domaine de l'arbitraire et de la contingence de «l'opinion opposée à ce qui est en soi le droit» résultant de l'injustice. En d'autres mots, bâtir l'ossature du droit, de la volonté et de la liberté, sur les formes particulières, (même de façon involontaire) conduit en un droit procédural et dangereusement limité pour la place qu'on lui accorde. Quiconque s'opposera à cette forme de la relation juridique sera par le fait même considéré sujet d'injustice, mais plus pernicieux

est que ce droit devenu particulier est diversité «infinie opposée à l'universalité et à la simplicité de son concept; il est alors la forme de l'apparence» (§83). Le résultat pour Hegel est l'imposture et le crime, l'injustice.

L'intérêt des individus forme en soi la volonté collective. Le prius étant déplacé, non sur le droit, mais sur la volonté particulière. Cette réalité laisse le citoyen canadien dans la confusion quant à ses droits. La volonté individuelle qui prend forme sous l'égide du contrat (du droit en vigueur) ne signifie pas nécessairement qu'elle est conforme à la volonté de l'individu collectif, c'est-à-dire avec celui qui a franchi le moment de la volonté individuelle, celui qui n'a plus de dualité entre sa volonté particulière et la volonté commune. En mettant le contrat à la base de la liberté, il y a l'association que le droit réside nécessairement dans ce lien politique de l'identification du développement de l'Idée possédant l'assise substantielle de la vie éthique. Il en résulte une sorte de transposition induite «des déterminations de la propriété privée dans une sphère qui est d'une nature toute différente et plus éminente» (§75).

Il est important de préciser que la critique hégélienne des théories du contrat ne s'applique pas seulement aux relations contractuelles dans leur sens le plus traditionnel. Elle s'applique aussi à toutes leurs ramifications, c'est-à-dire à toutes les conséquences qui amènent la notion de contrat et qui se suffit d'un droit émanant de sa propre sphère. Sa seule réalité étatique est sa transposition d'une sphère à l'autre qui équivaut à une certaine liberté. La critique hégélienne de cette approche est en une phrase, la critique de l'approche selon laquelle les normes de la personnalité qui sont présumées par l'échange moderne s'établissent dans la propriété et le contrat. Croire que le sujet peut atteindre la liberté complète en réalisant l'échange moderne ou comme le mentionne Hegel, penser trouver la liberté à travers des lois et des gestes qui reconnaissent ultimement comme universels les éléments 1) du *Willkür*, ou de l'initiative privée ou la libre entreprise, 2) du

consentement mutuel et 3) de l'*Ausserliche*, est une erreur. En d'autres mots : lorsque la volonté est conçue seulement comme libre-arbitre ceci implique nécessairement que l'État ne pourra que limiter les individus dans l'exercice de ces droits - mais si la volonté se présente comme autonome (sans pour autant supprimer le libre arbitre), alors L'État peut prétendre à réaliser par le droit, l'autonomie.

L'immixtion de ces rapports et de ceux de propriété privée dans les rapports politiques a produit les plus graves confusions dans le droit public et dans la réalité : de même que jadis les privilèges publics et les fonctions de l'État ont été considérés comme la propriété immédiate de certains individus, au détriment du droit du prince et de l'État, de même, dans la période moderne on a fondé les droits du prince et de l'État comme sur des contrats dont ils seraient l'objet et on les a considérés comme une simple volonté commune, résultant du libre-arbitre de ceux qui sont unis dans l'État. Si différents que soient ces deux points de vue, ils ont pourtant cela de commun d'avoir transporté les caractères de la propriété privée dans une sphère qui est d'une autre nature et plus élevée (§75).

En d'autres mots, l'immédiateté d'associer la relation de volonté commune à celle de volonté universelle en soi et pour soi suppose que le droit reconnaisse d'abord la chose extérieure particulière, soumise au simple bon vouloir de deux êtres. Par conséquent, structurer le droit à travers cette dimension présuppose que le droit ignore le fondement même de l'être humain, le laissant à la simple relation d'aliénation et d'acquisition, ou en d'autres mots de propriété (propriétaire) et de vendeur.

D'une part, que devient le sujet de droit s'il est économiquement inapte à défendre ses intérêts ou s'il n'est pas représenté par les lois? Aussi qu'advient-il du sujet de droit si à travers les lois et leur interprétation, et donc à travers ses fondements mêmes, il n'y a d'inscrits et de contenu, que les concepts de l'échange moderne? Pis encore, qu'en est-il de la loi qui prend sa source dans la philosophie de la liberté de contrat lorsque ce concept s'étend au-delà du simple échange, comme par exemple être à la source de principes fondamentaux de la relation entre personnes? Cette dernière

question indique que le contrat doit être analysé dans son sens large, celui de la relation qui génère des obligations et des droits et qui transferts sans distinctions les biens aux droits et le droit aux biens. Une telle analyse doit se faire en prenant comme postulat que le droit prend sa source des notions de valeur marchande d'une part, et d'autre part dans celle de la création d'un sujet de droit atomiste qui revendique ce droit pour lui. C'est en fait une analyse qui ne se fait pas de façon séparée. D'un côté, il y a la relation génératrice que provoque la propriété et de l'autre la création de règles de droits et du bien. La possession va donc au-delà de la propriété. Tout comme le droit à la propriété, le droit qui en émane est un droit élitiste qui est réservé à ceux qui possèdent, excluant les «sans possessions», tels les jeunes, les femmes à une certaine époque, et dans une certaine mesure encore aujourd'hui les pauvres, les noirs, les enfants à naître, etc.

2) La propriété

Accepter comme droit fondamental que l'échange dans la propriété soit signe de liberté amène inévitablement à faire du droit un instrument d'aliénation. En fait, la seule chose aliénable est la chose en soi, quelque chose sans personnalité et sans droit comme tel. Apercevoir le droit de propriété au-delà du simple droit de l'échange, l'insérer en code et en lois légitimes conduit à l'aliénation plutôt qu'à la liberté. Pour la simple raison que la seule chose que l'on peut vendre ou acheter est la chose déjà appropriée, celle qui est dans une certaine mesure extérieure à soi (§65). En suivant cette logique tout à fait hégélienne, nul ne peut réclamer le droit sur une personne ou sur une valeur, qu'il s'agisse ou non de son propre corps, il ne peut y avoir de droit de propriété ou d'aliénation sur autre chose que la chose (§42 et § 75). **C'est pour cette raison que le droit de propriété ne peut se qualifier de droit universel, car celui-ci ne peut suivre la personne, mais plutôt la chose. La propriété comme base du droit, se limite à la représentation d'un droit utilitariste.**

Au Canada, le droit n'est pas différemment institué. Il pose la notion de propriété comme universelle¹⁰⁹. La Charte canadienne, parce que plus récente que la plupart des autres chartes du monde occidental, a su dans la forme s'ajuster dès le départ à l'écart créée par la notion de propriété. Par exemple, le droit à la propriété a été sciemment omis de la constitution canadienne, non pas par objection ou rejet de la pénétration de la pensée de libre marché dans la Charte canadienne, mais au contraire pour une raison totalement reliée. C'est ainsi qu'au Canada, ironiquement, c'est le parti socialiste démocrate (le NPD) qui a entamé le débat pour l'inclusion du droit à la propriété dans la charte canadienne, remettant en cause la décision du gouvernement libéral de ne pas l'y inclure. Il

¹⁰⁹ N'oublions pas comme nous l'avons déjà mentionné, les grands penseurs anglais, les libéraux français et aujourd'hui et de plus en plus, la pensée révolutionnaire américaine, ont été l'inspiration du droit canadien.

préconisait cette inclusion afin de permettre à tous d'obtenir un logement décent¹¹⁰.

Mais aussi, les événements ont exigé une transformation de ce droit. À la date d'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les femmes, les Noirs, les pauvres, d'une classe traditionnellement indésirée dans la pensée libérale (les laissés pour compte au niveau économique), se voyaient maintenant protégés. Comparativement en 1776, époque de l'entrée en vigueur du Bill of Rights américain, ou en 1789, année de la *Déclaration des droits de l'homme*, les droits et libertés de l'homme n'incluaient pas nécessairement comme entités juridiques ou personnes juridiques¹¹¹, par exemple, les esclaves¹¹², les femmes¹¹³. Certes, l'interprétation législative de ces pays est venue modifier ces croyances, (ou ces croyances sont venues influencer le débat et l'interprétation des tribunaux). Le droit par exemple de la propriété n'existait que pour une certaine élite et par conséquent se retrouvait inscrit, enchâssé dans les droits fondamentaux de l'époque, d'où sa formalité. Mais lorsque les concepts de liberté ont été modifiés, ont évolué pour protéger les droits d'un plus grand nombre¹¹⁴, le droit de la propriété ne pouvait et ne devait plus signifier la même

¹¹⁰ Débats de la chambre des communes, 1980 à 1981 (hansard de la chambre des communes).

¹¹¹ Émanant de l'ancien droit romain où le droit se définissait par rapport à la personne (jus ad personas) et le droit relié aux choses (jus ad rem). À la différence du droit contemporain, le droit romain, clairement, ne considérait pas toutes les personnes humaines comme des personnes possédant des droits légaux §40. Hegel voit cette difficile différence, §479, §344, §211 §345-§481, §482-§346, §470-§336.

¹¹² L'esclavage a été définitivement aboli en Angleterre en 1833 (*An Act for the Abolition of Slavery throughout the British Colonies*, 3-4 William IV, c.73), en France en 1848 (décret du 27 avril 1848) et aux États-Unis d'Amérique en 1865 par le XIII^e amendement à la Constitution américaine. Il n'a jamais été en vigueur au Québec. Pour l'Ontario, voir, *An Act to prevent the further Introduction of slaves and to limit the term of Enforced Servitude within the Province*, S.U.C. 1793, c.7 (2^e Sess.). Soulignons que même en 1996, quelques îlots d'esclavage persistent à travers le monde. Cf. Serrill, M. S., «Slaves: On Sale Now», *Time*, (édition canadienne), July 1, 1996, p.30.

¹¹³ Nous nous référons à la fameuse cause *Edwards c. A.G. Canada*, (1930) A. C. 124 (C.J.C.P.).

¹¹⁴ Plus que leur contenu, c'est la portée de la protection qui constitue le principal changement entre les déclarations contemporaines garantissant ces droits. Les droits de l'homme, comme on appelait alors les droits fondamentaux, se limitaient à certains droits qui pouvaient être exercés dans le cadre des activités civiles et

chose. Au Québec, un arrêt symbolise cette situation, soit l'affaire *Christie v. York Corporation*, décision rendue par la Cour suprême en 1939. M. Christie, homme de race noire, était entré dans une taverne à l'intérieur du Forum de Montréal et avait commandé une bière. L'employé lui avait dit qu'il ne pouvait pas le servir parce qu'il était noir. M. Christie a donc quitté l'endroit et a par la suite intenté une action en dommages-intérêts. Le juge de première instance a tranché en sa faveur, mais les deux instances d'appel ont infirmé ce jugement. Le principe juridique invoqué était une variante de la liberté de contrat qui s'inscrit dans la notion de la liberté de commerce du droit civil.

Ce genre de décision aujourd'hui s'avèrait pour le moindre choquante¹¹⁵. Cette application des principes de droit privé est moralement inacceptable et aujourd'hui légalement inacceptable. Et dans ce contexte comme dans d'autres, l'on voit que le droit ne s'encombrait d'aucune considération déontologique ou sociale. Le raisonnement était évidemment beaucoup plus élaboré et embrouillé parce que le droit, on le sait bien, possède une tendance illimitée à l'égoïsme ; il était clair que le droit, dans bien des cas, avait peu et même rien à dire sur la discrimination raciale.

Aujourd'hui il est impossible qu'une décision comme *Christie v. York Corporation* soit rendue au Canada. Avec le temps, dans les années 60 et 70, cette forme de discrimination est devenue odieuse pour la société, qui a choisi non seulement de l'interdire mais aussi d'ériger des sauvegardes

politiques d'un citoyen. Mais, comme dans l'Antiquité, il s'agissait de droits réservés au citoyen en fonction de son statut social et non en raison du fait qu'il soit un être humain.

¹¹⁵ Le point que nous tentons de faire ici est que de soulever des valeurs absolues à une époque, lorsque qu'elles dépendent des humeurs plus ou moins électoralistes d'un gouvernement, ou de pressions particularistes, met la liberté sérieusement en péril au gré des besoins d'une époque. Par exemple, l'on avait décidé à une époque que les noirs n'étaient pas des personnes. Cf. *Dred Scott v. Sandford*, (1856) 18 Howard's Reports 393, *speciatim* 402-407, 480-482. La Cour suprême des États-Unis avait conclu que : «The correct conclusions upon the question here considered would seem to be these: That in the establishment of the several communities now the States of this Union, and in the formation of the Federal Government, the African was not deemed politically a person». Bien entendu il s'agissait d'abord et avant tout d'une décision économique, sous le couvert de la légitimité des valeurs fondamentales.

constitutionnelles à cette fin. Le droit a évolué et, à cet égard, c'est tant mieux, mais la situation aurait pu être encore plus positive si les attitudes avaient changé sans l'aide du législateur. On ne peut prétendre, cependant, que la Charte ait résolu une fois pour toutes l'ensemble de la question des préjugés raciaux et de cette croyance que l'un a un droit de propriété sur l'autre. Il a simplement circonscrit les aspects des interactions humaines où certaines formes de préjugés ne sont plus permises. Désormais, par exemple, nul ne peut refuser de louer un bien offert à l'ensemble de la population en raison de la race. Mais une personne qui se cherche un logement n'est pas susceptible¹¹⁶ de subir des conséquences juridiques pour avoir refusé à cause de la race du propriétaire. Il y a également toujours la possibilité de décider de ne pas se marier avec une personne d'une autre race ou d'une autre religion sans que la loi n'intervienne. C'est ainsi que l'on voit que la loi ou même les interprétations de la Charte par les juges sont limitées et que l'interdit légal ne constitue pas nécessairement la meilleure arme pour combattre les préjugés. Ainsi, la réalisation de l'éthique, voire par exemple de l'éducation dans la sphère de la famille, de même qu'une intégration sociale prudente, bien qu'elle produise des résultats moins rapidement, seront jugées plus efficaces à long terme et verront l'interprétation des magistrats canadiens refléter cette démarche éthique de la population.

Cet exemple-ci sert notamment à démontrer qu'il y a une évolution, un changement dans la forme et dans l'interprétation des droits fondamentaux. De ce fait, ceux-ci nécessitent une analyse critique plus approfondie que de se limiter à la simple expression de son libellé. Par exemple, des lois ou des jugements qui reconnaissent l'identité juridique des noirs, des femmes comme des personnes ayant des droits, sont des nouveaux droits qu'il faut acclamer. Toutefois, ces nouveaux droits ne résultent

¹¹⁶ Nous ne souhaitons pas faire de nos propos un commentaire sur les lois canadiennes. Qu'il suffise de préciser en l'occurrence que, dans les innombrables coins et recoins de la loi, il est possible de trouver une échappatoire.

pas encore en un concept de droit faisant partie de la morale réalisée. Les valeurs de libre concurrence et de propriété sur l'homme, dont Hegel faisait la critique, sont toujours des valeurs qui transcendent le droit¹¹⁷. Le juge dans sa capacité d'être social demeure toujours influencé par ces valeurs sociales qui sont celle de la propriété comme nous venons de le voir.

Prenons comme exemple, la cause par excellence sur la vie privée; *Hunter c. Southam News*¹¹⁸. Cette cause était annonciatrice des sources interprétatives de la Charte canadienne et venait offrir aux magistrats canadiens des balises interprétatives quant aux principes touchant les droits fondamentaux de la personne. Sur l'importance de la protection qu'offre la common law contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement contre la vie privée, le juge Dickson citait Lord Camden dans le célèbre arrêt anglais *Entick c. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275 qui affirmait :

Les hommes ont formé une société dans le but ultime de protéger leurs biens. Ce droit est protégé, sacré et inaliénable dans tous les cas où il n'a été supprimé ni limité par une loi publique pour le bien de la collectivité.

Plus loin, le juge Dickson citait l'inviolabilité de la vie privée, l'associant à l'importance de la propriété, «château fort contre l'intrusion de l'État». Ceci n'est qu'un exemple de l'influence directe de la philosophie britannique du libre marché sur les principes de droits fondamentaux canadiens.

¹¹⁷ Notamment, dans les cas de vol de banque les services policiers occidentaux sont dotés de systèmes de recouvrement et d'information hyper-sophistiqués. Dès le vol commis, est mis immédiatement en marche le système d'enquête et de recherche. Tandis que lorsqu'il y a disparition d'enfants il n'y a qu'un système passablement artisanal qui n'est de surcroît disponible que dans certains pays et de l'initiative de parties privées.

¹¹⁸ Il s'agit de l'arrêt *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p.157, qui est l'arrêt déterminant sur l'article 8 de la Charte canadienne disposant que «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a stipulé que l'objet de l'article 8 a essentiellement pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. L'on retrouve également l'équivalent de cet article au quatrième Amendement de l'*American Bill of Rights* qui contient des termes semblables.

Cet extrait sert à démontrer tout de même l'importante présence de la notion de propriété (philosophie de possession) et de libre marché dans les notions les plus fondamentales qui structurent le droit canadien et ce même depuis l'entrée en vigueur de la Charte.

Avec une telle affirmation remettant la notion de la primauté de la propriété au centre de l'institution juridique, nous pouvons voir que celle-ci transcende les sphères institutionnelles. La propriété, phénomène social au départ prend une tournure bien plus importante, qui définit et détermine le contexte social et politique dans lequel se développe l'individu, le droit l'y encourageant. Dans une structure légale du besoin, la notion de propriété joue un rôle prédominant dans ce que qui pourrait être étiqueté d'économique. Ainsi la satisfaction ne peut être le résultat du droit ni du bien lorsque qu'aucun produit ou aucune chose ne peut être acquise.

Bien que la raison d'être de certaines clauses légales est d'établir un équilibre entre les intérêts privés et l'universel, celle-ci échoue, parce que le fondement même, la source du droit universel demeure toujours la protection individualiste. Le droit abstrait définit l'universel tel que notamment, les concepts de liberté et de la personne (ou de sujet de droit). Mais en d'autres mots lorsque le droit canadien est devenu en expression et en forme l'universel, il y dans ces notions un mouvement inévitable vers le «recroquevillement» sur soi, un rattachement vers des valeurs d'acquisition et de propriété élargie jusque dans les notions de personnes, qui transcendent la simple notion traditionnelle de propriété. Le droit de la propriété bien que considéré pourtant comme un droit de seconde génération, c'est-à-dire en quelque sorte moins important que ceux de première génération, démontre son étroit lien avec les droits fondamentaux dont découlent par exemple le droit de vendre un bien, celui de louer, de donner en garantie, en héritage des biens et parfois des personnes. C'est ainsi qu'il y a eu longtemps un droit de propriété sur la femme ou les enfants, malgré «l'officine» du contrat de mariage. C'est ainsi aussi que le droit canadien a confondu le droit de disposer de son

corps avec le droit de s'enlever la vie ou de mettre celle-ci en danger parce que cela contrevient à son droit de propriété, celui dit fondamental à la vie et à la sécurité de la personne, garanti par l'article 7 de la Charte canadienne¹¹⁹. Le droit de propriété change selon l'époque, mais la base interprétative demeure la même¹²⁰. Pour l'instant, mentionnons qu'en droit, l'histoire enseigne que le droit de la personne doit contenir l'être éminemment social, né d'abord et avant tout dans la société miniature qu'est la famille. Si le sujet de droit dès ses premiers moments est éduqué selon une philosophie de droit prenant ses racines dans la logique de la propriété aliénante de l'un sur l'autre, la logique explique alors le résultat de l'utilisation de critères matériels pour décrire le droit sociétal, ou le droit évolutif de l'être. La logique juridique indique les critères selon lesquels la société, les sujets de droit, perçoivent et traitent les personnes qui composent cette même société. Elle témoigne de l'accent particulier mis sur un aspect extrêmement important mais non unique de la vie de chaque individu. Tout ceci est inquiétant, car le principe de propriété aussi économique comme nous venons de le voir, celui de la nécessité de satisfaire ses besoins est aussi une façon subtile de détourner certains groupes des droits fondamentaux, ceux-là mêmes que nous avons énoncés ci-haut en exemple comme étant des exemples bannis de la nouvelle charte. Ces lois, ou ces interprétations sont la représentation de la particularité de certains vœux sous le couvert du savoir juridique, qui est en fait un système de besoins qui ne contient qu'en lui-même l'universel en soi et pour soi : «c'est l'universel de la liberté, que d'une manière abstraite : c'est le droit de propriété. Il n'est pourtant plus seulement en soi mais dans sa réalité reconnu, puisque la juridiction assure sa protection» (§208). Hegel souligna l'avantage d'une classe par rapport à une autre dans le fondement

¹¹⁹ Voir par exemple le cas *PG. Canada c. Hôpital Notre-Dame*, (1984) C.S. 426. Dans cette cause l'individu avait avalé une broche dans le but de se retirer la vie ou de l'affecter au point de ne pas être en mesure de se faire déporter hors du Canada. L'institution hospitalière voulut l'opérer, mais l'individu s'objecta à cette intervention.

¹²⁰ Au prochain chapitre l'on aura l'occasion de développer plus en détail toute la dynamique hégélienne famille/société-civile/État.

même de l'identification des besoins protégés par et à travers l'État (les lois) :

Sous cet aspect, on remarque encore à propos de la particularité et de la volonté subjective la différence de la vie politique de l'Occident et de l'Orient, du monde antique et du monde moderne. La division de l'ensemble en classes se produit chez les uns, de soi-même objectivement, parce qu'elle est rationnelle en soi. Mais le principe de la particularité subjective ne reçoit pas ce qui lui est dû, puisque la répartition des individus entre les classes appartient au gouvernant, comme dans l'État platonicien (§R206).

Alors si elle est donc transférée dans la sphère éthique par exemple, en période de baisse des ressources matérielles non renouvelables (énergétiques et autres) ou de diminution du nombre de gens capables de travailler, cette logique juridique suscite une inquiétude justifiée en ce qui concerne le sort réservé aux personnes qui seraient considérées comme «insuffisamment rentables ou productives» en raison de l'âge ou de la maladie. C'est «la singularité des buts qui reste la base et le contenu», il n'y a guère de différence entre le besoin naturel et le besoin artificiel», le pouvoir d'appropriation apporte la capacité de prendre, de laisser, de jeter, même la volonté d'autrui (§189) qui devient aussi une chose légalement «appropriable». Pour Hegel, ceci entraîne le «luxue qui est en même temps une augmentation infinie de la dépendance et de la misère» (§195). Peter G. Stillman dans une critique sur la propriété conclut son analyse en ces mots :

Political life does not exist in order to extend property rights and rules, but to develop and encourage the many different dimensions of human flourishing¹²¹.

Loin d'être le résultat que la Charte canadienne a apporté, la Cour suprême du Canada a depuis réussi à inscrire le droit de l'immédiateté au chapitre des principes fort légitimes de liberté, de vie et de sécurité. Le droit canadien est alors d'autant plus pernicieux, où il faut se référer aux interprétations de notions de droit fondamental pour déceler la présence du droit abstrait élevé au

¹²¹ Cf. Stillman, P. G., *Abstract Right and Private Law*, in *Hegel and Legal Theory*, Routledge, New-York, 1991, p.223

stade des droits fondamentaux, qui une fois réalisés donnent la liberté. Face à cette confusion, un nouveau droit s'installe. Le sujet de droit se morcelle. Il s'agit de l'atomisme, critique hégélienne qui se distingue de la simple critique de l'individualisme.

3) L'atomisme

Une des conséquences de l'omniprésence des valeurs entourant le contrat et la propriété est leur association à la liberté dans les ramifications les plus profondes du droit, laquelle conduit à son tour à l'atomisme. Taylor définit le terme comme suit :

The term "atomism" is used loosely to characterize the doctrines of social contract theory which arose in the seventeenth century and also successor doctrines which inherited a vision of society as in some sense constituted by individuals for the fulfilment of ends which were primarily individual¹²².

Dans cette réalité les individus se présentent d'abord comme des atomes et non comme des membres de la totalité étatique. Ce phénomène est observé dans toute la structure du droit et ses ramifications, des revendications du citoyen, en passant par l'élaboration législative par les fonctionnaires, jusqu'à l'interprétation des magistrats. Le résultat est l'atomisme. Le sujet revendicateur est un sujet qui vit isolément de l'autre qui à chaque «conquête» s'isole de l'étape ultime. Son infiltration à titre de droit fondamental crée des liens de propriété entre citoyens, de l'un sur la chose et aussi sur la personne. Les notions de propriété, créent en quelque sorte un contrôle, ou plutôt un sentiment de contrôle et de confort chez l'individu. Le contrôle est d'abord sur la chose, ensuite sur la situation et sur la personne. Cette propriété acquiert la reconnaissance d'autrui (§51) permet à l'individu d'utiliser complètement sa propriété (§65) et fait naître le pouvoir atomisant. C'est un sentiment que l'homme n'a plus besoin de l'autre, que le droit a accompli son devoir; celui de reconnaître et de protéger ses biens, ses besoins, pour la réalisation de l'entendement. Il y a autosuffisance de l'être, le besoin de l'autre n'existe qu'à partir de ses besoins, de la reconnaissance de sa propriété. Ni l'un, ni l'autre ne font partie d'un projet de réel objectivation.

¹²² Cf. Taylor, C., «Atomism», op.cit. p.39.

L'effet de l'atome guide donc l'attitude des hommes, la dirige dans le bien et le mal¹²³. La philosophie libérale du droit de la liberté de contracter, la philosophie révolutionnaire du droit-créance, la place de la propriété dans les ramifications du droit d'associer la liberté au choix et à la volonté individuelle, a conduit et à détourner l'homme et le droit de ce qui était réellement et ce pourquoi le droit avait comme absolu, c'est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Et pourtant dans les déclarations internationales, dans les chartes de droits fondamentaux, l'on inscrit comme premier droit fondamental, toujours celui de la liberté.

L'atomisme est une notion qui est souvent associée à l'ultra-libéralisme¹²⁴ et notons que l'influence des vertus de l'atomisme a su pénétrer les notions de vie et de liberté que l'on retrouve au Canada dans les diverses interprétations de la Charte canadienne. Pour affirmer ceci nous nous basons essentiellement sur l'interprétation libérale, individualiste qui émane de façon plus précise de l'influence du droit des contrats et de la propriété qui a évolué au cours des années.

i) **L'individualisme**

Depuis Rousseau, il est très courant d'associer le droit à la volonté particulière (§29), à la volonté de l'individu dans son libre-arbitre. Les notions de droits occidentales qui sont inspirées des philosophies révolutionnaires démontrent à la lumière même de leurs libellés qu'elles sont imprégnées de la philosophie individualiste. À titre d'exemple, pensons aux différentes chartes qui se sont distinguées volontairement des chartes occidentales basées sur les différentes notions de droit révolutionnaire. On les retrouvent principalement en Afrique et dans les anciens pays du Bloc de

¹²³ Cf. Taylor, C., «Hegel's Ambiguous Legacy for Modern Liberalism», in *Hegel and Legal Theory*, op.cit., p.64.

¹²⁴ Cf. Taylor, C., *Atomism*, op.cit., p.48.

l'Est où l'on retrouvait des chartes imprégnées de droits collectifs par rapport aux droits individuels.

En faisant référence aux différentes conventions européennes ou interaméricaines, les chartes africaines n'innovent guère par rapport aux chartes occidentales. Toutefois, bien que les chartes africaines s'inspirent de la déclaration Universelle des droits de l'homme et des pactes internationaux européens, elles ont été sciemment distinguées et rédigées différemment, rejetant l'idée de l'individualisme. Prenons la déclaration d'Alger de 1976 :

En parlant de la Charte africaine des droits de l'homme et des droits des peuples, l'Afrique doit se féliciter que pour la première fois dans l'histoire du droit international, se soit produite, non pas sans doute une révolution copernicienne qui aurait déplacé le centre de gravité du droit international de l'individu de l'État vers le peuple... mais au moins une évolution permettant de prendre en compte la trilogie État, peuple, individu. ...C'est ce qui explique l'adoption de ce manifeste politique qu'est la déclaration d'Alger (1976). Cette dernière affirme que «le respect effectif des droits de l'homme implique le respect des droits des peuples» dans le préambule...D'abord l'on peut se demander si la formule utilisée par la Charte signifie qu'il y a une relation de cause à effet entre les droits du peuple et ceux des hommes. Les premiers conditionnant les seconds, ou il s'agit d'une obligation formulée à l'intention des États, c'est-à-dire des gouvernants qui devraient faire en sorte que le respect des droits de l'homme soit assuré simultanément¹²⁵.

L'on peut apercevoir à travers cette citation que le sujet de droit trouvant son essence dans la société civile a été rejeté en théorie par les sociétés africaines. Elles ont rejeté du même coup la légitimité de l'individualisme en tant que projet de société et comme élément de l'absolu universel. Plusieurs ethnologues, anthropologues et hommes politiques¹²⁶ ont souvent souligné que l'individualisme

¹²⁵ Cf. Owona, J., Directeur de l'Institut des relations internationales du Cameroun, chapitre XV, «Les droits de l'Homme», p.370, dans Abidjan, Dakar Lomé, *Les nouvelles Éditions Africaines*, Tome 2, Droit International et relations internationales, 1982, 396p.

¹²⁶ Il ne s'agissait ici que de soulever l'aspect clairement individualiste des Chartes occidentales. Nous développerons plus en détail le lien relationnel entre le citoyen (ses devoirs et ses responsabilités) et l'État dans la prochaine section de ce chapitre sur l'État dans le cadre de la critique du droit formel canadien.

n'est pas le trait dominant des cultures africaines. Individu et groupe sont complémentaires «l'un de l'autre; le groupe n'est pas une entité abstraite, pas plus que l'individu n'est en réalité autonome; ils sont l'un et l'autre, l'un par l'autre...¹²⁷».

ii) Le collectivisme - un nouvel atomisme

L'individualisme n'est qu'une forme et un aspect de l'atomisme. Il est alors important de constater que l'atomisme est toujours présent, même si à travers les revendications collectives, de masse l'on semble éliminer le sujet individualiste. Nombre d'observateurs et analystes canadiens ont affirmé que la Charte canadienne des droits et libertés a permis notamment à plusieurs groupes et mouvements sociaux de revendiquer des droits qui leurs étaient autrefois presque interdits. Ils ont affirmé que la Charte canadienne a apporté avec elle une judiciarisation de la politique¹²⁸. Certains ont reconnu toutefois par cette affirmation toujours la prédominance des droits individuels sur les droits collectifs¹²⁹.

Tout comme pour la Révolution française, l'arrivée de la Charte apporta au débat sur les possibilités de changement un ton de validité et de légitimité¹³⁰. Mais sous la lumière de la critique hégélienne

¹²⁷ Cf. Verdier, R., «Féodalité et collectivisme africain», *Présence africaine*, 4E trimestre, 1961.

¹²⁸ Voir notamment le texte de cf. Cardinal, L., «Les mouvements sociaux et la Charte canadienne des droits et libertés», in *Revue internationale d'études canadiennes*, no. 7-8, printemps-automne, 1993, p.137-152.

¹²⁹ Il est intéressant aussi de faire un lien avec les associations et corporations qui représentent les intérêts collectifs de leurs membres. Mais si elles représentent leurs membres, elles le font toujours selon leurs places dans la division sociale du travail, et aussi comme fonction d'éduquer ses membres en vue de l'universel.

¹³⁰ Voir l'analyse de la situation de la Charte après ses dix ans d'existence, perçue comme agent de changement révolutionnaire. Cf. Colter, I., professeur de droit à l'Université McGill, «Activists Tackle Shackles of Poor», *The Globe and Mail*, 25 novembre 1992.

l'on peut arriver facilement à la conclusion que bien qu'effectivement plusieurs groupes, plusieurs mouvements d'action aient pu trouver une place dans le processus juridique avec la venue de la Charte, place qui n'existait pas pour plusieurs avant celle-ci, leurs revendications n'ont pas apporté avec elles la raison au droit. Parce que 1) au Canada comme dans les autres sociétés occidentales (et toujours grâce à la critique hégélienne) il n'y a pas d'inséré un mécanisme éthique qui respecte les étapes. Il s'agit alors toujours de revendications d'atomes, même si regroupé, d'un fractionnement de la société en groupes multiples. Alvin Toffler dit au sujet du phénomène croissant des groupes d'intérêt particulier, que nous assistons actuellement à la montée de la démocratie mosaïque caractérisée par le fractionnement des bases politiques traditionnelles en multiples groupes réduits, précaires, ralliés à une seule idée et qui forment, révoquent et reforment des alliances avec la rapidité de l'éclair¹³¹. Hegel dans la critique du droit naturel affirmait sur la représentation qui prétend fonder l'autorité politique sur la volonté populaire, qu'elle «tient séparées la vie civile et la vie politique et place celle-ci pour ainsi dire en l'air puisque sa base n'est que l'individualité abstraite du libre-arbitre»¹³². Et ainsi, il ne peut y avoir une complète implication de l'homme universel même lorsqu'il est regroupé. Et 2) cette confusion, associer la liberté au mouvement de groupe, à la victoire du groupe sur l'individu, crée un sentiment de liberté qui enracine finalement de plus en plus profondément la croyance que l'homme est sur le chemin de la liberté. L'on voit que la critique hégélienne est toujours valide et qu'à la lumière de cette critique nous pouvons distinguer 1) l'atomisme, même s'il y a mouvement de groupe et que 2) l'on peut voir un processus de légitimation s'installer par la croyance selon laquelle les revendications de groupe conduisent nécessairement et essentiellement à la liberté. Le droit se confond à la forme, aux paroles et aux revendications. L'un dans l'autre s'enlisent dans une obscure et nébuleuse liberté.

¹³¹ Cf. Toffler, A., *Powershift: knowledge, wealth and violence at the edge of the 21st Century*, Bantam Book, Toronto, 1990, 585p.

¹³² Cf. Hegel, G.W.F., *Droit naturel*, op.cit, p.336.

Par exemple différentes causes de la cour suprême notamment, les causes de revendications de groupes, *Brown*¹³³, *Mahé*¹³⁴, et *Morgentaler*¹³⁵, où d'une seule et même voix, des groupes ont contesté et revendiqué ce qui selon nous est un nouvel activisme juridique pour un changement institutionnel. Il est en soi légitime de sortir d'un modèle traditionnel de l'État gestionnaire de la revendication sociale, à celui de permettre aux sujets de droits de devenir eux-mêmes des gestionnaires de droit qui favorisent l'avènement juridico-politique. Il y a donc de nouveaux protagonistes, de nouveaux joueurs juridiques. Mais si l'on regarde de près, sans critique à la légitimité même de ces revendications, l'on peut dénoter dans celles-ci une représentation de 1) de libre arbitre, 2) une relation de contrat, c'est-à-dire de propriété sur une chose ou sur un autre et 3) fait selon un droit isolé, atomiste qui ne correspond pas à un sujet de droit qui se réalise dans un universel. Il s'agit de formes différentes d'universel qui s'affrontent, de revendications qui mettent en retrait le bien-être des autres, mais pis encore qui reçoivent une interprétation conflictuelle de la part des magistrats. Les Anglais contre les Français, les Français contre les Anglais, le femme contre le fœtus. L'on est en droit de se demander comment se fait-il que le droit ne se pose pas ainsi les questions de base? Comment se fait-il que la cour suprême pose les questions et analyse celles-ci en termes de conflits? Le droit n'a-t-il pas plus de lettres de noblesse, à savoir poser des questions de

¹³³ *Brown c. R.*, R.C.S. : La loi 101 au Québec.

¹³⁴ *Mahé c. R.* 1990 : Gestion scolaire en milieu francophone minoritaire.

¹³⁵ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S.: Choix en matière d'avortement. Dans cette cause, les appelants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251 (4) du *Code Criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. La majorité de la Cour accepta l'appel sur la simple base que le système administratif établi par le paragraphe 251(4) n'offrait pas des normes adéquates à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Les questions autres que le lent système administratif des avortements thérapeutiques ont été reléguées au second plan, malgré les conséquences directes sur une panoplie d'autres questions reliées aux avortements. Nous vous référons à notre réflexion sous la cause *Sue Rodriguez*. Réflexion qui s'applique aussi à cette cause ainsi qu'aux causes *Brown* et *Mahé* précitées.

base qui élaboreraient le débat sur des solutions universelles, plutôt que des victoires individuelles sur l'autre individu?

Aucune revendication atomiste ne peut conduire à autre chose qu'à la création d'un droit aussi atomistique et en une société où les valeurs de la société civile, mises en évidence, sont considérées comme primordiales, plutôt que les valeurs idéales, c'est-à-dire celles de la raison. De façon plus évidente par ailleurs il est plus facile d'en arriver à cette conclusion lorsque l'exagération de certains droits et libertés atteignent une confusion telle qu'ils mettent par exemple sur un même pied d'égalité les animaux que les êtres humains¹³⁶; ou lorsque des groupes de pression, dévoués aux services d'une cause idéologique, la rende sacrée, finissent par dévaloriser le riche sens des termes «droits et libertés». Cela conduit à la perte de leur utilité.

II^e PARTIE - QUELQUES CAS ISSUS DE L'ÉTAT DE DROIT CANADIEN

LA CHARTE CANADIENNE

Un juriste canadien dans son analyse sur la famille et les droits fondamentaux affirmait que :

La plus grande menace contemporaine pour le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité réside moins dans l'aspect biologique ou physiologique que dans l'aspect mental ou psychologique de la personne...Le véritable danger consiste aujourd'hui dans la façon dont est comprise la «liberté» de la personne et dans la manière dont celle-ci - ou les personnes désignées à cette fin par la loi - l'exerce¹³⁷.

¹³⁶ Cf. Lohr, S., «Sweden places animal rights law in nation's barnyards», *The Ottawa Citizen*, 25 octobre 1988, p.1-2.

¹³⁷ Cf. Rhéaume, J., *Droits et libertés de la personne*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1990, p.193.

Cette citation n'a jamais été aussi vraie au Canada que depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* où les juges se sont donnés (certains diront ont reçu du politique¹³⁸) le pouvoir de faire le droit. Voici que se métamorphose la culture politique canadienne, où le processus judiciaire se substitue de plus en plus au débat démocratique public. C'est alors que cette évolution pose problème, parce que d'une part le transfert des valeurs de la société civile dans l'État demeure, et d'autre part, l'apparence du droit est celle de la morale réalisée, prenant une forme de l'objectivité, beaucoup plus qu'auparavant. Elles sont présentes dans la structure étatique, incidemment dans la structure judiciaire, celle là même qui est souvent vue comme étant neutre, retirée des intérêts économiques, des revendications atomistes et éloignées du droit abstrait. Par exemple, la Cour suprême a défini la liberté sous l'ère de la Charte comme signifiant que «sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé, ou les moeurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut forcer d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience»¹³⁹. En effet, cette citation de la Cour suprême du Canada sous-entend qu'une personne peut prendre des décisions indépendamment de tout critère objectif, en se bornant à considérer ses préférences subjectives personnelles. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a développé les critères applicables à la liberté de conscience.

Cette seconde partie permettra d'analyser trois cas qui émanent des tribunaux canadiens et qui serviront de façon générale à démontrer concrètement que depuis l'entrée en vigueur au Canada de la Charte, la tendance a été, au niveau des tribunaux supérieurs canadiens d'être l'expression de

¹³⁸ La Cour suprême et principalement son juge en chef actuel ont prétendu qu'ils n'avaient pas le choix, que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité qu'ils ont pratiqué depuis l'avènement de la Charte leur a été imposé par la Constitution elle-même. Cf. Gosselin, J.-F., *La légitimité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois sous le régime de la Charte*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1991. Aussi voir: cf. Brière, M., *La justice? Quelle justice? L'aristocratie des juges ne doit pas supplanter la démocratie*, Montréal, Collection Minerve, 1992.

¹³⁹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1985) 1 RCS, à la page 337.

l'État du droit formel. Celle-ci a rendu le droit encore plus confus car les magistrats canadiens interprètent des notions de droits fondamentaux en des termes universels, sans pour autant poser la question de l'Absolu. En réalité sa tâche d'assurer la propriété privée n'est que tout simplement mieux rendue parce qu'invisible au premier regard. Nous allons donc, dans cette partie, illustrer par des exemples concrets la critique hégélienne du droit formel. Comme arrêts clés nous utiliserons la fameuse cause de l'euthanasie communément appelée l'affaire *Sue Rodriguez*. Cette cause nous permettra de reconnaître la confusion du droit entre les fondements mêmes du libre-arbitre et de la raison. Raison que devrait représenter le droit par des solutions, des questions rationnelles, représentant la réalisation des étapes de la raison et de la volonté, plutôt que par des éléments de l'immédiateté ou des réclamations du publiques¹⁴⁰.

Mais auparavant nous survolerons quelques causes qui démontrent en termes généraux l'autocratie du pouvoir judiciaire. Cette démonstration est importante dans le contexte de cette étude car d'une part l'on dénote la suprématie des décisions (sans appels pour la Cour suprême, l'inamovibilité, y incluant l'indépendance économique des magistrats, le devoir de respecter les décisions des tribunaux supérieurs - exception faite de la Cour suprême (la règle des précédents ou du *stare decisis*) etc. mais aussi d'autre part, la constitutionnalité de la charte comme loi au dessus de toutes autres lois annonçant l'absolu des valeurs fondamentales à suivre. Cet absolutisme judiciaire s'installe comme le résultat d'une interprétation sacrée, permet encore plus de comprendre la confusion existant au niveau des droits fondamentaux et de l'importante place que ces juges occupent dans l'interprétation de ce que devraient être des éléments de la raison. C'est pour ces raisons que nous

¹⁴⁰ Souvenons-nous déjà, bien qu'incomplète puisque ni l'égalité, ni la dignité de l'être humain n'étaient pour lui universelles, Aristote avait une conception du droit qui condamnait les pressions immédiates. «Une partie du droit politique est d'origine naturelle, l'autre fondée sur la loi. Ce qui est d'origine naturelle est ce qui, en tous lieux, a le même effet et ne dépend pas de nos diverses opinions». Cf. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V : Chap. VIII, trad. par J. Voilquin, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p.138.

débuterons notre analyse empirique en survolant la cause *Vaillancourt*, l'un de ces arrêts qui démontrent l'ultime pouvoir des magistrats canadiens depuis l'entrée en vigueur de la Charte. Ensuite nous brosserons un tableau de quelques décisions qui démontrent clairement l'incapacité du magistrat ainsi habileté au Canada à interpréter des notions de droit universel. Ce qui nous amènera ultimement à analyser en détails la cause *Sue Rodriguez* qui contient tous ces éléments inquiétants du pouvoir des magistrats, mais qui contient aussi plusieurs éléments de la critique hégélienne du droit formel.

*L'affaire Vaillancourt*¹⁴¹

Brièvement, les faits : il s'agissait de deux individus qui ont été reconnus coupables de meurtre au premier degré suite à un vol de banque à main armée. L'un des deux complices (celui qui n'avait pas tiré) argumenta qu'il n'avait jamais eu l'intention coupable (la *mens rea*) de tuer, et qu'il croyait même les armes sans munitions.

La cause *Vaillancourt* est l'une de ces causes qui est venue changer la couleur de la volonté populaire en venant interpréter à l'opposé de ce que la population avait par le passé exigé. La population avait par voie de consultation et de pression exigé du parlement de légiférer et ainsi de créer le crime de meurtre par imputation¹⁴². Suivant cette nouvelle disposition, un accusé devenait coupable de meurtre si, alors qu'il commettait ou tentait de commettre une des onze infractions énumérées au

¹⁴¹ *Vaillancourt c. La Reine*, [1987] 2 R.C.S., 636.

¹⁴² Il s'agissait de l'arrêt *Vaillancourt c. La Reine*, 1987 2 R.C.S., 636, (1988) 60 C.R. (3d) 289. La Cour suprême déclara inconstitutionnel l'article 230 d) (anc. 213d) du *Code criminel* traitant du meurtre par interprétation. Cette disposition imposait à l'accusé la charge de prouver l'inexistence de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée. Cette substitution fut considérée comme constituant une violation de la Charte puisqu'une déclaration de culpabilité de meurtre pouvait être prononcée, même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre.

paragraphe 213 d) du *C.cr.*¹⁴³, il emploie une arme ou l'a sur sa personne et que la mort de la victime en résulte. Malgré cette volonté populaire de créer le meurtre par imputation, une majorité de juges de la Cour suprême utilisèrent la Charte pour rejeter ce qui avait été la volonté populaire et un processus démocratique.¹⁴⁴

Il faut bien comprendre que la consécration constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux, traduite par l'octroi de pouvoirs et attributions supra-législatifs aux tribunaux doit amener et parallèlement responsabiliser le magistrat et tout l'appareil magistral s'y afférent. Sans porter aucun jugement quant à la légitimité de la décision *Vaillancourt*¹⁴⁵, nous sommes à même de constater les éléments du difficile, voire impossible équilibre de surveillance attribué aux autorités judiciaires. Le titre en soi noble de gardien de la loi, surveillant de principes qui seraient mal utilisés par le parlement, demeure irréalisable si fait dans l'application des principes de droit abstrait et de la pensée révolutionnaire stricte. Le problème se pose, n'y a-t-il pas eu une invention de leur part ou des demandeurs de droits fondamentaux, universels¹⁴⁶, appliqués à diverses valeurs réellement universelles comme par exemple les libertés d'expression, de religion, d'association etc? Ne sont-ils

¹⁴³ La définition d'infractions graves était définie au *Code criminel*, notamment, tel le viol ou un vol à main armée.

¹⁴⁴ Dans l'arrêt *Regina c. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, (Ont. C.A.) à la page 293 et 301 le juge Martin sur la justification du meurtre par imputation disait :

Patently, parliament has decided that the carrying of weapons during the commission of certain crimes, such as robbery, so manifestly endangers the lives of others, that one joins a common purpose to commit one of the specified offenses and who knows or ought to know that his accomplice has upon this person a weapon which he will use if needed, must bear the risk if death, in fact, ensues as a consequence of the use or possession of the weapon during the commission of one of the specified offenses or during the flight of the offender after the commission or attempted commission of the underlying offence...

¹⁴⁵ Plusieurs autres décisions ont été de la même nature.

¹⁴⁶ Nous associons les définitions droits fondamentaux et universels. Certains auteurs comme Ram Charam considère le droit universel comme l'une des caractéristiques des droits fondamentaux. Voir : cf. CHARAM, Ram, *Canadian Human Rights Year Book*, Toronto, 1983, p.267, 280p.

pas devenus des droits universels ou fondamentaux, sans qu'ils ne détiennent aucune trace de réel universel, c'est-à-dire qui ont transcendé l'individu par rapport aux intérêts particuliers et immédiats pour ainsi se réaliser moralement. Un des arrêts qui expriment de façon assez complète ces inquiétudes est la cause *Rodriguez*.

*L'affaire Rodriguez*¹⁴⁷

Pour appuyer ces affirmations nous allons prendre en exemple une des causes les plus fondamentales sur lesquelles la Cour suprême du Canada a été appelé à se prononcer : l'affaire Rodriguez. Cette affaire sur l'euthanasie nous permettra de reconnaître la confusion du droit.

Rappelons les faits : Sue Rodriguez était atteinte d'une maladie dégénérative incurable; son espérance de vie était très limitée et elle voulait devancer le moment de sa mort. Elle était parfaitement lucide et offrait un consentement libre et éclairé. Comme elle ne pouvait se suicider elle-même, elle réclamait l'aide d'un médecin; elle demandait donc au tribunal d'invalider la disposition du *Code criminel* interdisant tout aide au suicide sans faire exception pour les malades en phase terminale. Elle réclamait la liberté de choisir le moment de sa propre mort.

L'objectif du *Code criminel* était donc la protection de la personne vulnérable par l'al. 241*b*)), fondé sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie. «[Ceci] traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie. [...] il ne s'agit pas seulement d'une politique de l'État, mais d'un élément de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie humaine»¹⁴⁸.

Mais de renchéir sur la conception de l'objectif de cette disposition, la majorité de la Cour suprême affirme que «A priori, aucune de ces valeurs [la vie, la liberté et la sécurité] ne l'emporte sur les

¹⁴⁷ *Rodriguez c. La Reine* R.C.S. 1994, ci après appelé *Rodriguez*.

¹⁴⁸ *Rodriguez*, p. 595.

autres»¹⁴⁹. Ce qui signifie selon notre analyse que quelqu'un pourrait soutenir à bon droit qu'il serait préférable pour lui d'être tué plutôt que de rester malade et en chaise roulante.

La Cour ajoute aussi que «... le principe du caractère sacré de la vie **n'exige pas** que toute vie humaine soit préservée à tout prix. Il est en effet reconnu, du moins par certains, qu'il inclut des considérations relatives à la qualité de vie et qu'il est soumis à certaines limites et restrictions tenant aux notions d'**autonomie et de dignité de la personne**^{150, 151}. La cour suprême vient à l'instant d'introduire un nouveau concept de droit, qui correspond à un principe non pas de droit, quoiqu'il en soi devenu un, mais à une exigence de l'instant. La valeur du principe n'est pas en fonction de son fondement logique et de la raison, mais du nombre qui la trouve dorénavant acceptable. Autrement, la dignité occuperait la première place, parce que l'autonomie en découle nécessairement et non pas parce d'autres arguments de la logique raisonnée ont été posés. «L'examen qui précède

¹⁴⁹ *Rodriguez*, pages 584 et 586.

¹⁵⁰ *Rodriguez*, pages 595 et 596.

¹⁵¹ Dans une autre affaire (Communément appelé l'affaire *B*), la Cour était appelée à statuer sur la validité de l'euthanasie d'un enfant à la demande des parents.

La majorité (formée des juges LaForest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin) décida que la violation du droit à la liberté, c'est-à-dire dans ce cas précis de permettre aux parents le droit d'euthanasier un enfant ou pas, n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale; l'article 7 n'était donc pas violé.

Pour sa part, la minorité (formée de Iacobucci, Major et Cory) mentionna que le droit à la liberté protégé par l'article 7 ne comprenait pas la liberté des parents qui mettent sérieusement en danger la vie des enfants. La minorité exprima qu'il y avait de sérieuses craintes à reléguer à la liberté de choix des parents la vie de l'un ou de l'autre le soin de disposer dans ce cas présent, du corps de leurs enfants.

«Voilà pourquoi **nous craignons** que la décision de notre collègue crée une situation où le **droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion**» (p. 430).

De toute évidence, le droit à la vie de l'enfant ne devrait pas être fonction du droit à la liberté des parents, mais plutôt de sa dignité inhérente comme personne, ou en d'autres termes le droit à la vie ne devrait pas être relégué à une décision arbitraire, et basé sur le choix individuel de quelques uns.

démontre que le Canada et d'autres démocraties occidentales reconnaissent et appliquent le principe du caractère sacré de la vie à titre de principe général soumis à des exceptions circonscrites et restreintes dans les cas où les notions d'**autonomie personnelle et de dignité** doivent prévaloir¹⁵².

De plus la Cour suprême de rajouter : «Toutefois, ces mêmes sociétés persistent à établir une distinction entre les formes passives et actives d'intervention dans le processus de la mort [...]»¹⁵³. L'on peut remarquer encore une fois, bien que l'on reconnaisse dans ce jugement l'importance de la dignité humaine, que celle-ci est en réalité reléguée au second plan.

Mais qu'arriverait-il si l'État décidait de renoncer à la volonté de protéger les plus démunis..., comme cela s'est déjà présenté par le passé et qui dans une certaine mesure se produit encore aujourd'hui? Qu'arriverait-il si l'État renonçait à son intérêt et décidait de se débarrasser des personnes handicapées, des personnes âgées, au nom d'un droit nouveau qui pourrait aujourd'hui paraître impossible mais qui, dans quelques années, à cause de circonstances, pourrait être formellement acceptable et promu, par exemple, le droit de mourir au nom du fardeau fiscal pour le bien-être d'une génération future? Mais si alors les questions sont posées de façon à ce qu'il s'agisse de solutionner en droit fondamental les questions fondamentales, la raison dominera. Le fondement de la protection de la vie d'autrui, dignité inhérente de toute personne devrait dans ces circonstances être les valeurs véhiculées et posées en droit par les gardiens du droit, les magistrats! En d'autres mots, si le fondement de la protection de la vie humaine ne fait pas partie d'un ensemble, celui du respect des étapes de l'homme, la carence se retrouve aussi dans l'étape précédente, camouflant ce que l'homme devrait se poser comme questions de la simple morale.

¹⁵² *Rodriguez*, page 605.

¹⁵³ *Rodriguez*, page 605.

Pourtant la cour a mentionné sur cette question que bien au delà d'une politique de l'État, la question bien précise du droit à la mort dans le cas de Sue Rodriguez relevait «de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie humaine»¹⁵⁴. Encore une fois, par cette citation, nous voyons que l'élaboration du droit est ici faite selon une demande atomistique, les gardiens du droit étant loin d'avoir posé le problème en des termes universels, c'est-à-dire dans la tentative de poser l'ensemble des problèmes et des conséquences qu'expose un droit à la mort.

Les juges, tout comme la société, posent des questions comme étant celles de droit mais qui sont en réalité loin de ce que Hegel appellerait la volonté objective. Ce sont des questions bien souvent d'ordre matérialiste. L'on dénote dans les jugements que les affirmations de droit, le développement de concepts de droits fondamentaux, se fait à partir de questions qui ne relèvent pas de l'universel, ou en d'autres mots d'un droit qui se présente comme étant la raison pour tous contrairement à un droit d'intérêts. Dans l'affaire Rodriguez, la cour se posait la question de savoir si le droit à la mort doit se faire avec une forme de contrôle, au lieu de se faire en catimini¹⁵⁵. Pourtant, elle aurait pu et aurait dû plutôt développer la notion de droit à partir de questions qui entourent toutes les faces de l'être. Des questions qui posent les problèmes réels, ceux notamment du découragement de l'être, de l'apport de la famille et de l'État. Ces questions sont un exemple parmi tant d'autres de la confusion du droit. La norme de la réponse juridique semble être ce qui répond à une situation pour faciliter le contexte, pour répondre aux besoins de l'immédiateté. Un désir ou un problème équivaut à une solution de droit. C'est une réaction mercantile à la situation présente incluant toutes les ramifications implicites et explicites qu'ont amenées les notions de contrat et de propriété sur la personne. Un malade en voie de mourir est un problème qui soulève des points d'ordre économique

¹⁵⁴ Rodriguez, page 595.

¹⁵⁵ Cf. Tremblay, Denise, «Choisir sa mort, l'aide à la mort se pratique en catimini. Est-il logique de continuer à se fermer les yeux?», in *Le Devoir*, p.A-7, 21 janvier 1996.

pour toute la société, pour l'institution hospitalière qui n'a pas suffisamment de lits, pour la famille (lorsqu'elle existe), parce que celle-ci ne peut plus s'occuper du malade à cause d'un horaire trop chargé, du travailleur social inexistant, de la visite amicale etc... L'individualisme dans lequel chacune de ces parties vivent et l'appât constant vers l'acquisition et l'acheminement de ces personnes dès l'enfance, pose les questions de droit selon les besoins du moment. La situation forge le droit, plutôt que le droit (la raison) les événements. Pourquoi les juges n'ont-ils pas posé la question de la vie, de la sécurité, plutôt que s'en tenir au libre-arbitre de la personne qui posait le litige pour ainsi ne pas tenir compte de l'ensemble des questions que pose un tel litige? Le droit n'a-t-il pas la responsabilité d'examiner ces questions, puisqu'elles sont toutes reliées?

La Cour prétend : «Elle ne prétend pas que le suicide est un bénéfice [...]. L'appelante prétend plutôt qu'elle sera privée du droit de choisir le suicide, de sa capacité de décider elle-même de la conduite de sa vie.»¹⁵⁶ Selon nous il n'y a pas de plus fort exemple de la fausse liberté et de pseudo-droit que de prétendre à la liberté parce que libre de faire un choix et ce au même titre que n'importe lequel autre forme de contrat et d'achat ou d'échange. L'acceptation du «droit» de faire des erreurs, de «choisir» le mal, ou mal choisir tout simplement au nom d'une liberté atomiste, est sous-jacent à la logique de la Cour suprême du Canada dans cet exemple. Il y a un sentiment de liberté réalisée, d'un contrôle sur la nature, sur la situation. Tout comme était le fanatisme religieux, le fanatisme du pouvoir de l'abstrait, celui de se donner à «soi et par soi même», apporte «n'importe quel contenu» (§4), c'est la liberté du vide (§R5), la fausse conscience de la liberté.

Sans faire de jugement à savoir s'il y a hypocrisie sur la manipulation de ces concepts il y a

¹⁵⁶ Rodriguez, page 552.

certainement une confusion évidente de la part du plus haut tribunal du Canada¹⁵⁷. Par exemple de façon toute à fait légitime la Cour suprême a affirmé dans cette cause, ce qu'elle avait déjà dit par ailleurs dans la cause *Tremblay c. Daigle*, que : «notre Cour doit répondre à cette question en faisant abstraction des considérations **philosophiques**¹⁵⁸ et **théologiques** qui animent le débat sur

¹⁵⁷ Plusieurs exemples de confusion sont contenues dans ce jugement. Entre autre, le juge en chef de la Cour suprême avait indiqué qu'il rejetterait tout argument fondé sur le droit à l'égalité pour justifier ou infirmer l'euthanasie. Toutefois il en est arrivé à utiliser ce droit malgré ses propos. Le juge Lamer de mentionner «... je suis d'avis qu'au départ, la présente affaire ne concerne pas une discrimination en vertu de l'art. 15, et que la traiter comme telle risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15. [...] J'estime plutôt que c'est la façon dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7...» (p. 616). «À mon avis, on ne peut justifier de priver Sue Rodriguez d'un choix dont d'autres disposent.» (p. 617; voir également la p. 620). Il y a un manque flagrant de cohérence parce qu'il s'agit ici manifestement d'une approche fondée sur l'égalité en vertu de l'article 15.

De plus, la culpabilité criminelle dépend des circonstances dans lesquelles la mort a été provoquée ou assistée. [...] Dans le cas de Sue Rodriguez, on pourrait soutenir qu'une telle justification existe, la justification consistant à lui donner la **capacité, dont jouissent naturellement les personnes physiquement capables**, de mettre fin à sa vie au moment où elle estime que sa vie ne vaut plus la peine d'être vécue.» (p. 623) Encore une fois, l'argument de la personne physiquement capable est un argument qui repose sur l'égalité, alors que la Cour a bien spécifié que l'article 15 ne s'applique pas!.

Le juge McLachlin a affirmé que l'article 15 ne s'applique pas en l'espèce, mais elle s'est aussi servi des arguments qui reposent sur l'article 15.

En souscrivant au point de vue des juges Lamer et McLachlin et en se servant du genre de langage cité ici, le juge Cory confirme que le juge McLachlin n'était pas cohérent relativement à l'article 15 sur le droit égal de choisir le suicide. «Le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés. Il n'existe aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont» (p. 631).

Autre exemple, de la confusion du droit, en dissidence le juge puiné Lamer affirme que l'alinéa 241b) du Code criminel porte atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) et n'est pas justifié par l'article premier. Le juge en chef ne fait que ni plus ni moins souligner un droit qui était auparavant inexistant et qu'il crée de toute pièce, c'est-à-dire le droit égal de choisir et de se suicider. L'alinéa 241b) de rajouter le juge en chef Lamer, «a un effet **discriminatoire sur les personnes incapables de se suicider sans aide** [parce que] la capacité de ces personnes de prendre des décisions fondamentales relativement à leur vie et à leur personne est assujettie à des restrictions», elles sont privées de la **possibilité de choisir le suicide**» (p.544), et «même si cela n'était pas l'intention du législateur, et même si l'al. 241b) ne contient pas de mesure applicable spécifiquement aux personnes handicapées (p.550) (les caractères gras sont de nous).

¹⁵⁸ La cour a refusé d'analyser la question sur le plan philosophique. Elle n'a jamais soulevé les questions de la souffrance comme faisant partie intégrante de la vie, conception comme élément à protéger par l'État. Poser des questions telles que la mort dans la dignité, laisse présager un parti pris, une analyse subjective par rapport à

la moralité du suicide ou de l'euthanasie. Nous devons aborder la question qui nous est soumise dans une perspective juridique (*Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530)¹⁵⁹, sans oublier que la *Charte* a consacré le caractère essentiellement laïc de la société canadienne et la place centrale qu'occupe la **liberté de conscience** dans le fonctionnement de nos institutions¹⁶⁰. Nous comprenons tous que l'intention légitime de la recherche de la vérité qu'a le plus haut tribunal du pays doit se faire au détriment des préjugés et des affirmations sans raisons. Mais par ce genre d'argument, rejetant du revers de la main tout argument religieux voire philosophique, fait du droit une science aussi rigoureuse que ce qu'il tentait d'éviter. Ce qui est philosophique n'est pas synonyme de fausseté, ni uniquement sentimental. La philosophie inclut l'éthique, la logique, la théologie aussi le beau mais aussi inclut un cheminement historique de l'homme. Une conception philosophique peut aider à mieux comprendre et expliquer un acte, une situation. Aucune science ne peut d'ailleurs faire la

l'importante question dans les circonstances de vivre dans la dignité?

¹⁵⁹ Notons à titre d'exemple que la Cour suprême a rejeté de façon exceptionnelle l'utilisation de la méthode grammaticale ou littérale commandant l'usage des dictionnaires dans des causes à saveur éminemment politiques et critiques. Entre autres, citons le passage d'un banc unanime de neuf juges de la Cour suprême qui affirmaient qu' :

un argument purement linguistique présente la même faille qu'un argument scientifique : il tente de trancher un débat juridique par des moyens non juridiques, en l'occurrence par le recours à la prétendue définition au «dictionnaire» de l'expression «être humain». Tiré de *Tremblay c. Daigle*, à la page 553-554, (1989) 2 R.C.S. 530, 62 D.L.R..

Et pourtant, il est de coutume en droit afin d'éclairer une question de faire appel à toutes formes d'outils crédibles et reconnus. De plus, depuis que l'arrêt cité en exemple fut rendu, tous les juges siégeant dans cette cause, ont eu recours ou ont souscrit à l'opinion de juges ayant recours à des dictionnaires juridiques pour résoudre des problèmes juridiques liés au sens de certains mots. Les juges ne sont-ils pas devenus des joueurs politiques? Le droit n'est-il pas élaboré sur le droit revendicateur? Dans le même ordre d'idées, lors d'une entrevue à la *Revue du barreau canadien* (Mai 1994, également dans *Citée Libre*, juin 1995) le juge en chef de la Cour suprême du Canada, le juge Lamer indiquait clairement que plusieurs de ses décisions étaient prises avant d'avoir procédé à la recherche. Les arguments s'ajustaient par la suite. Cette affirmation laisse perplexe quant à la possibilité réelle de trouver la justice à travers une telle forme d'analyse.

¹⁶⁰ Rodriguez, page 553.

grave erreur de s'accaparer du monopole de la vérité. La cour ainsi s'est accaparée d'un pouvoir politique. Elle a dénoté un intérêt particulier et l'a tout simplement transféré dans la sphère étatique, sans plus de raisonnement.

Il a été également dit dans cette cause que «...l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide révèle que le législateur ne préservera plus la vie humaine aux dépens du droit à l'**autodétermination des personnes physiquement capables**»¹⁶¹ (le caractère gras est de nous). L'on voit dans cet exemple que la recherche de liberté, ce sur quoi le droit trouve sa fondation correspond à une recherche du besoin atomiste, qui dans ce cas ne prend pas en compte le besoin éthique particulier comme celui de traitements médicaux et d'attention toute particulière de l'être souffrant d'abord et avant tout.

Nous sommes en droit de nous demander si cette cause n'a pas instauré au Canada une culture de l'atome triomphant. Il a été dit dans cette cause qu'il existait un droit de «mourir avec dignité» (p. 532), un droit à l'autonomie individuelle et à l'autodétermination (p. 554 et 560) ainsi qu'un droit de choisir le suicide (p. 554). Mais surtout ceci a été dit dans le contexte vide du droit, en niant toutes références au passé, à l'histoire, à la philosophie.

Le vrai droit, celui recherché par Hegel et comme nous l'avons vu plus haut, n'est pas un droit de revendications, un droit de créances, un droit qui rejette toute forme du passé que la culture démocratique a mis des années à bâtir. Comment du revers de la main rejeter cette histoire humaine et permettre à la volonté atomiste d'affirmer un nouveau droit? Il en va d'une conception erronée des «droits et libertés», une confusion dans le droit, et tout ce qui s'en suit, dans ce cas précis de la

¹⁶¹ Rodriguez, page 561.

«dignité» de la personne.

L'on voit par certains exemples, notamment celui de l'euthanasie, que les lois se forment et se fondent à partir de sentiments, la pression du fait, l'influence médiatique de mouvements de volontés individuelles...qu'en est-il de la raison? Winston Churchill disait: «There is not opinion, there is only published opinion». Le professeur Caparros sur cette notion du «fait érigé en droit»:

«Cette méthode n'admet pas une opinion transcendante du bien. Tel comportement est-il bien ou mal? C'est l'opinion publique qui décide. Ce qui était bien hier pourrait aujourd'hui être mal et vice versa. Par voie de conséquence, le législateur se sent incapable d'exercer son véritable rôle : celui de sanctionner des lois pour le bien commun de la société. La notion de bien commun n'a d'ailleurs aucun sens dans une perspective positiviste. le législateur ne peut que répondre aux attentes de la population, faire ce que les gens veulent...»¹⁶²

Avec la venue de la Charte l'on a vu plusieurs causes laissées agir l'arbitraire au centre de la réflexion plutôt qu'identifier ce qui est légal et ce qui est moral dans sa réalisation éthique. Il semble exister une tendance à estimer que le droit n'est pas important, que la solution réside dans des notions que Hegel aurait qualifiés de morale subjective. C'est comme si ces nouvelles règles de droit donnaient une autorisation aux magistrats de poser les questions selon eux aussi leur atome, c'est-à-dire selon leurs expériences dans les limites de leurs cultures (Pour Hegel stipulons que ce sont aux individus les plus vertueux de se consacrer aux affaires de l'État, et que c'est en s'en tenant à un ordre de raisons seulement que la subjectivité peut forger la conscience - § 315). Les magistrats doivent à leur tour participer à l'élaboration du droit de la morale objective et reconnaître la revendication abstraite des demandeurs afin qu'eux mêmes en tant que fonctionnaires participent à l'élaboration de l'Idée effective et ne deviennent pas à leur tour des artisans du formalisme. Le «droit» avec ses notions et son appréciation multidisciplinaires (depuis la venue de la Charte, par

¹⁶² Cf. Caparros, E., *op.cit*, p.607.

définir une société libre et démocratique va bien au-delà du droit traditionnel et exige des capacités bien au-delà de la technique juridique¹⁶³) l'arbitraire des revendications offre aux revendicateurs un moyen de déjouer le droit. La tendance est à assimiler le droit à ce que l'on fait, à ce que chacun des atomes font¹⁶⁴! Il y a quelques années, Claude Lévi-Strauss mentionnait les effets durables de la Révolution française ainsi que la naissance d'une culture axée sur les droits individuels. La similarité de ses propos avec ceux cités plus haut est frappante :

On a mis dans la tête des gens que la société relevait de la pensée abstraite alors qu'elle est faite d'habitudes, d'usages, et qu'en broyant ceux-ci sous les meules de la raison, on pulvérise des genres de vie fondés sur une longue tradition, on réduit les individus à l'état d'atomes interchangeables et anonymes. La liberté ne peut avoir qu'un contenu concret : elle est faite d'équilibre entre des petites appartenances, de menues solidarités : ce contre quoi les idées théoriques qu'on proclame rationnelles s'acharnent; quand elles sont parvenues à leurs fins, il ne leur reste plus qu'à s'entre-

¹⁶³ L'on parlait de l'article 1 qui stipule que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le test de base à appliquer pour déterminer ce qu'est une « limite raisonnable » en vertu de l'article 1 a été énoncé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Selon ce test il faut, dans un premier temps, que l'objectif poursuivi par la mesure contestée soit suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantie par la Charte. Dans un deuxième temps, la partie qui demande le maintien de cette restriction doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et justifiables. Pour ce faire, il doit y avoir application d'un critère de proportionnalité comportant trois éléments : les mesures contestées doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif poursuivi et avoir un lien rationnel avec cet objectif. Le moyen choisi doit de plus être de nature à restreindre le moins possible le droit ou la liberté et ses effets doivent être proportionnels avec l'objectif poursuivi.

A cet effet le professeur Garant dit que « le test de l'arrêt *Oakes* a été l'instrument que s'est forgé la Cour suprême pour réaliser la nouvelle mission dont elle se croyait investie par la lecture qu'elle a faite de l'art. 1 de la Charte. Ce test ou cette « méthode » est à l'origine le reflet d'une volonté interventionniste. » Cf. Garant, *Droit administratif*, op.cit., p.XXIII.

¹⁶⁴ Prenons par exemple les questions de l'abus de vitesse sur la route ou les évasions fiscales, qui sont pourtant des actions généralisées tant dans le public que chez les avocats ou les juges. Et pourtant formellement la société se dote à grande échelle de ces lois à titre universel, bonnes pour tous, dans un but commun.

détruire. Nous observons aujourd'hui le résultat¹⁶⁵.

Il est à se demander lorsque les personnes désignées par la loi ne voient ni l'aspect formel créé par l'atomisme ou même encore ne voient pas l'effet atomistique de leurs interprétations, il y a de fortes raisons de s'inquiéter du sort que l'on fait, que l'on accorde au sujet de droit véritable dans toute la structure et la définition du droit comme entité universelle.

Le droit en réalité devrait être le domaine de l'esprit, puisque l'esprit contient tout pour réaliser la liberté (§33). Mais qu'en est-il lorsque l'esprit ignore l'éthique de l'entendement? La philosophie du droit devrait alors opérer un retour à la «concrétude» et être comprise dans le cadre d'une science de l'historicité. Il ne s'agit pas d'un plaidoyer en faveur d'un retour au droit naturel ou encore de l'application de modalités abstraites. Le droit n'est pas celui de l'au-delà ou tout simplement celui d'autrui qui provient d'une autorité extérieure. Le droit doit aussi comprendre des étapes historiques¹⁶⁶, tout n'étant pas né ou créé dans un vacuum.

Mais comprendre, par exemple, le droit à la vie comme droit contractuel ou comprendre celui d'expression à celui de satisfactions immédiates, de l'un ou de l'autre groupe sur un autre, laisse planer la confusion et rend le Droit en un instrument de l'un plutôt que de réflexion. Vient alors la confusion de son utilisation à tous les niveaux, aussi loin que dans les instances judiciaires suprêmes. L'un des problèmes en réalité a été que la Cour suprême a plusieurs égards, n'a même plus voulue poser le droit comme universel, ne comprenant pas l'impact de ces propos¹⁶⁷ sur la collectivité,

¹⁶⁵ Cf. Lévi-Strauss, C. (chez Didier Bribon), *De près et de loin*, Éditions Odile Jacob, 1988, p. 166.

¹⁶⁶ Il faut comprendre le terme historique dans le sens hégélien, c'est-à-dire y incluant et l'histoire, le sacré, la philosophie, la réalité contemporaine, bref y incluant la raison qui construit l'homme.

¹⁶⁷ C'est pour ça que selon le cas de la revendication en question, bien souvent, la Cour a changé de principes d'applications ou de règles d'interprétations.

sur la construction d'une morale. Elle s'est contentée d'exprimer l'instant du bonheur et de l'entendement. En d'autres mots, la Cour suprême est le reflet d'un droit de liberté marchande qui pense qu'en dépassant le strict cadre de l'individualisme (voire une application collective) elle pose l'actualisation du droit¹⁶⁸ et que celui-ci est accompli.

Ce genre de compréhension qui devient philosophie est encore plus troublante. Elle est un cercle vicieux qui, rajouté aux valeurs véhiculées à travers les révolutions, c'est-à-dire celles de la volonté individuelle comme étant irréprochable, confond encore plus subtilement la place réelle que devrait obtenir le droit.

Il est reconnu depuis déjà assez longtemps en droit par les tribunaux canadiens dans les causes qui touchent le droit de chaque personne de consentir ou non aux traitements médicaux qui lui sont proposés, que chacun demeure maître de son propre corps, même si cette décision entraîne la mort¹⁶⁹. La Charte est venue renforcer cette mentalité d'insister sur l'importance du droit à l'autodétermination, en rappelant que toute personne est libre de refuser quoi que ce soit qui lui serait imposé et particulièrement sur son propre corps¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Lefort indique que le droit est toujours un produit de la collectivité. Cf. Lefort, *L'invention démocratique*, Paris, Seuil, 1981.

¹⁶⁹ Cette liberté de choisir de mourir dans la dignité comme l'affirme plusieurs des revendicateurs de ce droit n'est cependant pas selon les tribunaux un droit absolu.

¹⁷⁰ Droit qui émane nettement du droit révolutionnaire, c'est-à-dire d'un droit contre ce qui serait imposé à l'individu, de suivre quelque chose de prédestiné.

*L'affaire Malette*¹⁷¹

Prenons le cas de l'affaire *Malette*. Cette affaire concernait le cas d'une patiente qui par conviction religieuse (elle était témoin de Jéhovah), refusait toute transfusion sanguine. Jugeant que sa vie était en danger à cause d'une importante perte de sang consécutive à un accident de la route, le médecin ordonna une transfusion. Mme Malette le poursuivit en justice, l'accusant de ne pas avoir respecté sa liberté de choix, c'est-à-dire celle de préférer la mort à une transfusion. Le tribunal jugea que les dommages psychologiques que la patiente avait subis devaient être pris en considération et cela même si le traitement lui avait sauvé la vie. En somme, l'on comprend de ce jugement que toute personne saine d'esprit a le droit de faire des choix concernant sa propre vie, même s'il peuvent entraîner la mort.

À l'instar de ce jugement, certains se sont réjouis d'avoir vu le droit canadien entrer dans une ère de relation nouvelle d'autodétermination entre le droit et le sujet. Souvenons-nous aussi que vu les circonstances du passé la reconnaissance du sujet devenait de plus en plus importante et nécessaire dans la redéfinition du sujet de droit dans sa relation avec lui-même, autrui (le concept de la collectivité) et l'État. Le droit se voyait de moins en moins développé et analysé selon une grille libérale et de libre-marché, mais il prenait une forme de plus en plus sophistiquée, qui le plaçait à travers des valeurs de liberté de revendications. Il ne s'agissait plus de droit strict de la propriété, mais c'était un droit de s'approprier une vie saine, un environnement sain.

En quelque sorte, le droit s'auto-légitimise dans la création de règles, de lignes de conduite et de principes légaux, dont ceux de permettre à chacun des individus qui se croient lésés le droit de

¹⁷¹ *Malette c. Shulman*, (1988) 47 D.L.R. (4th) 18 (Ont H.C.), confirmé par la Cour d'appel. de l'Ontario.

choisir en toute conscience. La confusion est d'autant plus présente que ce droit est en toute apparence légitime, au nom de la liberté et du respect. Mais en observant de plus près les ramifications dans lesquelles le droit s'inscrit, l'on peut apercevoir que le droit à l'autodétermination, en soi correct et promu dans la philosophie hégélienne. Mais dès l'instant qu'il y a de sous-jacent une philosophie de liberté-marchande, de valeurs de propriété et de contrat qui priorise le cheminement du droit, celui-ci restreint l'homme à un accessoire du droit de revendications qui s'y rattachent. Il est à se demander si la liberté et le choix peuvent aller aussi loin que de permettre de devancer le moment de la mort, ou dit autrement, si le libre-arbitre est signe de liberté et synonyme de l'autodétermination?

Par les questions que les tribunaux des instances supérieures se sont posées, l'on est à même de constater la malformation du droit. Se poser des questions en droit qui relèvent de l'immédiateté du besoin et de l'instant laisse présager un droit assez chaotique quant à la définition des droits fondamentaux tels ceux à la vie, à la liberté et à la sécurité. Ne pas se poser des questions fondamentales surtout lorsqu'il s'agit d'un débat qui affecte et la société et l'individu est révélateur de la place réellement allouée au droit.

L'impression est que les juges de la Cour suprême, notamment dans ces causes, répondent autrement que de façon juridique. Il est à se poser la question jusqu'à quel point ces causes sont des interprétations de droit, c'est-à-dire en termes hégéliens, des décisions qui émanent de la volonté de la raison. Autrement dit, le droit ne devrait pas être une expression qui émane uniquement des mouvements de pensées, mais plutôt être le résultat de la raison.

L'on est donc en droit de poser la question de savoir si les juges ne sont pas devenus des joueurs

politiques, des joueurs influencés par des mouvements de revendications¹⁷². Il semble que le cheminement de la solution juridique a omis d'inscrire, dans son développement, donc dans sa formation, des valeurs d'une société qui compose avec l'antique et le devenir. Nous pensons aux rejets combien nombreux qu'ont fait les juges de la Cour suprême du Canada d'arguments philosophiques, théologiques et historiques présentés devant eux. Ils ont rejeté ces arguments au nom d'une liberté, ne faisant pas de distinction entre le libre-arbitre et l'autodétermination. En d'autres mots, il est à regretter qu'ils n'aient pas su distinguer les valeurs de la morale réalisée, la réalisation de l'individu, confondant ainsi les notions de droit sous le couvert du nouveau but du droit moderne; arriver essentiellement à une conception universelle sans poser les questions de la morale réalisée.

Celles-ci ont toutefois eu comme conséquences de déplacer le droit d'un objet de protection strictement individualiste à un objet de droits-créances, sans pour autant rapprocher le droit dans l'une des étapes institutionnelles, de la réalité universelle. À cause d'une forme et la justesse des mots utilisés, les droits revendicateurs, ont par conséquent eu peu de critique¹⁷³. Le plus démunie se voyait offrir un droit d'obtention à quelque chose ou contre une action discriminatoire quelconque à son égard ou à son état¹⁷⁴. Mais avec le recul, en regardant de manière critique ces causes, nous voyons à la lumière de la critique hégélienne entre autres, une malformation du droit. Une impossibilité tant pour l'individu que pour l'État et la collectivité, d'atteindre la liberté. Ce n'est qu'en regardant de près l'analyse qu'on faite les juges de la Charte, que l'on peut arriver à une telle conclusion.

¹⁷² Cf. Cardinal, L., «Les mouvements sociaux et la Charte canadienne», op.cit.

¹⁷³ La Charte a connu et connaît toujours plusieurs critiques, mais elles se sont essentiellement limitées à des questions politiques ou touchant la préséance des tribunaux sur le parlement. Jamais n'a-t-elle été abordée en associant la venue de la Charte et son utilisation, au renforcement des valeurs de libre-marché et de droits révolutionnaires.

¹⁷⁴ Et ce d'autant plus depuis les causes qui touchent le droit à l'autodétermination.

À la lecture simple de ces causes il n'y a aucun élément qui peut nous amener à conclure que la démocratie et que plus précisément que le système judiciaire a failli dans sa démarche d'exprimer un sujet universel et a failli à réaliser à la réelle liberté. C'est en associant la philosophie du droit de Hegel et en posant les questions de l'universel hégélien que nous pouvons comprendre un peu mieux certains éléments de faiblesse du système judiciaire dans la démocratie canadienne.

Nous aurions pu utiliser un autre organe du pouvoir pour démontrer la continuité de la société civile dans la sphère de l'État. La magistrature n'a été qu'une cible, un exemple. Ainsi, nous nous sommes attardés aux arrêts qui ont été rendus après l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que cette dernière semble établir au même titre que l'ère révolutionnaire, une nouvelle définition de l'individu et surtout une nouvelle relation entre l'État, la société civile et l'individu. De telles préoccupations étaient relativement peu fréquentes autrefois. Contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, le citoyen s'en remettait à ses représentants élus pour défendre et illustrer ses intérêts. Le citoyen qui pouvait se le permettre abandonnait au Parlement et à ses Assemblées législatives la tâche de définir les droits, intérêts et devoirs qu'exigeait l'époque, selon les traditions et les usages bien établis, pour notre pays, du fédéralisme et du parlementarisme. Le droit n'était par pour autant la réalisation de la raison. De plus dans l'ancien environnement, le juge n'avait que rarement le pouvoir de l'intérêt public, sauf dans la mesure où il s'agissait de litiges sur la répartition des compétences législatives ou des juridictions. Avant la Charte il ne décidait que sur la lettre du droit. C'est pour cela que, contrairement à ce qui a lieu dans plusieurs autres pays qui connaissaient déjà cette forme de droit, au Canada, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a compliqué les rapports entre les droits et les devoirs du citoyen. Les tribunaux et spécialement ceux de la Cour suprême du Canada à dorénavant l'obligation de statuer sur une gamme désespérément étendue de questions et de litiges intéressant l'orientation à donner à l'ordre et à l'intérêt publics,

créant de toute pièce et en se basant sur d'anciennes méthodes d'interprétations, des droits universels.

L'analyse de cette question nous a permis de constater le contraste énorme qui existe entre les lois, les décisions juridiques et ce que pourrait être l'absolu hégélien. La confusion est d'autant plus grande que la croyance est à l'effet que les solutions passent par une plus grande implication de l'État. À vrai dire, aucun signe n'indique qu'un plus grand détachement de la société civile marchande apporterait une plus grande référence à l'Idée universelle des lois. Malgré bien des efforts, les lois et les décisions jurisprudentielles reflètent toujours l'atomisme. Le juge est le reflet d'une société de plus en plus raffinée dans ses revendications, et par ses groupes de pression et d'intérêts qui revendiquent pour eux et pour eux seuls sans approche globale de l'individu dans un processus des étapes de la vie : famille, société, État - sans liberté. Il y a certes des tentatives de solution, tels par exemple les moyens alternatifs de résolution, qui symboliquement ont pour but de retirer l'aspect adversatif des litiges et de trouver un sain équilibre entre les parties. Mais cet équilibre prend toujours sa source dans l'approche atomiste, c'est-à-dire, n'existe que et s'installe dans un contexte de marché. Ainsi ce qui est présenté aux citoyens comme méthode de résolution de conflit demeure toujours l'expression d'un droit formel.

La Philosophie du droit de Hegel peut-elle répondre aux exigences de la population d'une part et réaliser le droit comme raison? Les étapes hégéliennes peuvent en fait répondre à ces exigences de la population et parer aux mécontentements grandissant de la population et à la bureaucratie étatiste. Le sujet hégélien pourrait être perçu par plusieurs comme étant l'équilibre à établir entre les droits et les devoirs du citoyen. Nous le verrons, il s'agit bien plus que d'une philosophie de l'équilibre, mais d'une philosophie révisionnelle de toute une structure politique, d'une philosophie de l'identité et de liberté de l'individu dans et par cette structure. La notion d'équilibre est donc imprécise et injuste. Chez Hegel, il n'y existe pas de compromis.

La liberté dans et par la pensée hégélienne de la division de la société civile et de l'État, interprétée par l'inamovibilité réelle des juges, est possible. L'État hégélien laisse place à la réalisation de l'individu parce qu'il est un absolu concret et objectif. L'État «devient l'image et la réalité de la raison» (§360).

Le judiciaire a créé ainsi un malaise que la cour suprême du Canada vit dans son rôle de gouvernement des juges. Cette carence du droit qu'est venue amplifier une charte révolutionnaire dans l'impression de la réalisation d'un sujet de droit, dépasse la critique de la fameuse formule du Baron de la Brède, c'est-à-dire que le juge «doit être la bouche de la loi» mais aussi et surtout parce que la démocratie et donc le sujet de droit libre ne peut se réaliser à la simple expression du droit. C'est à la lumière des principes de la philosophie du droit que l'on peut reconnaître qu'il y faut une reconnaissance d'un mouvement complet des moments vers la réalisation de l'éthique.

CHAPITRE 3

SYNTHÈSE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT ET LIMITES DE CELLE-CI

I^{ère} PARTIE - LA DIALECTIQUE HÉGÉLIENNE

A) Les moments

Il existe trois moments dans la philosophie du droit de Hegel, le moment du droit abstrait, celui de la morale et celui de la *Sittlichkeit* ou de la morale réalisée. Cette dernière comporte les étapes également trilogiques de la famille, de la société civile et de l'État comme moment de la concrétude et de la réalisation de la morale. Ces mêmes moments se retrouvent toutefois et également dans chacune des autres étapes, non pas sous la forme de réalisations, mais plutôt sous la forme d'états d'esprit. C'est ainsi qu'au début des moments de la dialectique hégélienne, il y a l'étape associée au droit abstrait qui correspond aussi et surtout au moment et à l'état d'esprit de la société civile¹⁷⁵. C'est le moment où la volonté est exprimée par rapport au monde extérieur. Cette étape n'est ni la première, ni la dernière. Elle existe parmi les autres moments que sont la famille et l'État. Elle correspond surtout, comme les autres étapes d'ailleurs, autant à des moments réels qu'à des phases de la compréhension et de l'évolution de l'homme. Elle fait partie de la mouvance des étapes dans un moment donné de la vie. C'est le droit abstrait, conscient de la nécessité de se produire et de se reconnaître. Jamais Hegel ne voudra rejeter l'individualité en niant l'atmosphère et la réalisation du

¹⁷⁵ Où le sujet se traduit, par exemple, au moyen de la propriété.

«je» par rapport à lui-même. Il admet ainsi la dimension de la particularité comme moment essentiel à la liberté, mais incomplet, inachevé. Pour Hegel, l'esprit de retour à soi et pour soi associé à la société civile est essentiel pour deux raisons fondamentales. La première raison est que cette étape permet à l'homme de réaliser, de créer et de se laisser aller à sa réalité désireuse de spontanéité. La seconde raison est que cette étape permet à la volonté de poursuivre normalement le processus vers une liberté plus grande et d'éviter ainsi toute coupure entre deux réalités, deux moments. Sans respect ou reconnaissance de cette étape de retour à soi pour soi dans la société civile, le moment ultime de soi devient un devoir rigide plutôt qu'une réalisation de soi. Sans reconnaissance de soi, dans cette étape le sujet ne peut se reconnaître dans l'étape ultime. La seule notion de liberté alors connue serait l'étape du «je» par rapport à l'extérieur. Il s'agirait alors d'une forme de don complet, d'un «je» inconnu à soi-même. Considérée par rapport à elle-même, cette étape est insuffisante. Enfermée dans une seule étape de soi, la liberté ne peut se concrétiser, produire un individu authentique et émettre des lois, dans un système de droit de liberté. Pour que la liberté réelle soit la représentation de la volonté du sujet, l'individu doit, entre autres, se reconnaître parmi ses semblables et finalement extérioriser une partie de sa propre intériorité. À ce sujet, Hegel mentionne :

La personne doit se donner une sphère extérieure pour sa liberté, pour exister comme Idée. Puisque la personne dans cette première détermination encore toute abstraite est la volonté infinie en soi et pour soi, cette chose distincte d'elle, qui peut constituer la sphère de sa liberté, est déterminée comme ce qui est immédiatement différent et séparable de celle-ci (§41).

L'autre étape, c'est celle du droit moral, que l'on peut mieux comprendre en la faisant correspondre aux relations qui existent dans une famille, là où il y a une plus grande recherche d'une justice universelle. Elle contient un niveau supérieur de la volonté en soi, celui du dépassement, qui est pour Hegel la graine, le côté réel du concept de liberté, l'essence de l'universalisme. Elle demeure cependant encore formelle, une étape encore limitée, car le contenu est encore déterminé par rapport

à soi et comme mien - un peu comme l'enfant, l'adolescent dans la famille qui se définit comme sujet (§105). Parallèle intéressant qui nous fait associer l'étape de la moralité subjective à celle de la famille. La volonté est exprimée par rapport au monde extérieur. La volonté n'est pas déterminée par un objet extérieur mais intérieur (par ce que le sujet perçoit). Le monde est redéfini selon soi et par rapport à soi. «La volonté définie comme subjective, libre pour soi, est d'abord un concept qui doit avoir lui-même une existence pour être aussi idée. D'où l'on peut conclure que le point de vue moral prendra la forme de droit de la volonté subjective. Selon ce droit la volonté ne reconnaît que ce qui est sien et n'existe dans cela que si elle s'y retrouve comme subjective» (§107). C'était une étape pour Foucault¹⁷⁶, qui a servi essentiellement comme instrument de contrôle, qui chez Hegel est un instrument de reconnaissance de l'importance de l'autre et de la structure historique.

La troisième étape est celle de la liberté réelle. Elle se réalise, «ultimement», dans et à travers l'État, dans lequel le sujet se reconnaît parmi et à travers sa propre raison, après avoir absorbé les étapes précédentes et non uniquement dans le reflet de sa propre intériorité ou d'une extériorité étrangère.

La liberté se réalise à travers les décisions que le citoyen a lui-même prises comme partie intégrante de l'État, celui-ci à son tour influençant et/ou ré-influencant le sujet. La finalité n'est pas la vie individuelle mais la vie spirituelle du monde. La liberté ne signifie pas l'acquisition d'une chose ou d'un état. Certes, la liberté passe par ce monde extérieur de l'acquisition, mais la liberté réelle doit nécessairement passer à travers une compréhension et un approfondissement d'étape réfléchie et volontaire.

La solution hégélienne se situe au centre de la redéfinition du sujet. Nous avons exprimé de

¹⁷⁶ Cf. Foucault, Michel, *La volonté du Savoir*, Éditions Gallimard, Paris, 1976.

l'hésitation quant à savoir s'il existait chez Hegel un ou des sujets. À vrai dire, les deux affirmations ne sont pas fausses. Tout d'abord, il y a le sujet en tant qu'individualité, mais il y a aussi les moments du sujet, où celui-ci se métamorphose sans cesse en tant que personne de droit abstrait et moral. C'est pour cette raison qu'il est permis de parler des sujets hégéliens, sujets métamorphosés en personnes, ayant des relations humaines.

Chaque étape réelle de la vie a son importance, son rôle bien spécifique et défini dans le contexte universel du droit de la personne chez Hegel. La différence à faire, selon Hegel, est celle qui existe entre les droits d'obligation et de créance et ce qui est strictement lié aux droits de la personne. Pour Hegel, cette différence ne devrait pas exister et devrait s'intégrer dans un tout, et ce par l'institutionnalisation des étapes de la vie dans la vie éthique comprenant des expériences du moment de droit abstrait. Cette distinction est simple, mais elle est largement ignorée de nos jours; la conception du droit formel et utilitariste est omniprésente dans les sociétés libérales contemporaines. Hegel en posant un renouveau éthique, ainsi qu'une autonomie individualiste, se distingue de tous les autres penseurs modernes et anciens : des Grecs quant à la place qu'il offre à l'individu, et des libéraux, quant à la place qu'il donne à la collectivité et à l'universel. Hegel pose autrement les principes que l'on connaissait et donne un nouvel aspect à la vie, à l'intersubjectivité et à la relation de l'éthique entre les personnes¹⁷⁷. Il y a des droits à chaque étape de la vie, mais aucune ne correspond à l'état du droit final et ultime. Les droits ne représenteront même pas comme chez Kant des particularités ou des éléments du droit universel. Certes, il y a chez Hegel des droits de la personne et cela à chaque étape de la vie. Mais il y a une distinction à faire entre ces droits. Le droit dans la philosophie hégélienne comme un tout est fondé sur les étapes de la vie et qui représente le cheminement de l'homme qui récusé le formalisme, s'affirmant comme une conscience en auto-

¹⁷⁷ Cf. Alan Brudner, «Hegel and the Crisis of Private Law», in *Hegel's Philosophy of Right*, Routledge, New-York, 1991, p.127.

mouvement. Hegel insiste sur la formation progressive de la conscience de l'être et de la liberté¹⁷⁸.

B) Le sujet de droit hégélien

Maintes fois étudié et analysé à travers l'histoire, le désenchantement face à la liberté n'a jamais été autant relié et énoncé qu'en cette époque qui pourtant est qualifiée d'hyper-protectrice et revendicatrice des droits individuels¹⁷⁹. Certains auteurs (dont Benhabib¹⁸⁰) affirment qu'en effet le malaise moderniste est relié au fait d'associer simplement le concept du sujet avec celui de l'individualisme qui n'a pas su finalement arriver au résultat recherché. À ce sujet Pinson disait :

...les droits de l'homme ne sauraient valoir que comme moment. Il est hors de question d'en faire un absolu, car l'absolu de la norme transcendante au réel qu'on poserait formellement ne serait qu'une abstraction...risquerait d'aboutir à la destruction de toute particularisation et par conséquent à la négation de ce que ces droits sont censés protéger¹⁸¹.

Ferry et Renaut, examinant la question des droits de l'homme, affirmaient que dans le contexte de la modernité, «l'homme doit d'abord apparaître au sein de l'univers comme la valeur supérieure entre

¹⁷⁸ Voir à ce sujet : Cf., K-H. Ilting, in Pelczynski, op.cit., *State and civil Society*, où la philosophie du droit hégélienne est vue comme une phénoménologie de la liberté.

¹⁷⁹ Cf. Lachance, M., «Les juges aux bancs des accusés», in l'*Actualité*, 15 juin 1996. Dans cet article l'on mentionnait, statistique à l'appui, le grand désenchantement et désintéressement de la population face à l'appareil judiciaire canadien.

¹⁸⁰ Cf. Benhabib, «Obligation, Contract and Exchange in the Significance of Hegel's Abstract Right», in Pelczynski, p.160. Elle dit:

... while Hegel challenges the individualist and a historical presuppositions of the modern liberal tradition he confronts marxism with a type of social realism that avoids reducing the normative dimension of collective life to a positivist science of society.

¹⁸¹ Cf. Pinson, J.-C., *Hegel, le droit et le libéralisme*, Paris, PUF, 1989, p.127.

toutes pour que l'idée de droit lui soit attachée et qu'il devienne l'unique sujet du droit»¹⁸² Seule l'acquisition de valeurs particulières est synonyme de liberté. Le sujet est dès lors confondu avec la notion d'individu l'associant à la Raison. La pensée moderne s'est emparée du sujet comme étant le je, le moi et le surmoi. Et pourtant, et c'est ce qui semble apparaître à l'horizon, l'être humain semble vouloir redécouvrir la notion d'amour et de relations inter-personnelles, renouer finalement avec le concept du «vrai droit naturel». Celui qui contient en soi l'individualisme mais aussi pour soi celui qui contient la raison universelle de dépassement en soi. Il s'agit de lui en laisser les possibilités et ne pas teinter et spolier le Droit. Hegel sera le précurseur de l'idée selon laquelle l'individu a le devoir, ce devoir libérateur (§149), le désir et la capacité d'être un acteur de sa propre existence et de contribuer à la construction de l'émergence du Sujet/Raison dans la liberté et la justice.

[...]c'est en posant que les réalités individuelles ne s'épuisent pas dans leurs buts particuliers, mais que tout doit contribuer à une oeuvre, que Hegel parvient à conférer à toutes les manifestations de l'individualité une signification et une portée que, considérées en elles-mêmes, isolément, elles ne sauraient jamais obtenir¹⁸³.

Le sujet de droit hégélien trouve donc son fondement dans la critique qu'il adresse à la modernité. Pour Hegel, faire reposer le droit sur les buts et les opinions subjectives est une erreur. Le tort de la pensée moderne consiste dans la fondation anthropologique : «l'homme découvre en lui comme une donnée de sa conscience qu'il veut le droit, la société, l'État...; plus tard apparaîtra une autre forme du même contenu; ici, il a l'aspect de l'instinct, alors il prendra celui du devoir» (§19). Le sujet de droit hégélien demeure moderne toutefois, car il s'accorde avec les autres philosophies modernes dans cette nouvelle approche qui conçoit l'absolu comme esprit, c'est-à-dire comme «unité concrète de la pensée et de l'être¹⁸⁴». La pensée moderne, qui depuis Descartes et le départ de

¹⁸² Cf. Ferry et Renaut, «Des droits de l'homme à l'idée républicaine», in *Philosophie politique*, vol. 3, op. cit., p.71.

¹⁸³ Cf. Ferry et Renaut, op. cit., p.202.

¹⁸⁴ Cf. Bourgeois, Bernard, «Hegel et Descartes», in *Études hégéliennes*, Paris, 1992, p.348.

l'*ego cogito* instituant l'homme comme fondement, constitue chez Hegel un élément de critique. Hegel, l'homme de la synthèse, le philosophe du passé et du futur, de la réconciliation, institue un sujet de droit nouveau parce que la conscience est un moment du développement de l'esprit. Mais «La conscience pour Hegel ne peut être à elle seule fondatrice¹⁸⁵.» En fait, et nous l'avons vu dans le chapitre précédent sur la critique du droit formel, Hegel diffère des modernes quant à la mort de la singularité absolue qualifiée d'universalité. Il rejette comme point de départ la liberté de l'individu comme toute vision holistique de la société.

Ce qu'on peut dire, c'est que si, pour un moderne comme Kant, la liberté est celle de l'*individu*, comme devant mourir à ses particularités empiriques, pour Hegel, la liberté est avant tout celle de l'*Esprit* comme ce qui réclame que l'individu meure à son individualité.¹⁸⁶

Par exemple, la philosophie hégélienne emprunte chez les Grecs une notion de liberté, laquelle chez Platon correspond à une politique du bien et de la morale réalisée collectivement (§185). D'après Hegel, les faits et gestes, ou le bien, ne peuvent à eux seuls constituer la liberté réelle objective. Dans la philosophie platonicienne, le bien (liberté) est immuable - l'homme est celui du dehors et contemple la liberté. Chez Hegel par contre, le vrai bien passe par la raison et un processus de maturation. Celle-ci, est en constante évolution autant que le sujet agit dans et par la pensée de la loi universelle¹⁸⁷. Autrement dit, la loi ne peut exister universellement que par l'action du sujet qui chez Hegel est imprégné de la morale du bien se réalisant en collectivité. Or Hegel ne réduit pas le

¹⁸⁵ Cf. Dahomay, Jacky, «Sujet de droit et objet de droit - l'homme est-il le seul sujet de droit?», Actes du Colloque de Mai 1992, No. 22, *Hegel et la Déconstruction du sujet moderne du droit*, pp.89-117, Centre de Philosophie politique et Juridique de l'Université de Caen, in Cahiers de Philosophie Politique et Juridique.

¹⁸⁶ Ibid., p.103.

¹⁸⁷ C'est le cas de la loi qui est le produit d'une constante intervention de la pensée sur les mœurs et les coutumes d'une époque. Elle n'est libre que par le mouvement qui l'engendre, comme universellement valable grâce au libre examen de chacun des citoyens et de sa reconnaissance (§211 : Rem.).

sujet à une notion secondaire. La morale confère au sujet la capacité constante de réalisation de soi. Comme nous venons de le voir, la moralité objective est la volonté en soi et pour soi, elle est «le cercle de nécessité, dont les moments sont les puissances morales qui régissent la vie des individus ...» (§145). Elle est une force unificatrice qui englobe les dispositions éthico-politiques qui réunissent les êtres humains entre eux. C'est ainsi que le droit des individus découvre sa «destination subjective à la liberté, parce qu'ils appartiennent à une réalité morale objective» (§153).

Toutefois, jamais Hegel n'aura cru à l'atomisation du sujet comme moyen d'atteindre la liberté, surtout quand le sujet prend la forme de la collectivité ou d'un universel. Car le sujet atomiste ne pourra jamais atteindre sa plénitude. En d'autres mots, le seul accomplissement de la liberté chez Hegel est l'oeuvre de la pensée qui établit la volonté. Celle-ci n'est véritable que si elle est pensante. «Ce qui fait l'esclave c'est qu'il ne se connaît pas comme essence, comme liberté : qu'il ne se pense pas»¹⁸⁸. Ce concept de volonté libre comme universel dépasse l'objet et parcourt les déterminations. Elle est vérité du moment de la particularité réfléchie sur soi et par là élevée à l'universel. Pour Hegel, il s'agit de la réalisation du véritable sujet, «en tant qu'il n'est pas simplement analyse mais aussi production des particularités de l'universel, je l'appelle dialectique» (§31). En ce sens, Hegel se distingue des libéraux et des modernistes, mais il demeure cependant, malgré ses différences, plus proche de ceux-ci car le sujet demeure la raison de sa philosophie.

- i) Hegel se distingue de Kant. Il a instauré une philosophie du droit en équilibre avec la morale, ce que les libéraux n'ont su distinguer et que Kant, selon Hegel, n'a su réaliser. Pour Hegel, Kant a basé sa philosophie sur la notion du juste et du droit formel; il a réduit le droit politique au droit privé, en transposant les déterminations de la propriété privée dans une sphère qui est d'une nature

¹⁸⁸ Cf. Dahomey, op. cit., p.112.

toute différente et plus éminente. C'est le sujet dans la dialectique supérieure du concept qui produira la détermination, «non pas comme une pure limite et un contraire, mais d'en tirer et d'en concevoir le contenu positif et le résultat, puisque c'est par là seulement que la dialectique est développement et progrès immanent» (§31 : Rem.). L'esprit est donc libre, libre de sa subjectivité particulière et des libertés individualistes, c'est en quelques mots le concept librement construit par les sujets (et notamment le sujet) qui librement produit les déterminations. Or, bien au contraire des modernes, Hegel ne situe pas le droit uniquement dans le sujet, mais en instituant, ou plutôt en relevant, l'essence de la relation éthique et politique dans la formation du droit libre.

La philosophie du droit possède une valeur exemplaire dans le domaine de la philosophie politique. Cette philosophie est avant tout une critique de l'atomisme, c'est-à-dire de l'abstraction du point de vue moral, et notamment du normativisme kantien. Pour Hegel, Kant a abandonné le point selon lequel la «moralité» est limitée et est exclusivement soucieuse de fixer le principe subjectif de l'action bonne en oubliant la réalité éthique. N'est-ce pas ce qui se passe dans l'interprétation des lois par les magistrats canadiens? Souvenons-nous de la décision *Rodriguez*. Ne sommes-nous pas en droit de nous demander s'il n'y a pas eu dans leur interprétation reconnaissance de l'individu séparé? Pour Hegel, en ne reconnaissant que l'individu séparé, ces philosophes et ces magistrats, se seraient limités à un caractère négatif de la liberté, et ce même s'il y a réalisation de la morale chez l'individu. Pour lui, l'expression de l'infinité de la subjectivité individuelle est insuffisance radicale, car l'esprit n'est pas encore devenu objectif.

ii) Mais Hegel demeure également moderne à condition que le droit soit imprégné de cette philosophie platonicienne de la justice en soi et pour soi, c'est-à-dire sous la forme d'une théorie des institutions concrètes qui organisent la vie collective. Afin de mieux cerner cette affirmation, on peut prendre à titre d'exemple la critique que fait Hegel de l'aspect contractuel que l'on retrouve dans tous

les moments de la vie, entre autres, celui de la famille. Notamment, le contrat de mariage ne peut être subsumé sous le concept du contrat, car, nous dit Hegel, la volonté des deux parties qui se retrouvent dans le contrat «n'est posée que par ces deux personnes, elle est donc commune mais non pas universelle en soi et pour soi, ce qui ne peut faire le fondement ni de l'État ni de la relation amoureuse» (§75B).

L'immixtion de ces rapports et de ceux de propriété privée dans les rapports politiques a produit les plus graves confusions dans le droit public et dans la réalité : de même que jadis les privilèges publics et les fonctions de l'État ont été considérés comme la propriété immédiate de certains individus, au détriment du droit du prince et de l'État, de même, dans la période moderne on a fondé les droits du prince et de l'État comme sur des contrats dont ils seraient l'objet et on les a considérés comme une simple volonté commune, résultant du libre-arbitre de ceux qui sont unis dans l'État. Si différents que soient ces deux points de vue ils ont pourtant cela de commun d'avoir transporté les caractères de la propriété privée dans une sphère qui est d'une autre nature et plus élevée... (§75 : Rem.)

Nous l'avons déjà vu lors de la critique des droits formels que fait Hegel de Kant:

La personne concrète, nous dit-il, qui est à soi-même une fin particulière comme ensemble de besoins et comme mélange de nécessité naturelle et de volonté arbitraire est le premier principe de la société civile. Mais la personne particulière est par essence en relation avec la particularité analogue d'autrui, de sorte que chacune s'affirme et se satisfait par le moyen de l'autre et en même temps est obligée de passer par la forme de l'universalité, qui est l'autre principe. (§182).

C'est la même chose pour le bien utilitariste qu'il décrira dans la société civile. Il s'agit bel et bien d'une liberté essentielle, mais ce n'est pas celle que l'on doit retrouver dans et à travers l'État et comme étape finale du droit. Elle est partie de la moralité objective (*Sittlichkeit*) de la philosophie du droit mais seulement comme «étape de différence entre la famille et l'État» (§157).

Cette subjectivité comme détermination abstraite de soi et pure certitude de soi seul, dissout également à l'intérieur de soi toutes *déterminations fixes* du droit, du devoir et de l'existence puisqu'elle est la puissance judiciaire de déterminer par elle-même

pour un contenu, s'il est bon et en même temps la puissance à laquelle le bien d'abord seulement représenté et devant être, doit sa réalité.

Rem. La conscience de soi, qui est parvenue complètement à cette réflexion absolue en soi-même, trouve en elle un savoir sur soi, pour lequel aucune détermination et donnée ne peut tenir. Comme figuration générale dans l'histoire, la tendance, l'orientation vers l'intérieur qui pousse à chercher en soi et à connaître et déterminer d'après soi ce qui est juste et bon, apparaît aux époques où ce qui est tenu comme tel dans la réalité et dans les mœurs ne peut satisfaire une volonté plus scrupuleuse. Lorsque le monde existant de la liberté est devenu infidèle à son idéal, la volonté ne se retrouve plus dans les devoirs en vigueur et ne peut regagner l'harmonie, perdue dans la réalité, que dans l'intériorité idéale. Quand la conscience de soi saisit et obtient ainsi son droit formel, ce qui importe, c'est de savoir comment est constitué le contenu qu'elle se donne. (C'est nous qui soulignons) (§138).

L'universel est une plus grande liberté, mais en fait il est la réelle liberté parce qu'il est l'expression de la morale réalisée et exprimée du sujet. L'être humain devra avoir vécu et connu cette «moindre liberté» et c'est pour cela que, à la différence de la théorie marxiste qui a rejeté l'aspect relevant des intérêts particuliers, il sera en mesure de réaliser un dépassement de soi; d'où l'importance de vivre cette moindre étape. Les libéraux feront de la liberté dans la société civile, tout comme certains anarchistes d'ailleurs, une fin en soi et pour soi. Hegel n'affirme ni uniquement l'un, l'individualisme, ni l'autre, le collectivisme. La philosophie hégélienne n'est étrangère ni au «je» ni à la communauté. Toutefois, comme nous en avons fait mention au chapitre précédent, il ne faut pas confondre collectivisme avec liberté. Bien que «l'association en tant que telle est elle-même le vrai contenu et le vrai but, et la destination des individus de mener une vie collective; et leur autre satisfaction, leur activité et les modalités de leur conduite ont cet acte substantiel et universel comme point de départ et comme résultat» (§258:Rem.), si celle-ci demeure une énigmatique arbitraire du nombre, Hegel la qualifiera toujours de collectivisme atomiste car l'idée de la morale ne recevrait pas de consécration de devenir effectif dans un réseau d'institutionnalisation par et dans l'État. Le droit objectif tout comme le droit kantien à certains égards offre, d'après Hegel, une liberté limitée parce qu'il y a absence de la réalisation collectif des sujets. Comme le fait remarquer Bourgeois il s'agit de:

La négativité de cette société, effacée dans son idéalisation à travers le libéralisme politique absolu, à savoir la limitation du principe individualiste par «l'universalité positive» des liens traditionnels, syncrétiquement sociaux et politiques, des ordres et des corporations, doit alors être posée comme une négativité encore abstraite et fausse¹⁸⁹.

Il faut bien comprendre que le droit abstrait a ses bases dans le droit privé, qui représente dès ce moment des éléments d'injustice, c'est-à-dire qu'il ne comporte pas en lui la détermination du processus au travers duquel la personne s'engendre comme individu libre. C'est en d'autres mots le droit au droit sans avoir au préalable établi les déterminations de celui-ci.

Pour Hegel, la philosophie kantienne telle qu'elle peut être comprise présente cette conception d'une morale limitée, du seul fait qu'elle ne peut se réaliser en institutions correspondant à une morale complétée dans certaines étapes, dont l'ultime qui est l'Idée représentée et réalisée dans l'État. Bien que Kant parle d'un État cosmopolite (universel) correspondant à une communauté éthique universelle, pour Hegel la morale kantienne demeure dans l'abstrait. Il est très important de le mentionner dans le cadre de cette étude, parce qu'au Canada, tout comme Kant l'a mentionné, l'on semble reconnaître que le droit ne peut être l'expression du seul libre-arbitre. Cependant, il y a création et interprétation de lois basées sur une morale autonome, lesquelles deviennent l'universel. Pour Hegel, cette pensée pose le problème fondamental de l'universel réel, c'est-à-dire de la morale réalisée dans les institutions et qui par conséquent n'a sa base que sur la bonne volonté de chacun pour créer l'universel. Celle-ci est plutôt objet de confusion, malgré le but recherché de ses auteurs, c'est-à-dire celui de créer une société de liberté objective.

Cette critique est également une des plus importantes critiques que Hegel adresse à la philosophie

¹⁸⁹ Cf. Bourgeois, sous la direction de PLANTY-BONJOUR, Guy, *Droit et liberté selon Hegel*, Paris, PUF, 1986, p.38.

kantienne du droit. Hegel se dissocie clairement de cette notion de liberté qui considère la volonté morale individuelle comme synonyme de liberté complète.

C'est dans cette spécificité du droit que se retrouve le libre arbitre kantien. Chez Hegel, la moralité ne se réalise dans la philosophie du droit qu'à condition de se supprimer comme telle à une étape supérieure. Afin d'apprécier la portée du jugement de Hegel, il est important de se situer par rapport à la *Métaphysique des mœurs* de Kant. On peut mieux ainsi comprendre la philosophie hégélienne qui condamne la morale kantienne centrée sur la spécificité de la moralité de chacun des individus comme source de droit.

L'Universalité kantienne pourrait correspondre à la moralité hégélienne si elle n'avait pas à la base l'individualité de la personne, en ce sens que Kant conçoive l'universel comme autre chose que strictement empirique et pragmatique. Mais Hegel se fera toujours défenseur de l'Universel, d'une morale réalisée et non pas d'une morale atomisée. Pour Kant, «le droit est l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté»¹⁹⁰. À titre d'exemple, la possession chez Kant est le résultat de la notion de droit car l'objet, étant matière de possession pour l'arbitre par rapport à un autre, est le postulat de base «raisonné» juridique du devoir. Par conséquent, le droit d'agir sur autrui en devient le résultat normal, de telle sorte que ce qui est extérieur doit être et peut aussi devenir sien. Même s'il ne s'agit pas d'une possession réelle ou tangible, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une notion adversative et hiérarchique même dans les relations les plus intimes, contraire à l'entendement exprimé dans la philosophie du droit de Hegel et contraire à ce que nous avons exposé au chapitre second quant aux magistrats canadiens. Pour Hegel, il s'agira d'une notion qui contribue

¹⁹⁰ Cf. Kant, *Doctrine du droit*, Introduction, B; Qu'est-ce que le droit?, in fine, AK, VI, 230, 104.

inévitablement au désordre car elle est une fausse liberté. Ainsi, par exemple le mariage et l'État ne peuvent être analysés en se fondant sur cette notion de liberté qui en soi est fausse. Cette liberté souligne qu'une personne particulière n'est en rapport qu'avec elle-même. La liberté kantienne ne transcende pas l'individu et est donc limitée. Le dépassement kantien demeure autour de la volonté de l'individu et de ce fait ne peut correspondre à la liberté de la réalisation de la volonté libre. Une théorie du droit doit être l'expression de la volonté, nous dira Hegel. Elle ne peut provenir que de la volonté de l'individu libre et si l'individu n'a pas cet aspect de reconnaissance d'autrui, il ne pourra être un individu de volonté libre.

Pour Hegel, la liberté kantienne ne peut être la liberté réelle dans sa finitude parce qu'elle demeure un droit abstrait et le droit abstrait, nous dit Hegel, est un droit de contrainte parce que l'acte injuste est une violence contre l'existence de ma liberté dans une chose extérieure (§94). Hegel affirme :

Définir d'emblée le droit abstrait ou strict comme un droit à la pratique duquel on devrait contraindre, c'est le définir d'après une conséquence qui n'intervient que par le détour de l'injuste (§94).

Il est intéressant de voir cet important élément de la critique de Hegel relié au contexte présent de cette étude. Pour Kant, le droit est un arbitre par rapport à un autre arbitre. Tandis que chez Hegel, l'individualisme a effectivement sa raison d'être; mais non pas dans l'universel, c'est-à-dire dans la création des lois fondamentales, c'est à titre de cheminement seulement, en citoyen, que chaque individu se concrétise dans des lois. Autrement, la loi est incomplète à cause de l'individualité unique qui en découle, celle d'une simple compréhension de la réalité, instinctive et dépendant de la volonté immédiate. «La liberté du citoyen privé que ce droit codifie est synonyme de la perte de l'universalité substantielle et de la moralité effective de la Cité. Les individus, comme personnes privées, se sont

détournés de l'immédiateté éthique politique de la cité en vertu de l'universalité formelle du droit¹⁹¹. Par ailleurs, le droit de chacun des individus à la réalisation subjective de la liberté est possible et entièrement satisfait lorsque cette étape appartient dorénavant à la réalité de la morale objective. Hegel dans l'une de ses remarques soulignait une discussion qu'un père avait avec un pythagoricien sur la meilleure manière d'élever moralement son fils : «Fais-en le citoyen d'un État dont les lois sont bonnes» (§153 : Rem.). Ce que Hegel recherche est en soi le droit posé «dans son existence objective, c'est à-dire défini pour la conscience par la pensée» (§211). Le seul vrai droit doit être posé ou être pris consciemment comme universel par la pensée. C'est celle-ci qui donne au droit sa dernière détermination. Le droit doit devenir loi pour justement recevoir en plus de la forme de l'universalité, sa vraie détermination. Dangereusement à l'inverse, les déterminations légales qui produisent des lois comme fondements universels, le font avec une telle certitude, que le résultat amène la stagnation, loin de la pensée réfléchissante puisque déterminée dans la certitude. Celles-ci sont faites de volonté, perdues dans divers contenants qui ont l'apparence de l'existence du droit. Le droit est donc l'existence de la volonté libre, donc les lois universelles tels le droit à la vie, la mort, etc., doivent être aussi issues et émaner de «la liberté en général comme Idée» (§29).

Kant définit le droit comme une contrainte légale des arbitres. Hegel, pour sa part, confirmera dans sa critique de Kant que le droit doit s'inscrire dans la continuité entre la volonté particulière (l'arbitre) et la volonté universelle (la volonté de la loi). L'arbitre demeure un concept de l'égoïsme qui ne peut être à la base de l'Universel, mais peut être une base parmi d'autres éléments de la nature et de la volonté humaines. (Ce qui, à notre point de vue, écarte toute tentation de despotisme légal ou de pensée totalitaire).

¹⁹¹ Cf. Garbis Kortian, «Remarques sur le rapport entre subjectivité et société civile», Montréal, 1990, p.208.

Kant recherchera dans sa doctrine une légalité des règles régissant les rapports des arbitres avec les choses et entre ceux qui se permettent de poser les différentes lois du droit privé. Hegel n'aspire pas à ce consensus. De façon d'abord abstraite, il montre les étapes à parcourir pour aboutir à une réelle liberté dans le monde objectif en reconnaissant la collectivité.

Si on confond l'État avec la société civile et si on le destine à la sécurité et à la protection de la propriété et de la liberté personnelles, l'intérêt des individus en tant que tels est le but suprême en vue duquel ils sont rassemblés et il en résulte qu'il est facultatif d'être membre d'un État (§258:Rem.).

Cette différence est importante car tout au long de son oeuvre Hegel prend à l'appui de sa critique la thèse du droit individualiste.

Une fois constatée, la confusion contractualiste dans la philosophie kantienne du droit, le second aspect de la conception kantienne du droit qui devient l'Universel peut être abordé. Il fallait donc comprendre le premier pour analyser le second. C'est qu'en fait les arbitres doivent, selon Kant, s'unifier en une volonté universelle. La volonté particulière ne peut justifier ou imposer une contrainte que de façon arbitraire, mais pour Kant, pour que chacun puisse être déterminé par une loi commune, et réciproquement l'imposer à l'autre il est nécessaire que la contrainte satisfasse à plusieurs conditions que seuls les pouvoirs de l'État seront à même de remplir. L'État kantien est celui «en lequel ce qui doit être reconnu comme appartenant comme sien à chacun soit légalement déterminé et lui soit assuré par un pouvoir suffisant (qui n'est pas le sien mais un pouvoir extérieur)»...¹⁹² En quelques mots, ce mouvement qui consiste à aller d'un droit privé abstrait au droit concret est une démarche analogue à celle de Hegel. Pour Kant comme pour Hegel, il ne peut

¹⁹² Cf. Kant, *Doctrine du droit*, op. cit., AK, VI, 264, 140.

y avoir de liberté réelle que dans l'État, garant des sphères privées. «L'État, comme réalité en acte de la volonté substantielle, réalité qu'elle reçoit dans la conscience particulière de soi universalisée, est le rationnel en soi et pour soi: cette unité substantielle est un but propre absolu, immobile, dans lequel la liberté obtient sa valeur suprême, et ainsi ce but final a un droit souverain vis-à-vis des individus, dont le plus haut devoir est d'être membres de l'État». (§258)

Chez Kant, l'existence du droit n'est pas la réalisation de l'Idée alors que chez Hegel elle l'est¹⁹³. La doctrine kantienne du droit n'a pas intégré la morale et le droit au concept de la vie éthique. Il y a donc, d'une part, l'intérêt particulier et, d'autre part, la liberté universelle. Pour Hegel, il s'agira de moments complémentaires que l'État doit assumer et intégrer.

Il en résulte que, ni l'universel ne vaut et n'est accompli sans l'intérêt particulier, la conscience et la volonté, ni les individus ne vivent comme des personnes privées, orientées uniquement vers leur intérêt sans vouloir l'universel; elles ont une activité consciente de ce but... (§260).

Ainsi, ne disposant pas du concept de la vie éthique pour entrevoir l'État, Kant n'aura pas su concilier les exigences de l'individu et de la totalité de la liberté et de l'ordre dans sa doctrine du droit.

Plusieurs analystes¹⁹⁴ de la pensée hégélienne ont affirmé que le malaise de la pensée libérale est cette absence d'une pensée de l'État, en partie à cause de l'omniprésence de la théorie des contrats. Celle-ci est imprégnée jusqu'à dans la conception de l'État, il n'y a pas de synthèse entre les moments, donc il n'y a aucune façon de constater l'atomisme. Bien qu'il y ait eu à l'occasion des tentatives collectivistes, il faut toujours revenir à une formulation entre l'individu libéral atomiste et

¹⁹³ Référence à l'État, notamment aux §324 et §182.

¹⁹⁴ Voir notamment : Cf. Benhabib, *Pelczynski*, op.cit. p.159 et Drydyk, *ibid*, p. 213.

l'État gardien du contrat social. En somme, nos sociétés semblent toujours devoir choisir entre l'individu et l'État, entre l'un et l'autre qui ne constituent pourtant pas des entités distinctes. Pour Hegel, il ne s'agira pas de choisir entre l'un ou l'autre car les deux se complètent. À vrai dire, pour Hegel, il n'y a pas deux étapes de réalisation, mais des moments d'opposition entre le «holisme» et l'individu. Il n'y a que la volonté de l'individu se réalisant dans soi et pour soi vers l'Universel, que Hegel considère comme le moment du sujet de la morale réalisée. Il s'agit de la réalisation de la synthèse hégélienne que nous aborderons en deuxième et dernière partie de cette étude.

IIème PARTIE - SYNTHÈSE ENTRE LA SOCIÉTÉ CIVILE ET L'ÉTAT

L'État hégélien rejette donc l'atomicité et ses conséquences. Concrètement, c'est dans et par la synthèse des moments que Hegel parvient à élaborer une philosophie du droit de la morale réalisée. En réalité, c'est justement au fait qu'il n'y a pas de reconnaissance de ces divisions que résulte l'impossibilité de reconnaître l'État en étape ultime. La troisième détermination ne retrouve alors qu'une médiation abstraite des deux moments abstraits (le Droit abstrait et la moralité subjective).

C'est un calcul très faux, lorsqu'on exige ce sacrifice, de considérer l'État seulement comme société civile et de lui donner comme but final la garantie de la vie et de la propriété des individus, car cette sécurité n'est pas atteinte par le sacrifice de ce qui doit être assuré, au contraire. (§324 : Rem.)

Le moment de l'Idée se fait une raison et devient en apparence concret. Ainsi, il ne retrouve pas de figure objectivée de la volonté libre en soi et pour soi. L'État est reproduction des autres moments et le danger est que ceux-ci retrouvent à cause de la forme de l'universel une complaisance dans l'objectivation du subjectif. C'est ainsi que Hegel dit que «si on confond l'État avec la société civile [...] l'intérêt des individus [...] est le but suprême [...] il en résulte qu'il est facultatif d'être membre d'un État. (§258 : Rem.). Pourtant, l'intérêt des citoyens par rapport à l'intérêt des individus est une détermination capitale de la pensée politique hégélienne, car elle permet de conserver toutes les déterminations de l'action intéressée en les liant intimement à l'effectuation universelle de la liberté.

C'est ainsi que Hegel propose de penser à ce que représente la totalité objective du monde éthique. Il doit dans les moments mais aussi dans les décisions des magistrats notamment prendre en considération, mais surtout reconnaître d'une part le droit abstrait et la moralité subjective, et d'autre part de le reconnaître comme sphère, comme moment abstrait de la détermination de la volonté libre. En d'autres mots, il faut qu'il y ait séparation de ces moments de la totalité objective afin des les

sursumer (*aufheben*). Pour reconnaître très bien ces distinctions, Hegel souligne l'existence de la société civile comme moment différent et comme étape de différence (§182). Il souligne ce moment comme étape en rapport avec les moments abstraits des déterminations de la volonté libre, mais, aussi original que cela puisse paraître, comme moment également essentiel à la réalisation de l'individu.

A) La société civile

Hegel explique que la société civile réduit la personne à sa volonté arbitraire face à d'autres particularités singulières

La personne concrète qui est à soi-même une fin particulière comme ensemble de besoins et comme mélange de nécessité naturelle et de volonté arbitraire est le premier principe de la société civile. Mais la personne particulière est par essence en relation avec la particularité analogue d'autrui, de sorte que chacune s'affirme et se satisfait par le moyen de l'autre et en même temps est obligée de passer par la forme de l'universalité, qui est l'autre principe. (§182)

Le but individuel est clairement exprimé, soit celui de satisfaire ses besoins naturels. Hegel fait la différence entre liberté et entendement ou besoin. Pour Hegel les individus des sociétés modernes valorisent le droit selon les valeurs proportionnelles que leur accordent les déterminations du droit abstrait. Elles sont toutefois enrobées de croyance de totalité objective. Nous l'avons mentionné au chapitre précédent, c'est la critique du formalisme, de l'effet de bien-être que crée le droit-créance.

Les conceptions de l'innocence de l'état de nature, de la simplicité de mœurs des peuples primitifs, et d'autre part, la sensualité pour qui les besoins, leur satisfaction, les plaisirs et les commodités de la vie particulière sont des buts absolus. ont toutes les deux un même corollaire : la croyance au caractère extérieur de la culture. On la

considère dans le premier cas comme corruptrice, dans le second comme un simple moyen. L'une comme l'autre opinion dénotent la méconnaissance de la nature de l'esprit et des buts de la raison (§181 : Rem.).

Mais Hegel rajoute aussitôt :

L'esprit n'a sa réalité que s'il se divise en lui-même, s'il se donne les besoins naturels et les relations à la nécessité extérieure pour limite et pour finité et si, par là-même, il se forme en s'y insérant, et ainsi le dépasse et obtient son existence objective...(§187 : Rem.)

Le savoir et le vouloir s'ils ne sont pas distingués de la société civile élèvent les individus à la liberté formelle et forme la «subjectivité dans sa particularité des individus» (§187 : Rem.), plutôt que de former la subjectivité vers l'objectivation. Mais ainsi l'homme ne fait que renforcer la présence de l'immédiateté, du désir et du besoin. Elle n'est certes plus vanité subjective, elle n'est plus une réponse à des besoins et sensations immédiats, mais elle est une forme subtile de volonté qui se confond avec l'objectivité et qui ressemble au véritable être pour soi et à l'infinité. Elle est libérée de ce rapport formel propre à l'entendement mais le but de la volonté reste particulier. Mais le savoir (*Wissen*), le vouloir (*Wollen*) et le faire (*Tun*) établissent une nouvelle relation qui devient autonome par rapport à la particularité de la volonté : c'est le développement universel de la culture. «La culture est ainsi, dans sa détermination absolue, la libération et le travail de la plus haute libération, à savoir le point de passage absolu vers la substantialité infinie, subjective de la vie éthique, non plus immédiate et naturelle, mais spirituelle et élevée à la figure de l'universalité» (§187 : Rem.). Mais la contradiction demeure toujours : celle de ne pas faire la distinction entre le droit abstrait qui prend ses sources dans la société civile et l'Idée universelle exprimée dans l'État. La différence entre la particularité subjective et l'universalité objective est toujours présente. Pour Hegel, on doit pour arriver à l'universel, reconnaître ces deux moments comme moments distincts, ayant leurs droits propres. Et c'est là toute l'originalité de la pensée hégélienne : dans cette tendance vers l'universalité il n'y a pas l'exclusion du droit abstrait, mais reconnaissance de son importance, à la condition seule de reconnaître d'une part qu'elle n'est pas l'universalité, et d'autre part de ne pas substituer le droit

abstrait dans la forme universelle ou d'un sentiment d'objectivité (§184 : Rem.).

[...] la particularité a le droit de se répandre de tous les côtés, et l'universalité a le droit de se manifester comme la base et la forme nécessaire de la particularité et aussi comme la puissance qui la domine et comme son but suprême. C'est le système de la moralité objective perdue dans ses extrêmes, qui constitue le moment abstrait de la pure et simple réalité de l'Idée, laquelle dans cette apparence extérieure n'est que totalité relative et nécessité intérieure et cachée (§184).

Cette affirmation de Hegel est une reconnaissance de l'important entremêlement des moments, de la présence de chacun d'eux à chacune des décisions...du moment que l'un ne devient pas l'autre et qu'il y a reconnaissance de la particularité de chacun.

Dans les anciennes sociétés, le particularisme était considéré comme étant contraire à l'émancipation de tout individu. Dans l'État moderne, celui-ci au contraire s'instruit de cette force particulière et maintient la contradiction entre les deux sphères et développe positivement la subjectivité qui est déployée dans les sociétés civiles. Elle est alors vue par certains comme le résultat d'une désagrégation éthique et pour d'autres comme un élément d'émancipation. Pour Hegel, il ne s'agit ni de l'un ni l'autre; quoique beaucoup plus près de la pensée ancienne à ce niveau, le formalisme du droit émanant de la société civile est pour Hegel synonyme de la perte de l'universalité et de la moralité effective. Celui-ci pose l'éloignement de l'universel par l'immédiateté et l'universalité formelle du droit. Mais Hegel dans sa critique ne rejette pas pour autant l'aspect du droit privé chez l'individu, qui la considère tout de même comme «positivité» qui a un caractère effectivement émancipateur et critique. Cette affirmation demeure toutefois bien dangereuse parce qu'il y a dans cette philosophie l'empreinte de ce qui cause le désintéressement du monde éthique. Hegel croit par ailleurs à l'essence du droit privé et opte pour la conserver avec la mise en garde de reconnaître les distinctions de l'un et de l'autre. Tout ce qui forme le droit abstrait (la propriété, la personne, le contrat, la reconnaissance) fait partie intégrante de l'émancipation du citoyen, donc il y a nettement

distinction d'avec la notion de la cité antique : une reconnaissance de l'autonomie des mouvements qui fait partie des reconnaissances mutuelles de l'un vers l'autre. En d'autres mots, nous sommes d'avis que la reconnaissance du droit abstrait, de l'état du besoin de l'entendement est essentiel dans l'évolution de l'homme. Mais il doit se limiter à ce qui n'est pas universel, plus précisément à ce qui n'est pas de l'élaboration du droit fondamental, il correspond, comme le dit Hegel, au système de l'État externe, l'État du besoin: c'est le premier principe de la société civile.

Il s'agira de se limiter à gérer le droit abstrait par des codes clairs du moment que ceux-ci ne forment pas des lois dites universelles, associées à la moralité objective. Par exemple, le contrat ne doit et ne peut être à la base de l'élaboration du droit de la personne ou les notions de possession ne peuvent pas être à la base du concept du droit à la vie, etc. Ces concepts du besoin d'entendement ne sont pas synonymes de liberté absolue mais doivent tout de même être reconnus comme une étape de la liberté, limitée et incomplète. Il faut que cette étape soit reconnue comme pensée abstraite, séparatrice de l'éthique, atomisante et fixant l'entendement à un moment et période précis. Donc, le magistrat devrait reconnaître que le droit abstrait n'a que le titre et la forme de l'esprit qui mettrait de l'avant l'unité vivante de la totalité objective et donc de reconnaître qu'il y a une différence entre la subjectivité et l'objectivité, qu'il y a une différence dans les moments et que celle-ci n'est qu'une figure de la liberté. C'est ainsi qu'au Canada, cette différence n'est pas perçue, et donc synonyme de crise de l'universel, crise du droit et des libertés fondamentales.

La philosophie du droit de Hegel est donc une philosophie qui tente d'exécuter en détail et spécifiquement cette tâche de faire la différence entre la morale et le droit abstrait et nous sommes d'avis qu'elle atteint son but en exprimant une dialectique positive qui réconcilie les moments d'une part mais aussi qui développe des mouvements dans la moralité objective (*Sittlichkeit*) dans un moment dialectique de concepts pratiques conçus dans une liberté de la volonté. Cette reconnaissance

se fait par les comportements intérieurs et extérieurs du sujet, par les manifestations qu'il en fera. Ainsi, nul ne pourrait étiqueter sérieusement Hegel de philosophe du totalitarisme. C'est à l'individu de reconnaître l'importance de ces deux sphères, d'avoir une réflexion critique de la moralité subjective à l'égard du droit historique, du vrai droit naturel, de la raison, de la logique du droit, tout en reconnaissant l'étape ultime de l'État.

La société civile bourgeoise présuppose l'État. Les marxistes rejettent la société civile donnant droit de cité au développement des déterminations de l'Idée, et les libéraux pensent que la société civile et l'Idée s'engendrent en un seul processus et une seule constitution. Pour Hegel, la société civile dite bourgeoise n'est pas que le lieu du combat des forces économiques, elle est aussi le lieu de la spontanéité; c'est l'endroit où on laisse jaillir de soi les différences acquises dans la famille et aussi dans l'État.

Or donc, la société civile pose différemment l'unité familiale et l'unité étatique. La société civile ne peut donc être seule ou par elle même être créatrice d'identité. C'est-à-dire que l'on pourra affirmer qu'un système juridique basé uniquement (il faut regarder le voile de l'État ou de l'Idée) sur la société civile ne peut faire cette médiation entre les étapes de la volonté et même de la vie humaine.

C'est la société civile qui permet à l'individu de sortir de la famille. Elle est cependant autonome et donc indépendante de l'État. En ce sens qu'elle ne doit pas influencer l'autre unité, mais l'un ne va pas sans l'autre : ce qui a été médiatisé peut à nouveau faire irruption. Il s'agit d'un perpétuel retour, nouveau et différent. D'un recommencement de la libre raison. La réelle liberté est située ici. C'est une totalité réfléchie. La perte de l'une de ces unités, leur dissociation seront la perte de la vie éthique.

Mais Hegel est ferme sur ce point, il ne préconise pas ce laissez-faire social ou économique qui amène nécessairement à l'exploitation tant au niveau économique, moral que politique. la jouissance est la vie d'un instant qui disparaît dans le moment suivant. Il n'y a aucune assise durable au déploiement de l'universalité par exemple dans la satisfaction égoïste des intérêts économiques, ou dans des décisions qui puisent leur universalité dans le besoin de chacune des particularités. Le magistrat qui élève ainsi le particulier à l'universel, échouera toujours dans sa tâche, dans le meilleur des cas, son oeuvre débouchera sur une société corrompue.

D'autre part, comme le besoin est indéfiniment excité et qu'il dépend continuellement de l'arbitraire et de la contingence extérieure, de même qu'il est limité par la puissance de l'universel, la satisfaction du besoin, qu'il soit lui-même nécessaire ou contingent, est toujours contingente. La société civile présente dans ses oppositions et ses complications aussi bien les spectacles de la débauche que de la misère et de la corruption du physique et du moral, qui est commune aux deux. (§185)

Cette irrégularité des rapports arbitraires (tout comme Marx l'aura noté) donne naissance à une régularité de type nouveau qui, en médiatisant la multiplicité des besoins, aboutit à un autre système de besoins. Pour Hegel, il s'agit de voir dans ces oppositions des vérités et une finalité intérieure. Ceci se fera par un système de lois - en perpétuelle différenciation, non fondé sur l'exclusion des individus mais bâti entre eux. Tout en conservant un genre d'atomisation, il tentera qu'il y ait aboutissement des actions humaines moyennant la médiatisation des lois.

Hegel pose la contradiction économique en présentant la substance éthique qui remet en question la relation simple et linéaire de l'économie. L'économie politique est pour Hegel un moyen à une seule direction pour arriver à une synthèse immanente entre la finité et l'infinité. L'économie partiellement réalisée revient et ne retourne qu'à elle même. Cette pensée forte de sa contemporanéité expose une pensée qui explique le déploiement négatif de ses propres déterminations et qui les «solutionne»

encore par son propre déploiement. Mais la personne ne pourra réaliser sa véritable liberté qu'en sortant de sa réalisation économique vers l'action dans l'État poussée par la volonté individuelle. La première liberté est essentielle, mais incomplète. «La contingence des aumônes, des fondations, des cierges qui brûlent devant les images des saints, est complétée par les institutions publiques d'assistance, des hôpitaux, l'éclairage des rues, etc.» (§242 : Rem.).

B) L'État

L'État devrait être une institution où l'on réalise un dépassement atomistique, il ne doit pas être conçu comme une institution du besoin. Hegel souligne que le «principe des États modernes a cette puissance et cette profondeur extrêmes de laisser le principe de la subjectivité s'accomplir jusqu'à l'extrémité de la particularité personnelle autonome et, en même temps, de le ramener à l'unité substantielle et ainsi de maintenir cette unité dans ce principe lui-même» (§260). L'État est l'éthique qui serait créée par l'individu, c'est-à-dire une substance éthique qui remet en question la relation simple et linéaire de l'économie. Nous avons vu par les exemples précédant ce chapitre, qu'il y a dans le fondement même des questions de droit qui sont développées par les plus hauts tribunaux de ce pays une relation linéaire qui n'élimine que partiellement l'économie réalisée entre la finité et l'infinité. La liberté exprimée dans cet État en est une qui a la forme et est exprimée comme étant une protection des individus, parce qu'il reçoit toujours une interprétation fondamentale reliée à l'économie.

Cette conception, telle que proposée par le droit occidental, est en retard sur la conception vraie de l'État. Peu importe l'évolution du droit représentée dans les chartes ou dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est clair qu'il s'agit toujours d'une protection des individus, considérés

comme des atomes, non pas comme des membres d'une totalité étatique (§258).

La Charte a donc créé une double confusion, c'est-à-dire celle de dire le droit comme étant le droit de chacun et celle de dire le droit comme étant l'élément de la liberté personnelle.

La critique hégélienne se situe vraiment dans la notion du «je» tandis que nos sociétés sont plutôt axées vers l'individu. Il est alors reconnu d'une certaine façon que la liberté de l'individu ne peut être achevée et retrouvée réellement dans l'État.

La seconde qui provient de la première est que l'individu représenté dans ses lois et chartes semble obtenir une dimension sociale et supérieure, comme si la raison suprême venait d'être appliquée. Comme si l'individu et l'ensemble de la population qui, suite à un jugement, se voyaient décerner un principe universel, un don du droit, une vérité absolue. On l'a vu au second chapitre, l'universel est manipulé par les magistrats canadiens en cas par cas, tout comme le post-moderne relativise la vérité - c'est l'absolu du moment. Ainsi, le droit est vu et considéré comme une lourde tâche pour l'individu, qui ne voit dans le droit qu'une obligation. Ce sont plutôt des obligations envers le droit, celui-ci étant étranger à l'individu. Le droit n'est pas la continuité ou l'expression de la raison individuelle voire collective. Il est imposé à l'individu. Le droit est alors étranger à l'homme, imposition. Il lui est hostile. La punition est lourde, le droit châtie, le coupable tente d'y échapper. Il ne fait pas partie de sa raison en soi et pour soi, même si au nom de la loi suprême celle-ci indique tout le contraire.

Il est donc clair qu'à ce stade, on peut affirmer qu'il n'existe pas en notre présente ère de réelle notion et concept d'État ou, si vous préférez, la définition hégélienne de l'État ne se retrouve nulle part. Cette affirmation choquera certains, mais il faut dépoussiérer enfin les notions de collectivité,

de liberté, de fraternité et d'égalité où les notions de vie, de liberté et de sécurité qui se situent à la surface des débats, des décisions et des législations, ne sont en fait qu'une application d'un contrat utilitariste de l'État à l'individu et vice et versa. Alors les réelles questions sur les problèmes et sources sur lesquels se penchent ou s'établissent l'État et la loi suprême ne sont pas posés. L'explication hégélienne de ces confusions est un élément qui permet de comprendre la raison de ce malaise qui se réalise dans la société canadienne (et toutes les sociétés occidentales qui adhèrent), ainsi que la perte de confiance des gens en tout projet social offert par les éléments représentatifs des institutions et gouvernements en général.

[...] L'État, comme réalité morale, comme compénétration du substantiel et du particulier, implique que mes obligations envers la réalité substantielle sont en même temps l'existence de ma liberté particulière, c'est-à-dire qu'en lui, droit et devoir sont réunis dans une seule et même relation... Ce concept de la réunion du droit et du devoir est une des conditions les plus importantes et contient la force interne des États... L'individu dans l'accomplissement de son devoir doit trouver en même temps son compte, son intérêt personnel ou sa satisfaction et, de sa situation dans l'État, résulte un droit par lequel la chose publique devient en même temps sa chose particulière... (§261 : Rem.).

On voit cette corrélation qu'il fait entre devoirs et droits à condition que les devoirs soient aussi et en même temps des droits. Ce sont des droits et ce sont des devoirs. Alors droits et devoirs sont réunis dans une seule et même relation. Ce sont des devoirs parce que rationnellement les gens se sont imposé ces exigences.

[...] l'État est, d'une part, une puissance plus élevée; à sa nature sont subordonnés leurs lois et leurs intérêts, qui en dépendent, mais d'autre part, il est leur but immanent et a sa force dans l'unité de son but final universel et des intérêts particuliers de l'individu, unité qui s'exprime dans le fait qu'ils ont des devoirs envers lui dans la mesure où ils ont en même temps des droits (§261).

Or, la seconde confusion provient de l'apparence et de l'effet qu'offre et transmet l'État via la Charte. À première vue, il sert à préserver mutuellement des vies, des libertés et la sécurité des

individus. Cette liberté apparente est une évolution et une réalisation des individus comme personnes privées seulement. Pour Hegel, il ne s'agit là que d'un seul aspect de l'individu car l'homme ne recherche pas seulement ce qui concerne sa personne privée.

Comme les individus de la collectivité sont eux-mêmes des êtres spirituels et contiennent par suite les deux éléments : l'individualité extrême consciente et volontaire et l'extrême universalité qui connaît et veut la réalité substantielle, comme par suite ces individus ne parviennent à la justification de ces deux aspects que s'ils sont actifs aussi bien comme personnes privées que comme personnes substantielles, ils atteignent dans les sphères ci-dessus d'une part la première réalité immédiatement et, d'autre part la seconde par deux moyens : dans les institutions qui sont ce qu'il y a de virtuellement universel dans leurs intérêts particuliers, ils ont l'essence de leur conscience de soi et ensuite elles leur procurent dans la corporation une activité et une occupation dirigées vers un but universel (§264) .

La magistrature canadienne a eu tendance dans ses décisions, à refléter la société civile et aussi n'a pas fait siens les éléments de la reconnaissance de la scission entre les deux sphères. Le sujet tant exprimé et exploité depuis 1982 au Canada par les juges, notamment du plus haut tribunal a détruit le «holisme» de la société.

Le fait que l'État ne soit qu'une excroissance de la société civile l'amène inévitablement à l'impossibilité d'accomplir convenablement ses fonctions. Plus précisément, ceci a comme résultat que plusieurs citoyens se sentent lésés dans leurs droits par ce que devrait être justement, selon Hegel, le moment de l'Idée. Ils ne sont pas représentés dans la réalisation du soi pour soi, et cela malgré la place centrale de l'individualisme dans les lois et décisions de la magistrature.

Lorsque l'État présente des lois, règlements ou des notions qui amènent une façon d'être ou d'agir qui ne représentent plus les individus, l'État ne remplit plus les exigences et les attentes individuelles. Prenons l'exemple de l'avortement ou de l'euthanasie; l'État n'est plus représentatif et ne répond plus du peuple et ceci s'explique par le fait qu'il y a d'un côté l'individu atomiste et de l'autre, un État qui doit représenter l'individu. Il est intéressant de voir que dans cette séparation à la Montesquieu,

il n'y a en fait qu'une continuité de la société civile à l'État, ce dernier représentant toujours le contrat et l'utilitarisme. En réalité l'État n'est pas une entité réellement séparée de la société civile, ainsi la structure toute entière est affectée malade, atteignant l'indépendance, bref la représentativité de la magistrature. Les juges n'y échappent pas.

En **conclusion**, nos sociétés semblent devoir choisir entre individu et État, autrement dit entre l'individu libéral atomiste et l'État gardien du contrat social. On dira que même les sociétés plus «socialisantes» sont imprégnées de cette notion libérale et atomistique de l'individu. Pour Hegel, il ne s'agira pas de choisir entre l'un ou l'autre, car les deux se complètent. À vrai dire, il n'y pas trois ou deux étapes, il n'y a que des étapes de réalisation. Il n'y a donc pas d'opposition entre le «holisme» et l'individu, il y a la volonté de l'individu se réalisant dans soi et pour soi vers l'Universel.

L'empreinte de l'État se retrouve dans la société civile et les notions de la société civile se trouvent dans l'État. La liberté devient contrat, le contrat devient liberté. Le fait de ne pas distinguer entre ces deux sphères rend l'individu immobile dans la société : le bonheur, relatif aux événements. Cette non-distinction ne peut être conforme à l'être humain. Elle rejette l'ultime réalisation de la personne au nom de la recherche du bonheur. On laisse planer la croyance à un bonheur dans le libre-arbitre. Lorsque l'on voit clairement, nous dira Hegel, qu'il n'y a pas de liberté ultime dans le choix : il n'y a fondamentalement pas de choix.

La liberté de la volonté est, d'après cette définition, libre-arbitre où sont réunis ces deux aspects : la réflexion libre, se dégageant de tout et la subordination au contenu et à la matière donnés intérieurement ou extérieurement. Comme ce contenu nécessaire en soi en tant que but est défini en même temps comme simple possible pour la réflexion, le libre-arbitre est la contingence dans la volonté.» (§15)

L'homme peut réfléchir et choisir-mais l'individu demeure, sur le plan de la nature, limité, voire esclave d'une réalité naturelle. Le choix se limite, par exemple, à la variété de la nourriture. Pour l'homme, tout comme pour l'animal, se nourrir s'avère essentiel. Cette force réflexive qu'est le libre-arbitre ne donne pas à l'être humain une supériorité décisive, mais une supériorité réflexive, c'est-à-dire avant de choisir. Mais Hegel ne peut pas, en toute logique situer l'être humain au-delà de la nature. Ce «pouvoir» permet à l'humain de voir une opposition entre lui et la nature qui peut devenir une simple contradiction. Cependant, on s'aperçoit que l'humain, même s'il fait jouer son libre-arbitre, le fait en conformité avec la nature. *A contrario* l'homme peut ne pas voir, ou ne pas vouloir voir cette contradiction «nature et libre-arbitre» et par ce fait aller à l'encontre de la nature.

La critique du libre-arbitre est une preuve que Hegel condamnerait la société post-moderne présente, c'est-à-dire d'un individualisme poussé à l'extrême. L'humain ne peut voir et accepter une limitation de lui-même face à une réalité naturelle¹⁹⁵. Par opposition à un individualisme exagéré qui a perdu le sens de son entourage, qui a perdu le sens de la nature qui lui a été prêtée, l'homme s'est forgé des lois afin de légitimer son exploitation sur le réel, sur la nature et de ce fait sur lui-même. Le jeune Marx dans sa critique de la *Gazette Rhénane*¹⁹⁶ sur le vol de bois affirma un principe similaire qui montre bien que ce n'était pas le crime en tant que violation du droit que les législateurs seigneuriaux punissaient pour que le droit soit rétabli, mais la violation de leur intérêt personnel sans tenir compte du fait que, comme le dit Hegel, «dans la société civile, la propriété et la personnalité sont reconnues juridiquement» (§218) et que «le crime n'est plus seulement une atteinte à un infini subjectif mais une violation de la chose universelle, laquelle a en soi une existence ferme et solide»

¹⁹⁵ On le voit dans la création de nouveaux droits : droit à la consommation d'héroïne au nom de la liberté de religion, droit fondamental à un environnement sain en interdisant à tous de fumer dans les endroits publics, droit à la mort pour les enfants handicapés, etc.

¹⁹⁶ Cf., Marx, «*Les Délibérations de la sixième Diète rhénane par un Rhénan*, Troisième article (a) les Débats sur la loi relative aux vols de bois», in *Oeuvres*, III, Paris, Éditions de la Pléiade, 1982, pp. 235-280.

(§218 : Rem.).

Le libre-arbitre chez Hegel n'est pas synonyme de liberté, il est plutôt fausse liberté. Cette notion de libre-choix, donc de liberté a été véhiculée par plusieurs dont Kant, Fichte et même Rousseau (et est toujours véhiculée aujourd'hui). Ce qui a été fortement dénoncé par Hegel.

Quand on entend dire que d'une façon absolue la volonté consiste à pouvoir faire ce que l'on veut, on peut considérer une telle conception pour un défaut total de culture de l'esprit, où ne se trouve aucun soupçon de ce que sont la volonté libre en soi et pour soi, le droit, la moralité, etc...le libre-arbitre, loin d'être la volonté dans sa vérité, est bien plutôt la volonté en tant que contradiction (§15 : Rem.).

Cet effort de pensée de Hegel sur la notion du libre-arbitre est très intéressant. Il est en soi une marque d'honnêteté intellectuelle. Hegel n'a pas tenté d'idéaliser le débat au point d'ignorer ou de contester la contradiction homme\nature.

Hegel a vu que l'idéal des libéraux est une société fonctionnant sans autorité; ce sont les lois économiques qui gouvernent, et c'est entre autres pour cette raison que Hegel ne peut se limiter à la société civile. La conception du libre-arbitre nous permet de mieux comprendre le passage de l'étape de la société civile à l'État. Le libre-arbitre n'étant pas la réelle liberté l'homme ne peut se satisfaire d'une partie seulement de la liberté ou pis encore de ce que pourrait être parfois une fausse liberté, il doit aller vers son universalité concrète et substantielle.

À tout le moins par la critique de Hegel envers Rousseau et Fichte, l'on s'aperçoit de quelle façon le philosophe de Berlin établit sa pensée au sujet du libre-arbitre. Chez l'homme, il faut sortir de cette impasse, il faut que la réelle liberté se réalise. La liberté sera une oeuvre commune respectant l'autonomie individuelle. Cette société sera donc rationnelle, voulue et pensée par l'homme: l'État

est le devenir objectif de l'esprit humain.

Cette liberté, ce choix est pourtant reflété dans les exigences de l'État, sinon il y aura réaction des individus, voire une certaine forme de révolte chez eux, selon la capacité de s'organiser. L'individu n'a de l'État que des attentes d'ordre contractualiste et utilitariste. Il est intéressant de voir que dans cette séparation claire, nette et précise il n'existe en fait pas de réelle séparation et par ce fait même de réelle notion de conception de l'État.

Cependant, l'État ne peut répondre malgré ses formules dites améliorées à la recherche d'absolu concret de l'être humain. Chez Hegel, parce qu'il existe une réelle séparation tant au niveau des moments (aux niveaux concrets entre les individus et entre la société libérale et l'État) l'individu pourrait atteindre cet absolu. L'aspect de dépassement de soi devient théoriquement possible et concrètement réalisable par la philosophie du droit que Hegel présente.

L'État n'est pas un besoin pour Hegel mais une réalité qui ne peut faire partie d'ententes. Son but est l'intérêt universel en tant que tel, mais aussi et par la suite le maintien des intérêts particuliers. C'est «1) sa réalité abstraite ou substantialité mais c'est aussi : 2) sa nécessité telle qu'elle se divise dans les différents aspects de son concept, lesquels sont, par suite de cette substantialité, eux aussi des déterminations fixes et des pouvoirs réels; 3) et justement cette substantialité est l'esprit se connaissant et se voulant à travers la forme et la culture.» (§270). Voilà le but de l'État nous dit Hegel, mais la réalité est que la personne concrète prétend avoir le même but d'où la confusion de l'État avec la société civile. À ce propos Hegel dit :

[...] la personne particulière est par essence en relation avec la particularité analogue d'autrui, de sorte que chacune s'affirme et se satisfait par le moyen de l'autre et en même temps est obligée de passer par la forme de l'universalité, qui est l'autre

principe (§182).

Il y a donc confusion entre l'universalité et le particulier. N'étant pas ce qu'elle est vraiment, l'universalité est alors disjointe d'avec le particulier. Pour Hegel, ils doivent se rejoindre dans la vie éthique.

Si parce que l'État n'est qu'une excroissance des intérêts individuels, s'il n'y a pas de différence réelle entre l'État et la société civile, l'État n'est alors qu'un instrument légitimateur. Ainsi, les lois et le droit dans son ensemble ne reflètent que cette excroissance, c'est-à-dire l'intérêt privé. L'État, dans sa réalisation déterminée ainsi par l'universalité, par un but égoïste, fonde un «système de dépendance réciproque qui fait que la subsistance, le bien-être et l'existence juridique de l'individu sont mêlés à la subsistance, au bien-être et à l'existence de tous, qu'ils se fondent sur eux et ne sont réels et assurés que dans cette liaison.» (§183). Hegel appelle cela l'État du besoin et de l'entendement. Ainsi, autant l'universalité a le droit de se manifester, autant l'individualité a le droit de se développer. Mais la scission demeure difficile à faire et à voir à cause justement de cette séparation formelle qui existe entre les moments. La société civile peut notamment s'installer dans un confort lorsqu'elle se trouve dans un état d'activité sans entrave et le concevoir (l'état) comme un progrès (§243).

Hegel propose une conception du sujet qui synthétise universalité et particularité, l'homme privé du citoyen, le monde économique de l'État politique. Cette conception peut et devrait servir de base à la critique des pratiques juridiques canadiennes. Nous venons de démontrer qu'il y a un sujet de droit atomiste qui a ses origines dans les diverses formes du libéralisme, issus des droits révolutionnaires et qui se manifeste également dans la Charte canadienne. La liberté objective comme synthèse du particulier et de l'universel est l'idée qui nous a permis de faire une critique de la pratique juridique canadienne. « L'État n'est rien d'autre qu'une pensée de la citoyenneté concrétisée dans les

institutions se portant garantes de cette pensée», nous disait Gustav Hugo dans son analyse de l'éthique Hégélienne¹⁹⁷. Nous ne pouvons pas séparer la vie particulière et la vie universelle des individus, car «la détermination des individus est de mener une vie universelle» (§258). La synthèse est la seule façon de rassembler de façon effective les deux mondes, c'est-à-dire en les divisant. En d'autres mots c'est d'aller chercher la possibilité d'émancipation de l'homme dans la société en reconnaissant l'ensemble des conditions de libération de l'homme comme sujet doubles. C'est l'émancipation à l'égard de la nature extérieure, mais aussi en tenant pour compte un ordre de raison.

¹⁹⁷ Cf., Hugo, Gustav, chapitre IV, «Le concept de vie éthique», in *Politique et liberté.*, p.254

CONCLUSION

Cette étude n'a pas été une critique de la *Charte canadienne des droits et libertés* en soi. La charte a subi une multitude de critiques de la part de la droite et de la gauche¹⁹⁸, mais jamais en touchant son fondement même et par conséquent ses «utilisateurs».

La Charte n'est en fait qu'un instrument, comme tout autre instrument de formalisme critiqué par Hegel. Ce qui a justifié cette étude est d'autant plus l'aveuglement que la Charte a apporté, la confusion du droit.

C'est ainsi que notre critique s'est adressée principalement aux magistrats et à leur méthode. Elle est adressée premièrement aux magistrats, pour l'utilisation qu'ils font de leur situation privilégiée: leurs décisions sans appel et leur suprématie, car ils ont acquis depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne un pouvoir qui, à tout le moins en théorie, appartenait autrefois à la population à travers l'organe politique. Le pouvoir a fait en sorte que leurs interprétations des droits fondamentaux ont maintenant un impact considérable qui a été souvent pris sans discernement philosophique. Mais la critique la plus troublante est que la méthode, l'herméneutique utilisée par les magistrats, est celle en apparence hors des conceptions de droit formel, mais qui demeurent toujours en réalité inscrites dans l'atome. La cour se complait d'un suppôt de droit objectif. Ainsi s'inscrivent le droit émanant de la Charte et des jugements.

¹⁹⁸ Nous n'entrerons pas dans ces détails, mais les critiques sont essentiellement d'ordre, soit politiques, qui soulèvent par exemple l'anti-québécisme, soit juridique qui soulèvent l'inconstitutionnalité de certaines décisions, ou de nature politico-sociologique qui sont soulevées par des personnes ou groupes intéressés dans un universel particularisé. Voir par exemple ce genre de critiques dans: Sigurdson, R., «Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada : A Critique of the critics», in *Revue internationale d'études canadiennes*, no 7-8, printemps-automne 1993, pp.95-115.

C'est pourquoi nous avons essayé de démontrer par une critique originale, celle de Hegel, celle qui rassemble le passé et le moderne, celle qui investit l'individu mais qui reconnaît le réel universel dans l'État, de démontrer l'impasse dans laquelle s'est insérée le magistrat canadien depuis la Charte. Nous avons montré que la pensée hégélienne n'a cependant pas tout rejeté du système occidental.

Elle n'est certes ni libérale, ni communiste, encore moins post-moderne. Elle est en soi bien particulière, mais demeure tout de même moderniste : moderniste, parce qu'elle fait la promotion des intérêts individuels, et particulière, parce qu'elle exige un dépassement de soi dans un univers étatique. Ce qui peut paraître antinomique pour plusieurs est cependant pour Hegel l'union du «je» et de l'État, la seule façon de réaliser la liberté objective. Hegel propose une conception du sujet qui synthétise universalité et partie.

Cette étude a été en deux mots la critique du droit formel de Hegel. On a pu voir le problème de la scission de l'histoire, laquelle, avec la pensée révolutionnaire, est encore aujourd'hui véhiculée dans la charte canadienne et tous les grands instruments occidentaux d'interprétation des droits et libertés de la personne. Le droit s'en enorgueillit en ne tenant que très peu pour réalité l'identité historique de l'homme. Aussi, on a voulu souligner la perversion du droit libéral, qui, dans ces grands principes inscrit d'abord et avant tout l'intérêt particulier et l'opportunisme de l'idéologie de la société civile. Le droit s'y alimente, la confusion s'installe. L'État se voit régénérer par une nouvelle version de gestion des intérêts de la société civile. Le libéralisme s'ajuste, évolue, les groupes naissent, les collectivités revendiquent. Les droits s'interprètent pour inclure plus de gens en prenant l'occasion d'associer cette ouverture à la réalisation de la morale. Demeurant fidèle à la critique du droit formel de Hegel, celle-ci nous a permis de constater que ces nouveaux droits inscrits et revendiqués par de nouvelles personnes demeurent malheureusement des droits de l'immédiat, issus de l'atomisme et confectionnés par l'atome humain.

On a par la suite tenté de démontrer concrètement l'expression de l'atomisme, et la limitation du droit de la morale simple, en prenant des exemples de quelques grands arrêts en provenance des plus hauts tribunaux de ce pays, notamment la fameuse cause de l'euthanasie sur le droit du choix à la vie, du choix de sa mort comme instrument de liberté. En y insérant la grille d'analyse de la philosophie du droit de Hegel, nous sommes arrivés à la conclusion que les magistrats agissent toujours selon le reflet de la société civile. Ceci est fait dans un mode plus pernicieux encore que toutes les autres formes d'infiltrations atomistes, car les décisions de la Cour suprême du Canada sont faites sous le couvert de l'expression du droit objectif et rendues consciemment de leur impact «suprême» dans un relativisme accepté. L'État n'est encore que la continuité de la société civile, malgré tous les efforts de scission.

Face à cette inversion du droit, nous avons vu que Hegel rend hommage d'une part à l'objectivisme des anciens que la vraie justice en soi et pour soi se trouve dans la figure objective de celle-ci, c'est-à-dire sous forme d'une théorie concrète des institutions, tandis que, d'autre part, le subjectivisme des modernes a créé une coupure volontaire entre la moralité et la légalité. Ce dualisme inutile, et inexistant en réalité, ouvre ainsi la voie à des théories positivistes du droit et de l'État.

Malheureusement, au cours des années cette pensée n'a pas été explorée par les systèmes politiques occidentaux. Hegel ne voit une expression de liberté ni dans le collectivisme essentiellement répressif, ni dans le monde moderne qui «part de l'individu»¹⁹⁹. Il s'inspire de la pensée des Grecs pour qui le droit est un moyen dont se sert l'État pour permettre à l'homme de se réaliser comme être libre, mais aussi se représente mal une théorie du droit qui ferait l'abnégation de la libre subjectivité.

¹⁹⁹ Cf., Glockner, *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, La Philosophie grecque, t.18, p.293, trad. P. Gamiron, Paris, Vrin, 1972, t.3, p.494.

Nous avons essayé de démontrer que ces valeurs sont beaucoup plus confuses aujourd'hui parce que, avant la Charte, ce qui était vu comme universel, c'était des valeurs plus globalisantes et uniques pour la collectivité, et que ce qui était issu du particulier était clairement à l'image de la revendication particulière telle qu'exprimée par les libéraux traditionnels. Ces valeurs prises isolément ne sont plus des valeurs qui apparaissent *prima facie* de volontés particulières au sens strict du terme. Les revendications collectives revêtent souvent ce caractère d'universalisme. Ces revendications d'intérêts sous l'égide du groupe demeurent toujours particularistes, entre autres parce qu'elles ne sont pas issues du cheminement hégélien de l'abstrait à la morale. L'État devant représenter une étape autre et ultime se soumet plutôt au service de ces revendications. L'État, en sa légitimité, approuve ce comportement bien que lui-même soit issu directement de la sphère du droit abstrait, contraire à la structure dialectique de Hegel, c'est-à-dire plutôt que d'être une sphère indépendante de la morale et du droit abstrait. Ces revendications reçoivent la bénédiction des tribunaux supérieurs qui pourtant ne peuvent être l'unique morale, très précisément parce que cette morale subjective, qui relève de la question de volontés individuelles, n'est pas incarnée dans les institutions et les pratiques sociales (*Sittlichkeit*) comme le suggère Hegel. Autrement, il ne s'agit que de réformes, d'actions stériles formelles. Malgré toute la bonne volonté retracée dans les lois actuelles, elles ne représentent encore qu'une partie de l'individu ou de la collectivité.

Enfin, l'on a démontré de quelle façon la dialectique hégélienne peut être une façon de réaliser la morale, de permettre au droit d'être un instrument de la raison. L'État doit être un moment différent de la société civile et réaliser l'Idée. Le droit en est un élément et les magistrats ses fonctionnaires. Mais face à cela nous sommes en droit de nous poser la question de savoir si cette division est suffisante aujourd'hui pour arriver à la liberté exprimée par Hegel, pour arriver à l'universalité?

Notre questionnement ne se situe pas dans la difficulté, bien que réelle, de croire au dépassement

de soi, de reconnaître l'importance de la division des étapes, de croire que la personne peut et doit dépasser l'aspect simple du bonheur. Elles sont encore des critiques actuelles et réelles, nous venons de l'exposer. Nous devons nous demander aussi, tout en demeurant dans le cadre de cette étude, si le magistrat canadien, oeuvrant dans la sphère étatique, qui reconnaîtrait la limite du droit abstrait et la nécessité de séparer la moralité subjective de la moralité objective, pourrait tout de même être en mesure d'élaborer un droit universel? Il faut bien comprendre que le monde actuel n'est plus celui du XVIII^e siècle. La profondeur des mutations est énorme; le Canada est devenu un monde qui ne se conçoit plus comme homogène : et l'unité semble seulement possible dans le chemin de la diversité. Il s'agit d'un monde dont la raison classique semble ne plus être le seul démiurge. Ce dilemme est celui de la société moderne ou post-moderne, ce monde disparate, très peu homogène où aucun absolu ne semble exister, où le relativisme est la seule raison contrairement à l'époque hégélienne²⁰⁰. Ce monde finalement où ni le bien ni le mal n'est clairement défini pose le problème de l'absolu encore plus difficilement. Comment un magistrat peut-il arriver à un universel, à un droit fondamental qui s'applique à tous sans paraître totalitaire? Comment faire aujourd'hui, à une époque où les sujets de droits sont impliqués dans diverses relations, avec des idéaux si diversifiés; comment le sujet peut-il s'insérer dans l'Idée de la philosophie du droit de Hegel sans se sentir opprimés, voire diminués? Voilà une série de questions qui posent en un sens une limite à la philosophie du droit Hegel, qui à notre sens constituent la seule vraie critique sérieuse que l'on peut faire à Hegel. Nous avons vu dans les trois derniers chapitres que la phénoménologie de Hegel propose une méthode dans laquelle la morale peut se réaliser dans l'universel. Celle-ci était proposée à une

²⁰⁰ Beaudoin disait lors d'un colloque sur la vérité et le droit des personnes et quant au relativisme dont fait état la société, qu'autrefois: «Le droit savait enfin qui était de qui, du moins le proclamait-il de façon nette. Dans la nécessité anthropologique d'assurer la structuration de la cellule familiale, le droit choisissait sa vérité, celle qui lui paraissait la plus conforme à la paix morale et sociale, et l'imposait à tous. ...De nos jours, les enfants adoptés, l'enfant né de l'insémination artificielle, et demain celui né d'un don d'ovocyte d'une transplantation d'embryon, conteste cette vérité directrice du droit». Cf. Baudoin, J.-L., «Vérité et droit des personnes», *R.Gén. de D.*, Université d'Ottawa, 1987, Vol.18, No4, p.803.

époque où le bien était assez clairement défini, où la famille était au centre de l'évolution individuelle.

Nous sommes d'avis que malgré ce changement des temps, la philosophie du droit de Hegel demeure adéquate pour deux raisons principales. Premièrement, parce qu'il propose la réalisation possible de tous les sujets et deuxièmement à cause de l'adéquation de sa méthode avec les événements de la raison. Développons cela.

Revenons un peu sur la dialectique hégélienne. C'est dans celle-ci que nous voyons que la Philosophie du droit de Hegel demeure adéquate parce que le sujet demeure le point central de toute la philosophie. L'individu est au centre de l'État, celui-là même qui est l'Esprit des lois. Le pouvoir de l'État prend sa source uniquement dans les individus eux-mêmes. Est-ce alors le Léviathan, le contrat social? Tout au long de cette étude nous avons démontré qu'il n'en était pas ainsi. Hegel insère dans sa philosophie le geste de dessaisissement de l'homme qui n'implique pas à son tour l'isolement de l'homme par rapport à la chose ou par rapport à l'activité. Dans la sémantique hégélienne celui qui se dessaisit continue d'être impliqué, résultat de son dessaisissement. Ce processus de formation individuelle est celui où l'individu s'allège du soi immédiat et particulier pour poser le soi vers l'universel. Ce qui confère à l'universel la volonté du soi. Tous participent à cette réalisation du pouvoir universel (car à tout le moins tous y sont appelés), ils le reconnaissent comme leur essence, leur nature, leur culture. Donc il est faux de dire que ce dessaisissement est un dessaisissement face à un maître. Il est un dessaisissement face à l'immédiat qui nous habite. L'universel m'offre les possibilités du dépassement de soi, d'une part, il me nie, et donc m'offre ma «nécessité», et d'autre part il «m'affirme» car il me fait accéder à ce qui est mien.

Ainsi posé, ainsi réfléchi, le droit n'est plus une imposition pour le sujet; le devoir et le droit

s'insèrent l'un dans l'autre, la loi devient un tout, d'une méthode réfléchissante; ainsi la morale se voit réalisée. Jacobson dit : «universal legislation cannot recommend specific duties, but the law creates ... morality, the bare idea of duty, but not a jurisprudence of specific duties²⁰¹. Cet État qui est le résultat de l'individu, nous venons de le dire, est le résultat de la volonté communautaire qui a été posée par moi.

Dans cette perspective, aussi paradoxal que cela puisse paraître au premier abord, il convient de noter que Hegel est assez proche de certains penseurs contemporains. Habermas par exemple, lorsqu'il propose sa théorie de l'agir communicationnel, du consensualisme, nous montre que ce qui distingue le compromis du consensus, c'est la capacité du sujet à sortir de soi pour universaliser ses choix, c'est sa capacité à poursuivre des fins universalisables. En effet, lorsque les individus s'en tiennent à leurs points de vue particuliers, le processus de l'inter-compréhension conduit nécessairement à un compromis : les fins de chacun étant particulières, l'accord ne peut se réaliser que par les limitations que les sujets s'imposent, ou encore par le renoncement à certaines de leur revendications. Tandis que lorsque les fins poursuivies sont universalisables, l'accord se réalise parce que les sujets adhèrent à un point de vue commun, qu'ils reconnaissent tous comme valable à la suite d'une discussion rationnelle et argumentée. En ce sens, non seulement la recherche consensuelle de la vérité (pratique) suppose une communauté d'intérêts et d'objectifs, mais elle est également socialisatrice, parce qu'elle conduit toujours le sujet à s'élever au dessus de sa propre perspective égocentrique: autrement dit, elle a une vertu humanisante fondamentale.

Et, nouveau paradoxe: on retrouve également une démarche similaire chez Taylor. Pour Taylor en effet, la thèse de l'authenticité bien comprise présuppose qu'il y a des horizons qui dépassent

²⁰¹ Cf. Jacobson, *Hegel and Legal Theory*, Cornell, op.cit., p.111.

l'individu, par exemple, la tradition, la famille ou ces «autrui qui comptent». Et c'est cet arrière-fond de signification qui, selon lui, donne un sens au choix individuel, car il est ce qui permet de donner du relief à la décision individuelle. Pour lui, l'attitude contemporaine qui consiste à conférer la même valeur à tous les choix est paradoxal; parce qu'en supprimant cet horizon de signification (quasi transcendantal) qui permet de se réaliser authentiquement, le subjectivisme s'auto-détruit. Par exemple, Taylor affirme que dire qu'une orientation donnée est tout aussi justifiée que n'importe quelle autre orientation, puisque c'est le choix qui sert de légitimation axiologique, c'est détruire au fond la valeur de tout choix: car c'est en effet ramener tous les choix à une question de préférence, ce qui évidemment ne suffit pas²⁰². «La particularité, pour soi en tant, que satisfaction des besoins se déchaînant de tous côtés, libre-arbitre contingent et préférence subjective, se détruit dans sa jouissance, elle-même et son concept substantiel» (§185). Ici encore on s'aperçoit de la nécessité de se dépasser pour tendre vers l'universel, autrement dit, comme nous l'avons vu avec Hegel, l'État ou l'idée ne se réalise que par la raison, c'est-à-dire par la volonté réfléchie des individus. C'est justement cette méthode hégélienne, une méthode d'auto-réflexion, qui implique la collectivité par opposition au fait de se réaliser de façon individualiste, égocentrique; c'est une méthode qui suppose un processus de jugements, de questionnements, de remises en question, qui permet à l'État d'être l'Idée universelle.

La loi est ainsi l'imposition étrangère à la connaissance de la liberté (l'on pense aux droits-créances, aux nouveaux droits, aux droits reliés à la propriété, etc.) et vient donner un sentiment momentané de réalisation de soi. Ceux qui ne veulent pas poser ainsi les questions ne sont alors pas digne de la fonction de l'État. Pour Hegel, la solution exige de l'individu un engagement hors de l'atome. Voilà pourquoi Hegel signale au passage cette ancienne plaisanterie, comme pour en souligner d'avantage

²⁰² Car que penser de celui qui choisit, par exemple, de devenir anthropophage pour des raisons de commodité personnelle... Cf., Taylor, C., *Grandeur et misère de la modernité*, chapitre sur Horizons indépassables, 1992.

le caractère ironique: «A qui Dieu donne une fonction, il donne aussi la compétence» (Préface p.39). Cela doit d'autant plus valoir pour les magistrats, qui se prononcent sur ce qu'il y a de plus essentiel dans notre vie sociale: pour les magistrats, le cheminement est le même et tous ceux qui ne désirent pas réaliser la morale ne devraient pas servir l'État.

La tâche est toutefois compliquée pour les magistrats parce que le droit qui leur est présenté est souvent indéterminé. À tous les paliers de la structure judiciaire, mais particulièrement à l'étape la plus élevée et la plus englobante du pourvoi final, le litige survient en effet là où l'indétermination le permet. On peut même dire qu'une question juridique méritera l'attention de la cour précisément parce qu'elle ne possède aucune réponse prédéterminée : s'il existait une réponse claire, définie et non controversée, les parties n'en débattraient pas ! Le fait de ne pas avoir de vérité n'entraîne pas nécessairement le rejet de l'absolu, de la méthode hégélienne. En d'autres termes, ce qui crée un litige est indétermination : l'indétermination factuelle (nous ne savons pas ce qui s'est passé) ou l'indétermination juridique (nous pouvons discuter longuement des règles de droit applicables). Mais cela ne doit sans doute pas suffire à nous arrêter. Prenons une controverse factuelle bien connue comme l'affaire du juge Thomas et d'Anita Hill en 1991. Bon nombre de Canadiens et d'Occidentaux se sont fait une opinion sur ce qui est survenu entre M^{me} Hill et M. Thomas lorsqu'ils travaillaient ensemble, mais il est impossible de savoir, avec certitude, ce qui s'est réellement passé. Subsisterait-il moins de doute si l'affaire avait été instruite devant une cour de justice plutôt que d'être télévisée à partir d'une salle de réunion du Sénat américain? L'instance judiciaire aurait déployé tous les efforts nécessaires pour des règles d'admissibilité et des procédures d'interrogation des témoins. Au bout du compte, le processus aurait donné lieu à une conclusion solide, qui n'aurait pas nécessairement été la vérité et peut-être encore moins selon la réflexion apposée. On le sait, transformer une chose indéterminée en chose déterminée ne permet pas nécessairement d'accéder à la vérité. Ce qui importe, ce n'est pas tant cette «vérité juridique» que la recherche de la Vérité par

l'application d'une démarche phénoménologique. Le magistrat ne peut pas y arriver seul, il s'agit d'un processus global, multidisciplinaire et de cheminement. Mais il faut poser les questions, chercher les instruments nécessaires pour la réalisation de la morale et retirer de soi et de l'objet toute identification à l'atome. C'est de cette manière que selon Hegel, on s'achemine vers la découverte de la vérité. De l'absolu il faut dire qu'il est essentiellement résultat, car en effet, ajoute Hegel, c'est dans le développement, l'articulation des divers moments de l'Esprit que le tout se déploie. Mais néanmoins il faut se garder d'accorder à cette idée une interprétation trop libérale. Dans le monde de la morale et du droit comme dans le monde de la science, la vérité absolue n'est découverte qu'à la suite d'un procès dialectique; la diversité des points de vue particuliers sur la constitution et le gouvernement, la pluralité des valeurs, des normes et des idées, tout cela est à bon droit constitutif du déroulement, du déploiement de l'Idée. Cependant, cela ne doit nullement nous amener au scepticisme, à cet «athéisme du monde moral» qui soutient que le vrai ne peut être connu, mais que la vérité est que ce que chacun laisse élever de son coeur (Préface p.35). C'est comme le dit Hegel avec humour, ce serait se mettre dans le cas de ne pas voir la forêt à cause des arbres. En effet, à procéder ainsi, on fait plutôt reposer la science et la connaissance non pas sur la réflexion et l'analyse des différentes perspectives, mais sur la particularité du coeur: C'est verser dans "la bouillie du coeur". Et une philosophie, une institution, une société qui raisonne ainsi ne peut faire la différence entre le vrai et le faux, le juste et l'injuste; accordant une égale dignité ou affichant la même indifférence pour l'un et pour l'autre, pour ce type de philosophie, les lois morales, les valeurs ne sont rien d'autre que de simples références subjectives. De toute évidence, pour que l'on soit en mesure d'identifier le moins juste il faut à tout le moins être en mesure de reconnaître le juste, c'est pour cette raison que pour Hegel, s'il ne fait pas de doute que l'absolu est résultat, c'est essentiellement parce qu'il est aussi au commencement. C'est une telle inspiration que notre travail a tenté de retrouver, car s'il est vrai, comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, que chacun des moments de notre développement historique, culturel et social, que chacune des manifestations de

notre conscience juridique a sa vérité propre, et qu'à ce titre chacune est nécessaire et rationnelle, il n'en demeure pas moins que la réflexion scientifique, en tant qu'elle doit s'élever au dessus de la simple apparence présuppose que : «rien n'est réel que l'Idée et alors, il s'agit de reconnaître dans l'apparence du temporel et du passager la substance qui est immanente et l'éternel qui est présent.» (Préface p.42).

C'est pourtant d'une telle lecture que nous avons présenté la philosophie du droit de Hegel comme une étape de plus à la reconnaissance de questions qui se délogent du besoin de l'entendement privé, de l'immédiateté, de l'atomisme. Elle est certes l'expression d'une plus grande liberté. Si elle ne peut pas résulter en l'universel, elle offre toutefois une méthode qui permet de dépasser les limites de ces conceptions formalistes du droit. L'universel hégélien ne réside pas dans des réponses qui s'appliquent à tous, il réside plutôt dans une méthode qui est accessible à tous, qui peut éventuellement amener à l'universel. La scientificité du formalisme se solde, par une somme de défauts: «unilatéralité», recours à des qui amènent aux néants, l'universel vide.

Quant à spécifiquement au magistrat, le danger qu'il vit aujourd'hui est que les critiques qu'ils devraient apporter lors de leurs débats, ont été atrophiées par un rejet, volontaire ou pas, de l'Idéal authentique. À force d'investir dans le formalisme il en est résulté, pour eux, une incapacité de saisir l'essence même du phénomène dont il s'agit, lorsqu'ils ne le confondent pas tout simplement avec une de ces formes dérivées et dégénérées de subjectivisme et de relativisme qu'avec raison la plupart des critiques de la modernité stigmatisent, ils se sont contentés, à défaut d'arguments éthiques, de fonder leurs arguments sur cette forme neutre qui est incapable.

BIBLIOGRAPHIE

Causes jurisprudentielles

- Berry v. Burough of SugarNotch*, 191 p.345, 43 A. 240 (1899).
- Christie v. York Corporation*, (1939) Cour suprême du Canada.
- Dred Scott v. Sandford*, (1856) 18 Howard's Reports 393, *speciatim* 402-407, 480-482.
- Edwards c. A.G. Canada*, (1930) A.C. 124 (C.J.C.P.).
- Entick c. Carrington*, (1765) 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275.
- Fontainebleau Hotel Corp. v. 4525 Inc.*, 114 So. 2d 357, 359 (Fla. Dist App. 1959) Cert. denied, 117 So. 2d 842 (Fla. 1960).
- Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.
- Malette c. Shulman*, (1988) 47 D.L.R. (4th) 18 (Ont H.C.)
- R. c. Big M Drug Mart Ltd. c.* (1985) 1 RCS, 295.
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S., 30.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- Regina c. Munro and Munro*, (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, (Ont. C.A.).
- Rodriguez c. La Reine*, R.C.S. 1994.
- Tremblay c. Daigle*, (1989) 2 R.C.S., 530.
- Vaillancourt c. La Reine*, [1987] 2 R.C.S., 636.

Doctrines

ALTSCHUL, S. et CARRON, C., «Chronology of Some Legal Landmarks in the History of

-
- Canadian Women», (1975) 21 *McGill L.J.* pp.476-490.
- ARISTOTE, *Politique d'Aristote*, textes choisies par R. Weil, Colin, Paris, 1966, 255p.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V : Chap. VIII, trad. par J. Voilquin, Paris, Garnier-Flamarrion, 1965, p.138.
- ARMOUR, L., *The Idea of Canada, and the Crisis of Community*, Steel Rail Publishing, Ottawa, 1981, pp. 44-45, 180p.
- ALSTON, P., «Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control», (1984) 78 *American Journal of International Law*, 621.
- BALIBAR, E., LUPORINI, C., & TOSEL, A., *Marx et sa critique de la politique*, Maspero, Paris, 1979, 172p.
- BARKER, E., *Greek Political Theory; Plato and his predecessors*, London, New-York, Methuen & Noble, 1965, 468p.
- BARRET-KRIEGEL, *L'État et les esclaves*, Paris, Calman-Lévy, 1979.
- BELLEY, J.-G., ISSALYS, P., *Aux frontières du juridique*, Études interdisciplinaires sur les transformations du droit, Collection Travaux, Université Laval, Canada, 1993, 277p.
- BEAUDOIN, G.A., RATUSHNY, E., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989.
- BEAUDOIN, J.-L., «La vérité dans le droit des personnes: aspects nouveaux», in *Revue Générale de droit*, Université d'Ottawa, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, pp.801-818.
- BENDER, P., «Canadian Charter and U.S. Bill of Rights», (1983) 28 *McGill L.J.* 811.
- BENHABIB, S., «Obligation, Contract and Exchange in the Significance of Hegel's Abstract Right» in Z.A. Pelczynski, 159p.
- BLOCH, E., *Droit Naturel et Dignité Humaine*, Paris, Payot, 1976, 328p.
- BOURDIN, J.-C., *Hegel et les matérialistes français du XVIII siècle*, Paris, Philosophie Meridiens Klincksieck, 1992, p.8, pp.274.7.
- BOURGEOIS, B., *La philosophie allemande classique*, Paris, PUF, 1995.
- BOURGEOIS, B., sous la direction de PLANTY-BONJOUR, Guy, *Droit et liberté selon Hegel*, Paris, PUF, 1986, 264p.

-
- BOURGEOIS, B., «Raison et décision - Hegel et Descartes», *Études hégéliennes*, Paris, PUF, 1992, 404p.
- BOURGEOIS, B., «Kant et les droits de l'homme», in *Recherches et Documents du Centre Thomas More*, no. 38, Juin 1983, La Tourette, L'Arbresle.
- BOURGEOIS, B., *La pensée politique de Hegel*, Paris, P.U.F., 1992. 147p.
- BOURGEOIS, B., «Le sujet de droit selon Hegel», in *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1989, 34, pp.77-88.
- BOURGEOIS, B., *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*, Paris, PUF, 1990, 133p.
- BRUAIRE, C., «État hégélien et société sans classes», in *Hegel et Marx la politique et le réel* (Conférences, Journées d'études de mars 1970), Université de Poitiers, p.9
- BRUDNER, A., «Hegel and the Crisis of Private Law», in *Hegel's Legal Theory*, Routledge, New-York, p.127.
- BRUN, H. & TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, chap.XII sur les *Droits de la personne*, sections 3 et 6, 2e édition, 1990, Ed. Yvon Blais.
- BRYDEN, P., DAVIS, S., RUSSELL, J., *Protecting Rights and Freedoms, Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, 241p.
- BURDEAU, G., «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», (1939) 9 *Arch. phil. dr. et social. jur.*, 7, pp.9-27.
- CAPARROS, E., «De quelques mythes et de quelques réalités du monde juridique contemporain», (1986) 17 *Revue générale de droit*, Université d'Ottawa, 601-617.
- CARDINAL, L., «Les mouvements sociaux et la Charte canadienne des droits et libertés», in *Revue internationale d'études canadiennes*, no. 7-8, printemps-automne, 1993.
- COLTER, I., «Activists Tackle Shackles of Poor», *The Globe and Mail*, 25 novembre 1992.
- CORD, R.L., *Separation of Church and State: Historical Fact and Current Fiction*, Grand Rapids : Baker, 3157 (également, résumé dans *Concordia Journal*, vol. 17, January 1991, no. 1, p.117, St-Louis, Mo.
- CORNELL, D., Rosenfeld, M., Carlson, D., Benjamin, N., *Hegel and Legal theory*, New-York, Routledge, 1991, 359p.

-
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 2^{ed}. Montréal, Éditions Yvon Blais, 1990, 766p.
- DEKONINK, T., PLANTY-BONJOUR, G., *La question de Dieu selon Aristote et Hegel*, 1991, PUF, 430p.
- D'HONDT, J., *Hegel, philosophe de l'histoire vivante*, Paris, PUF, 1987, 483p.
- DAHOMAY, J., *Hegel et la «déconstruction» du sujet moderne du droit*, dans les Cahiers de la philosophie politique et juridique de l'Université de Caen (FRA) (1992) #22, 87-117.
- DUGUIT, L., «Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel», dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nos. 2 et 3, avril-septembre 1918, p.20.
- DUVERGER, M., *Droit, institutions et systèmes politiques*, Paris, PUF, 1987, 799p.
- FERRY, L. et RENAUT, A., *Philosophie politique, 3 : Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, Paris, PUF, 1985.
- FICHTE, J.G., trad. de A. Renaut, *Machiavel et autres écrits philosophiques et politiques*, Paris, Payot, 1981.
- FOUCAULT, M., *La volonté du Savoir*, Éditions Gallimard, Paris, 1976.
- GARANT, P., *Droit administratif*, Vol. 3 Les Chartes, Yvon Blais, Cowansville, 1992, 625p.
- GARANT, P., «Les fins du droit public moderne au Québec», (1966-67) *C. de D.* pp. 251-287.
- GARAUDY, R., *Karl Marx*, Paris, Seghers, 1969, 313p.
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2E éd., Paris, L.G.D.J., 1988, No5.
- GLOCKNER, G., *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, La Philosophie grecque, t. 18, p.293. trad. P. Gamiron, Paris, Vrin, 1972, t.3.
- GOYARD-FABRE, S., *Philosophie politique XVIe-XXe siècle modernité et humanisme*, Paris, P.U.F., 1987, 543p.
- GURVITCH, I., *Traité de sociologie*, Paris, PUF., 1958, 310p.
- HEGEL, G.W.F., *Encyclopédie des sciences philosophiques*, Vol. 1. Science de la logique, partie intitulée «Deuxième attitude envers l'objectivité», 1970, Paris. Vrin.
- HEGEL, G.W.F., *La raison dans l'histoire*, Paris, Union générale d'Éditions, 1979, 312p.

-
- HEGEL, G.W.F., Notes et fragments : Iéna 1803/1806, Iéna, Diff., I, Aubier, Paris, 320p.
- HEGEL, G.W.F., Leçons sur l'histoire de la philosophie, vol.III, chapitre sur *Kant et sur les lumières*. Traduit par Pierre Garnizon, Paris, Vrin, 1971.
- HEGEL, G.W.F., *Phénoménologie de l'esprit*, Aubier-Montaigne, I, Vol. 1, Paris, Vrin, 1941.
- HEGEL, G.W.F., *Lectures on the History of Philosophy*, Volume III, Humanities Press, Translated from the German by Haldane and Simson, New-York, 1974, 571p., Section two of part three on Modern Philosophy (pp.157-403).
- HEGEL, G.W.F., *Lettre à Schelling* du 16 avril 1795, *Correspondance*, trad. Carrère, I, Paris, Gallimard, 1962, pp.28-29.
- HEGEL, G.W.F., *Phénoménologie de l'Esprit*, II, Galimard, Paris, 916p.
- HEGEL, G.W.F., *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel*, traduction et notes par Bernard Bourgeois, Paris, Librairie philosophique, 1972.
- HEGEL, G.W.F., *Principes de la philosophie du droit*, traduction de André Kaan et préfacé par Jean Hyppolite, éd. Gallimard, Paris, 1940.
- HOFFMEISTER, *La Raison dans l'Histoire, Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, trad. de K. Papaioannou, Paris, Union générale d'Éditions, 1965.
- HYPPOLITE, J., *Études sur Marx et Hegel*, Ed. Marcel Rivière et cie., Paris, 1965, 204p.
- HYPPOLITE, J., «Hegel et la Révolution française», in *Revue philosophique*, 1939.
- JARCZYK, G. et LABARRIERE, P.-J., *De Kojève à Hegel : 150 ans de pensée hégélienne en France*, Albin Michel, Paris, 1996, 259p.
- ILTING, K-H., in *Pelczynski, The State and civil society. Studies in Hegel's political philosophy*, edited by Z.A. Delczynski, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 322p.
- KANT, I., *Métaphysique des moeurs*, Introduction, B; *Qu'est-ce que le droit?*, (2ième volume). Paris, Vrin, 1971.
- KANT, I., *Fondements de la métaphysique des moeurs*, trad. Victor Delbos, Paris, Vrin, 1980, 153p.
- KANT, I., *Critique de la raison pratique*, Paris, PUF, 1866, 192p.

-
- KOLB, D., *The Critique of pure modernity : Hegel*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, 316p.
- KORTIAN, G., *Métacritique*, chap. sur: «Remarques sur le rapport entre subjectivité et société civile», Paris, Éd. de Minuit, 1979, 132p.
- KYMLICKA, W., *Liberalism Community and Culture*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 280p.
- LAMBERTI, J.-C., «Tocqueville et la Constitution de 1848», in *Commentaire*, No. 25, 1984.
- LAMER, A., «How the Charter Changes Justice», *The Globe and Mail*, p.A-11, April 17, 1992.
- LASCOUTES, P. & ZANDER, H., *Marx : du «vol de bois» à la critique du droit*, collection philosophie d'aujourd'hui, P.U.F., 1984, 282p.
- LEFORT, *L'invention démocratique*, Paris, Seuil, 1981.
- LACHANCE, M., «Les juges au banc des accusés», in *L'Actualité*, 15 juin 1996, pp.18-25.
- LÉVI-STRAUSS, C., (chez Didier Bribon), *De près et de loin*, Éditions Odile Jacob, 1988.
- LOCKE, J., *Second Traité*, traduc. de D. Mazel, Flammarion, 1984.
- LOCKE, J., *Second Essay Concerning Civil Government* (1690) dans *Works*. t.V, Aalen, Scientia Verlag, 1963, ch. XI.
- LOHR, S., «Sweden places animal rights law in nation's barnyards», *The Ottawa Citizen*, 25 octobre 1988, p.1-2.
- LUKACS, G., *The young Hegel, Critic of the Ethical Idea*, London, Merlin Press, 1975, 576p..
- MAH, H., «The French Revolution and the Problem of German Modernity : Hegel, Heine, and Marx», in *Telos*, Issue no. 83, Spring 1990, New-York, pp.3-20.
- MANIN, P., «Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoir», in *Interventions*, mai-juin-juillet, 1984, p.14.
- MARCUSE, H., *Raison et révolution*, Paris, Ed. de Minuit, 1968, 472p..
- MARCUSE, H., *L'homme unidimensionnel*, Paris, E.R. McNult, 281p.
- MARTIN, R., «Judges Did Not Have Charter Role Forced Upon Them», *The Lawyers Weekly*, 26-7-91, p.5.

-
- MARX, K., *O.C. III*, Paris, Pléiade, 1978.
- MERCIER-JOSA, S., «Droit privé et droit politique - de Hegel au Marx de 1842», in *La Pensée* 262, p.101.
- MICHON, G., *Robespierre et la guerre révolutionnaire*, Paris, Éd. Rivière et compagnie, 1937, p.138.
- MONAHAN, P., *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987.
- OWONA, J., *Les droits de l'Homme*, dans Abidjan, Dakar Lomé, *Les nouvelles Éditions Africaines*, Tome 2, Droit International et relations internationales, 1982.
- PELCZYNSKI, Z.A., *The State and Civil Society: Studies in Hegel's political philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, Ed. by Pelczynski, 1984. 327p.
- PENTNEY, W.F., «Les principes généraux d'interprétations de la Charte», dans G.A. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1989.
- PETTER, A., «The politics of the Charter», *Supreme Court Law Review*, Vol. 8, 1986, p. 473-505.
- PINSON, J.-C., *Hegel, le droit et le libéralisme*, Paris, PUF, 1989, 179p.
- PROULX, D., «Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits», (1988) 48 *R. du B.*, 633-685.
- PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. de Barbeyrac, Caen, Centre de philosophie, 1987, VII, II.
- RAMCHARAM, B.G., *Canadian Human Rights Year Book*, Toronto, Carswell, 1983. 280p.
- RHÉAUME, J., *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990, 392p.
- RICOEUR, P., *Du texte à l'action*, Paris, Seuil, 1986, p.241.
- RIEDEL, M., *Between Tradition and Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 191p.
- RITTER, J., *Hegel et la révolution française*, Beauchesne, Paris, 1970, 142p.
- ROUSSEAU, D. «Les droits de l'homme de la troisième génération», p.125-137. in *Association française des constitutionnalistes*, Paris, 1987, 511p.

-
- ROUSSEAU, J.-J., *Discours sur l'économie politique* (1755), éd. Gagnebin et Raymond, *Oeuvres complètes*, coll. «La Pléiade», t. III, Paris, Gallimard, 1964, p.248.
- ROY, J., «Penser L'État : Rousseau ou Hegel», in *Laval théologique et philosophique*, 44, 2 (juin 1988), pp.169-190.
- SEBA, J.-R., «Histoire et fin de l'histoire dans la Phénoménologie de l'esprit de Hegel», in *Revue de métaphysique et de Morale*, no. 1, Jan-Mars 1980, pp.27-47.
- SERRILL, M. S., «Slaves: On Sale Now», *Time*, (édition canadienne). July 1, 1996, p.30.
- SICHIROLLO, L., «Hegel en Italie au XXième siècle», in *Archives philosophiques* (FRA), (1993), 56, Numéro 4, pp.573-593.
- SIGURDSON, R., «Left and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics», in *Revue internationale d'études canadiennes*, no. 7-8, printemps-automne, 1993, pp.95-115.
- SLATTERY, B., «A theory of the Charter», (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.
- STANGUENNEC, A., *Études post kantiennees : Le rationnel et l'irrationnel dans la pensée post-moderne*, Âge d'homme, 1987, B 824.2 S828. 1987.
- STEINBERGER, P. J., *Logic and politics: Hegel's philosophy of right*. New Haven, Yale U. Press, 1988, 254p.
- STILLMAN, P. G., *Abstract Right and Private Law*. in *Hegel and Legal Theory*, Routledge, New-York, 1991. 359p.
- TAYLOR, C., *The Malaise of Modernity*, Concord, Anasi, 1991, 135p.
- TAYLOR, C., *Philosophy in an age of pluralism: the philosophy of Charles Taylor in question*, Ed. Jean Tully, Cambridge & New-York, Cambridge University Press, 1994. 273p.
- TAYLOR, C., *Man and Society*, «Atomism», *Essays in Honour of C.B. Macpherson*. 39-61p. (*Référence incomplète*)
- TAYLOR, C., «Hegel's Ambiguous Legacy for Modern Liberalism». in *Hegel and Legal Theory*, Edited by Drucilla Cornell, Routledge, New-York, 1991, 359p.
- THEUNISSEN, M., *Hegel and Legal Theory*, «The repressed intersubjectivity in Hegel's Philosophy of Right», Edited by Drucilla Cornell, Routledge, New-York. 1991, 359p.
- TOFFLER, A., *Powershift: knowledge, wealth and violence at the edge of the 21st Century*, Bantam Book, New-York & Toronto, 1990, 585p.

TOSEL, A., *Démocratie et libéralismes*, Paris, Kimé, 1995, 285p.

TREMBLAY, D., «Choisir sa mort, l'aide à la mort se pratique en catimini. Est-il logique de continuer à se fermer les yeux?», in *Le Devoir*, p.A-7, 21 janvier 1996.

VASAK, K., «La réalité juridique des droits de l'homme», in K. Vasak (ed.) *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp.1-41.

VERDIER, R., «Féodalité et collectivisme africain», *Présence africaine*, 4E trimestre, 1961.

VIENNEAU, D., «Chief Justice Dismisses Critics of Courts Power», *Sunday Star*, (Toronto) 7-7-91.

VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

WEIL, E., *Hegel et l'État*, Paris, Vrin, 1950.

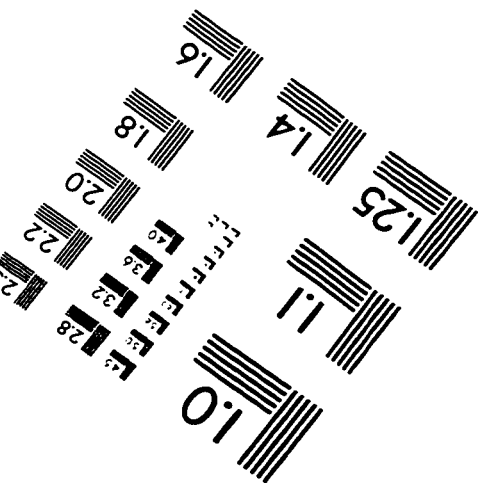
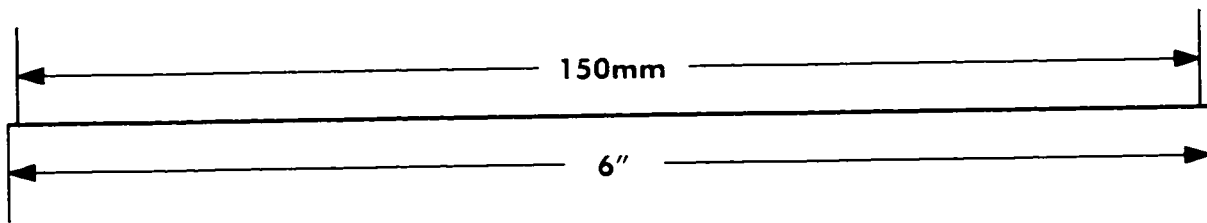
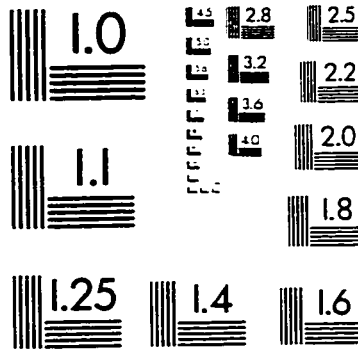
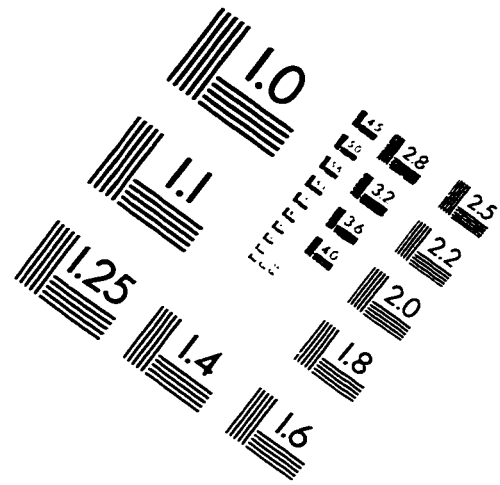
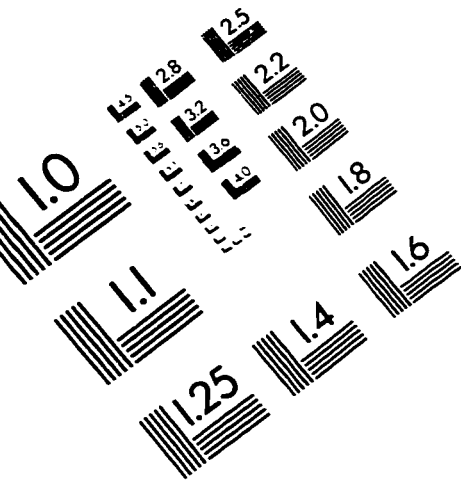
WYZANSKI, C. E., «The philosophical background of the doctrines of human rights», *Human dignity - the Internalization of Human Rights*, Edited by Alice Henkin, New-York, 1979, 11-203.

WOOD, A. W., *Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, Part III.

Notes d'allocution du très Honorable Antonio Lamer, C.P. Juge en chef du Canada à la réunion d'hiver du Conseil de l'Association du barreau canadien Jasper, Alberta le dimanche 20 février 1994.

Débats de la Chambre des Communes, 1980 à 1981 (hansard de la chambre des communes).

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



APPLIED IMAGE, Inc
1653 East Main Street
Rochester, NY 14609 USA
Phone: 716/482-0300
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved

