

## Article

---

« Présentation »

Christelle Landheer-Cieslak

*Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 619-621.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043906ar>

DOI: 10.7202/043906ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

# Présentation

---

## *Le droit sans la loi ?*

Par Christelle LANDHEER-CIESLAK

Dans nos sociétés postmodernes, la loi étatique, au sens matériel du terme, est perçue comme une source du droit déclinante. En effet, la loi générale, impérative et abstraite, émanant de l'État, laisse peu à peu sa place, autrefois prépondérante, à un droit choisi, spécialisé et souvent négocié, se manifestant à travers des règles, plus ou moins formalisées, plus ou moins institutionnalisées, individuelles ou collectives, exprimées et élaborées directement au sein de la société civile par le recours à des formes conventionnelles *ad hoc*. Désormais, les actions définies, organisées et encadrées par le pouvoir d'autodétermination et de négociation des personnes privées en fonction de leur volonté, de leur situation et de leurs intérêts particuliers, sont préférées aux comportements imposés unilatéralement par l'État. Ces actions se multiplient, expression d'une autonomie privée en plein essor, devenant à première vue, la source d'un droit au-delà de la loi étatique, même d'un droit sans la loi étatique.

Le droit issu de l'autonomie privée se manifeste dans de nombreux domaines de la société (par exemple : santé, environnement, justice, commerce, industrie, culte) et entretient des liens originaux avec la loi. Tantôt ce droit s'intègre à la loi étatique lorsque l'État, pour accroître la légitimité de ses actes, choisit de recourir à la consultation publique ou à la négociation sectorielle dans le processus de formation et d'application de ses décisions. Tantôt ce droit complète la loi étatique lorsque l'État, pour assurer la coordination et la responsabilisation des acteurs d'un secteur donné, choisit de ne pas recourir à la loi générale et abstraite pour mettre en œuvre une politique particulière mais plutôt de laisser se développer des formes conventionnelles originales afin que les différents acteurs en présence s'engagent selon leur propre volonté, selon leurs propres moyens et avec leur propre échéancier. Tantôt ce droit se développe au-delà de la

loi étatique lorsque, par exemple, l'État, sur le fondement des libertés et des droits fondamentaux laisse les membres d'une confession se donner leurs propres règles de fonctionnement et d'arbitrage pour s'adapter au mieux aux exigences de leur foi ou encore lorsque des entreprises transnationales négocient, loin du droit national et international, des accords-cadres avec des organisations syndicales particulières.

Multiplés sont donc les facettes du droit émanant de l'autonomie privée, dont le développement résulte de la combinaison d'au moins trois facteurs : premièrement, le recul de l'État-providence qui a pour conséquence de laisser aux personnes privées le soin de réguler des espaces sociaux plus vastes ; deuxièmement, la tendance de l'État à renoncer, dans certains domaines, à sa fonction instituante pour ne plus faire qu'entériner les choix normatifs des personnes privées résultant de leur délibération et de leur négociation ; troisièmement, une nouvelle perception de la réalité qui n'est plus envisagée comme fixe et maîtrisable par la seule raison incarnée dans la loi étatique mais flexible et incertaine, nécessitant une adaptation normative constante qui est rendue possible grâce à l'élaboration de règles par les personnes privées dans le cadre de formes conventionnelles spécifiques.

Les questions que suscite l'avènement de ce droit issu de l'autonomie privée sont diverses et s'articulent autour de quatre axes principaux. Premièrement, d'un point de vue théorique, l'existence de ce droit soulève la question de sa nature juridique. Peut-il prétendre à la qualification de droit alors qu'il s'enracine au cœur des besoins particuliers de la société civile et qu'il manque le plus souvent de généralité, d'abstraction et de permanence ? En outre, alors que le droit des personnes privées entretient souvent des liens étroits avec la loi étatique, constitue-t-il toutefois une régulation privée autonome par rapport à l'ordre juridique étatique, un véritable droit sans la loi, ou n'est-il, en fait, qu'un droit qui grandit à l'ombre de la loi étatique ? Deuxièmement, la particularité de ce droit est de recourir à des formes contractuelles originales. D'ailleurs, lorsqu'il est question de l'émergence du droit issu de l'autonomie privée, il n'est pas rare de parler du phénomène de la « contractualisation du droit ». Or, est-il possible de rendre compte de cette réforme apparente du droit en recourant au concept de contrat juridique ? Cette notion classique est-elle pertinente ou faut-il l'adapter, l'élargir ou même la redéfinir pour rendre compte du phénomène ? Troisièmement, l'existence de ce droit sans la loi pose la question de sa réception par l'ordre juridique étatique. Si l'État accepte et même facilite le développement d'un droit issu de l'autonomie privée, comment ce droit est-il réceptionné par l'ordre juridique étatique, par quelles méthodes, par quels outils juridiques ? D'ailleurs, le recul de la loi étatique et l'essor du droit issu de l'autonomie privée n'ont-ils pas pour

conséquence le développement des pouvoirs du juge, le mieux à même de trouver une manière d'articuler le droit de l'État et le droit des personnes privées dans les contentieux particuliers qui lui sont soumis ? Quatrièmement, l'essor de ce droit émanant de l'autonomie privée est envisagé, la plupart du temps, comme un progrès. À la source imposée de l'extérieur qu'est la loi étatique, s'oppose la norme choisie et négociée. Aux contraintes de comportements imposées par la loi, répond la liberté des actions issues du contrat ou des choix individuels. À la rigidité du cadre de la loi, s'impose la flexibilité de la volonté des individus, s'adaptant à la spécificité des besoins et à des situations particulières. Or, un tel droit est-il viable ? Peut-il être porteur de justice dans la mesure où il prend sa source au cœur des intérêts particuliers, s'enracinant souvent dans des rapports de force déséquilibrés ? Peut-il être structurant pour une société alors qu'il ne s'élabore pas à partir de valeurs collectives, transcendant les intérêts particuliers ? Repose-t-il sur une vision pertinente de l'action humaine en présupposant le désir, la possibilité et la capacité de chacun de choisir seul ou de négocier avec d'autres les principes de son action ?

Telles sont quelques-unes des questions que ce numéro spécial des *Cahiers de droit* envisage dans quatre articles particuliers portant sur le thème suivant : « Le droit sans la loi ? » Ainsi, les quatre articles formant une partie du présent numéro poursuivent la réflexion sur l'essor du droit issu de l'autonomie privée, réflexion que plusieurs professeurs de la Faculté de droit de l'Université Laval approfondissent depuis l'automne 2005 et qui a déjà fait l'objet d'une conférence à l'Acfas à Montréal en mai 2006, organisée par Paule Halley, Dominic Roux et Christelle Landheer-Cieslak sous l'égide de l'AJIT<sup>1</sup> et intitulée « La désinstitutionnalisation du droit ou les enjeux du passage de la figure de la loi à la consécration de l'autonomie privée ».

---

1. AJIT : groupe de recherche de la Faculté de droit de l'Université Laval s'intéressant aux aspects juridiques internationaux et transnationaux.