



HAL
open science

Codification et densification(s) normative(s)

Matthieu Robineau

► **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Codification et densification(s) normative(s). La densification normative. Découverte d'un processus (C. Thibierge et alii), Mare & Martin, pp.271-285, 2013, 978-2-84934-113-1. hal-01778405

HAL Id: hal-01778405

<https://hal-univ-orleans.archives-ouvertes.fr/hal-01778405>

Submitted on 14 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Codification et densification(s) normative(s)

Matthieu Robineau

Maître de conférences à l'École de droit d'Orléans

Centre de recherche juridique Pothier - EA 1212

Réfléchir sur la codification permet d'appréhender et d'illustrer ce que peut être la densification normative. Dans une première approche, celle-ci paraît regrouper trois phénomènes distincts : l'émergence normative, qui désigne la venue progressive au monde normatif, le renforcement normatif, qui correspond à un gain de force normative et le resserrement normatif, qui exprime l'idée d'une multiplication et d'un affinement des normes régissant une activité, c'est-à-dire l'idée d'un maillage normatif de plus en plus étroit. Il en résulte que la densification normative peut être envisagée comme un processus d'évolution de l'ordre normatif juridique qui se caractérise par l'avènement, l'articulation et la promotion de normes juridiques toujours plus nombreuses. Dans une seconde approche, la densification normative présente une certaine unité, aussi bien quant à ses acteurs que quant à ses facteurs. Au fond, l'idée de densification normative permet d'appréhender nombre de phénomènes juridiques et, surtout, de penser le droit en vie.

Codification et densification(s) normative(s). L'intitulé librement choisi de cette contribution suscite certainement le questionnement. Les deux substantifs évoquent chacun, en raison du suffixe « -ation », quelque chose en train de se construire, c'est-à-dire un processus. Dès lors, inmanquablement surgit la question de savoir si les processus de codification et de densification normative entretiennent des liens entre eux, et dans l'affirmative, de quels types.

Pour répondre, il convient de s'entendre sur les termes en présence. La codification, notion la plus familière¹, désigne « une opération ou une politique de fabrication des codes, par regroupement de normes anciennes ou création de normes nouvelles² », étant précisé que le code est un « ensemble de textes juridiques classés selon un ordre chronologique ou systématique et concernant soit la totalité du droit d'un pays ou d'une société soit une matière particulière³ ». Dans cette perspective, il n'y a de code que s'il y a codification⁴.

Sous le vocable codification peuvent toutefois être regroupés plusieurs types de démarches normatives, selon la nature et le cadre de la mission accomplie par les codificateurs. D'une part, il est classique d'opposer la codification à droit constant et la codification réformatrice⁵ ; d'autre part, les codificateurs peuvent intervenir dans un cadre officiel ou bien accomplir leur œuvre dans un cadre privé, spontanément ou sur commande (propositions doctrinales, codes

¹ V. toutefois, sur les difficultés d'une définition, Ph. Malaurie, Peut-on définir la codification ? *Éléments communs et éléments divers*, RFAP 1997. 179.

² G. Braibant, *Utilité et difficultés de la codification*, *Droits*, 1996, n° 24, p. 61

³ G. Braibant, préc. – *Adde*, Association Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, V° - codification : « corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu soit de travaux législatifs (Code civil, Code pénal), soit d'une élaboration réglementaire (Code de procédure civile), soit d'une codification formelle (par décret) de textes préexistants et reclassés selon leur origine (partie législative, partie réglementaire, etc. Ex. Code de l'organisation judiciaire, Code de la construction et de l'habitation, Code de l'administration communale, etc.) ».

⁴ Ph. Reigné, *La numérotation dans la codification*, *La documentation française*, 1999.

⁵ Etant entendu que la codification à droit constant comporte une part plus ou moins marquée de réformes, d'abrogations, de modifications, induites par le choix des contours du code, par la détermination du plan ou encore par les options terminologiques.

éthiques), ou encore dans un cadre marchand (codes d'éditeurs). Néanmoins, la codification apparaît fondamentalement unitaire : il s'agit d'un processus de mise en ordre rationnel du droit, dans un triple souci de clarification, de sécurité et d'accessibilité.

Proposer une définition de la densification normative est, comparativement, une entreprise plus délicate, pour des raisons qui tiennent principalement à la nouveauté de l'expression. Pour autant, une approche peut être esquissée en commençant par préciser d'abord ce qui, bien que pour l'heure étranger aux juristes, va de soi – la densification – et ce qui, pour leur être plus familier, n'en pose pas moins difficulté – le normatif.

Par densification, on entend habituellement une augmentation de la densité, celle-ci étant la qualité de ce qui est dense, c'est-à-dire, au sens propre, compact, épais, et, au sens figuré, riche et concis. Il y a ainsi dans la densification l'idée d'une augmentation, d'un accroissement, que l'on retrouve notamment dans la littérature des démographes et des urbanistes, mais aussi dans des sciences dites dures, comme la physique. On peut ajouter que cette densification peut relever d'un phénomène spontané (la population de cette région s'est densifiée depuis tel recensement) ou provoqué (les pouvoirs publics ont eu la volonté de densifier le réseau ferroviaire).

Par normatif, il convient d'entendre ce qui relève de la norme. Ceci appelle deux précisions indispensables. En premier lieu, on désigne par norme l'énoncé qui a vocation à servir de modèle pour l'action ou pour le jugement⁶. Dans cette logique, le normatif n'est pas synonyme de juridique : il existe des normes qui ne sont pas juridiques (une norme morale par exemple), comme il existe des phénomènes juridiques qui ne sont pas normatifs (comme les livres verts et les livres blancs). En d'autres termes, le juridique et le normatif sont deux ensembles sécants, qui comportent à la fois un domaine commun et un domaine propre. En second lieu, parce que la régulation de l'activité sociale est toujours en mouvement, le normatif doit être envisagé comme l'adjectif désignant ce qui est relatif non seulement à la norme déjà née mais aussi à la norme en train de naître.

Une double conséquence peut alors être tirée de ce qui précède. D'une part, la densification normative peut être envisagée comme un processus par lequel un même objet, une même sphère d'activité, est régie par un nombre croissant de normes, dont la valeur est, elle aussi, croissante. D'autre part, *la densification normative n'est pas nécessairement une « densification juridique »*. Cependant, parce que les juristes ont tendance à vouloir intégrer toute norme, surtout celle dotée d'une grande force normative⁷, dans la sphère juridique, la densification normative tend vers la densification juridique.

En s'appuyant sur la codification, il apparaît possible d'affiner cette première approche. L'intuition et l'observation conduisent en effet à formuler l'hypothèse selon laquelle la densification normative englobe au fond trois processus distincts, que la codification permet précisément d'illustrer. *Il existerait en effet trois types de densification normative : l'émergence normative, qui désignerait la venue progressive au monde normatif, le renforcement normatif, qui correspondrait à un gain de force normative et le resserrement normatif, qui relèverait de l'idée d'une multiplication et d'un affinement des normes régissant une activité, c'est-à-dire de l'idée d'un maillage normatif*. Pour autant, cette dissection de la densification normative ne paraît pas exclure une approche unitaire de celle-ci. Elle n'empêche pas non plus de mettre en évidence les intérêts non négligeables de l'idée de

⁶ V. C. Thibierge, Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit, *Arch. Phil. Dr.* 2008, p. 341.

⁷ Si le concept de force normative (C. Thibierge *et alii*, La force normative, naissance d'un concept, LGDJ-Bruylant, 2009) a été forgé par et pour des juristes, rien n'interdit de l'utiliser pour des normes non-juridiques.

densification normative, en général comme en matière de codification. La présentation des trois facettes de la densification normative (I) précèdera ainsi la mise en évidence son unité (II) et la mise en valeur de ses intérêts (III).

I. - Les trois facettes de la densification normative

La densification normative paraît pouvoir regrouper trois processus distincts, bien que voisins, l'émergence normative (A), le renforcement normatif (B) et le resserrement normatif (C).

A. - L'émergence normative

La densification normative est d'abord susceptible de désigner le processus – ou l'un des processus – par lequel une idée, une valeur, une activité ou tout autre phénomène intègre le monde des normes puis, éventuellement, le monde des règles⁸. C'est l'idée d'un développement de la fonction de modèle qui est exprimée ici. On peut en trouver différentes manifestations en lien avec la codification en droit français⁹.

Tout d'abord, il semble assez clair que la codification d'une matière assure sa consécration, non seulement en tant que discipline juridique mais surtout en tant que préoccupation normative et sociale. L'adoption du Code de l'environnement marque ainsi la reconnaissance d'un domaine de normativité suffisamment prégnant pour faire l'objet d'une codification et pour transférer vers lui des dispositions préalablement intégrées dans d'autres codes, en particulier dans le Code rural et de la pêche maritime. Elle traduit l'émergence normative de la thématique environnementale, abordée jusqu'alors de manière ponctuelle et inorganisée, émergence prolongée par l'adoption de la Charte de l'environnement¹⁰.

De même, une certaine éthique des comportements pénètre le monde des normes, comme en atteste la multiplication des codes de bonne conduite¹¹, d'éthique ou de déontologie. Sans doute l'autorité de ces différents codes est-elle encore incertaine, mais elle tend à s'affirmer ; elle aspire à la juridicité. Au demeurant, le choix du vocable de code trahit un indéniable désir de normativité¹². Il y a ainsi une émergence normative de l'éthique, qui se traduit parfois officiellement par une intégration dans l'ordre juridique ou une homologation¹³.

De façon plus générale, la codification permet de mettre en musique des préoccupations sociales et d'acter ou d'accélérer leur densification normative¹⁴. En effet, « un code participe à la définition, à la diffusion et à la garantie du « bien commun » d'une société. Il l'institue en même temps qu'il en constitue le garant¹⁵ ». De ce point de vue, comparer l'objet de certains codes est assez révélateur des évolutions des aspirations de la société. Certains des codes

⁸ Sur la distinction entre normes et règles, C. Thibierge, préc.

⁹ En droit de l'Union, pour le passage du « cadre commun de référence », qualifié de « vecteur temporaire » à la codification, V. Constantinesco, La « codification » communautaire du droit privé, future constitution civile de l'Europe ? Mélanges G. Wiederkehr, De code en code, Dalloz, 2009, p. 111.

¹⁰ Rappr. V. Jaworski, De la codification à la constitutionnalisation : quel avenir pour le droit de l'environnement ? Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 411.

¹¹ V. G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, Mélanges B. Goldman, 1982, p. 42 ; Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée, in J. Clam et G. Martin (dir.), Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, Droit et société, 1998, p. 151.

¹² B. Oppetit, Droit et modernité. PUF, 1998, Doctrine juridique, p. 271.

¹³ I. Riassetto et M. Storck, Les codes de bonne conduite en droit des marchés financiers. D'un code à l'autre, Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 669.

¹⁴ Par ex., J.-M. Poughon, Cambacérès, une construction idéologique du Code civil, Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 637 et réf. cit. – F. Ewald, Rapport philosophique : une politique du droit, Livre du bicentenaire, p. 77. – Chr. Larroumet, Le Code civil, instrument de propagande politique, in 1804-2004, Le code civil, Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 225.

¹⁵ P. Poncela et P. Lascoumes, Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ? PUF, Les voies du droit, 1998.

récents (consommation, tourisme, sport) traduisent ainsi les préoccupations d'une société davantage tournée vers la consommation et les loisirs que celle qui, au sortir de la seconde guerre mondiale, a vu l'adoption du Code de la santé publique et du Code de la famille et de l'aide sociale, aujourd'hui Code de l'action sociale et des familles. L'histoire de ce dernier constitue d'ailleurs un bel exemple d'émergence normative d'un courant de pensée, en l'occurrence le familialisme, qui place la famille au centre des préoccupations et commande en conséquence les politiques publiques¹⁶.

Par ailleurs, le plan du code est un signe puissant de l'émergence normative ou, une fois la norme advenue, de son renforcement normatif. La question est en effet primordiale¹⁷, dans la mesure où le plan d'un code est « chargé d'idées... (il) trahit l'esprit de ses auteurs ou certaines de leurs intentions maîtresses¹⁸ ». Les plans de l'actuel Code pénal et du Code de la santé publique témoignent ainsi de la primauté aujourd'hui accordée à la personne¹⁹. Le plan apparaît comme un enjeu²⁰ et peut servir l'émergence normative. Il en va de même des préambules ou des dispositions préliminaires²¹, qui peuvent servir de guide pour l'interprétation, ou encore des commentaires officiels²². Les codificateurs contemporains, officiels comme privés, posent ainsi des jalons pour l'interprétation des textes et, mettant en exergue les idées et principes fondamentaux qui les guident, leur donnent un brevet de normativité, quitte à déroger au principe même du droit constant²³.

B. - Le renforcement normatif

La densification normative peut ensuite désigner le processus de gain de force normative. Entre deux diagnostics de force normative portant sur un même objet, c'est-à-dire sur une même norme il se peut – c'est une hypothèse assez fréquente en vérité – qu'une variation puisse être constatée. En cas d'augmentation, il y a alors renforcement normatif, étant entendu qu'il ne s'agit pas ici d'envisager des changements de statut imposés par des données constitutionnelles ou relevant de l'erreur des codificateurs²⁴. L'hypothèse est qu'il existe *un rapport possible entre la force normative et la densification normative, dans la mesure où un accroissement de force normative peut être une forme de densification normative.* Dans le cadre de cette contribution, il s'agit en conséquence de montrer que la codification peut avoir pour résultat un renforcement normatif et donc une densification normative, parce qu'elle produit plusieurs effets notables²⁵ qui conduisent, nonobstant les enseignements du normativisme juridique, à faire du code autre chose qu'une simple déclinaison des lois et des

¹⁶ Le premier « code » de la famille (il s'agit en réalité d'un décret-loi de 1939) a ainsi promu le familialisme au rang de norme sociale partiellement juridicisée, avant qu'il ne connaisse un recul certain avec l'adoption du Code de l'action sociale et des familles en 1956. V. M. Chauvière et V. Bussat, *Famille et codification : le périmètre du familial dans la production des normes*, La Documentation française, 2000.

¹⁷ V. à propos de la Commission de révision du code Civil à la Libération, face au mouvement de socialisation du droit qui imprégnait la société française., L. Julliot de la Morandière, *La réforme du code civil*, *D.* 1948, chron. p. 117.

¹⁸ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, n°77

¹⁹ G. Roujou de Boubée, *Le nouveau Code pénal*, in B. Beignier, *La codification*, Dalloz, 1996, p. 94.

²⁰ V. sur le plan du Code de la propriété intellectuelle qui traite en premier non pas le droit des brevets, pourtant présenté comme une locomotive, mais la propriété littéraire et artistique (v. A. Françon, *RTD com.* 1994, p. 48).

²¹ En France, la Commission supérieure de codification est hostile à une telle pratique (CSC, Rapport 2008, p. 24).

²² V not. les commentaires du Code civil du Québec par le Ministère de la Justice.

²³ V.-L. Benabou et V. Varet, *La codification de la propriété intellectuelle*, La documentation française, 2000, p. 129.

²⁴ D. Bureau et N. Molfessis, *Le nouveau code de commerce ? Une mystification*, *D.* 2001. 361. – N. Ferrier, *Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification*, *RTD com.* 2005, p. 119 ; A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail : une pierre dans un « jardin à la française », *D.* 2008. 2011.

²⁵ R. Cabrillac, *Les codifications*, PUF, Droit, éthique, société, 2002.

règlements qui lui sont intégrés. Au fond, la codification met en évidence l'impact de la forme, la puissance de celle-ci quant aux normes. C'est en ceci qu'elle est un facteur de densification normative. Encore convient-il de préciser.

En premier lieu, l'effet de contenu désigne le phénomène par lequel un code insuffle son esprit aux textes qui lui sont incorporés par la suite et préserve ainsi son unité, à l'image du Code civil. Cet effet peut être décliné de quatre manières différentes.

D'abord, si les codes n'ont d'autre valeur que celle des textes qu'ils reprennent ou qu'ils édictent, la codification peut apparaître comme une opération de légitimation. De ce point de vue, l'insertion d'une règle dans un code ou son exclusion n'est pas neutre. L'exemple du statut des logiciels est ici particulièrement édifiant. Initialement relégué dans le titre V d'une loi de 1985, il a ensuite été incorporé dans la partie du Code de la propriété intellectuelle consacré au droit d'auteur²⁶, gagnant ainsi en légitimité²⁷. De manière plus générale, même si la codification suppose *a priori* des règles déjà bien assises, elle peut aussi être l'occasion et le moyen d'accélérer la maturation des règles²⁸.

Ensuite, inclure une disposition dans un code, c'est lui donner davantage d'autorité. « Une grande part du prestige d'un Code tient non seulement au contenu de ses dispositions, mais au simple fait qu'il se présente comme Code²⁹ ». En d'autres termes, le code en tant que contenant transcende l'ensemble des articles qu'il contient. L'opinion publique ne s'y trompe d'ailleurs pas. Les débats qui ont précédé l'adoption de la loi sur le pacs ont ainsi montré que les groupes de pression homosexuels souhaitaient que ce contrat intègre non seulement le droit positif, mais encore et surtout le Code civil³⁰. Le paroxysme a sans doute été atteint avec l'insertion en 2004 du Code de déontologie médicale dans le Code de la santé publique, effectuée au prix de contradictions internes³¹ : quelle autre justification donner à cette figure originale du code dans le code que la recherche d'un gain de force normative ? Cependant, il n'y a pas de systématisme. Le « pullulement de petits codes, spéciaux, parcellaires, vétilleux, d'assise constitutionnelle d'ailleurs variable³² » nuit certainement à cet effet de la codification.

En outre, certaines codifications ont une dimension symbolique³³ et prestigieuse³⁴ qui rejaillit sur chaque disposition. Il arrive même qu'avec le temps, le code acquiert un statut particulier³⁵, qui le rend presque intangible³⁶. Ceci explique en partie les difficultés d'une recodification du Code civil : une telle entreprise heurterait de front tant le symbole que

²⁶ P.-Y. Gautier, De l'art d'être furtif, in B. Beignier (dir.), La codification, p. 107.

²⁷ P. Sirinelli, Le raisonnable en droit d'auteur, Mélanges A. Françon, Dalloz, 1985. p. 404.

²⁸ A. Jeammaud, La codification du droit du travail, *Droits* 1997, n° 26, p. 168.

²⁹ N. Rouland, Anthropologie juridique, PUF, Droit fondamental, 1989, n° 210.

³⁰ Il leur fallait la « pompe médiatique » (P. Catala, Critique de la raison médiatique, *Dr. fam.* 12/1999, p. 61)

³¹ J. Bouton, Le Code de déontologie médicale, un code singulier pour un « colloque singulier », Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 28, spéc. pp. 33 et s.

³² J. Carbonnier, Le Code civil, in *Le Code civil, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 17, spéc. p. 30.

³³ J. Carbonnier, Le code civil, préc. – R. Cabrillac, Le symbolisme des codes, Mélanges F. Terré, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 211.

³⁴ J. Carbonnier, Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne ? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du Code de 1804, *D.* 1975, chron. p. 171

³⁵ J. Carbonnier, in *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1996 : « Quand un code a vaincu l'usure de l'évolution par une résistance séculaire, il acquiert peut-être statut de livre canonique, une sorte de noblesse qui le place hors de l'écoulement du temps ». – Le Code civil des Français dans la mémoire collective, in *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, préc., p. 1045.

³⁶ V. cependant l'atteinte profonde à l'unité du Code civil réalisée par l'ordonnance du 19 décembre 2002, ajoutant un livre 4 (aujourd'hui livre 5) au Code civil intitulé « Dispositions applicables à Mayotte ». V. Ph. Rémy, Regards sur le Code, in *Livre du bicentenaire*, p. 99.

l'attachement qui lui est porté³⁷. On mesure ainsi qu'il est en tant que tel doté d'une force normative considérable, malgré l'éclatement du droit civil³⁸. Mais le phénomène peut être plus rapide. Ainsi, un auteur a pu remarquer un « processus d'idéalisation doctrinale du Nouveau code de procédure civile français³⁹ ».

Enfin, la codification et la numérotation qui l'accompagne conduisent à faciliter la réception de la norme⁴⁰. La règle est mieux identifiée et, surtout, les numéros des articles favorisent une mémorisation que des périphrases ou des adages ne permettent pas toujours⁴¹. Le codificateur officiel ou privé s'attache ainsi, dans la mesure du possible, à conserver les numéros des textes emblématiques⁴².

La codification emporte en deuxième lieu un effet de rupture. Dès leur entrée en vigueur, les codes abrogent en effet les dispositions antérieures, même si leur contenu est repris à l'identique. Il en résulte un renforcement normatif des dispositions codifiées et, au contraire, un affaiblissement des dispositions oubliées, volontairement ou non. Ainsi, le fait que l'article 73 de la loi du 30 septembre 1986, qui autorise l'insertion de coupures publicitaires dans un film à la télévision, n'ait pas été intégré au Code de la propriété intellectuelle en tant que limite au droit d'auteur⁴³ a fragilisé ce texte. Puisque c'est l'ensemble du droit positif qu'il est projeté de codifier, un texte oublié ou écarté voit sa normativité frappée d'incertitude.

Un troisième effet possible de la codification est le changement de statut de la norme. En particulier, insérer dans un code une règle jurisprudentielle, c'est en modifier l'autorité juridique et malmener à la fois la théorie des sources du droit et la séparation des pouvoirs⁴⁴, encore qu'il soit exact que l'objectif de codification intégrale du droit paraisse imposer une telle insertion⁴⁵. L'hypothèse n'est pas d'école. L'article 1434 du Code civil, relatif au remploi *a posteriori* dans le régime légal, consacre ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁶. De même, l'article L. 463-7, al. 4, du Code de commerce, est la reprise d'un arrêt admettant la présence au délibéré du rapporteur général lorsque le Conseil de la concurrence statue sur certaines pratiques⁴⁷.

Enfin, un quatrième effet peut être décelé : même lorsque la codification s'opère à droit constant, une modification des normes à codifier est envisageable, aux fins de compatibilité avec les normes supérieures, en particulier constitutionnelles ou internationales. Il en résulte un renforcement normatif de ces dernières. Ainsi, les dispositions du Code du travail ont

³⁷ Ph. Rémy, La recodification civile, *Droits* 1998, n° 26, p. 18.

³⁸ J.-L. Aubert, La recodification et l'éclatement du droit civil hors le code civil, *in* Livre du Bicentenaire, p. 123.

³⁹ L. Cadet, L'avènement du Nouveau code de procédure civile, *in* Le Nouveau code de procédure civile : vingt ans après, Documentation française, 1998, p. 56.

⁴⁰ C'est l'un des enjeux d'une codification européenne. Sur ce point, V. Constantinesco, préc.

⁴¹ Ph. Reigné, préc.

⁴² Ainsi de la présomption de paternité légitime demeurée à l'article 312 du code civil à la suite de l'ordonnance du 4 juillet 2005 et de la loi de ratification du 16 janvier 2009. Il y a toutefois des contre-exemples : ainsi l'article 1382 dans l'avant-projet Catala deviendrait après modification l'art. 1340 ; de même l'art. 544 deviendrait l'art. 234 dans le projet Périnet-Marquet.

⁴³ P.-Y. Gautier, préc.

⁴⁴ En ce sens, Y. Robineau, A propos des limites d'une codification à droit constant, *AJDA* 1997. 657

⁴⁵ D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D.* 1993 chron. p. 293, n°10 : « peut-on réellement comprendre l'état du droit existant, avoir une vue complète de celui-ci en ignorant les multiples apports de la jurisprudence ? ».

⁴⁶ Req, 17 mai 1938, *D.* 1938, 1, 73, note Pilon.

⁴⁷ Cass. com. 5 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 158. – V. Poillot-Peruzetto, De la liberté des prix et de la concurrence, *Dr. et patrimoine* 2001, n° 95, p. 73, spéc. p. 80 : « sa codification ne s'imposait pas dès lors qu'il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation et non d'une loi. »

intégré les normes anti-discrimination issues du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne⁴⁸.

C. - Le resserrement normatif

La densification normative paraît enfin pouvoir désigner le processus par lequel une activité humaine ou un objet de régulation est appréhendé de plus en plus étroitement par des normes (juridiques). C'est l'idée d'un resserrement normatif qui est alors véhiculée.

Le phénomène a pris une ampleur significative ces dernières décennies. Les codes contemporains cherchent à garantir la sécurité juridique dans le détail d'une réglementation pointilleuse et ambitionnant l'exhaustivité, à l'opposé de l'exigence de sobriété chère à Portalis, au point que leur existence soit parfois remise en cause⁴⁹. Cette inflation normative, cette « inendiguable marée législative⁵⁰ », conduit à l'évidence à un maillage étroit, paradoxal en ce qu'il est contraire à une approche libérale du droit. Il apparaît que « tout domaine du droit est constitué d'un ensemble complexe de normes interconnectées, forcément nécessaires à la compréhension, l'interprétation ou à l'application des situations juridiques⁵¹ ».

Ce resserrement s'apprécie principalement d'un point de vue quantitatif. Manipuler les éditions successives d'un même code est tout à fait révélateur du phénomène⁵². Toutefois, l'inflation législative et réglementaire n'est pas seule en cause. D'autres phénomènes participent au resserrement normatif. La technique des codes pilotes et des codes suiveurs⁵³, outre qu'elle peut, elle aussi, participer au renforcement normatif d'une disposition⁵⁴, conduit ainsi à densifier le paysage normatif⁵⁵. Il s'agit en effet de réguler l'activité non seulement par les mailles un peu lâches du code pilote mais aussi par une multitude de codes suiveurs, aux mailles plus serrées. Sans doute la disposition est-elle la même, mais sa répétition, sa déclinaison et son insertion dans des contextes spécifiques font naître chez ses destinataires l'impression d'une règle cardinale, omniprésente. Cela contribue nécessairement à la densification normative, dans la mesure où chaque domaine d'activité se voit régi par des règles de plus en plus nombreuses et dont les domaines se recoupent souvent. Plus encore, le développement systématique de la technique des renvois et, récemment, de manière empirique, de la technique des références inverses, participent, elles aussi, à leur manière, d'un resserrement normatif : les liens d'interconnexion sont ainsi mis en évidence. Le destinataire de la norme, plutôt que de lire un article d'un code, est amené à cheminer, au gré des renvois et des références inverses, de disposition en disposition pour se faire une exacte idée du contenu et du champ d'application de la norme⁵⁶. Chemin faisant, il perçoit non seulement la variété des normes qui enserront son activité, mais encore leur degré de précision et leur nombre croissants, symptômes de la densification normative.

⁴⁸ Sur ces exemples et d'autres illustrations, CSC, Rapport 2006, pp. 12 et s. ; Rapport 2007, pp. 11 et s.

⁴⁹ G. Eckert, Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 263.

⁵⁰ J. Lemontey, L'improbable recodification du Code civil, in CSC, Rapport annuel, 2008, p. 35, spéc. p. 37.

⁵¹ E. Catta et A. Delliaux, Renvois et références inverses, outils de légistique, in CSC, Rapport 2010, p. 70.

⁵² En données brutes, le volume global des codes est passé de 53 584 à 107 126 articles (+ 100%) et de 5 674 101 à 12 603 294 mots (+ 122%) entre janvier 2000 et février 2010. En données nettes (après déduction des effets induits de la codification), l'augmentation est respectivement de 17% et 40% (CSC, Rapport 2010, p. 3).

⁵³ Technique à laquelle la CSC a préconisé de renoncer sauf exception dans son rapport annuel, en 2006.

⁵⁴ Comp. CSC 2006, p. 10, indiquant que la reprise d'une disposition dans un code suiveur n'a aucune portée normative et n'a lieu qu'à titre informatif.

⁵⁵ Rapp. CSC, Rapport 2006, p. 10, évoquant, au titre des inconvénients de la technique des codes pilotes/codes suiveurs, le « gonflement » de certains codes.

⁵⁶ Sur cette question, E. Catta et A. Delliaux, préc.

De surcroît, le rôle des codes d'éditeurs ne saurait être négligé. Ces codes intègrent en effet aux côtés de la loi et du règlement les autres sources⁵⁷, sans compter les extraits de décisions de jurisprudence⁵⁸ et les références doctrinales. Ils contribuent de la sorte au resserrement normatif, à l'impression d'une plénitude normative.

Sur un autre plan, parce qu'elle cristallise le droit existant, la codification facilite sa connaissance, met en lumière ses imperfections et constitue de la sorte le point de départ de nouvelles réformes⁵⁹. Le droit se forme ainsi par couches successives, par ajouts progressifs, au gré des besoins et des nécessités, juridiques ou pratiques. Une sédimentation normative⁶⁰ entretient et nourrit ainsi le resserrement normatif.

La densification normative semble donc présenter trois visages distincts : l'émergence est la venue au monde progressive de la norme, le renforcement est son affirmation et sa maturation – c'est-à-dire son gain de force normative, le resserrement est sa multiplication, sa reproduction et son expansion.

II. - L'unité de la densification normative

Une fois présentées les trois facettes de la densification normative, rien n'interdit d'envisager l'hypothèse d'une unité derrière la diversité. Une unité conceptuelle d'abord (A) et une unité pratique ensuite (B).

A. - Unité conceptuelle

Recherchant une éventuelle unité conceptuelle de la densification normative, on peut d'abord avancer *qu'entre l'émergence et le renforcement normatifs, il n'y a qu'une différence de degré*. En effet, tous deux portent sur un objet de même nature (une norme, qui peut ne pas être juridique au départ), étant précisé que, par hypothèse, l'émergence précède le renforcement. En revanche, le resserrement normatif semble bien se singulariser. La densification normative à laquelle il conduit a pour objet une activité et se réalise non pas quant à une norme, mais par des normes.

Pour autant, il y a sans doute une unité entre les trois facettes car *la densification normative donne à voir la norme en vie*, qui grandit, s'épaissit, mûrit, prend son nom, crée une descendance, s'émancipe de son ascendance, etc.

En d'autres termes, la densification normative a pour objet un phénomène normatif, ce qui peut concerner une norme en devenir, une norme déjà bien établie, un ensemble de normes, un dispositif. Un code peut ainsi être l'objet d'une densification normative, soit parce que, code privé, code d'éthique ou code proposé, il acquiert valeur officielle et gagne en force normative, sur le plan de la valeur et de la garantie, soit parce que, faisant l'objet d'une meilleure réception et d'une plus grande effectivité, il bénéficie d'une portée normative accrue.

En conséquence, en droit, *la densification normative peut être envisagée comme un processus d'évolution de l'ordre normatif juridique qui se caractérise par l'avènement, l'articulation et*

⁵⁷ V. ainsi, l'appendice du Code des assurances Dalloz dans lequel figure des recommandations de la Commission des clauses abusives, des conventions professionnelles (agents généraux), un protocole et la constatation d'usages (courtiers).

⁵⁸ V. A. Liénhard, La transposition de la jurisprudence dans les codes, Mélanges G. Wiederkehr, préc., p. 527.

⁵⁹ G. Braibant, préc. – *adde*, J. Foyer, Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005), Economica, 2006, préf, « aujourd'hui [...] codifier une branche du droit, c'est la rendre instable, perpétuellement tangible et éternellement modifiable ».

⁶⁰ Pour une approche non pas matérielle mais conceptuelle de l'idée de sédimentation, C. Atias, Questions et réponses en droit, PUF, L'interrogation philosophique, 2009.

la promotion de normes juridiques toujours plus nombreuses. D'une certaine manière, la densification normative est le nom du processus habituel, du chemin de vie le plus communément partagé par les normes en développement : elles naissent (émergence normative), gagnent en force normative (renforcement normatif), se multiplient et se reproduisent (resserrement normatif).

B. - Unité pratique

Au-delà de cette possible unité conceptuelle de la densification normative, l'observation conduit à conclure dans le sens d'une unité pratique de celle-ci, dans la mesure où les acteurs, les causes, les conséquences et l'appréciation de la densification normative sont identiques pour les trois facettes.

En premier lieu, la densification normative dans ses trois volets provient des mêmes acteurs du droit, aussi bien en tant qu'émetteurs que destinataires, si bien qu'elle peut être tout aussi bien spontanée que provoquée. D'une part, l'implication des émetteurs des normes juridiques dans le processus de densification est assez évidente. Elle est même tout à fait significative lorsqu'elle est la marque d'un certain volontarisme, qu'il s'agisse, par exemple, de celui des pouvoirs publics qui se saisissent d'un champ d'activité, de celui des entreprises et des professionnels qui s'autorégulent et rédigent un code, ou encore de celui de la doctrine qui œuvre à clarifier et à organiser un champ normatif. Chaque acteur émetteur est ainsi susceptible de développer, certainement à des degrés divers, chacune des facettes de la densification : le renforcement, le resserrement et l'émergence. C'est particulièrement vrai pour cet acteur particulier qu'est le codificateur. D'autre part, quant aux destinataires, c'est par leur réception des normes et, ici, d'un code, qu'ils participent à la densification normative et plus précisément au renforcement normatif. Ils interviennent également sur l'émergence et le resserrement normatifs par leur demande de règles et de codes.

En deuxième lieu, par-delà ses acteurs, *la densification normative provient de multiples facteurs*. Sans exhaustivité aucune, il est possible ici d'en évoquer trois. Le plus important est sans doute *la tendance contemporaine à vouloir tout prévoir, tout juridiciser*, au nom d'une conception sans doute erronée de la sécurité juridique. Le deuxième réside dans *la volonté plus ou moins consciente et affirmée de laisser une trace*. Le phénomène, bien connu en ce qui concerne les parlementaires, peut être étendu, à leur corps défendant, aux auteurs, membres de la doctrine ou d'autres corps, impliqués dans l'élaboration de propositions de codes⁶¹ ou de textes susceptibles d'être codifiés⁶². *Le corporatisme* peut enfin être analysé comme un troisième facteur de densification normative, ce qui semble particulièrement clair en ce qui concerne les codes de bonnes pratiques, d'éthique et de déontologie⁶³. Or ces facteurs sont susceptibles d'influer tout aussi bien sur l'émergence, le resserrement et le renforcement normatifs.

En troisième lieu, *ce sont les mêmes obstacles qui peuvent empêcher la densification normative de se produire ou qui peuvent la ralentir, dans chacun de ses aspects*. La politique contemporaine de simplification du droit ainsi que les principes d'intelligibilité et d'accessibilité, qui sont des moteurs pour la codification⁶⁴, apparaissent ainsi comme des freins, au moins théoriques, à la densification normative. De même, la dérégulation à l'œuvre

⁶¹ V. ainsi, l'avant-projet Catala, le projet Terré ou encore l'avant projet Perinet-Marquet.

⁶² V. ainsi la nomenclature Dintilhac.

⁶³ Le Code de déontologie médicale a ainsi été élaboré « par une profession et pour une profession » (J. Bouton, préc. – Comp. R. Libhaber, Déontologie et droit étatique, *RTD civ.* 1998, p. 218).

⁶⁴ Sur les rapports entre codification et simplification du droit, A. Zaradny, Codification et simplification du droit, *Petites affiches* 24 mai 2007, n° 104, p. 9.

dans certains pans de l'activité peut sembler, dans une certaine mesure, comme l'antithèse de la densification normative. Enfin, des obstacles techniques peuvent surgir, comme celui résultant de la hiérarchie des normes. Par exemple, l'insertion de textes supranationaux dans un code conduirait à donner à une même règle deux formulations de force normative différente, susceptibles d'interprétations et d'évolutions divergentes. Ainsi, « malgré leur importance, les règles de droit communautaire dérivé (...) ne peuvent être juridiquement codifiées en droit national (...), il ne peut être question de disjoindre la compétence pour édicter la norme et la compétence pour la codifier⁶⁵ ».

En quatrième lieu, même si la densification normative peut produire une impression d'oppression, d'excès de normes, de redondance, *elle apparaît surtout comme un phénomène « normal », naturel, inéluctable, qui n'est ni bon ni mauvais en soi et a priori*. En d'autres termes, la densification normative est ce que les hommes en font. Elle peut donc être tout aussi bien vertueuse que perverse, ou encore totalement neutre axiologiquement. Cela semble vrai aussi bien pour l'émergence et le renforcement que pour le resserrement normatifs⁶⁶. Ainsi, si l'instabilité normative qui résulte de la densification est certainement regrettable, il est tout autant possible de se réjouir de la promotion de certaines idées et de certaines normes.

III. - Les intérêts de la densification normative

Une fois que l'idée de densification normative a pu être appréhendée, aussi bien sous ses trois facettes que dans son unité, il importe de se demander ce qu'elle peut apporter. Parce que la question a été envisagée au regard de la codification, ce sont les apports de la densification normative pour celle-ci qui seront examinés en premier (A). Puis le propos sera élargi au-delà de la codification (B).

A. - Les apports de l'idée de la densification normative pour la codification

En matière de codification, la densification normative se manifeste par l'allongement et le pullulement des codes⁶⁷, par l'augmentation de leur poids lorsqu'ils sont édités et par l'impression que tout est normé, voire juridicisé. L'idée de densification normative, considérée dans ses trois facettes, offre une grille de lecture pertinente des effets de la codification. Elle permet d'affiner leur compréhension. Elle autorise et invite par exemple à rechercher et à retrouver la genèse d'une disposition, tant il est vrai que la codification conduit à occulter l'histoire de la norme codifiée⁶⁸. A l'aune de la densification normative, les conflits de valeurs et d'intérêts et leurs solutions resurgissent et donnent du corps aux dispositions codifiées⁶⁹. Par ailleurs, la densification normative pourrait permettre d'analyser le statut normatif de codes imparfaits, faute d'ordonnance d'habilitation⁷⁰ ou dont la partie réglementaire n'a pas été entreprise⁷¹.

Sur un autre plan, si l'on renverse les perspectives, *il apparaît que la densification normative est à la fois un facteur et un frein de la codification*. Elle en est d'abord un facteur car elle la

⁶⁵ Circ. 30 mai 1996, art. 2.2.1.

⁶⁶ Pour une densification vertueuse, v. la nomenclature Dintilhac (M. Robineau, Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac, JCP G, 2010, 612 ; pour une densification perverse, v. dans cet ouvrage, C. Thibierge, La densification normative d'un dispositif : l'exemple du « référentiel ».

⁶⁷ N. Molfessis, ***

⁶⁸ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 138 et réf. cit.

⁶⁹ La codification pourrait toutefois, elle aussi, participer. V. ainsi sur la proposition d'ajouter (T) après le numéro d'un article lorsque la disposition est le fruit d'une transposition d'une norme européenne, B. Stirn, Y. Robineau, C. Vigouroux, B. Pêcheur et R. Schwartz, Hommage au Président Guy Braibant, in CSC, Rapport 2008, p. 3, spéc. p. 11.

⁷⁰ V. CSC, Rapport 2009, p. 8.

⁷¹ V. CSC, Rapport 2008, p. 16.

légitime. Ainsi, une émergence normative peut justifier une entreprise de codification, par exemple parce que de nouvelles préoccupations pénètrent le monde du droit⁷². Surtout, le resserrement normatif et le désordre susceptible d'en résulter en sont des moteurs puissants : la codification – cadre possible d'une densification normative – a pour objectifs la clarification, la sécurité et l'accessibilité⁷³. Le resserrement et ses suites sont aussi la source d'une forte exigence de « maintenance » des codes, de création d'une structure dédiée à cette opération⁷⁴, voire d'une refonte des codes⁷⁵, malgré la somme des difficultés que cela suppose⁷⁶. Enfin, le renforcement normatif peut lui aussi favoriser la codification, notamment lorsque le législateur décide de reprendre la main en présence de normes d'origine prétorienne dont la force normative va croissant.

Cependant, la densification normative peut aussi être un frein à la codification car elle la rend plus délicate. Il est clair en effet que la construction du plan et le choix des normes sont d'autant plus délicats qu'une émergence, un renforcement ou un resserrement normatifs sont à l'œuvre : les normes apparaissent, voient leur force normative évoluer, se multiplient, s'articulent plus ou moins aisément, connaissent une instabilité de tous les instants et sous tous les aspects. Le retard rencontré dans l'adoption des parties réglementaires des codes en est un puissant révélateur⁷⁷, tout comme les interrogations profondes et croissantes sur la délimitation des codes. Par exemple, le tracé des frontières entre le Code de l'énergie, le Code minier et le Code de l'environnement est particulièrement délicat⁷⁸. La Commission supérieure de codification en vient d'ailleurs à douter de l'avenir de sa mission⁷⁹. Enfin, il peut être avancé que certains textes, comme la loi sur la presse du 29 juillet 1881 ou la loi sur la liberté d'association du 1^{er} juillet 1901 ont bénéficié d'une telle densification normative qu'ils sont rétifs à toute codification⁸⁰.

La densification normative induit donc une réflexion sur la codification, sa méthodologie et ses objectifs. Cependant, ses apports ne se limitent pas à ces questions. L'idée de densification normative offre des perspectives bien plus larges.

B. - Les apports de l'idée de densification normative en général

A l'ensemble des développements qui précèdent, il peut être objecté que sont rattachés à la densification normative des phénomènes bien connus, déjà observés et analysés, ici regroupés sous une appellation unique. En d'autres termes, la densification normative pourrait n'être que le mot de ralliement d'un groupe de juristes partageant une certaine idée du droit, sans qu'au fond, tout bien considéré, l'idée qu'il exprime apporte véritablement quelque chose.

⁷² *Supra*.

⁷³ Rappr. Cons. const. 16 déc. 1999, n° 99-421 DC : La codification à droit constant est de nature à satisfaire « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». – M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *D.* 2000. 361.

⁷⁴ CSC Rapport annuel, 2008, pp. 19-20. – J.-L. Warsmann, Rapport sur la qualité et la simplification du droit (<http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/rapport-warsmann-sur-la-simplification-du-droit-remis-au-premier-ministre>). – *Adde*, sur la recodification, R. Cabrillac, D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification, *Mélanges G. Wiederkehr*, préc., p. 53.

⁷⁵ D. Labetoulle, Quel avenir pour les codes « à la française » ? *in* CSC, Rapport 2010, p. 55, spéc. pp. 66 et s.

⁷⁶ Sur le sort, dans le code refondu, de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien code, A. Liénhard, préc.

⁷⁷ B. Stirn *et alii*, préc., spéc. p. 10.

⁷⁸ CSC, Rapport 2008, pp. 16-17. – V. aussi, pour le droit administratif, P. Eckly, La codification du droit administratif, *Mélanges G. Wiederkehr*, préc., p. 281.

⁷⁹ CSC, Rapport 2008, p. 18. *Adde*, D. d'Ambra, Du déclin des codes, *Mélanges G. Wiederkehr*, préc., p. 147, spéc. p. 175 : « Le code n'est pas adapté aux caractères actuels de la norme juridique et aux formes contemporaines d'exercice du pouvoir. Désormais la mise en ordre des règles de droit ne peut être effectuée que dans des domaines limités et dans des secteurs relativement protégés des changements rapides de la société ».

⁸⁰ *Comp. D. Labetoulle*, préc., spéc. p. 67.

L'objection est sérieuse. *Cependant, parce qu'elle permet de penser cette pluralité de phénomènes, l'idée de densification normative ouvre des perspectives qui conduisent à adopter une approche du droit dynamique et non statique.* L'approche analytique consiste souvent en une photographie minutieuse mais instantanée du droit découpé en morceaux, c'est-à-dire selon la définition usuelle, en règles de droit. Dans une certaine mesure, la densification normative rejoint les préoccupations de l'analyse systémique, qui oblige à penser les interactions entre les éléments du système et qui est, pour cette raison, plus dynamique. Cependant, elle comporte une dimension temporelle que l'analyse systémique n'a pas nécessairement et elle peut s'appliquer aussi bien à une norme seule qu'à un sous-système ou au système dans son intégralité, s'il peut être circonscrit.

La densification normative semble au terme de cette contribution riche de potentialités : elle est à la fois instrument d'analyse et de compréhension, révélateur de phénomènes divers et de leurs liens, ou encore moteur méthodologique. Fondamentalement, la densification normative apparaît comme un mouvement profond et dominant parmi ceux qui sont à l'œuvre au sein du droit. *Elle permet d'envisager au moins en partie les évolutions qui caractérisent le droit, autrement dit, de penser le droit en vie.*