

**GÉRALDINE RIGO ET PIERRE-BRICE LEBRUN**  
Avec la collaboration de **MÉLANIE DUPONT**

# **DROIT À L'USAGE DES INFIRMIERS**

**EN 51 NOTIONS**

- **Éthique et responsabilités**
- **Secret professionnel et partage d'informations**
- **Soins psychiatriques sans consentement**
- **Signalement et information préoccupante**
- **Vulnérabilité et protection de l'enfance**

**A  
I  
D  
E  
—  
M  
É  
M  
O  
I  
R  
E**

**DUNOD**

Couverture : Nicolas Wiel et Elizabeth Riba  
Suivi éditorial : Nathalie Le Brun

NOUS NOUS ENGAGEONS EN FAVEUR DE L'ENVIRONNEMENT :



Nos livres sont imprimés sur des papiers certifiés pour réduire notre impact sur l'environnement.



Le format de nos ouvrages est pensé afin d'optimiser l'utilisation du papier.



Depuis plus de 30 ans, nous imprimons 70% de nos livres en France et 25% en Europe et nous mettons tout en œuvre pour augmenter cet engagement auprès des imprimeurs français.



Nous limitons l'utilisation du plastique sur nos ouvrages (film sur les couvertures et les livres).

© Dunod, 2024  
11 rue Paul Bert, 92240 Malakoff  
[www.dunod.com](http://www.dunod.com)  
ISBN 978-2-10-081754-2

## Table des matières

<i>Présentation des auteurs</i>	XI
---------------------------------	----

### PREMIÈRE PARTIE

#### L'INFIRMIER ET LE DROIT

<b>1</b> Le droit et l'arborescence du droit	3
<b>2</b> Les sources du droit	11
<b>3</b> Le droit civil et les juridictions civiles	15
Le tribunal judiciaire	20
La saisine du tribunal judiciaire et du tribunal de proximité	23
Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ou la « justice amiable »	25
<i>La médiation, 26 • La conciliation de justice (ou « conciliation conventionnelle »), 28 • Le droit collaboratif et la convention de procédure participative, 29 • Le recours aux personnes qualifiées, 30</i>	
<b>4</b> Le droit pénal et les juridictions pénales	31
Le droit pénal est compilé dans le Code pénal	32
Le droit pénal repose sur la notion d'infraction	33

Les infractions sont classées en trois niveaux de gravité	34
<i>La contravention est l'infraction la moins grave, 35 • Le délit est l'infraction la plus médiatisée, 37 • Le crime est l'infraction la plus grave, 38 • Les infractions sexuelles, 38</i>	
L'infraction est constituée lorsque sont réunis trois éléments constitutifs	40
<i>L'élément légal, 40 • L'élément moral, 40 • L'élément matériel, 42</i>	
Le déclenchement de la procédure pénale	43
<i>La main courante, 50 • La constitution de partie civile, 53 • La prescription de l'action publique, 54</i>	
<b>5</b> Le droit pénal des mineurs	57
La majorité pénale	57
La responsabilité pénale	59
La sanction pénale	61
L'ordonnance du 2 février 1945	61
Le Code de la justice pénale des mineurs	62
Les juridictions spécifiques	62
<b>6</b> Les magistrats	65
<b>7</b> Le droit administratif et les juridictions administratives	69
Les juridictions administratives	70
Les procédures administratives	70
Les magistrats de l'ordre administratif	70
<b>8</b> Les juridictions d'appel et de pourvoi	71
<b>9</b> La santé et la loi	73
Les directions et agences de santé	75
Les textes majeurs	76
<i>Le système de santé et les droits des personnes, 76 • La réforme de l'organisation sanitaire et médico-sociale, 79 • Les lois sur la fin de vie, 80</i>	
<b>10</b> Les droits fondamentaux	87
Le droit au respect de la vie privée	89
<b>11</b> Les droits des usagers	91
L'établissement ou service social ou médico-social (ESSMS)	92

La loi du 2 janvier 2002	94
Les cinq orientations prioritaires	96
Les sept droits fondamentaux de l'utilisateur	96
Les sept outils à mettre en place	97
L'obligation d'évaluation	97
Un rapport du Conseil des droits de l'homme de l'ONU	99

## DEUXIÈME PARTIE

### L'INFIRMIER ET SON STATUT, SES OBLIGATIONS, SES DEVOIRS

<b>12</b> Des cornettes au premier diplôme : une lente professionnalisation	103
Il était une fois des cornettes	103
Une lente professionnalisation	106
Apparition des rôles infirmiers	109
<b>13</b> Le titre d'infirmier diplômé d'État (IDE) et son usage	113
Missions codifiées : rôles infirmiers et décret d'actes professionnels	115
Professionnel de santé, auxiliaire médical	116
<b>14</b> Les titres équivalents en Europe et dans le monde	119
Diplômes européens	120
Les autres nationalités	121
<b>15</b> Le conseil de l'Ordre infirmier	123
L'organisation du conseil de l'Ordre	125
Les missions du conseil de l'Ordre	125
<i>La mission administrative, 125 • La mission juridictionnelle, 126 • La mission représentative, 127</i>	
<b>16</b> Le Code de déontologie	129
Déclaration des liens d'intérêt	130
<b>17</b> Les dispositifs de formation professionnelle	133
<b>18</b> L'exercice illégal	135
L'exercice illégal de la profession d'infirmier	135
L'exercice illégal de la médecine	137

<b>19</b>	Les infirmiers spécialisés	139
	La responsabilité des infirmiers spécialisés	140
	Le diplôme d'État d'infirmier de bloc opératoire	140
	Le diplôme d'État d'infirmier anesthésiste	143
	Le diplôme d'État de puériculture	145
	L'infirmier en pratique avancée	147
<b>20</b>	Les infirmiers libéraux	149

TROISIÈME PARTIE

L'INFIRMIER ET LA RESPONSABILITÉ

<b>21</b>	La responsabilité comme contreponds de la liberté	155
<b>22</b>	La responsabilité personnelle	163
<b>23</b>	La responsabilité des aides-soignants	167
	La responsabilité de l'étudiant en soins infirmiers	169
<b>24</b>	L'administration des médicaments	171
<b>25</b>	La responsabilité des responsables	183
<b>26</b>	La responsabilité collective	187
<b>27</b>	La responsabilité civile	189
	La responsabilité civile des parents	193
	L'assurance de responsabilité civile	195
<b>28</b>	La responsabilité pénale	197
	L'engagement de la responsabilité pénale	201
<b>29</b>	La responsabilité professionnelle	203
	La protection fonctionnelle des agents publics	204
<b>30</b>	L'obligation de moyens et le droit de retrait	207
	L'obligation de moyens	207
	Le droit de retrait	209

<b>31</b>	La responsabilité disciplinaire	213
	Le droit coutumier de correction	214
	Le droit marital de correction	215
	La responsabilité disciplinaire des agents de la fonction publique	215

#### QUATRIÈME PARTIE

### L'INFIRMIER ET LA VIE PRIVÉE, LA FAMILLE ET LA PARENTALITÉ

<b>32</b>	Le respect de la vie privée et le droit à l'image	221
	Le respect de la vie privée	221
	Le droit à l'image	225
<b>33</b>	Le secret professionnel et le « secret médical »	231
	Le secret professionnel	232
	<i>Le caractère secret de l'information, 232 • La personne en est dépositaire, 233 • Le secret professionnel par état, profession, fonction ou mission temporaire, 234 • Les professionnels astreints au secret professionnel, 235 • Le cas particulier des agents publics, 238</i>	
	Le « secret médical »	242
	<i>Le droit du patient à la confidentialité des informations qui le concernent, 243 • L'obligation de discrétion et de confidentialité, 244</i>	
<b>34</b>	Le « secret partagé »	247
	Le « secret partagé »	249
	Un partage de plus en plus étendu	252
<b>35</b>	La « levée du secret » et la révélation de l'information	255
	Les conditions de « levée » du secret professionnel	256
	La « levée » du secret professionnel se fait sans risques	258
	Quand la loi impose : l'obligation d'informer ou de signaler	259
	Quand la loi autorise : le droit ou le devoir d'informer ou de signaler	261
	L'interdiction de rassembler des preuves	262
	Quand la loi autorise à ne pas informer ou signaler	264
<b>36</b>	L'infirmier et la famille	265

<b>37</b>	Les droits et obligations des parents	269
	Les parents ont des droits et probablement des devoirs	271
	<i>Le droit coutumier de correction, 273</i>	
	Les parents ont des obligations	280
	<i>L'obligation d'instruction, 280 • L'obligation alimentaire, 283 • L'obligation de soins, 285</i>	
	Les parents ont des interdictions	287
<b>38</b>	L'autorité parentale	291
	L'autorité parentale : une notion très récente	291
	L'autorité parentale : une définition incomplète	297
	Les actes usuels et les actes non usuels	299
<b>39</b>	L'acquisition de l'autorité parentale	307
	Lorsque les parents sont mariés entre eux	308
	Lorsque les parents ne sont pas mariés entre eux	309
	Lorsque le père non marié ne veut pas être papa	312
	Lorsque la filiation découle d'une adoption	314
<b>40</b>	L'exercice de l'autorité parentale	321
	Le retrait de l'autorité parentale	323
	Le délaissement parental	324
	La suspension et la délégation d'exercice	325
	L'autorité parentale et son exercice après le divorce	328
	L'autorité parentale et son exercice en cas de placement de l'enfant	329
	L'autorité parentale et la santé de l'enfant	331
	L'autorité parentale et les biens de l'enfant	337

#### CINQUIÈME PARTIE

### L'INFIRMIER, LA PROTECTION DE L'ENFANCE ET LES VIOLENCES INTRAFAMILIALES

<b>41</b>	La maltraitance des mineurs et des personnes vulnérables	345
	La minorité	345
	La maltraitance : qu'est-ce que c'est ?	346
	La vulnérabilité : qu'est-ce que c'est ?	348



<b>42</b>	Le dispositif français de protection de l'enfance	351
	La subsidiarité des interventions	352
	Le système de protection administrative	356
	L'évaluation d'une situation d'enfant en danger ou en risque de l'être	361
	La mise en place des mesures d'assistance éducative et de placement	364
	Le système de protection judiciaire	369
<b>43</b>	L'obligation de signaler	373
	L'obligation de signaler s'impose à « quiconque »	374
	Le devoir de donner avis sans délai au procureur de la République s'impose aux fonctionnaires	377
	Le droit de signaler : la levée du secret professionnel	378
	Le droit de se taire	380
<b>44</b>	L'information préoccupante et le signalement	381
	L'information préoccupante (IP)	383
	Le signalement	384
	Quelles sont les informations à transmettre ?	386
<b>45</b>	Les violences au sein du couple	391
	Des violences qui ont longtemps été légales	392
	Le rôle de l'infirmier et de l'infirmière	397
	<i>Comprendre le cycle de la violence conjugale, 397 • Connaître le dispositif de protection des victimes, 398 • S'interroger et poser la question, 399 • Signaler les situations de danger, 399</i>	
<b>46</b>	Les outils juridiques de protection des victimes	401
	La protection des conjoints victimes	402
	<i>Le dépôt de plainte, 404 • L'engagement de la procédure judiciaire, 409 • Les suites de l'action publique, 410 • Le dispositif « Téléphone grave danger » (TGD), 411 • Le bracelet anti-rapprochement (BAR), 414 • L'ordonnance de protection, 415</i>	
	La protection des enfants	418

## SIXIÈME PARTIE

## L'INFIRMIER ET LA PROTECTION DES MAJEURS

<b>47</b>	La vulnérabilité et ses conséquences	425
	La vulnérabilité de la victime permet l'engagement des poursuites sans plainte	427
	La vulnérabilité de la victime est une circonstance aggravante	428
<b>48</b>	La protection des majeurs	429
<b>49</b>	La sauvegarde et la curatelle	433
	La sauvegarde	433
	<i>La sauvegarde médicale, 434</i>	
	La curatelle	435
<b>50</b>	La tutelle	437
	L'ouverture de la mesure de protection	439
	<i>Le certificat médical circonstancié, 441 • La nomination du mandataire, 442</i>	
<b>51</b>	Les soins psychiatriques sans consentement	447
	Les soins psychiatriques à la demande d'un tiers (SPDT)	449
	<i>L'admission, 449 • La procédure de droit commun, 451 • La procédure d'urgence, 451 • La procédure en cas de péril imminent (SPPI), 451</i>	
	Les soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État (SPDRE)	452
	<i>La procédure de droit commun, 452 • La procédure d'urgence, 453</i>	
	Le dispositif de soins	454
	<i>La période d'observation, 454 • Le programme de soins, 454 • Le maintien dans le dispositif, 456 • L'intervention du juge des libertés et de la détention, 457 • Les soins de longue durée, 458 • La fin de la mesure, 458</i>	
	Liste des sigles	461
	Index	471

## Présentation des auteurs

- **Géraldine Rigo**

Infirmière, elle travaille en service de réanimation avant de se spécialiser en anesthésie puis exerce en secteur public et privé.

Elle occupe ensuite durant de nombreuses années les fonctions de cadre coordinateur médico-social et de formatrice interne avant d'intégrer un cabinet infirmier libéral.

Elle collabore avec Pierre-Brice Lebrun depuis plus de dix ans sur des ouvrages relatifs à la fonction publique territoriale.

- **Pierre-Brice Lebrun**

Ancien éducateur spécialisé, il enseigne le droit dans le secteur social, sanitaire et médico-social.

Il donne régulièrement des conférences partout en France et intervient « en intra » dans différentes structures. Il est l'auteur, aux éditions Dunod, de plusieurs ouvrages dans la collection « Aide-mémoire » : *Droit à l'usage des psychologues* (2<sup>e</sup> éd., 2024) avec Mélanie Dupont, *Droit en action sociale et médico-sociale* (3<sup>e</sup> éd., 2021) avec Sandrine Laran et *La protection de l'enfance* (5<sup>e</sup> éd., 2024).

Il a rédigé les entrées juridiques du *Grand dictionnaire de la petite enfance* (2<sup>e</sup> éd., 2021), dont il a assuré la coordination éditoriale sous la direction de Caroline Morel.

Avec la collaboration de

- **Mélanie Dupont**

Psychologue auprès d'enfants et d'adolescents victimes de violences physiques, psychologiques et sexuelles (AP-HP, Paris), docteur en

psychologie, enseignante à l'École des psychologues praticiens et à l'université Paris Nanterre, elle est également présidente de l'association Contre les violences sur mineurs (CVM) et de l'association des psychologues de médecine légale.

Bien que notre positionnement soit de vouloir contribuer à une plus large inclusion des genres, pour une question de lisibilité et de commodité de rédaction ce livre n'adopte pas l'écriture inclusive.

# Première partie

## L'infirmier et le droit

<b>1</b>	Le droit et l'arborescence du droit.....	3
<b>2</b>	Les sources du droit .....	11
<b>3</b>	Le droit civil et les juridictions civiles.....	15
<b>4</b>	Le droit pénal et les juridictions pénales.....	31
<b>5</b>	Le droit pénal des mineurs .....	57
<b>6</b>	Les magistrats .....	65
<b>7</b>	Le droit administratif et les juridictions administratives .....	69
<b>8</b>	Les juridictions d'appel et de pourvoi.....	71
<b>9</b>	La santé et la loi .....	73
<b>10</b>	Les droits fondamentaux .....	87
<b>11</b>	Les droits des usagers.....	91

**L**e droit – et, plus largement, « la chose juridique » – n’a pas toujours bonne presse dans le secteur sanitaire, social ou médico-social, peut-être parce qu’il n’est pas, ou très peu, enseigné lors des formations initiales diplômantes, et qu’il peut parfois apparaître « hors sol », déconnecté des réalités.

On le considère souvent comme un frein, un obstacle, alors qu’il n’est qu’un outil que chacun gagnerait à maîtriser, dans sa vie privée comme dans sa vie professionnelle, parce qu’il propose bien plus de solutions qu’il ne crée de problème.

L’objectif de cet ouvrage est de le raconter à des professionnels de terrain, qui sont aussi des citoyens (le droit est la base de l’instruction civique), de l’expliquer de manière simple, et surtout concrète, pour qu’il leur soit utile dans leur pratique, et dans leur quotidien.

Nous allons donc commencer par poser ici – pour que chacun arrive à s’y retrouver – des repères quasi géographiques, qui vont transformer cette inaccessible « jungle juridique » en un parc paysager où il sera agréable de se promener.

Le droit n’est pas compliqué : il est subtil.

C’est une matière ludique, stratégique, littéraire, issue de la philosophie, dans laquelle les mots ont un sens précis, et recouvrent des concepts, des réalités (avec dedans des droits, des obligations, des interdictions). Le droit se défie des mots-tiroirs.

On ne devient pas juriste en feuilletant le Dalloz, ou en surfant sur Internet, pas plus qu’on ne devient soignant en feuilletant le Vidal : consulter un code n’est souvent pour un profane que source de confusions et d’amalgames. La réponse juridique à une question en apparence simple est souvent le résultat d’une équation. Elle nécessite que soient mis en perspective un certain nombre d’articles, issus de différents codes, de jurisprudences et de principes.

C’est pourquoi il existe des profs, et des livres de droit...

## 1

## LE DROIT ET L'ARBORESCENCE DU DROIT

**L**E DROIT CIVIL et le droit pénal font partie du droit privé, par opposition au droit public.

Le droit public organise le fonctionnement des personnes publiques (l'État, ses institutions et ses administrations, les collectivités territoriales, les établissements publics, etc.) : le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit administratif font partie du droit public.

Le droit privé concerne les personnes privées : les personnes physiques que sont les êtres humains, et les personnes morales, que sont les entreprises et les associations.

Le droit public est de la compétence des juridictions administratives (tribunal administratif, cour administrative d'appel, Conseil d'État), composées de magistrats de l'ordre administratif.

Le droit privé est de la compétence des juridictions judiciaires (juridictions civiles et pénales de premier ressort, cour d'appel, Cour de cassation, etc.), composées de magistrats de l'ordre judiciaire (judiciaire renvoie à la justice, juridique, au droit : une disposition juridique, une procédure judiciaire).

Le droit pénal est parfois qualifié de droit mixte, parce que deux parties s'affrontent : celui qui a commis l'infraction (privé) et celui qui requiert la sanction au nom de la société, le ministère public, qui représente la société et défend ses intérêts. Sa mission est exercée par le parquet, placé sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice.

Lorsque la victime requiert une sanction, c'est de la vengeance, lorsque c'est le ministère public, c'est de la justice, mais la justice n'est pas toujours juste, parce qu'elle est rendue par des hommes, et qu'elle défend toujours – ou presque – le pouvoir en place, dont elle dépend : *« Une chose n'est pas juste parce qu'elle est dans la loi ; mais elle doit être loi parce qu'elle est juste »* (Montesquieu).

Le droit de la santé, détaillé dans le Code de la santé publique (CSP), le droit de la sécurité sociale, détaillé dans le Code de la sécurité sociale (CSS), le droit de l'action sociale, contenu dans le Code de l'action sociale et des familles (CASF) et le droit de la fonction publique, contenu dans le nouveau Code général de la fonction publique (CGFP), font partie du droit public.

Le droit public et le droit privé forment le droit interne, qu'il faut différencier du droit international et du droit communautaire (européen).

La majorité des différents codes sont divisés en deux parties : une partie législative dont les articles commencent par la lettre L (comme loi), et une partie réglementaire qui regroupe les décrets, dont les articles commencent par R (comme règlement, pour les décrets pris en Conseil d'État), ou D (les articles R et D viennent préciser le contenu des articles L). Chaque partie est subdivisée en livres, titres, chapitres et sections.

La profession infirmière est régie par le Code de la santé publique, créé en 1953, refondu en 2000 et – devant l'abondance de nouveaux textes – réformé en 2010. On la retrouve dans la quatrième partie, livre III, titre préliminaire et titre 1, ainsi que du chapitre I au chapitre IV. Les articles vont de L4311 à L4314 et de R4311 à R4312.

Derniers arrivés, les infirmiers de pratique avancée (IPA) répondent aux articles L4301-1 et L4301-2 ainsi qu'aux articles R4301-1 à R4301-8-1, dans « Section 1 : Exercice infirmier en pratique avancée ».







Les codes se consultent aisément sur le site Légifrance<sup>1</sup>, où ils ont l'avantage d'être mis à jour en permanence.

Le droit processuel est le droit qui détaille la procédure (procédure civile, procédure pénale, contentieux administratif) ; le Code de procédure pénale détaille la manière dont les enquêteurs travaillent pour caractériser les infractions prévues dans le Code pénal.

Ne pas respecter la procédure, c'est ne pas lui permettre d'aboutir, d'où la nécessité de savoir comment procéder pour faire aboutir une plainte, un signalement ou une requête (un écrit mal rédigé destiné à l'autorité judiciaire obère ses chances d'aboutir).

La justice est l'organisation mise en place par un État pour faire respecter les droits et les obligations de chacun par l'application du droit.

Elle ne « fait » pas le droit : elle l'applique.

Et – pour l'appliquer, pour adapter une règle générale à une situation particulière – elle doit l'interpréter.

Le droit est voté par le pouvoir législatif (composé des deux chambres du Parlement, le Sénat, où siègent les sénateurs, et l'Assemblée nationale, où siègent les députés). Il est exécuté par le pouvoir exécutif (le gouvernement et ses représentants), qui dispose du pouvoir réglementaire (le pouvoir d'édicter des règlements, c'est-à-dire des décrets, des arrêtés).

Les règles de droit sont adoptées par un pouvoir élu que le peuple doit surveiller : c'est ce qui rend le droit légitime.

Écrire aux parlementaires, pour un citoyen, permet parfois la mise en action de leur rôle de porte-parole, et de nombreux parlementaires sont issus du monde de la santé...

Leurs adresses électroniques sont disponibles sur les sites du Sénat et de l'Assemblée nationale.

---

1. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

La jurisprudence est la mémoire de la justice, elle regroupe l'ensemble des décisions de l'ensemble des juridictions françaises (plus de 16 millions par an).

Elle est toujours indicative, et n'a jamais valeur d'une loi, ou d'un règlement : c'est une source indirecte du droit. Elle enrichit la réflexion des magistrats. Elle est souvent utilisée comme argument par les avocats, mais elle n'a qu'une valeur d'exemple, elle peut être suivie, ou contredite, par les juges, mais plus la juridiction d'où elle provient est élevée (Cour de cassation pour le droit privé, Conseil d'État pour le droit public), plus elle a de valeur morale.

Le rôle de ces juridictions suprêmes est aussi de « dire le droit », c'est-à-dire d'harmoniser la manière dont la justice est rendue sur le territoire de la République.

Baucoup de décisions judiciaires n'ont d'importance que pour ceux qu'elles concernent ; d'autres, par analogie, peuvent avoir un intérêt collectif : on dit alors qu'elles font jurisprudence (elles vont être publiées, étudiées, enseignées). On parle de jurisprudence constante lorsque toutes les décisions vont à peu près dans la même direction, de jurisprudence contraire lorsque plusieurs décisions apportent des réponses différentes à une question identique.

Les juges ne sont jamais obligés de suivre la jurisprudence, mais, si elle est constante, ils risquent d'être désavoués en appel s'ils n'en respectent pas les principes : ils ont donc intérêt à bien motiver leurs décisions, qui pourront entraîner un revirement de jurisprudence.

Quand une loi est votée, elle existe : pour la faire disparaître, pour l'abroger, il faut voter une autre loi, ce qui demande du temps, et de l'énergie (on parle alors de délégitimation).

De vieilles lois tout à fait obsolètes continuent donc à vivre tranquillement sans que personne ne s'en soucie. On ne les utilise plus, on ne les fait plus respecter : on dit qu'elles sont tombées en désuétude (en théorie, un policier peut toujours les utiliser pour verbaliser).

L'exemple le plus souvent utilisé est celui de l'interdiction faite aux femmes de porter un pantalon. Il s'agit de la loi du 26 brumaire an VIII (17 novembre 1799), qui interdit aux femmes de s'habiller en homme « dans les quatre-vingt-une communes du département de la Seine et les

*communes de Saint-Cloud, Sèvres et Meudon* », c'est-à-dire de porter un pantalon, à moins d'obtenir une autorisation préfectorale, mais « *cette autorisation ne peut être donnée qu'au vu d'un certificat d'un officier de santé* » (un médecin).

Deux circulaires préfectorales sont venues assouplir cette interdiction en autorisant le port du pantalon « *si la femme tient par la main les rênes d'un cheval* » (1892) ou « *un guidon de bicyclette* » (1909).

La peintre Rosa Bonheur (1822-1899), qui a été la première femme à recevoir la Légion d'honneur des mains mêmes de l'impératrice Eugénie (en 1865), portait les cheveux courts et s'habillait de pantalons grâce à un permis de police renouvelable tous les six mois qui l'autorisait, « *pour raison de santé* », à s'habiller en homme, sans qu'elle puisse, sous ce qui était considéré comme « *un travestissement* », paraître aux spectacles, bals et autres lieux de réunion ouverts au public.

Le 29 avril 2010, un projet de loi de délégitifération a été déposé à l'Assemblée nationale, et cette interdiction – qui n'était valable qu'à Paris et en petite couronne – a été abrogée.

Cette réalité existe dans tous les pays du monde : le 22 avril 2015, le gouvernement d'une région du nord de l'Islande a abrogé un décret de 1615 qui autorisait les habitants de la région à tuer les Basques qui mettaient un pied sur le sol islandais (pour de sombres histoires de concurrence entre pêcheurs, et de chasse à la baleine).

Parfois, un juge courageux, ou aventureux, tente de faire progresser la loi, mais il se retrouve désavoué par la cour d'appel, ou la Cour de cassation, ou les deux.

Le tribunal d'instance du IV<sup>e</sup> arrondissement de Paris a ainsi retenu, en 1975, que « *l'évolution des mœurs a désormais donné au terme de concubinage le sens de cohabitation de couple, et n'y attache plus, comme auparavant, la nécessité d'une différence de sexe entre partenaires* ». Il a donc accepté que le bail de l'appartement occupé par un couple homosexuel, dont l'un des deux partenaires venait de décéder, soit mis au nom de l'autre, sur le principe du « bail glissant » qui permet, lors du décès du locataire, le transfert du bail au « concubin notoire ». Il ajoutait qu'il serait « *contraire à la protection due à la vie privée* ».

*de restreindre l'application de la loi en se fondant sur la sexualité des personnes ».*

En appel, l'avocat général a demandé à la cour d'adapter la jurisprudence « à la réalité de la société actuelle », et de donner les mêmes droits au logement à tous les concubins, hétéros comme homosexuels, mais la cour ne l'a pas suivi, au motif que « *le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* », ce qu'à l'époque a confirmé la Cour de cassation.

La définition du concubinage, insérée dans le Code civil en novembre 1999 (en même temps que le PACS), précise désormais que « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* » (Code civil, art. 515-8).

La loi n'évolue pas toujours très vite, mais elle précède parfois de plusieurs siècles les évolutions de la société : l'édit de juillet 1682, signé par Louis XIV, interdit, dans tout le royaume, de brûler les sorcières, mais, à Bournel (Lot-et-Garonne), une femme accusée de sorcellerie a été brûlée par des paysans le 28 juillet 1826 ; une autre, pour la même raison, a été jetée vivante dans un four à Camalès (Hautes-Pyrénées) en 1856.

Le viol entre époux a été reconnu pour la première fois le 5 septembre 1990 par la chambre criminelle de la Cour de cassation (qui l'avait admis le 17 juillet 1984 pour des époux en instance de divorce), mais il n'est apparu dans la loi 4 avril 2006 (Code pénal, art. 222-22).

#### Un peu de vocabulaire...

Sous l'Ancien Régime, tous les éléments du dossier judiciaire (dépositions, requêtes, pièces à conviction, etc.) étaient rangés dans un « sac à procès » (ou « sac de procès ») en toile de jute, de chanvre, ou en cuir. Le sac était pendu au mur par un crochet dans le cabinet de l'avocat ou au greffe, pour que les documents ne soient pas détruits par les rongeurs (d'où l'affaire pendante, qui signifie « en cours »). L'expression « l'affaire est dans le sac » signifiait que l'enquête était bouclée, et le sac, scellé. Il était descendu pour l'audience, le procureur et l'avocat pouvaient



alors « vider leur sac » en utilisant les pièces nécessaires. Celui qui, rusé, savait bien exploiter toutes ces pièces avait « plus d'un tour dans son sac »...

La jurisprudence est une illustration, qui permet d'expliquer un concept juridique, ou le contenu d'un article de code, ou encore, d'étayer une position.

Elle permet aussi de préciser concrètement une disposition légale.

Les parents restent obligés alimentaires de leur enfant majeur (Code civil, art. 371-2), mais la loi ne précise pas jusqu'à quel âge, ou dans quelles situations, c'est donc à la justice, quand elle est saisie, de décider au cas par cas. La jurisprudence en la matière permet de préciser que l'obligation alimentaire court – en moyenne – jusqu'à 25/26 ans, essentiellement lorsque l'enfant suit réellement des études, ou qu'il se retrouve lui-même parent, et qu'elle est – toujours en moyenne – de 250 euros mensuels.

C'est aussi la jurisprudence qui limite le droit coutumier de correction reconnu aux parents (le droit d'administrer claques et fessées à leur enfant mineur), que la loi Schiappa n'a malheureusement pas aboli, alors que le faire aurait été assez simple.

Le rôle de la jurisprudence est aussi d'inspirer le législateur, qui peut l'utiliser pour compléter, modifier, réformer les lois en vigueur.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a par exemple interdit la « garde alternée » de l'enfant après le divorce de ses parents, par deux arrêts successifs, le 21 mars 1983 et le 2 mai 1984, mais les juges aux affaires familiales (qui étaient alors « aux affaires matrimoniales ») ont néanmoins continué à la prononcer (ils exigeaient que les deux parents soient d'accord pour limiter les recours).

Rappelons ici – mais nous y reviendrons – que la « garde alternée » n'a jamais légalement existé, et que la résidence alternée actuellement en vigueur est apparue avec la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

Une décision judiciaire s'appelle ordonnance lorsqu'elle est rendue par un juge seul, et jugement lorsqu'elle est rendue par un tribunal, ou un juge seul au nom d'un

tribunal (le juge aux affaires familiales rend seul une ordonnance de non-conciliation, et un jugement de divorce au nom du tribunal judiciaire qu'il représente). Elle s'appelle arrêt lorsqu'elle est rendue par une cour (cour d'assises ou d'appel, Cour de cassation), ou par le Conseil d'État (qui est au droit public ce que la Cour de cassation est au droit privé).

## 2

## LES SOURCES DU DROIT

**L**ES SOURCES du droit sont directes et indirectes. Les sources directes sont, dans l'ordre d'importance, les traités internationaux, le droit de l'Union européenne, la Constitution, la loi et le règlement : on appelle cela « la hiérarchie des normes ».

Les sources indirectes sont la jurisprudence, la doctrine et la coutume.

Le droit a également des sources historiques et philosophiques.

La doctrine est l'étude du droit, de l'esprit de la loi et de son application.

Elle est principalement l'apanage des docteurs en droit – d'où son nom –, c'est-à-dire des professeurs d'université, qui publient et enseignent leur analyse, leur réflexion, afin de faire évoluer la compréhension que chacun peut avoir des différents textes.

La coutume est une règle orale issue d'un usage prolongé : elle est une source indirecte du droit tant qu'elle n'est pas illégale.

Les rédacteurs du premier Code civil des Français (1804), ont tenté d'harmoniser les coutumes régionales pour les étendre à l'ensemble du territoire national (on appelle souvent ce code « Code Napoléon », mais ce surnom lui a été donné cinquante ans plus tard par un Napoléon III en quête de légitimité).

La hiérarchie des normes est le classement hiérarchisé de l'ensemble des normes qui composent le système juridique d'un État : une norme inférieure doit toujours respecter une norme supérieure (le décret doit respecter la loi qui doit respecter la Constitution, etc.). Le concept a été théorisé par Hans Kelsen (1881-1973), il ne fonctionne que si son respect est contrôlé par une juridiction : en France, c'est le rôle du Conseil constitutionnel. La Constitution est généralement considérée comme la norme la plus élevée, mais la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) considèrent les engagements internationaux des États membres de l'Union comme supérieurs à leurs normes nationales : il y a donc débat en la matière.

Le sommet de la pyramide est occupé par le bloc de constitutionnalité, qui comprend les articles de la Constitution de la Cinquième République (1958), la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), le préambule de la Constitution de la Quatrième République (1946) et la Charte de l'environnement (2004). Vient ensuite le bloc de conventionnalité, qui comprend les traités et les accords internationaux (dont la Convention européenne des droits de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention relative aux droits de l'enfant, appelée souvent « Convention internationale des droits de l'enfant »), et les normes de l'Union européenne (traités, règlements et directives communautaires).

Dessous se trouve le bloc de légalité, qui comprend (dans l'ordre) les lois organiques, les lois ordinaires, les lois de finances et de financement de la sécurité sociale, les lois référendaires et les ordonnances. Viennent ensuite les principes généraux du droit (PGD), qui sont des règles, parfois non écrites, dont la violation est considérée comme une violation de la règle de droit. On les dit d'origine jurisprudentielle : ils ne proviennent d'aucune loi et ont été créés ou confirmés par les jugements et arrêts successifs.

C'est le cas, par exemple, du droit à l'image, déduit des dispositions du Code civil qui protègent la vie privée, ou de l'obligation de réserve imposée aux fonctionnaires, qui découle de leur obligation de discrétion professionnelle.

En bas de la pyramide, le bloc réglementaire comprend, par ordre décroissant, les décrets (décrets simples, décrets en Conseil des ministres, en Conseil d'État), les arrêtés (ministériels, interministériels, préfectoraux, municipaux, etc.), les actes réglementaires des collectivités territoriales (certaines délibérations) et des établissements publics.

La base de la pyramide est constituée des textes les moins importants, qui sont aussi les plus nombreux : ils composent le bloc contractuel (l'ensemble des contrats et des conventions), et des actes administratifs de moindre importance, absents du bloc réglementaire (comme les circulaires, qui n'ont aucun pouvoir normatif).



Le droit coutumier est l'ensemble des règles, consacrées par l'habitude, tolérées par l'autorité et par la justice : nous avons déjà cité le droit coutumier de correction, accordé par la jurisprudence aux parents et aux enseignants (tribunal de police de Bordeaux, 18 mars 1981), on peut lui ajouter le droit, reconnu à la femme mariée, de signer chèques et contrats du nom de son mari, qui n'est pourtant qu'un nom d'usage sans valeur légale, ou le droit d'organiser des corridas dans les villes et villages lorsqu'une réelle tradition existe.

La loi peut venir mettre un terme à la tolérance en déclarant la coutume illégale : quand les punitions corporelles seront explicitement interdites, les parents et les enseignants ne pourront plus exercer leur droit subjectif de corriger physiquement les enfants (la récente réforme, censée représenter une belle avancée, reste extrêmement vague, et trop interprétable).

Le droit a aussi de très importantes sources historiques : les étudier permet de mieux comprendre son évolution, et sa logique.

Le Code Hammurabi, rédigé à Babylone à la demande du roi mésopotamien Hammurabi (1792-1750 av. J.-C.), a été « publié » en 1750 av. J.-C.

Il est exposé au Louvre : c'est un bloc de basalte noir haut de 2,5 mètres, gravé de 252 articles. Il est probablement à l'origine de l'adage qui prétend que nul n'est censé ignorer la loi : Hammurabi a eu la bonne idée d'en faire installer plusieurs à travers tout son royaume pour que son peuple ait accès aux lois qu'il devait respecter. C'est le premier texte sur l'adoption et la protection de l'enfance.

On y trouve aussi déjà les principes de contrat, de réparation du dommage et de responsabilité, par exemple en son article 218 : « *Si un médecin a traité un homme libre d'une plaie grave, avec le poinçon de bronze, et a fait mourir l'homme, s'il a ouvert la taie de l'homme avec le poinçon de bronze, et a crevé l'œil de l'homme, on coupera ses mains*<sup>1</sup>. »

C'était parfois un peu expéditif, l'idée avait besoin d'être affinée...

1. Vincent Scheil, *La loi de Hammourabi*, Paris, Ernest Leroux, 1904.

On connaît aussi l'existence du Code babylonien d'Ur-Nammu (2100 av. J.-C.), dont on n'a trouvé que des fragments, et qui a été en conséquence moins étudié.

Les principes du Code Hammurabi se sont propagés autour de la Méditerranée, ils ont été repris par les Grecs, puis par les Romains qui nous les ont imposés quand, en 50 av. J.-C., ils ont envahi la Gaule. Le Code Justinien a été publié en 529 par l'empereur Justinien (527-565), à Constantinople, nouvelle capitale du Saint-Empire romain germanique : il est la base du droit romain dont nous respectons aujourd'hui encore les principes (que les Européens conquis ont ensuite diffusés dans leurs colonies). Le Code Justinien est composé de douze livres (droit ecclésiastique, procédure judiciaire, droit privé, pénal, fiscal, administratif, etc.). Il a limité la puissance paternelle, reconnu aux enfants naturels (nés hors mariage) un droit de succession (effectif en France en 1972), et amélioré la condition de la femme (en cas de divorce, de succession de son mari défunt).

Il est à l'origine de la présomption de paternité (Code civil, art. 312).

Le droit, enfin, repose sur la réflexion des philosophes qui en ont inventé les principes, dont nous ne saurions trop vous conseiller de lire les ouvrages principaux.

Cesare Beccaria, philosophe pénaliste milanais (1738-1794), a théorisé l'esprit de notre droit pénal dans son ouvrage *Des délits et des peines* (1764) : son travail a tellement inspiré les concepteurs de notre droit pénal que le premier Code pénal de la République s'est appelé *Code des délits et des peines* (25 octobre 1795). Jean-Jacques Rousseau a posé les bases de notre droit civil dans son ouvrage *Du contrat social* (1762). Il a théorisé la notion de contrat « *qui paraît juste entre hommes libres* ». Son travail – basé sur les travaux des philosophes grecs comme Platon ou Aristote, ou arabo-andalous comme Averroès – a inspiré les révolutionnaires et les concepteurs de notre droit civil. Montesquieu a imaginé la démocratie et détaillé son fonctionnement dans son livre *De l'esprit des lois* (1748), qui reste un ouvrage incontournable, avec – par exemple – sa théorie des pouvoirs et des contre-pouvoirs.

## 3

## LE DROIT CIVIL ET LES JURIDICTIONS CIVILES

© Dunod – Toute reproduction non autorisée est un délit.

**S**I LA VIE en collectivité est un jeu, un jeu de société, le droit civil en est la règle (civil vient du latin *civis*, citoyen, qui est à l'origine de cité, de société, de civisme).

Le droit civil est la base de l'instruction civique : chaque citoyen devrait s'y intéresser pour comprendre comment fonctionne réellement la société dans laquelle il évolue.

Il apprendrait à exercer les droits dont il dispose, et accepterait peut-être plus volontiers de respecter les obligations et les interdictions qui lui sont imposées.

Il pourrait développer son sens du devoir : selon Montesquieu, si le citoyen était assez intelligent pour s'imposer des devoirs, l'État édicterait moins de règles impératives et coercitives. Il pense que les lois « *sont faites pour les gens de peu d'entendement* », et que « *les lois inutiles*

*affaiblissent les lois nécessaires* » (il en est de même pour les protocoles, les signatures, les directives internes, etc.).

Le citoyen capable d'exiger le respect de ses droits – si nécessaire devant la juridiction compétente – serait moins vulnérable aux yeux de ceux qui tentent parfois – ils sont nombreux – de les bafouer en abusant de son ignorance de citoyen, d'administré ou de consommateur...

Le droit civil propose une organisation qui permet d'éviter, tout au moins de limiter, les dommages. Lorsqu'un dommage survient, il en exige et organise la réparation, qui ne peut être que pécuniaire, à moins d'être négociée à l'amiable entre les parties : le droit pénal punit les infractions, le droit civil répare les dommages.

Le droit civil établit que celui qui cause à autrui un préjudice, un dommage, même involontairement, doit en assumer les conséquences (il doit en répondre) : c'est le fondement de la responsabilité civile (Code civil, art. 1240), à laquelle nous allons, plus avant dans cet ouvrage, consacrer une large partie.

Le préjudice peut être moral, matériel, corporel, esthétique, etc.

On utilise souvent – nous le faisons parfois nous-même ici – dommage et préjudice comme des synonymes, mais le juriste pointilleux rappellerait que le dommage « *relève du fait, de l'événement qui est constatable, objectif* », alors que le préjudice « *relève du droit en ce qu'il exprime une atteinte aux intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux du demandeur* ». En clair : je subis un dommage qui me cause un préjudice.

La responsabilité contractuelle est une forme de responsabilité civile : la compagnie aérienne doit assumer les conséquences du préjudice que me cause le retard de son avion, ou l'annulation de mon vol (le billet que j'ai acheté est un contrat), le fournisseur d'accès à Internet doit assumer les conséquences des incessantes coupures qui me causent un dommage moral, peut-être financier (par exemple si je télétravaille), etc.

Le droit au respect de la vie privée (Code civil, art. 9) permet à celui qui estime que sa vie privée n'a pas été – ou n'est pas – respectée de saisir une juridiction civile pour obtenir réparation du préjudice qu'il

subit. Le droit à l'image en est un dérivé jurisprudentiel qui me permet de demander réparation du dommage que me cause la publication d'une image, fixe ou animée, de moi ou de mon enfant mineur, à condition que je puisse convaincre le tribunal (en l'espèce, le tribunal judiciaire) que ce dommage m'a causé un préjudice (moral, pécuniaire, etc.), que je vais devoir chiffrer.

Le droit civil est compilé dans le Code civil, la manière de l'appliquer est détaillée dans le Code de procédure civile. La procédure civile relève du droit processuel (le droit des procédures), comme la procédure pénale (la manière détaillée d'appliquer le droit pénal) et le contentieux administratif (la manière détaillée d'appliquer le droit administratif).

Le droit civil est composé du droit des personnes (droit de la famille, état civil, mariage, divorce, filiation, etc.), du droit des obligations (contrats, etc.) et du droit des biens (propriété, successions, etc.). Il est de la compétence des juridictions civiles que sont le tribunal judiciaire et le tribunal de proximité.

La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a fusionné le tribunal d'instance (TI) et le tribunal de grande instance (TGI) pour créer le tribunal judiciaire (TJ) : depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le tribunal d'instance n'est plus qu'une antenne de proximité du tribunal judiciaire. Le nom de « tribunal de grande instance » devrait subsister pour désigner le bâtiment qui abrite les différentes juridictions civiles et pénales, dont le tribunal pour enfants et le tribunal correctionnel. Il y avait jadis au moins un tribunal d'instance par arrondissement (l'arrondissement est un découpage du département à la tête duquel se trouve une sous-préfecture), mais les réformes successives en ont fait disparaître quelques-uns.

Le droit civil dispose d'un outil principal : le contrat (qu'il faut toujours lire et comprendre avant de signer, parce qu'il est souvent difficile de s'en défaire).

Le contrat peut être moral, tacite (mariage, achat d'une baguette à la boulangerie, etc.) ou écrit (bail, contrat d'assurance, contrat de mariage, etc.).

Le contrat de travail à durée indéterminée peut – dans le secteur privé – être oral, mais le contrat de travail à durée déterminée doit être écrit, car il précise un terme : un contrat de travail non écrit est donc réputé

à durée indéterminée dès qu'une première feuille de paie est éditée (il est toutefois prudent d'attendre la fin des trois premiers mois pour le revendiquer, période d'essai oblige).

On peut rédiger un contrat soi-même (on le dit « sous seing privé ») ou le faire transcrire par un notaire : ce sera alors un acte authentique.

Le bail locatif peut-être authentique ou sous seing privé : signé devant notaire, il peut, s'il n'est pas respecté, être exécuté par un huissier (saisie du loyer, etc.) sans que le tribunal n'ait à se prononcer. Le coût d'un bail authentique est de 0,5 fois à 1,5 fois le montant d'un loyer mensuel (selon les notaires), à partager entre locataire et propriétaire (c'est une obligation).

Le mariage est un contrat tacite dont le divorce est la résiliation, le contrat de mariage est un acte authentique par lequel les époux déterminent leur régime matrimonial et fixent le statut de leurs biens pendant le mariage, et au jour de sa dissolution (par divorce ou décès).

Le droit civil protège le citoyen (il peut demander et obtenir la réparation pécuniaire des dommages qu'il subit), le locataire et le propriétaire, le consommateur (dates de péremption, délais de rétractation). Il protège la famille et les personnes qui en ont le plus besoin (la protection de l'enfance ou la protection des majeurs dits « vulnérables » relèvent du droit civil).

Le droit civil, contrairement au droit pénal (qui punit en infligeant une peine), ne sanctionne pas : il n'est pas répressif, et rarement coercitif (précisons toutefois qu'il existe une « amende civile » infligée par les juridictions civiles pour sanctionner les abus de procédure, ou le refus de se présenter devant un juge civil).

Il n'a pas vocation à entraîner l'intervention des services de police ou de gendarmerie (dont la formation en droit civil – ils sont les premiers à le déplorer – est très réduite).

Le compagnon violent qui ne respecte pas une ordonnance d'éloignement prononcée par le juge aux affaires familiales (JAF) ne risque pas grand-chose, contrairement à celui qui ne respecte pas une obligation liée à son contrôle judiciaire ou à son sursis probatoire : la police peut alors intervenir sans attendre et il peut être incarcéré.