

1 • Le droit et l'arborescence du droit

LE 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) : le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit administratif font partie du droit public. Le droit privé concerne les personnes privées : les personnes physiques et les personnes morales (les entreprises, les associations).

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

Le droit privé est de la compétence des juridictions judiciaires, composées de magistrats de l'ordre judiciaire (juridictions civiles et pénales de premier ressort, cour d'appel, Cour de cassation).

Le droit public et le droit privé forment le droit interne, propre à la France. Le droit processuel est le droit de la procédure (procédure civile, procédure pénale et contentieux administratif). Le droit interne est à différencier du droit international et du droit communautaire (européen).

Certains, précisons-le, attribuent au droit pénal la qualité de droit mixte, puisqu'il met en scène deux parties : celui qui a commis l'infraction (privé) et le ministère public (public), qui requiert la sanction au nom de la société qu'il représente, dont il défend les intérêts. La fonction de ministère public est exercée par le parquet et ses représentants, placés sous l'officielle autorité du ministre de la justice.

Le droit des affaires est une branche du droit privé qui rassemble le droit des assurances (Code des assurances), le droit boursier et le droit financier (Code monétaire et financier), le droit commercial et le droit de la concurrence (Code de commerce), le droit de la consommation (Code de la consommation), le droit de l'informatique (Code des postes et des communications électroniques), le droit de la propriété intellectuelle (Code de la propriété intellectuelle). Le droit social regroupe le droit du travail (Code du travail), qui ne s'applique qu'au secteur privé (le secteur public a des « cadres d'emploi ») et le droit de la sécurité sociale (Code de la sécurité sociale) : le droit du travail subordonné privé (c'est son nom exact) est de la compétence du conseil des prud'hommes, le droit de la sécurité sociale du tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS). On peut également citer le droit rural et de la pêche maritime,

régi par le code du même nom et rendu, pour sa partie rurale (bail, fermage et louage), par le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR).

Le droit de la santé publique (Code de la santé publique) et le droit de l'action sociale (Code de l'action sociale et des familles) font partie du droit public, bien qu'ils aient également des implications civiles.

1. OBJECTIF OU SUBJECTIFS ?

Le droit objectif est la matérialisation des droits subjectifs : les droits subjectifs reconnus à chaque citoyen inspirent (normalement) le législateur chargé d'élaborer et de voter les lois qui composent le droit objectif.

Le droit objectif

On appelle le droit « droit objectif » (ou droit positif) : c'est un ensemble de lois et de règlements dont l'application et le respect ne se discutent pas. Le droit objectif fait naître des interdictions et des obligations : c'est un droit opposable.

6

Les lois sont votées par le pouvoir législatif, qui appartient au Parlement, composé de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Le règlement (ordonnances, décrets et arrêtés, dans l'ordre hiérarchique d'importance) émane du pouvoir exécutif, détenu par le Gouvernement et par les autorités administratives qui le représentent (ministre, maire ou préfet, qui signent des arrêtés ministériels, interministériels, municipaux ou préfectoraux). Les circulaires sont émises par les administrations qui dépendent du pouvoir exécutif, mais elles se contentent d'expliquer, de préconiser, de suggérer, elles n'ont aucun pouvoir normatif (elles ne peuvent établir de normes), aucun rôle impératif (elles ne peuvent pas imposer).

Les lois et certains règlements sont compilés dans des codes thématiques (le Code pénal est la compilation des lois et règlements qui forment le droit pénal). Il arrive qu'un L précède un numéro d'article : c'est le L de loi (le R est le R de règlement, le D, plus rare, est celui de décret). Les codes sont souvent construits en deux parties : une partie législative et une partie réglementaire.

Les droits subjectifs

Les droits subjectifs font naître des droits et des devoirs, qui ne sont jamais (ou très rarement) obligatoires. Les « droits créances » (j'ai droit à), dits « droits sociaux », ou « droits passifs », et les « droits liberté » (j'ai le droit de), dits « droits actifs », sont des droits subjectifs. Les droits subjectifs peuvent s'entendre comme l'ensemble des prérogatives reconnues à chaque individu par le droit objectif. On obéit au droit objectif, alors que l'on est seulement titulaire d'un ou plusieurs droits subjectifs, que l'on reste libre d'exercer ou non. Le père divorcé doit, c'est une obligation, en l'espèce « alimentaire », verser une pension à son ex-épouse pour contribuer à l'éducation de leur enfant, il a le droit de voir son enfant un week-end sur deux, mais rien ne l'oblige à exercer ce « droit de visite ». Ne pas respecter un droit ou un devoir n'est pas sanctionné, ne pas respecter une obligation ou une interdiction est passible de sanctions, pénales ou disciplinaires : le non-paiement de la pension alimentaire est une infraction délictuelle prévue par le Code pénal, punie de *deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* (art. 227-3 CP).

Les droits subjectifs sont patrimoniaux, ou extrapatrimoniaux

En France, chacun possède un patrimoine, et un seul. Le patrimoine est un contenant, il peut ne rien contenir, voire moins que rien s'il n'est constitué que de dettes (le passif). Les droits patrimoniaux relèvent du patrimoine : ils sont

- transmissibles (on peut en hériter),
- cessibles (ils peuvent être vendus, donnés),
- saisissables (par les créanciers),
- prescriptibles (ils peuvent s'éteindre après l'écoulement d'un délai prévu par la loi).

Les droits patrimoniaux se divisent en droits réels et en droits personnels. Les droits réels sont les droits que l'on détient sur les choses (*res*, en latin), comme le droit de propriété : ce n'est pas parce que je détiens un droit que je vais l'exercer, d'où l'aspect subjectif. Les droits personnels sont ceux qu'un créancier détient contre un débiteur (débiteur doit s'entendre

au sens large : le débiteur doit exécuter une obligation, pas forcément payer, rembourser, ou verser de l'argent).

Les droits extrapatrimoniaux sont des droits subjectifs, ils ne s'inscrivent pas dans le patrimoine : ils sont

- intransmissibles (ils ne peuvent pas être légués),
- incessibles (ils ne peuvent pas être vendus, donnés),
- insaisissables (ils ne peuvent pas être saisis),
- imprescriptibles (ils ne s'éteignent jamais).

Le droit d'avoir un nom (art. 57 CC), le droit au respect de sa vie privée (art. 9 CC), le droit à l'image (etc.) sont des droits subjectifs extrapatrimoniaux.

Chacun, tout au long de sa vie, selon les choix qu'il va faire et les hasards de son existence, va s'ouvrir et se fermer des droits subjectifs, qu'il sera libre d'exercer ou non, qu'il pourra interpréter en toute liberté, qu'il pourra même considérer comme des devoirs. Un étranger peut par exemple vivre en France sans éprouver le besoin de demander la nationalité française ; il peut aussi, s'il le souhaite, tenter de l'acquérir, mais il ne pourra pas entamer les démarches s'il habite en Norvège : son choix de vivre en France lui ouvre donc un droit qu'il est libre d'exercer ou non. S'il obtient la nationalité française, il pourra exercer, ou non, son droit de vote, il pourra même considérer ce droit de vote comme un devoir, et ne rater aucune élection. Un citoyen français a le droit, sous certaines conditions, d'entrer dans la fonction publique : s'il devient fonctionnaire, il s'ouvre des droits spécifiques dont un salarié du privé ne bénéficie pas, mais un salarié, du privé ou du public, a des droits (le droit à percevoir un salaire, le droit de prendre des congés) dont un travailleur indépendant ne bénéficie pas. Une femme enceinte a le droit d'avorter, mais elle peut, pour des raisons philosophiques, éthiques, religieuses, ne pas se reconnaître ce droit. Un couple hétérosexuel a le droit de se marier (ce n'est jamais une obligation), il s'ouvre, s'il se marie, le droit de divorcer...

Certains droits subjectifs sont attribués par les Conventions internationales, universelles ou européennes, ou encore par le préambule de la Constitution française : le droit au logement, le droit d'obtenir un emploi (« travailler est un devoir, obtenir un emploi est un droit »), le droit à l'instruction pour tous (l'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïc est un devoir de l'État), le droit d'expression...

1 • Le droit et l'arborescence du droit

Nous évoquerons peu dans cet ouvrage la Convention relative aux droits de l'enfant, appelée Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) qui a été adoptée le 20 novembre 1989 sous l'égide de l'ONU pour entrer en vigueur le 2 septembre 1990. La France l'a signée le 26 janvier 1990 et officiellement ratifiée le 7 août 1990 : elle s'applique dans notre pays depuis le 6 septembre 1990. Le contenu de la CIDE a inspiré et inspire toujours le droit interne dans lequel sont entrées la plupart de ses dispositions (son article 12 qui donne à *l'enfant la possibilité être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant* a entraîné la rédaction en 1992 de l'article 388-1 du Code civil qui prévoit que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge).

Chacun comprend, interprète et exerce ses droits comme il l'entend, dans la limite fixée par la loi, et dans le respect de la vie privée d'autrui : le droit d'expression est aussi le droit de n'avoir aucun avis, le droit de vote, celui de ne pas voter, ou de voter « blanc »...

Certains droits subjectifs se télescopent et se contredisent : le droit de la mère à accoucher anonymement (appelé en langage courant « accouchement sous X ») est difficilement compatible avec le droit fondamental de l'enfant à connaître ses origines, même si la loi a tenté de les concilier.

La justice

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 objectif. La justice ne fait pas le droit : elle applique le droit voté par le pouvoir législatif et exécuté par le pouvoir exécutif. Le droit est voté par un pouvoir élu que le peuple doit surveiller : c'est ce qui rend le droit légitime. La justice doit chaque jour préciser le droit, adapter à un cas particulier une loi qui a une portée générale : c'est ce que l'on appelle la jurisprudence.

2. LES SOURCES DU DROIT

Le droit a des sources directes et indirectes. Les sources directes du droit 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 du droit sont la jurisprudence, la doctrine et la coutume. Le droit a également des sources historiques et philosophiques.

Les sources directes du droit

La loi doit respecter les Traités et accords internationaux ratifiés par le Parlement ou approuvés par référendum : ils ont force obligatoire. Certains s'appliquent directement, d'autres doivent être transposés, intégrés au droit interne, sous forme de lois, de décrets.

La loi doit respecter le droit de l'Union européenne, composé de recommandations et d'avis, du règlement, des décisions et des directives.

La loi doit respecter la Constitution, la loi fondamentale qui régit le fonctionnement de la République. La France est « sous la V^e République » parce qu'elle respecte la cinquième Constitution républicaine de son histoire, adoptée le 4 octobre 1958. Elle est notre quinzième Constitution : la France a été une monarchie constitutionnelle, un empire, de nouveau une monarchie, de nouveau un empire... Différentes constitutions se sont donc succédé : celle qui a créé le Directoire (1795), le Consulat (1799), sans oublier la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 qui a donné les pleins pouvoirs au maréchal Philippe Pétain...

Les sources indirectes du droit

La jurisprudence

La jurisprudence est la mémoire de la justice, elle regroupe l'ensemble des décisions de l'ensemble des juridictions françaises. La jurisprudence est toujours indicative : elle n'a jamais la valeur d'une loi, d'un règlement. Elle enrichit la réflexion des magistrats. Elle inspire le législateur qui peut compléter, modifier, réformer les lois en vigueur. Elle n'est que la décision d'un tribunal, sa réponse à une question précise : les juges ne sont jamais obligés de suivre la jurisprudence, mais, si elle est constante (si elle n'a jamais été démentie), ils risquent d'être en appel désavoués s'ils n'en respectent pas les principes. On trouve bien

1 • Le droit et l'arborescence du droit

souvent des jurisprudences contraires, contradictoires. Un jugement fait jurisprudence quand il est utilisé comme argument, comme exemple, comme référence : un arrêt ou un avis de la Cour de cassation a alors souvent plus de valeur qu'un jugement de tribunal d'instance.

La doctrine

La doctrine est l'étude du droit, de l'esprit de la loi et de son application. Elle était jadis, d'où son nom, l'apanage des docteurs en droit, c'est-à-dire des professeurs d'Université : ils publient et enseignent leur analyse, leur réflexion, afin de faire évoluer la compréhension du droit, qui s'adapte sans cesse aux évolutions de la société.

La coutume

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, publié en 1803, ont tenté d'harmoniser les coutumes régionales, de les étendre à l'ensemble du territoire national.

Le droit coutumier est l'ensemble des règles consacrées par l'habitude, qui sont tolérées par l'autorité et par la justice : citons le droit reconnu aux parents de donner à leur enfant claques et fessées (droit coutumier de correction), ou 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 doté de peu de valeur légale.

Les sources historiques du droit

Il est traditionnel de faire remonter l'origine du droit au code Hammurabi : rédigé à Babylone à la demande du roi mésopotamien Hammurabi (1792-1750 av. J.-C.), il date de 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. On avance qu'il serait à l'origine de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » (*nemo legem ignorare censetur*) qui n'est jamais apparu dans aucune loi, qui n'est écrit nulle part : Hammurabi avait fait ériger un exemplaire de son code au cœur de toutes les villes de

son royaume pour que son peuple ait accès aux lois auxquelles il devait obéir. On connaît aussi l'existence du code babylonien d'Ur-Nammu, daté de 2100 av. J.-C., plus ancien que le code Hammurabi, mais moins étudié.

Les principes du code Hammurabi se sont propagés autour de la Méditerranée. Ils ont été repris par les Grecs, par les Romains qui nous les ont imposés quand, cinquante ans avant Jésus-Christ, ils ont envahi la Gaule (à l'exception d'un petit village qui résiste encore et toujours). Les Européens les ont ensuite diffusés au hasard de leurs conquêtes et de leurs migrations en Amérique, en Afrique, en Australie...

On cite aussi volontiers le code Justinien (*corpus juris civilis*), publié par l'Empereur Justinien (482-565) en 529 à Constantinople (appelée ainsi en hommage à Constantin 1^{er} qui a choisi, le 11 mai 330, de faire de Byzance, actuelle Istanbul et ancienne Constantinople, la capitale de l'Empire romain). Il est la base du droit romain. Composé de douze livres (droit ecclésiastique, procédure judiciaire, droit privé, droit pénal, droit fiscal et droit administratif) pour rendre hommage aux XII Tables fondatrices du droit romain, le code Justinien est complété en 533 du *Digeste*, gigantesque recueil de jurisprudence, des *Institutes* (un manuel de droit à l'usage des étudiants) et des *Novelles* (mises à jour). Il inspire encore nos lois : il est par exemple à l'origine de la présomption de paternité (*pater autem is est quem nuptiae demonstrant*, le père est celui que le mariage désigne). Le code Justinien 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).

Les sources philosophiques du droit

Le droit repose sur la réflexion des philosophes qui en ont inventé les principes, qui lui ont insufflé un esprit. Cesare Beccaria a théorisé les principes qui régissent aujourd'hui le droit pénal dans son ouvrage *Des délits et des peines* (1764) : son travail a inspiré les concepteurs de notre droit pénal. Jean-Jacques Rousseau a posé les bases de notre droit civil dans son ouvrage *Du contrat social* (1762). Il a étudié les travaux des philosophes grecs (Platon, Aristote), son travail a inspiré les Révolutionnaires et les concepteurs de notre droit civil. Il y a théorisé la notion de contrat « qui paraît juste entre hommes libres ». Montesquieu

1 • Le droit et l'arborescence du droit

a imaginé la démocratie et détaillé son fonctionnement dans son livre *De l'esprit des lois* (1748).

3. LE DROIT CIVIL

Si la vie en collectivité est un jeu, un jeu de société, le droit civil en est le mode d'emploi. Il fixe les règles d'une cohabitation harmonieuse entre citoyens : civil vient du latin *civis* qui est à l'origine de cité, de société, de civisme. L'étude du droit civil devrait être la base de l'instruction civique, qui ne peut en aucun cas se résumer au drapeau et à la connaissance de l'hymne national, qui ne sont que des symboles. Chaque citoyen comprendrait alors comment fonctionne la société dans laquelle il évolue. Il apprendrait à exercer les droits et devoirs dont il dispose. Il serait capable d'en exiger le respect : cela le rendrait moins vulnérable aux yeux de ceux qui tentent parfois d'abuser de son ignorance. Le droit civil propose une organisation qui permet d'éviter que surviennent des dommages. Lorsqu'un dommage est tout de même causé, ce qui arrive forcément, il en exige la réparation, qui ne peut être que pécuniaire, à moins d'être négociée à l'amiable entre les parties.

Le droit civil est compilé dans le Code civil, la manière de l'appliquer est détaillée dans le Code de procédure civile. Le droit civil établit que celui qui cause à autrui un préjudice, un dommage, doit en assumer les conséquences (il doit en répondre) : c'est le fondement de la responsabilité civile (art. 1382 CC) qui est l'obligation faite à celui par la faute duquel le dommage est arrivé, de le réparer. Le préjudice peut être moral, matériel, esthétique, etc.

Le droit au respect de la vie privée (art. 9 CC) 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 que ce non-respect lui cause : le droit à l'image est un dérivé jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée.

Le droit pénal punit les infractions commises, le droit civil impose la réparation des dommages causés.

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 : contentieux est le synonyme administratif de procédure). Le droit civil est composé du droit des personnes et de la famille (état civil, mariage, divorce, filiation, etc.), du droit des obligations (contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits) et du droit des biens (propriété, possession, servitudes). Il est de la compétence des juridictions civiles. Le droit de la famille est une composante du droit civil. Le droit de la consommation en est une autre.

Le premier Code civil des Français a été rédigé par Jean-Étienne Marie Portalis (1746-1807), François Denis Tronchet (1723-1806), Jacques de Maleville (1741-1824) et Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (1747-1825), sous la direction de Jean-Jacques de Cambacérès (1753-1824), Second Consul, puis archichancelier (Premier ministre) de l'Empire. Ils se sont aussi inspirés du code de Justinien (529), qui évoque déjà la puissance paternelle, ancêtre de l'autorité parentale, l'émancipation, le divorce, les successions...

Le Code civil a été surnommé Code Napoléon sous le Second Empire (1852-1870) : Napoléon III voulait ainsi rendre hommage à son oncle, Napoléon Bonaparte, qui, alors Premier Consul, l'avait promulgué le 21 mars 1804, deux mois avant la naissance du Premier Empire.

Le droit civil dispose d'un outil principal : le contrat (qu'il faut toujours lire et comprendre avant de signer !). Le contrat peut être moral (le mariage) ou écrit (bail, contrat d'assurance, etc.). Le contrat de travail à durée indéterminée peut 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.

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

Un 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 ne soit saisi. 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 qui peut être résilié par un divorce, soit par la volonté des deux époux (par consentement mutuel ou par acceptation du principe de la rupture du mariage), soit par décision de justice si l'un des deux fait état d'un préjudice causé par l'autre

1 • Le droit et l'arborescence du droit

(par altération définitive du lien conjugal ou pour faute). Le contrat de mariage est un contrat par lequel les futurs époux ou les époux déterminent leur régime matrimonial et fixent le statut de leurs biens pendant le mariage, et au jour de son éventuelle dissolution.

On attribue traditionnellement au droit civil quatre missions complémentaires :

- il organise la vie en société ;
- il protège les intérêts de chacun, surtout des personnes particulièrement vulnérables ;
- il arbitre les litiges ;
- il en ordonne si nécessaire la résolution.

Le droit civil est un droit protecteur

Le droit civil protège le citoyen, qui peut demander et obtenir la réparation pécuniaire des dommages qu'il a subis. Il protège le consommateur : la date de péremption sur les yaourts et les délais de rétractation sont (parmi beaucoup d'autres) des mesures édictées par le droit de la consommation. Le droit civil protège la famille et ses intérêts : l'institution du mariage impose aux époux des obligations réciproques, la filiation, l'adoption, le divorce, l'émancipation sont précisément définis, encadrés, pour éviter les abus et forcer chacun, si nécessaire, à assumer ses responsabilités.

Le droit civil confie au juge aux affaires familiales (JAF), qui siège au tribunal de grande instance (TGI), d'importants pouvoirs en matière de protection des individus. La protection de l'enfance est une compétence civile du juge des enfants (JE) : le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM), qui devrait remplacer en 2012 la célèbre ordonnance du 2 février 1945 (s'il est adopté comme prévu « au cours de l'été 2011 »), va toutefois transformer le juge des enfants en juge des mineurs (et le tribunal pour enfants en tribunal des mineurs). La protection des majeurs dits vulnérables peut, dans certains cas (de curatelle, de tutelle), être de la compétence du juge des tutelles (JT) : les majeurs vulnérables n'ont en effet pas tous vocation à être placés sous protection.

La personne vulnérable est définie comme *un mineur de quinze ans ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de*

son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse (art. 434-3 CP). Un mineur de quinze ans est un mineur qui n'a pas encore quinze ans (le mineur en général est un « mineur de dix-huit ans »). Il est indispensable pour qu'elle soit retenue que cette particulière vulnérabilité soit apparente ou connue de l'auteur des faits : on retrouve cette importante précision dans de nombreux articles du Code pénal qui définissent les peines applicables infraction par infraction (art. 222-29 CP par exemple).

Les personnes vulnérables sont donc, d'après la loi, les mineurs de moins de 15 ans (âge de la majorité sexuelle, art. 227-25 CP), les personnes âgées, malades, infirmes, déficientes physique ou psychique, et les femmes enceintes. Les mineurs de 15 à 18 ans sont vulnérables en raison de leur âge (qui leur interdit par exemple de porter plainte), mais moins que les mineurs de 15 ans.

Le seul fait d'être enceinte, ou handicapé, ne suffit pas à être considéré comme vulnérable : il faut que cela se voit, ou que cela se sache. L'âge ne suffit pas non plus : il est nécessaire que l'âge et ses conséquences physiques ou psychiques empêchent la personne âgée de se protéger : la vulnérabilité peut être invoquée et retenue si l'état de santé de la victime a facilité l'infraction ou a joué un rôle dans sa commission.

La vulnérabilité est une notion aussi subjective que le discernement, laissée à l'appréciation des juges, qui se prononcent éventuellement avec l'aide de médecins experts, psychologues ou psychiatres.

La vulnérabilité, due ou non à l'âge, a plusieurs conséquences :

- elle est une circonstance aggravante qui permet au parquet de requérir une peine plus lourde prévue par la loi ;
- elle est un motif suffisant pour que le parquet engage des poursuites en l'absence de plainte déposée par la victime ;
- elle est une possible circonstance atténuante si l'auteur des faits incriminés est considéré comme vulnérable.

La vulnérabilité est définie dans le Code pénal par l'article qui permet que soit poursuivi *quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés* (art. 434-3 CP) à une personne vulnérable. Il risque, s'il s'abstient de le faire, *trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende* (idem) : cet article vise bien « quiconque », l'obligation de signaler ne repose pas exclusivement sur les épaules des travailleurs sociaux qui, en tant que citoyens, ont

1 • Le droit et l'arborescence du droit

les mêmes obligations que « quiconque ». Le professionnel astreint au secret (tous ne le sont pas) est comme quiconque obligé de signaler les faits aux *autorités judiciaires ou administratives* (art. 226-14 CP), ce qui *ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire* (idem). Le médecin n'a pas besoin de l'accord de son patient si celui-ci *n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* pour porter à la connaissance du procureur de la République les *séances ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises* (idem).

Le droit civil arbitre les litiges et en ordonne la résolution

Il n'existe pas de sanctions, en droit civil (juste une « amende civile » qui sanctionne des abus de procédure) : le droit civil n'est pas un droit répressif, contrairement au droit pénal (le droit qui punit en infligeant une peine).

On parle néanmoins de « délit civil » : le délit civil est un fait volontaire qui cause un dommage à autrui. Le délit civil est généré par un fait, une action positive appelée faute, alors que le quasi-délit est consécutif à une abstention, une négligence ou une imprudence : on retrouve cette distinction aux articles 1382 (délit civil) et 1383 (quasi-délit) du Code civil.

Les juridictions civiles de premier ressort ont pour mission d'arbitrer, avant un éventuel appel, les litiges civils.

4. LE DROIT PÉNAL

Le droit pénal est un droit répressif : il définit les infractions et fixe, infraction par infraction, la peine encourue. Son aspect répressif (il punit d'une peine les infractions commises) a des vertus préventives : celui qui sait qu'il risque une punition a parfois tendance à éviter de commettre l'infraction. Le droit pénal est compilé dans le Code pénal : le nouveau Code pénal a remplacé le 1^{er} mars 1994 le Code pénal ancien publié

le 12 février 1810. Le Code pénal ancien a, dans un premier temps, repris le titre du *Code des délits et des peines* du 25 octobre 1795, ainsi nommé en référence à l'ouvrage de Cesare Beccaria. Il a lui-même remplacé le premier Code pénal français, publié le 6 octobre 1791.

La procédure pénale, qui décrit la manière de procéder pour appliquer le droit pénal, est compilée dans le Code de procédure pénale : entré en vigueur le 2 mars 1962, il remplace le Code d'instruction criminelle promulgué le 16 novembre 1808, rédigé en grande partie par Jean-Baptiste Treilhard (1742-1810), avocat, ministre et député, inhumé au Panthéon. La procédure pénale relève du droit processuel (le droit des procédures), comme la procédure civile et le contentieux administratif.

Le droit pénal repose sur la notion d'infraction

L'infraction est une action ou une omission prévue et réprimée par la loi ou par le règlement, qui engage la responsabilité pénale de son auteur et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir. Les délits et les crimes sont d'origine législative, les contraventions, d'origine réglementaire.

Une infraction peut être de commission, d'omission ou de commission par omission. L'auteur de l'infraction de commission est actif : il commet l'infraction de manière volontaire ou involontaire, ce qui n'est pas une excuse. Il accomplit un acte interdit par la loi ou par le règlement. Les infractions de commission sont les plus fréquentes : agression, vol, homicide. L'auteur de l'infraction d'omission (ou par omission) est passif. Il commet une infraction en s'abstenant volontairement de faire quelque chose que la loi impose (non-paiement d'une pension alimentaire, non-signalement d'une personne vulnérable en danger, non-assistance à personne en péril...). L'auteur de l'infraction de commission par omission est passif, mais son omission est assimilée à un acte positif : la distinction ne présente ici d'intérêt que si la loi ne punit pas l'omission. Prenons l'exemple de l'incendie : l'incendie volontaire est sanctionné, l'incendie involontaire ne l'est pas, mais celui qui déclenche un incendie parce qu'il a mal éteint sa cigarette commet une infraction en s'abstenant volontairement de faire quelque chose qui aurait évité que survienne le dommage.