

Méthode développée du commentaire d'arrêt

On distinguera ici deux étapes :

- l'analyse de la décision
- la préparation du commentaire de la décision

PREMIÈRE ÉTAPE. L'ANALYSE DE LA DÉCISION

I. Remarques sur la lecture de l'arrêt :

Dans un premier temps, il convient d'avoir un premier contact avec l'arrêt. Celui-ci est important, non pas parce qu'il va décider de la compréhension immédiate du problème juridique au centre du différend, mais bien au contraire parce qu'il peut donner de fausses impressions qui vont parasiter la bonne perception de l'arrêt. Il faut donc lire le texte de l'arrêt d'une manière "neutre", c'est-à-dire désintéressée, comme si on lisait le journal. Il faut bien évidemment commencer par remarquer quelle est la juridiction qui a rendu l'arrêt (juridiction judiciaire ou administrative, du fond ou de cassation, de droit commun ou spéciale), puis à quelle date a été rendu l'arrêt. Ces deux premières observations sont destinées à prévenir tout sentiment de surprise lors de cette première lecture à la découverte d'un vocabulaire ou de références textuelles caduques.

Il ne faut pas s'attarder sur les éléments compliqués. Il faut au contraire passer dessus rapidement pour ne pas se bloquer, tout en prenant la précaution de noter où se trouvent les difficultés pour y revenir par la suite.

Après cette première approche qui s'apparente plus à de la découverte qu'à de la véritable analyse, il convient de se livrer tout de suite à une seconde lecture plus attentive qui donnera une image précise du litige. Il faut donc qu'à l'issue de cette seconde lecture le lecteur ait compris quels étaient les faits, si une procédure inhabituelle a été suivie (juridiction du fond spécialisée, pas d'arrêt d'appel, second pourvoi après cassation, etc.), et surtout quel est le sens de l'attendu de jugement. Il n'est pas nécessaire d'appréhender alors toutes les finesses de l'argumentation développée tant par les demandeurs que par le jugement incriminé ou par la Cour, mais il faut impérativement situer les points essentiels de la solution :

- de quel secteur du droit il s'agit (droit de la personnalité, contrats, responsabilité, droit des biens, etc.),
- de quel problème juridique il s'agit, c'est-à-dire à l'intérieur d'un secteur donné, de définir quel était le problème résolu par l'arrêt.

Quelle que soit sa connaissance immédiate du litige traité, il va falloir faire une pause avant de se livrer au décortiquage de l'arrêt. Si la solution est connue, il faut impérativement la situer dans le cours et/ou dans le manuel de référence. Il faut alors se souvenir de deux séries d'éléments. Il faut d'abord se souvenir des commentaires qui ont pu être fait de l'arrêt, notamment en cours ; l'arrêt a-t-il été présenté comme novateur, révolutionnaire, typique, illustrant simplement parmi d'autres un courant jurisprudentiel et doctrinal bien établi, comme un accident qui n'a pas eu de suite, comme un arrêt atypique, répondant à des contingences particulières, etc. Il faut également se souvenir des jugements de valeur portés sur la décision ; l'arrêt a-t-il été apprécié, critiqué, s'agit-il d'une décision idéologiquement marquée, est-elle réactionnaire, trop moderne, conforme au droit, à la morale, à l'équité ?

Après avoir situé intellectuellement l'arrêt dans le cours, si c'est possible bien évidemment, il faut le situer matériellement dans l'enseignement de l'année. Il faut donc le rattacher à une partie du programme, puis à un titre, puis à un chapitre, puis à une section, puis à un paragraphe, etc. Cette approche de l'arrêt par le plus gros bout de la lorgnette a un objectif bien précis : tenter de situer le point de droit dans une problématique juridique d'ensemble, généralement développée dans l'introduction générale du cours et/ou dans la présentation de la question de droit abordée. C'est en effet à cette occasion que l'enseignant va mettre l'accent sur des lignes de force qui traversent la matière. C'est généralement l'opportunité de situer le droit dans une perspective autre que purement technique, en le rattachant à des valeurs humanistes, politiques, morales, éthiques, religieuses, sociologiques, politiques, historiques, voire géographiques, en faisant un peu de droit comparé. Il faut alors rechercher dans cette introduction générale des éléments qui auraient été rappelés dans l'introduction du chapitre ou du titre concerné par l'arrêt. Il faut ensuite rechercher toutes les sous-problématiques qui auraient pu être développées dans les introductions des divisions inférieures. Il faut alors se remémorer l'ensemble de ces problématiques, l'idéal étant de parvenir à connaître tout de suite quelle était la problématique de l'arrêt à commenter.

Il faut ensuite mettre par écrit l'essentiel des informations qui permettent de situer l'arrêt dans son contexte juridique. Si on connaît les textes qui ont été appliqués par les juges, l'opinion de la doctrine et d'autres arrêts qui ont statué sur des questions voisines, il faut le noter sur une première feuille de brouillon.

Si l'arrêt est inconnu, il faut également faire ce travail de situation de l'arrêt dans son contexte juridique, de manière à avoir les éléments de connaissance suffisants pour interpréter l'arrêt, lorsque le moment en sera venu.

II. Analyse linéaire de l'arrêt :

Un arrêt présente tout d'abord des éléments permettant de l'identifier au sein de la jurisprudence (A) ; il s'agit de la juridiction qui a statué, de la date de la décision ainsi des parties à l'instance. Une seconde série d'éléments est destinée à présenter la décision rendue et se compose des différents "attendus" ou "considérants" (B).

A. Les éléments d'identification de l'arrêt :

1. Juridiction ayant rendu l'arrêt :

a. Données propres aux décisions des juges du fond :

Il s'agit rarement d'une juridiction de 1^{ère} instance. En face d'un arrêt de Cour d'appel, la principale difficulté consiste dans le dépouillement de l'arrêt, car tous les éléments de droit et de fait sont hypertrophiés et mêlés.

b. Données propres aux arrêts de la Cour de cassation :

Quand il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation, il faut faire très attention à la chambre qui a statué. On compte 6 chambres : trois chambres civiles stricto sensu (Civ. 1, 2 et 3), une chambre commerciale (Com. - considérée comme une quatrième chambre civile), une chambre sociale (Soc. - considérée comme une cinquième chambre civile) et une chambre criminelle (Crim.).

Il arrive que sur un même point de droit deux ou plusieurs chambres adoptent une solution divergente. Une divergence de jurisprudence dénote toujours une crise qu'il faudra avoir soin de bien expliquer, en montrant quels sont les points de désaccords et quels sont les enjeux tant théoriques que pratiques de ces différends. Parfois, sans qu'il y ait vraiment de divergence, on peut noter certaines nuances entre deux chambres qui justement pourront être expliquées par l'appartenance à une chambre possédant une "culture" différente (ainsi la chambre criminelle est réputée plus protectrice des intérêts des parties faibles et la chambre commerciale plus sensible aux implications de la pensée libérale, même si ces différences tendent à s'effacer à l'heure actuelle).

On compte aussi des chambres mixtes, composées des membres appartenant à des chambres différentes. Une chambre mixte est réunie soit pour prévenir un désaccord entre chambres spécialisées, soit pour résoudre des divergences déjà révélées. Dans tous les cas, il conviendra de retracer le cheminement jurisprudentiel menant à sa constitution, ainsi que les raisons profondes du différend. Dans l'hypothèse où la chambre mixte solutionne un conflit déjà existant, il convient de parfaitement caractériser la position de chaque chambre, afin de déterminer en faveur de laquelle l'arbitrage a été rendu, pourquoi et éventuellement si la solution de la chambre mixte témoigne de l'influence subie des deux chambres (ce qui est naturelle puisque la chambre mixte réunie est composée de magistrats appartenant aux chambres spécialisées concernées).

On compte enfin l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Composée des plus huppés magistrats des différentes chambres, elle est le signe d'une grande effervescence. L'assemblée plénière peut être saisie de façons différentes, soit de manière automatique, lorsque la Cour de cassation est sollicitée une deuxième fois consécutive, après un premier renvoi après cassation par le même plaideur qui invoque le même argument juridique, soit de manière facultative lorsque son premier président estime que le premier pourvoi pose une question de principe qui justifie l'arbitrage immédiat de la plus haute formation de la Cour de cassation. La réunion de l'assemblée plénière est importante sur le plan procédural puisque la juridiction éventuellement désignée après la cassation de l'arrêt entrepris sera tenue de se conformer à l'arrêt de cassation pour les questions de droit tranchées ; c'est la seule hypothèse où les juridictions de renvoi se voient privées de leur souveraine appréciation du litige.

Quel que soit le mode de saisine (obligatoire ou facultative), il conviendra de rappeler les étapes importantes de la procédure (dans la limite des informations disponibles dans l'arrêt), accompagnées des arguments avancés par les juridictions (là encore dans la mesure où l'arrêt en fait état), les thèses en présence (leur expression, leurs fondements et leur sort, toujours s'ils sont rappelés). La présence d'un arrêt d'Assemblée plénière doit éveiller l'attention et être particulièrement bien lu et compris.

2. La date de l'arrêt :

Elle peut revêtir une grande importance lorsque l'arrêt constitue une étape dans un cheminement jurisprudentiel (qu'il faudra alors retracer). Il conviendra alors de parler d'avant et d'après, pour faire ressortir les principaux points qui ont évolué. La difficulté du commentaire d'un arrêt ancien réside dans le dosage à réaliser entre l'analyse du sens et de la valeur de l'arrêt dans son contexte de l'époque, c'est-à-dire sans anachronisme, et le regard porté rétrospectivement sur sa portée, à l'aide de la jurisprudence postérieure.

Ces quelques remarques sont destinées à orienter le commentaire en fonction de la date de la décision à commenter.

a. Commentaire de décisions anciennes :

Pour bien commenter une vieille décision il faut parvenir à déterminer l'intérêt que présente aujourd'hui le commentaire d'un texte ancien. Deux cas de figure peuvent se présenter, selon que la solution adoptée est toujours d'actualité, ou pas.

1/ Sort des décisions actuelles :

La question qui se pose alors est de savoir si la solution inaugurée à cette date est toujours adaptée aux situations actuelles, c'est-à-dire déterminer si les considérations juridiques et extra juridiques qui justifiaient la solution sont demeurées les mêmes, ou ont au contraire disparu. Il faudra dès lors s'interroger sur les éventuels changements intervenus dans l'environnement juridique de la décision (loi, jurisprudence, doctrine), dans le contexte économique (inflation, crise économique, progrès social), politique (changement de république, de gouvernement, de majorité au Parlement) ou social (évolution des mœurs, apparition de nouvelles valeurs). Si la solution n'est plus adaptée, si elle apparaît obsolète, il faudra proposer une nouvelle voie en articulant la proposition sur l'analyse des causes de l'inadaptation de la solution critiquée. Si la solution demeure valable il faut chercher les causes de cette permanence, soit pour des raisons juridiques soit pour des raisons morales, sociales ou éthiques.

2/ Sort des décisions caduques :

On ne propose pas en commentaire une solution abandonnée sans raisons. On peut proposer deux explications. Tout d'abord, il n'est pas impossible que la nouvelle jurisprudence soit contestée et que certaines juridictions du fond résistent toujours ; il faudra alors expliquer ce conflit en insistant sur les mérites respectifs des solutions proposées et en montrant l'intérêt qu'il pourrait y avoir à revenir (ou pas) à la solution commentée. Mais il est également possible que la personne qui a proposé l'arrêt ne soit pas personnellement d'accord avec l'abandon de la décision commentée, ou au contraire qu'il l'approuve pleinement ; il conviendra alors de bien expliquer les raisons qui ont conduit à l'abandon de la décision commentée à partir des éléments disponibles dans la décision analysée. Il faudra, en toutes hypothèses, prendre garde à ne pas sortir de l'arrêt : toute critique ou remarque réintroduisant le droit positif dans le commentaire devra impérativement prendre appui sur des données disponibles dans la décision commentée, faute de quoi le commentaire se transformera de manière dramatique en dissertation !

b. Commentaire de décisions récentes :

Elles posent moins de problèmes car elles ont peu de chances d'être dépassées par des décisions postérieures (à contrôler tout de même). Il s'agit alors de commenter l'état du droit positif ; on pourra alors rappeler de manière sommaire l'évolution jurisprudentielle antérieure (généralement dans le premier paragraphe du commentaire) avant de s'intéresser au sens de la décision (généralement dans le deuxième paragraphe),

avant d'opérer une critique (seconde partie du commentaire), en bien ou en mal en prenant en considération toutes les données disponibles (juridiques, en équité, pour les parties, pour les tiers, économiques, morales, politiques, dans le cadre de l'harmonisation des droits de l'Union européenne, etc.).

3. La mention de publication :

a. Arrêts avant 2021 :

La Cour distinguait les arrêts « P » (pour « publiés ») et « D » (pour diffusés), les premiers étant plus intéressants que les seconds.

Parmi les arrêts « P » on distinguait les arrêts « simplement » publiés (P, ancien bulletin mensuel dont la publication en format papier a cessé dans les années 2010), les arrêts publiés et mentionnés (P+B) au Bulletin d'information bimensuel de la Cour de cassation (BICC, disponible en format électronique), les arrêts mentionnés dans le rapport annuel (P+B+R) et les arrêts publiés dès leur lecture publique sur le site internet de la Cour de cassation (P+B+R+I). Les arrêts P étaient les publiés les moins importants et les PBRI les plus affichés en raison de leur apport majeur (ils étaient généralement accompagnés d'une notice d'information rédigée par le magistrat rapporteur, et que l'on retrouvera d'ailleurs au rapport annuel).

b. Situation après 2021 :

La Cour fait évoluer sa signalisation à compter du 15 juin 2021.

Désormais, le « P » et le « I » disparaissent ; seuls sont conservés le « B », indiquant une mention au BICC, et le « R » la mention au rapport annuel d'activité.

La Cour ajoutera deux lettres.

La lettre « L » visera les décisions commentées dans les « Lettres » des différentes chambres publiées tous les deux mois.

La lettre « C » indiquera que la Cour communiquera le jour même sur l'arrêt, généralement au moyen d'une notice publiée sur son site internet (remplace donc le « I »).

B. Analyse des attendus de l'arrêt :

1. Structure des arrêts de la Cour de cassation :

1.1. Structure ancienne en « attendus » :

On pourrait, en exagérant à peine, comparer un arrêt rendu par la Cour de cassation à une pièce de théâtre. L'auteur, la Cour, veut nous faire passer un message qu'elle met en scène dans et par l'arrêt. Tout comme au théâtre, l'intérêt du commentaire réside dans le dépassement de la forme, voulue par l'auteur, pour mettre à jour le trésor.

La structure ordinaire de l'arrêt est de deux attendus, sans aucun chapeau (a). Ainsi, toute modification de cette présentation "neutre" doit attirer l'attention et donner lieu à une étude minutieuse des conséquences que ces changements de présentation peuvent introduire dans la perception de la décision. On fera particulièrement attention à trois éléments : s'il s'agit d'un arrêt de rejet ou de cassation, si l'arrêt comporte un ou plusieurs attendus supplémentaires et si l'arrêt comporte un chapeau, de tête ou intérieur (a).

a. Structure normale :

Il faut partir de l'idée que la Cour de cassation rend habituellement ses arrêts selon un rituel bien établi. C'est cette organisation banale qu'il faut reconnaître, car la forme, dans les arrêts, est très souvent porteuse d'un message.

1/ Caractéristiques :

Les arrêts classiques sont généralement organisés autour de deux "attendus" principaux, sans chapeau de tête. Le premier attendu est consacré à l'exposé des faits et de la procédure. Il peut éventuellement contenir les arguments du demandeur (mais c'est plus rare). Le second attendu est consacré aux arguments combattus par la Cour de cassation (arguments du demandeur pour un arrêt de rejet, arguments des juges du fond pour un arrêt de cassation) et à l'exposé de la solution retenue. La difficulté ici provient du fait que bien souvent la Cour mélange les deux phases et répond aux arguments combattus en même temps qu'elle les expose ; il est alors difficile de distinguer l'exposé objectif des arguments critiqués de leur présentation nécessairement partielle, puisque la Cour de cassation va avoir une tendance naturelle à insister sur les arguments qui prêtent le flan à la critique et à minorer les éléments plus pertinents, quitte à gauchir considérablement le raisonnement écarté pour mieux entraîner l'adhésion du lecteur. Il ne faudra donc pas prendre le second attendu (arguments et solution) pour argent comptant mais tenter de déterminer avec le plus d'objectivité possible quels étaient les vrais arguments présentés par la partie qui perd le procès. On pourra ensuite comparer ces arguments avec la vision présentée par la Cour de cassation pour déterminer sur quelles bases la solution s'est articulée.

2/ Sens à donner :

On peut rencontrer ici deux hypothèses. La première est la plus courante et correspond à un arrêt sur le fond classique, ce qu'on appelle un arrêt de série. La forme est alors le reflet fidèle du fond. La seconde est beaucoup plus significative car la Cour de cassation a tendance à faire passer des évolutions jurisprudentielles sous une présentation anodine. Souvent, en effet, la Cour de cassation préfère épargner un revirement brutal et tapageur et procéder à pas mesurés, en envoyant une sonde préalable. Dans cette hypothèse, la banalité de la forme tranche avec l'apport considérable réalisé par l'arrêt et devient un élément à part entière du commentaire car elle témoigne d'une volonté (paradoxalement affichée) de prudence. C'est cette retenue, cette modération qu'il faudra également commenter, analyser et apprécier (fallait-il aller plus loin et plus vite, pouvait-on faire autre chose ?). Pour identifier ce type d'arrêt, il faudra s'attacher à bien analyser la solution adoptée par la Cour de cassation, en recherchant tout ce qui pourrait changer par rapport au droit antérieur (changement de vocabulaire, de ton, de volonté pédagogique affichée, etc.).

A cet égard, la nature de l'arrêt, de rejet ou de cassation, peut jouer un rôle important, qu'il faut savoir analyser. Il peut s'agir tout d'abord d'un arrêt de série, c'est-à-dire banal sur le fond. La présence d'un arrêt de cassation manifeste la ferme volonté de la Cour de faire respecter la solution traditionnelle en mettant au pas les

juges du fond qui souhaiteraient prendre de la distance avec la jurisprudence dominante. La présence d'un arrêt de rejet est moins significative, car les juges suprêmes se contentent de donner un satisfecit aux juges du fond qui se sont contentés d'appliquer la jurisprudence traditionnelle. Il peut s'agir en second lieu d'un revirement de jurisprudence. Quand ce revirement s'accompagne d'une cassation de la solution traditionnelle, on peut donner tout de suite une portée particulièrement grande à cette nouvelle solution car l'arrêt manifeste alors d'une manière univoque la volonté de rompre avec la solution classique. Quand le revirement résulte d'un rejet de la solution traditionnelle, l'analyse doit se faire en deux temps. Le fond invite à voir un revirement, mais l'aspect peu spectaculaire de la forme est une marque indéniable de discrétion car la Cour préfère partager le poids du revirement avec les juges du fond qui ne sont pas sanctionnés pour avoir pris l'initiative d'opérer un changement important. L'opération est classique, quand la Cour de cassation préfère opérer d'une manière non traumatisante, pour imposer un revirement par la douceur.

c. Structure modifiée :

On peut déterminer trois types de présentations particulières qui rompent avec la présentation classique en deux attendus.

1/ Présence d'un chapeau de tête :

C'est une marque de solennité qui doit toujours alerter. On peut se trouver soit en face d'un revirement de jurisprudence, soit d'une reprise en main des juges du fond, tentant un coup de force. Dans tous les cas, le chapeau de tête est un message adressé, tant aux juges du fond qu'aux observateurs.

La première chose à faire consiste à bien analyser le message en lui-même, en se posant quelques questions. Le texte visé est-il celui qui est habituellement visé dans ces affaires ? Si ce n'est pas le cas, il faudra expliquer l'abandon de l'ancien fondement (trouver les critiques formulées auparavant par la doctrine) et le choix du nouveau (avantages, inconvénients, auteurs ayant inspiré le changement, inspiration d'autres droits étrangers, influence du droit communautaire ou européen, critiques à formuler...). Le chapeau de tête comporte-t-il un attendu de principe ? S'il n'en comporte pas, l'arrêt aura une importance moindre car la cour n'aura pas donné de consignes juridiques impératives. La portée idéale de l'arrêt sera donc diminuée dans la mesure où on n'aura pas à disposition de définition abstraite, c'est-à-dire dégagée de tout élément de fait. L'attendu de principe est-il la reprise à l'identique des solutions antérieures ou introduit-il de nouveaux éléments ? S'il existe des différences dans le choix des mots ou dans l'organisation de la phrase, il faudra analyser les différences de sens immédiates, ainsi que les conséquences prévisibles de ce changement. L'analyse devra être particulièrement fine et prudente et tenir compte du caractère plus ou moins exploitable de la nouvelle formulation. L'attendu de principe devra être comparé avec le texte visé pour déterminer si l'interprétation proposée reste fidèle à la lettre, ou à l'esprit, ou s'il existe un hiatus qu'il faudra alors analyser (évolution de la société, contexte historique, politique, économique...) et critiquer (en bien et en mal).

Enfin il faudra déterminer si l'application de ce nouveau principe par la Cour de cassation est conforme aux espoirs suscités. Il faudra notamment, si on a analysé la nouvelle formulation comme plus favorable à une partie qu'à une autre, déterminer concrètement si la solution finalement adoptée lui est *effectivement* plus favorable. Il peut en effet arriver qu'on trouve une distorsion entre l'attendu de principe et la mise en œuvre concrète de la solution, alors décevante. C'est un élément essentiel du commentaire ; la Cour peut en effet avoir souhaité réussir un "coup d'annonce" pour provoquer la réaction des milieux concernés sans pour autant conférer à une partie *en l'espèce* un avantage considérable. Souvent, la Cour craint une réaction de rejet et préfère prendre des gants, différer le vrai revirement pour être sûre de réussir.

2/ Présence d'un attendu de principe glissé dans l'arrêt :

Cette situation se rapproche de la précédente car elle procède de la même volonté d'isoler un élément pour mieux le faire remarquer. L'intérêt ici est de déterminer pourquoi la Cour de cassation a placé l'attendu de principe dans le corps de l'arrêt et pas en tête. Généralement, il s'agit de rappeler aux juges du fond quelle est la bonne règle mais sans violence, sans traumatisme ; ces motifs devront bien entendus être expliqués et commentés. Il faudra là encore décortiquer l'attendu de principe et le comparer au résultat final obtenu.

3/ Présence d'un troisième attendu :

Le passage d'une structure ordinaire (à deux attendus) à une structure spéciale (trois ou plusieurs attendus) n'est en principe jamais anodin. Il faut cependant éliminer l'hypothèse où l'arrêt répond à plusieurs moyens distincts, car dans ce cas la construction de l'arrêt s'est imposée par la structure des moyens du demandeur et non pas par le souci d'attirer l'attention sur un élément particulier. L'intérêt des arrêts organisés autour de la réponse à plusieurs moyens différents et de "donner" le plan du commentaire qui devra suivre le découpage des moyens. Il faut toutefois signaler que seuls les moyens de droit intéressant directement le thème abordé (ou le programme le jour de l'examen) devront être commentés ; les autres devront être mentionnés puis écartés dès l'introduction.

Pour qu'il y ait innovation, il faut donc que pour un même moyen la Cour divise l'arrêt en trois attendus. Il faudra alors comprendre et expliquer l'intérêt de cette troisième partie. Généralement, la Cour isole, grâce à cette construction, les arguments dans un souci pédagogique : il s'agit de mieux les présenter pour mieux les détruire, de montrer du doigt ce qu'il ne faut pas faire avant d'indiquer formellement la voie à suivre. Les griefs de la Cour de cassation devront être examinés avec minutie. Là encore, il ne faudra pas se laisser abuser par le ton faussement objectif de l'attendu consacré au rappel des arguments rejetés : la Cour va toujours tenter d'obtenir l'adhésion du lecteur en gauchissant les arguments avec lesquels elle n'est pas d'accord. Pour commenter ce genre d'arrêts, il convient d'étudier avec attention les arguments du demandeur et de mettre en évidence les raisons profondes qui ont poussé la Cour à rejeter cette thèse (arguments éthiques, moraux, tradition juridique contraire, contexte socio-économique, etc.). Le cœur du commentaire résidera de cette confrontation d'arguments, et la solution finalement adoptée aura une valeur plus grande, une portée plus générale que si la Cour de cassation s'était contentée d'une structure classique en deux attendus.

1.2. Structure moderne : style direct et motivation développée

Depuis 2018 la Cour de cassation, suivant en cela le Conseil d'Etat et les cours européennes, a modifié sa manière de rédiger ses décisions pour les rendre plus accessibles au grand public. Désormais, l'arrêt n'est plus rédigé sous la forme d'une seule phrase, mais rédigé de manière plus littéraire (style direct). La Cour de cassation a par ailleurs ajouté notamment aux éléments de droit habituels (les textes) des références à sa propre jurisprudence, à la jurisprudence d'autres juridictions (cours européennes, conseil constitutionnel ou Conseil d'Etat) ainsi qu'aux motivations qui sont les siennes, notamment lorsqu'elle modifie sa propre jurisprudence (style enrichi).

La construction des décisions a par ailleurs changé. Désormais, la Cour distingue formellement 4 parties :

- Faits et procédure
- Examen du moyen

- Réponse de la Cour
- Dispositif (par ces motifs, la Cour : rejette ou casse)

Si la forme a changé, l'interprétation des arrêts demeure pour l'essentiel.

2. Analyse particulière des paragraphes :

a. Analyse des faits :

Les faits se trouvent désormais dans le premier paragraphe intitulé « Faits et procédure ».

La Cour commence par relater les faits tels qu'ils ont été indiqués dans l'arrêt visé par le pourvoi. Il est parfois nécessaire, pour bien saisir l'affaire, et compte tenu du caractère elliptique des résumés, de se reporter à l'arrêt d'appel. Pour y accéder, il faut alors le chercher soit sur Légifrance, soit sur des sites d'éditeurs privés).

La Cour relate ensuite brièvement la procédure de première instance.

Pour connaître le sens de la décision d'appel et les arguments retenus par elle, il faudra lire l'énoncé du moyen pour en extraire à la fois le sens de la décision (critiquée par le demandeur) et les arguments retenus.

Il faudra ensuite leur accorder une attention particulière car ils ont été souvent isolés à dessein pour servir à étayer un raisonnement. Il conviendra par conséquent de comprendre et de démontrer quelles sont les conséquences de la prise en compte de ces éléments dans la solution. Il faut redonner au déroulement chronologique, de manière à bien comprendre ce qui a motivé le recours au juge.

Le premier travail d'analyse des faits est un travail linguistique. Il faut en effet s'attacher à déterminer si le langage employé est un langage juridique ou courant. Cette analyse est souvent très révélatrice de l'option adoptée par l'arrêt. Si le langage utilisé est un langage juridique, fait de termes précis, techniques, facilement identifiables, la solution elle-même sera d'inspiration très juridique et semblera découler naturellement des faits eux-mêmes qui auront été préqualifiés juridiquement par l'arrêt. En présence d'un langage non juridique imagé, fait de qualificatifs ou de termes évocateurs, il est vraisemblable que l'équité aura dicté pour beaucoup la solution.

D'une manière générale, l'importance proportionnelle consacrée par l'arrêt aux faits témoigne de l'importance des faits dans la solution et donc souvent de l'importance du sentiment sur le raisonnement. C'est particulièrement vrai lorsque l'attendu de jugement, surtout pour un arrêt de la cour de cassation, réserve lui-même une place importante aux données contingentes de l'affaire.

Le second travail est un travail de **qualification juridique** des faits. L'exposé des faits constitue en effet le deuxième étage du raisonnement du juriste, de ce qu'on appelle le "syllogisme juridique". Le premier étage, appelé "prémisse majeure", comporte l'exposé de la règle de droit applicable. Le deuxième étage, appelé "prémisse mineure", contient les faits, qualifiés juridiquement, qui vont permettre à la règle de s'appliquer. Ainsi, selon la démonstration de Socrate, tous les hommes sont mortels (prémisse majeure), je suis un homme (prémisse mineure), je suis donc mortel (conclusion). Le dernier étage s'appelle conclusion et achève le raisonnement.

Le travail de qualification des faits permet par conséquent d'établir la charnière du raisonnement juridique, et est donc fondamental. Qualifier juridiquement signifie identifier un fait selon les critères du droit, établir le synonyme, l'équivalent dans le langage juridique. Comme lorsqu'on se trouve confronté à un texte français à

traduire dans une langue étrangère il va falloir traduire les faits en termes juridiques. La difficulté résulte du fait qu'il faut traduire au sein de la même langue, ainsi que lorsqu'il existe des échanges entre le langage courant et le langage juridique. Ce sont ce que les linguistes appellent "les faux amis". Ainsi, certains termes du langage courant ont été "récupérés" par le langage juridique et s'y voient attribuer un sens propre (par exemple les termes consentement, capacité, objet, cause, faute, risque, préjudice, majeur, mineur, obligation, etc.) ; à l'inverse, certains termes juridiques sont passés dans le langage courant et y ont perdu une partie de leur sens (par exemples les termes propriétaire, locataire, donner, prêter, louer, etc.). Il faut donc toujours se demander face à un terme équivoque, s'il désigne un concept juridique ou pas.

Mais il ne faut pas s'arrêter à la qualification juridique des faits pris d'une manière isolée. Il faut en effet s'intéresser également à la qualification des situations juridiques, c'est-à-dire qualifier des **groupes** de faits. C'est un travail un peu plus délicat car il exige de connaître les conditions de formations des droits concernés. Si on ne parvient pas à donner à tous les faits une utilité immédiate, il faudra y revenir pour se demander après coup si les principes juridiques appliqués par les juges l'ont été à bon escient, c'est-à-dire si toutes les conditions nécessaires à l'application des règles de droit étaient réunies.

Le litige porte rarement sur la présence ou l'absence d'un élément, apparu lors de la mise en état de l'affaire, mais sur la qualification juridique d'un élément de fait. Par exemple, il n'est pas contesté qu'une personne se tait et ne répond pas à la question qui lui est posée ; ce fait n'est pas contesté mais les parties ne sont pas d'accord sur la **signification juridique** de ce silence, c'est-à-dire sur sa **qualification juridique**. Le silence vaut-il approbation, ou improbation ? C'est ici que le juriste doit prendre garde au sens courant ; si l'adage nous dit "qui ne dit mot consent", la position du droit est opposée puisque le silence ne vaut pas, en principe, acceptation des termes de la proposition.

b. Exposé de la procédure :

Il ne faut reprendre que les données présentes dans l'arrêt, en retraçant le cheminement du litige depuis sa première étape (la saisine d'une juridiction) jusqu'au dernier acte de procédure qui justifie la saisine de la juridiction qui rend la décision commentée.

Pour chaque étape, cinq éléments doivent être recherchés :

- le "QUI ?" servant à identifier le *demandeur* ;
- le "QUOI ?" servant à identifier *l'objet de la demande* (annulation d'un acte juridique, dommages et intérêts, attribution d'un avantage juridique ou matériel, etc.) ;
- le "OU ?" déterminant la juridiction devant laquelle le litige a été porté ;
- le "ET ALORS ?" déterminant la réponse apportée à la question posée (rejet ou accueil de la prétention, la réforme du jugement ou la cassation de l'arrêt) ;
- le "POURQUOI" présentant les arguments évoqués par la juridiction pour justifier sa décision.

Lorsqu'il n'est pas possible d'identifier ces cinq étapes pour chaque degré de juridiction, il ne faut rien inventer et savoir se contenter des seules données disponibles.

c. Moyens :

Les arguments du demandeur sont présents dans les moyens de cassation développés devant la Cour (dans le « mémoire ampliatif » déposé par un avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat qui doit les présenter sous une forme concentrée « alors que ; » puis développée).

La compréhension des moyens est centrale car ce sont les moyens qui permettent de révéler les questions de droit soulevées. Le demandeur au pourvoi conteste en effet l'analyse de la Cour d'appel (qui ne lui a pas donné raison) à l'aide d'arguments juridiques contraires (les moyens) : c'est la confrontation entre l'affirmation d'appel et les moyens qui révèlent alors le point de droit en discussion, auquel la Cour de cassation devra répondre.

Le travail du commentaire consiste alors à :

- Expliquer le problème : et donc à expliquer la position adoptée par la Cour d'appel, expliquer les moyens et expliquer la solution
- « critiquer » (au sens de « éprouver la valeur ») la solution retenue

d. Solution retenue par le juge :

C'est bien entendu le morceau de choix du commentaire. La solution ne se limite toutefois pas au seul attendu de jugement, placé à la fin de l'arrêt ou de chaque découpage en moyens. La solution comporte également les visas et attendus de principe, qu'ils soient placés en tête de la décision ou dans le corps du texte.

DEUXIÈME ÉTAPE. PRÉPARATION DU COMMENTAIRE DE LA DÉCISION

§ 1. L'introduction du commentaire d'arrêt :

Le commentaire d'arrêt est une épreuve très formaliste où il convient de respecter toutes les règles de fond et de forme si on veut échapper à la catastrophe. L'introduction est primordiale car elle donne le ton général du commentaire. Il convient donc d'en respecter la structure type :

- phrase d'introduction
- présentation de l'arrêt à commenter
- caractérisation sommaire des faits utiles à la compréhension de la décision
- rappel de la procédure
- identification du demandeur
- présentation sommaire des moyens
- problème(s) de droit soulevé par les moyens
- solution adoptée par la Cour et analyse objective
- analyse subjective de la solution retenue et annonce du plan du commentaire

A. Phrase introductive :

Elle est destinée à amener le débat sur le terrain de l'arrêt le plus rapidement possible sans toutefois être trop brutale. On peut utiliser à cet effet toute la panoplie des proverbes (français ou étrangers) pour illustrer le fait que le sujet traité est d'intérêt général puisque passé dans le langage courant.

Ex : sur l'erreur : "errare humanum est" ou "error commis facit jus" (l'erreur commune fait le droit = l'erreur commise par tous finit par devenir la règle)

Ex : sur l'exécution des obligations : "Qui paie ses dettes s'enrichit"

Attention quand même à ne pas tomber dans la "tarte à la crème". Quand on a un doute sur l'intérêt d'une citation ou d'un proverbe, mieux vaut adopter une phrase plus classique mais en évitant les platitudes du style "depuis que l'homme est homme et que le monde est monde".

Ex : dans une société où le "temps", selon Shakespeare, "c'est de l'argent", il est devenu de plus en plus difficile de concilier rapidité et sécurité, l'erreur devenant le fléau contractuel le plus préoccupant.

B. Présentation de l'arrêt :

Il faut ici réaliser la jonction entre la phrase introductive qui amorce le sujet et l'arrêt proprement dit.

Ex : (suite) dans une telle société, la fonction de la norme juridique va-t-elle être de protéger le contractant contre ses propres erreurs ou d'assurer la sécurité des transactions en évitant une dangereuse remise en cause des paroles données ? Cet arrêt, de la première chambre civile de la Cour de cassation essaie de résoudre cette question d'une manière harmonieuse (mentionner en plus la date de l'arrêt bien sûr). Cette présentation doit donc mentionner le type de juridiction, la date et éventuellement le nom de l'affaire si elle est connue).

C. Rappel des faits :

Devant un arrêt de la Cour de cassation il ne faut pas craindre de reprendre des morceaux de l'arrêt. Il ne faut ici rapporter que les éléments nécessaires à la bonne compréhension de l'arrêt ; lorsque l'on relate un accident de la circulation, la marque du véhicule importe peu.

Relater les faits, c'est expliquer comment on a pu en arriver à saisir la justice. Il faut le plus possible *qualifier juridiquement les faits* en les relatant. Ex : Monsieur X, le propriétaire, monsieur Y le conducteur, monsieur Z, l'acheteur.

D. Rappel de la procédure :

Il ne faut reprendre ici que les éléments disponibles de l'arrêt en taisant les éventuelles informations piochées dans les différentes lectures.

E. Identification du demandeur :

F. Moyens :

Il s'agit de repérer quels sont les arguments du demandeur au pourvoi car c'est lui qui conteste la solution retenue par les juges du fond (le défendeur se contentant souvent de reprendre le fondement retenu par ces juges).

On peut identifier les différents arguments en observant dans l'attendu du jugement les séparations effectuées par le biais des "attendu que" (forme classique) ou « le demandeur fait grief à l'arrêt (...) » (style direct). La rédaction des arrêts mêle souvent les arguments du demandeur avec la réponse apportée par la Cour. Il faut ici les exposer séparément et identifier quels sont les arguments du demandeur. Soit ils sont présentés tels quels par la cour ("Attendu que, selon le demandeur..."), mais souvent il faut les déduire *a contrario* de leur réfutation

par la Cour ("Attendu qu'un chien ne saurait être assimilé à une personne", ce qui sous-entend que le demandeur le prétendait). C'est l'hypothèse la plus délicate, il vaut mieux ici laisser de côté un argument dont on ne serait pas sûr plutôt que de faire dire au demandeur ce qu'il n'a pas dit. La bonne compréhension est essentielle car de la confrontation de ces arguments avec ceux présentés par la Cour de cassation, jaillira le cœur même du commentaire. Il convient donc de les identifier tous, de les ordonner et de les présenter d'une manière fidèle et synthétique.

G. Problème de droit :

C'est là que va se jouer la réussite du commentaire. Le point de droit est la question juridique qui a été posée à la juridiction saisie et sur lequel les parties sont en désaccord. Le problème de droit se déduit donc de la confrontation des arguments présentés par le demandeur avec la thèse soutenue par les juges dont la décision est contestée devant la Cour de cassation.

Pour le trouver, il faut donc concevoir très clairement le ou les points de désaccord. Une solution de facilité consiste à partir du principe que la Cour de cassation, juge du droit, répond toujours au problème de droit qui lui est soumis et qu'il suffit de déduire de la solution le problème qui se pose.

C'est en effet exact dans 90 % des cas, mais il y a un risque terrible de passer à côté de l'arrêt. En effet, il arrive que la Cour de cassation ne réponde pas au problème de droit et réponde à une question qui n'est pas posée : elle peut notamment, dans la solution, glisser des visas ou des formules au domaine d'application plus large que la stricte question posée. Le commentaire ne réside alors plus dans la seule critique de la solution apportée pour résoudre le problème de droit, mais dans le fait de comprendre pourquoi la Cour de cassation a été au-delà de la question qui lui était posée (solution de facilité, erreur, prétexte saisi pour statuer dans un autre domaine ?). Pour éviter de tomber dans ce piège, il faut donc bien analyser les arguments des uns et des autres, et déterminer si la Cour de cassation répond à la question qu'on lui pose, et si elle y répond correctement.

La formulation du problème de droit peut faire difficulté. On peut formuler simplement ce problème : "Cet arrêt pose la question de l'appartenance des chiens à la condition de meuble ou à celle d'être vivant". On peut aussi tourner la phrase ainsi : "Meuble, être vivant, à quelle thèse la Cour choisira-t-elle de donner sa préférence ?"

Dans un même arrêt, on peut trouver un ou plusieurs problèmes de droit.

S'ils sont tous d'égale importance et s'ils concernent tous le sujet traité en travaux dirigés ou dans le programme de l'examen, il faudra les traiter séparément, si possible dans des parties distinctes. Il arrive souvent qu'ils n'aient pas tous la même importance ; il ne faudra alors retenir pour le commentaire que le point principal, mais sans oublier de signaler dans l'introduction la présence de points annexes en indiquant qu'ils seront volontairement laissés de côté. On procédera de la même manière dans les hypothèses où un problème ne concerne pas directement la séance ou le thème, mais toujours en le mentionnant dans son introduction.

H. Solution de l'arrêt :

Il faut commencer par faire état de la solution brute (le dispositif), c'est-à-dire indiquer si le pourvoi est rejeté, ou accueilli, auquel cas la Cour casse et renvoie devant une autre juridiction.

Il faudra ensuite se livrer à une analyse « objective » de l'arrêt où on va ensuite présenter les grandes lignes de l'argumentation développée par la Cour de cassation, en respectant fidèlement les termes employés par elle.

Puis va venir l'analyse « subjective » où le commentateur va évaluer la décision en ajoutant des éléments qui ne figurent pas nécessairement dans la décision : c'est la partie « critique » (au sens où on va *discuter* la valeur de la décision).

Sans déflorer le contenu du commentaire, il faut arriver à dégager les grandes idées qui seront développées et articuler leur expression autour de deux parties qui formeront l'armature du devoir.

Ex : La Cour de cassation refuse de considérer un chien comme un être vivant et le range dans la catégorie des meubles. On peut estimer que l'arrêt se range dans une application stricte des catégories définies par le Code civil et qu'il illustre par-là l'étroitesse de ces catégories. On pourra donc trouver "La stricte application du Code civil" dans une première partie, et "L'étroitesse des catégories définies par le Code civil" dans une seconde partie.

Après voir en quelques phrases donné le ton de son commentaire et montré l'enchaînement de ses idées de la solution au commentaire, il faut annoncer son plan.

Ou on choisit le classicisme en écrivant "nous verrons dans une première partie... et dans une seconde...", ou on se permet d'annoncer plus discrètement son plan "cet arrêt nous montre que les juges ont entendu faire des catégories définies par le Code civil une stricte application (I) : par la même, l'arrêt illustre bien l'étroitesse des catégories du Code civil et le caractère inéluctable de la solution retenue (II). Au choix, en fonction de son inspiration et du sujet à traiter...

Voilà, le plus dur est fait, puisqu'on ne peut rédiger son introduction qu'une fois le plan du devoir trouvé. Avant donc de se lancer dans la rédaction définitive de l'introduction, il faut d'abord prendre son temps pour trouver un plan solide, qui colle étroitement à l'arrêt et permette ainsi de mieux le comprendre. Le jour de l'examen, il est bon d'avoir achevé son introduction au propre avant 1 h 30 au maximum (moitié du temps). Mieux vaut un devoir court mais sans délayage, avec une introduction soignée, qu'un roman avec une introduction bâclée.

§. 2. Le plan du commentaire d'arrêt :

En présence de plusieurs problèmes juridiques intéressant le thème de la séance et/ou le programme de l'année, on consacrerà une partie à chaque problème. Il faut rappeler que lorsqu'un problème juridique ne fera pas l'objet de commentaires particuliers, il conviendra de l'évacuer dans l'introduction après s'en être expliqué.

En présence d'un problème juridique (ou pour chaque problème juridique), on pourra suivre la méthode suivante. La première partie *exposera* la solution commentée de manière neutre et la seconde partie critiquera la solution en réfléchissant sur ses implications juridiques, pratiques ou morales, soit :

- I. Apport de la solution (premier degré de lecture *objectif*) :
 - A. Situation du problème juridique (**contextualisation**)
 - B. Situation de l'arrêt par rapport à ce problème (**analyse**)
- II. Critique de la solution (en bien et en mal) (**critique**)

La partie critique (II) peut se présenter de différentes façons :

- soit on critique de manière manichéenne (A. Positive (oui) ; B. Négative (mais)) ;
- soit on découpe les critiques (A. Critique du premier point B. Critique du deuxième point)
- soit on distingue différents niveaux de critiques (A. Fondement ; B. Effets)

Le choix d'un plan d'idée n'est pas déconseillé mais il est sans doute préférable de commencer l'année simplement avant de finir de manière plus compliquée. On peut d'ailleurs passer du plan "bateau" au plan d'idée en faisant remonter la partie critique (II) comme plan global de commentaire et en faisant de chacun des paragraphes de ce II afin qu'ils constituent les parties du commentaire. Quelle que soit l'approche du commentaire, il convient de garder à l'esprit que tout bon commentaire présuppose le respect d'un ordre logique d'exposé :

- 1/ Il y a un texte
- 2/ Ce texte se trouve confronté à une situation qu'il n'avait pas directement prévue
- 3/ Il y a plusieurs moyens pour adapter le texte à ces situations
- 4/ Le choix de l'un de ces moyens dépend des objectifs poursuivis par la technique concernée et des enjeux propres à la matière