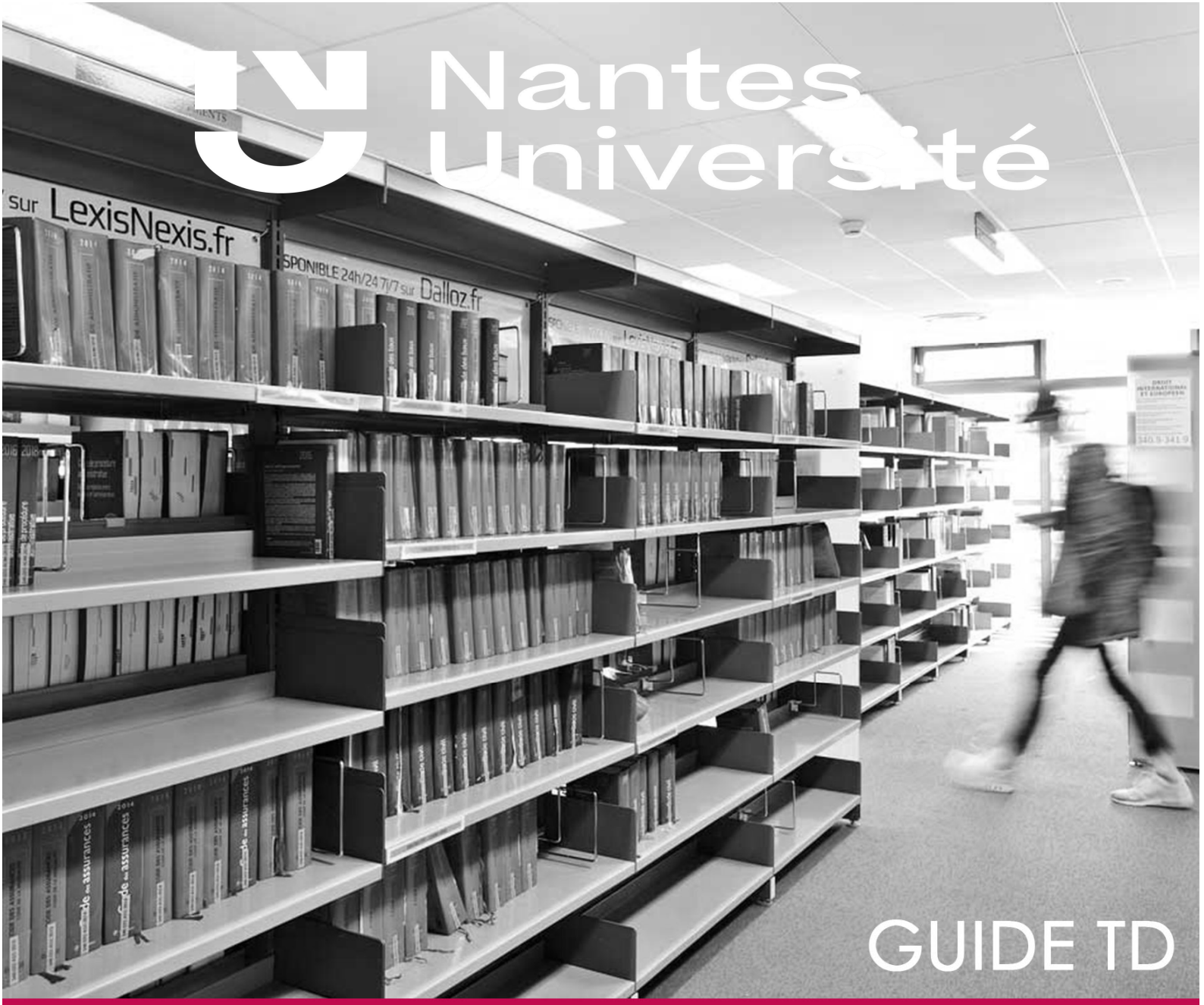
Nantes Université



GUIDE TD

LICENCE DE DROIT

Repères méthodologiques pour les exercices juridiques

Faculté de droit
et des sciences politiques
Pôle Sociétés

Nantes Université

Ce guide – qui ne saurait se substituer aux orientations choisies par l'enseignant – propose quelques règles de base relatives à chacun des quatre exercices auxquels les étudiants sont soumis en licence.

1) Commentaire de texte
2) Fiche d'arrêt (et amorce du commentaire d'arrêt)
3) Dissertation
4) Cas pratique

L'acquisition de ces compétences méthodologiques est assurée notamment dans le cadre des travaux dirigés.

Il appartient à chaque enseignant d'envisager avec son équipe pédagogique la mise en œuvre de ces éléments de méthodologie, lesquels peuvent être complétés, détaillés ou modifiés.

Ce guide est à l'usage des chargés de TD, des tuteurs intervenant en L1 et des étudiants de L1.

SOMMAIRE

COMMENTAIRE DE TEXTE

4 Méthode

7 Exemple de commentaire - Histoire politique et constitutionnelle

FICHE D'ARRÊT

14 Méthode

16 Exemple de fiche d'arrêt - Introduction au droit privé et au droit des personnes

COMMENTAIRE D'ARRÊT - *amorce*

18 Méthode

DISSERTATION

20 Méthode

23 Exemple 1 - Droit constitutionnel

25 Exemple 2 - Droit de la famille

CAS PRATIQUE

28 Méthode

30 Exemple de cas pratique - Droit de la famille

COMMENTAIRE DE TEXTE

COMPÉTENCES À ACQUÉRIR

comprendre et analyser un texte : article de doctrine, article du Code civil, texte de loi, discours, presse ...

LA PHASE DE PRÉPARATION

1. **Lectures attentives** (plusieurs fois) du texte pour identifier la nature, le thème général et l'intérêt du texte. En Histoire du droit et Droit constitutionnel, il est important d'identifier le contexte direct et le régime politique.
2. **Dégager toutes les idées importantes** développées par l'auteur. Par exemple, pour un article de code, il s'agit de relever les notions essentielles contenues dans l'article ; un principe / une exception ; le contexte jurisprudentiel, etc
3. **« Tirer les fils »,** ce qui signifie :
   - Apporter des connaissances
   - Réfléchir aux apports du texte, à son enjeu, son opportunité ...
   - S'agissant d'un article de code ou de loi, recenser les informations importantes dans le code, en utilisant l'index. Il est donc important que pendant les séances de TD, les étudiants soient invités à travailler avec le code.
4. **Identifier les axes majeurs.**
5. **Formuler la problématique :** il s'agit, à partir des idées principales du texte d'identifier la question centrale à laquelle le plan a pour rôle de répondre.
6. **Construire le plan.**

Quelques écueils à éviter !
- Si l'étudiant omet l'étape 2 il effectue une dissertation à la place d'un commentaire.
- Si l'étudiant omet l'étape 3, il effectue de la paraphrase, c'est à dire qu'il n'apporte rien au texte.

L'art du commentaire est d'ajouter au texte, sans oublier le texte. Il faut savoir exposer ses connaissances eu égard au texte et au contexte (et non pas de manière abstraite, vague et générale donc imprécise).

Par conséquent, **il convient de citer le texte** (s'efforcer de citer le texte permet de ne pas l'oublier).

LA CONSTRUCTION DU PLAN

Le plan binaire s'avère souvent préférable (2 parties et 2 sous-parties) même si des exceptions sont admises, à condition qu'elles soient justifiées par une situation particulière. Ce plan est construit autour des grandes règles (ou idées) et axes majeurs énoncés dans le texte.

Lorsque le texte permet de dégager deux axes majeurs, d'importance équivalente, ceux-ci peuvent constituer les deux parties du plan.

Notons que, souvent, le plan repose sur l'existence d'une (voire plusieurs) thématiques, pouvant être présentées au travers de deux axes majeurs (ou de deux thèmes).

Piège à éviter !
Lorsque le texte comprend plusieurs paragraphes, est mauvais le plan qui contiendrait autant de parties que de paragraphes du texte.

La formulation des intitulés du plan :
- pas de phrases (en principe)
- pas de verbes conjugués
- des titres courts, explicites et qualificatifs
- éviter les points de suspension

L'INTRODUCTION

L'introduction suppose 4 apports :

1. **Amener le sujet** : l'objectif est de susciter l'intérêt du lecteur. Pour cela, débuter le devoir par un constat, un fait tiré de l'actualité, un paradoxe, une citation, ou une contextualisation constitue un bon moyen.

> **Attention** : il faut que cette entrée en matière ait un rapport direct avec le sujet (éviter les banalités, les platitudes ou remarques de « comptoir », les tautologies et autres propos que n'importe quelle personne, non juriste, pourrait proférer).

L'INTRODUCTION (SUITE)

2. **Présenter le sujet** : en l'occurrence, il s'agit d'évoquer l'auteur, la date, le type de texte, son contexte et la thématique centrale.

> **Veiller à définir précisément la notion** ou la thématique principale du texte à commenter : cela permet de bien poser le sujet et de mieux diriger les développements ultérieurs. Lorsqu'il s'agit de commenter l'article d'un code, mentionner la localisation dans cet ouvrage (article situé dans quel livre, chapitre, section ou titre du code ? position de cet article par rapport à d'autres très connus ou auxquels il sera fait référence ensuite, article isolé ou inséré parmi beaucoup d'autres sur le même sujet), la date de codification, l'objet du code et celui de l'article.

3. Présenter l'**intérêt du texte** et **poser la problématique**.

4. **Annoncer le plan** : cette annonce doit permettre de **répondre à la question posée** (la problématique).

LA RÉDACTION

- Prévoir systématiquement des « chapeaux » introductifs (ou annonces de ce qui va suivre) et des transitions entre les parties et sous parties ;
- Faire expressément référence au texte commenté en le citant, et en plaçant les extraits du texte entre guillemets si nécessaire (attention, s'il est judicieux de citer 2, 3 lignes, ne jamais reproduire plus de 10 lignes) ;
- Veiller à ne pas s'éloigner du texte au risque d'effectuer une dissertation.

EXEMPLE DE COMMENTAIRE en Histoire politique et constitutionnelle

TEXTE

« […] on prétend que l'Adresse offense la prérogative royale ; qu'elle renferme une sommation au Roi de renvoyer son ministère ! Non, Messieurs, ce n'est ni le langage ni la pensée de l'Adresse.

Loin d'être menacée dans aucune de ses parties, l'intégrité de la prérogative royale est proclamée, dans l'intérêt propre des citoyens, comme la plus sûre garantie de leurs libertés, qui en sont inséparables.

Mais ces libertés elles-mêmes, qui sont des droits pour la nation, imposent des devoirs spéciaux aux députés des départements. Ces libertés sont placées aussi sous votre surveillance et votre protection ; vous avez le droit de les alléguer au pied du trône, le droit de dire au Roi la vérité, le droit de parler au nom du pays, que vous représentez, comme parlerait le pays lui-même, avec respect, mais avec sincérité.

Or cette vérité, quelle est-elle ? Il faut bien le dire : Au milieu du respect et du dévouement universel des citoyens, il existe une vive inquiétude qui trouble la sécurité du pays, et qui, si elle était prolongée, pourrait compromettre son repos. Cette inquiétude a sa source dans la défiance injuste que l'administration actuelle2 nourrit contre la France, et dans la défiance réciproque que la France a conçue contre les hommes à qui cette administration est actuellement confiée.

[…] nous nous sommes attachés aux principes du gouvernement constitutionnel. Il fait du concours politique des deux chambres avec le ministère la condition indispensable de la marche régulière des affaires. On accepte, vous a-t-on dit, les formes de ce gouvernement : il faut donc en subir les conséquences. C'est un gouvernement d'accord et de majorité.

Mais, nous dit-on, vous gênez la prérogative en demandant ou le renvoi des ministres ou la dissolution de la Chambre. Et ici sont venus se placer les mots de sommation faite au Roi…, que j'ai déjà relevés. Je réponds que tels n'ont été ni l'intention ni le langage de l'Adresse. On ne porte pas atteinte à la liberté du Roi ; on déclare le fait, et l'on s'en remet à sa haute sagesse du soin de remédier au mal ».

Charles DUPIN, Mémoires de M. Dupin, Tome II, Paris, Plon, 1856, p. 122-124
(Récit de la séance du 15 mars 1830 à la Chambre des députés reproduit par l'auteur d'après le journal le Constitutionnel du 16 mars)

INTRODUCTION

Phrase d'accroche (au choix) :

1 / « Le Roi règne, les ministres gouvernent, les Chambres jugent. Dès que le mal gouverner commence, le Roi ou les Chambres renversent le ministère qui gouverne mal et les Chambres offrent leur majorité comme liste de candidats ». Cette idée, formulée par Adolphe Thiers dans un article anonyme publié le 20 janvier 1830 dans Le National sous le titre « Du gouvernement par les Chambres », condense un des enjeux doctrinaux majeurs de la Restauration.

2 / Dans son essai La Monarchie selon la Charte, publié en 1816, l'écrivain ultra François-René Chateaubriand écrivait que « le ministère doit sortir de la majorité de la Chambre des députés, puisque les députés sont les principaux organes de l'opinion publique ».

Nature du texte (auteur, nature politique et/ou juridique) :

Le texte est extrait des Mémoires rédigées par Charles Dupin (1784-1873), député modéré depuis 1827, c'est-à-dire « constitutionnel » (en opposition aux ultra-royalistes). Rédigé sous le second Empire, plus de 15 ans après les faits, il s'agit d'un texte de nature politique puisqu'il est en l'occurrence la simple reproduction de l'intervention du député à la Chambre le 15 mars 1830, relatée d'après le journal Le Constitutionnel (journal crée pendant les Cent jours, il est l'organe du libéralisme politique). Dans cette intervention politique, Dupin défend juridiquement (ou constitutionnellement) le régime parlementaire alors que le texte même de la Charte de 1814 était resté muet sur ce point.

Contexte (passer du contexte large au contexte étroit pour arriver à la problématique) :

1 / Contexte large :

Le texte se situe dans le contexte de la Restauration monarchique après la chute de l'Empire. En avril 1814, après avoir voté la déchéance de l'Empereur, le Sénat, composé d'anciens révolutionnaires, appelle le frère de Louis XVI au trône mais en tachant d'imposer une monarchie limitée. Le projet de constitution sénatoriale du 6 avril 1814 tente de sauvegarder les acquis de la Révolution sur deux points : la garantie des droits (inscrits dans la Constitution) qui forment le libéralisme juridique ; une Chambre élue (dans le cadre d'un bicaméralisme à l'anglaise) ayant avec le roi l'initiative de la loi puisqu'elle représente la nation. Le Comte de Provence (futur Louis XVIII) refuse ce projet qui fait la part trop belle aux idéaux de 1789 par la Déclaration de Saint-Ouen du 2 mai 1814. Mais il est contraint d'octroyer une constitution libérale comme en témoigne le mot même de Charte qui sous-entend l'octroi de libertés. La Charte du 4 juin 1814 instaure ainsi une monarchie limitée. La souveraineté est bien monarchique mais les prérogatives royales sont freinées par un bicaméralisme à l'anglaise (chambre aristocratique nommée et chambre des députés des départements élue). Dans la pratique, les députés vont forcer le Roi – qui y consent – à une relecture parlementaire de la Charte. Comme l'exprime Chateaubriand, le parlementarisme est le fait que le gouvernement sort de la majorité de la chambre élue. Dès lors cette chambre peut exprimer sa défiance à l'égard d'un gouvernement qui ne refléterait pas la majorité. A compter de 1821, elle s'y emploie par le biais de l'adresse autour de laquelle tout le texte à commenter s'organise. L'adresse est la réponse des députés au discours annuel du trône devant les chambres. Elle est votée et débattue comme le sont les lois et, pour cette raison, elle devient la principale arme des députés pour imposer au souverain le principe du gouvernement parlementaire.

2 / Contexte étroit :

Charles X lui-même, qui est pourtant acquis aux idées des ultra-royalistes et n'entend rien concéder aux idéaux révolutionnaires, accepte ce jeu du parlementarisme après la dissolution manquée de l'hiver 1827. Il nomme Martignac, un constitutionnel, principal ministre en janvier 1828. Mais ce dernier démissionne en 1829 du fait, notamment, de sa mésentente avec le Roi.

Charles X tente alors de rompre avec le parlementarisme. Il nomme Polignac, un ultra, principal ministre, pour constituer le nouveau gouvernement. Sachant que la chambre des députés peut être hostile à ce gouvernement extra-parlementaire, Charles X, le 2 mars 1830, prononce un discours du trône menaçant. Il rappelle qu'il est seul souverain et tient de la Charte le droit de dissoudre, voire de recourir aux ordonnances pour la sûreté de l'Etat : « Si de coupables manoeuvres suscitaient à mon gouvernement des obstacles que je ne veux pas prévoir, je trouverais la force pour les surmonter ». La Chambre des députés, majoritairement composée de députés « constitutionnels » hostiles au gouvernement Polignac, débat en réponse du texte de l'Adresse (les 15 et 16 mars). Elle sera présentée au roi le 18 mars, sous le nom d'Adresse des 221 (nombre des députés qui l'ont voté). Dupin est un de ces 221 ; il est même le rapporteur de cette Adresse, ce qui explique sa prise de parole pour en expliciter la teneur.

Problématique (quels sont les problèmes juridiques soulevés par le texte ?) :

La Charte de 1814 peut-elle, comme le souhaite Charles Dupin, faire l'objet d'une (re)lecture en faveur d'un régime parlementaire ?

Annonce du plan (répond obligatoirement et logiquement à la problématique) :

Pour l'auteur, la Charte doit faire l'objet d'une telle lecture dans la mesure où, d'une part, le régime parlementaire ne contredirait pas la souveraineté monarchique (1ère partie) et dans la mesure où, d'autre part, la monarchie limitée de la Charte sous-entendrait que le gouvernement fût issu des chambres (2ème partie).

PLAN

I – Concilier la souveraineté monarchique et la représentation nationale

Aux lignes 1 à 11 du texte (puis aux lignes 22 à 26) Charles Dupin, en réponse au ministre du gouvernement qui estime que l'adresse porte atteinte à la souveraineté monarchique, s'efforce au contraire de démontrer que cette prérogative des députés ne la remet nullement en cause (A). Seulement si le Roi est souverain du fait de la Charte ou de la tradition, sa souveraineté est limitée : il doit entendre les représentants élus de la nation (B). Ici, Dupin s'efforce de concilier deux héritages contradictoires : ceux de l'Ancien Régime (souveraineté monarchique) et ceux de la Révolution (représentation nationale élue).

A – La souveraineté royale préservée

Dès la première ligne du texte il est question de la controverse entre Dupin et le ministre du gouvernement Polignac au sujet de l'Adresse dans ses rapports avec la souveraineté monarchique. Pour Guernon de Ranville, dont on peut penser qu'il parle comme parlerait Charles X lui-même, l'Adresse hostile au gouvernement porte atteinte à la souveraineté que le roi tient de la Charte, en le contraignant à un choix imposé. D'abord parce qu'elle contraindrait le roi à choisir un gouvernement issu de la majorité parlementaire alors que l'article 13 de la Constitution dispose qu'à lui « seul appartient la puissance exécutive » et que l'article 14 prévoit qu'il « nomme à tous les emplois d'administration publique » (ce dont on peut déduire qu'il nomme librement les ministres) : ces deux articles sont contenus dans l'intitulé « Formes du gouvernement du roi » (il en découlerait que seul le Roi, qui nomme les ministres, peut les contraindre à quitter leur fonction pour un simple motif de désaccord politique). Ensuite parce qu'une adresse hostile contraindrait le Roi à dissoudre la Chambre, prérogative qu'il tient de l'article 50 de la Charte, s'il souhaitait maintenir son gouvernement.

Or Dupin répond que ces pouvoirs (la « prérogative royale ») ne sont aucunement remis en cause par l'adresse. Au contraire. Le député « constitutionnel » insiste même sur la reconnaissance de la souveraineté royale pleine et entière qu'exprime l'adresse qui, à l'origine, est bien un acte d'allégeance des députés au Roi de France. La souveraineté royale est pour Dupin la première garantie de la liberté des citoyens (vocabulaire révolutionnaire : si Dupin était ultra royaliste, il aurait parlé des sujets du Roi). Les libertés sont garanties par la préservation de la souveraineté royale. Ici Dupin fait appel à la « constitution libérale » qu'avait promise Louis XVIII et qu'il a octroyée avec la Charte (la logique de l'octroi n'est donc pas remise en cause). Le député prend au sérieux notamment le Préambule de la Charte : ce sont les Bourbons qui ont proclamé et garanti les libertés depuis au moins la féodalité. Il prend surtout très au sérieux le Titre I de la Charte intitulé « Droit public des Français », où le Roi octroie et donc garantit les principales libertés des citoyens. Comme les constitutions révolutionnaires, la Charte proclame d'abord les droits des citoyens sous forme de libertés et les place sous la sauvegarde du souverain. Pour Dupin, il n'y a donc pas contradiction entre souveraineté monarchique et héritage révolutionnaire des droits posés au fondement du politique et/ou du droit constitutionnel. Mais ces droits/libertés, conformément à la tradition révolutionnaire, sont aussi sous la sauvegarde des élus de la nation : la souveraineté royale est conciliable avec la représentation nationale.

B – La représentation nationale défendue

Aux lignes 7 à 11 du texte, Dupin réinterprète la Charte dans le sens des idéaux révolutionnaires. Il est évident que son point de vue est ici subjectif et qu'il prend de grandes libertés eu égard au texte même de la Charte. Pour Dupin, non seulement les députés parlent au nom du « pays » parce qu'ils représenteraient la nation mais, en outre, les droits et/ou libertés consacrés par la Charte seraient de ce fait sous leur « surveillance » ou leur « protection ». Une telle lecture doit bien plus à l'héritage de 1789 qu'elle n'est fidèle à la lettre de la Charte. Dupin s'inscrit dans la filiation du 17 juin 1789, jour où les membres du Tiers-Etat, au motif qu'ils étaient élus par 96 centième de la nation, prétendaient représenter la nation. Or, représenter la nation, c'est garantir et défendre les droits de l'homme et du citoyen qui vont être solennellement proclamés au fondement du droit constitutionnel le 26 août 1789. Cette nation représentative, héritage de la tradition révolutionnaire, serait donc en droit de formuler au roi souverain si les libertés et/ou les droits sont bafoués par le gouvernement. N'y a-t-il pas là le risque d'une confrontation entre deux souverainetés ? Bien que Dupin ne puisse parler de souveraineté nationale en présence de la souveraineté royale qu'il vient de défendre, il en défend pour partie l'idée. Une telle relecture ne peut se déduire du texte même de la Charte qui ne donne aucun autre pouvoir à la chambre des députés que de voter les lois dont le Roi a seul l'initiative. De plus, toujours dans le texte de la Charte, le titre des membres de la chambre basse est explicite : Chambre des députés des départements. Les députés n'ont pas vocation à représenter la Nation dans son unité (seul le roi le peut), mais des territoires dans leur spécificité (circonscriptions territoriales).

La question du mode de suffrage hypothèque en outre le point de vue de Dupin. L'élection ne suffit pas à elle seule à représenter la nation. Certes la Constitution de 1791 instaurait un suffrage censitaire. Mais le suffrage censitaire retenu par la Charte de 1814 (article 40 : trois cent francs) retient volontairement un cens très élevé précisément pour que les députés ne représentent qu'un corps électoral très restreint et non pas la nation (et encore moins le peuple). La Charte consacre volontairement une scission entre le pays légal très minoritaire et le pays réel, majoritaire et non représenté. Qui plus est les députés ne sont même pas élus par un corps électoral homogène, représentatif qu'une nation uniforme. En mars 1830, les élections sont régies par la loi très réactionnaire (votée sous Villèle pour conforter sa majorité) du 9 juin 1824. Non seulement elle prévoit un mandat porté à sept ans (contre cinq ans prévu par la Charte) en vue de couper les élus de la nation mais en outre elle reconduit le mode de désignation des députés organisé par la loi électorale du 29 juin 1820. A savoir que les collèges d'arrondissement élisent 258 députés tandis que ceux de département en élisent 172 ; à savoir surtout que, pour chaque collège, le quart le plus imposé des électeurs vote deux fois (système du « double vote »). Une telle chambre des députés peut-elle raisonnablement prétendre représenter la nation ?

II – Contraindre le Roi à composer avec la majorité parlementaire

Aux lignes 12 à 21 du texte, Dupin soutient l'idée exprimée par Thiers selon laquelle le Roi règne mais ne gouverne pas. Pour ce faire il doit à nouveau réinterpréter la Charte, voire en déformer le sens puisqu'il prétend que, par principe constitutionnel le gouvernement doit être issu de la majorité parlementaire (A : lignes 18 à 21). Si le Roi méconnaît ces « principes du gouvernement constitutionnel », c'est-à-dire s'il fait fi des élections, le « mal gouverner » menace le repos du pays (B : lignes 12 à 17).

A – Accepter que l'arbitrage électoral fonde le « gouvernement constitutionnel »

Dupin, à l'instar de la majorité des « constitutionnels » et/ou des libéraux de la Restauration, entend que la monarchie française s'inspire du modèle anglais d'un roi en retrait (il règne) et où le gouvernement reflète la majorité parlementaire. Ce qu'il qualifie de « gouvernement constitutionnel » pour forcer sa démonstration ne figure pourtant pas dans la Charte. En effet, le « concours politique » entre les chambres et le gouvernement suppose que, si le gouvernement devient minoritaire, les chambres puissent exprimer leur défiance (c'est tout l'objet de l'adresse) et engager la responsabilité politique dudit gouvernement. C'est ce que souligne Dupin à l'endroit du ministre par l'expression « il faut donc en subir les conséquences ». Dupin déforme donc sciemment le sens de la Charte. Selon la lettre de cette dernière, le Roi étant inviolable et sacré, « ses ministres sont responsables » (art. 13). Mais cette responsabilité n'était en 1814 qu'une responsabilité pénale et non une responsabilité politique. En outre elle ne joue que devant la chambre haute et non devant la chambre basse. En témoigne l'article 33 de la Charte qui dispose que « la Chambre des pairs connaît des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'Etat qui seront définis par la loi ».

C'est précisément eu égard à la Chambre des pairs que la démonstration de Dupin pèche le plus. En effet, redoutant l'opposition éventuelle d'une chambre élue (la chambre des députés), la Charte avait pris soin, pour la contrebalancer, d'instituer une chambre aristocratique. La Chambre des pairs figure d'ailleurs avant la Chambre des députés dans la Charte. Cet ordre ne doit rien au hasard. Le Roi doit pouvoir prendre appui sur les pairs qu'il nomme à volonté (principe des « fournées de pairs » pour conserver la majorité dans cette chambre). Il propose au choix ses projets de loi devant la chambre haute ou la chambre basse. Lorsque, selon Dupin, le ministre ultra Guernon de Ranville dit accepter le « concours politique des deux chambres avec le ministère » il est évident que ce dernier songe à la Chambre des pairs où le gouvernement Polignac est majoritaire. L' « accord » et la « majorité » existent bien devant une des deux chambres (celle des Pairs), ce que tait volontairement Dupin qui, à la vérité, accorde la prééminence à la chambre élue lorsqu'il parle du « gouvernement constitutionnel »

En concentrant son attention sur un gouvernement comme fruit des élections, l'intervention de Dupin vise à exclure le Roi du gouvernement. En effet, si les prérogatives royales ne sont pas contestées, les propos de Dupin aboutissent à réduire le rôle politique du Roi. Or selon la lettre de la Charte, le Roi fait partie intégrante du gouvernement. Plus encore, il en serait l'élément principal. En effet, les articles de la Charte relatifs à la fonction exécutive sont réunis dans le titre « Formes du gouvernement du roi ». Il n'y aurait de gouvernement sans le Roi. Pour leur part, les ministres seraient dans une pleine dépendance vis-à-vis du Roi : ils sont nommés et révoqués par le Roi en tant que premiers fonctionnaires de l'État. Ils relèvent de l'administration. L'ambiguïté de Dupin est perceptible : il recourt à ce terme « administration », sans lui attacher la signification institutionnelle.

Selon celle-ci, les ministres auraient des fonctions réduites : ils n'auraient qu'un rôle de conseillers et d'exécutants des volontés royales (Lorsqu'ils apportent aux actes royaux leur contreseing qu'ils ne peuvent refuser, les ministres ne font qu'authentifier la volonté royale). Cependant, le terme « administration » dans la voix de Dupin permet de distinguer nettement le Roi et la formation ministérielle, tout en respectant la terminologie employée dans la Charte.

Cette distinction n'est pas une création de Dupin. Le détachement du Roi du gouvernement, à l'image du modèle anglais, s'est opéré progressivement dans la pratique institutionnelle dès les débuts de la seconde Restauration. Parmi les principaux marqueurs de cette évolution coutumière, l'apparition de la fonction de Président du Conseil ou l'apparition d'un Gouvernement en tant qu'entité collective. Pourtant, Charles X s'oppose à cette évolution institutionnelle, pour revenir à une mise en œuvre plus littérale de la Charte.

Dupin évoque le spectre d'une révolution, mais de manière indirecte : « vive inquiétude qui trouble la sécurité du pays ». Ce propos viserait à éviter une dégradation de la crise politique. Or seul le Roi peut apporter un remède mais à la condition, comme le souhaite Dupin, qu'il reconnaisse la légitimité de députés représentatifs de la nation sur le fondement de leur élection.

B – Refuser l'arbitrage électoral risque de troubler le repos du pays

C'est aux lignes 12 à 17 que Charles Dupin fait le plus preuve de mauvaise foi eu égard au non-respect supposé des principes du « gouvernement constitutionnel » par le Roi. En effet, si le gouvernement Polignac (« l'administration actuelle ») est supposé nourrir une « défiance injuste » contre la France, c'est tout simplement parce que ce gouvernement, pourtant majoritaire à la Chambre des pairs, ne reflèterait pas la majorité « constitutionnelle » élue à la Chambre des députés. La France est en l'occurrence celle de la bourgeoisie parlementaire élue au suffrage censitaire strict, et qui déclenche une campagne de presse très hostile à Polignac à compter de sa nomination par Charles X. Parce qu'ils sont élus, les députés sont censés être la voix du pays ou de la France ; en un mot leur légitimité est supérieure à celle de Pairs nommés suivant la tradition révolutionnaire d'une nation qui s'exprimerait par le biais de ses élus. C'est ce qu'entend Dupin lorsqu'il parle de « défiance de la France » contre les ministres du gouvernement Polignac. Pour notre auteur, Charles X aurait dû se plier au verdict des élections de novembre 1827 (après la dissolution en soutien de Villèle) comme il le fit une première fois en nommant le « constitutionnel » Martignac principal ministre en janvier 1828. Ne pas respecter le suffrage, c'est nier que les députés soient représentants de la nation qu'ils expriment ; c'est bafouer cette liberté politique essentielle qu'est le droit de vote ; c'est pour Dupin potentiellement menacer les libertés puisqu'elles sont censées être placées sous la sauvegarde des élus.

Conclusion :

Dissolution de la Chambre. Nouvel échec électoral pour le Roi et son gouvernement.
Recours aux ordonnances pour la sûreté de l'Etat. Révolution de 1830 et révision de la Charte.

FICHE D'ARRÊT

OBJET DE L'EXERCICE

La fiche d'arrêt (ou de jugement) consiste à **synthétiser les informations contenues dans une décision de justice** et à les **classer selon un plan** (rubriques), toujours le même. C'est en effet à partir du contenu de la fiche qu'il est possible de réaliser l'analyse puis le commentaire d'un arrêt ou d'un jugement. La fiche d'arrêt est le **cœur de l'introduction du commentaire d'arrêt** (dont la méthodologie sera approfondie en 2ème année de Licence).

LA PHASE DE PRÉPARATION

Avant de se lancer, **au moins deux lectures** très attentives de la décision sont à réaliser pour bien **identifier la décision et sa structure.**

LE PLAN

1. **L'identification de la décision :**
   - **type de juridiction qui a rendu la décision** (ex : Cour d'appel de Paris ; 1ère chambre civile de la Cour de cassation…)
   - **date de cette décision :** important puisque les juges statuent en principe en fonction des règles de droit en vigueur à cette date (et non au jour où l'étudiant réalise la fiche)
   - **domaine juridique dans lequel la décision s'inscrit**
   - si c'est un arrêt de la Cour de cassation, indiquer s'il s'agit d'un arrêt de rejet ou de cassation, d'un arrêt d'espèce ou de principe.

2. **Les faits :**
   - **résumer les faits** à l'origine du litige de manière chronologique et en utilisant les qualifications juridiques idoines
   - à la fin de l'exposé des faits, préciser laquelle des deux parties agit en justice et à quelle fin

3. **La procédure :**

> **retracer les étapes du déroulement du procès** en n'ajoutant ni n'omettant aucun élément :

En 1ère instance : qui est demandeur, qui est défendeur, quels arguments (de fait et de droit) ont été développés par chaque partie au procès, qui a gagné, autrement dit quelle est la solution de la juridiction

Qui a interjeté appel? Qui est intimé, quels arguments (de fait et de droit) ont été développés par chaque partie au procès, qui a gagné (l'arrêt est confirmatif ou infirmatif)

Qui s'est pourvu en cassation? qui est le défendeur, quels arguments (de droit) ont été développés par chaque partie au procès, quel est le sens de la décision (cassation ou rejet)

> Il faut en particulier **reconstituer le raisonnement adopté par la juridiction qui a statué avant celle dont l'arrêt est analysé** (juridiction de 1ère instance s'il s'agit de faire la fiche d'un arrêt de cour d'appel, cour d'appel s'il s'agit d'analyser un arrêt de la Cour de cassation). **Énoncer également les arguments invoqués par les parties pour critiquer la décision qui leur fait grief.**

4. Le(s) problème(s) de droit(s) posé(s) à la cour ou au tribunal

Le problème de droit est la **question juridique qui était posée à la juridiction** dont la décision fait l'objet de la fiche d'arrêt.
Pour trouver le ou les problèmes de droit, il faut **confronter les différentes thèses en présence**.

Par ex. pour un arrêt de la Cour de cassation: confronter les motifs de la décision de la cour d'appel avec la position développée par le pourvoi. Les deux thèses sont deux réponses contradictoires à une même question de droit qui est celle posée à la Cour de cassation.

> La formulation du problème de droit doit conduire à utiliser des termes abstraits du vocabulaire juridique. Elle doit présenter un certain degré de généralité.

> Lorsqu'il y a plusieurs « moyens » dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, c'est généralement qu'il y a plusieurs problèmes de droit.

5. La solution et les motifs :

- énoncer la réponse motivée apportée par les juges au problème juridique qui leur était posé (en évitant la paraphrase).
- **indiquer les motifs** par lesquels la juridiction justifie sa solution (visa, principe...).
- énoncer la décision formelle que la juridiction prend dans le « dispositif » du jugement ou de l'arrêt.

> Il peut être conseillé aux étudiants de lire le texte rédigé par J. - F. WEBER, président de chambre à la Cour de cassation : « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation en matière civile », disponible sur le site : www.courdecassation.fr

EXEMPLE DE FICHE D'ARRÊT EN INTRODUCTION AU DROIT PRIVÉ ET AU DROIT DES PERSONNES

ARRET :

Ass. plén., 31 mai 1991, n°90- 20105

La Cour ;

- Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le procureur général près la Cour de cassation: -

Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même code ;

Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (Paris, 1re ch. C, 15 juin 1990) que Mme X..., épouse de M. Y..., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y..., sans indication de filiation maternelle ; -

Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y..., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y... pratiquement depuis sa naissance ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; -

Par ces motifs, casse... mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi.

FICHE D'ARRET :

Identification/accroche : Dans un arrêt de principe en date du 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce sur la licéité des conventions dites de mère porteuse.

Faits : Pour remédier à la stérilité de leur couple, deux époux ont eu recours aux services d'une « mère porteuse ». L'enfant qui a été conçu par insémination artificielle avec le sperme du mari, a été déclaré comme né de l'époux sans mention de filiation maternelle. L'épouse a alors formé une demande en adoption plénière de l'enfant.

Procédure : Le tribunal de grande instance ayant rejeté sa demande, l'épouse a interjeté appel.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 15 juin 1990, infirme le jugement et prononce l'adoption plénière aux motifs que la maternité de substitution est licite en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs et non contraire à l'ordre public et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant qui a été accueilli et élevé au foyer des époux pratiquement depuis sa naissance.

Moyens du pourvoi : Le procureur général près la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi afin que la décision d'appel soit cassée.

Problème juridique : L'assemblée plénière de la Cour de cassation avait à répondre au problème de droit suivant : la convention de gestation pour autrui et l'adoption plénière par la mère d'intention en découlant sont-elles licites ?

Solution : La Haute juridiction répond par la négative et casse l'arrêt de la cour d'appel. Au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil, elle énonce en effet que la convention de gestation pour autrui est illicite car elle contrevient au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle en déduit que l'adoption plénière de l'enfant par la mère d'intention, ultime phase d'un processus d'ensemble illicite, constitue un détournement de l'institution d'adoption. Elle conclut qu'en prononçant une telle adoption, la cour d'appel a violé les articles précités du code civil.

COMPÉTENCES À ACQUÉRIR

Analyser de façon argumentée une décision de justice.

LES EXIGENCES AU FOND DU COMMENTAIRE

- **Procéder à une analyse de la solution,** c'est à dire une explication des termes juridiques, de manière compréhensible par tous, en complétant ce qui n'a été que suggéré entre les lignes.
- **Exposer la portée de l'arrêt**, c'est à dire apprécier la « force » de la solution (par rapport à la jurisprudence et la législation antérieures, éventuellement la jurisprudence postérieure)

La méthodologie de la fiche d'arrêt est un préalable à celle du commentaire d'arrêt (V. supra).

LA PHASE DE PRÉPARATION

- **Lectures attentives de l'arrêt**
- **Identification des informations** nécessaires à la constitution de la fiche d'arrêt ;
- **Inventaire des connaissances pertinentes ;**
- Construction du **plan**.

LA CONSTRUCTION DU PLAN

Il convient de privilégier un **plan binaire** (2 parties et 2 sous-parties).

Dans la phrase d'apprentissage de la méthodologie du commentaire d'arrêt, le plan peut simplement être construit autour de « la solution » et de « la portée » de l'arrêt.
Par la suite, il est préférable de privilégier un **plan construit à partir des sous-problèmes de droit** soulevés par l'arrêt.
Les **intitulés du plan** peuvent être formulés de **manière thématique** à partir du ou des problèmes de droit soulevés par l'espèce ; ils doivent se rapporter à l'arrêt.

L'INTRODUCTION

> Amener le sujet par une phrase d'accroche : présentation de la thématique et de l'arrêt en précisant toutes les références.

> Reprendre la fiche d'arrêt en la rédigeant selon la structure suivante :

1. **Exposé** :
   - des faits pertinents,
   - de la procédure (dans les différents degrés de l'instance, avec les solutions apportées en amont, en résumé) : veiller à reformuler et à **ne pas recopier l'arrêt** ;
   - les arguments de la partie n'ayant pas obtenu gain de cause (ex. la solution de la cour d'appel dans un arrêt de cassation et les moyens du pourvoi dans un arrêt de rejet) ;
2. **Le problème de droit**, c'est-à-dire la **question qui est posée à la Cour,** celle à laquelle elle répond le plus souvent (mais il arrive parfois qu'elle n'y réponde pas exactement : c'est le cas en cas de substitution de motifs ou en présence d'un *obiter dictum*, c'est rare, mais cela arrive).
   En conséquence, en présence d'un arrêt de cassation c'est la question qui ressort de la position de la cour d'appel et en présence d'un arrêt de rejet, elle résulte du moyen soulevé par le requérant.
   Il convient de **formuler le problème de droit** de manière abstraite et générale.
3. **Exposé de la solution** : reprise (neutre) sans paraphrase de la solution, en veillant à reprendre les termes importants. Ne pas oublier les visas ;
4. **Annonce de plan:** retenir un plan binaire (deux parties / deux sous-parties), en veillant à justifier le plan.

LA RÉDACTION

> Prévoir systématiquement des **« chapeaux » introductifs** et des **transitions** entre les parties et sous-parties ;

> S'appuyer sur l'arrêt en citant régulièrement des mots ou extraits d'une phrase de l'arrêt ;

> Justifier les affirmations en citant les textes de lois, la jurisprudence, les positions doctrinales... Cela évite le commentaire journalistique ou en opportunité, et assure un commentaire juridique.

Écueils à éviter

- Si on ne se rapporte pas à l'arrêt, on fait une dissertation ;
- Si on n'apporte pas de connaissances, on fait de la paraphrase ;
- Enfin, veiller à ne pas confondre les arguments du pourvoi et la solution de la juridiction.

> Il est inutile de formuler une conclusion à l'issue du commentaire d'arrêt.

COMPÉTENCES À ACQUÉRIR

Développer une argumentation juridique sur un sujet de réflexion.
La dissertation juridique est une démonstration. Elle a pour but de convaincre le lecteur de la justesse d'un raisonnement. Il convient surtout de ne pas ménager le « suspense » en droit (la réponse à la question centrale est donnée dès l'introduction).

LA PHASE DE PRÉPARATION

- **Lire attentivement la formulation du sujet.** Être attentif à chaque mot et à leur ordre, et les envisager à la fois séparément comme les uns par rapport aux autres ;
- **Identifier le ou les thèmes visés par le sujet ;**
- **Rassembler les connaissances** sur ce ou ces thèmes (attention : elles peuvent être éparpillées dans plusieurs parties du cours) !
- **Délimiter (circonscrire) le sujet** en sélectionnant les questions soulevées ;
- **Dégager une ou des idées forces ;**
- **Formuler la problématique**, c'est-à-dire la question centrale posée par le sujet -> question à laquelle votre plan a pour objet de répondre ;
- **Construire le plan**

LA CONSTRUCTION DU PLAN

Là encore, **le plan binaire** (2 parties et 2 sous-parties) construit autour des thèmes, des axes majeurs du sujet, s'avère le plus apprécié, sauf cas particulier. Le plan a pour but de **structurer les arguments** qui viennent au soutien de la démonstration. Il doit permettre de traiter l'ensemble du sujet, mais doit se limiter à l'étude du sujet.

Il n'existe pas un plan type de dissertation, mais **deux sortes de plan peuvent être identifiés** :

- Le **plan d'idées** qui met en valeur le sens de la démonstration en dégageant les deux idées directrices du sujet ;
- Le **plan technique** résultant d'un « découpage » de la matière (ex. : conditions / effets)

LA CONSTRUCTION DU PLAN suite

Il est possible de mêler les deux catégories de plan en retenant un plan d'idées pour les divisions principales (I / II) et un plan technique pour les sous-parties (A/B) ou l'inverse.

Il faut **éviter le plan thèse/antithèse/synthèse** ainsi que, sur un sujet de droit positif, le plan : I) Jurisprudence et II) doctrine, ou encore : I) la loi et II) la jurisprudence.
En présence d'un **sujet de comparaison** (ex. Mariage et PACS), il convient de proscrire le plan consistant à consacrer une partie à chaque élément du sujet (ex. I : Le mariage, II : Le PACS).

L'INTRODUCTION

Elle se compose au moins de quatre points :

1. **L'entrée en matière et la formulation du sujet :**
   L'objectif est de susciter l'intérêt du lecteur, et « d'amener » logiquement le sujet. Pour cela, il est possible de débuter par un constat, un fait tiré de l'actualité, un paradoxe, une citation.
   Attention : il faut que cette entrée en matière ait un réel rapport direct avec le sujet.
2. **La définition des termes du sujet :**
   Il s'agit de présenter le thème auquel se rapporte le sujet en explicitant tous les mots employés.
   Ce travail aide à délimiter le sujet et à convaincre de son intérêt. Ne pas oublier d'exposer les dimensions du sujet :
   - Dans le temps : aspects historiques, grandes lignes de l'évolution du sujet.
   - Dans l'espace : par quelques éléments de droit comparé, c'est-à-dire ce qui existe dans les régimes étrangers par rapport au sujet traité.
3. **Annoncer la problématique :**
   Elle consiste, à partir du sujet, à identifier l'idée centrale à laquelle le plan et la dissertation doivent répondre. Cela implique un **travail de reformulation du sujet**.
4. **Justification et annonce du plan :**
   Le plan sert à argumenter et logiquement, l'annonce de plan a pour objet de répondre à la problématique -> seules les deux parties (I. et II.) doivent être annoncées.

Remarque ! La problématique et le plan sont les éléments centraux de la dissertation. En leur absence, les exigences méthodologiques ne sont pas satisfaites.

LA RÉDACTION

- Prévoir systématiquement des **chapeaux introductifs** et des **transitions** entre les parties et sous-parties ;
- **Justifier les affirmations** en citant les textes de lois, la jurisprudence, les positions doctrinales…
- **Veiller à s'en tenir au sujet** et éviter les digressions inutiles ;
- Une conclusion n'est bienvenue que si elle achève le raisonnement. Elle ne doit pas exposer une idée essentielle, ni consister en un résumé de ce qui a déjà été dit, mais plutôt ouvrir d'autres pistes de réflexion, « pour aller plus loin ».

Écueils à éviter

- Éviter la simple récitation de cours ;
- Bien cerner le sujet et s'y tenir, pour éviter le hors-sujet.

EXEMPLE DE DISSERTATION EN DROIT CONSTITUTIONNEL

SUJET DE DISSERTATION :

Que pensez-vous de cette affirmation de Pierre Rosanvallon, selon laquelle le régime politique de la Ve République est dit démocratique mais ne fonctionne pas démocratiquement ?

Pierre Rosanvallon, Le bon gouvernement, Paris, Seuil, 2015.

ELÉMENTS DE CORRECTION (attention, la dissertation doit être intégralement rédigée) :

Introduction :

- accroche sur le recours au 49 alinéa 3 pour l'adoption de la loi « travail », recours qualifié par une partie des parlementaires (frondeurs PS en tête) et par le président de la République en 2006 comme « un déni de démocratie ». Contexte de défiance grandissante à l'égard du pouvoir dont les dépositaires actuels ont pourtant été élus démocratiquement…
  NB : *les éléments de contexte sont ceux de l'époque à laquelle le sujet a été donné, soit mai 2016.*

- définition de la démocratie en introduction (c'est **IMPERATIF**) :
  Il existe plusieurs définitions de la démocratie, mais c'est avant tout un régime qui doit remplir certains critères : l'élection des représentants doit se faire au **suffrage universel** ; il doit y avoir un **pluralisme partisan**, et la **concurrence élective** doit être libre et loyale.

- Le **régime politique de la Ve République répond sans aucun doute à ces critères** : les élections se font au suffrage universel direct ou indirect (pour les sénateurs) ; il y a un pluralisme partisan même s'il y a des partis dominants mais ce n'est pas incompatible ; des règles s'imposent pour garantir la réalité de la concurrence élective, le tout sous le contrôle du Conseil constitutionnel. La Ve République est une **démocratie représentative** (définition).
  NB : *il y a bien des* ***imperfections du mode de scrutin****, pour* ***l'élection des députés*** *(scrutin uninominal majoritaire à 2 tours qui ne permet pas une représentativité suffisante de l'Assemblée nationale en conduisant à une sous-représentation des petits partis) et pour* ***l'élection des sénateurs*** *(sur-représentation des petites communes dans le collège électoral), mais ces imperfections sont le* ***lot de nombreuses démocraties*** *(cf. régime britannique).*

- Problématique et annonce de plan : au-delà de ces critères de base et du stade de l'élection des représentants, il importe qu'il y ait une « démocratie continue », càd que le rôle du peuple ne s'achève pas avec la désignation des représentants (cf. Rousseau dans le Contrat social). Le fonctionnement démocratique du régime devrait se manifester à la fois dans la formation de la loi, qui devrait être l'expression de la volonté générale et dans le contrôle de l'action des gouvernants effectifs, c'est-à-dire surtout du président de la République.
  Or, sous la Ve, la place du peuple et de ses représentants est insuffisante à la fois dans la formation de la loi **(§1)** et le contrôle de l'action des gouvernants **(§2)**.

  Plan à proscrire : §1 Le caractère démocratique de la Ve / §2 Le fonctionnement non démocratique !! Car tout le sujet, en partant de la prémisse que le régime est démocratique, est de discuter sur le caractère non démocratique de son fonctionnement.

§1. La place insuffisante du peuple et de ses représentants dans la formation de la loi

A. L'indigence du référendum sous la Ve République

- art. 11, version initiale
- dérive plébiscitaire sous le général de Gaulle -> explications
- apport très mitigé de la réforme de 2008 : nouvelle procédure certes mais probablement impraticable -> absence de culture du référendum en France.

B. La domination du gouvernement dans le processus de formation de la loi

- instruments nombreux de rationalisation du parlementarisme sous la Ve -> recherche d'efficacité gouvernementale et volonté d'abaisser le Parlement
- poids supplémentaire du fait majoritaire
- l'étau s'est desserré (apport de la réforme de 2008, surtout art. 42 al. 1), mais le gouvernement a pallié la diminution des armes constitutionnelles à sa disposition en utilisant plus efficacement celles qui restaient entre ses mains -> en particulier : usage fréquent de la procédure accélérée, qui permet de diminuer par 2 le temps d'examen des textes…
- et retour de l'art. 49 al. 3 (2ème texte sur lequel il est utilisé sous le quinquennat Hollande) -> outil certes classique du régime parlementaire (question de confiance) mais qui peut conduire à confisquer le débat parlementaire (texte adopté sans avoir été voté)

Transition sur l'improbable vote d'une motion de censure, qui conduirait d'ailleurs à ne sanctionner directement que le gouvernement mais pas le Président -> déconnexion entre pouvoir et responsabilité sous la V^{e}.

§2. L'insuffisant contrôle de l'action des gouvernants effectifs

A. L'irresponsabilité politique du chef réel de l'exécutif

- Président de la République chef réel de l'exécutif mais irresponsable politiquement aucune procédure constitutionnelle ne l'oblige à mettre son mandat en cause

- disparition de la pratique de la responsabilité électorale en cours de mandat après de Gaulle

- aggravation de la déconnexion entre pouvoir et responsabilité avec le quinquennat

B. L'insuffisant contrôle de l'action du gouvernement par la représentation nationale

- seul le gouvernement est responsable alors qu'il est instrumentalisé au service de la politique présidentielle
- motion de censure paralysée à cause du fait majoritaire
- rôle de l'opposition réduit au sein des assemblées : sur le temps qui lui est réservé dans l'ordre du jour ; sur la présidence des commissions permanentes ; absence de shadow cabinet.
- Or, la démocratie est « gouvernement de la majorité dans le respect de l'opposition » (J-L. Quermonne).

EXEMPLE DE DISSERTATION EN DROIT DE LA FAMILLE

SUJET : « L'ÉGALITÉ DES COUPLES »

Éléments d'introduction :

Accroche et définition du couple :

Le mot couple est commode pour désigner aussi bien une aventure passagère que l'union d'une vie. Mais le terme a pénétré le droit, à l'occasion de la consécration de la procréation médicalement assistée par les premières lois bioéthiques de 1994. En devenant juridique, le terme est devenu plus précis : il désigne l'union, de droit ou de fait, de deux personnes qui partagent une vie commune durable (communauté de toit et de lit), quel que soit leur sexe.

Définition de l'égalité en droit de la famille :

Quant à l'égalité, il s'agit, en droit, d'un principe qui, d'après le Conseil constitutionnel se référant notamment aux articles 1er (« les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ») et 6 (« la loi doit être la même pour tous ») de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, prescrit de traiter de la même façon des personnes qui sont placées dans la même situation. Ce principe d'égalité est très fort en droit de la famille et est à l'origine des principales évolutions de la matière ces dernières années et en dernier lieu de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels par la loi du 17 mai 2013.

Problématique :

Est-on parvenu à une égalité parfaite entre tous les couples ? Il faut préciser les choses : c'est une égalité de choix et non une égalité de droits. En effet, en principe, tous les couples peuvent se marier, se pacser ou bien rester concubins. Mais une fois une union choisie, les couples mariés, pacsés ou concubins n'ont pas les mêmes droits et obligations, les mêmes avantages et les mêmes contraintes : la loi et la jurisprudence maintiennent une inégalité entre les différentes unions.

Annonce de plan (qui est la réponse à la problématique) :

Si les couples sont bien égaux aujourd'hui devant le choix de l'union (I), en revanche, une fois l'union choisie, les couples ne sont pas traités également (II).

I. – L'égalité des couples devant le choix de l'union

L'égalité des couples, c'est surtout une égalité de choix : tout couple a le droit de choisir et d'accéder à l'union qu'il désire. Cette égalité s'est manifestée ces dernières années par l'ouverture des unions aux couples homosexuels (A). De plus, même si l'évolution est moins radicale sur ce point, il faut signaler que les empêchements à mariage ont aussi été assouplis, les couples incestueux pouvant accéder d'une manière indirecte à cette union (B).

A / L'égalité acquise par les couples homosexuels

Pendant longtemps, la jurisprudence refusait le concubinage homosexuel, considérant que la différence de sexe était requise même dans le concubinage. Puis, la loi du 15 novembre 1999 va constituer une double avancée en matière d'égalité : d'une part par la création du Pacs et d'autre part, par l'ouverture du concubinage aux couples homosexuels (article 515-8). Mais à cette époque, le Pacs avait été créé justement, dans une optique de compromis, pour conférer un statut aux couples homosexuels, sans avoir à retoucher le mariage. Cependant, les revendications d'égalité vont perdurer et obtenir la modification du droit du mariage. Cette étape va avoir lieu à travers la loi du 17 mai 2013 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels. L'article 6-1 du code civil leur confère par principe les mêmes droits et obligations que des couples hétérosexuels, sauf en matière de filiation. Le Conseil constitutionnel, saisi par l'opposition consacre définitivement cette évolution en énonçant, dans sa décision du 17 mai 2013, qu'il n'y a pas de principe constitutionnel de différence de sexe dans le mariage.

B / L'égalité à venir des couples incestueux ?

Seule catégorie encore exclue par la loi : le mariage des parents par le sang ou par alliance, en vertu des articles 161 et suivants du Code civil. Mais la jurisprudence a assoupli cette exclusion dans un arrêt important du 4 décembre 2013 : la première chambre civile de la Cour de cassation déclare que si le couple a duré longtemps, le mariage peut subsister sur le fondement de l'article 8 de la CESDH et de la vie privée et familiale. La décision s'inspire de la jurisprudence de la CEDH (CEDH, 13 décembre 2005). Il faut logiquement transposer cette décision au Pacs : les empêchements à Pacs doivent aussi céder devant la durée du couple et l'article 8 de la CESDH. A terme, on peut se demander si les empêchements à mariage ne vont pas disparaître et si les couples incestueux ne vont pas aussi être traités à égalité des autres couples, même si dans des décisions plus récentes, la Cour de cassation a semblé tempérer sa jurisprudence (Cass. civ. 1ère, 8 décembre 2016).

II. – L'inégalité des couples selon l'union choisie

Si en amont, au moment du choix de l'union, l'égalité est le principe, en aval, une fois l'union choisie, le droit maintient des différences et des inégalités entre les couples (A). Ces inégalités de traitement selon l'union choisie apparaissent pleinement justifiées (B).

A / L'inégalité entre les couples mariés, pacsés et concubins

Pendant l'union, les couples mariés et les couples pacsés sont beaucoup mieux protégés que les couples de concubins pendant l'union. Par exemple, les couples mariés disposent d'un régime matrimonial et les couples pacsés d'un régime pacsal, pour organiser leurs patrimoines. En revanche, il y a une absence totale d'organisation du concubinage. Autre exemple, il existe des devoirs réciproques entre époux (art. 212 et s. du code civil) et entre partenaires (art. 515-4 du code civil). Alors qu'entre concubins, il n'y a aucun devoir réciproque, c'est la liberté totale…

A la fin de l'union, les couples mariés sont les seuls qui sont vraiment protégés lors de la rupture. La protection est très forte. En cas de divorce, même si le juge n'est plus obligatoirement présent depuis la réforme du 18 novembre 2016 dans le divorce par consentement mutuel, la loi encadre les cas de divorce et la procédure avec précision. L'époux moins fortuné a droit à une prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial permet de régler les litiges patrimoniaux. En cas de décès, le conjoint survivant a des droits successoraux et a droit à la pension de retraite du défunt. A l'inverse, les protections du Pacs et du concubinage sont très faibles, voire quasiment inexistantes. Il n'y a que quelques règles dans le Pacs et la protection par le biais de mécanismes de droit commun (responsabilité civile, enrichissement sans cause, société créée de fait) est très aléatoire et n'aboutit jamais à d'importantes indemnisations.

B / La justification de l'inégalité entre les unions

Faut-il critiquer ces inégalités entre les couples selon l'union qu'ils ont choisie ? Certains pensent qu'il faudrait unifier les unions et prévoir un seul mode juridique de vie en couple qui donnerait les mêmes droits à tous. Mais il semble plus raisonnable de penser que ces inégalités sont logiques et justifiées : les couples sont libres de choisir le régime qui les attire le plus. S'ils refusent de se marier, par goût de la liberté, il est normal qu'ils ne puissent bénéficier des avantages du mariage lors de la rupture. Dans le mariage, chaque avantage se justifie par une contrainte correspondante et l'un ne peut pas aller sans l'autre. On ne peut pas tout avoir à la fois ! La première chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé le 23 janvier 2014 à propos de la réversion de la pension de retraite qui est réservée au mariage et qui était réclamée par une partenaire d'un pacs au nom de l'égalité : « la protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés (…), l'option entre mariage et pacte civil de solidarité procède en l'espèce du libre choix des intéressés ».

COMPÉTENCES À ACQUÉRIR

Résoudre des problèmes juridiques.
Autrement dit, appliquer un raisonnement juridique à des situations factuelles.

LA PHASE DE PRÉPARATION

- **Lecture attentive** des données factuelles.
- **Elimination des données superflues**, c'est-à-dire sans intérêt pour le traitement juridique du cas.
- **Qualification des faits**, c'est-à-dire traduction des faits exposés en termes juridiques.
- Pour chaque problème de droit, **rechercher les règles juridiques applicables**, les appliquer à la situation d'espèce en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente et en tirer les conclusions (= syllogisme juridique).
- Veiller à bien **définir chaque notion**, à identifier toutes les conditions d'application de la règle de droit, et à les appliquer à l'espèce.

LA CONSTRUCTION DU PLAN

Deux types de cas pratiques peuvent être soumis aux étudiants : le cas pratique avec questions, et le cas pratique sans questions. En conséquence, le plan du cas pratique n'est pas nécessairement binaire.

1. **Le cas pratique avec questions :**
   Dans ce cas, l'énoncé du cas pratique comprend les questions auxquelles l'étudiant doit répondre. Le plan découle alors de ces questions.
2. **Le cas pratique sans questions :**
   Dans ce cas, l'énoncé du cas pratique se limite à l'exposé des faits. Il appartient donc à l'étudiant de déterminer les questions juridiques qui se posent et d'en déduire le plan.

Formulation des intitulés : les titres des parties peuvent reprendre expressément les questions posées ou être reformulées sous la forme de qualification juridique.

L'INTRODUCTION

- **Ne pas recopier les faits dans leur intégralité** mais les présenter sommairement, de manière synthétique et chronologique.
- Exposer le ou les problèmes de droit soulevés par l'espèce.
- Annoncer le plan.

LA RÉDACTION

- Prévoir systématiquement des **chapeaux introductifs** et des transitions entre les parties et sous-parties
- **Ne jamais affirmer sans justifier ses propos :** citer les textes de lois, la jurisprudence voire les positions doctrinales...
- **Veiller à répondre à chacune des questions**, de manière structurée. Ainsi pour chaque question, annoncer autant de sous-parties que de conditions d'application des dispositions pertinentes

De manière systématique, **respecter les étapes du raisonnement juridique** :

- **Exposé de la règle de droit** : ne pas se contenter de recopier la règle de droit (tirée du code par exemple) mais en exposer la substance (conditions, principes, exceptions) en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente.
- **Application à l'espèce** : s'en tenir aux considérations juridiques et procéder à la qualification juridique des faits. S'appuyer sur tous les faits pertinents et qualifier les faits dans toutes les conditions.
- **Conclusion** : exposé synthétique de la solution et constatation de la bonne fin du raisonnement.

Particularité :
Dans certaines matières, il est attendu des étudiants qu'ils **envisagent les différentes solutions possibles**, qu'ils les exposent pour en exclure certaines et ne retenir qu'une seule solution.
Cette exigence peut découler logiquement du libellé des faits. Ex. : lorsque les faits suscitent un problème d'interprétation de la règle de droit. Si tel n'est pas le cas, il arrive que l'auteur du sujet prévoie une formule du type « vous veillerez à présenter les différentes solutions envisageables avant d'exposer la solution retenue ».

LA CONCLUSION

Une conclusion n'est utile que si elle achève le raisonnement juridique en présentant la solution du litige et les mesures qui en découlent (ex. dommages et intérêts, sanctions...).

Énoncé

Marc Dépozet a rencontré par hasard deux de ses amis qu'il avait un peu perdu de vue : la dernière fois qu'ils étaient tous réunis c'était au mariage de Paul Ochon et de Prudence Fuyons. Afin qu'ils puissent rattraper le temps perdu, il les a conviés à un petit apéro. Mardi dernier, Paul et Claire sont arrivés chez Marc un peu déprimés. Ils ont chacun à leur tour raconté les mésaventures conjugales.

Paul est marié à Prudence depuis vingt ans. Elle a arrêté de travailler à la naissance de Paul Ochon junior, aujourd'hui âgé de dix ans, pour se consacrer entièrement à ses deux Paul Ochon. Depuis maintenant six mois, elle l'insulte de plus en plus souvent en public et lui est infidèle. Il apprend à ses amis que son épouse ne s'était pas déconnectée de sa boite mail et qu'il a lu et imprimé des messages non équivoques provenant de Jean Bonbeur. Il hésite cependant à demander le divorce car Prudence l'a prévenu : elle ne consentira jamais à divorcer et sollicitera, à titre de prestation compensatoire, l'appartement dont il a hérité de ses parents à La Roche-Sur-Yon. Paul tient énormément à cet appartement : il y a passé toute sa jeunesse. Que de souvenirs !

Claire Delune s'est mariée avec Serge Anchef le 10 juin 1990 sans contrat préalable. L'ordonnance de non-conciliation a été rendue le 31 août 2015 et le JAF a prononcé leur divorce aux torts partagés hier. Il a, à la demande de Serge, fixé les effets du jugement de divorce au 27 mars 2010, date à laquelle Serge a quitté le domicile conjugal. Claire doute de l'exactitude de cette date : tout d'abord les époux ont continué à rembourser l'emprunt contracté pour l'acquisition de leur maison jusqu'au 20 janvier 2012, ensuite, ils se sont concertés sur les établissements scolaires ainsi que sur les activités de leurs enfants et ce, jusqu'à la majorité de leur petit dernier soit le 14 mai 2011, et enfin, ils ont acquis deux appartements – un à la montagne et un au bord de la mer – le 1er avril 2011.

Marc est désolé pour ses amis. Il sollicite votre aide afin – il l'espère ! – de leur remonter un peu le moral.

Résolution

Un homme sollicite des conseils concernant deux de ses amis. Le premier souhaite divorcer mais son épouse s'y refuse et le menace de solliciter à titre de prestation compensatoire un bien dont il a hérité de ses parents (I). Le second s'interroge sur la date des effets du divorce quant aux biens (II).

I – Le divorce face à la menace d'une prestation compensatoire en nature

Un époux souhaite divorcer car son épouse l'insulte en public et lui est infidèle. Elle refuse de divorcer et le menace de solliciter à titre de prestation compensatoire l'appartement dont il a hérité de ses parents. Elle a en effet arrêté de travailler pour s'occuper de leur fils.

Il faut donc envisager la possibilité pour un époux de divorcer alors que l'autre s'y refuse (A) et la possibilité pour un époux de se voir attribuer au titre d'une prestation compensatoire un bien appartement à l'autre hérité de ses parents (B).

A – Le divorce en cas d'opposition de l'autre

Est-ce qu'un époux peut obtenir le divorce lorsque son épouse refuse d'y consentir ?

En vertu de l'art. 229, il existe quatre cas de divorce. Parmi ces quatre cas de divorce, seuls deux d'entre eux nécessitent le consentement des deux époux : le divorce par consentement mutuel (art. 230) et le divorce pour acceptation du principe de la rupture (art. 233)

En l'espèce, l'épouse refuse de consentir à divorcer.

Par conséquent, si le divorce par consentement mutuel ainsi que le divorce pour acceptation de la rupture doivent être écartés, Paul pourra obtenir le divorce s'il remplit les conditions de l'un ou l'autre cas restant.

1. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

En vertu de l'art. 237 du Code civil « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».
En vertu de l'art. 238 al. 1er du Code civil « l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ».

Deux conditions résultent de cette disposition :

- La cessation de la communauté de vie.
- Une durée de deux ans au jour de l'assignation.

En l'espèce, les époux vivent encore ensemble.
Par conséquent, si Paul veut opter pour ce cas de divorce il faut lui conseiller de déposer une requête en divorce et d'attendre l'ordonnance de non-conciliation qui l'autorisera à résider séparément de son épouse, puis d'attendre deux ans pour l'assigner en divorce. Ainsi, il ne commettra aucune faute en quittant le domicile conjugal.
Au regard de l'attente pour opter pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal, il faut envisager vers le divorce pour faute.

2. Le divorce pour faute.

En vertu de l'art. 242 du Code civil « le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables au conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ».

Trois conditions résultent de cette disposition. Il faut :

- Un manquement aux devoirs et obligations du mariage.
- Un manquement grave ou renouvelé.
- Le maintien intolérable de la vie commune.

En vertu de l'art. 212 du Code civil, les époux se doivent mutuellement fidélité et respect.
Concernant la fidélité, si l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce, il peut constituer une faute cause de divorce.
Concernant le respect, chaque époux ne doit pas porter atteinte à l'honneur de son conjoint.
En vertu de l'art. 259 du Code civil, les faits invoqués comme cause de divorce peuvent être établis par tout mode de preuve et en vertu de l'art. 259-1 du Code civil, les éléments de preuve obtenus par violence ou fraude ne peuvent être versés au débat.
La Jurisprudence rejette comme argument l'atteinte à la vie privée ou encore le secret des correspondances (Cass. civ.1ère, 17 juin 2009).

En l'espèce :
Concernant l'existence de manquements aux devoirs et obligations du mariage.
L'épouse de Paul a une liaison. Elle manque à son devoir de fidélité. Paul pourra prouver l'adultère de sa femme grâce aux e-mails qu'il a obtenu sans violence ni fraude puisque son épouse ne s'était pas déconnectée de sa boite mail.
L'épouse de Paul l'insulte en public. Elle manque donc à son devoir de respect. Paul pourra prouver le manquement au devoir de respect de son épouse grâce à des témoignages.
Concernant l'existence de manquements graves ou renouvelés.
Les manquements aux devoirs de fidélité et de respect de l'épouse de Paul durent depuis 6 mois. Par conséquents, ils sont bien renouvelés.
Concernant le maintien intolérable de la vie commune.

En l'espèce, l'épouse insulte « de plus en plus » souvent Paul et ne se contente pas de ce manquement aux devoirs du mariage puisqu'elle le trompe.
Au regard de ces circonstances, il semble fort probable que les juges considèrent que le maintien de la vie commune soit intolérable pour Paul.

Il résulte de ce qui précède que Paul Ochon devrait pouvoir obtenir le divorce pour faute.

B – L'attribution d'un bien hérité au titre d'une prestation compensatoire

Une épouse a arrêté de travailler à la naissance de son enfant il y a trois ans pour s'occuper de son foyer. En cas de divorce, elle souhaite obtenir une prestation compensatoire prenant la forme de l'attribution d'un bien en propriété, plus particulièrement d'un appartement que son mari a reçu par succession.

Est-ce qu'une épouse qui a arrêté de travailler pour s'occuper de son enfant peut obtenir une prestation compensatoire ?

En vertu de l'art. 270 al.2 du Code civil « l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité dans les conditions de vie respectives ».

En vertu de l'art. 270 al.3 du Code civil « le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande soit en considération des critères prévus à l'art. 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

Il résulte de ce qui précède que la prestation compensatoire est octroyée à un époux en présence d'une disparité de train de vie suite au divorce. Elle n'est pas exclue par principe lorsque l'époux est fautif. C'est seulement si l'équité le commande au regard des circonstances particulières de la rupture qu'elle pourra être exclue par le juge.

En l'espèce, l'épouse est fautive, mais ce fait est en principe indifférent. Elle a arrêté de travailler pour s'occuper de son mari et de leur enfant il y a trois ans. Elle n'a donc pas d'emploi. Le divorce va donc créer une disparité entre les conditions de vie respective des époux.
Par conséquent, sous réserve de l'appréciation du juge quant au refus pour des conditions d'équité, Prudence peut obtenir une prestation compensatoire.
Pour en déterminer le montant, le juge se réfèrera aux divers critères énoncés à l'art. 271 du Code civil.

Est-ce que la prestation compensatoire peut prendre la forme de l'attribution en propriété d'un bien reçu par succession ?

En vertu de l'art. 274, 2° du Code civil la prestation compensatoire peut prendre la forme de l'attribution d'un bien en propriété. Toutefois « l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçu par succession ».

En l'espèce, Paul a reçu l'appartement convoité par son épouse par succession.
Par conséquent, il pourra refuser que l'éventuelle prestation compensatoire prenne la forme de l'attribution en propriété de l'appartement dont il a hérité de ses parents.
Il convient de le rassurer sur ce point.

II - La date des effets du divorce quant aux biens.

En vertu de l'art. 262-1 du Code civil, le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux en ce qui concerne leurs biens à la date de l'ordonnance de non-conciliation lorsqu'il est prononcé pour faute.
Cependant, en vertu de l'art. 262-1 al.2nd du Code civil, le juge peut fixer les effets du jugement de divorce à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer.

Il faut deux conditions cumulatives :

- La preuve de l'absence de cohabitation soit le fait que les époux n'habitent plus dans la même demeure.
- La preuve de l'absence de collaboration soit l'absence de coopération, d'actes effectués dans l'intérêt commun.

Afin de faciliter cette preuve, la première chambre civile a posé comme principe que la cessation de la cohabitation fait présumer celle de la collaboration.

En l'espèce, le juge a, à la demande de Serge, opté pour la date à laquelle Serge a quitté le domicile conjugal – soit la date de la fin de la cohabitation.
Cette solution s'explique par la présomption posée par la première chambre civile de la Cour de cassation : la cessation de la cohabitation fait présumer celle de la collaboration.
Cependant, il s'agit d'une présomption simple. Par conséquent, Claire pourra renverser cette présomption en rapportant la preuve que les époux ont continué à collaborer après la cessation de la cohabitation.

Il lui faudra caractériser une volonté commune (soit des deux époux) allant au-delà des obligations découlant du mariage ou du régime matrimonial.

<u>En l'espèce :</u>
Claire ne pourra pas invoquer le remboursement de l'emprunt pour le logement familial ou encore la concertation pour les enfants car ces éléments ne constituent que l'exécution des devoirs et obligations du mariage notamment la codirection de la famille (art. 213 du Code civil).
Claire pourra invoquer l'acquisition des deux appartements. Ces acquisitions vont au-delà de l'exécution des obligations découlant du mariage ou du régime matrimonial. La Cour de cassation a déjà statué en ce sens (Cass. Civ.1ère, 24 oct. 2012).
Par conséquent, si Claire interjette appel, les juges pourront fixer la date au jour de l'acquisition des deux appartements soit au 1er avril 2011.



Faculté de Droit et des Sciences politiques
Chemin de la Censive du Tertre
BP 81307
44313 Nantes cedex 3
Tel. 02 40 14 15 15

www.droit.univ-nantes.fr

@FacDroitScPoNantes

Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes Université