

Modalités de l'épreuve et sa méthode

Ronan BERNARD-MENORET

Maître de conférences en droit privé – HDR

Directeur de l'IEJ

Université de La Réunion

Selon l'article 8 de l'arrêté du 11 septembre 2003, le candidat doit présenter « 1° Un exposé de quinze minutes après une préparation d'une heure, suivi d'une discussion de quinze minutes avec le jury, sur un sujet relatif à la protection des libertés et des droits fondamentaux permettant d'apprécier l'aptitude à l'argumentation et à l'expression orale du candidat; la note est affectée d'un coefficient 3; »

Compte tenu du temps de préparation et du temps de passage, celui-ci étant au total de trente minutes, et de la composition du jury, il est habituel de dénommer cet exposé/discussion de « grand oral » et ce d'autant qu'il est affecté d'un fort coefficient.

Nous aborderons son programme, son déroulement, les spécificités de son jury et tenterons d'apporter des conseils pratiques.

Le programme

Il ne s'agit pas d'une épreuve de culture générale. L'arrêté vise « uniquement » la protection des libertés et des droits fondamentaux. Ceci est déjà suffisamment vaste. Il suffit d'observer l'explicatif de la discipline pour s'en convaincre.

Ainsi l'annexe de l'arrêté de 2003 indique qu'il s'agit des points suivants:

1. Origine et sources des libertés et droits fondamentaux:
 - histoire des libertés: évolution générale depuis l'Antiquité jusqu'à la période contemporaine en France et dans le monde; les générations de droits de l'homme;
 - sources juridiques, internes, européennes et internationales;
 - libertés publiques, Droits de l'homme et libertés fondamentales.
2. Régime juridique des libertés et droits fondamentaux:
 - l'autorité compétente pour définir les règles en matière de libertés et la hiérarchie des normes. L'aménagement du statut des libertés fondamentales:
 - régime répressif;
 - régime préventif;
 - régime de la déclaration préalable;
 - régime restitutif et droit à réparation;
 - la protection des libertés fondamentales;
 - les protections juridictionnelles (internes, européennes et internationales);
 - les protections non juridictionnelles (par les autorités administratives indépendantes, par l'effet du système constitutionnel, politique, économique et social);
 - les limites de la protection des libertés fondamentales dans les sociétés démocratiques et dans les différents systèmes politiques;

- les régimes exceptionnels d'atténuation de la protection des libertés et droits fondamentaux.
- 3. Les principales libertés et droits fondamentaux :
 - les principes fondateurs et leurs composantes :
 - dignité de la personne humaine (droit à la vie et à l'intégrité physique de la personne, bioéthique) ;
 - liberté (liberté d'aller et venir, droit à la sûreté personnelle) ;
 - égalité (devant la justice, en matière de fonction publique, devant les charges publiques, entre les hommes et femmes, entre Français et étrangers) ;
 - fraternité ;
 - les droits et libertés de la personne et de l'esprit (liberté d'opinion, liberté de croyance, liberté d'enseignement, liberté de communication) ;
 - les droits et libertés collectifs (association, réunion, liberté syndicale, droit de grève) ;
 - les droits économiques et sociaux (droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie, droit à la protection de la santé, droit aux prestations sociales, droit à l'emploi) ;
 - les droits du citoyen (droit de vote, liberté des partis politiques, droit dans les relations avec l'administration) ;
 - la laïcité.

Ce programme reprend les thèmes de Droits et Libertés selon la formulation que l'on peut tirer des textes. Cette présentation ne rend pas compte de la diversité des problématiques et surtout disperse des éléments devant être étudiés ensemble car relevant de la même thématique. Aussi le plan de l'ouvrage ne suivra pas cette présentation du programme mais s'organisera selon des thématiques cherchant à regrouper les aspects reposant sur les mêmes éléments de discussion.

Par exemple, la liberté du travail regroupe des questions de liberté de choix de son activité, de liberté contractuelle, de protection de l'intégrité physique du salarié, du respect de ses droits et libertés fondamentaux par l'employeur et au sein de l'entreprise, ou encore sa liberté syndicale et son droit de grève.

Le jury

Selon l'article 53 du décret du 27 novembre 1991, « l'épreuve portant sur la protection des libertés et des droits fondamentaux est subie devant trois examinateurs désignés par le président du jury dans chacune des catégories mentionnées aux 1°, 2° et 3°. »

Il s'agit d'un universitaire, d'un magistrat et d'un avocat.

Ceci constitue une nouvelle exception au principe voulant que le jury fasse passer les oraux. Ce sont des raisons pratiques qui ont conduit à cette disposition, tant il était difficile de réunir le jury au complet pour auditionner tous les candidats. La formule est désormais allégée tout en conservant la diversité de la composition du jury.

Pour autant, cette disposition n'exclut pas la possibilité pour le jury de siéger au complet.

Le déroulement

Le candidat est tout d'abord amené à tirer un sujet. Celui-ci peut être de différentes sortes. Il peut s'agir d'une question, d'un thème, ou d'un seul mot. Mais, il peut également s'agir d'une citation, d'un texte issu de la constitution, d'un traité, d'une déclaration, d'une loi ou encore de la doctrine, d'une décision de justice, d'un article, voire d'une illustration. Cette liste n'est pas limitative.

Le candidat dispose ensuite d'une heure de préparation pour organiser son exposé. Il dispose également de l'accès aux codes et textes publiés au journal officiel.

L'objectif de l'épreuve est « d'apprécier l'aptitude à l'argumentation et à l'expression orale du candidat ».

À l'issue de cette préparation, le candidat présente son exposé en quinze minutes. Celle-ci doit illustrer qu'il a cerné l'intérêt du sujet, les enjeux relatifs aux droits et libertés fondamentaux. Au regard de l'objectif de l'épreuve, la présentation doit impérativement être structurée ce qui nécessite une introduction du sujet, comprenant sa définition, son intérêt, sa délimitation, sa problématique et l'annonce du plan. Une dimension historique peut, et très souvent, doit également être ajoutée ainsi que l'exclusion expliquée des aspects que le candidat ne traitera pas dans l'exposé. Le plan suivra les canons de la dissertation ou du commentaire juridique, à savoir un plan en deux ou trois parties et deux sous parties.

La clarté de l'exposé impose une mise en avant particulièrement nette de la structure du plan. Le Jury doit toujours savoir où le candidat en est du déroulement de son discours.

L'exposé doit évidemment être cohérent, ce qui se constatera au regard du plan choisi, et argumenté. Sur ce point, il n'est pas demandé au candidat son avis personnel mais l'explication de la ou les questions de droits et libertés fondamentaux soulevées par le sujet et la présentation des arguments en opposition, des principes, de leur raison d'être (sources, justifications) et celle de leurs exceptions.

À l'issue de l'exposé, le jury entame la partie discussion qui durera également quinze minutes. Cette discussion permettra aux membres du jury de revenir sur des aspects de l'exposé mais également d'interroger le candidat sur tout autre sujet entrant dans le champ de l'examen. Là encore ce sont des réponses argumentées et cohérentes qui sont attendues et rien d'autre.

Les conseils pratiques

Prenons les questions dans l'ordre chronologique.

Préparer le « grand oral », ce n'est pas uniquement réviser les thèmes que présente cet ouvrage. Le candidat doit avoir conscience que l'heure de préparation est un temps très court pour organiser un exposé de quinze minutes.

Ceci emporte plusieurs conséquences et la première est la nécessité de préparer des plans de travail en amont. Comme il est proposé dans cet ouvrage, le candidat prendra soin de s'aménager des plans de travail sur les problématiques principales et sur chaque thème que l'actualité lui offrira. Ceci implique d'ailleurs que jusqu'au matin de l'épreuve, il se tienne informé. Ces plans serviront de base à la préparation de l'exposé et éviteront

que le candidat ne parte d'une feuille blanche. Celui-ci aura déjà mûri une réflexion et bénéficiera d'une base construite sur le thème qu'aborde son sujet.

La veille de l'épreuve, le candidat cessera toute révision et s'accordera une nuit de sommeil afin d'être dans les meilleures dispositions. Ceci s'accompagne également de la nécessité de se nourrir correctement le jour de l'épreuve. Ces règles, qui valent pour toutes les épreuves, peuvent paraître paternalistes et tellement ressortir de l'évidence qu'il semble déplacé d'en faire part ici mais souvent elles ne sont pas respectées et ceci pénalise parfois les candidats.

Conseils vestimentaires? Une tenue sobre est exigée afin que le jury se concentre sur le discours du candidat. Mais sobre ne signifie pas nécessairement austère. Le duo noir et blanc n'est pas impératif.

Arrivé en salle de composition avec son sujet, le candidat ne tombera pas dans le piège de consulter les codes à sa disposition. Il doit connaître préalablement les éléments utiles au traitement du sujet. Les codes ne peuvent servir qu'à la vérification d'un numéro d'article ou de son contenu exact.

Le premier travail du candidat sera de lire, relire et relire encore son sujet. De trop nombreux exposés ne répondent pas au sujet posé. Il ne s'agit pas de prendre le sujet comme prétexte pour développer la problématique que l'on souhaite mais d'y répondre. Il est donc essentiel de s'interroger sur le sens de chacun des mots du sujet et sur leur combinaison.

Une fois l'étendue de la question cernée, le candidat ressemble l'ensemble des éléments entrant dans son champ et, enfin, les organise selon un plan répondant à la question posée.

En outre, il convient de ne pas envisager de rédiger l'exposé. Non seulement, le temps est insuffisant, mais cela conduirait à un exposé lu devant le jury en opposition avec l'objectif oratoire de l'exercice. Seules la phrase d'entame, l'énoncé du problème et du plan ainsi que les transitions sont à poser par écrit. Pour le reste, le candidat se contentera de poser les idées de manière organisée. Il conclura son exposé d'une phrase synthétisant l'esprit de son discours, si possible faisant écho à sa première phrase. Le ton dont il prononcera cette phrase devra montrer qu'elle clôt son discours.

La présentation peut se faire assise ou debout, l'important étant que le candidat se tienne correctement et que son expression soit claire et détachée de ses notes. Il n'oubliera pas de saluer le jury lors de son arrivée et lors de sa sortie. Une attitude souriante ne lui sera jamais reprochée et participera à sa décontraction. Il n'attendra aucune réaction particulière d'approbation de la part des membres du jury lors de son exposé. Il ne se laissera pas non plus déconcentré par des signes de désapprobation, d'abord parce que la désapprobation d'un membre ne représente pas forcément l'avis de l'ensemble du jury et ensuite parce qu'il sera toujours tant de corriger son erreur lors de la phase de discussion.

Lors de l'exposé, le candidat veillera à adopter un rythme permettant au jury de suivre l'exposé et de prendre des notes, en particulier concernant le plan proposé. En effet, il est impératif que les membres du jury comprennent parfaitement le plan et sachent toujours où le candidat se situe dans l'exposé de ses développements. L'expression se doit d'être claire et le ton doit accompagner le déroulé des idées. Il s'agit d'intéresser le jury et surtout de le convaincre que les points développés sont pertinents au regard du sujet.

Lors de la phase des questions, l'on constate un relâchement des candidats une fois l'exposé terminé. L'attention doit rester maintenue. Il est important de ne pas se précipiter dans les réponses et de conserver un ton posé. En effet, certaines questions peuvent

déstabiliser voire agresser le candidat. Le but est justement d'observer la manière dont il réagira et il lui appartient de montrer qu'il sait garder son calme en toute circonstance, ceci lui sera utile lors de son exercice professionnel.

S'il ne détient pas la réponse à la question posée, le candidat exprimera à haute voix les éléments de réflexions que lui suscite la question et présentera les raisonnements possibles et donc les diverses solutions pouvant être envisagées. Rappelons que cette épreuve a pour but d'apprécier les capacités du candidat à organiser un raisonnement cohérent et à convaincre. Ce qui importe c'est davantage la manière de raisonner que la connaissance d'une information.

De manière générale, le candidat cherchera à ne pas répondre par « oui » ou « non » mais, au contraire, cherchera à conserver la parole en explicitant ses réponses et en faisant des parallèles avec des situations qu'il maîtrise. Ceci permettra de limiter le nombre de questions et de faire état de ses connaissances devant le jury.

Introduction historique aux droits et libertés fondamentaux

Delphine CONNES

Maître de conférences en histoire du droit
Université de la Réunion

Deux idées reçues planent sur les droits et libertés fondamentaux. La première est que ces droits et libertés sont l'apanage de la modernité, de la démocratie. Il ne pourrait y avoir de respect des droits et libertés fondamentaux sans le cadre d'une démocratie moderne, fondée sur les valeurs de la Révolution Française de 1789. La seconde repose au contraire sur l'idée que les droits et libertés fondamentaux sont des évidences naturelles et éternelles, reconnues dès l'origine de l'humanité et de toute éternité.

Or, les droits et libertés fondamentaux ne sont pas en dehors du processus historique. Un législateur ne les a pas fait jaillir un beau jour du néant. Au contraire, ils ont été (et sont encore) travaillés et retravaillés pendant des siècles, à l'aune des divers contextes sociopolitiques. Les droits et libertés fondamentaux, reconnus de nos jours, sont donc le fruit d'une construction pluriséculaire, non pas linéaire mais saccadée, faite d'avancées importantes mais aussi de stagnations et de reculs.

Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitue la charnière principale de cette évolution, elle n'est pas la seule étape importante de l'émergence et de la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux.

I. Les droits et libertés fondamentaux avant 1789

La reconnaissance des droits et libertés fondamentaux avant la Révolution s'opère progressivement autour de deux évolutions, de deux notions qui parfois s'entrecroisent : celle de liberté politique et celle de droit naturel. L'Antiquité, le Moyen Âge et l'Ancien Régime ont développé ces idées, les ont enrichi et parfois remises en cause.

A. L'Antiquité

Ce sont les Grecs qui, en Occident, dotent l'homme d'une dignité qui lui est propre. Dans la philosophie grecque classique, l'homme est certes une créature parmi les autres, mais il l'emporte sur les autres en dignité car lui seul est doté du *logos*, de la faculté, de la liberté de penser rationnellement. Cette nature humaine est commune à tous les hommes, y compris aux esclaves qui ne sont pas des animaux et conservent une âme libre¹.

Si cette nature humaine dépasse le cadre la cité, si l'homme est un citoyen du monde comme le professent les stoïciens, l'homme est défini par Aristote comme un animal particulier, un animal politique qui a vocation, par nature, à vivre au sein de la cité. Or, à

1. C'est ce qu'affirme par exemple Sénèque dans le *Traité des Bienfaits*, Livre III §20.

l'intérieur de la Cité, l'homme ne bénéficie pas vraiment de droits, de libertés qui soient inhérents à sa nature.

En effet, la démocratie grecque s'est fondée sur l'idée de liberté, mais cette liberté n'est pas une liberté humaine mais une liberté citoyenne, c'est-à-dire réservée au citoyen et limitée par le cadre de la cité. De plus, il s'agit d'une liberté publique, qui permet à tous les citoyens de participer aux affaires de la cité. C'est une liberté qui repose sur l'égalité des citoyens, égalité devant la loi (*isonomia*) et égalité du droit de prendre la parole à l'assemblée (*isegoria*). Les non-citoyens (femmes, esclaves, métèques) sont dépourvus de cette liberté¹.

Avec l'arrivée du stoïcisme, avec le déclin des cités grecques et la naissance des empires, l'individualisme se développe peu à peu. L'homme est désormais citoyen du monde, membre de la *Kosmopolis*, il doit vivre en conformité avec la nature et avec la raison, c'est-à-dire avec la loi naturelle². En effet, les Grecs reconnaissent l'existence d'une loi naturelle, non écrite et non formulée, qui est supérieure aux lois positives et qui limite le pouvoir de l'État. C'est par exemple ce qu'affirme Antigone lorsqu'elle désobéit à l'ordre de son oncle Créon en donnant une sépulture à son frère. Elle se réfère « aux lois non écrites, inébranlables des dieux » auxquelles nulle loi humaine ne peut s'opposer.

Cette loi naturelle est définie par Cicéron dans le *De Republica* : il s'agit d'une vraie loi, une raison juste, conforme à la nature, universelle, immuable, éternelle, dont les commandements nous indiquent notre devoir et dont les interdictions nous protègent du mal. Le droit romain développe alors l'idée de *ius gentium* (ce que toutes les nations pratiquent, ce qui est légitime dans le monde connu) qui est tantôt assimilé (Gaius), tantôt distingué (Ulpien) du *ius naturale*³.

Bien sûr, il s'agit d'une morale universelle qui ne connaît pas de traduction concrète.

Le christianisme donne naissance à une loi naturelle particulière, la loi divine universaliste et égalitaire qui s'impose à tous, y compris aux États naissants. En distinguant l'ordre civil de l'ordre religieux (Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu), le christianisme limite la sphère d'influence de l'État⁴.

B. Les libertés médiévales

Au Moyen Âge, se retrouvent les deux aspects des droits et libertés fondamentaux : la volonté d'étendre les libertés en limitant le pouvoir grandissant de l'État et le développement de droits inhérents à la personne humaine.

Ainsi, dans un contexte de renaissance du droit romain et d'une exhalation de la pensée d'Aristote, Thomas d'Aquin distingue le droit naturel du droit positif, la loi naturelle, proprement humaine, permet à la créature rationnelle de participer à la loi éternelle qui régit le monde. C'est une loi naturelle fondée sur un ordre divin⁵. Partant de là, Thomas d'Aquin condamne les gouvernements tyranniques, distingue les lois justes des lois injustes, précise les devoirs et obligations des Princes, ce qui contribue à l'essor des libertés⁶. Guillaume d'Ockham, fondateur du nominalisme, prend le contre-pied de la vision

1. P. Ségur, « La dimension historique des libertés publiques » in R. Cabrillac et alii, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2012, p. 9-10.

2. F. de Smet, *Les droits de l'homme, origine et aléas d'une idéologie moderne*, Paris, 2001, p. 17.

3. F. de Smet, *Les droits de l'homme, origine et aléas d'une idéologie moderne*, Paris, 2001, p. 19.

4. H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, 2013, p. 53-54.

5. F. de Smet, *Les droits de l'homme, origine et aléas d'une idéologie moderne*, Paris, 2001, p. 21.

6. Y. Madiot, *Droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 7.

thomiste. Il considère les individus par eux-mêmes et pour eux-mêmes sans référence à un groupe. Cet individualisme va de pair avec le subjectivisme : la loi est l'expression d'un pouvoir, d'une volonté subjective de Dieu ou des hommes. Le droit naturel n'est plus le seul reflet de Dieu, mais s'émancipe et devient un choix de la volonté des hommes en même temps qu'il devient un droit inhérent à la nature humaine. Ce droit ne se contente plus de prescrire ou interdire ; il permet également. Le droit objectif (la loi) fonde ainsi « le droit de », droit subjectif¹. Le droit est désormais pensé, dans certains domaines, comme une liberté d'agir à sa guise. Ainsi naît le droit « subjectif » pris dans le sens de « licence » ou « liberté » individuelle opposable au pouvoir.

En effet, les libertés se développent au Moyen Âge, principalement à l'intérieur des villes, pour permettre aux habitants d'échapper ou de limiter l'autorité seigneuriale ou royale. C'est du pouvoir central que veulent s'émanciper les bourgeois (habitants du bourg) par la reconnaissance de libertés collectives et inégalitaires qui ne sont accessibles qu'en fonction du statut social d'un individu. Ces libertés sont garanties par le pouvoir, comme en témoignent les milliers de chartes de coutumes, de chartes de franchises accordées par les seigneurs à leurs bourgeois. Ces chartes, aux contenus très divers et issus de rapports de force, reposent sur l'idée que le pouvoir, du roi ou du seigneur, n'est jamais illimité. Il est enfermé dans une sphère, à l'intérieur de laquelle il est légitime, mais non au-delà. De plus, ce pouvoir doit avoir pour but le bien commun².

C'est en Angleterre qu'ont lieu les premières traductions juridiques des droits et libertés fondamentaux limitant clairement le pouvoir du roi. Ainsi, en 1100, Henri I^{er} Beauclerc proclame une Charte des Libertés à l'occasion de son couronnement. Il s'agit d'un texte qui astreint le roi à certaines obligations dans le traitement des nobles et des dignitaires ecclésiastiques. Surtout, en 1215, est adoptée la Magna Carta Libertatum. Ce texte, arraché par les Barons au roi d'Angleterre Jean Sans Terre est à l'origine de trois idées essentielles, dont l'histoire anglaise a permis le développement : le gouvernement par la loi (rule of law), la séparation des pouvoirs grâce au lien entre l'impôt et la représentation au Parlement (pas de taxation sans représentation) et la garantie des libertés.

Le roi a été obligé de signer, sous la contrainte, des engagements précis, qui lui seront régulièrement rappelés. Il se trouve dès lors placé sous l'autorité de la loi, ce qui servira de précédent, pour limiter ses pouvoirs, lors des grandes étapes de l'évolution constitutionnelle du royaume, ainsi qu'aux États-Unis et dans les dominions britanniques. Ensuite, et même si ces clauses sont oubliées dès l'année suivante, lors des rééditions de la Grande Charte, les dispositions relatives au « commun Conseil du royaume » (articles 12 et 14), seront à l'origine du Parlement. Le lien entre l'impôt et la représentation est établi par l'article 12, véritable socle de la constitution anglaise, et sa violation est d'ailleurs à l'origine de la révolution américaine. Quant à la clause de garantie (article 61), qui sera ultérieurement invoquée contre Henri III (Provisions d'Oxford de 1258), elle fonde un véritable droit à l'insurrection (*ius resistendi*) sanctionnant les violations de la séparation des pouvoirs.

Enfin, les droits de l'homme trouvent leur expression dans le célèbre article 39 qui interdit tout emprisonnement et autre privation de droits sans le jugement des pairs.

Cette charte réaffirmée plusieurs fois pose les fondements d'une monarchie limitée qui ne peut remettre en cause les droits et privilèges de ses sujets.

1. A. Sériaux, *Le droit naturel*, Paris, 1993, p. 77.

2. J.-M. Carbasse, Préface, in *Droits naturel et droits de l'homme*, Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Grenoble-Vizille, 27-30 mai 2009, Grenoble, 2011, p. 8.