

# Les grandes théories du droit constitutionnel

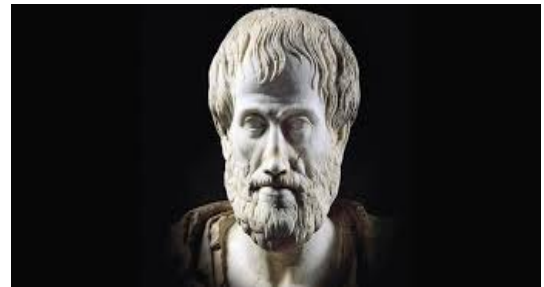
*Deux écoles s'affrontent sur la définition du droit, et sur le rôle de la science du droit*

## I. Le courant jusnaturaliste

Le jusnaturalisme constitue les différentes doctrines du droit naturel.

Le jusnaturalisme (ou doctrines du droit naturel) est avant tout un dualisme. Ils considèrent qu'il y a deux droits. Le droit naturel et le droit positif et que ces droits sont hiérarchisés. Le droit naturel est au-dessus du droit positif. Ainsi pour certains, le droit positif contraire au droit naturel n'est pas du droit. Toujours est-il que le droit naturel doit permettre d'évaluer le droit positif. **En effet, les jusnaturalistes considèrent que le droit naturel est supérieur, échappant à la volonté humaine par son caractère transcendant.**

- Prenons comme exemple le mythe d'Antigone : Étéocle fils d'Œdipe, s'empare du trône de Thèbes et exil son frère, Polynice. Polynice mène une expédition, au cours de laquelle Étéocle et Polynice, qui sont frères, s'entretuent. Créon l'oncle d'Antigone et nouveau roi de Thèbes refuse d'enterrer Polynice pour trahison. Antigone, une nuit décide tout de même d'enterrer son frère au nom d'un droit supérieur au droit de la cité. Elle fût condamnée par Créon à être emmurée vivante. Antigone est une allégorie d'un droit naturel supérieur qui doit primer sur le droit positif.



Aristote, père du droit naturel ancien avec son célèbre ouvrage *Constitution des athéniens*

Il existe deux grandes doctrines du droit naturel :

- **Le droit naturel ancien :** Aristote, figure de proue de ce courant propose une philosophie antique, et considère la Nature comme un ensemble fini, le Cosmos. Dans ce celui-ci il y a des règles qui se dessinent (exemple : justification de la supériorité juridique des hommes sur les femmes en raison de leur différence physique résultant de la nature des choses). Ce courant trouve son prolongement dans la pensée de St

**Prépa Droit Juris'Perform**

[www.juris-perform.fr](http://www.juris-perform.fr)

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Thomas d'Aquin et la pensée scolastique. Saint Thomas fera des principes de la religion chrétienne une source du droit positif.

○ **Le droit naturel moderne** : il s'agit de la philosophie moderne qui s'intéresse, non pas au Cosmos ou à la nature divine, mais à l'Homme. La nature n'est rien, la nature est un chaos, que l'homme doit reconstruire à l'image de la pensée de Descartes et son *cogito*. Fondé sur les droits subjectifs, les théories du contrat social ont permis de considérer que l'Homme naît avec des droits qui s'imposent à tous les ordres juridiques.

Ces théories peuvent cependant être critiquées car se pose le **problème de la connaissance du droit naturel car tous les droits naturels sont métaphysiques et appartiennent à l'ordre de la morale.**

## **II. Le courant positiviste**

Il s'agit d'un monisme juridique, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un seul droit qui doit être prise en compte : le droit positif car le droit naturel, quel qu'il soit est une illusion, une métaphysique. Le seul droit est celui posé par des autorités politiques. Cela implique du point de vue de la science du droit que le juriste doit décrire le droit.

### Il existe plus courants positivistes :

- **Le normativisme** : le droit est un système hiérarchisé de normes qui s'analyse d'un point de vue pyramidal (auteur de référence : Hans Kelsen).
- **Le réalisme** : le droit est entièrement posé par l'interprète, qui en réalité crée le droit qu'il est censé appliqué (Auteur de référence : Michel Troper)
- **Le sociologisme** : Le droit est un pur phénomène social (Auteur de référence : Léon Duguit).



### III. La norme ou la règle de droit

Définition générale de la règle: « *Toute norme, juridiquement obligatoire, normalement assortie de la contrainte étatique, quelle que soient sa source (légale ou coutumière), son degré de généralité ou sa portée* ».

Quels sont les caractères généraux de la norme ?

- ➔ Elle est une règle imposée par l'Etat.
- ➔ Elle est sanctionnée juridiquement.
- ➔ Elle exprime un devoir être, c'est-à-dire que la norme prescrit un comportement.

**! Attention ! Le droit n'interdit rien !** La morale et la religion interdisent alors que le Droit prescrit. Il peut prescrire une sanction, et rapidement on en déduira qu'il est interdit de... cependant aucun code, loi, ou constitution n'interdit quoique ce soit.

Le juge ne condamne pas un tueur parce que c'est mal de tuer, il le condamne car c'est ce que prescrit le Code. Le Code pénal ne dit jamais qu'il est interdit de tuer. L'article 221-1 du Code pénal dispose : « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle. »



**Hans Kelsen, 1881-1973, célèbre juriste autrichien, auteur de la *Théorie pure du Droit***

La distinction fondamentale serait donc la sanction par l'Etat de ce comportement alors que l'Etat ne condamne pas des comportements amoraux, il condamne des comportements contraires au Droit.

Kant : « *La morale est une législation interne, autonome; le Droit est une législation externe, hétéronome.* »

Le droit est donc différent de la morale, en ce qu'il est « sanctionnable » par l'Etat.

La règle de droit est une sanction extérieure à la personne, alors que la sanction de la règle morale n'est que dans l'esprit. La morale est donc par définition subjective, alors que le droit est par nature objectif, il s'applique à tous.