



AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*

Pierre Viau

Volume 56, Number 1, février 2000

Expérience et théologie

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/401281ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/401281ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de philosophie, Université Laval

ISSN

0023-9054 (print)

1703-8804 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Viau, P. (2000). Review of [AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*]. *Laval théologique et philosophique*, 56(1), 185–188. <https://doi.org/10.7202/401281ar>

(et réciproquement, vraisemblablement). Il épousa Maria von Tucher le 16 septembre 1811 à Nuremberg, où elle lui donna deux fils en 1813 et 1814 : Karl et Immanuel (comment ici ne pas penser aux Marx et Kant qui portèrent respectivement ces mêmes prénoms, et entre lesquels incidemment — comme faucille entre *marteau et enclume*...? — se loge historiquement et intellectuellement son œuvre ?). À ses noces, l'homme de 41 ans avait déjà deux fois l'âge... de sa moitié. Dans ces années fort riches en événements privés, le penseur enfantait simultanément, en 1812 et 1813, les deux premiers de trois tomes de l'une des œuvres philosophiques les plus difficiles et les plus pénétrantes de tous les temps : la *Wissenschaft der Logik*.

Hegel n'est pas de ces hommes dont on dit qu'ils furent dès le berceau bénis des dieux. C'est un travailleur acharné qui fréquenta l'école dès l'âge de trois ans pour bientôt y maîtriser le latin, le grec, le français et même l'hébreu. Tite-Live et les Tragiques grecs occupaient déjà son esprit à l'âge où, aujourd'hui encore, on sait à peine lire. Contrairement à Schelling ou Goethe, par exemple, qui semblaient réussir tout ce qu'ils entreprenaient sans avoir l'air d'y toucher, le succès n'est jamais venu simplement à ce philosophe que d'aucuns, et non sans de solides raisons, estiment plus incontournable encore que Platon, Aristote ou Kant.

Bref s'il est opportun et à vrai dire essentiel, pour un connaisseur de l'œuvre hégélienne, de se mettre à la lecture d'une biographie du penseur, reste que pareille activité littéraire peut susciter également l'intérêt du non-hégéliologue, voire du non-philosophe. Car en filigrane c'est à l'histoire générale d'une époque, extraordinaire au demeurant, on l'a dit, que nous nous voyons finalement conviés ici.

Par-delà quelques erreurs ponctuelles mineures (notamment de dates), en particulier chez D'Hondt, et même d'imprécisions de syntaxe quelquefois, il faut en outre regretter dans les deux bouquins l'absence d'un tableau synoptique et chronologique. Pour qui n'est pas vraiment instruit ou familier des acteurs sociaux, des œuvres et des événements principaux de la période concernée, une initiative de ce genre aurait été grandement appréciée. Pour tout autre lecteur aussi du reste. Dommage enfin que Horst Althaus se soit abstenu de donner les références précises des très nombreuses citations qui émaillent son texte (hormis qu'il s'agisse d'une décision malheureuse de la traductrice et/ou de la maison du Seuil). Ainsi et comme par surcroît, il eût été plus aisé pour le lecteur vigilant de ne pas se voir abusé par des extraits tronqués ou cités hors contexte qui, comme c'est le cas en page 590, dénaturent littéralement le libellé original. Au § 342 de la *Philosophie du droit* de Hegel, il faut plutôt lire en effet que : « L'histoire mondiale *n'est pas* la nécessité abstraite et irrationnelle d'un destin aveugle »...

Jean-Luc GOUIN
Bretagne

John AUSTIN, **The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence**. Introduction par H.L.A. Hart. Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company Inc., 1998, xxxii-400 p.

John Austin (1790-1859) n'a connu le succès ni comme avocat, ni comme professeur. Les cours qu'il donna pendant cinq ans n'intéressèrent que les fidèles du cercle de Jeremy Bentham, dont John Stuart Mill. Mais la ténacité de son épouse lui apporta, sinon la gloire, du moins le respect de plusieurs générations de juristes. Elle réussit à faire publier une version augmentée des cours d'Austin sous le titre *The Province of Jurisprudence Determined*. Voici un aperçu de cet ouvrage.

Austin, recherchant d'abord la clarté et la précision des notions et des textes, met cartes sur table dès la première ligne de son introduction : « Laws proper, or properly so called, are commands [...] ». Donc les lois sont pour lui tributaires d'un double concept : celui du pouvoir d'ordonner et celui du devoir d'obéir. Qui donc détient le premier pouvoir ? Dieu qui proclame les lois divines et les autorités politiques (*political superiors*) qui édictent les normes régissant les membres d'une société indépendante. L'objet de la *jurisprudence* se limite donc à ces lois humaines positives. Tout le reste va prendre place dans la morale ou relève de la métaphore (*laws metaphorical or figurative*). Lié par cette prémisse aussi étroite que précise, Austin se voit donc forcé d'exclure des lois proprement dites les règles de l'honneur ou celles provenant de l'usage ou de la coutume. Ainsi, le droit international ne sera, pour lui, que droit par analogie et n'entrera pas dans le domaine de sa jurisprudence (*province of jurisprudence*). Or, pour nous, la coutume établie devant une cour de justice devient règle de droit positif et le droit international connaît un essor important, en particulier depuis la création des tribunaux internationaux.

Première leçon. La loi (*law*) ou la règle (*rule*) sont un ordre (*command*) ou plutôt différentes espèces d'ordres et comme le mot « ordre » comprend une règle ou une loi (parce que son sens est plus large que celui des deux autres concepts) il faut donc le préciser. Et Austin d'examiner de près cette pierre angulaire de son système qui, il faut bien s'en rendre compte, vaut d'abord et surtout pour le monde occidental. Qu'est-ce donc qu'un ordre (*command*) ? « A command then, is a signification of desire. But a command is distinguished from other significations of desire by this peculiarity : that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire. » Et il complète cette définition en ajoutant, un peu plus loin : « [...] the command or the duty is said to be sanctioned or enforced by the chance of incurring the evil ». Le *golden thread* d'Austin suit donc la ligne : ordre-obéissance-sanction. Nous sommes bien en droit positif. Pas de place ici pour le droit naturel méprisé par Austin, un utilitariste dans l'âme.

Il étudie ensuite les notions de *law*, de *rule* et de *command* dans un contexte bien pratique. L'ordre du législateur (parlement ou législature souveraine) constituera une *law* ou une *rule* car il vise une norme générale. Bien de son siècle, Austin donne un exemple de cet ordre : « For instance, the lawgiver commands that thieves shall be hanged. » L'ordre de pendre tel voleur en particulier relève non plus du législateur mais du juge. Ainsi : « [...] the command of the lawgiver is, therefore, a law or rule. But the command of the judge is occasional and particular ». Il s'agit d'un ordre différent : d'un « *judicial command* ».

Conscient du fait que certaines lois ne sont pas toutes aussi impératives que celle concernant le vol, Austin s'avance sur le terrain des lois qui « whereby create rights ». Sans s'aventurer à définir le terme *right* qui, pour lui, « comprises ideas which are numerous and complicated », il déclare que ces lois créant simplement des droits n'imposent pas un devoir d'obéissance à un ordre et ne sont point impératives. Mais, il corrige aussitôt son tir : « But every law, really conferring a right, imposes expressly or tacitly a relative duty, or a duty correlating with the right. »

Deuxième leçon. Les principes établis, Austin tente ici de distinguer le droit positif des autres normes qui lui ressemblent. Il traite des lois divines révélées et non révélées, ces dernières ne nous étant connues que grâce à la bienveillance de Dieu et au principe de l'utilité générale. Voici le divin s'alliant à l'utile. Mais pas n'importe comment. « The whole of our conduct should be guided by the principle of utility, in so far as the conduct to be pursued has not been determined by Revelation. For, to conform to the principle or maxim with which a law coincides, is equivalent to obeying that law. » De façon intéressante, Austin sert ensuite une mise en garde à ceux qui seraient tentés de faire prévaloir à la hâte leur droit et l'intérêt commun sur le bénéfice que la société pourrait retirer ou non de leur acte précipité. « But arguments drawn from utility were not to the dull taste of the

stupid and infuriate majority. The rabble, great and small, would hear of nothing but their right. They'd a right to tax the colonists, and tax'em they would : Ay, that they would : Just as if a right were worth a rush of itself, or a something to be cherished and asserted independently of the good that it may bring. »

Troisième leçon. Reprenant son thème de l'utilité générale qu'il oppose à l'intérêt particulier de certaines classes restreintes « always somewhat adverse to the interest of the great majority », Austin souligne, avec un peu de nostalgie, que la recherche des mesures propres à promouvoir l'utilité générale de la population n'est pas la façon la plus évidente de faire carrière car il n'existe pas de public impartial constitué au sein de la collectivité pour récompenser et encourager « an inflexible adherence to truth ». Pourtant, il persiste dans « sa vérité ». « If our conduct were truly adjusted to the principle of general utility, our conduct would conform, for the most part, to *laws or rules* : laws or rules which are set by the Deity, and to which the tendencies of *classes* of action are the guide or index. » Mais la conduite de l'homme varie à l'infini et on ne saurait en comprendre toutes les subtilités. Cependant, la diffusion du savoir auprès du plus grand nombre possible de personnes permettra de découvrir et de corriger les erreurs et les défauts existant dans la loi et la morale.

Quatrième leçon. Partant du constat que chaque personne est le meilleur juge de son propre intérêt et qu'elle ne connaît que vaguement l'intérêt d'autrui, Austin en conclut que le principe de l'intérêt général « imperiously demands that he commonly shall attend to his own rather than to the interests of others : that he shall not habitually neglect that which he knows accurately in order that he may habitually pursue that which he knows imperfectly ». Ainsi l'a voulu le Créateur. Précisant ici son principe fondamental, il pose que celui-ci n'exige pas que nous ayons toujours en vue le bien général (*general good, general utility*) bien que nous ne devrions jamais rechercher notre bien particulier « by means which are inconsistent with that paramount object ». Bref, « the principle of utility requires that we shall act with the utmost effect, or we so act as to produce the utmost good ».

Cinquième leçon. L'auteur divise ici les lois en lois propres et impropres. Celles-ci comprennent les lois divines et la morale positive, celles-là les lois positives. Les lois positives ou lois proprement dites sont des ordres (*commands*) provenant d'un être rationnel ou d'un corps constitué d'êtres rationnels et qui sont assortis de sanctions. Ordre-sanction, l'un ne va pas sans l'autre. Ainsi, les lois divines sont « *proper laws* » car elles sont des ordres exprès ou tacites émanant d'une certaine source. Quant aux lois positives, elles proviennent d'un supérieur : monarque, assemblée souveraine. Viennent ensuite les lois morales positives, car elles comportent ordres et sanctions. Certaines émanent des hommes vivant dans l'état de nature. D'autres proviennent des souverains mais non en leur qualité de supérieurs politiques. Les troisièmes viennent des sujets en tant que « *private persons* », et ne sont pas posées par leurs auteurs en vue d'obtenir des droits. La seconde catégorie concerne les relations entre souverains et la troisième vise, par exemple, les ordres donnés par les parents à leurs enfants.

Quant aux lois improprement dites, ce sont celles qui sont établies par l'opinion générale, les lois de l'honneur ou celles consacrant certains usages entre les nations comme le droit international. Pour Austin, on ne les appelle lois que par simple analogie. Reste les lois divines qui, tout en édictant des règles auxquelles il faut obéir, ne comportent que des sanctions morales. Ainsi demeurent-elles dans le monde de l'analogie ou de la métaphore comme les lois déclaratoires et les lois d'abrogation.

Sixième leçon. Austin termine son ouvrage en étudiant les notions de souveraineté et de société politique indépendante qui font partie intégrante de son droit positif, c'est-à-dire celui établi par un

souverain (*sovereign person*) pour les membres d'une société politique assujettie à cette personne ou à ce corps. « If a *determinate* human superior *not* in a habit of obedience to a like superior, receive *habitual* obedience from the *bulk* of a society, that determinate superior is sovereign in that society, and the society (including the superior) is a society political and independent. » Ainsi retrouvons-nous l'existence dans cette société d'un souverain et de sujets et, en réalité, seul est vraiment indépendant le souverain à qui les autres membres de la société doivent obéissance. Donc, la société politique indépendante d'Austin est composée d'un souverain et de sujets par rapport à une société politique qui est simplement membre (et donc sujet) d'une autre société politique. Tentant ensuite de définir plus précisément l'expression « société politique indépendante », compte tenu notamment du nombre de personnes obéissant habituellement à un souverain, il fait demi-tour, car il considère impossible de répondre précisément aux questions qui la concernent. « It would not enable us to determine of every *independent* society, whether it were *political* or *natural*. » Ainsi, de l'aveu même d'Austin, la notion de société politique indépendante reste vague et incertaine. Mais un nombre important de membres doit s'y retrouver pour qu'on puisse la distinguer de la société qu'il nomme « naturelle » dont les coutumes ne font pas loi car elles ne sont pas véritablement assorties de sanctions.

Son analyse du souverain nous ramène à la trilogie classique : monarchie, aristocratie, démocratie. Il en va de même quant à l'exercice des pouvoirs souverains : politiques, exécutifs et administratifs. Puis suivent quelques paragraphes sur les notions de « federal government » et « confederated states ».

Enfin, son étude concernant la nature du droit positif et du pouvoir souverain conduit Austin à une conclusion que nous connaissons bien : « [...] the power of a monarch properly so called, or the power of a sovereign number in its collegiate and sovereign capacity, is incapable of *legal* limitation ». Ainsi ne saurait exister d'illégalité pour cause d'inconstitutionnalité. Acte inconstitutionnel d'un souverain : possible ; mais illégal ? Impossible.

Autre conséquence importante du système d'Austin. Ne pouvant être limité légalement, un gouvernement souverain peut, à sa discrétion, restreindre voire enlever à ses sujets leur liberté politique n'en étant retenu que par la morale positive et la loi divine. D'où son énoncé : « Consequently, an act which the government has a right to do, is an act which were generally useful : as an act which the government has not a right to do, is an act which were generally pernicious. »

John Austin termine sa dernière leçon en résumant ainsi ses leçons : « [...] to determine the province of jurisprudence is to distinguish positive law (the appropriate matter of jurisprudence) from the various objects (noted in the foregoing lectures) to which it is allied or related in the way of resemblance or analogy ».

Pierre VIAU

Juge à la Cour supérieure du Québec

Hubert BOST, **Théologie et Histoire. Au croisement des discours.** Paris, Les Éditions du Cerf ; Genève, Éditions Labor et Fides, 1999, 160 p.

Les théologiens parlent d'histoire, nécessairement ; quelques historiens traitent, parfois, de la théologie, historiquement. L'A. se situe au croisement de ces discours et aborde des problèmes d'épistémologie historique. Spécialiste de Pierre Bayle, il est à l'aise avec les problèmes d'interdisciplinarité, et nous donne une belle page sur Bayle, le journaliste (je dirais publiciste) qui aborde des