

PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA CONSCIENCE NORMATIVE

Pedro M. S. Alves
Université de Lisbonne
Faculté de Lettres
Centre de Philosophie

ABSTRACT: Discussing from a phenomenological stance the distinction between hyletic and expressive conceptions of norms, I stress that phenomenology is able to develop an analysis of nomothetic intentionality that can surmount the opposition presented by Alchourrón and Bulygin. However, this entails a revision of the Husserlian analysis of the relationship between judgments and norms, namely of his thesis concerning the foundation of every intentional act in objectifying acts. I highlight the specificity of normative intentionality, its non-dependence on objectifying acts, and I propose to name the quality of normative acts as “ductive force”. Then, I take distance to the classical analysis of normative judgments as having the ought-form, outlining a more detailed analysis of them, namely stressing that the juridical propositions must have a richer content in order to describe norms. Then, I propose my own account based on the concept of “ductive force”. I affirm that the ductive force of norms cannot be identified only with coercion. I show that there is, even inside the juridical sphere, a variety of ductive forces, going from sheer coercion to council and recommendation. Finally, I stress the centrality of the concept of “ductive force” for a phenomenology of the social world.

Keywords: Phenomenology of Law, Judgments, Norms, Ductive force.

RESUMO: Discutindo, a partir de uma posição fenomenológica, a distinção entre a concepção hiletica e a expressiva das normas, enfatizo que a fenomenologia é capaz de desenvolver uma análise da intencionalidade nomotética que pode superar a oposição apresentada por Alchourrón e Bulygin. No entanto, isso implica uma revisão da análise husserliana da relação entre juízos e normas, ou seja, de sua tese sobre o fundamento de todo ato intencional em atos objetivantes. Destaco a especificidade da intencionalidade normativa, sua não-dependência de atos objetivantes, e proponho nomear a qualidade dos atos normativos como "força ductiva". Distancio-me, então, da análise clássica dos juízos normativos como sendo da forma “dever-ser”, apresentando uma análise mais detalhada

sobre eles, ou seja, enfatizando que as proposições jurídicas devem ter um conteúdo mais rico a fim de poderem descrever as normas. Em seguida, proponho minha versão, baseada no conceito de "força ductiva". Afirmo que a força ductiva das normas não pode ser identificada apenas com a coerção. Evidencio que existe, mesmo dentro da esfera jurídica, uma variedade de forças ductivas, partindo da pura coerção até o conselho e a recomendação. Finalmente, sublinho a centralidade do conceito de "força ductiva" para uma fenomenologia do mundo social.

Palavras-chave: Fenomenologia do Direito, Julgamentos, Normas, Força Ductiva.

1. Liminaires

Carlos Alchourrón et Eugenio Bulygin ont soutenu qu'il n'avait que deux conceptions de la nature des normes juridiques. Ou bien celle qu'ils appellent « hylétique » ou bien celle qu'ils appellent « expressive » (Alchourrón et Bulygin 1999 384-5). Par conception « hylétique » les auteurs entendaient la position selon laquelle les normes sont des entités propositionnelles ou, plus précisément, le *sens* (on ajoutera *idéal*) des expressions qu'on appelle « énoncés normatifs ». Les normes auraient donc une teneur de sens que leur serait propre, le « sens prescriptif », lequel on serait à même de trouver dans la morphologie et la syntaxe propres aux énoncés normatifs. Par contre, la conception « expressive » soutient que les normes n'ont pas un contenu propositionnel typique qui les distingue des énoncés descriptifs. Elles seraient, au contraire, le résultat de l'« usage prescriptif » du langage. Ainsi, on pourrait user la même proposition pour faire des choses tout à fait différentes, comme affirmer, poser une question, faire une conjecture ou commander, par exemple. Qu'un certain contenu propositionnel *soit* une norme, cela dépendra non pas de sa teneur de sens propre (le soi-disant « sens prescriptif »), mais de la façon dont il intervient dans un acte de parole (*speech act*) particulier. C'est seulement au niveau pragmatique qu'on pourra cerner la spécificité des énoncés normatifs.

Alchourrón et Bulygin soutiennent que ces deux conceptions sont incompatibles et mutuellement exclusives. Ou bien les normes sont des significations (des unités de sens) indépendantes de la dimension pragmatique du langage et même de la langue (il aura

donc toujours des « normes inexprimées », subsistant au plan idéal des significations) ; ou bien les normes correspondent à un certain acte de parole et il n’y aura pas des « significations normatives » (*normative meanings*) en tant que telles. En étant des actes de parole, les normes juridiques seraient essentiellement des *commandements*¹: elles correspondraient donc aux actes illocutoires directifs, selon la typification d’Austin.

Après avoir déclaré leur adoption de la conception expressive des normes, les auteurs rangent sous ces deux conceptions les philosophes du droit et les logiciens déontiques les plus connus, en reconnaissant cependant des cas ambigus.² Il y a pourtant quelque chose d’artificiel dans la typification présentée par eux. Ils n’expliquent pas si sa disjonction (ou bien... ou bien...) s’appuie sur des raisons de principe ou si elle est simplement le résultat d’une constatation de fait. La preuve principale qu’il n’y a que deux conceptions possibles de la nature des normes juridiques n’est pas présentée dans leur article. En son absence, on supposera qu’il s’agit d’une simple typification des chemins parcourus jusqu’à présent par les philosophes du droit et les théoriciens de la logique déontique.³

Il y a, quand-même, tout une autre tradition qui n’est pas prise en compte par eux. Je me réfère à la phénoménologie et, spécifiquement, à la phénoménologie directement

¹ “For the expressive conception, norms are essentially *commands* [...]” (Alchourrón et Bulygin, 1999 386).

² “Most legal and moral philosophers as well as deontic logicians share the expressive conception of norms; the most conspicuous and clear cases are those of Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Richard Hare, Jørgen Jørgensen, Manfred Moritz, Bengt Hansson, Lennart Åqvist, Joseph Raz, and Franz von Kutschera. Among the far less numerous representatives of the hyletic conception might be mentioned Georges Kalinowski and Ota Weinberger” (Alchourrón et Bulygin, 1999, 387-8). C. I. Lewis et G. H. von Wright sont, curieusement, les cas ambigus que les auteurs réfèrent (*Idem*, 386-7).

³ Pour une critique acerbe de la division de l’ontologie des normes proposé par les auteurs, voir Ota Weinberger, 1999 412-432.

issue de l'œuvre de son fondateur, Edmund Husserl.⁴ En y regardant de plus près, il semblerait que les phénoménologues du droit, tels que Reinach, Kaufmann, Schreier, Cossio, et d'autres, peuvent être classés en fonction de la disjonction d'Alchourrón et Bulygin. Il y aura, quand-même, des cas ambigus. Par exemple, avec sa théorie des « figures juridiques » (*rechtliche Gebilde*), en tant que « lois d'essence » qui conditionnent les déterminations juridiques (*Bestimmungen*) positives, Reinach pourrait être considéré comme un représentant de la conception hylétique. Malgré cela, sa théorie des actes sociaux et l'application qu'il en fait dans le domaine du droit le ramène plutôt du côté de la conception expressive.

Quoi qu'il en soit, je ne veux pas revendiquer ici une spécificité des théories d'inspiration phénoménologique déjà connues. Mais je souhaite, par contre, affirmer une aptitude de la méthode phénoménologique à donner des réponses peut-être plus justes aux grandes questions qui sont à la base de la philosophie du droit, y compris le dilemme d'avoir à choisir entre une conception pragmatique ou une conception sémantique de la nature des normes juridiques. J'essaierais donc de montrer que la phénoménologie est à même de fournir un *tertium quid* à la situation dilemmatique d'Alchourrón et Bulygin, même quand cela implique une *autocritique phénoménologique* des phénoménologies du droit, comme j'essaierais de faire ici. Par questions de fond de la théorie des normes, spécifiquement des normes juridiques, je me réfère à certains enjeux de base de la philosophie du droit tels que :

1. Qu'est-ce qu'une norme ? Autrement dit : quelles sont les conditions qui doivent être remplies pour qu'un énoncé *vaille* comme une norme et soit reconnu en tant que tel ?

⁴ Pour la phénoménologie du droit, voire les travaux de Giuliana Stella sur l'école en son ensemble (*I giuristi di Husserl ; Origini assetto, interpretazioni della scuola fenomenologica del diritto*), sur Kaufmann (*Il senso del diritto. Felix Kaufmann a confronto con Kelsen e Husserl*), sur Reinach (*Determinazione giuridica del soggetto attraverso la promessa in Adolf Reinach*), ou encore sur Gerhart Husserl (*L'interpretazione temporale del diritto in Gerhart Husserl*). Une exposition d'ensemble est aussi donné par Sophie Loidolt : *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*.

2. Quel est le rapport des normes aux valeurs ? Plus précisément : trouve-t-on une relation de correspondance, voire même de dépendance, entre le domaine des énoncés normatifs et le domaine des jugements de valeur ?

3. Quel est, somme tout, le rapport des normes à la vérité ? Du point de vue phénoménologique, il ne s'agit pas seulement de la question de savoir si on peut attribuer des valeurs de vérité aux normes ou exclusivement aux énoncés qui décrivent les normes. Phénoménologiquement, le vécu de la vérité est l'évidence. L'évidence est la conscience de la concordance entre le visé et le donné (voir Husserl XIX/2 652). Ce rapport de remplissement est un rapport cognitif. Il y a toujours là un plan objectual pré-donné vers lequel le vécu intentionnel se dirige en constituant un objet ou un état-de-choses objectif. La question est de savoir s'il y a aussi une pré-donation à laquelle les normes se réfèrent intentionnellement, et si l'intentionnalité qui pose la norme enveloppe une relation à quelque chose dont la donation viendrait la remplir à la façon d'une connaissance d'objet. C'est une question complexe et on devra distinguer plusieurs niveaux. Nommément, (i) la position originaire de la norme et son fond de pré-donation ; (ii) la visée des comportements par l'entremise des normes ; (iii) la représentation d'une norme en tant que règle pour la volonté. Il y aura là peut-être des dimensions cognitives et non-cognitives d'où sortira, par conséquent, une réponse non-uniforme à la question du rapport des normes à la vérité.

Il s'agit donc ici de questions concernant l'ontologie, l'axiologie et la dimension cognitive (ou pas) de l'intentionnalité normative, et, de plus, de la *vexata quaestio* concernant une « logique des normes » par analogie avec la logique aléthique. Quoique rapidement, j'essaierais de les analyser phénoménologiquement, en me concentrant surtout sur la première question. Cela implique :

1. Une explicitation phénoménologique de la teneur de sens de la conscience originaire de la norme ;
2. Une régression à l'horizon passivement pré-donné, à l'encontre duquel vient s'exercer l'activité qui pose les normes ;
3. L'identification, du point de vue génétique, des institutions de sens qui sont à la base du domaine normatif ;

4. Ce en quoi la position de la norme constitue en tant que telle comme objet propre de l'intentionnalité normative.

Quoique tâtonnantes et incomplètes, ces analyses essaieront d'ouvrir une voie moyenne, à même de surmonter le dilemme d'Alchourrón et Bulygin, en montrant les limites, aussi bien que les points forts, des conceptions sémantique et expressive des normes juridiques.

2. Un premier partage des eaux : règles techniques et normes juridiques

À mon avis, on n'a pas encore une claire délimitation, du point de vue phénoménologique, de la sphère de la conscience normative. Par « conscience normative » j'entends l'intentionnalité qui *pose* originairement les normes par des actes ayant une teneur de sens bien spécifique, que j'appelle « actes nomothétiques ».

Je trouve deux raisons principales à cette situation de demi-invisibilité de la forme propre de la conscience normative. Dans les analyses phénoménologiques de la normativité, il y a une constante immixtion des apports de l'intentionnalité évaluative, qui est une conscience de la valeur, et même de l'intentionnalité théorique, c'est-à-dire, des actes objectivants qui visent un état de choses dans le monde ou une relation idéale entre essences. La conséquence est que la spécificité de l'intentionnalité normative n'est pas clairement cernée. Certainement, on trouvera toujours des éléments évaluatifs et théoriques enchevêtrés dans l'intentionnalité normative. Cependant, il ne faut pas confondre ces éléments adjuvants ou concomitants avec la conscience de norme elle-même. De ce constant mélange découle une seconde raison plus lourde de conséquences : la tendance à faire du mélange même toute une théorie, en réduisant l'intentionnalité normative à l'intentionnalité qui vise la valeur et à l'intentionnalité objectivante ; bref, la tendance à réduire le domaine prescriptif à une conjugaison des plans évaluatif et descriptif.

Husserl le premier a donné le ton pour ce type de réductionnisme. Un texte bien connu des *Prolégomènes* (aux paragraphes 14 e 16, Hua XVIII 53-62) établi qu'au moins un jugement théorique et au moins un jugement évaluatif sont, de concert, à la base de

chaque position normative. Selon ces propres termes, toute discipline normative « doit posséder un contenu théorique séparable de toute idée de normation (*Normierung*), du devoir-être (*des Sollens*). » Dans l'exemple de Husserl, que je remanie ici, le jugement théorique « un guerrier peut être courageux ou lâche », qui divise l'extension du concept de « guerrier » en ce qui concerne le prédicat (essentiel, dans ce cas) de la bravoure, s'enchevêtre avec le jugement évaluatif « seulement un guerrier courageux est un bon guerrier », et la conjonction de ces deux jugements est équivalente au jugement normatif « un guerrier doit être courageux », exprimant une proposition normative que Husserl appelle la « norme fondamentale » (*Grundnorm*) pour un certain domaine d'objets. C'est ainsi que des propositions normatives comme « un drame ne doit pas être divisé en épisodes » ou « l'homme doit aimer son prochain » sont réductibles à la conjonction de jugements théoriques et évaluatives tels que « l'homme peut haïr ou aimer son prochain » et « seul un homme qui aime son prochain est un homme bon ». Le prédicat « bon » sera donc polysémique : il exprimerait, le cas échéant, l'utile, le désirable, le beau, l'éthiquement correct, ou aura encore d'autres sens, en fonction des objets concernés et du point de vue adopté pour les positions normatives. Cette « norme fondamentale », ajoute Husserl, n'est pas, en elle-même, une norme au sens prégnant du mot : « La norme fondamentale est le corrélat de la définition du 'bon' e du 'meilleur' [...] et ne constitue pas une phrase normative au sens propre » (Hua XVIII 58). Elle est donc simplement une proposition contenant une évaluation dans le domaine des connaissances purement théoriques d'objet. Ce qu'elle exprime n'est pas encore un mobile pour la pratique, une détermination de la volonté, mais seulement la « valorisation fondamentale » d'où peuvent découler ensuite plusieurs propositions normatives qui font système dans l'unité d'une « discipline normative ».

Si on pouvait penser les normes à l'instar des préceptes techniques, cette présentation serait tout à fait acceptable. Husserl eut une conscience très nette de cette ressemblance. En effet, il a appelé la discipline normative qu'il était en train de décrire comme une « technique » ou « technologie » (*Technik, Technologie* ; Hua XVIII 59), en ce sens que l'évaluation fondamentale d'une certaine discipline normative « se transforme dans une correspondante position de fin » (Hua XVIII 59, à la fin du paragraphe 15). En vérité,

si on croit à cette présentation, il n'existe aucune différence substantielle entre les préceptes pratiques de l'éthique ou du droit, dans la mesure où ils déterminent effectivement la volonté, et un ensemble d'instructions pour remonter une montre ou résoudre une équation du second degré, par exemple. On aura, ici et partout, quelque chose comme un catalogue d'instructions relatives au savoir-faire, instructions s'exprimant par le verbe « devoir », bien sûr, mais qui parlent de devoir dans un sens tout à fait technique : on doit faire ceci ou cela, si on trouve « bonne » la teneur particulière de certains objets telle qu'elle s'exprime dans la proposition normative fondamentale et si on se décide à sa réalisation concrète. Cependant, ce n'est pas le s'y connaître productif qui est en question dans une théorie des normes, nommément dans le cas de l'éthique ou du droit. C'est plutôt le *nomos* et la *praxis*, et non pas la *techne* et la *poiesis* qu'on doit cerner de plus près.

Pour l'exprimer d'une façon simple, je dirais que les normes ne sont pas réductibles à des jugements théoriques (*Jt*) et à des jugements de valeur (*Jv*), nommément à l'évaluation fondamentale, en fonction de la position préalable d'un but (*Pb*). Je dirais donc que la formule :

$$I. \text{ Pour toute norme } N, N = Pb (Jt \& Jv)$$

sera seulement valide pour les règles instrumentales et pour l'activité productive en général, non pas pour le cas des normes au sens prégnant du droit. En quoi la différence consiste-elle, demandera-t-on ? J'ajoute deux différences, que me semblent importantes.

En premier lieu, une norme technique (une règle) lie les sujets seulement à la condition qu'ils désirent et posent un certain but, pour lequel la règle décrit les procédures qui amènent à sa réalisation. Si, par exemple, on ne veut pas trouver les solutions d'une équation quadratique, la méthode de résolution, quoique valide (au sens qu'elle est efficace pour la réalisation du but), n'a aucun pouvoir pour déterminer la volonté. De plus, plusieurs règles techniques peuvent conduire à la réalisation de la même fin. Le choix est déterminé par des considérations d'efficacité. On trouve une situation un peu différente dans le cas des règles constitutives non-techniques, comme les règles d'un jeu, soit le football, les échecs, ou autres : les règles sont ici strictement obligantes et, à la condition qu'on désire effectivement jouer, on n'aura pas de choix. Bien que le but ne soit autre que

l'exercice même de l'activité décrite par la norme, ces règles n'ont, cependant, aucun pouvoir de déterminer les sujets et leur comportement en l'absence du désir respectif. Pour celui qui ne s'intéresse pas aux échecs, c'est comme si ses règles n'existaient pas dans le monde. Par contre, les normes du droit lient les sujets dans la mesure où ils se trouvent dans une situation particulière concrète, indépendamment de leurs désirs ou des buts qu'ils ont. Il y a des situations plus ou moins permanentes, comme être un citoyen, avoir l'âge de majorité, être marié ou divorcé. Il y a des situations occasionnelles, comme l'héritage, les procédés de signature d'un contrat, par exemple. De toute façon, une caractéristique des normes juridiques c'est son pouvoir de lier les sujets concernés et de ne pas être, en son actualité, conditionné par un désir particulier et la position d'un but ou par un choix déterminé par des raisons d'efficience. Les normes, au dire de Kelsen, sont *valides*, et la validité est leur mode propre d'existence. Cette validité ne doit être confondue ni avec la validité au sens technique (telle règle est une méthode valide pour...), ni avec la validité au sens de la valeur (le valable n'est pas l'évaluable). Par validité, au sens normatif, il faut entendre cette propriété des normes de *lier* les sujets : une norme est toujours « en acte » (*ens actu*), depuis sa promulgation jusqu'à sa dérogation. Ce pouvoir de lier sans conditions n'est pas, toutefois, toujours une coaction stricte, un pouvoir absolu de soumettre. Contre la vision impérative du droit, il ne faut pas mettre sur un même pied le pouvoir de lier (la validité normative) et la contrainte (le *jus cogens*). La norme juridique lie directement, mais elle ne contraint pas toujours. En effet, des documents comme des recommandations, des avis, ou la « législation souple » (*soft law*, en opposition au *hard law*) font partie de l'univers juridique, mais n'ont pas une force contraignante (je reviens sur ce point).

Deuxièmement, il y a une difficulté à mon avis insurmontable au cœur même de la conception husserlienne : c'est que, au contraire des règles techniques, la *qualité d'acte normative* (au sens précis du concept phénoménologique de « qualité », *Qualität*) n'est pas dérivable, et donc réductible, à une combinaison de jugements théoriques et de valeur dont l'efficacité pratique dépendra de la position préalable d'un but. En effet, pour l'Husserl des *Recherches Logiques*, tout se passerait comme si le domaine normatif était un champ de commandements ou impératifs basés à la fois sur un plan axiologique et un

plan théorique plus fondamentaux. Pour obtenir le domaine normatif à partir de ces deux derniers, Husserl fournit la formule de dérivation suivante : du jugement thétique « Seul un A qui est B a la propriété C » s'ensuit le jugement de valeur « Seul un A qui est C est un bon A » et, finalement, l'injonction (la supposé *Grundnorm* qui est à la base des phrases normatives) « A doit être B », laquelle prescrirait à la sphère des faits – ici, celle des agents et des actions – comme une exigence objective à laquelle ils seraient nécessairement soumis.

À y voir de plus près, toutefois, la nécessité qu'Husserl obtient par cette dérivation (liée à la copule « devoir » de la *Grundnorm*) n'est, cependant, qu'une nécessité à mi-chemin entre une nécessité *ontique* (qui exprimerait cette conformité inexorable du fait avec *son* essence dont Husserl parle dans l'introduction de *Idées I* – voir Hua III-1 19-20), et une nécessité simplement *hypothétique* pour la volonté. Il ne s'agit pas ici encore d'une nécessité *déontique*, basée sur une prescription, laquelle lie la volonté indépendamment des désirs qu'on a et des fins qu'on se donne. Il s'agit, en vérité, d'une nécessité qu'on pourrait énoncer de la façon suivante : « si *x* est un guerrier, et si *x* veut être un bon guerrier, alors *x* doit nécessairement être un guerrier courageux, parce qu'un guerrier non-courageux ne peut pas être un vrai guerrier ». On voit immédiatement que cette exigence objective « si *x* veut être un bon A, alors *x* doit être B » ne formule pas encore une *obligation* pour *x*, c'est-à-dire qu'elle ne contient pas une coaction pour la volonté de *x*, qu'elle ne lui commande pas d'être un bon guerrier. Elle est tout à fait identique à la proposition « Seul l'or 24 carats est un or pur (un or *bon*) », de laquelle dérive « l'or doit avoir 24 carats ». Ceci, cependant, est l'expression d'un « devoir » ontique et pas déontique, d'où découleront des normes techniques particulières pour la production du « bon » or ou pour l'entraînement d'un « bon » guerrier (telles que des exercices pour cultiver un caractère intrépide, etc.) Ainsi, ne pouvant pas déterminer le type de lien qu'on doit établir entre la norme et la volonté de *x*, la formule husserlienne de la normativité est seulement hypothétique : si *x* veut être D, alors il doit vouloir F, étant donné que F est un prédicat essentiel ou une condition nécessaire pour être D. Toutefois, une caractérisation complète de la qualité d'acte normatif doit aller plus loin : elle doit définir la façon dont la volonté de *x* se trouve liée par la norme – comme une obligation, une suggestion, un conseil, ou

autre encore. Ce mode de liaison qui fait partie de la teneur de sens de l'acte normatif je le nommerais dorénavant la « force ductive » de la norme (du latin *ductio, ducere*). La formulation husserlienne de la normativité ne la contient pas vraiment. Elle dit qu'un A (« authentique », « bon », « pur ») doit être B, c'est-à-dire, elle parle de devoir ontique, en disant ce que c'est un A authentique, mais elle ne dit pas jusqu'à quelle point les sujets sont soumis à la norme et quelle est la teneur de cette soumission (obligation, conseil, etc.)

Bref, la question décisive est la suivante : la forme de la normativité n'est pré-contenue et ne peut pas, en conséquence, être dérivée de jugements thétiques, ou des jugements théoriques, ou des jugements évaluatifs, ou de la combinaison des deux. Pour le voir clairement, on comparera les jugements :

1. Seul un guerrier courageux est un bon guerrier ;
2. Le guerrier doit être courageux (pour être pleinement guerrier) ;

avec la norme :

3. Le guerrier est courageux (et ça c'est une obligation stricte pour tout guerrier).

Dans le cas de 3., le « est » a un sens normatif – il ne décrit pas un fait, disons, que tel ou tel guerrier est courageux, il ne dit pas ce que c'est un guerrier selon son essence ; au contraire, il impose un certain comportement au guerrier, mode d'imposition qu'on peut expliciter dans le parenthèse. Or, quand on la compare avec 1. et 2., la formule 3. contient une qualité d'acte (celle de la normativité) qu'on ne saurait dériver de 1., qui exprime une évaluation basée sur une loi d'essence, et de 2., laquelle exprime un devoir-être, bien sûr, mais un devoir-être ontique, statuant ce que c'est qu'un vrai, qu'un authentique guerrier. De cette *Grundnorm* (qui est encore une proposition théorique, comme le souligne Husserl) découlera par après un devoir-être technique ou instrumental, c'est-à-dire un ensemble de normes concernant les règles du savoir-faire, normes dont la validité dépendra toujours des désirs qu'on a et de la position de quelque fin qu'on réalise effectivement (produire de l'or pur, être un vrai guerrier, etc.). Par contre, la validité normative n'est pas dépendante d'une situation de fait quelconque.

On rencontre ici la vétuste irréductibilité des jugements en *ought* aux jugements en *is*, dont Hume a parlé le premier, ou, dans ma formulation, d'un devoir déontique à un

devoir ontique et, par extension, des normes au sens prégnant aux normes instrumentales. Theodor Lessing, qui a été élève de Husserl pendant deux années et a assisté à ses cours sur la *Wertlehre*, a aussi donné expression à cette discontinuité dans son œuvre de 1914 *Studien zur Wertaxiomatik, Untersuchungen über reine Ethik und reines Recht*. En effet, en comparant les domaines d'une théorie (formelle) des valeurs et des principes normatifs pour le vouloir, il refuse de concevoir les derniers comme étant dérivables immédiatement des premiers. Il écrit :

Il faut donc que se développe un groupe de propositions de valeur aprioriques entièrement nouveau, en tant que membre intermédiaire entre les propositions théoriques, aprioristiques, absolument objectives de la mathématique des valeurs et les propositions aprioristiques normatives sur le vouloir et la répulsion corrects [...]. (Lessing, 1914 36)⁵

Nonobstant, la présupposition commune aux deux autres c'est que la normativité est fondée sur un plan axiologique préalable (au plan matériel, pas seulement formel), comme si toute pratique concrète était la réalisation de valeurs déjà préexistants. Au contraire, sans nier que des jugements évaluatifs (qui sont encore thétiques) interviennent dans l'intentionnalité normative, je soutiens que l'intentionnalité normative constitue originellement des nouveaux objets et situations, et que c'est dans ce nouveau domaine que les jugements de valeur rencontrent ces thèmes propres. Cela revient à concevoir la sphère normative et pratique comme une sphère autonome, qui régit par sa teneur spécifique et sa rationalité propre les emprunts qu'elle demande aux domaines théorique et évaluatif.

⁵ „Es muß somit eine ganz neue Gruppe apriorischer Wertsätze entstehen; als ein Zwischenglied zwischen den rein theoretischen, apriorischen, absolut objektiven Sätzen der Wertmathematik und den normativen apriorischen Sätzen über richtiges Wollen und Widerwollen [...]“.

4. Qu'est-ce que c'est une norme ?

La raison de cette dernière affirmation de l'autonomie du plan normatif relativement aux jugements thétiques, qui peut paraître paradoxale, c'est que les normes au sens prégnant du mot, nommément une grande partie des normes juridiques, ont un pouvoir originairement *constitutif* de tout un nouveau domaine d'objets, objets qui, par conséquent, ne sont pas encore disponibles pour les actes thétiques (soit théoriques, soit évaluatifs) avant que les actes nomothétiques les instituent.

Par exemple, quand la constitution française dit que « Le Président de la République nomme le Premier ministre » (article 8), cela ne se réfère ni à un fait, ni signifie que le Président doit nommer le Premier ministre, ou qu'il soit autorisé à le faire, ou encore qu'il ne soit pas interdit de le faire. Cette norme *précède* le champ des faits (réels ou possibles), ainsi que toutes les normes prescriptives. Elle dit simplement qu'il y a un « Premier ministre » quand et seulement quand il y a un acte de nomination par le Président, et cette capacité de nommer n'est pas une obligation au sens prescriptif (un commandement), mais plutôt une définition d'un pouvoir constitutif de ce que c'est un Président de la République et du processus par lequel il y a quelque chose comme un Premier ministre. L'acte normatif a certainement une pensée directrice. Dans ce cas, la relation de nomination entre le Président et le Premier ministre. Cependant, cette pensée ne s'articule pas selon une modalité positionnelle quelconque, elle ne vise pas son objet comme un *fait*, possible ou réel. Elle est simplement le *sens de l'acte normatif* et non pas un élément d'un acte thétique, positionnel⁶. La preuve ultime c'est que, si on faisait abstraction de toutes les objets qui sont constitués originairement par des actes normatifs, *il ne resterait rien* qui pourrait être l'objet d'un acte thétique, c'est-à-dire, d'un acte visant son objet sur quelque modalité d'être que ce soit (existant, possible, etc.) Resteraient, sûrement, les

⁶ L'intentionnalité normative a donc un contenu de pensée propre, et, pour cerner le contenu de pensée commun aux actes thétiques et nomothétiques, on se souviendra ici du concept Kelsien de « substrat modal indifférent », lequel se réfère au sens qui peut être, *qua sens*, énoncé selon la modalité du *Sein* ou selon celle du *Sollen*.

personnes concernées, dans leurs dimensions physiques et morales. Cependant, il n’y aurait plus quelque chose comme un Président, un Premier ministre, et un acte institutionnel dont le sens propre serait la nomination. On ne trouvera donc rien de ce qu’un acte théorique serait à même de viser avant que l’intentionnalité normative constitue ses objets, raison par laquelle l’acte normatif n’a pas, à l’évidence, un acte objectivante, théorique à sa base ; bien au contraire, c’est le pouvoir constituant de l’intentionnalité normative qui ouvre la possibilité des actes théoriques (tant théoriques qu’évaluatifs) visant les objets qu’elle institue.

En effet, les normes qui caractérisent certains objets comme un premier-ministre, un majeur d’âge, un document authentique, un homicide, ou les phases et acteurs de la procédure législative, par exemple, constituent des objets et des états-de-choses nouveaux qui façonnent le domaine où peuvent intervenir, par après, les normes prescriptives, qui obligent, interdisent ou permettent. En utilisant la distinction, développé par Searle, entre règles constitutives et régulatrices, je dirais que la dimension plus profonde de l’intentionnalité normative est celle de constituer originairement des objets, créant par son entremise des rapports, des qualités et des comportements qui *n’auraient pas de sens* (et donc de réalité) en son absence. À vrai dire, cela n’est pas une spécificité de la norme juridique. On trouve un grand nombre d’exemples de normes constitutives hors du champ de la juridicité (le cas qui revient toujours est celui des règles des échecs). Néanmoins, avec ses normes, la sphère juridique ne *propose* pas simplement des comportements et des rapports intersubjectifs qui peuvent être ou ne pas être réalisés par les sujets (comme jouer une partie d’échecs) ; au contraire, elle *impose* ses nouveaux comportements, qualités et rapports, au sens que les individus concernés ne peuvent pas leur échapper, dans la mesure où, je l’ai souligné, la norme juridique lie les sujets en instituant des qualités et des relations indépendamment de leur volonté et de leurs désirs. Le résultat de cette dimension constitutive de l’acte normatif sera donc celle d’instituer, au-dessus de la sphère pré-donné d’une communauté intersubjective empathique et communicative, les couches supérieures de sens d’un monde social. La fonction constitutive de la norme a donc partie liée avec l’ontologie du monde social.

On voit que la teneur de sens de l'intentionnalité normative est très variée. Elle contient des dimensions constitutives ; elle contient aussi des normes au sens de la prescription, comme celles qui obligent ou interdisent, et encore des normes sanctionnatrices (on ne les interprétera pas comme des commandements donnés aux autorités, comme l'a fait Kelsen). De plus, les normes n'expriment pas toujours une contrainte stricte : l'univers normatif va de la coaction, d'un côté, au conseil, à l'avis et à la recommandation, de l'autre (on présente cette division comme la ligne de partage entre le droit et l'éthique, mais je soutiens qu'on peut la trouver aussi à l'intérieur de l'univers juridique). Si on respecte cette richesse ou cette souplesse de sens, on rejettera l'approche prescriptiviste – qui est aussi défendu par Alchourrón et Bulygin dans leur théorie « expressive » (pragmatique) des normes –, selon laquelle les normes sont toujours, essentiellement, des commandements, ainsi que l'ancienne tendance, qui a prévalu aussi chez les phénoménologues du droit, à considérer que le syntagme « devoir-être » exprime le sens de l'intentionnalité normative.

Relativement à cette dernière thèse (je discuterais la première dans la prochaine section), on doit reconnaître qu'elle est presque consensuelle chez les phénoménologues du droit. Par-delà Husserl lui-même, qui voit dans le syntagme « devoir-être » l'expression du sens propre de la normativité, je ne citerais que deux cas paradigmatiques. Le premier est celui du phénoménologue Felix Kaufmann qui, en suivant Kelsen, voit l'origine du droit dans un *Soll-Satz*, c'est-à-dire, dans un énoncé de devoir-être, lequel, encore en accord avec Kelsen, implique un jugement hypothétique qui articule une norme secondaire et une norme primaire :

Um sujet A doit réaliser un comportement C1 et, s'il ne le fait pas, devra alors avoir lieu, contre lui, un comportement C2.⁷

⁷ „Jeder Rechtssatz konstituiert sich als Doppelnorm in der Weise, dass das Soll-Subjekt der primären Norm „Zielpunkt“ des in der sekundären Norm gebotenen Verhalten wird. Der „reine einfache“ Rechtssatz lautet: Ein Subjekt A soll ein Verhalten V1 an den Tag legen, tut es dies nicht, so soll ihm gegenüber ein Verhalten V2 platzgreifen“ (Kaufmann 1922 91).

L'autre cas c'est celui du phénoménologue argentin Carlos Cossio, lequel, aussi à l'instar de Kelsen, décrit de la façon suivante la proposition juridique explicitant le contenu de sens de la norme :

L'analyse phénoménologique du problème normatif que l'égologie a réalisé [...] établit [...] que la norme est un jugement et que, dans ce jugement, la copule est le verbe *devoir-être* et non pas le verbe être. [...] *Étant donné A, il doit être B.*⁸

Ceci revient à défendre une théorie « hylétique » de la norme, selon la classification d'Alchourrón et Bulygin. Je ne suis pas d'accord avec cette thèse, bien que mon désaccord ne soit pas dicté par le refus de reconnaître un contenu sémantique (et aussi syntaxique) propre aux normes. Mon argument est plutôt basé sur un des points forts de l'analyse husserlienne de l'intentionnalité. Je me réfère à la séparation stricte entre matière intentionnelle et qualité d'acte, aussi bien qu'à la thèse selon laquelle l'attitude doxique (ici, non pas comme doxique, mais plutôt nomothétique) qui est impliquée dans l'assertion ne se reflète pas dans le contenu propositionnel de l'énoncé, c'est-à-dire, dans sa matière, notamment dans la copule.

Cette thèse a été établie par Husserl au cours d'une discussion serrée de la théorie Brentanienne du double-jugement. Selon Brentano, le contenu propositionnel d'un jugement « A est B » devrait être entendu comme une assertion double dans laquelle le « est » exprimerait à la fois la croyance que « A existe » ou que « AB existe » (Brentano l'appelle *Anerkennung*, reconnaissance, admission) et la relation prédicative au sens strict. Ainsi, dans sa teneur d'ensemble, le jugement signifierait « le A qui existe est B » ou « Le A qui est B existe », selon que la représentation de base soit simple (seulement « A ») ou complexe (« AB »). Contre cette doctrine du double jugement, Husserl a montré d'une manière qui me semble tout à fait convaincante que le « est » a, dans la proposition, une fonction simplement copulative, étant donné qu'il n'y a pas aucune différence entre le

⁸ “El análisis fenomenológico del problema normativo que ha efectuado la Egología ... establece ... que la norma es un juicio y que en ese juicio la cópula proposicional es el verbo *deber ser* y no el verbo *ser*. ... *Dado A, debe ser B*” (Cossio, 1964, 332-333 e 353).

contenu propositionnel d'une phrase, disons « Marte est trois fois plus grand que la Terre », quand elle est énoncé assertivement comme vrai, ou quand elle est simplement comprise sans qu'on prenne position sur sa vérité, ou quand elle est refusé comme fausse. En effet, si la croyance ou la non croyance, ou encore quelque autre attitude doxique venait se projeter sur le contenu propositionnel, nommément sur le « est », on aurait donc plusieurs propositions et non pas seulement une. Cela revient à dire que le « est » peut avoir seulement une fonction copulative (« logique » et pas « doxique ») et que la qualité positionnelle du jugement (croyance, etc.) n'est pas incorporée dans son contenu propositionnel.

Or la thèse selon laquelle la proposition juridique contient le syntagme verbal « devoir-être » a le semblant d'une retombée dans la conception brentanienne, dans la mesure où elle suppose que la qualité normative de l'acte doit s'exprimer dans sa matière propositionnelle. Carlos Cossio est un cas frappant de cette tendance. Dans un passage de sa *Teoría Ecológica del Derecho*, il écrit :

On sait déjà que le devoir-être copulatif se réfère à la concordance, établie et énoncée par lui, entre les deux termes de la norme ; tandis que le devoir-être de la norme dans son ensemble se réfère à la concordance entre elle, en tant qu'indication de comportement, et la perception du comportement qui est visée par elle.⁹

En un mot, le « devoir-être » établit une connexion copulative entre les termes de la proposition et, à la fois, exprime que la proposition, dans son ensemble, a une valeur obligatoire relativement aux comportements de ses destinataires. Cette thèse semble être un bouleversement de la distinction stricte entre matière et qualité, aussi bien que de l'évidence qu'une même matière peut devenir le soubassement d'actes doxiques différents, tels que l'affirmation, la supposition, le doute, etc., en demeurent cependant

⁹ “Ya sabemos que el deber ser copulativo se refiere a la concordancia, por el establecida y enunciada, entre los dos términos de la norma; en tanto que el deber ser de la norma en conjunto se refiere a la concordancia entre ella como mención de la conducta y la percepción de la conducta por ella mentada” (Cossio, 1964, 369).

inchangé en ce qui concerne son contenu propositionnel. Pour revenir à l'exemple précédent, le contenu propositionnel « Le Président nome le Premier ministre » est toujours le même, qu'il soit énoncé dans un acte avec force assertive ou dans un acte avec force normative (je reviendrais sur ce point). Dans le premier cas, il s'agit d'une phrase déclarative qui décrit, d'une façon vraie ou fautive, un article de la constitution française ; dans le second, il s'agit de la norme elle-même, laquelle ne décrit pas, mais détermine comment quelqu'un peut être constitué comme Premier ministre. Bien que la force, ou ce que nous appelons la « qualité d'acte », soit totalement différente, le contenu propositionnel demeure invariable. Par contre, selon Cossio, le contenu propositionnel devrait être différent, notamment la copule « est » de la norme devrait pouvoir être substitué par la copule « doit-être » dans la proposition juridique, en exprimant celle-ci, de manière double, la connexion entre les termes de la proposition et la force normative de la proposition dans son ensemble. Cependant, il est évident que la norme « Le Président nome le Premier ministre » n'est pas équivalente, du point de vue sémantique, à la proposition juridique « Le Président doit nommer le Premier ministre ». La norme ne dit pas qu'il est préférable que le Président nome le Premier ministre (si on admet l'interprétation faible de « devoir »), ni que c'est une obligation du Président que de nommer le Premier ministre (en admettant l'interprétation forte) ; la norme dit simplement qu'il y a un Premier ministre quand il y a un acte de nomination par le Président. Cela ne peut pas s'exprimer en termes de « devoir-être » dans la proposition juridique.

Par ailleurs, le « devoir-être » qui est introduit dans la description de la norme, en plus de changer le sens, est encore bien loin pouvoir exprimer la force normative. Dans un travail récent, Paolo di Lucia a fait une analyse de la polysémie du « devoir-être » (Lucia, 2003). Il a distingué un sens boulettique, un sens axiotique et un sens eidétique de « devoir ». Le premier a à voir avec désirs et volitions, comme quand on dit « Tu dois rentrer à 12 heures », une forme elliptique de dire « Je veux que... » ou « Je t'ordonne de... » Le deuxième exprime une évaluation en ce qui concerne ce qui est bon à une occasion donnée, ce qui n'a pas besoin d'être nécessairement désiré ou voulu. Par exemple : « le drame ne doit pas être divisé en épisodes », « Tout homme doit aimer son prochain ». Le troisième, le devoir eidétique, exprime une nécessité d'essence, comme

dans la phrase « Un triangle équilatéral doit avoir les trois angles égaux », ou encore, dans le mot de Reinach, « De la promesse doit naître une prétention ». Les trois sens s'organisent d'après des concepts de *vouloir*, de *valoir* et de *nécessité ontique*, celle-ci entendue d'après le sens que Albert Hofstadter lui a donné :

Nous avons une *nécessité ontique* quand [...] le fait qu'une chose soit quelque chose *nécessite* qu'elle soit autre chose, ou quand le fait d'être quelque chose *l'empêche* d'être autre chose.¹⁰

Pace Reinach et Lucia, le « devoir-être » copulatif, dans la proposition juridique (Cossio, toutefois, se réfère plus précisément, avec cette expression, à la relation entre les membres du jugement hypothétique : « si A est, alors il doit être B »), n'exprime pas une nécessité d'essence. Il décrit simplement ce que la norme statue, comme quand on dit, en fonction de la norme « Le fait, pour tout conducteur, de circuler en sens interdit est puni de l'amende... » (Code de la Route, article R412-28), que le conducteur qui circule en sens interdit *doit être* condamné à une amende. Cet usage du syntagme « devoir-être » est simplement une description de la connexion entre l'infraction et la sanction. Cependant, Cossio exige qu'il y ait, dans la proposition juridique, encore une autre fonction et également un autre sens qui exprimerait le caractère obligatoire de la norme dans son ensemble. C'est-à-dire, un sens qui devrait, d'une façon autoréférentielle, signifier : « Si quelqu'un circule en sens..., alors il *doit être* sanctionné d'une amende *et* cela est une obligation (un « devoir-être ») pour les autorités compétentes ».

Cossio prend appui sur Husserl lui-même afin de corroborer son analyse de la proposition juridique. L'argument husserlien qu'il reprend consiste à montrer qu'en visant un état-de-choses par une expression significative, on vise à la fois deux choses, à savoir, « que A est B », ce qui est vécu et exprimé, et que « il est vrai que A est B », ce qui est vécu mais non pas exprimé. (Cossio, 1964, 355). *Mutatis mutandis*, la proposition

¹⁰ “We have *ontic necessity* when, for instance, something's being *necessitates* it to be something else, or when its being something *prevents* it from being something else” (Hofstadter, 1957, 603)

juridique affirmerait que “B doit être, si A est” et que « il est obligatoire que B soit, si A est”. Elle le ferait, cependant, explicitement, j’ajoute, étant donné que la proposition juridique doit manifester expressément le contenu global de la norme. Or, compte tenu que ce n’est pas le chercheur en droit positif qu’énonce avec force obligatoire (dans le cas de l’énonciation normative, la force obligatoire est vécue, mais non pas exprimé dans le contenu propositionnel de la norme), mais plutôt le législateur, la proposition juridique doit énoncer *descriptivement* le double sens, copulatif et obligeant, du « devoir-être ». Il s’agit d’une conséquence que Cossio ne semble pas avoir tenu en compte. Or, quand on tient compte de ce corolaire, l’analyse de Cossio ne peut plus se revendiquer de l’autorité d’Husserl au sujet de ce qui est vécu et exprimé ou vécu mais non pas exprimé dans un énoncé. Dans la proposition juridique, les deux doivent être également exprimés. Et, dans ce cas, quand on exprime descriptivement le devoir-être copulatif et le devoir-être relevant de la force obligatoire de la norme dans son ensemble, l’unité sémantique du « devoir-être » se trouve complètement brisé.

En fait, en analysant le sens de propositions comme « A est B » et « il est vrai que A est B », Husserl montre – à juste titre, il me semble – que les objets intentionnels des deux propositions sont tout à fait différents. Dans le premier cas, nous sommes intentionnellement dirigés vers l’état-de-choses objectif, à savoir, vers le fait que A est B, et nous l’affirmons dans la phrase déclarative (*Aussagesatz*) correspondante. Dans le second cas, par contre, nous sommes dirigés vers la proposition elle-même, vers le « noème propositionnel », et nous affirmons non pas l’état-de-choses, mais plutôt le fait que la proposition, dans ce qu’elle *dit*, est vrai ou fausse. Dans ce second cas il est exigé un acte intentionnel spécifique que Husserl appelle « réflexion catégorielle ». Ainsi, par analogie, dans la proposition juridique qui décrit la norme « A est B », le doublet « A doit être B » et « A est B doit être » utilisent le syntagme en deux sens différents, qui ne peuvent pas être amalgamés, comme le veut Cossio, dans un énoncé unique de la forme « si A, B doit être », dans lequel le « doit être » aurait à la fois le sens copulatif et le sens de la force contraignante relatif à la norme dans son ensemble. A en croire l’analyse de Cossio, on aurait, dans la proposition juridique qui exprime explicitement le contenu de la norme (sa

matière et sa qualité), le cas entièrement anormal d'un « devoir-être » autoréférentiel mélangé avec un « devoir-être » copulatif.

Cette analyse est donc invraisemblable. Le « devoir-être » devient équivoque, allant de la qualité de l'acte à la matière intentionnelle. Ces deux niveaux de sens du « devoir-être » peuvent – et doivent – être différenciés dans la proposition juridique, étant donné qu'ils se réfèrent, respectivement, à la matière intentionnelle (le « devoir-être » copulatif) et à la qualité normative de l'acte (le « devoir-être » qui décrit la force contraignante de la norme dans son ensemble). Cette différenciation ne pourra cependant se faire qu'*en abandonnant* l'idée selon laquelle le syntagme « devoir-être » est la formule correcte pour exprimer le contenu des normes. On doit, ici, se passer des équivoques du « devoir-être » et chercher un métalangage pour exprimer descriptivement le contenu des normes en ce qui concerne leur contenu propositionnel et leur qualité d'acte. Cela, on le fera, par exemple, par la conjonction de plusieurs propositions, à savoir :

II. Si N est une norme, alors N est décrite par

- (i) son contenu propositionnel : N dit que « Le fait ... de circuler en sens interdit est sanctionné par une amende... » ;
- (ii) sa validité : N est *valide* dans l'ordonnement juridique tel ou tel ;
- (iii) sa force ductive (sa qualité d'acte spécifique) : N a une *force* contraignante.

5. La force ductive

Comme je l'ai dit avant, mon autre point c'est que la qualité d'acte des actes normatifs exhibe une telle variabilité qui n'est pas tout à fait exprimable par le simple « devoir-être », étant donné que la force ductive contraignante n'est qu'un cas, sans doute important, des modes possibles que la duction, lié à la force normative, peut revêtir. Je refuse donc la conception d'Alchourrón et Bulygin selon laquelle les normes sont toujours des commandements en ce qui concerne leur qualité d'acte.

La question autour de qualité de l'acte normatif peut être formulée en partant de la distinction de Frege entre « contenu » et « force ». D'après Frege, un sens propositionnel,

qui exprime une pensée, peut être le contenu d'un acte assertif, mais également, en demeurent le même, peut donner lieu à une question à laquelle on répond par oui ou non, ou être l'antécédent d'un jugement hypothétique. Chaque fois, il y a un élément identique, la pensée elle-même, et une variabilité des modes d'énonciation, lesquels transforment cette pensée en des phrases assertives, interrogatives ou conditionnelles. Comme Frege écrit dans *Der Gedanke*,

Phrases interrogatives et phrases déclaratives contiennent les mêmes pensées ; la phrase déclarative, cependant, contient quelque chose en plus, à savoir, justement l'assertion. Aussi la phrase interrogative contient quelque chose en plus, à savoir, une sollicitation.¹¹

Par contre, Frege distingue, dans le même passage, d'autres phrases, comme les optatives, les impératives et rogatoires, qui ne peuvent pas être considérées des « pensées », étant donné que leur sens n'était ni vrai ni faux.

La question phénoménologique sur la qualité des actes a une similarité structurelle avec ces distinctions frégréennes. La séparation entre contenu et force correspond à la distinction entre matière intentionnelle et qualité de l'acte, et la distinction entre phrases qui expriment des pensées susceptibles d'être vraies ou fausses correspond à la distinction phénoménologique entre actes objectivants et actes fondés (tels que désirs, volitions, évaluations). La question est donc celle de savoir où doit-on repérer la qualité nomothétique : dans la classe des actes objectivants, lesquels ont un contenu propositionnel susceptible d'être vrai ou faux, ou dans celle des actes fondés, qui ont bien sûr un acte objectivant pour base, mais qui ne sont pas, en eux-mêmes, des actes de qualité objectivante et ne sont pas non plus ni vrais ni faux.

Les phénoménologues ont refusé toujours la vision, triviale à la fin du XIXème siècle, des normes comme des impératifs ou commandements, accompagnés ou non par

¹¹ „Fragesatz und Behauptungssatz enthalten denselben Gedanken; aber der Behauptungssatz enthält noch etwas mehr, nämlich eben die Behauptung. Auch der Fragesatz enthält etwas mehr, nämlich eine Aufforderung“ (Frege, 2003, 40-41).

des sanctions. La raison profonde pour cela c'est, à mon avis, l'apparente convertibilité entre jugements et normes dont j'ai parlé plus haut, c'est-à-dire, le fait que le contenu propositionnel se maintient inchangé quand on passe d'un jugement, avec force assertive, à une norme. En vérité, le contenu « Le Président nome le Premier ministre » peut fournir la matière tant pour un acte thétique que pour un acte nomothétique et fonctionner, le cas échéant, comme une phrase déclarative ou une norme. Bien au contraire des actes fondés, dont le contenu propositionnel doit être précédé par des clauses comme « je désire que... », « je t'ordonne que... », la convertibilité des jugements en normes est directe, n'ayant pas nécessité des clauses propres aux actes fondés. Cette similarité flagrante est à la base du refus de Kaufmann, aussi bien que de Reinach ou Spiegelberg, de construire la normativité comme un ensemble de commandements ou ordres, même si ces ordres sont entendus d'une façon impersonnelle. Cela signifie, dans l'idiote de la phénoménologie, que l'acte normatif n'est pas un acte fondé. Qu'est-ce que c'est, alors ? L'unique voie qui resterait apparemment ouverte est celle qui a été parcouru par Cossio : étant donné que l'acte normatif n'est pas un acte fondé sur un acte objectivant de base, il sera alors un jugement, donc un acte fondant, pas un acte fondé, qui se distinguerait du jugement doxique (thétique) en vertu du fait que dans la copule s'exprime un « devoir-être » et non pas un « être ». De là l'insistance de Cossio sur la nécessité d'une logique du devoir-être, en parallèle à la logique modale aléthique et irréductible à celle-ci, d'après quelques intuitions essentielles de la logique déontique de von Wright, lesquelles Cossio discute explicitement (Cossio 1964 333 e suivantes).

Cependant, comme l'a remarqué Paul Amselek, « l'idée confuse du devoir-être n'est qu'une autre façon d'exprimer la structure propre de la norme en tant que modèle, en tant qu'instrument d'évaluation » (Amselek, 1962 81). L'observation de Paul Amselek est importante. On doit distinguer entre le contenu sémantique des normes et la fonction propre de l'acte normatif. Quant à leur contenu, les normes peuvent être des permissions, des obligations ou des prohibitions. Ces foncteurs déontiques se définissent en fonction les uns des autres, comme l'a montré von Wright en partant du foncteur « permission » (von Wright 1951 4). Toutefois, il reste encore la question de savoir ce qu'on *fait* par l'entremise des normes, ou quelle est la teneur de sens de la qualité d'acte normatif. On

doit distinguer les deux plans. D'un côté, ce que la norme *dit* ; de l'autre côté, ce que la norme *est*. Ces deux plans ne peuvent pas être mélangés dans un concept de « devoir-être » complètement équivoque. La norme s'adresse intentionnellement aux comportements *possibles*, elle façonne originairement plusieurs espaces de liberté, lesquels vont de la norme en tant que contrainte pure (l'absence de choix) à la norme en tant qu'élément pas exclusif de la délibération volontaire (l'avis, le conseil, etc.) C'est cette visée constitutive des comportements possibles et de leur espace de liberté qui définit la *fonction ductive* de la norme ou, en termes phénoménologiques, la *qualité* de l'acte nomothétique. En plus, la norme dit quelque chose : elle parle d'obligations, de permissions ou de prohibitions. Cela concerne le *contenu sémantique* de la norme ou, en termes phénoménologiques, sa *matière intentionnelle*.

On doit maintenir les deux aspects séparés, à l'encontre des analyses les plus répandues de l'intentionnalité normative. En effet, de la même façon qu'une norme permissive n'est pas, elle-même, permissive ; une norme qui prescrit, quant à son contenu, une obligation pourrait être décrite seulement d'une façon incorrecte par une duplication du foncteur « obligation », comme une obligation. On doit distinguer les deux plans. Il y a quelque chose dans la norme qui s'impose comme modèle pour le comportement. Mais on ne saurait pas décrire cette fonction de la norme comme une obligation. Autrement, on devrait, confusément, dire que toutes les normes sont obligatoires et que, quant à leur contenu, elles peuvent exprimer des obligations, des prohibitions ou des permissions. C'est justement cette caractérisation confuse, mélangeant qualité (force ductive) et matière (contenu propositionnel) qui est venu s'exprimer dans la doctrine de Kelsen et de Cossio sur le « devoir-être ». Le fait paradoxal c'est que la norme, étant toujours comprise comme une obligation, peut « obliger » une permission, situation qui n'a pas un sens clair et sans ambiguïtés.

Si on distingue, par contre, la matière intentionnelle des normes et la qualité de l'acte normatif, on sera à même de clarifier ce point décisif. Quant à son contenu propositionnel, les normes expriment des obligations ou des permissions ou des prohibitions. La qualité de l'acte normatif, c'est-à-dire, le type d'intentionnalité qui définit la conscience qui pose originairement les normes, est, cependant, unique. La norme ne dit pas ce qui

est, comme le jugement ; par contre, elle constitue qualités et relations juridiques ; l'acte normatif ne prescrit pas ce qui doit être, comme s'il exprimait toujours une obligation stricte. L'acte normatif établi plutôt un étalon de référence pour des comportements possibles, lequel se rapporte à l'arbitre des agents avec des niveaux divers de coaction. En effet, ce pouvoir de la norme a des formes variés et souples. Il va de la contrainte au simple conseil. En un mot, la qualité de l'acte nomothétique n'est pas l'obligation (ou le commandement) mais la *duction*. La fonction de la norme est donc de se constituer objectivement comme étalon pour les comportements possibles et de poser cet étalon avec des niveaux différents de coercition. Une norme peut être simplement un conseil ou une recommandation. Toutefois, ce qu'elle recommande ou conseille peut être, *quant à sa matière propositionnelle*, une obligation ou une prohibition. De même, une norme peut exprimer une permission quant à sa matière et, cependant, quant à sa qualité, l'acte peut bien avoir une force ductive contraignante.

En regardant la grande variété de normes, depuis les normes éthiques jusqu'aux juridiques, en passant par les normes instrumentales jusqu'aux règles d'étiquette, etc., il est facile de comprendre que la vie sociale est façonnée par des règles et des codes. Et il est tout aussi facile de comprendre que ces étalons sont bien loin d'avoir tous une force ductive contraignante, et que sa fonction d'étalon admette une palette bien variée de modalités. Il serait une option dramatiquement limitatrice que de considérer que seulement les normes juridiques avec une force contraignante et, parfois, accompagnées de sanction, peuvent être considérées en tant que normes au sens prégnant du mot. Cela reviendrait à rétrécir d'une manière drastique le phénomène social de la normativité.

Il est toutefois une tendance presque inexorable de la pensée juridique que de penser les normes comme ayant toujours une force ductive contraignante (le *jus cogens*). De là provient la tendance à les exprimer comme un « devoir-être », comme si toute norme avait, par essence, une force obligatoire. En vérité, la différence entre normes contraignantes et non-contraignantes a été entendue, chez les classiques, comme étant la distinction elle-même entre le Droit et l'Éthique. On peut le voir clairement chez Thomasius : la distinction entre *obligatio interna* et *obligatio externa* séparait les domaines des conseils de la raison, relatifs au *decorum* et à l'*honestum*, d'une part, et le

domaine du *iustum*, de l'autre. Ainsi se séparaient les sphères de l'éthique et du droit. Cependant, il y a également des normes juridiques non-contraignantes. Par exemple, les dispositifs de *opt-in* (la norme s'applique à la condition d'être accepté) et de *opt-out* (la norme ne s'applique pas si elle n'est pas acceptée) dans le Droit Européen permettent de parler d'une force ductive *optionnelle* de la norme, dans la mesure où elles convoquent expressément une liberté (elles *constituent* cet espace de liberté) quant à son acceptation ou rejection. Aussi le phénomène désigné par *soft law*, relatif à des recommandations et déclarations des organismes internationaux, est un clair exemple d'une force ductive non-contraignante, mais seulement indicative, qui a, cependant, validité et efficacité. Il serait une vision appauvrissante que de considérer le *soft law* comme une étape dans le chemin qui va vers le *hard law*. Au contraire, le *soft law* remplit une fonction spécifique, nommé-ment en donnant aux états la capacité de remplir d'une façon non-automatique des résolutions ou des accords, libérés des mécanismes *hard* des traités internationaux.¹² Aussi dans le domaine juridique interne, des documents juridiques comme les arrêtes de la Cour de Comptes (je parle du cas portugais), aussi bien que les avis des autorités régulatrices, n'ont pas une force ductive contraignante pour les entités visés, même quand ils s'expriment en termes de « devoirs ». Ayant les normes juridiques, dans la majorité des cas, une force ductive contraignante, il y a cependant des modulations à l'intérieur de la sphère du droit, de telle façon que la force ductive ne signifie *eo ipso* coaction stricte. Tout n'est

¹² Cette question, quoique controversée, est en progrès vers la reconnaissance de l'autonomie et de la spécificité du droit souple : "Emerging changes that have occurred in recent years has also influenced the methods and enforcement of international law. The positivist approach to law defined a norm as a law if a sanction or other type of enforcement followed it. In the international system, sovereign states use treaties, general principles of law and customary international law. The International Court of Justice recognizes these methods as a source of law and believes that judicial decisions as well as education will help implement laws. Within the last forty years, soft law, something that is either not year or not only a law, has been a major influence in international law. The United Nations system has used soft law to create and establish declarations, codes of conduct and guidelines. Non-governmental organizations have also used soft law to create resolutions and other statements. Although soft laws lack enforceability, they have normative weight in the international system. International environmental law has appeared to blur the use and difference between soft law and hard law in order to face new trends in the international system" (Buriel *et alia*, 2004).

pas coaction dans l'univers juridique, aussi bien que toutes les normes ne sont pas accompagnés par des sanctions. Cette ductilité de ce j'appelle la « force ductive » de la norme a été bien exposé par le juriste Cédric Groulier. Il vaut la peine de citer ses paroles :

La fonction assignée à la norme juridique [est de] fournir référence pour l'organisation des rapports sociaux. Or, cette fonction est occultée dans l'approche impérativiste, focalisé sur cette spécificité qui aurait le droit à s'imposer unilatéralement et à s'appuyer sur un appareil coercitif lié au pouvoir. ... Non seulement le point de vue impérativiste adopte une posture dogmatique qui oblige à des contorsions théoriques s'agissant des normes permissives, mais il restreint et obscurcit ce qu'il faut entendre par force normative : l'exclusion du *soft law* montre combien la notion de normativité est dénaturée, qu'elle ne renvoie plus, comme l'étymologie du mot *norme* l'enseigne, à cette aptitude à constituer un modèle, une référence, mais est consubstantiellement liée à la contrainte. N'est normatif que ce qui contraint. De même, il semble qui s'est opéré une association abusive de la normativité à la juridicité : prétendument non normatif, le *soft law* est rejeté hors du champ du juridique. (Groulier, 2009, 201).

6. Vision pragmatique et sémantique : le *tertium quid* phénoménologique

Somme tout, si ma séparation de la force ductive et de la matière propositionnelle de l'intentionnalité nomothétique a quelque pertinence, on pourrait en tirer, en guise de conclusion, les corolaires suivantes :

1. L'approche pragmatique a raison dans la mesure où elle cherche l'essence de la normativité dans le domaine des rapports intersubjectifs. Toutefois, sa vision de la norme comme étant un commandement demeure aveugle à la souplesse de la force ductive. La normativité va bien plus loin que la contrainte, et, par conséquent, on ne saurait trouver une bonne définition de la force ductive en l'assimilant au command et à l'obéissance. En outre, ce n'est pas l'usage du langage qu'explique la norme ; c'est plutôt la fonction ductive qui explique les actes du langage, parce que c'est l'intentionnalité nomothétique

qui ouvre le domaine où ces actes de parole seront désormais possibles. En effet, l'approche pragmatique n'explique pas les conditions qui doivent être réunies pour qu'un énoncé vaille comme une norme et soit reconnu en tant que tel. Il tient la fonction normative simplement pour un fait social : le fait qu'il y a une autorité capable d'établir des normes et de se faire obéir, fait dont l'explication est renvoyée à la sociologie et à la science politique positives. Pourquoi il y a des normes et donc une fonction ductive sous-jacente est une question qui reste donc non résolue et même non-formulé. Toutefois, elle est formulable à l'intérieur de l'approche phénoménologique si on explicite régressivement les horizons de sens de l'intentionnalité normative. On trouvera, en tant que pré-donation, une communauté ou un groupe façonné par des rapports empathiques et communicatives. On trouvera, en outre, ce qui constitue un groupe en tant que groupe, à savoir, sa capacité d'agir en tant que sujet d'ordre supérieur et de prendre des décisions ayant une validité collective, soient-elles des commandements ou de simples orientations. Cette capacité signifie qu'un groupe se constitue dans la mesure où il n'y a pas simplement une intentionnalité individuelle, articulé sous la forme du « Je », mais une intentionnalité collective s'articulant sous la forme du « Nous ». Or – et cela constitue la pré-donation de sens la plus décisive – cette intentionnalité exprime la relation des individus à une instance ductive qui est immanente au groupe parce que c'est elle qui le constitue en tant que tel. L'instance ductive est impersonnelle. C'est la visée d'un être collectif ou du groupe en tant que tel. Elle doit toutefois devenir concrète. Elle se personnifie quand elle est remplie par des individus qui exercent une fonction d'autorité (le chef, le roi, l'empereur). Elle peut aussi être façonné d'une manière abstraite par des institutions, telles que celles qu'on rencontre dans les états modernes. Ici, l'autorité se confond avec les institutions, et les individus la possèdent seulement dans la mesure où ils exercent certaines fonctions institutionnelles. Une analyse phénoménologique de ces pré-donations de sens se constituerait comme une enquête régressive allant de l'intentionnalité nomothétique qui pose la norme jusqu'au Monde Social et au phénomène du Politique, lequel se profile comme horizon ultime. On voit donc que l'approche pragmatique, quoique allant dans la bonne direction, reste à la surface du phénomène global de la normativité.

2. De l'autre côté, il est indéniable que la conception sémantique ou « hylétique » a également sa part de raison. Ayant séparé force ductive et contenu propositionnel de la norme, on sera à même de distinguer, d'une part, la façon dont la norme *lie* les individus (contrainte, conseil, avis, etc.), tout en refusant l'idée que toute norme est un commandement (une « obligation »), et de distinguer, d'autre part, ce que la norme *dit*. Or, relativement à ce dernier aspect, il est indéniable que les normes ont une teneur de sens bien particulier. Il y a, en premier lieu, l'usage normatif du verbe « être » (« Le Président de la République *est* le chef des armées », Constitution française, article 15) et d'autres verbes encore (« Le Président de la République *nome* le Premier ministre », *idem*, article 8), usage qui a partie liée avec la fonction constitutive des normes. Il y a, de plus, les foncteurs normatifs spécifiques : « être-obligé de... », « être-permis », « être-interdit », etc. Cossio et bien d'autres (comme Kelsen) avaient donc raison en reconnaissant une copule spécifique aux énoncés normatifs. La limitation des leurs analyses était que, en confondant qualité ductive et contenu propositionnel, ils sont tombés dans une théorie équivoque du « devoir-être ».

Par contre, l'intuition qui est à la base de la logique déontique veut libérer un contenu dit invariable des énoncés de toutes les espèces (assertions, questions, ordres, etc.) et traiter les copules normatives comme des éléments modaux. L'analogie entre modalités aléthiques et déontiques remonte à Leibniz.¹³ D'après cette analogie, on parlera d'une correspondance entre le nécessaire et l'obligatoire, entre le possible et le permis, le contingent et l'optionnel, et entre l'impossible et l'interdit. Mais on ne voit pas clairement la portée de cette analogie. Signifie-t-elle, en effet, qu'un énoncé déontique est réductible à un énoncé aléthique ? Ou signifie-t-elle qu'il y a un comportement structurellement isomorphe, invariant, des modalités aléthiques et des modalités déontiques ?

Cependant, à y regarder de plus près, l'analogie s'estompe un peu. Il n'y a pas un comportement isomorphe des modalités aléthiques et des modalités déontiques. En effet,

¹³ “Uti se habent inter se necessarium, contingens, possibile, impossibile; ita se habent debitum, indebitum, licitum, illicitum. [...] Hinc patet omnia Theoremata de Modalibus huc transferri, ac totidem novas propositiones circa justum et injustum enuntiarı posse.” (Leibniz 1999 A VI, 4, 2762) et aussi: “*Justum vel Licitum, Illicitum, Debitum, Liberum* est, quod est viro bono et prudenti possibile, impossibile, necessarium, contingens.” (*idem* 2778)

dans les systèmes de logique modale, on trouve deux théorèmes triviaux qui n'ont pas de contrepartie dans la logique déontique : que la nécessité de p implique la vérité de p , et que, si p est vrai, alors p est possible. En effet, étant donné

$$1. \Box p \rightarrow p$$

$$2. p \rightarrow \Diamond p$$

on ne pourra pas écrire :

$$1'. Op \rightarrow p$$

$$2'. p \rightarrow Pp$$

parce que ni le caractère obligatoire de p implique que p soit le cas (soit vrai), ni du fait que p soit le cas il s'ensuit que p soit permis. L'échappatoire a été cherché des deux côtés. Du côté de la logique modale, on a essayé de trouver l'isomorphisme dans des systèmes plus généraux où l'opérateur modal « nécessaire » n'a pas une implication de vérité. Du côté de la déontique, on a ajouté la présupposition d'une action toujours conforme aux prescriptions déontiques. Cette échappatoire remonte à Leibniz lui-même, lequel a introduit la figure du *vir bonus*,¹⁴ dont les actions respecteraient toujours la loi. Elle est reprise dans les systèmes de Anderson (1967) et Kanger (1971) par l'entremise de l'adjonction d'une constante selon laquelle presque toutes les exigences normatives sont satisfaites. L'isomorphisme se rétablit, certes. Cependant, la déontique parlera désormais d'un sujet purement idéal et d'un monde idéalisé, qui serait le corrélat de ce sujet moral parfait.

Par contre, si on admet que le contenu propositionnel des énoncés normatifs a une teneur propre de sens, on traitera lesdites modalités déontiques en tant que copules et on écrira, par exemple :

1. Les conducteurs de voitures sont obligés de respecter le Code de la Route ;
2. Il y a des meurtres.

La proposition 1. a un contenu sémantique idéal propre (un « sens prescriptif »), et on ne peut déduire d'elle aucune proposition concernant les faits, notamment que les conducteurs respectent toujours le Code de la Route. La proposition 2. est, de son côté, la

¹⁴ “Vir bonus est, qui justitia praeditus est adeoque bonum commune quaerit quantum licet.” (Leibniz, *idem* 2761).

simple description d'un fait, d'où ne découlera aucune conséquence pour les copules déontiques : du fait qu'il y a des meurtres il ne s'ensuit, en effet, ni que le meurtre soit permis, ni qu'il soit interdit.

Doit-on donc abandonner le projet d'une réduction de la déontique à la logique modale aléthique ? Cela était ma première question. Et je réponds qu'il y a, malgré tout, une forme non paradoxale de réduire un énoncé déontique à un énoncé aléthique. Cette voie a été depuis toujours signalé par Paul Amselk : tous les foncteurs déontiques sont en rapport avec la catégorie modale du *possible*. Ainsi, que A soit obligatoire et que $\sim A$ soit interdit, il ne s'ensuivra pas que A soit nécessaire et $\sim A$ impossible. Il s'ensuivra, plutôt, que A et $\sim A$ sont les deux *possibles*, et que la probabilité de A est plus grande que celle de $\sim A$. Dans ce contexte, la réduction se fera en abandonnant la logique bivalente à l'avantage d'un calcul de probabilités appliqué aux comportements possibles à chaque occasion ou contexte. En ce qui concerne le domaine strict des comportements humains, on devra exclure, bien sûr, ce qui est impossible (donc, impraticable) aussi bien que ce qui est nécessaire (donc, hors de notre capacité de choix).

Pour conclure, je dirais qu'une analyse phénoménologique de l'intentionnalité normative est à même de surmonter le dilemme d'Alchourrón et Bulygin. Les énoncés normatifs ont une teneur propre de sens : cela nous ramène du côté de la conception « hylétique ». Mais les énoncés normatifs sont aussi dépendants d'un contexte social et intersubjectif, notamment de l'institution originaire d'une instance de duction. Cela nous ramène du côté de la conception « pragmatique ».

Il y a donc une voie moyenne, que l'approche phénoménologique de l'intentionnalité normative sera en mesure d'ouvrir.

C'est ça que j'ai essayé de faire ici, quoique d'une façon encore tâtonnante et imparfaite.

BIBLIOGRAPHIE

- Alchourrón, Carlos et Bulygin, Eugenio (1999) – “The Expressive Conception of Norms”. *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsian Themes*. Oxford, New York: Clarendon Press, 383-410.
- Amselek, Paul (1962) – *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*. Paris : LGDJ.
- Andersen, Alan Ross (1967) – “Some Nasty Problems in the Formal Logic of Ethics.” *Noûs*, 1: 345–360.
- Buriel, Lizbeth; Hwang, Catherine; Suganta, Almira (2004) – “Baseline Statement: Strengthening The System International Law”. In *Environmental International Law*. Geoffrey Wandesforde-Smith (Coord.): UC Davis/University of North London.
- Frege, Gottlob (2003) – *Logische Untersuchungen*. Göttingen: Vandenhoeck & Riprecht.
- Cossio, Carlos (1964) – *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Groulier, Cédric (2009) – « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative ». in *La force normative. Naissance d'un concept*. Catherine Thibierge (ed.). Paris: LGDJ.
- Hofstadter, Albert (1957) – “Six Necessities”. In *The Journal of Philosophy*, 54, 1957, pp. 597-613.
- Husserl, Edmund (1975) – *Logische Untersuchungen*. Erster Teil. *Prolegomena zur reinen Logik*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- (1884) – *Logische Untersuchungen*. Zweiter Teil. *Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Kanger, Stig (1971) – “New Foundations for Ethical Theory.” In Hilpinen, 36–58.
- Kaufmann, Felix (1922) – *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*. Tübingen: Verlags J. C. B. Mohr.
- Leibniz (1999) – *Philosophische Schriften. Reihe VI 4. Sämtliche Schriften und Briefe*. Akademie Ausgabe, Berlin.

Lucia, Paolo de (2003) – “Tre specie di dovere eidetico. Un’analisi ontologica“. In Paolo de Lucia (ed.) *Ontologia sociale. Potere deontico e regole constitutive*. Macerata: Quodlibet.

Spiegelberg, Herbert (1935) – *Gesetz und Sittengesetz. Strukturanalytische und historische Vorstudien zur einer gesetzfreien Ethik*. Zurich: Max Niehans Verlag.

von Wright, Georg (1951) – “Deontic Logic”. *Mind*. Vol. LX, nº 237,