

METTRE LE DROIT EN VALEURS¹

PAUL AMSELEK

Professeur Emérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dans son fameux *Dictionnaire des Idées Reçues*, Gustave Flaubert avait inscrit à l'entrée « Droit (le) » cette définition, censée reproduire un lieu commun : « On ne sait pas ce que c'est ». Je rappelle au passage, pour l'anecdote, que Flaubert a tenu sur le droit des propos assez féroces, écrivant ainsi à un ami dans sa *Correspondance* : « Je ne vois rien de plus bête que le droit, si ce n'est l'étude du droit » (lettre à Ernest Chevalier du 15 mars 1842) ; il faut voir là, il est vrai, la manifestation d'une véritable allergie puisque, après avoir commencé des études juridiques à Paris, il dut y renoncer très rapidement s'étant mis à souffrir d'une maladie nerveuse, c'est-à-dire -c'est du moins ainsi que je

¹ Rapport présenté au colloque « La valeur, les valeurs...le droit » organisé le 28 novembre 2014 par le Centre d'études et de recherches sur les contentieux de la Faculté de Droit de Toulon

l'interprète- d'une réaction de rejet psychosomatique. Il reste, en tous cas, que plus de cent trente ans après sa rédaction, l'article de son Dictionnaire a largement conservé de sa pertinence ; le droit est encore aujourd'hui, d'une manière générale, quelque chose de fort obscur dans nos esprits, demandant tout particulièrement de la lumière, comme en réclamait désespérément Goethe sur son lit de mort : « Mehr Licht ! Mehr Licht ! ».

A cet égard, je veux féliciter chaleureusement notre collègue Jahiel Ruffier-Méray et l'équipe du CERC pour l'organisation de ce Colloque intitulé « *La valeur, les valeurs...le droit* ». Le rapprochement qui est ainsi fait entre ces deux termes *valeurs* et *droit*, priorité étant donnée à *valeurs*, me paraît convier à étudier le concept de droit en partant du concept plus général de valeur, en se plaçant sous son angle et à son aune ; et cette invitation revêt à mes yeux un très grand intérêt heuristique. C'est que le concept de valeur est justement plus accessible, qu'il déborde le champ par nature subtil et difficile des choses de l'esprit auquel le droit appartient. Sans doute ce concept n'est-il pas exempt lui aussi en pratique à notre conscience, spécialement dans le domaine des sciences humaines, de zones d'ombre, de halos d'ambiguïté ; mais nous avons la possibilité de le clarifier, de dissiper les ombres et les ambiguïtés, en nous appuyant sur nos expériences physiques courantes et concrètes d'évaluation, et la lumière faite dans ce secteur est appelée à se répandre et à rejaillir par ricochet sur le concept de droit lui-même. Approcher le droit à travers une théorie de la valeur ou des valeurs, éclairer la théorie du droit en l'adossant à une théorie des valeurs et en l'illuminant par son truchement, ou, si l'on préfère, investir l'ontologie du droit en braquant les projecteurs sur la notion de valeur : tel est l'objectif que j'ai fixé à ma communication. Et c'est en même

temps le sens de l'intitulé sous lequel je l'ai placée : « *Mettre le droit en valeurs* » (valeurs avec un *s*), c'est-à-dire étudier le droit, les règles juridiques, en termes de valeurs, dans cette perspective, sous ce couvert, sous cet habillage en quelque sorte, -j'allais parler d'habit de lumière...

Pour parvenir à cet éclairage indirect du droit et des fondamentaux de l'expérience juridique, il faut commencer par bien élucider ce que sont exactement les valeurs et conséquemment les jugements de valeur. Mon propos partira d'une idée que certains parmi vous seront probablement portés à contester, que d'autres considèreront au contraire comme un truisme, mais qui appelle de toutes façons des approfondissements ou mises au point : à savoir que les valeurs ne sont pas des propriétés des choses, mais des rapports entre des choses, les jugements de valeur étant des constats de ces rapports, en quelque sorte des procès-verbaux en dressant l'état. La valeur que revêtent les choses à nos yeux me paraît, en effet, toujours résulter de leur rapport à d'autres choses, *à des termes de référence auxquels nous les confrontons* : c'est cet incontournable relativisme des valeurs que nous révèlent en pleine clarté nos expériences métrologiques courantes et c'est lui qui va en même temps nous introduire directement à l'être le plus essentiel du droit.

Il n'est pas d'usage, il est vrai, d'envisager les règles juridiques à l'image des étalons du monde sensible : c'est qu'au préalable une analyse plus fine est indispensable qui revient à distinguer deux types d'étalons, auxquels les choses sont rapportées d'une manière tout à fait différente. Cette distinction est d'une importance cruciale pour finir d'amener au jour l'être du droit à notre conscience.

L'incontournable relativisme des valeurs, les deux types d'étalons à distinguer : ce sont les deux points que je vais examiner successivement, comme deux étapes vers le dévoilement de l'ontologie du droit.

I

L'incontournable relativisme des valeurs

1 / Les choses n'ont pas une valeur par elles-mêmes, qui serait un donné de leur constitution et ferait partie de leur identité propre ; la valeur, c'est toujours dans notre esprit, et même si cela reste plus ou moins obscur, l'expression du rapport entre une chose et une autre prise comme terme de référence. Ce terme de référence sert d'instrument de mesure : il a pour rôle de donner la mesure de la chose qu'on lui rapporte, de calibrer cette chose, d'indiquer ce qu'elle est par rapport à lui, en regard de lui. C'est en ce sens que Hegel disait qu' « il y a dans la mesure l'idée de l'essence » (*La théorie de la mesure*, trad. fr. André Doz, PUF, 1970, p.23). Par transposition métonymique, on emploie aussi en pratique le terme « valeur » pour désigner l'instrument de mesure lui-même qui donne la valeur : « nous n'avons pas les mêmes valeurs », dit-on par exemple pour signifier « nous n'avons pas les mêmes références », « nous n'utilisons pas les mêmes étalons ».

Si la valeur est toujours le rapport d'un quelque chose à une base référentielle, il importe, pour une bonne compréhension, de faire le départ entre les valeurs quantitatives et les valeurs qualitatives. Pour les

choses quantifiables ou grandeurs, comme les poids, les longueurs, les températures, les durées, on emploie comme base de référence une certaine quantité conventionnelle de la grandeur en question et l'évaluation consistera à établir à combien de cette unité de mesure *équivalent* la grandeur, par exemple le poids, de telle ou telle chose : selon la formule d'un expert en métrologie, « la mesure d'une quantité d'une grandeur est le quotient de cette quantité par une quantité arbitraire de la même grandeur prise comme référence » (Jean-Claude Engrand, *De la métrologie fondamentale à son application industrielle*, Librairie scientifique et technique Albert Blanchard, 1976, p.7). L'outil de mesure ici s'ajuste sur la chose à mesurer, la valeur est une « équivalence » : on a affaire en quelque sorte, si je puis me permettre ce jeu de mots, à de la valeur « sur mesure », établie par mise en accord de la base de référence avec la chose à évaluer. Pour les choses non quantifiables, relevant de la catégorie non pas du *quantum*, mais du *quale*, de la qualité, de la manière indivisible d'être, le terme de référence utilisé sert, par définition, de témoin intègre, non démembrable, « tout d'une pièce », de la chose qui lui est rapportée. On se trouve en présence, en l'espèce, d'étalons-modèles ou archétypes : ils ont pour fonction d'indiquer à leurs utilisateurs comment les choses qu'on va leur rapporter « doivent être », « à quoi elles doivent correspondre ». Dans ce cas de figure, la base de référence ne s'ajuste pas sur la chose pour faire apparaître à quoi celle-ci « équivalent » : c'est à la chose en cause qu'il revient dans le principe de s'ajuster à la base de référence. Si elle est en conformité avec elle, on lui reconnaîtra une valeur positive ; dans l'hypothèse contraire, on dira qu'elle a une valeur négative. Par exemple, le modèle ou patron utilisé par le tailleur lui indique le « comment doit être » le vêtement à couper pour son client ; cet étalon-modèle lui sert de guide dans son travail de confection, il lui permet de contrôler et d'évaluer ce qu'il fait : ses

découpes lui apparaîtront « bonnes » ou « mauvaises » en fonction de leur conformité ou de leur non-conformité à ce patron de référence.

Les règles qui constituent le droit, et plus généralement toutes les règles de conduite, toutes les règles éthiques, s'apparentent à ces étalons-modèles, même s'il ne s'agit pas d'étalons matériels, physiques, prenant place dans le monde sensible, mais d'étalons de texture purement mentale, entités du monde intelligible, mis en œuvre uniquement dans notre esprit. Le droit ressortit, à cet égard, au domaine de la métrologie ou théorie de la mesure, aux côtés de tous les autres outils de mesure dont nous nous servons, et ce en dépit des conceptions courantes trop étriquées de cette discipline, et même s'il n'est pas non plus d'usage d'envisager le droit sous cet angle du côté des juristes, qui me font penser en l'occurrence à Monsieur Jourdain.

C'est précisément, à mes yeux, sans doute le plus grand mérite de Kelsen d'avoir placé au centre de sa théorie normativiste cette nature fondamentale de « mesures » des règles juridiques et plus généralement éthiques, des mesures d'un type particulier certes mais fonctionnant exactement sur le même principe, selon le même mode opératoire, que les instruments de mesure matériels. Ses analyses comportent, sans doute, des insuffisances, des erreurs parfois énormes, faute d'avoir été davantage poussées. Il reste qu'il lui revient d'avoir fait apparaître en pleine lumière la relation entre ces règles, les jugements de valeur effectués sur leur base et la valeur positive ou négative des conduites qui en découle : une conduite, écrit-il dans les premières pages de sa *Théorie pure*, « correspond à la norme, elle y est conforme, lorsqu'elle est telle qu'elle doit être selon cette norme ; elle contredit à la norme lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doit être selon cette norme...L'affirmation qu'une conduite effective est telle qu'elle doit être d'après une norme...est un

jugement de valeur, plus précisément un jugement de valeur positif. Il signifie que la conduite effective est *bonne*. L'assertion qu'une conduite n'est pas telle qu'elle doit être selon une norme...est un jugement de valeur négatif. Il signifie que la conduite effective est *mauvaise*...La norme joue le rôle d'étalon de valeur pour les conduites effectives » (*Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. fr. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p.23s.). L'essentiel est dit, même s'il est inexact de prétendre que « seuls des faits réels » ou « conduites effectives » peuvent être confrontés à des normes et donner lieu à des jugements de valeur : il peut aussi s'agir de faits supposés ou purement imaginaires, comme l'attestent dans la pratique juridique les cas d'«erreurs judiciaires » ; du reste, la fonction de direction des conduites des règles éthiques serait impossible si nous ne pouvions pas confronter, par anticipation, nos simples projets d'agissement avec les règles à observer.

Qu'il s'agisse d'évaluations quantitatives ou d'évaluations qualitatives, la valeur, on le voit, reste invariablement l'expression du rapport d'une chose à un terme auquel on la réfère : elle n'est pas inhérente à cette chose, mais lui est attribuée du dehors par un sujet au terme d'une opération spécifique de mesurage à laquelle il s'est livré.

2 / Il y a, il est vrai, dans cette province particulière de la métrologie qu'est la théorie du droit et plus généralement de l'éthique, une tendance récurrente à nier ce relativisme des valeurs et à penser que les choses, en particulier les conduites humaines, se donneraient par elles-mêmes, objectivement, indépendamment de nous, « bonnes » ou « mauvaises » ; leur valeur ne serait pas relative, mais absolue, c'est-à-dire littéralement 'découlant d'elles seules' (*ab-solus*). Il est étrange qu'on ait pu accorder quelque crédit à une pareille conception, d'autant que, limitée aux seules valeurs morales, elle introduit une insoutenable dichotomie dans le

champ de la métrologie : la valeur d'une chose est tout le contraire d'un absolu, puisqu'elle est justement, encore une fois, le rapport de cette chose à une autre servant de référence. En fait, derrière ces courants de pensée, on aperçoit sans difficulté une tentative désespérée pour faire échapper l'éthique à l'arbitraire -ressenti comme terriblement angoissant- de la volonté humaine. C'est ce souci, par exemple, qui perce manifestement derrière la « phénoménologie des valeurs » développée sous la houlette d'Edmund Husserl. Ce dernier n'a pas caché que sa théorie phénoménologique de l'éthique, loin d'être idéologiquement neutre, visait, selon l'excellente formule de Dominique Pradelle dans sa Préface des *Leçons sur l'éthique et la théorie de la valeur* (trad. fr. Patrick Lang et Carlos Lobo, PUF, 2009, p.14), à « sauver l'idéalisme éthique des risques de scepticisme et de relativisme ». On retrouve la même préoccupation chez les disciples de Husserl, ainsi qu'il ressort de cette réflexion de Max Scheler : « Ni la notion de *devoir* ni celle de *norme* ne peuvent constituer le point de départ de l'éthique, ni passer pour l'étalon qui seul rendrait possible la distinction du bon et du méchant...Les partisans de cette théorie sont incapables de montrer, fût-ce de la façon la plus approximative, d'où sortirait cet 'étalon', cette 'idée' ou ce 'but' et pourquoi leur adoption ne serait pas purement arbitraire, comme c'est le cas pour les mesures conventionnelles telles que le mètre » (*Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, trad. fr. Maurice de Gandillac, Gallimard, 1955, p.208-213). Dans la théorie du droit, on retrouve, bien sûr, de semblables motivations à l'œuvre derrière les divers courants jusnaturalistes.

Mais toutes ces tentatives d'« absolutiser » les valeurs s'avèrent parfaitement vaines ; le relativisme des valeurs est incontournable. Lorsqu'elle cesse d'être conçue comme le rapport à un terme de

référence, la valeur n'a plus de sens, et d'ailleurs on se garde bien de nous donner des précisions à ce sujet : qu'est-ce que le caractère bon en soi d'une chose, indépendamment de nous ? Lorsqu'on l'expulse de son identité propre, la valeur devient incompréhensible. Et il n'est pas possible de lui faire usurper ou « squatter » une autre identité sans créer un désordre ravageur dans nos catégories. On s'en rend bien compte chez Husserl qui a le plus grand mal à occulter que sa conception réaliste des valeurs aboutit à introduire une invraisemblable dichotomie ontologique : les choses d'un certain type, classées sous un certain concept, présenteraient objectivement un ensemble de caractères communs constituant leur essence ou *eidos*, par quoi elles se distingueraient des autres types de choses ; mais elles présenteraient, en outre, un autre caractère commun, « bon » ou « mauvais », qui ne ferait pas exactement partie de leur essence tout en donnant pareillement lieu, à travers une expérience affective, à un même « acte objectivant » selon la terminologie husserlienne, c'est-à-dire un acte d'observation empirique d'un donné objectif. Comme si le même type de choses relevait d'un double registre identitaire, d'une identité à double visage : Husserl parle, en ce sens, d'un « monde des choses » et d'un « monde des valeurs », de la « chose simple » et de la « chose évaluée », ou encore de la « conscience simple de chose » et, se fondant sur elle, d'une « nouvelle conscience qui prend position à l'égard de la chose » (*Idées directrices pour une phénoménologie*, trad. fr. Paul Ricoeur, Gallimard, 1950, p.90 et 120). Ne pouvant se résoudre à identifier purement et simplement, à rebours du sens commun, l'intuition de la valeur (*Wertschau*) et l'intuition de l'essence (*Wesensschau*), on voit le fondateur de la phénoménologie se livrer à de laborieuses et bien obscures contorsions pour essayer de les démarquer par-delà la même nature fondamentale qu'il leur prête d'actes d'observation et de description (*Leçons sur*

l'éthique et la théorie de la valeur, p.330-441) ; devant cette insurmontable aporie, il a reconnu lui-même se heurter en la matière « à la fonction énigmatique des actes évaluatifs » (ibid., p.369).

Ce n'est pas un hasard si la phénoménologie des valeurs prétend, bien abusivement, rattacher tous les actes évaluatifs dans le domaine de l'éthique à une expérience affective, à des jugements affectifs. C'est que, justement, ces derniers sont couramment conçus comme effectués sans l'intermédiaire d'étalons, de termes de comparaison ; on y voit donc la preuve par excellence de valeurs absolues, indépendantes de nous, que nous ne ferions qu'observer dans les choses. En réalité, les jugements affectifs ne font nullement exception au relativisme des valeurs. Nous allons le découvrir à l'occasion de la distinction que je veux maintenant évoquer entre deux types d'étalons et subséquemment de rapports de conformité ou de non-conformité qu'ils impliquent. Cette distinction est en même temps particulièrement importante pour la théorie du droit, car elle permet de lever complètement le voile sur la nature d'étalons des règles juridiques.

II

Les deux types d'étalons à distinguer

Plutôt que d'aborder directement et de front cette distinction, je m'y acheminerai progressivement en passant, au préalable, dans une étape introductive, par un approfondissement du cas des jugements affectifs. Je

vais reprendre notamment ici, en les affinant, des vues que j'ai développées dans mon dernier livre *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*.

1 / A première vue, les évaluations ou jugements affectifs semblent bien illustrer une immanence pure et simple des valeurs aux choses elles-mêmes, abstraction faite de tout usage d'un étalon : lorsque, saisi d'une émotion devant tel ou tel paysage naturel ou urbain, je le juge « beau » ou « laid », je ne parais à aucun moment, en aucune manière, rapporter ce paysage à un autre que j'aurais pris comme terme de comparaison ; une telle idée est même de prime abord totalement incongrue et ne viendrait à l'esprit de personne. Et pourtant, les choses prennent un tout autre aspect si l'on prend la peine de démonter dans son intégralité l'expérience vécue spécifique qui m'a conduit à émettre ce jugement. L'expérience affective se ramène essentiellement à l'idée de sensibilité ou réceptivité : il s'agit d'une expérience par laquelle le sujet éprouve selon les cas un sentiment d'attraction, d'ouverture, ou au contraire un sentiment de répulsion, de fermeture, à l'égard de certaines choses. Comment ce ressenti peut-il amener à formuler un jugement évaluatif, c'est-à-dire à attribuer une valeur positive ou négative aux choses en cause ? En présence d'un paysage qui nous fait vibrer d'admiration, de contentement, on devrait, pour exprimer l'état affectif ainsi éprouvé, se borner à dire : « ce paysage me plaît » ; pourquoi et, surtout, comment est-on conduit à reconnaître une valeur positive à ce paysage en disant qu' « il est beau » ?

Intervient ici, en vérité, tout un processus mental extrêmement subtil, à la fois complexe et inapparent, non explicité, qui se développe

spontanément à notre insu dans les tréfonds de notre esprit ; c'est la raison pour laquelle il est resté aussi insuffisamment élucidé. Les réactions affectives d'attraction ou de répulsion sont fonction des prédispositions du sujet, des *tendances* qui sont en lui, - disons de son état potentiel de réceptivité qui fait qu'il est en mesure d'accueillir certaines choses et pas d'autres, un peu comme un récepteur de radio est en mesure de capter certaines longueurs d'ondes et pas d'autres.

Par hypothèse même, cette structure de réceptivité, de sensibilité, ces tendances ou prédispositions nous habitent de façon purement latente et silencieuse ; elles ne nous sont révélées que par leur activation, c'est-à-dire par nos expériences vécues d'affection, par l'attraction ou par la répulsion ressentie en pratique à l'égard de telle ou telle chose. En éprouvant une attraction pour une chose, un attrait ou plaisir, tout à la fois l'existence en moi d'une structure de sensibilité, de tendances sous-jacentes, se dévoile à ma conscience et, dans le même temps, j'ai le sentiment que ces tendances sont satisfaites, sont comblées, c'est-à-dire que je me trouve en présence d'une chose conforme à celles que j'étais prédisposé à accueillir. C'est précisément ce qui me porte tout naturellement à émettre un jugement de valeur, à passer de « cette chose me plaît », « me donne du plaisir », à « cette chose est bonne ou belle ». Par une sorte de déclic qui se produit automatiquement dans mon esprit et qui est le propre du raisonnement intuitif, je déduis de mon attraction (ou, au contraire, de ma répulsion) que je suis (ou non) en contact avec un type de chose que je suis virtuellement ouvert à recevoir ; c'est cette déduction logique intime et fulgurante que j'exprime en disant que cette chose est « belle » ou « bonne » (ou « laide » ou « mauvaise »). Il y a donc bien, en la circonstance, un terme de référence qui joue dans mon esprit et qui sert au moins formellement de support à mon jugement de

valeur : ce terme de référence est immanent à mes tendances ; c'est le *ce-vers-quoi-je-tends*, le type potentiel de choses que je suis prédisposé à accueillir, auquel je suis prédisposé à m'ouvrir. En d'autres termes, le jugement affectif s'opère dans des conditions très particulières : il n'y a pas simplement confrontation d'une chose à une autre prise comme modèle ; il y a déduction à partir d'une donnée -un certain état affectif éprouvé à l'égard d'une chose- que cette chose est ou non conforme à un archétype virtuel ou témoin en puissance, qui reste tapi dans l'ombre, porté en creux par les aspirations de ma sensibilité. Le jugement de valeur formulé découle, en d'autres termes, d'un processus d'évaluation indirecte ou par ricochet.

Mais ce processus n'a rien de mystérieux ni d'exceptionnel. On retrouve, en effet, de semblables jugements de valeur en dehors du domaine proprement affectif, dans bien d'autres expériences analogues. Il suffit de penser au cas où, muni d'un gros trousseau de clefs, je tente par tâtonnements de les introduire dans une vieille serrure que je veux ouvrir. Si mes premiers essais sont infructueux, après avoir constaté que les clefs en cause n'entrent pas, j'en déduirai qu'elles sont « mauvaises » ; et quand une clef tournera enfin dans la serrure, je conclurai au contraire qu'elle est « bonne » : je veux exprimer par ces jugements de valeur que les clefs introduites sont conformes ou non conformes au type de clef que cette serrure, de par sa structure constitutive, de par sa conformation, est prédisposée à recevoir, ou, si l'on préfère, qu'elles sont conformes ou non conformes à ce qu'elles doivent être pour entrer dans la serrure, lui convenir. C'est exactement ce qui se passe avec les jugements affectifs, à la seule différence près que, dans leur cas, il n'y a pas convenance de choses à d'autres choses, de clefs à des serrures, mais convenance de choses à nous-mêmes, aux

prédispositions de notre propre sensibilité : c'est le sujet lui-même qui joue le rôle d'instrument de mesure et qui juge « belles » ou « bonnes » les choses qui le « comblent », qui « remplissent » ses ouvertures, qui « contentent » ses penchants et lui procurent un sentiment de « plénitude » ou « satisfaction ». Etre « content » ou « contenté » (du latin *continere*, contenir), c'est littéralement avoir reçu exactement ce qu'on aspirait à « contenir », comme il ressort de l'expression « avoir tout son content », c'est-à-dire recevoir tout ce qui doit rentrer, nous revenir et qu'on attend. L'idée de comblement d'une « contenance » transparaît de manière encore plus limpide dans le terme « parfait contentement » par lequel on désignait au XVIIIème siècle le gros nœud ornemental venant parfaitement s'insérer dans le décolleté d'une robe prédisposé à le recevoir.

Il est à observer que le sujet joue pareillement ce rôle d'instrument de mesure lorsqu'il déduit de ce qu'il ressent à propos, non plus de choses extérieures, mais de lui-même, et selon que ses états physiques ou mentaux lui conviennent ou lui sont gênants, douloureux, insupportables, qu'il « va bien », que sa santé est « bonne » ou, au contraire, qu'il « va mal », que sa santé est « mauvaise ». Cela ne veut pas dire là encore qu'il y aurait des états de santé bons ou mauvais en soi, dotés par eux-mêmes d'une valeur absolue qu'on ne ferait que constater objectivement: c'est à l'aune de nous-mêmes, de notre vécu, que nous sommes amenés à faire le départ entre le « normal » et le « pathologique ». Comme le note finement Georges Canguilhem, « la médecine existe comme art de la vie parce que le vivant qualifie lui-même comme pathologiques, donc comme devant être évités ou corrigés, certains états ou comportements appréhendés, relativement à la polarité dynamique de la vie, sous forme de valeur négative » (*Le normal et le pathologique*, PUF, 1979, p.77).

En raison de cette subtilité et du caractère inapparent du processus sur lequel ils reposent, on comprend que les jugements affectifs aient pu induire en erreur et faire croire à une simple observation de valeurs inhérentes aux choses, des valeurs absolues, s'imposant à tous. Bien d'illustres philosophes se sont laissé prendre à cette illusion. J'ai évoqué Husserl, on pourrait aussi citer Kant avec son concept de « jugement réfléchissant » développé à propos des jugements esthétiques ou de goût : du sentiment particulier de plaisir ou de déplaisir ressenti au contact d'une chose, on s'élèverait à l'affirmation d'une vérité axiologique absolue, universelle, au sujet de cette chose en disant qu'elle est « bonne » ou qu'elle est « mauvaise ». Kant reconnaît, il est vrai, que ce passage revêt à ses yeux un caractère « énigmatique » - il emploie le même adjectif que Husserl (*Critique de la faculté de juger*, in *Emmanuel Kant. Œuvres philosophiques*, Ferdinand Alquié [dir.], Gallimard, t.II, 1985, p.920) ; ce n'est assurément pas bon signe quand un philosophe aperçoit lui-même de l'énigmatique dans les théories qu'il propose (sans vouloir être mauvaise langue, Kant me paraît coutumier du fait, relevant ainsi de l'inexplicable dans ses étranges conceptions de la liberté humaine ou encore de l'impératif catégorique et de l'action morale, dont il vient même à douter qu'elle soit réalisable dans la vue qu'il s'en fait !). En l'occurrence, qui prétendrait, pour reprendre mon précédent exemple, qu'en constatant que l'une de mes clefs convient à ma serrure et en disant qu'elle est bonne, je lui reconnaîtrais une valeur absolue, universelle ? En réalité, elle n'est pas bonne en elle-même, mais par rapport à la serrure en cause ; et, pareillement, c'est seulement par rapport à ma propre sensibilité et donc à moi-même, à ma subjectivité, que je délivre le label bon à ce qui me convient.

Avant d'en terminer avec les jugements affectifs, il me paraît utile d'ajouter quelques remarques. Ces jugements, on vient de le voir, n'accréditent aucunement l'idée d'une immanence des valeurs aux choses elles-mêmes, indépendamment de tout terme de référence. Mais ils montrent aussi que le relativisme des valeurs ne se confond pas purement et simplement, comme on le croit généralement, avec le conventionnalisme et l'arbitraire de la volonté humaine. Un terme de référence est toujours à l'œuvre, mais il n'est pas nécessairement le fruit d'un choix conventionnel ou libre : on ne choisit pas, à proprement parler, l'armature de sensibilité qui nous habite, même si l'on peut prendre une certaine part délibérée à sa configuration, par exemple par l'éducation ou l'accoutumance volontaire. Ce qui m'amène à une dernière remarque : il faut souligner, en effet, et ici je vise en particulier la phénoménologie des valeurs, combien il est superficiel et peu pertinent de ramener les jugements de valeur dans le domaine de l'éthique à l'image des jugements affectifs. Le jugement affectif d'une conduite repose sur la structure de sensibilité naturellement à l'œuvre chez le sujet et diffère radicalement, dans son principe, du jugement opéré sur la base d'une règle de conduite, étalon artefact fabriqué par l'esprit humain. D'autant que les règles éthiques ne sont pas seulement le support de jugements de valeurs : elles constituent principalement, en tant même qu'étalons, des instruments servant à encadrer et diriger la conduite humaine et prenant place, comme c'est spécialement le cas pour les règles juridiques, dans le contexte de relations intersubjectives d'autorité. C'est ce qui fait, d'ailleurs, que les théoriciens de l'éthique et du droit parlent souvent indifféremment de jugements de valeur ou de jugements de « validité » : en tant qu'opérés sur la base de commandements, de règles conçues comme à observer obligatoirement par les adressataires, les jugements éthiques ne sont pas de simples

jugements de valeur, exprimant la conformité ou la non-conformité objective des conduites à des termes de référence, ils sont en même temps des jugements de validité des conduites en cause, exprimant qu'elles sont ou non de bonne facture, que les intéressés se sont bien conduits, ont eu une conduite conforme à ce qui était requis de leur part, ou, au contraire, se sont mal conduits, ont failli, ont eu une conduite de mauvais aloi, non conforme à ce qu'on exigeait d'eux, une conduite pas seulement irrégulière, mais « entachée d'irrégularité », - entendons viciée, défectueuse, comme on parle de livraison défectueuse d'une commande qu'on a passée. A ces différents égards, on se trouve totalement en dehors du champ de l'expérience affective : qu'il me paraisse plaisant ou déplaisant de faire telle chose ne m'indique pas pour autant si autrui ou moi-même devons, pouvons ou ne pouvons pas l'accomplir. Sans doute, des appréciations affectives peuvent intervenir, et interviennent fréquemment, dans la pratique des règles éthiques et juridiques (dans leur élaboration, leur interprétation, leur application : il n'est pas rare qu'un jugement de valeur juridique émis par une autorité judiciaire procède de ce que les anglo-saxons appellent un « hunch », c'est-à-dire une interprétation sur mesure de la règle juridique par cette autorité en vue de parvenir au jugement qui lui plaît). Mais ce jeu de l'affectif dans l'expérience éthique n'autorise pas pour autant à verser dans le syncrétisme et à gommer des différences essentielles.

2 / Il y a, cependant, nous allons le voir, un certain point de rencontre, une certaine analogie, entre l'expérience affective et l'expérience éthique et juridique. Je suis maintenant en mesure de vous présenter la distinction que je vous ai annoncée. L'autopsie du jugement de valeur affectif que j'ai pratiquée conduit, en effet, à mettre en lumière, aussi bien d'ailleurs pour les évaluations quantitatives que pour les

évaluations qualitatives, l'existence de deux grandes variétés d'étalons et, conséquemment, de deux grands types de rapports de conformité ou de non-conformité. Tantôt l'instrument-étalon utilisé donne lui-même, directement, la mesure des choses qui lui seront rapportées, il incarne lui-même le terme de référence, le ce à quoi ces choses doivent être conformes. La conformité, dans ce cas, correspond à une reproduction à l'identique de l'étalon : a valeur positive la chose que l'on peut identifier avec l'étalon, qui se présente comme son « clone », dirait-on aujourd'hui. Entrent, dans cette catégorie, des instruments de mesure de texture matérielle couramment en usage, tels que les prototypes d'appareils ou de véhicules utilisés pour la fabrication industrielle en série, ou bien les coloris-modèles figurant dans les nuanciers des commerçants en peinture, ou bien encore les appartements-témoins ainsi que les modèles réduits ou maquettes de maisons dont se servent les architectes et promoteurs immobiliers. Mais entrent également, dans cette première variété, des instruments de mesure de texture purement mentale comme, en particulier, ce que dans la théorie de l'éthique on appelle des « modèles axiologiques de conduite » ; il s'agit de conduites érigées en étalons-modèles de ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire, du genre : aider autrui, être honnête, ce sont de bonnes actions; mentir, nuire à autrui, ce sont de mauvaises actions. Ces modèles axiologiques, qu'il ne faut pas confondre avec des règles de conduite, servent en morale comme des guides schématiques, des catalogues d'agissements-types permettant d'évaluer par confrontation les conduites que l'on projette ou que l'on a eues. On peut évoquer aussi les conduites les plus fréquentes, majoritaires, dans un groupe social donné, érigées en modèles de référence, en critères du normal et de l'anormal ou du pathologique : cet emploi très spécial du terme « norme » pour désigner un type d'état ou de comportement habituel, correspondant à la moyenne

des cas, s'est répandu à partir du XIX^{ème} siècle sous l'influence générale des anglo-saxons et plus particulièrement en France d'Emile Durkheim. Les instruments de mesure dont il s'agit, eux aussi très différents dans leur principe des règles et normes éthiques, sont couramment utilisés aujourd'hui, on le sait, en sociologie, en linguistique ou en médecine, notamment en psychopathologie. Je propose de parler, pour tous les étalons de ce premier type, d'«étalons concrets», *concrets* n'impliquant pas une matérialisation, une texture matérielle, mais une concrétisation du terme de référence, une présence pleine de ce qui donne la mesure, une présence « en personne », « en chair et en os », comme aiment à dire les phénoménologues.

Tantôt, au contraire, l'instrument-étalon utilisé ne donne qu'indirectement la mesure des choses qu'on lui rapporte, sans incarner lui-même le terme de référence, le comment-doivent-être ces choses : ce qui donne la mesure dans ce cas n'est pas lui-même présent, « en personne » ; seule son empreinte se trouve inscrite en creux dans cet étalon. On n'est plus en présence d'un modèle concret que les choses à évaluer doivent reproduire, mais d'un modèle en négatif, comme on parle de « peinture en négatif », c'est-à-dire d'un *moule* dans lequel les choses à évaluer doivent rentrer, qui doit donc faire l'objet, non pas d'une reproduction trait pour trait, mais d'un exact *remplissement*. Ainsi lorsque j'attribue une valeur positive, lorsque je donne la qualification « bonne » à l'une de mes clefs après avoir constaté qu'elle va, qu'elle tourne à l'intérieur de ma serrure, qu'elle lui correspond, je ne confronte pas directement cette clef à un modèle de clef auquel elle serait identique ; simplement cette correspondance à la serrure joue dans mon esprit comme un indice : elle implique logiquement une identité avec le type de clefs que cette serrure est potentiellement apte à accueillir, dont

elle porte en elle l’empreinte. Le modèle ou terme de référence ici reste purement sous-jacent. Dans cette hypothèse, la conformité à l’instrument-étalon dont on se sert s’entend comme un rapport de convenance ou adéquation signifiant, non pas que la chose est pareille à lui (que la clef est pareille à la serrure), mais qu’elle lui est *appareillée*, qu’elle est assortie à lui, en accord ou harmonie avec lui, qu’elle se moule parfaitement en lui. C’est à cette catégorie qu’appartiennent ce qu’on appelle en métrologie les mesures ou étalons « de capacité », tels que les pintes, chopines, barils, gallons, boisseaux, litres, quarts et autres canons ; il s’agit de récipients dont la contenance correspond à une certaine quantité de liquide ou de grains servant indirectement de référence dans les échanges commerciaux : pour équivaloir à cette quantité de référence, les liquides ou les grains qu’on verse dans ces récipients doivent les remplir exactement, sans manque ni excès.

Mais cette seconde variété d’instruments-étalons ne se limite pas à ces mesures de capacité ; elle a, à mes yeux, un champ beaucoup plus vaste². Je propose, en effet, de parler, par opposition aux étalons

² Une observation mérite d’être faite, au passage, concernant la distinction classiquement en usage en métrologie entre les grandeurs «composables», directement «mesurables», et les grandeurs «non composables» ou «repérables» : « des grandeurs telles que la température, la date, etc., seront réputées non composables, écrit Jean-Claude Engrand (*op. cit.*, p.7), puisqu’on n’en peut obtenir une quantité donnée par composition de quantités élémentaires. Il reste toutefois possible de les ranger dans des classes d’équivalence ». Il serait préférable de mettre plutôt l’accent sur deux sortes de procédures d’évaluation, directe et indirecte au travers d’indices ou « repères » ; elles correspondent aux deux grands types d’instruments-étalons que je distingue. Ainsi, le thermomètre est un instrument de repérage des températures selon une échelle graduée établie en fonction de la dilatation d’un liquide (le mercure notamment) ou d’un gaz contenus dans un réservoir à plonger dans le milieu dont on veut connaître la température : selon que la température de ce milieu vient occuper telle position du mercure sur l’échelle graduée, selon qu’elle remplit telle marge ou niveau de dilatation, on en déduit qu’elle équivaut à un certain quantum de température servant de référence. C’est le même processus d’évaluation indirecte ou indiciaire qu’avec les étalons de capacité en forme de récipients. Mais il faut souligner que les grandeurs directement mesurables peuvent elles aussi faire l’objet d’évaluations indirectes par repérage : c’est le cas, par exemple, pour le poids. On peut

concrets, d'étalons *formels*, constitués de formes devant être « remplies » par les choses qu'on leur rapporte pour que ces dernières soient jugées « positivement valables », « à la bonne mesure ». Tel est le cas des patrons utilisés par les tailleurs ou des formes de chapeaux ou de chaussures en usage chez les modistes et les bottiers, ou bien encore des plans de maisons ou appartements dont se servent les architectes et promoteurs immobiliers. Mais c'est également le cas des règles et équerres matérielles qui sont pareillement utilisées comme des formes-étalons « à remplir » : elles confèrent valeur de droiture, de rectilinéarité ou de rectangularité aux lignes ou aux angles qui épousent leurs contours, aux tracés qui se tiennent strictement dans la marge ou liseré filiforme dessiné par leur bordure, par leur limite extérieure, ni en-deçà, ni au-delà. Au contraire, la ligne qui s'écarte de cette marge a la valeur négative de ligne non-droite, « tordue ».

S'éclaire du même coup la dérivation métaphorique par laquelle les termes *norma* et *regula* ont été employés pour désigner, non plus seulement ces instruments de mesure matériels, mais des outils de texture mentale : c'est que les normes et règles de conduite sont précisément des étalons de la même famille, appelés eux aussi à être « remplis », à la seule différence qu'il s'agit, non pas de formes physiques, se déployant dans le monde sensible, mais de formes logiques, opérant uniquement dans notre esprit, dans notre monde

évaluer le poids d'un objet en utilisant une balance traditionnelle à double plateau (« balance » est dérivé du latin *bilanx*, formé de *bis*, deux fois, et de *lanx*, plateau) et en contrebalançant l'objet à peser avec des poids-étalons ; mais on peut également utiliser des balances automatiques, aujourd'hui des balances électroniques, dotées d'un plateau unique et d'un écran gradué indiquant, en fonction de la pression exercée par l'objet à peser, le poids de celui-ci sur un repère mobile : lorsque l'objet rentre dans telle position de ce repère, lorsqu'il remplit tel niveau de l'échelle de pression, cela implique que son poids équivaut à tel poids de référence.

intelligible. Les règles de conduite servent, en effet, à donner la mesure du possible de l'agir humain ; elles fixent, à l'intention de leurs destinataires, des marges de possibilité d'action, des marges de manœuvre ou latitudes, en leur indiquant ce qu'ils ne peuvent pas faire (soit une marge de possibilité de 0), ce qu'ils ne peuvent pas ne pas faire (soit une marge de possibilité de 1 ou 100%), ou encore ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire (soit une marge de possibilité intermédiaire entre 0 et 1, à l'interstice de l'impossibilité et de la nécessité). Pour qu'une ligne de conduite effectivement suivie ou seulement projetée ait une valeur positive de régularité, droiture ou rectitude au regard d'une règle éthique, il faut qu'elle « rentre » dans la marge de possibilité définie par la teneur de cette règle ; il faut qu'elle soit en accord avec elle, qu'elle se tienne à l'intérieur de ses limites, ce qui implique logiquement qu'elle est conforme aux types de conduites que cette marge est potentiellement apte à accueillir, qu'elle a la capacité de recevoir. Cette appartenance des règles de conduite à la catégorie des étalons de capacité constitue un point de rencontre -le seul point de rencontre en vérité- entre l'expérience éthique, et notamment juridique, et l'expérience affective dans laquelle ce sont aussi des formes, les formes ou configurations de notre sensibilité, qui servent pareillement d'étalons à remplir.

Cette nature fondamentale des règles de conduite, fonctionnant dans le principe à la manière des mesures-récipients à remplir, se trouve parfaitement éclairée, lorsqu'on prend la peine de s'y arrêter, par la terminologie couramment en usage dans le domaine de l'éthique et tout spécialement du droit. Le terme même de « droit » dénote clairement l'idée de capacité: la fonction fondamentale des règles juridiques est de fixer les « droits », les capacités d'agissement de ceux qu'elles visent. C'est ce qu'évoquait déjà originairement le concept de *jus* des romains :

les *jura* désignaient, comme l'a bien montré Georges Dumézil (*Idées romaines*, Gallimard, 1980, p.41s.), les « aires d'action et de prétention maxima » -entendons : les capacités d'agir- revenant à chacun dans la Cité. A quoi il faut ajouter tous les termes utilisés dans la pratique des règles juridiques et éthiques et qui évoquent soit les idées de *dedans* et de *dehors* (« être en règle », « remplir ses devoirs ou obligations », « être dans son droit », « être hors la loi », « transgresser la règle », « dévier ou s'écarter du droit chemin », « être dans le tort »...), soit les idées de *trop* ou de *pas assez* (« dépasser la mesure », « excéder ou outrepasser ses droits », « manquements à la règle », « manquer à ses obligations », « être en faute ou défaut »...). Au travers de toutes ces expressions qui nous sont familières, on voit bien que le rapport de conformité que les conduites doivent entretenir avec les règles éthiques n'est pas un rapport d'identité, mais de correspondance, d'adéquation ou convenance.

C'est là un point qui a totalement échappé à Kelsen et qui l'a finalement conduit au soir de sa vie à un concept particulièrement extravagant : celui de « substrat indifférent au mode », qu'il a développé dans son ouvrage posthume *Théorie générale des normes* (1979, trad. fr. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, 1996, p.71s.). Je voudrais citer à cette occasion cet aphorisme très pertinent d'un philosophe et psychanalyste -et également humoriste- slovène, Slavoj Žižek : « tout mensonge crée le monde parallèle dans lequel il est vrai » (*Mes blagues, ma philosophie*, trad. fr. Laurent Bury, PUF, 2014, p.179). Cet aphorisme est magnifiquement illustré par le théâtre de Georges Feydeau, qui repose tout entier sur cette mécanique : un travestissement de la réalité, par mensonge ou d'ailleurs par erreur ou quiproquo, amène inexorablement de fil en aiguille à étendre de plus en plus ce travestissement de façon de moins en moins tenable. Mais cette maxime

me paraît valoir aussi pour les erreurs dans lesquelles s'entêtent et s'enferment parfois les théoriciens en n'hésitant pas, pour leur donner du crédit, et plutôt que d'y renoncer ou de les corriger, à les prolonger par d'étonnantes affabulations. Kelsen, justement, a souvent été porté à donner des développements surréalistes à une idée de départ erronée : il suffit de penser à son étrange postulat selon lequel une norme devrait nécessairement découler d'une autre norme, qui l'a conduit d'abord à sa fameuse norme fondamentale logiquement supposée à la base de l'ordre juridique positif, laquelle l'a elle-même finalement amené à voir à l'œuvre derrière elle un législateur suprême fantôme qui l'aurait fictivement édictée! En l'occurrence, faute d'approfondissements suffisants, Kelsen a commis l'erreur d'assimiler les règles éthiques à des étalons concrets impliquant, comme les modèles axiologiques de conduite, un rapport d'identité des conduites avec eux. Il s'est placé par là dans une situation d'autant plus impossible qu'il avait, par ailleurs, constamment mis l'accent sur une distinction tranchée entre normes et faits, distinction entendue comme opposant deux sortes d'entités, deux sortes de mondes radicalement séparés, se déclinant sur des registres de pensée ou modes logiques totalement différents (l'un en être ou *sein*, l'autre en devoir-être ou *sollen*), deux mondes donc irréductibles, insusceptibles d'être rapprochés, sans commune mesure l'un avec l'autre. Pour sortir de cet invraisemblable imbroglio, voici les « explications » énormes et fort alambiquées qu'il a imaginées : « Dans les énoncés selon lesquels quelque chose est et quelque chose doit être, il faut distinguer deux éléments différents. Premièrement, que quelque chose *est* et *ce qui est* ; et deuxièmement, que quelque chose *doit* être et *ce qui doit être*. Ce qui est et ce qui doit être, respectivement le contenu de l'être et le contenu du devoir-être, forment un substrat indifférent au mode ». Par exemple, dit Kelsen, dans la norme « A doit payer sa dette

de jeu », ce substrat est « payer sa dette de jeu » ; si je constate le fait que « A a payé sa dette de jeu », le substrat indifférent au mode est aussi « payer sa dette de jeu » : il est identique à celui de la norme. Au contraire, si j'observe que « A n'a pas payé sa dette de jeu », le substrat indifférent au mode (« pas payer sa dette de jeu ») n'est pas identique à celui de la norme. « La valeur, conclut-il, consiste dans l'identité entre le substrat indifférent au mode d'un être et le substrat indifférent au mode d'un devoir-être ; elle est la relation d'identité entre ces deux substrats modaux indifférents et non pas entre réalité et norme, entre être et devoir-être. Une chose est valable quand elle est identique à une autre ». Je suis tenté de dire qu'il y a du Feydeau là-dedans, dans cette abracadabrantesque coquecigrue imaginée par Kelsen. Il aurait pu en faire avantageusement l'économie en s'appuyant sur une théorie des valeurs plus élaborée, qui lui aurait permis de découvrir la nature d'étalons de forme ou capacité des règles et le type de rapport de conformité qu'elles impliquent et qui n'est pas un rapport d'identité.

On cite classiquement aux étudiants de finances publiques la formule restée célèbre prononcée en 1830 en Conseil des ministres par le baron Louis, alors ministre des Finances : « Faites-moi de la bonne politique, je vous ferai de la bonne finance ». J'ai envie de la paraphraser, en manière de conclusion, en disant : « Faites-moi de la bonne théorie métrologique, je vous ferai de la bonne théorie éthique et juridique ».
