

# UNE NOTE SUR LA NOTION DE «FORCE OBLIGATOIRE » ET LE DROIT.

## A NOTE ABOUT THE CONCEPT OF BINDING FORCE AND THE LAW

BJARNE MELKEVIK\*

### RESUMÉ

La notion de force obligatoire c'est encore une notion transversal avec une dimension intersubjective. L'analyse de cette notion a un aspect discursif: voilà la dimension symbolique ("obligation", "engagement") servent à l'évolution d'une situation, dite juridique, et aussi q'un appel à un jugement juridique. L'article propose une disais sien sur la validité, le droit en vigueur, jus cogens, dans l'approche que mise en evidence la clé pratique au tour de la notion de "force obligatoire"

**MOTS-CLÉS:** Force Obligatoire. Obligation. Validité. Problemes Juridiques. L'analyse des Concepts.

### ABSTRACT

*The concept of "Binding Force" is still a transversal concept with an intersubjective dimension. The analysis of this notion has a discursive aspect: this is the symbolic dimension ("obligation", "commitment") to serve a development of a situation, called legal, and as well to seek a legal judgment. The present paper proposes a reflexion on the validity, the law in force and the Jus Cogens on a perspective that puts in evidence the practical key under the concept of "Binding Force".*

**KEYWORDS:** Binding Force. Obligation. Validity. Legal Problems. Anylises of concepts.

Nous n'avons pas à chercher loin dans le domaine juridique afin de constater que la notion de « force obligatoire » est constamment invoquée, d'une façon franche et directe, mais davantage de manière implicite et parfois en référence dogmatique sous-entendue. La notion de « force obligatoire » ne suscite pourtant pas d'interrogations soutenues et encore moins de réflexions puisqu'elle est considérée comme étant acquise, comme

---

\* Faculté de droit, Université Laval  
bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca

« faisant partie du décor » de l'entreprise juridique moderne. Cette position découle, hélas, d'une incompréhension voire même d'une sorte d'analphabétisme juridique qui se rattache à cette notion et à ses « enjeux » au sein même du monde juridique avec, bien entendu, le danger d'un dérapage intellectuel de ce même droit moderne.

En conséquence, l'objectif de notre essai consiste à examiner cette notion, à réfléchir sur le sens que nous concédons à lui attribuer et au rôle que nous lui accordons au sein du droit. Il n'y a donc aucun secret ontologique, « positiviste », « juridique » ou gnoséologique à découvrir, mais bien au contraire, il s'agit d'une réflexion à entreprendre sur les raisons qui nous motivent, en pratique, à recourir à cette notion et subséquentement, à démontrer les motifs suivant lesquels la « force obligatoire », en tant que concept doctrinal, semble malgré tout apte à jeter une lumière sur le sens en construction, soit-il théorique et abstrait, entretenu par un tel usage linguistique.

L'approche adoptée consiste donc (1) à réfléchir sur le problème épistémologique que confronte la notion de « force obligatoire », pour ensuite (2) examiner le caractère transversal de cette notion qui se retrouve, tant en pratique qu'en théorie, dans une pluralité de domaines d'études du droit et enfin, (3) étudier comment cette notion mobilise toujours des « acteurs » (et une intersubjectivité) qui symbolisent, positivement ou négativement, la « force obligatoire » à évaluer à l'intérieur de la possibilité du droit.

## **1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES ET ÉPISTÉMOLOGIQUES SUR LA NOTION DE « FORCE OBLIGATOIRE ».**

Nos remarques préliminaires et épistémologiques nous servent à proposer deux avenues de réflexions: d'abord récuser toute explication psychologique du concept de « force obligatoire » (et d'un concept « juridique » en général) et ensuite

introduire une explication de ce concept comme n'étant guère autre qu'un coordinateur linguistique visant l'évaluation pratique à faire dans une éventualité de droit.

S'agissant du phénomène de la « psychologisation » des concepts dits juridiques, il s'agit en fait d'un problème récurrent et très répandu dans la pensée juridique d'aujourd'hui. Ce phénomène se résume, *grosso modo*, dans la caractérisation suivante, à savoir le penchant de :

1. situer un concept (dans le domaine de l'écriture de la doctrine « juridique ») et sa compréhension à l'intérieur d'un « cadre psychologique » (i.e. obligation, volonté, efficacité, efficience, force, solidarité, comportement, etc.),
2. pour ensuite utiliser les éléments psychologiques permis par ce cadre pour en « trouver » (i.e. construire psychologiquement) un « sens psychologique », et
3. croire, avec une assurance plutôt métaphysique, que la résultante de l'opération est « juridique » ou « de droit ».

Par un tel procédé tout concept reçoit automatiquement ce qui est au préalable accepté par (ou investi dans) le « cadre psychologique » en tant que confirmation de ce qu'est ou ce qui constitue le concept. Le concept acquiert sa dénomination (ou encore sa « réalité ») « juridique » parce qu'une telle épithète appartient, pour celui qui le croit, au concept.

Il s'agit d'un procédé presque magique! Tout peut immédiatement être expliqué par celui qui mobilise un cadre psychologique pour des concepts, ou simplement qui se réfère directement aux catégories psychologiques pour expliquer une notion utilisée dans la doctrine juridique. En dessinant une image psychologique du concept, qu'il s'agisse d'un appel à « une mentalité » ou par son intégration dans une activité psychologique propre (par exemple la volonté, l'obligation, la solidarité, le comportement (ou « *behaviour* »), l'intention et ainsi de suite),

c'est en effet un double processus d'auto-conviction personnelle (et doctrinale) qui se met en selle. D'un côté, le chercheur en droit scrute son univers psychologique pour retrouver des concepts psychologiques qui lui conviennent et qui lui parlent (i.e. psychologiquement); de l'autre coté, le chercheur participe à une idéologie psychologique concernant le droit dans laquelle il retrouve tous les concepts psychologiques comme étant partagés avec son « cercle doctrinal de référence » (ou simplement, à une « école » de pensée ou à une « communauté » spécifique de chercheurs quant à l'écriture doctrinale en « droit ») et comme preuve (psychologique) de la rectitude d'une conception dite toujours opportunément de « droit ».

Outre l'univers de reconnaissance psychologique où l'homme moderne se retrouve en force et « en dogmatique » à l'égard d'un « droit » qui correspond aux concepts psychologiques qu'il investit, s'affirme le fait que les idiomes psychologiques deviennent immédiatement un fondement de l'écriture doctrinale du « droit » (ou « en » droit). Un phénomène particulier s'opère ici puisque si l'acteur du « droit » (à condition qu'une telle locution possède vraiment de sens!) est supposé faire du « droit », le chercheur en « droit » possède, suivant une telle conception, tout le sens et la signification de ce qui a pu se dérouler sous le mode psychologique et selon les catégories psychologiques qu'il (ou elle) mobilise pour comprendre ledit « droit ». Il est utile de préciser qu'il ne s'agit pas uniquement d'un anthropomorphisme juridique banal (et si fréquemment répandu dans la doctrine ou la dogmatique juridiques), mais d'une conception idéographique qui fait fusionner « ce qui a dû se passer » à l'intérieur des catégories psychologiques et que le chercheur manipule comme ce qu'il peut comprendre comme étant du ou de « droit ». L'univers psychologique des concepts dits juridiques est, en ce sens, le « déjà-droit » qui se confirme dans l'univers mental du chercheur et que lui seul peut comprendre! Voilà pourquoi il (ou elle) écrit la doctrine dite de « droit » comme une émanation psychologique; c'est aussi de cette manière que le « droit » s'écrit!

Puisqu'une compréhension psychologique du droit nous semble irrationnelle et inadéquate, il convient de formuler notre récusation épistémologique en trois principes :

Les concepts ne véhiculent ou ne portent pas du « juridique » ou du « droit ».

Toute attribution d'une quelconque qualité psychologique aux concepts dits juridiques est irrationnelle.

Toute compréhension du « droit » sur l'axe de l'avoir ou de l'être – par concepts interposés – est irrationnelle.

Ceci étant posé, il convient maintenant de nous pencher sur une compréhension d'un concept (en l'occurrence le concept de « force obligatoire ») comme étant un coordinateur linguistique visant l'évaluation pratique à faire dans une éventualité de droit.

Une telle compréhension nous informe que même le « prononcé » s'affirme uniquement en tant que « palabre de ce qui a été dit » et aucunement en tant que « droit » d'une quelconque « réalité » et encore moins de la « réalité » d'un quelconque concept dit de « droit ». Croire et prétendre que le mot, la qualification, le concept ou toute autre expression linguistique utilisée épouse, à un moment ou à un autre, la réalité relève du mysticisme ou d'une divagation de l'esprit. Notre capacité de narrer le monde réel en vue de créer pour nous-mêmes une familiarité sociale (sinon une transcendance d'En-bas) ne doit pas nous induire en erreur et nous laisser imaginer, contre toute raison, que ce niveau de narration possède une quelconque capacité d'interaction, dite de « droit », avec le réel. Il n'en est rien ! Nos narrations du monde réel ne relèvent que des subjectivités et des interprétations qui s'affirment comme telles (ou qui sautent vers le collectif comme expérience linguistique partageable par tous) et surtout, qui retrouvent ces narrations dans la fluidité de la configuration (et des reconfigurations) des traditions. Le « dit », en ce sens, n'est pas la réalité objective de ce qui s'est passé, ni la réalité intersubjective de ce qui a été vécu, mais exclusivement la réalité intersubjective de ce qui a été

effectivement « dit ». Ceci confirme d'abord tout concept comme le palabre de ce qui a été dit et ensuite comme un coordinateur linguistique possible au niveau intersubjectif.

En contraste donc avec une compréhension psychologique des concepts comme étant « juridiques » (ou de droit), défendons qu'une notion ou un concept n'est autre chose qu'un acte de langage, à savoir un élément de communication en soi « vide » hors de sa capacité de coordonner des vues et des « agir » interindividuels. En conséquence, les concepts dits juridiques ne sont que linguistiquement conventionnels à l'intérieur d'un langage naturel et peuvent donc uniquement être compris en droit (ou dans d'autres domaines d'activités intersubjectifs) qu'en tant que des coordinateurs symboliques ou des appels au jugement!

Au lieu de développer davantage ces considérations – en rappelant si besoin était les restrictions que nous avons émises à nos propos – formulons plutôt trois propositions épistémologiques qui nous guideront par la suite, à savoir que :

1. Les notions et les concepts, dits juridiques, se réfèrent uniquement au langage naturel et témoignent, dans la doctrine juridique, soit d'une tradition soit d'une rationalisation au niveau de la communication langagière;
2. Aucun attribut psychologique (ou encore sociologique, idéologique, politique, théologique, etc.) ne doit être accordé (ou reconnu) aux concepts mobilisés pour écrire de la doctrine dite juridique;
3. La présence scripturaire de notions, de concepts, etc. sert uniquement, dans le domaine juridique, d'invitation au jugement à faire en pratique quant à la possibilité du droit.

Sans développer davantage ces considérations épistémologiques il convient maintenant de les utiliser plus attentivement dans l'analyse de la notion de « force obligatoire ».

## 2. LA NOTION DE « FORCE OBLIGATOIRE » EN TANT QUE COORDINATEUR DISCURSIF.

Penchons-nous maintenant sur la notion de « force obligatoire » en tant que coordinateur discursif, en insistant que c'est spécifiquement l'aspect *atopique* d'un tel rôle discursif qui nous révèle la raison pour laquelle cette notion apparaît, surtout dans le domaine de la doctrine du droit, comme transversale. En effet, si nous avons raison quant à nos réflexions épistémologiques la notion, en tant que coordinateur discursif, se distingue d'abord comme étant une instance symbolique servant à l'évaluation d'une situation dite juridique et ensuite en tant qu'un appel à un jugement juridique à faire à l'égard d'une telle situation. Exemplifions cette assertion dans les domaines du droit civil et contractuel, du droit public et du droit international.

En premier lieu, il convient d'apprécier la notion de « force obligatoire » en droit civil/contractuel en prenant appui sur une définition lexicale, à savoir que l'aspect symbolique de cette notion se spécifie en tant que : «Principe selon lequel le contrat constitue la loi des parties et ne peut être révoqué que d'un commun accord ou pour des causes que la loi reconnaît ».

Sans refaire la dogmatique du droit civil et contractuel, soulignons qu'ainsi la notion de « force obligatoire » met en place une logique d'évaluation symbolique à faire qui insiste avant tout sur l'aspect positif du principe, à savoir que les liens contractuels se constituent d'une façon synallagmatique – s'obliger soi-même n'étant pas un contrat - et que les parties qui s'engagent de la sorte le font, en règle générale, en toute conscience et par le biais d'un accord commun. L'engagement dit contractuel se fait en principe à deux, jamais unilatéralement, et de larges parties de la doctrine contractuelle se résument à élucider cette logique en apparence si simple, qui rapidement se révèle plus complexe et même intrigante en pratique. Rappelons uniquement le retour constant dans la doctrine juridique du problème de savoir à quels moments ou sous quelles conditions une « promesse » devient un engagement et

si l'engagement (ou la promesse) peut véritablement faire l'objet d'une acceptation! Pensons également aux débats centenaires et forts intéressants sur la question de savoir si c'est l'intention, la volonté, la réciprocité ou l'accord (explicite ou implicite) – compris donc uniquement comme élément symbolique - qui, en recourant à des figurations hyperboliques «d'obligation» ou «d'engagement», symbolise et forme le contrat, et qui donc fournit la «force obligatoire» à celui-ci. Nonobstant le résultat théorique, qui relève plutôt des affinités supra-dogmatiques, le sens pratique de la «force obligatoire» ne se désigne finalement qu'en un lieu d'évaluation qui fait référence à la dualité et à la réciprocité de la situation contractuelle, et rien d'autre.

Or, insistons du même souffle qu'ainsi la notion de «force obligatoire» se prête également en tant que clé pratique (et doctrinale/symbolique) pour comprendre comment se libérer d'un contrat; la façon normale étant simplement d'honorer son engagement! Ceci signifie que l'honnêteté (et la morale) rejoint certes la notion de force obligatoire par l'extérieur – dans la présupposition que les acteurs contractuels possèdent réciproquement un réservoir de moralité en tant que membre d'une société civile -, ce qui explique pourquoi le droit a toujours été hostile à des libérations extracontractuelles consécutives à tout ce qui peut se passer autour d'un contrat ou encore, de manière plus restreinte, autour d'un individu et de ses dispositions psychologiques. Or, si la capacité de libération extracontractuelle était initialement extrêmement restreinte – mentionnons ici le droit romain antique qui la refusait systématiquement – la «mise en psychologie», que connaît notre «droit» contractuel contemporain (sinon tout la tradition de droit civil), se constitue en contre-pôle. Cette «mise en psychologie» se concrétise par une relativisation des liens contractuels qui se répercute sur la «force obligatoire» d'un contrat (voire sur une obligation civile), d'où la constatation qu'une telle «mise en psychologie», en se conjuguant favorablement avec l'écriture de la doctrine dite juridique, forme aujourd'hui un bloc pratico-dogmatique qui



incline vers une moralité de compassion, sinon d'une idéologie de « victime » qui s'accorde mal (ou pas du tout) avec une force obligatoire qui réside uniquement dans le contrat. Quant à une telle idéologie, c'est plutôt la figure d'un « intérêt commun » présupposé, encore que logiquement improbable, qui la remplace. Quoiqu'il en soit, le concept de « force obligatoire » assure pourtant toujours le principe qu'une partie peut avoir confiance que le contrat est en vigueur et que les parties doivent agir en conséquence.

Examinons deuxièmement le « droit public » où nous constatons que la notion de « force obligatoire » est également importante avec la particularité, en soi paradigmatique, que cette notion se conjugue avec le principe de « validité », ou encore avec la métaphore d'un « droit en vigueur ». Cela se constate amplement en observant l'unanimité, tant pratique que doctrinale, voulant que si la loi, le règlement, la décision administrative, etc., est jugé valide, nous sommes automatiquement en présence d'une « force obligatoire ». Autrement dit, ce qui relève de la « loi pour tous » possède le caractère de « force obligatoire » nonobstant la forme sous laquelle elle se présente, que ce soit une constitution, une loi, un règlement, une directive et ainsi de suite.

Sur le plan théorique, un tel principe ouvre ainsi la porte à un débat sur la question de savoir comment la validité peut être valide (ou encore légitime). À cet égard, la solution de Kelsen a acquis la préférence des juristes dogmatiques, quoique autrement formulée dans un contexte de common law, parce qu'elle assure une cohérence opérationnelle à la fois factuelle et narrative dans le domaine dit « public ». L'image d'une pyramide de « lois pour tous » et la force obligatoire qui est supposée s'y exprimer, assurent ainsi une opérationnalité optimale en faveur de l'administration et de la gouvernance. Ce qui enchante le partisan d'un tel « positivisme opérationnel » est qu'il conjugue « facilité, validité et rendement » comme étant au-dessus de la mêlée et immédiatement efficient.

Au-delà de toute considération théorique, c'est ainsi la même métaphore « obligatoire » que celle constatée dans le domaine civil que se manifeste, à savoir qu'il s'agit de confirmer (ou de contester) la « force obligatoire » d'une loi, d'un règlement, d'une décision administrative, en tant que « loi pour tous », de la même façon qu'un contrat représente la « loi des parties ». Tout le système public travaille autour de la confiance symbolique que les lois, les règlements, etc., possèdent intrinsèquement la «force obligatoire». Une telle règle élémentaire permet ainsi de faire le travail administratif et de gouverner! Quant aux individus, nous constatons leur désir de bénéficier de cette « force obligatoire » en escomptant la validité d'une loi, d'un règlement, etc. et, éventuellement, la stratégie de se mettre à l'abri de celui-ci, d'obtenir une dérogation ou encore de réclamer la non-applicabilité en ce qui concerne leurs affaires. Ce qu'il faut surtout retenir, c'est que l'une ou l'autre des positions implique toujours la reconnaissance de la symbolique d'une force obligatoire d'une « loi pour tous ».

Enfin, examinons l'utilisation de la notion (et la symbolique) de « force obligatoire » dans le domaine du droit international où la situation est plus intéressante d'abord parce qu'une «loi commune» brille par son absence - ce qui, disons-le entre parenthèses, attirent les écrivains de l'imaginaire - et ensuite parce que c'est au niveau des instances judiciaires internationales (en règle générale plutôt inexistantes, sauf quelques exceptions) et surtout à l'égard des sanctions gérées de façon unilatérale par la (ou les) partie(s) qui se sent(ent) lésée(s) que se symbolise par le recours à la « force obligatoire ». À la rigueur, la seule instance de « force obligatoire » est donc « le *jus cogens* » (du droit international) compris dans un sens strict et où aucune possibilité d'extension idéologique (ou « juridique », *sic!*) n'est permise.

Strictement parlant, c'est exclusivement les principes du « *jus cogens* » qui mettent en œuvre le droit international et le confirment tel quel au niveau de la symbolique de la notion de

«force obligatoire ». Tel quel, le « *jus cogens* » se résume en tant que le minimum nécessaire et formel pour opérationnaliser l'existence symbolique d'un domaine dit de « droit » international. Ce qui nous donne, *grosso modo* : 1) obligation d'honorer ses engagements (i.e. le principe de « *pacta sunt servanda* » qu'avait si éloquemment théorisé Hugo Grotius); 2) obligation de reconnaissance mutuelle en tant qu'acteur (i.e. État indépendant et souverain) représenté par ses fondés de pouvoir (i.e. le « droit » diplomatique et consulaire), (3) obligation d'accepter les « faits internationaux » non-controversés (i.e. principe de « connaissance d'office »), (4) obligation de reconnaître les « normes de résolution des conflits » (i.e. le principe « judiciaire », « arbitral » et de médiation) et (5) obligation de respecter la « chose jugée » où l'État a formellement accepté de s'impliquer. En somme, ces cinq principes n'ont strictement pas de « contenu substantif », sinon se révèlent comme une formalité à partir de laquelle peut entrer en scène le travail diplomatique ou de coopération ou encore l'implication nationale.

Avouons qu'une telle conception non-substantive de la « force obligatoire », où s'observe l'absence de critères objectifs ou de « droit naturel » (ce qui revient au même), rend plusieurs théoriciens du droit international, littéralement parlant, « malades ». Ils souhaitent la reconnaissance de critères objectifs au-dessus de la volonté des parties et ils soutiennent avec force que de tels critères existent. Plusieurs théoriciens du « droit » international tentent donc ouvertement d'ajouter une sixième « obligation » visant la reconnaissance de « normes internationales non-controversées » ou issues d'un « large consensus ». D'autres théoriciens du « droit » international cherchent à obtenir le même résultat en substituant à l'action des États les « actions » des Nations-unies en tant qu'un acteur supranational du « droit international », au-dessus et en dépit des États; la dernière stratégie est en principe plus que controversée par le fait qu'une telle position change la nature des Nations-unies, d'une instance diplomatique à un Super-État.

Au-delà donc de ce désir de réécrire la conception de « *jus cogens* », soulignons que ce principe n'implique effectivement rien de substantiel quant aux acteurs (i.e. les États) si ce n'est la nécessité de respecter réciproquement des engagements diplomatiques que nous associons à la notion de la «force obligatoire» et donc aussi, indirectement, reconnaître le rôle que la diplomatie (et les représentants diplomatiques) y jouent pour réaliser une telle « obligation » symbolique. La conclusion qui s'impose est donc que ce modèle est plus proche d'un modèle « privé » que « public »! L'absence d'une « loi pour tous » signale en effet que le « droit » international demeure un ensemble de « lois des parties », ce qui nous explique pourquoi tous les réformateurs (et « révolutionnaires ») du « droit » international estiment aujourd'hui que ce dernier est plutôt caduque (ou insuffisant) et qu'ils espèrent plutôt une « constitutionnalisation » d'un nouveau « droit » international : un « droit » international qui ne dépend plus des acteurs, mais où leurs libertés sont restreintes et encadrées par un *a priori*, à savoir par une Constitution (i.e. par la Charte des Nations-Unies et/ou la Charte internationale des droits de l'homme dans le nouveau rôle de Constitution).

Or, si les principes du *jus cogens* sont reniés, directement ou indirectement, c'est le « droit » international qui est renié et mis à l'écart. Les outils du « droit » international, qu'il s'agisse des traités, des conventions, etc., n'ont pas, à strictement parler, d'autre statut que celui « d'autorité », même si en pratique (et par convention langagière) nous parlons comme s'ils possédaient par eux-mêmes une « force obligatoire », là où ils ne reflètent, en fait, que la force obligatoire du *jus cogens*. Le problème est bien évidemment que les traités ou les conventions doivent être rapatriés à l'intérieur d'un système de droit, plus spécifiquement à l'intérieur d'un droit national, pour avoir effet et donc obtenir une « force obligatoire » par les outils normatifs de l'implémentation. D'où d'ailleurs la particularité du droit international où des États signent mais ne changent pas leur droit interne, privant ainsi les

traités ou les conventions de tout effet juridique; ou encore signent pour attirer la sympathie ou pour créer un écran idéologique contre toute critique; ou enfin signent en accompagnant leur ratification de clauses qui vident les traités ou les conventions, etc. de tout contenu ou simplement pour alimenter la « caisse enregistreuse ».

Ces trois analyses révèlent en somme que la « force obligatoire » n'a guère d'autre sens que celui de servir de coordinateur discursif, nous obligeant à évaluer concrètement et à porter un jugement sur le caractère, le sens et l'étendue des engagements des acteurs dans la société civile, « politique » et « diplomatique ».

### **3. PENSER LA NOTION DE « FORCE OBLIGATOIRE » SANS OBLIGATION.**

La suite logique consiste maintenant à souligner que si la notion de « force obligatoire » symbolise la loi des parties (privé), la loi pour tous (public) et la loi pour « nous » (international), il faut la comprendre comme étant sans « obligation » (et sans « force »). C'est le sens d'une telle affirmation qu'il convient d'élucider telle qu'elle nous amène d'abord à l'évaluation « négative » de la question de l'engagement (i.e. le non-respect) et ensuite à la question de l'évaluation « positive » quant à la notion de « force obligatoire » (i.e. une topique des acteurs).

En ce qui concerne, premièrement, l'évaluation « négative », répétons qu'il n'y a pas de « force » ni « d'obligation » attachée à la notion de « force obligatoire ». C'est uniquement par la constatation distanciée du non-respect de l'engagement impliqué dans la loi des parties ou la loi pour tous ou la loi pour nous, que peut se faire l'évaluation. En d'autres mots, c'est bien par le non-respect, voire la rupture du contrat, le crime ou encore la violation que se constate en pratique la « force obligatoire ». Rappelons aussi qu'un contrat, une loi ou un traité internatio-

nal n'est rien d'autre qu'un tas de feuilles de papier (ou encore une image dans un écran d'ordinateur) où nous retrouvons des signes graphiques et symboliques et rien de plus. Socialisés et personnifiés à l'intérieur d'un contexte culturel nous sommes, en principe, capables d'identifier ces signes comme relevant d'un langage, de les déchiffrer, de les interpréter et peut-être aussi de prétendre que nous avons, à notre façon, « compris » quelque chose. Dans les cas où cela n'existe pas encore textuellement, comme par exemple un contrat verbal, le sens même d'un système juridique nous force de produire un « texte » qui doit rendre compte de l'existence d'un tel « acte langagier ». Nous sommes ainsi toujours, en principe, devant un « texte », c'est-à-dire une expression langagière nous permettant de constater ou de nier une « force obligatoire ».

En ce sens se constate un paradoxe dans la pensée juridique où on observe que nous parlons souvent comme si le contrat, la « loi » ou le traité international existait, même si de toute évidence il n'y a que le texte qui « existe » (sémantiquement) et que c'est cette réalité qui nous permet ensuite de qualifier (ou de discriminer) les textes entre eux comme étant respectivement un contrat, une loi ou un traité international. Les textes n'ont donc pas d'essence juridique *en soi* et l'utilisation d'un suffixe « juridique » en ce qui les concerne doit, sans exception, être refusée; mais surtout, répétons-le, il n'existe aucune « force obligatoire » ni d'obligation en soi ou qui agit dans les textes. Pourquoi? Simplement parce que la disposition psychologique qui consiste à « se sentir obligé » n'appartient jamais au domaine juridique puisque chaque personne doit en toute autonomie trouver en lui, dans le degré du possible, les raisons qui l'incitent à « se sentir obligé », de même que toute « obligation » est propre à un individu et à ses facultés psychologiques (et morales). Que cela puisse être compliqué, que chaque individu (et acteur en « droit ») puisse se sentir déchiré entre des stratégies d'agir bien différentes ne relève pourtant que de la condition humaine, qu'au fait de vivre dans une société qui reconnaît l'autonomie des individus et

qui valorise la valeur de la liberté. Là où il y a une obligation au niveau psychologique ou moral, le droit s'exclut en tant que son contraire. Droit et obligation se constituent simplement en tant que deux lieux antinomiques où il faut choisir l'un ou l'autre et où toute association de l'un avec l'autre relève de la confusion de l'esprit, sinon représente un glissement vers l'anti-juridique.

L'absence d'obligation dans le domaine du droit s'explique par la nécessité d'établir une distinction entre le domaine du juridique et celui de la morale (ou de l'éthique) : le droit n'oblige jamais, tandis que les intermédiaires (contrat, loi et traité) ont justement pour fonction « d'obliger ». En clair, cela relève d'une interrogation morale de savoir si un individu (fut-il un simple acteur dans le domaine privé ou encore le président d'un pays appuyé par ses conseillers diplomatiques) possède la moralité de se sentir obligé. Ce qui nous reconforte quant à notre jugement morale et au fait de « se sentir obligé » n'a guère d'importance pour le droit et c'est en conséquence son contraire qui doit nous intéresser à savoir, la rupture, le non-respect, le crime et la violation (au niveau de l'engagement) comme le tangible (topiquement) ou encore comme le contraire constatable d'une « force obligatoire ».

Il s'ensuit, deuxièmement (et positivement), que la notion de « force obligatoire » précise la direction pratique, à savoir que le « contrat », la « validité » et le « *jus cogens* », symbolise la situation où se trouvent les parties et où se trouvent leurs engagements à l'égard d'un « rendre compte » relatif à leurs engagements, leurs « mots » ou encore leurs « ratifications ». Il s'agit, strictement parlant, d'une situation de positionnement où chaque partie est, éventuellement, rappelée à l'ordre (« du droit ») si elle ne respecte pas ses engagements. De même une situation où les parties sont libres quant au choix et quant à leurs stratégies (de justification, de « non-réalisation » ou de « réalisation »), ainsi c'est bien le « rendre compte » qui prévaut à la fin.

Nous constatons donc qu'il y a des « acteurs » d'une part et des engagements d'autre part, mais surtout que tout cela se

fait toujours par et dans une logique de « mise en relation ». La raison est que la réprobation de la violation et du non-respect d'un engagement ne se font jamais contre un acteur ni contre l'engagement (ce qui serait nécessairement illogique), mais à l'égard du symbolique que représente le contrat, la « loi » ou le traité international. Bref, la « force obligatoire » s'évalue, en contexte, à l'égard de ces symboliques et n'a donc jamais de sens en soi. En d'autres mots, le sens symbolique attribuable à cette notion, ce rapport à l'évaluation d'une situation controversée et où il faut évaluer, *post-factum*, si un engagement peut/doit être dit « vicié », « non respecté » ou « détourné ». En tant que tel, le concept est donc « vide » de droit, mais plein de sens symbolique pour ce qui doit/peut se faire en droit.

La notion de force obligatoire, en ce sens, se résume entièrement dans l'adage classique du « *patere legem quam ipse facisti* » (i.e. subis/respect/souffre la loi que tu t'es faite/que tu as faite toi-même). En clair, si en tant qu'acteur privé, public ou international, nous nous engageons, nous serons inéluctablement tenus pour « obligés » négativement quant se constate notre non-engagement ou encore notre transgression. Notre engagement l'un envers l'autre se renforce ainsi sous la symbolique de la « force obligatoire »; en cas de violation de cet engagement c'est inéluctablement le côté opératoire négatif de cette « force obligatoire » qui pourra entrer en scène par un jugement judiciaire à l'encontre de l'individu (ou un État) qui n'a pas respecté ses engagements et également par des actions juridiques ou légales pour se protéger et pour réparer les conséquences d'un tel désengagement. Bref, la notion de « force obligatoire » symbolise la responsabilité juridique et son corollaire : la réparation.

#### **4 CONCLUSION.**

En fin de compte, insistons sur la stérilité de tout « *konsept-lehre* » (doctrine des concepts) et l'éblouissement



d'un monde conceptuel qui ne sert que lui-même. Tel que nous le concevons, les concepts linguistiques s'expliquent par « ce qui doit/peut se faire en droit », à savoir par notre responsabilité en tant que juriste (et théoricien du droit) et par le respect de la pratique du droit (i.e. les hommes et les femmes qui vivent concrètement dans une société moderne et qui acceptent de faire du droit le mode de résolution de leurs controverses et disputes).

Il s'ensuit, comme nous l'avons démontré, qu'une dose de réalisme linguistique (et jurisprudentielle) doit nécessairement accompagner notre compréhension des discours, des mots, des concepts, celle des autres autant celle qui vient de nous, et quant à « ce qui doit/peut se faire en droit ». Nous avons simplement raisons de ramener la compréhension des concepts à la réalité des individus, dans la pratique, la vie en société et de les évaluer le plus concrètement possible à l'égard des situations et des contextes réels. Une large partie des problèmes que nous rencontrons en science juridique (ou simplement dans l'écriture de la doctrine juridique) provient d'un manque d'attention à la pratique, au problème juridique concret et à la compréhension du problème controversé, de même qu'au mode de fonctionnement réel et concret du langage. C'est toujours la réalité des problèmes juridiques (et sociaux et politiques) qui doit nous intéresser dans l'analyse des concepts dits juridiques. Sans un tel souci pour le concret, pour le problème juridique ou la pratique, une analyse des concepts n'est d'aucun intérêt et n'a pas de valeur.

