

LA DISPARITION DU DROIT DES GENS CLASSIQUE

Lorsqu'il indique à son fils qu'il convient de distinguer, à côté du droit public et du droit privé, une troisième sorte de droit, « qui appartient en quelque manière au droit public », et « qu'on appelle le droit des gens », le Chancelier d'Aguesseau ajoute qu'il conviendrait, « pour parler plus correctement », de nommer cette partie « droit entre les nations », car, rappelle-t-il comme une vérité connue de tous, « le nom de droit des gens a *un autre sens* que vous apprendrez dans l'étude du droit romain » (1). De fait, note un peu plus tard Bentham (2), en reprenant les remarques de l'homme d'Etat et jurisconsulte français, le terme de « Law of Nations » se réfère plutôt au droit interne, et n'était la force de la coutume qui le maintient en usage, il serait plus adéquat de parler de droit « international » pour désigner les règles qui gouvernent les relations entre Etats.

Le mot vient ainsi rejoindre la chose, un terme nouveau est enfin forgé pour caractériser une réalité juridique qui tend à se distinguer de plus en plus nettement de ce que la science du droit traditionnelle entendait par *jus gentium*. Non que tout soit nouveau : l'ancien droit des gens, le droit des gens qu'on pourrait appeler *classique*, comprenait aussi certaines règles applicables dans les relations entre communautés politiques. Mais ce n'était qu'une petite partie d'un contenu beaucoup plus vaste, où les jurisconsultes de droit savant avaient coutume de ranger la plupart des institutions généralement adoptées par les sociétés humaines. En outre, à ce droit des gens, conçu pour l'essentiel comme un droit interne, était alloué un statut mixte, puisqu'il était dit partie du droit naturel, et partie du droit positif, alors que, même si la pensée juridique moderne a longtemps hésité sur ce point, le nouveau droit des gens, le droit des gens *moderne*, est désormais considéré comme une des branches du droit positif.

(1) *Instructions sur les études propres à former un magistrat*, écrites pour son fils en 1716, *Œuvres*, Paris, 1759, t. 1, p. 268. C'est nous qui soulignons.

(2) *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, 1789, p. 324, note. On s'accorde pour voir en lui l'inventeur du terme droit international.

Mais il a fallu presque deux siècles à la doctrine juridique pour parvenir à ces conclusions, et l'extraordinaire difficulté de cette gestation est l'un des points sur lesquels l'historiographie ne cesse de s'interroger. Comment comprendre qu'il ait fallu tant de temps, une telle somme de réflexions et de discussions pour réussir à distinguer deux notions si évidemment différentes pour le jurisconsulte contemporain? De Vitoria à Grotius, en passant par Molina, Vazquez, Suarez et quelques autres, tout se passe en effet comme si le résultat qui semble à chaque fois atteint — on ne compte plus les pères putatifs du droit international — disparaissait comme château de sable, obligeant à chaque fois la pensée à reprendre la question à son point de départ.

On a en général cherché la réponse en aval, du côté du moderne droit des gens en formation. De fait, le xv^e et le xvi^e siècles voyant l'émergence et le développement des Etats-nations, il peut paraître urgent de fonder les bases du droit qui va régir les rapports de sociétés politiques sur lesquelles aucune autorité supra-nationale n'exerce plus d'arbitrage. Mais nul ne conteste plus qu'il y ait eu des relations régies par le droit entre les communautés politiques de l'âge médiéval. Quant à savoir si l'immense travail de réflexion doctrinal mené à partir du xvi^e siècle sur les fondements du droit entre Etats a radicalement modifié l'effectivité de ce droit, c'est là une de ces questions pour lesquelles il n'est pas de réponse.

La tentation naît alors de se retourner vers l'amont, vers cette réalité juridique qui va disparaître, pour chercher si ce n'est pas en elle, dans son existence, dans son statut, dans sa fonction, que se trouvent les obstacles qui ont si longtemps arrêté la pensée. C'est ce que nous voudrions faire ici, en recherchant les raisons et les modalités de cette disparition du *jus gentium* classique. Entre l'apparition du droit des gens moderne et l'effacement du droit des gens de la tradition romanistique, on a généralement posé des rapports de cause à conséquence; nous voudrions, en reprenant l'étude des penseurs chez qui de l'aveu général se fait cette mutation, c'est-à-dire des grands théologiens de la Seconde Scolastique, tenter de voir s'il ne convient pas d'inverser cet ordre.

Il nous est aujourd'hui difficile de nous faire une représentation même approchée de ce droit des gens classique, et de comprendre le rôle pourtant essentiel que les *jura gentium* pouvaient jouer dans le raisonnement juridique, ou plutôt dans les méthodes d'interprétation des jurisconsultes. L'expression est en effet souvent employée au pluriel, car tel que le présentent les juristes de droit savant au xvi^e siècle, le droit des gens, c'est d'abord une *liste*, un véritable catalogue d'institutions. Liste plus ou moins longue, il y en a en fait plusieurs, les principales étant celles que donnent les *Compilations* de Justinien, et celles qui viennent de la tradition chrétienne. Les textes romains comportent eux-mêmes plusieurs versions, mais convergent pour affirmer qu'appartiennent au *jus gentium* les principales institutions qui naissent au sein

d'une communauté politique organisée, et un certain nombre de règles qui régissent les rapports entre ces différentes communautés, donc tout à la fois un « *jus inter gentes* » et un « *jus intra gentes* » (3). Le *Décret*, qui reproduit les principaux éléments de la tradition chrétienne, tend sur la base de l'enseignement de la Patristique, à rapprocher, peut-être à confondre le droit naturel et le droit divin (4), donc à distendre leurs liens avec le droit des gens ; mais il donne de celui-ci une présentation très classique, en reproduisant un texte qui va jouer un rôle essentiel, celui d'Isidore de Séville, lequel pour définir le *jus gentium*, se contente lui aussi de présenter une liste d'institutions, liste qu'on peut pour l'essentiel faire coïncider avec la liste traditionnelle des jurisconsultes romains, mais qui semble privilégier les règles du *jus inter gentes* (5), et ce point aura son importance.

A cette définition *matérielle*, s'ajoutent, dans ces différents textes, les éléments d'une définition *formelle* (6). Le droit des gens se distingue du droit naturel, affirme Ulpien (7), en tant que partie propre aux hommes d'un droit valant pour la totalité des êtres animés. Droit propre à l'homme, droit donc élaboré par la raison, propre de l'homme, et c'est sur cet aspect qu'insistent les autres jurisconsultes, en particulier Gaius (8) : le droit des gens, c'est le droit que la « *naturalis ratio* » constitue entre tous les hommes, et on peut reconnaître ce caractère rationnel à ce qu'il est reçu et observé par la plupart des *gentes*, cette quasi-universalité dans

(3) Sont, selon le *Digeste*, rattachés au droit des gens « *erga deum religio ; ut parentibus et patriae pareamus... ut vim atque injuriam propulsemus* » (D., I, 1, 2 et 3), auxquels il convient d'ajouter les *manumissiones* (D., I, 1, 4), et le contenu de la définition d'Hermogénien : « *ex hoc jure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae* » (D., I, 1, 5). Les *Institutes* reprennent et précisent ces indications en affirmant que « *bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes... omnes paene contractus... ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles* » (I, 2, 2).

(4) L'affirmation selon laquelle le droit naturel se trouve « *in Lege et Evangelio* (I, dist. 7, c. 3), a suscité de très nombreuses discussions tant chez les théologiens que chez les jurisconsultes.

(5) « *Jus gentium est sedium occupatio, edificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, federa pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita* » (*Décret*, 1, c. 9, *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 6).

(6) On s'est en effet demandé s'il fallait considérer le droit des gens comme une source ou comme une catégorie du droit (*Rechtsgebiet* ou *Rechtsquelle*). Il semble qu'il ait été à la fois l'un et l'autre pour les Romains. Cf. sur ce point V. ILARI, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milan, 1981, p. 25.

(7) D. 1, 1, 1 : « *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit : nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium... commune est... Jus gentium est, quo gentes utuntur. Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit* ».

(8) D. 1, 1, 9 : « *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* ».

l'espace constituant le troisième élément de la définition traditionnelle du droit des gens.

C'est de cette définition, qu'ils trouvent exprimée de manière très classique chez les grands jurisconsultes espagnols qui leur servent en général de référence immédiate (9), que part la réflexion des théologiens du xv^e siècle. Pour suivre les juristes, dont l'autorité, ils le reconnaissent (10), est essentielle en ce domaine, il convient de distinguer, non point deux, mais trois sortes de droits. Saint Thomas et ses commentateurs ont certes adopté et justifié cette tripartition, mais elle est inconnue d'Aristote, elle a été l'objet de remises en cause partielles chez certains théologiens médiévaux, et elle suscite de difficiles problèmes d'interprétation. Si l'on s'attache à cette définition classique, le droit des gens est un droit tout à la fois naturel et positif. Mais est-ce là quelque chose de pensable ? N'y a-t-il pas une contradiction essentielle à attribuer à une seule et même réalité juridique, ces deux caractères qui peut-être s'excluent ? Ne doit-on pas par conséquent trancher, et réintégrer le droit des gens, soit dans l'une, soit dans l'autre des deux formes de droit depuis toujours distinguées, quitte si besoin est à faire éclater son contenu pour le répartir entre les deux ?

À suivre les discussions très techniques qui alimentent à ce point la réflexion des théologiens-juristes, il n'est guère question du droit des gens moderne, et la volonté d'assurer son autonomie en le purgeant des scories de la pensée médiévale, semble leur moindre souci. La question centrale, c'est celle des liens à établir entre droit naturel et droit positif. Tel que le décrivent les juristes de droit savant, tel que le présentent encore nombre de théologiens au xvi^e siècle, le droit des gens s'oppose, de par sa simple existence, et de par les liens qui le rattachent et au droit naturel et au droit positif, à la séparation théorique radicale que la pensée juridique moderne veut et va instaurer entre un droit naturel présenté comme une pure construction de la raison, et un droit positif qui ne tire plus sa validité que de l'autorité qui l'impose. C'est parce qu'il faut permettre l'avènement d'une nouvelle vision du droit naturel, qu'il est nécessaire de faire disparaître le droit des gens classique.

On comprend dès lors la lenteur de cette disparition, et la complexité des cheminements qui y ont mené. Bon nombre de théologiens semblent en effet, malgré certaines ambiguïtés, rester

(9) Cf. par exemple la présentation qu'en donne SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, Madrid, 1974, L. II, chap. 1, § 2 et c. XIX, § 4.

(10) Il faut, écrit ainsi SALON (*Controversiae de Justitia et Jure, Venetiis*, 1608, ad qu. LVII, a. 2), écouter sur ces questions les jurisconsultes « *quorum in hac parte maxima debet esse auctoritas* ». Telle que l'exposent ces textes, et quelques autres passages du *Digeste*, la notion de droit des gens n'est certes pas dépourvue d'ambiguïtés, qui expliquent pour partie les discussions qui se sont élevées sur ce point, et entre les canonistes et les romanistes, et entre les maîtres de chacune de ces deux disciplines. Mais les théologiens du xv^e ont été moins sensibles aux divergences de la doctrine du droit savant, qu'à l'unité profonde qu'ils ont cru y discerner.

fidèles à la vision classique, et parmi eux on peut, à notre sens, ranger D. de Soto, Bañez, et quelques théologiens de moindre envergure, tels Aragon, Salon, Sayrus, qui appartiennent à la deuxième moitié du xvr^e siècle, et qui, précisément parce que ce ne sont pas des penseurs originaux, permettent de retrouver les traits essentiels de la vision classique du *jus gentium*, telle qu'elle est à cette époque encore présente et vivante dans l'esprit de la plupart des jurisconsultes. C'est sur eux que je m'appuierai pour tenter dans un premier temps, de présenter la notion classique du droit des gens, conçu comme un moyen terme entre le droit naturel et le droit positif. Ce rappel me permettra de montrer le rôle que jouait le *jus gentium* dans la pensée juridique, et également d'indiquer, non les points faibles, mais les points délicats de la construction. C'est en effet en présentant de ces points une interprétation au premier abord légèrement divergente, que des théologiens comme F. de Vitoria, et surtout Suarez vont réussir à détruire la vision classique du *jus gentium*. Ce sont les voies de cette destruction que je présenterai dans un deuxième temps.

I. — LA VISION CLASSIQUE DU DROIT DES GENS COMME MOYEN TERME ENTRE LE DROIT NATUREL ET LE DROIT POSITIF

Les historiens qui tentent de dégager la conception du droit des gens propre à tel ou tel penseur de la Seconde Scolastique, sont souvent en désaccord entre eux, et on conclut parfois de là qu'il faut y voir le reflet de contradictions qui seraient propres à ces auteurs (11). Le reproche est à la fois fondé et infondé. La pensée de certains n'est pas toujours très sûre, mais il ne faut pas prendre pour une incohérence de pensée ce qui tient à la complexité de la matière elle-même. Bien souvent, les contradictions que l'on croit relever ne sont que l'expression de la volonté de maintenir fermement les deux propositions fondamentales qui, à mon sens, permettent de conclure à la présence de la conception classique du *jus gentium* : celle qui en fait une partie du droit naturel, et celle

(11) La plupart des grands théologiens-juristes ont fait sur ce point l'objet de monographies. Rappelons, pour nous en tenir à quelques titres, les études de C. BARCIA TRELLES (*Francesco de Vitoria, Fundador del Derecho internacional moderno*, Valladolid, 1928), de L. PERENA VICENTE (« El concepto de derecho de gentes en Francisco de Vitoria », *Revista española de derecho internacional*, 1952), de A. TRUYOL Y SERRA (« Francesco de Vitoria y H. Grocio, cofundadores del Derecho internacional », *Ciencia tomista*, 1984) à propos de Vitoria, celles de D. CARRO (*Domingo de Soto y el Derecho de gentes*, Madrid, 1930) à propos de D. de Soto, celles de J.A. GARCIA VILAR, (« Comunidad internacional y derecho de gentes en G. Vazquez », *Revista de Estudios internacionales*, 1982) à propos de G. Vazquez, celles de J. SODER (*Francesco Suarez und das Völkerrecht*, Frankfurt-am-Main, 1973) et de A. TRUYOL Y SERRA (« Francesco Suarez e la evolucion del concepto del derecho de gentes », *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 1980) à propos de Suarez.

qui le montre inséré dans les règles du droit positif (12). Cette dualité essentielle est au reste clairement indiquée dans la manière dont de nombreux théologiens qualifient le droit des gens : c'est, disent-ils, quelque chose de mélangé (*mistum*) (13), c'est un droit qui est un *medium* (14), et c'est pourquoi nous parlons de moyen terme. Ce désir de maintenir les liens du droit des gens, et avec le droit naturel, et avec le droit positif, apparaît aussi bien dans la présentation de son champ d'application que dans celle de ses modes de détermination.

La vision classique du droit des gens comme partie du droit naturel conduit en effet presque inéluctablement à reconnaître qu'il y a un droit naturel plus large, au sein duquel le droit des gens, conçu comme un droit naturel propre à l'homme, va se trouver englobé, c'est-à-dire un droit naturel qui vaut, soit pour l'ensemble des êtres, soit pour la nature dans son universalité. C'est ce que nous verrons dans un premier point. La présentation du contenu du droit des gens permet elle aussi de préciser ses liens avec le droit naturel et le droit positif. Il y a sur ce point, depuis longtemps déjà, des désaccords assez profonds, entre les théologiens eux-mêmes d'une part, entre les théologiens et les jurisconsultes de l'autre (15). Mais, malgré certaines tentatives de reclassement des différentes institutions du *jus gentium*, la plupart des auteurs restent fidèles à la leçon qu'on peut tirer des textes romains et à la définition d'Isidore de Séville, encore qu'il y ait entre les deux quelques difficultés d'accommodation (16). Le droit des gens, c'est un ensemble d'institutions que l'on reconnaît à ce qu'on les ren-

(12) C'est pourquoi il nous semble peu adéquat de présenter comme une contradiction le fait d'affirmer conjointement que le droit des gens fait partie du droit positif tout en constituant un mode d'être du droit naturel. On retrouve, à notre connaissance, ces deux affirmations chez la grande majorité des théologiens, et ils ne font qu'exprimer ce qui est l'affirmation cardinale de la vision classique du droit des gens.

(13) Cf. P. de ARAGON, *In Iam Iae Divi Thomae Doctoris Angelici Commentaria*, Lugduni, 1596, qu. LVII, a. 3, 2^e cl.

(14) Cf. D. BANEZ, *Scholastica Commentaria in Iam Iae Angelici Doctoris S. Thomae*, Duaci, 1615, qu. LVII, a. 3, III^e cl. (le *jus gentium* est un « *quasi medium* »), M. de SALON (*op. cit.*, ad qu. 57, a. 3). SUAREZ (*op. cit.*, L. II, c. XVII, a. 1) parle lui aussi de « *quasi medium* ».

(15) Tous les théologiens partent sur ce point des présentations données par les canonistes et les romanistes, mais rappellent qu'il y a à ce sujet des divergences entre la *Sacra Doctrina* et la science du droit. Ils sont assez généralement d'accord pour reprocher aux jurisconsultes d'étendre trop le champ du droit des gens. Cf. par exemple F. de VITORIA, *Comentarios a la Segunda Secundae*, t. III, Salamanque, 1934, qu. LVII, a. 3, § 2, et SALON, *ibid.*, ad qu. LVII, a. 2. Mais certains, tel D. de SOTO (*op. cit.*, L. III, qu. 1, a. 3) sont prêts à les suivre presque intégralement et sont sur cette question très vivement critiqués par les autres (cf. SALON, *op. cit.*, loc. cit.).

(16) Les théologiens, mis à part Suarez, qui exploite les particularités de la définition d'Isidore de Séville (II, c. XVIII, 4), ne semblent guère y être sensibles. Pourtant, un certain nombre d'historiens ont noté que les institutions présentées par l'évêque de Séville comme éléments du droit des gens, visaient plutôt les relations entre nations, ou entre personnes de nationalité différente, affirmant même que s'il avait fait école, ce serait lui le véritable père du droit international (cf. SODER, *op. cit.*, p. 11-12, et TRUYOL, *op. cit.*, p. 20).

contre chez la plupart des peuples, ces ressemblances permettant de penser qu'il y a en elles quelque chose de conforme au droit de nature. La question des procédés de connaissance et de détermination du droit des gens est donc essentielle : c'est à ce point que le *jus gentium* se différencie du droit de nature, tout en montrant les liens qui le rattachent à lui. C'est ce que nous verrons dans un deuxième point.

A. — Le champ d'application

La définition par laquelle Ulpien présente le droit de nature comme ce que la nature enseigne à tout être animé — « *natura omnia animalia docuit* » — est fameuse, et elle est depuis toujours présente dans tous les esprits (17). Elle est ainsi à la base de la présentation donnée par le canoniste Sylvestre dans sa *Summa* (18), et l'on sait que cette œuvre en forme de dictionnaire a joué un rôle important dans la transmission des principales notions de la science du droit médiévale aux penseurs du xvr^e siècle. Mais même sans remonter à lui, il suffit aux théologiens-juristes de parcourir les grands jurisprudences espagnols qui leur sont plus ou moins contemporains, pour trouver une présentation tout à fait classique de l'enseignement de la romanistique sur ce point : Dieu, écrit ainsi Covarrubias, qui s'appuie très directement sur la formule d'Ulpien, enseigne — c'est bien le *docere* d'Ulpien — matériellement le droit de nature à tous les êtres animés, même à ceux qui sont dépourvus de raison bien que formellement il ne l'enseigne qu'aux hommes à qui est donnée la connaissance par la raison (19).

Si cette thèse a été acceptée avec une grande facilité, c'est bien sûr parce que saint Thomas lui-même, comme le rappelle par exemple Bañez, affirme qu'il y a un droit naturel *in brutis* (20).

(17) Il n'est, à notre connaissance, guère de théologiens pour se dispenser de la citer. Qu'il s'agisse, comme certains l'ont cru, d'une glose (SODER, *op. cit.*, p. 11, qui indique que c'est l'opinion de G. LOMBARDI, *Sul concetto di jus gentium*, Milan, 1946), qu'elle exprime l'influence sur la pensée juridique romaine d'Empédocle, du Portique dans son ensemble, ou de Sénèque son interprète romain (cf. S. RAMIREZ, *El derecho de gentes. Examen critico de la filosofia del derecho de gentes desde Aristoteles hasta Francesco Suarez*, Madrid, 1955, p. 23), ce qui est certain, c'est que la définition d'Ulpien est l'une des bases de la réflexion des juristes de droit savant sur la question du droit naturel, et qu'elle est depuis toujours au centre des discussions théologiques sur ce point. Cf. sur son influence dans la théologie médiévale, Dom O. LOTTIN, *Le droit naturel chez saint Thomas et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931, et M.B. CROWE, « Aquinas and Natural Law. Terminology and definitions in the late 12th. and early 13th. centuries », *Sprache und Erkenntnis im Mittelalter*, Akten des VI^e internationalen Kongresses für mittelalterliche Philosophie, Berlin, 1981, t. II, p. 614.

(18) *Summa Sylvestrinae, Venetiis*, 1598, art. *lex*, 2.

(19) D. COVARRUBIAS, *Regulae peccatum, De regulis juris, L. VI, Relectio, P. II in Opera omnia, II, Genevae*, 1762.

(20) *Ila Ilae*, qu. LVII, a. 3. Cf. sur cette question, M.B. CROWE, « St Thomas and Ulpian's Natural Law », *St Thomas Commemorative Studies*, Toronto, 1974, A. Maurer et al., éd.

C'est aussi parce qu'elle s'accorde avec une vision du monde très largement répandue depuis le moyen âge, et encore très généralement acceptée au XVI^e siècle. Pour beaucoup d'esprits de ce temps, le monde demeure ce qu'il était pour l'homme du moyen âge, un ensemble ordonné hiérarchiquement, où les différents ordres de la création sont rattachés les uns aux autres par un lien qui soumet les moins parfaits aux plus parfaits, et de proche en proche ramène ainsi la création vers son Créateur, c'est-à-dire vers Dieu qui est, De Soto le rappelle à ce point de sa présentation, l'alpha et l'oméga, le principe et la fin de toutes choses (21). Lorsqu'ils lisent Ulpian, les théologiens comprennent donc immédiatement, comme déjà Placentin et la plupart des romanistes, *Natura, id est Deus, omnia animalia docuit*, en précisant, ce que les jurisconsultes savaient fort bien, et qui rend impertinent le reproche de panthéisme qui leur a été adressé, qu'il faut entendre ici *natura* au sens de *natura naturans*, et non de *natura naturata* (22).

Il n'y a par conséquent pas d'opposition entre ces différents ordres, puisqu'ils relèvent tous du même principe, et visent, médiatement ou non, la même fin, et donc aucune raison d'opposer l'ordre des choses et l'ordre jugé le meilleur par la raison humaine, puisque, même s'il prend part par la raison au droit qui le régit, l'homme sur le fond se contente de parachever un ordre auquel certes il œuvre, mais qu'il ne crée pas, et qui est celui même de la nature, ce que les théologiens-juristes tentent d'exprimer en affirmant que l'homme est à la fois *regulans* et *regulatus* (23). En outre, et c'est une présentation que l'on retrouve chez la quasi-totalité d'entre eux (24), si l'homme par sa raison se distingue des autres créatures, il a en commun avec l'ensemble des êtres la volonté d'être et de se conserver, et il partage avec les autres êtres animés le désir de perpétuer son espèce. A ces trois appétits ou inclinations naturelles de l'homme, correspondant, rappellent les penseurs de la Seconde Scolastique, les trois catégories de préceptes que l'on a

(21) *Op. cit.*, I, I, qu. 3, a. 2 : « *Deus cuncta quae fecit se ipsum refert, qui est alpha et omega, principium et finis* ».

(22) Cf. sur cette question B. TIERNEY, « *Natura, id est Deus. Juristic Pantheism* », *Journal of History of Ideas*, 1963, RAMIREZ, *op. cit.*, p. 37 sq., et F. CARPINTERO BENITEZ, « El derecho natural laico de la Edad media. Observaciones sobre su metodologia y conceptos », *Persona y Derecho. Revista de fundamentacion de las Instituciones juridicas y de derechos humanos*, 1981, p. 77-78, qui cite Odofredus : « *natura, id est Deus, quia Deus est natura naturans* ». Les mêmes expressions se retrouvent chez M. de ARELLANO Y LUNA, un canoniste du début du XVII^e siècle (*Opera tripertita, sc. juris, imperii et domini ratio*, Anvers, 1651, I, III, c. 1. 5) : le droit, c'est « *quod natura, id est Deus cuique impressit et praescripsit... id proprium cujusque rei... naturale dicitur, quia a natura creante derivatur, et in natura creata possidetur* ».

(23) Voir par exemple l'utilisation que fait à plusieurs reprises D. de Soto de cette opposition (*op. cit.*, I, I, qu. 1, a. 1, et qu. IV, a. 1 : la loi est inscrite en nous de deux manières, « *in regulante et in regulato* »).

(24) On trouve ainsi ce thème développé par SOTO (*op. cit.*, I, I, qu. IV, a. 2), par BANEZ (*op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 2^e cl.), par SALON (*op. cit.*, ad qu. 57, a. 2, ult. ass.), R. SAYRUS (*Clavis regia sacerdotum casuum conscientiae, Venetiis*, 1607, I, III, c. II, § 7) et SUAREZ, *op. cit.*, I, II, chap. VII, § 4).

coutume de distinguer dans la loi naturelle : ceux qui valent pour l'homme en tant qu'être, ceux qui le concernent en tant qu'être animé, et ceux qui le visent en tant qu'être rationnel. Ces thèmes sont présentés par tous comme un enseignement classique, quasiment impossible à remettre en cause, et on les retrouve encore à la fin du xv^e siècle chez Suarez. Or, puisque ces différentes règles appartiennent toutes à la même loi de nature qui, disent les théologiens, doit nécessairement être une, c'est bien là le signe qu'il y a, d'un ordre à l'autre, une unité réelle (25).

Mais, si cette vision semble assez généralement acceptée au xv^e siècle, elle suscite aussi des difficultés, qui annoncent le refus général dont elle va être ultérieurement l'objet, et justifient les rejets partiels qu'elle rencontre déjà. Les théologiens-juristes connaissent fort bien les réticences que la définition d'Ulprien a depuis un certain nombre de décennies soulevé chez les représentants de la jurisprudence humaniste (26), et ils partagent (27) souvent ces doutes, nés pour l'essentiel de la progression de la vision subjective du droit chez les jurisconsultes. Peut-on vraiment croire que *toutes* les créatures soient soumises à la même loi ? Les choses, remarque D. de Soto, ne peuvent dévier, et il n'y a donc pas à leur égard cette *coercitio*, dont l'existence semble liée à l'essence de la loi (28). Sans doute Dieu a-t-il donné à chaque être les inclinations et les instincts qui lui permettent d'atteindre ses fins, mais, demande là encore Soto, cet instinct n'a pas « *propriam naturam legis* », la nature propre de la loi (29). Les créatures irrationnelles, remarque un peu plus tard le théologien anglais Sayrus, sont certes soumises à la loi mais c'est « *sine iudicio* » : dans la mesure où elles suivent ce qui est imprimé par Dieu en elles, elles sont « *quasi motae ab alio* », mues par un autre principe, et donc n'ont pas de règle intérieure de conduite (30).

C'est chez le dominicain D. de Soto (31) que l'on trouve la réflexion la plus approfondie sur ce point. Cette « *naturalis inclinatio sensualitatis* » que l'on rencontre dans l'homme, et qui correspond au mouvement général de la nature, peut-elle, demande-t-il, être la source d'une loi ? Ne doit-on pas plutôt y reconnaître cette *lex membrorum* que saint Paul a en une formule fameuse opposée à la *lex mentis* ? N'est-elle pas dès lors la conséquence de la perte

(25) Cf. Soto, *op. cit.*, *loc. cit.* : il y a une unité de la loi en ses divers préceptes, car c'est toujours le bien qui est visé.

(26) Cf. la présentation qu'en donne SUAREZ, *op. cit.*, II, c. XVII, § 5.

(27) Sans doute serait-il plus juste de dire qu'ils les suscitent, puisque c'est d'abord chez les penseurs de l'Eglise que la vision d'Ulprien a été rejetée. Voir sur le rôle d'Albert le Grand et de certains décrétiens, tel Rufin, dans cette discussion, la présentation de RAMIREZ (*op. cit.*, p. 35 sq.) et de SODER (*op. cit.*, p. 58 sq.).

(28) *Op. cit.*, L. I, qu. III, a. 3.

(29) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(30) *Op. cit.*, III, c. 2, § 4.

(31) *Op. cit.*, L. I, qu. I, a. 1, qu. III, a. 3, et qu. IV, a. 2.

de l'état de justice originelle, perte par laquelle « *dissoluta sunt membra* » et qui a introduit une rupture entre les différentes parties de l'homme ? Elle est certes dite *lex*, mais c'est une « *obliqua regula* », une « *distorta lex* », non pas une « *vera lex* », mais une simple loi par métaphore, et l'expression sera souvent utilisée. Comment au reste une loi placée en dehors de l'esprit pourrait-elle être pour nous une règle ? La nature ne saurait être « *judex noster* », elle ne nous est pas supérieure. Mais le disciple de Vitoria demeure malgré tout fidèle à la leçon traditionnelle : c'est pour l'homme, être de raison, que cette *lex carnis* se révèle être une loi détournée, parce qu'elle le ramène à des fins qui ne sont pas les siennes, mais cela n'interdit pas de la considérer comme une véritable loi de nature lorsqu'elle est suivie par les autres êtres animés. En tout état de cause, remarque Soto, même cette loi dépravée retient pour l'homme quelque similitude avec la loi, et il se montre sur ce point fidèle à saint Thomas : lorsque la loi naturelle propre à un être n'est pas observée, c'est une règle empruntée à un ordre inférieur qui la remplace, mais cet ordre vient néanmoins de nature (32).

Sur cette même voie cependant, d'autres doutes apparaissent, peut-être plus dangereux par leurs conséquences. Il y a, c'est la « *communis sententia* » (33) de la *Sacra Doctrina*, quatre sortes de lois, la loi éternelle, la loi divine, la loi naturelle et la loi humaine. La loi divine, qui présente plus particulièrement les préceptes révélés par Dieu, complète la loi éternelle et se confond peu ou prou avec elle. Mais la question des rapports entre la loi éternelle et la loi naturelle suscite des dissensions. La loi, redisent les théologiens à la suite de Cicéron, est « *aeternum quiddam* », ce quelque chose d'éternel qui régit le monde en commandant et en interdisant, et pour qualifier les règles par lesquelles le monde est ordonné, beaucoup, encore que l'usage reste flottant, tendent à parler plutôt de *lex aeterna*. De là à opposer cette loi éternelle qui gouverne l'univers, à la loi naturelle qui gouverne les seuls êtres humains, il n'y a qu'un pas que beaucoup semblent tentés de franchir : la loi naturelle, écrit Bañez (34), est ainsi appelée parce qu'elle est inscrite dans la nature de l'homme — et non plus, notons-le, dans l'être de l'ensemble des créatures — et de même pour Sayrus, ce qu'on appelle loi naturelle, c'est proprement la *participatio* à la loi éternelle qui se fait dans la créature rationnelle (35). Que des ruptures à venir se profilent ici, c'est certain, mais elles ne sont pas encore acquises : pour Soto, il n'y a pas lieu de restreindre le champ de la loi naturelle, elle est selon lui, la marque, l'*impressio* qui a été faite par la loi éternelle lors de la création de la nature dans son

(32) Et donc de Dieu. Cf. I, I, qu. III, a. 3 : « *quatenus non nihil similitudinis legis retinent... influxus sunt divinae potestatis* ».

(33) SUAREZ, *op. cit.*, II, c. 1, § 2.

(34) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 2, 3^e cl. : « *lex naturalis dicitur quatenus naturae hominum indita* ».

(35) *Op. cit.*, III, c. 2, § 2.

ensemble (36). Bañez refuse de même avec fermeté de séparer loi éternelle, loi divine et loi naturelle, la loi éternelle est naturelle, et la loi naturelle est loi divine (37).

Malgré le flottement de vocabulaire qui affecte certaines présentations, il n'y a donc pas lieu d'opposer une loi éternelle, qui serait un ensemble de règles nécessaires, et une loi naturelle qui serait propre à l'homme ; la création est toute entière gouvernée par la même loi, qui tout à la fois se manifeste dans l'instinct de nature qui guide les êtres animés et s'exprime dans le *discursus rationis* (38) par lequel l'homme discerne les règles qui doivent guider son action. C'est pourquoi affirme Soto au terme de son analyse, les juristes parlent *justement* — c'est sous sa plume un verdict — du droit naturel (39). Bañez précise certes que lorsqu'on parle de droit naturel commun aux hommes et aux bêtes c'est seulement « *secundum analogiam* », « *per quamdam similitudinem et proportionem* », mais ce n'est pas pour lui comme ce le sera pour d'autres une manière de parler « métaphorique », et il est *juste*, affirme-t-il lui aussi de parler de droit naturel à propos des êtres animés car c'est Dieu lui-même qui maintient l'égalité entre les choses, en attribuant à chacune des inclinations selon ce qui est dû à sa nature propre (40).

Ces conclusions sont essentielles : l'insertion du droit naturel propre à l'homme au sein d'un droit naturel qui vaut pour l'ensemble des créatures, assigne à la raison des limites bien précises dans son œuvre de détermination des règles propres à l'être humain, et elle explique, comme nous allons le voir, que les conclusions de cette raison aient besoin d'être confirmées par l'assentiment des peuples.

B. — Les modes de déterminations du jus gentium

La raison joue en effet un rôle essentiel dans l'apparition et le développement du droit des gens puisque ce droit n'est au fond que le mode humain, donc rationnel, du droit de nature général. Il n'est donc pas faux de dire que c'est un droit naturel rationnel, un droit de nature adapté à l'homme et mis en forme par la raison humaine, et l'on comprend tout l'intérêt qu'il peut y avoir à faire passer l'essentiel de son contenu dans le champ du droit naturel *stricto sensu*, comme le fera une partie de la doctrine au XVII^e siècle. Mais, pour y parvenir, il faudra de nombreuses mutations, car si les *jura gentium* sont bien en un sens l'œuvre de la raison, ils ne sont

(36) *Op. cit.*, L. I, qu. III, a. 1 : « *lex naturalis est impressio facta in ipsa creatione naturae* ».

(37) *Op. cit.*, *loc. cit.* : « *Etenim lex aeterna naturalis est. Et rursus lex naturalis lex divina est* ».

(38) Pour reprendre l'expression de D. de Soto, *op. cit.*, l. I, qu. 4, a. 2.

(39) *Ibid.*, *eod. loco*.

(40) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 3 : « *ipse Deus facit aequalitatem ipsis rebus tribuens unicuique inclinationem & potentiam & operationem secundum quoque naturae rei debitum est* ».

décelables qu'à l'assentiment qu'ils rencontrent chez la plupart des peuples, et ils ont besoin de ce *consensus* pour avoir valeur juridique. C'est pourquoi il faut continuer à parler de droit *des gens*, et non, comme certains l'ont tenté, de droit naturel secondaire.

Inspirée, entre autres, de certains développements de saint Thomas (41), l'idée d'opposer droit naturel et droit des gens en distinguant un droit naturel primaire et un droit naturel secondaire, semble avoir tenté un certain nombre d'esprits. Cette distinction s'accordait avec celle que la Patristique avait faite entre le droit naturel de l'homme avant la chute et celui de l'homme après le péché (42). Elle pouvait en outre recouper des distinctions du même ordre, introduites cette fois par les jurisconsultes, et en particulier par Bartole qui, dans une « *doctrina celebris* » (43), séparait un droit des gens *primaevum*, considéré comme une partie du droit naturel, et un droit des gens *secundarium* plus ou moins relégué dans le camp du droit positif. Ces distinctions que beaucoup simplifiaient en identifiant plus ou moins le droit naturel secondaire et le droit des gens primaire ont sans doute, comme certains historiens récents le croient (44), préparé les voies de la nouvelle réorganisation des rapports entre droit naturel et droit des gens qui va être faite par l'école du droit naturel moderne. Mais ce n'est pas tant son éventuelle influence qui nous intéresse ici que son relatif insuccès : on rencontre certes ces nouvelles dénominations, mais tous, théologiens et jurisconsultes, restent fidèles au terme droit des gens, et cette fidélité a des raisons essentielles.

Beaucoup de théologiens remarquent en effet que pour définir le *jus gentium*, les textes classiques sur lesquels ils raisonnent se contentent en fait de présenter une série d'institutions et justifient

(41) L'idée que la loi naturelle contient plusieurs catégories de préceptes est évoquée à plusieurs reprises dans les œuvres de saint Thomas. Cf. R.A. ARMSTRONG, *Primary and Secondary Precepts on Thomistic Natural Law Teaching*, La Haye, 1966, en particulier p. 104, en ce qui concerne les liens de cette distinction avec celle du droit naturel primaire et du droit naturel secondaire.

(42) Cf. sur cette question A. VERDROSS, « Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht in der christliche Rechtsphilosophie », *Jus et lex*, Festgabe zum 70. Geburtstag M. Willers, Bâle, 1959.

(43) Pour reprendre la formule de Arias PINELO (*Ad rubricam et legem 2 C. de rescindenda venditione commentarii*, cap. 1, n. 11, Conimbricæ, 1558), sur la présentation duquel se fonde SUAREZ (*op. cit.*, II, c. XIX, a. 4). Le droit des gens primaire serait selon le jurisconsulte italien apparu *ab initio*, lors de la formation des *gentes*, et en dehors de toute constitution, alors que le droit des gens secondaire est celui dont les *gentes* usent en vertu d'une constitution, et non en suivant la seule raison naturelle. Cf., pour une présentation de cette question chez les romanistes, CARPINTERO, *op. cit.*, p. 79 sq. Il est certain que cette distinction annonce la séparation qui va être introduite par la pensée juridique moderne entre un droit naturel fondé sur la seule raison et un droit des gens réduit au droit positif ; mais si elle est connue, est-elle ainsi comprise ? SALON présente comme une vérité reçue par tous le fait que les jurisconsultes distinguent un droit naturel primaire et un droit naturel secondaire, et identifient ce dernier avec le droit des gens (*ad qu. 57, a. 3*). Mais c'est dans les faits revenir à la tripartition classique.

(44) Cf. CARPINTERO, *op. cit.*, p. 85 et suiv.

le choix ainsi opéré en affirmant que les institutions ainsi rattachées au droit des gens se retrouvent chez la plupart des peuples : ce qui pour les jurisconsultes constitue le droit des gens, remarque ainsi Bañez, ce sont simplement les règles que l'on rencontre chez la plupart des peuples (45). Comment dès lors expliquer ces ressemblances, ce caractère commun à la majorité des peuples de certaines institutions ? Jamais, constatent un grand nombre de théologiens en reprenant saint Thomas, les peuples ne se sont réunis en un seul lieu, pour adopter tous ensemble, d'un *commun accord*, ces règles dont on constate qu'elles leur sont communes. Leur fondement ne peut par conséquent se trouver dans une volonté commune équivalant à un accord de l'ensemble ou de la majorité des hommes, et il faut, puisque le droit a toujours comme fondement, ou la volonté, ou la nature des choses, explorer la deuxième voie. Or sur ce point règne un accord assez général sur le fond, bien qu'on puisse déceler quelques divergences dans la présentation. Le fait que les *jura gentium* soient communs alors que jamais les *gentes* ne se sont réunies pour statuer d'un droit, est ce qui permet de rapprocher le droit des gens du droit naturel ; les hommes en effet ne s'unissent qu'en ce qui est naturel, et par conséquent l'accord qui règne entre eux à propos de certaines institutions montrent qu'elles doivent d'une certaine manière, « *quodammodo* », être rattachées au droit naturel. Tel est le raisonnement suivi par D. de Soto (46), et il semble pour beaucoup aller de soi (47).

Mais, si le droit des gens tire une partie de sa force de ce lien avec le droit naturel, le cheminement qui y mène est nécessairement plus long, puisqu'il exige la mise en rapport de plusieurs principes, alors que le droit naturel est connu immédiatement par soi, et se dégage directement « *ex natura rei* ». Alors que les principes du droit naturel sont connus « *absque discursu* », par la seule lumière de la raison inscrite par Dieu en nous, explique Soto, les règles du droit des gens, bien qu'elles soient *éminemment* contenues dans les principes généraux, ne peuvent être connues par le seul moyen de la loi naturelle ; un travail de la raison est nécessaire, qui va conduire à considérer la nature des choses « *in ordine ad aliquem finem* », pour en tirer des conclusions qui seront constitutives du droit des gens. Le cheminement de la raison éloigne d'une certaine manière du droit naturel, et rend plus fragiles peut-être les conclusions, mais il ne peut, explique le théologien dominicain, en être autrement : nous ne pouvons tout connaître d'un coup, car

(45) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 3 : les jurisconsultes définissent le droit des gens « *ex eo quod invenitur in gentibus et non in brutis* ». Le jésuite allemand LAYMANN fait encore au début du XVII^e siècle une remarque analogue en affirmant que le *jus gentium* s'appelle ainsi parce c'est le droit dont usent presque tous les peuples (*Theologiae moralis absolutissimum compendium*, Duaci, 1640, Tr. IV, cap. I, 7).

(46) *Op. cit.*, L. III, qu. 1, a. 3.

(47) Cf. ARAGON, (*op. cit.*, qu. LVII, a. 3), SALON, (*op. cit.*, ad qu. 57, a. 3), SAYRUS, *op. cit.*, III, c. III, 6).

notre nature rationnelle doit chercher discursivement et par étapes successives une vérité que les choses, parce qu'elles sont elles-mêmes changeantes, ne lui offrent pas tout d'un coup (48). La manière générale dont le théologien dominicain décrit le travail de cette « *ratio collativa* », de cette raison qui rassemble des éléments dispersés pour parvenir à des conclusions qui ne sont que d'une certaine manière naturelles, montre que, contrairement aux reproches qui lui ont été adressés par les autres théologiens, il maintient les distances nécessaires entre le droit des gens et le droit naturel.

C'est le sens général des analyses menées par les théologiens qui restent fidèles à la vision traditionnelle, mais ils étirent plus que Soto, et sans doute à raison, le lien entre droit naturel et droit des gens. Les règles du *jus gentium* sont bien tirées des principes du droit naturel par voie de conséquence, écrit Bañez (49), mais celle-ci est seulement probable et utile à la société humaine, en sorte qu'il n'est pas de peuple qui ne l'admette. Le rôle de la raison est certes essentiel, affirme de même SALON (50), c'est « *ratione ducente et dictante* » que les *jura gentium* ont été adoptés, mais ses conclusions n'ont pas la nécessité logique qu'elles ont en matière scientifique ; on peut seulement dire qu'elles *conviennent* à la société humaine, et qu'elles sont généralement reconnues comme utiles et expédientes. En tout état de cause, l'accord est général là-dessus, les préceptes du droit des gens ont une certaine justice, une certaine bonté en eux-mêmes, mais non en ce sens que les règles contraires seraient mauvaises en elles-mêmes. Il ne peut au reste en aller autrement si l'on songe que certaines de ces institutions, telles les servitudes, la division des propriétés, semblent à beaucoup directement contraires au droit naturel, et qu'il a fallu, pour assurer la comptabilité des unes et des autres, montrer que les règles apparemment contraires contenues dans le droit naturel constituaient de simples indications, et non de véritables préceptes (51).

(48) Soto reprend à plusieurs reprises cette description du rôle de la raison humaine. Cf. L. I, qu. 5, a. 1 et a. 4, qu. 7, a. 7 (la raison est « *discursiva & successu quodam veritatis indagatrix* »), et L. III, qu. 1, a. 3.

(49) Cf. *op. cit.*, qu. LVII, a. 3 : les règles introduites par le droit des gens « *colligantur per consequentiam usque adeo probabilem & utilem humanae societati, ut nullae sint nationes quae talem consequentem non admittant* », et il précise que les *jura gentium* ne doivent pas être considérés comme des conclusions nécessaires. De même, pour ARAGON, pour ce qui est du droit des gens, « *consequentia absolute loquendo non (est) necessaria* », *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 2^e cl.

(50) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 3 : le droit des gens ne doit pas être considéré comme une conclusion tirée des premiers principes, mais « *solum collecta ut utilis et expediens* ». Voir dans le même sens SAYRUS, *op. cit.*, III, c. III, § 1 et § 6.

(51) Cf. SOTO, *op. cit.*, l. I, qu. IV, a. 4 et qu. 7, a. 1, BANEZ, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 4^e cl. et SALON, *op. cit.*, ad qu. 57, a. 2, 3^e ass. Ce sont, semble-t-il, les canonistes qui, pour résoudre la question des dérogations, ont habitué les esprits à distinguer préceptes, interdictions, et permissions au sein du droit naturel (cf. CARPINTERO, *op. cit.*, p. 73 sq.). Mais cette distinction est depuis tou-

La raison donc amarre le droit des gens au droit naturel, mais elle ne se contente pas de dégager des principes qui y étaient déjà contenus, et c'est pourquoi le *jus gentium* demeure, comme déjà l'affirmait saint Thomas, partie du droit humain, ou si l'on préfère du droit positif au sens large, entendons tout droit institué par l'homme. A ce point de leur présentation, les théologiens de la Seconde Scolastique sont en quelque sorte écartelés entre deux principes entre lesquels la contradiction est difficile à éviter. Tous ont en mémoire les phrases par lesquelles saint Augustin montre que tout ce qu'il y a de juste dans la loi humaine lui vient de sa consonance avec la loi éternelle (52). Ce principe vaut nécessairement pour le droit des gens : ce en quoi il est tenu pour juste, c'est ce que la raison tire du droit de nature. Mais affirmer que le droit humain se contente de « déclarer », d'explicitier un droit naturel plus ou moins confondu avec le droit divin, risque de précipiter dans l'hérésie où est tombé Wyclif et que pour beaucoup côtoie le français J. Gerson : c'est refuser toute existence véritable au droit posé par l'homme, ou, comme le théologien français, ne l'accepter que dans la mesure où il se contente de promulguer le droit divin, ce qui, tous sont d'accord là-dessus, est une hérésie (53). Le droit humain comporte nécessairement une part de création, variable certes selon les circonstances, mais toujours présente. Cette possibilité de créer du droit, de faire des lois, est au reste une prérogative fondée sur le droit naturel lui-même rappelle Soto, et l'idée semble couramment admise : la même loi de nature inscrite par Dieu en nous, nous permet de distinguer le bien du mal, le juste de l'injuste, *et aussi* de créer le droit qui nous est nécessaire pour régler les affaires humaines dans leur multiplicité et leur contingence (54).

Le droit des gens, qui est une partie du droit humain, est ainsi pour partie *inventé* par la raison, *constitué* par elle. C'est la conclusion à laquelle s'arrête Soto, qui reprend alors les formules de Gaïus : la raison, dit le jurisconsulte romain, constitue le droit des gens entre les hommes, c'est-à-dire, explique le théologien, qu'elle

jours familière aux théologiens (cf. W. KÖLMEL, « Zur Naturrechtslehre des 14. und 15. Jhts », *Franziskanische Studien*, 1955, p. 221, qui insiste sur le rôle d'Hugues de Saint-Victor).

(52) « *Nihil est in temporali lege justum quod ex lege aeterna non derivetur* », *De libero arbitrio*, L. II, cap. 9, P.L. XXXII, 1229. Cf. par exemple SUAREZ, *op. cit.*, L. II, c. IV, § 4.

(53) Si le cas de Wyclif, officiellement condamné, ne les embarrasse pas, les affirmations de Gerson les troublent davantage : peut-on accuser le « Docteur catholique » d'être au bord de l'hérésie ? Mais, remarque Soto, les luthériens dans les discussions qui les opposent sur ce point aux catholiques, s'abritent souvent derrière le Chancelier de l'Université de Paris, et c'est bien là le signe que celui-ci se trompe (*op. cit.*, L. I, qu. VI, a. 4). Voir dans le même sens SALON, *op. cit.*, ad qu. 57, a. 2, et SAYRUS, *op. cit.*, III, c. III, § 3.

(54) Cf. SOTO, *op. cit.*, I, I, qu. III, a. 1 : « *eidem homini facultatem tribuit ut... per eandem legem naturae, quas alias expedire judicaret, ratiocinando constituerit* ». Les mêmes affirmations se retrouvent chez SAYRUS, *op. cit.*, III, c. II, § 2.

le pose. Le *jus gentium* constitué par cette *ratio collativa* oblige certes parce qu'il vient du droit naturel, *mais aussi* parce que l'homme en décide ainsi, « *sic judicat* » (55), et il ne peut en être autrement puisque jamais les conclusions du droit des gens n'ont cette évidente nécessité qui caractérise les principes du droit naturel. Les mêmes affirmations se retrouvent chez les théologiens que nous suivons : c'est parce que les préceptes du droit des gens ne sont pas intrinsèquement bons, qu'ils peuvent varier, qu'ils doivent s'accommoder à une nature corrompue et souvent perfide, qu'il faut les dire inventés, au moins pour partie, par la raison humaine (56). Un jugement est nécessaire, qui va donner pleine valeur juridique aux *jura gentium*. Or, qui dit jugement, dit *consensus*, assentiment, et l'analyse des théologiens nous ramène alors vers ce *consensus gentium* qui est le cœur de la discussion.

Il permet d'abord de reconnaître les *jura gentium*, mais son rôle ne se borne pas là, et en un sens, c'est lui qui donne, au moins partiellement, valeur obligatoire au droit des gens. Dès lors, ne doit-on pas dire que le *jus gentium* se fonde sur l'accord des nations, naît de cet accord, et constitue un pur droit positif ? Que certaines formules des théologiens qui nous semblent par ailleurs fidèles à la vision classique du droit des gens, puissent orienter vers cette thèse, c'est évident. Il y a en effet deux interprétations possibles : ou bien les nations constituent toutes ensemble, d'un commun accord, les *jura gentium*, ou bien la plupart des nations, mais chacune pour elle-même, constituent des règles auxquelles par conséquent elles consentent, et comme ces règles se révèlent semblables, on peut alors dire qu'il y a, de nation à nation, identité de consentement, donc *consensus communis*.

Il n'est certes pas toujours aisé de discerner avec certitude la solution à laquelle s'arrêtent les théologiens-juristes, tant leur volonté de maintenir la double appartenance du droit des gens rend leur analyse sinueuse. Certaines affirmations toutefois nous semblent décisives. C'est d'abord le rappel que jamais les nations ne se sont réunies pour instituer ensemble les *jura gentium*, et que en conséquence le *consensus communis* que l'on constate entre elles, est en fait une série de consentements identiques, qui ont été donnés, comme le dit Soto avec précision, « *dispersim* » (57). C'est ensuite l'affirmation que ce consentement commun, qui est nécessaire pour que la « *congruentia* » entre le droit et les choses ait force de loi, n'est pas libre, ou arbitraire, mais entraîné par la force du raison-

(55) Soto, *op. cit.*, l. III, qu. I, a. 3 : « *quia ab hominibus sic judicat* » ; le droit « *quod per talem collativam rationem constituitur, dicitur jus gentium, id est jus quod gentes universae quatenus rationales sunt sibi constituerint* ».

(56) Cf. par exemple BANEZ, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 4^e col., et SALON, *op. cit.*, qu. 57, a. 3.

(57) Le droit des gens est introduit « *absque hominum convento* » (L. I, qu. 5, a. 4) ; « *dispersim universae gentes ratione naturali id juris perdocentur* » (L. III, qu. 1, a. 3). Des affirmations identiques se retrouvent chez ARAGON (*op. cit.*, a. 3, 2^e col.), et SALON (*op. cit.*, loc. cit.).

nement (58). C'est enfin l'analyse qui est faite des procédés permettant de modifier le droit des gens. Tout droit doit en effet pouvoir être changé en observant des règles semblables à celles qui ont permis sa constitution. Or les théologiens fidèles à la vision traditionnelle sont à peu près d'accord sur ce point : les modifications apportées au droit des gens devront, si elles sont partielles, pouvoir être justifiées en raison, et les juristes de droit savant affirment que le juge a alors un droit de regard sur la légitimité de l'acte ; s'ils sont importants, il y faudra, outre l'*auctoritas principis*, le *consensus regni*, pareille mutation étant au reste considérée par la plupart comme une faute grave, et une très improbable éventualité (59). Mais, il n'y a aucune ambiguïté sur ce point, l'accord des nations n'intervient ici en aucune manière.

Le droit des gens mérite donc bien son nom (60) puisque, même si c'est la raison humaine qui le détermine en se fondant sur les principes de la nature, son cheminement n'a pas la nécessité qui permettrait d'assurer que les conclusions sont justes par elles-mêmes. Il reste toujours une part de probabilité, d'incertitude et donc de choix, et c'est pourquoi il faut que la raison soit ici, si peu que ce soit, relayée par l'autorité. C'est en dernière analyse la similitude constatée entre certaines institutions qui seule assure que ces règles ont une convenance avec le droit de nature et constituent, d'une certaine manière, son expression. Mais la part de l'autorité et de la raison est, nous venons de le voir, très difficile à déterminer, et il va suffire, c'est ce que nous allons essayer de montrer, d'inflexions somme toute assez mineures de l'ensemble de la présentation pour que la notion de droit des gens perde sa spécificité, et que son contenu se trouve irrémédiablement entraîné, soit du côté du droit naturel, soit du côté du droit positif.

II. — LES VOIES DE LA DISPARITION

La notion classique du droit des gens est trop largement répandue, trop solidement ancrée dans les esprits pour disparaître tout d'un coup. Les auteurs que nous avons jusqu'ici suivis, nous

(58) Voir sur ce point l'analyse de SALON (*ibid.*, *eod. loc.*) : « *ut hujus modi congruentia haberet vim juris, fecit communis omnium gentium ac nationum consensus* », mais si le droit des gens naît du consentement, c'est « *non omnino libero, sed quasi urgente & instigante dictamine rectae rationis* ». SOTO avant lui (*op. cit.*, L. III, qu. 1, a. 3) et BANEZ (*op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 2^e et 3^e col.) aboutissaient à des conclusions semblables.

(59) Cf. par exemple BANEZ, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 4^e cl., et SALON, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, *An jus gentium possit tolli et abrogari*.

(60) C'est ce que remarque SALON : ce droit est dit *jus gentium* « *quasi agentibus accipiens vim et institutionem* » (qu. 57, a. 3). Il ne fait que commenter SOTO : « *ratione originis, omne jus gentium dicitur de jure naturae, licet ratione illationis ac positionis nuncupetur jus gentium* » (*op. cit.*, L. I, qu. V, a. 4).

semblent globalement fidèles à cette vision classique, mais cela n'exclut ni les tentations, ni même les déviations, et pour certains d'entre eux, il est possible de montrer que quelques-unes de leurs affirmations préparent les voies de la désintégration du droit des gens classique et de l'apparition du droit des gens moderne. Mais tout cela n'est qu'ébauché chez eux, à demi-dit, aussitôt nié ou oublié. D'autres sont plus nets, tel Vitoria, tel aussi Molina. Mais, bien que le théologien dominicain soit vraisemblablement acquis à une notion du droit des gens assez différente de la notion classique, il reste très succinct, comme gêné par la hardiesse de certaines de ses conclusions (61). Le théologien jésuite semble lui aussi accepter l'idée d'un droit des gens naissant de l'accord des peuples, mais il n'approfondit pas la question (62). C'est donc bien Suarez qui porte véritablement le coup de grâce (63). Rassemblant en une synthèse vigoureuse les différents éléments laissés comme en attente par les recherches des théologiens antérieurs, il tranche avec netteté : le droit des gens diffère *essentielllement* du droit naturel, ce n'est qu'une partie du droit positif. Mais ce reclassement théorique s'accompagne aussi d'une dislocation de son contenu : la plupart des règles dites du droit des gens appartiennent en réalité, affirme le théologien jésuite, au droit naturel, et c'est ce transfert, d'une importance cruciale pour la nouvelle vision du droit naturel qui peu à peu s'élabore, qui lui permet de réduire les préceptes restants à de simples règles de droit positif. Les conclusions auxquelles aboutit Suarez nous semblent résumer avec exactitude le double mouvement qui se produit tout au long du *xv^e* siècle chez les théologiens de la Seconde Scolastique, mais aussi chez un certain nombre de jurisconsultes : les différents éléments constitutifs de la notion classique du droit des gens que nous venons d'essayer de décrire, sont progressivement ébranlés, puis désintégrés, et ce travail permet de reclasser les différents *jura gentium*, pour ensuite donner un nouveau visage à la fois au droit naturel, brusquement enrichi des principales institutions du droit des gens, et au *jus gentium* pour sa part considérablement réduit, en le faisant renaître — mais est-ce une renaissance ? — sous les espèces du *jus inter gentes*. C'est ce que nous voudrions essayer de montrer en décrivant les mutations qui sont apportées aux différents éléments de la vision classique telle que nous l'avons présentée, c'est-à-dire la thèse d'un droit naturel commun à l'ensemble de la nature, la description du travail de la raison, et la place donnée à l'assentiment des nations.

(61) Les historiens de la pensée juridique semblent encore hésiter à conclure à son sujet. Cf. par exemple TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 30.

(62) Voir au *De Justitia et Jure, Coloniae Agrippinae*, 1613, Tr. I, disp. V, a. 4.

(63) Le rôle décisif joué par Suarez est désormais reconnu par tous. Cf. par exemple W. ONCLIN, « L'idée de la société internationale en Europe occidentale avant Grotius », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions*, t. XV, 1961, II^e partie, p. 225.

A. — Le refus du droit naturel commun aux hommes et au reste de la nature

La notion classique reposait, nous l'avons dit, sur une vision extensive du droit naturel, conçu comme un ordre de nature assignant à chaque chose et à chaque être animé sa place au sein de l'univers. Celle-ci est de plus en plus généralement repoussée, et les jurisconsultes s'attachent à montrer avec précision les conséquences inacceptables de la définition d'Ulpien. Si l'on doit reconnaître qu'il y a un droit commun entre les hommes et les bêtes, alors, écrit par exemple le français F. Hotman, il faut affirmer qu'il y a un droit de courir, un droit de boire, un droit de dormir, ce que personne ne saurait accepter (64). Les mêmes critiques se rencontraient déjà sous la plume de L. Valla, elles réapparaissent chez Connan, et elles semblent convaincre facilement (65). Contrairement aux jurisconsultes du moyen âge, ceux du XVI^e siècle — ou à tout le moins une partie d'entre eux, car certains, tel Cujas (66), acceptent sans difficultés apparentes les affirmations d'Ulpien — ne savent plus distinguer entre l'*ordo ordinans* et l'*ordo ordinatus*, et analysent comme de véritables droits subjectifs les différents statuts attribués à chaque être, ce qui les conduit à des conclusions dont il leur est ensuite facile de souligner l'absurdité.

Ce refus gagne un certain nombre de théologiens. Personne, écrit Vitoria, ne saurait sérieusement affirmer que les autres êtres que l'homme ont un *droit* à faire ce qu'il est dans leur nature de faire. On leur ferait s'il en était ainsi une *injuria* en s'y opposant, ce qui est absurde : personne ne dira qu'il est interdit d'empêcher le soleil de mettre le feu à la maison sous prétexte qu'il est dans sa nature de tout consumer. Au reste, remarque le théologien dominicain, si l'on veut être fidèle à la définition d'Ulpien, force est de reconnaître qu'elle est, ou trop large, ou trop étroite : pourquoi réserver le droit aux seuls êtres animés, pourquoi, demande-t-il, refuser par exemple de dire que le fait que le feu monte est de droit naturel (67) ? Aragon un peu plus tard rejette lui aussi la définition extensive d'Ulpien, et de même pour Salon, il est évident que le droit naturel ne peut se trouver dans les êtres dépourvus de raison (68) : les théologiens parlent ici plus justement que les jurisconsultes, en posant que la justice et le droit ne peuvent convenir qu'au seul être humain. Dans le même sens, on peut rappeler la tendance toujours présente chez un certain nombre de

(64) *Commentarius in quatuor libros Institutionum Juris Civilis, Basileae, 1560, in l. I, tit. 1, p. 11.*

(65) SUAREZ, s'appuie expressément sur eux pour repousser la définition d'Ulpien (*op. cit.*, L. II, c. VII, a. 5).

(66) *Recitationes ad titulum Digestorum De Justitia et Jure, 1595, Spirae Nemetum, p. 22.*

(67) *Op. cit.*, qu. LXII, a. 1, § 10 et qu. LVII, a. 3, § 2.

(68) Cf. ARAGON, *op. cit.*, qu. LVII, a. 2, et SALON, *op. cit.*, ad qu. 57, a. 2.

théologiens, à distinguer la loi éternelle qui régit l'univers et la loi naturelle qui convient au seul être humain, cette distinction pouvant être l'amorce d'une séparation, voire d'une opposition.

Cependant ces refus restent mitigés. La loi naturelle est toujours définie comme la marque en l'homme de la loi éternelle. En outre, s'ils refusent de parler de droit à propos des autres êtres animés, les théologiens de la Seconde Scolastique demeurent dans leur quasi-totalité fidèles à l'idée que l'homme en ses différentes parties communique avec les autres ordres de l'univers, et est, au moins partiellement et selon les modalités qui lui sont propres, régi par les préceptes qui valent pour ces différents ordres.

C'est Suarez qui va transformer ces réserves éparses, ces refus mitigés, en un rejet net et définitif. Non qu'il abandonne totalement la description classique : toutes les créatures sont, reconnaît-il, comprises sous la loi éternelle qui est en la volonté de Dieu, ordonnant d'assigner à chaque être telle ou telle nature, et dispensant les inclinations et les instincts nécessaires pour atteindre les fins ainsi ordonnées. Mais, en ce qui concerne les êtres dépourvus de raison, Dieu, écrit le théologien jésuite, gouverne par une loi qui n'est que *métaphoriquement* appelée ainsi, de même que l'obéissance dont ils font preuve à l'égard de cette loi, est elle aussi métaphorique, puisque en fait ce n'est qu'une sorte de nécessité naturelle : les créatures irrationnelles n'agissent pas librement, et par conséquent elles ne sont pas « capables de lois », entendons susceptibles d'obéir au sens propre à une loi véritable. Certes, reconnaît Suarez, il y a en un certain sens, une « convenance », voire une « communauté » entre certains actes de l'homme et ceux des autres êtres animés, et elle pourrait expliquer, la formule est fameuse, cette « naturalité » du droit qui s'observe parfois en l'homme, puisqu'en certains domaines, le *dictamen* de la raison semble lui-même venir de la nature sensitive de l'homme. Mais, même pour les préceptes du droit naturel qui ont pour objet de conserver cette nature sensitive, il est faux selon le théologien jésuite qu'ils soient fondés sur cette nature sensitive en tant qu'elle est commune. Il faut au contraire toujours la considérer en tant qu'elle est « élevée » à l'ordre supérieur par la différence rationnelle : lorsque la loi naturelle pose les règles nécessaires par exemple à la conservation de l'espèce, elle le fait selon un mode rationnel ; ainsi il est certain que pour le mariage, l'homme ne saurait être soumis aux mêmes règles que les autres animaux, ce qui est au reste la leçon reçue depuis toujours, simplement, et la différence est essentielle, pour Suarez, les règles particulières qui régissent le mariage humain sont de droit naturel, et non du droit des gens, et c'est la raison pour laquelle il conclut qu'il est impossible de parler d'un droit naturel commun aux hommes et aux animaux (69).

(69) Il développe cette question à plusieurs reprises. Cf. L. II, c. II, § 10 et § 12, c. III, § 7 et c. IV, § 1.

La destruction de cette première base de la distinction classique entre droit naturel et droit des gens semble donc se faire sans véritable difficulté, sans doute parce que la progression de la pensée nominaliste ruine progressivement les fondements de la vision hiérarchique de l'univers qui la soutenait. L'ébranlement des autres éléments de la notion classique va en revanche susciter davantage de discussions.

B. — Le rôle de la raison

Il y avait des ambiguïtés nombreuses dans la présentation du rôle de la raison. Elle dégagait des conclusions qui étaient déjà contenues en éminence dans les principes, mais, parce qu'elle devait nécessairement adapter les principes premiers aux statuts divers de l'homme en société, comparer tel type d'organisation juridique avec les conséquences qui en découleraient, elle faisait aussi œuvre créatrice. Les préceptes qu'elle formulait tiraient par conséquent leur nécessité tout à la fois de la nature des choses ainsi comparées, et de l'assentiment entraîné chez les peuples raisonnables par le caractère quasi-nécessaire de ses conclusions.

La tentation est dès lors de scinder cette réalité complexe, et de distinguer deux modes de raisonnements : ou bien la raison se contente de déduire *tous les préceptes* qui sont effectivement contenus dans les principes généraux du droit naturel, et alors ses conclusions sont elles-mêmes du droit naturel, ou bien elle raisonne sur le probable, sur les choses contingentes et changeantes, et alors les règles qu'elle édicte ne tirent plus leur force obligatoire de leur conformité à une nature des choses trop variable pour les susciter, mais du fait qu'elles sont posées par l'homme.

Duns Scot avait déjà introduit une séparation assez proche de celle que nous évoquons, en séparant les préceptes de la I^e et de la II^e Table, et en posant qu'il n'y avait pas de lien nécessaire entre les deux. Les commandements de la II^e Table, qui règlent les rapports des hommes entre eux, affirmait-il, dérivent en un certain sens des commandements de la I^e Table, ceux qui gouvernent les liens de l'homme à Dieu, mais pas d'une manière nécessaire, en sorte que fondamentalement, leur force obligatoire ne leur vient que de ce qu'ils sont des préceptes, des ordres donnés par un supérieur. Les théologiens de la Seconde Scolastique, qui ont tous en mémoire ces thèses de Duns Scot (70), refusent en général cette dichotomie brutale entre les règles de la société, dont les principes

(70) Cf. la présentation qu'en donnent D. DE SOTO (*op. cit.*, L. III, qu. I, a. 1), SALON (*op. cit.*, ad qu. 57, a. 2, ult. ass.) et SUAREZ (*op. cit.*, L. II, c. XV, § 10). On peut sur la question de la rupture introduite par Duns Scot entre les préceptes régissant les rapports entre l'homme et son Créateur, et les règles ordonnant les sociétés humaines, se reporter à KÖLMEL, *op. cit.*, p. 245 sq.

premiers ne sont plus fondés que sur la seule volonté, celle de Dieu ou celle des hommes, et les règles régissant le lien de l'homme à son Créateur. Mais certains tendent eux aussi à introduire une séparation de plus en plus décisive entre les différentes catégories de préceptes, tout en plaçant ailleurs la ligne de partage.

Certaines affirmations de D. de Soto ont peut-être sur ce point précipité le mouvement. Tout en maintenant que les institutions du droit des gens ne bénéficient pas d'une absolue nécessité, il resserre fortement, trop fortement peut-être, le lien qui les rattache au droit naturel. A le lire, il semble parfois que la simple existence d'un *discursus rationis*, si bref soit-il, suffise à faire passer la conclusion dans le champ du droit des gens (71). Mais, remarquent nombre de théologiens, le droit naturel tend alors à se réduire à fort peu de choses, voire à presque rien, alors que le droit des gens, considérablement enrichi, tend pour sa part à apparaître à beaucoup d'esprits comme une sorte de droit naturel, et ce n'est pas acceptable. Nul, disent-ils — c'est un des points sur lesquels la pensée théologique vient constamment buter — ne saurait nier que les préceptes du *Décalogue* ne soient des règles du droit naturel ; or certains d'entre eux, tel l'interdiction du vol, supposent que l'on raisonne en prenant en considération une société déjà organisée, qui connaît en particulier les règles de l'appropriation privée des biens. D. de Soto franchissait l'obstacle en acceptant de considérer certaines règles du *Décalogue* comme des préceptes du droit des gens, mais sur ce point précis, aucun théologien ne peut le suivre, et ils se montrent de même et pour les mêmes raisons, extrêmement réticents lorsqu'ils rencontrent chez les jurisconsultes l'affirmation selon laquelle la religion envers Dieu, l'obéissance aux parents, le respect pour la patrie sont des institutions du *jus gentium* : même si on considère que le droit des gens est une forme de droit naturel, il est plus convenable, disent-ils, d'affirmer que ces préceptes sont de droit naturel, et c'est même pour beaucoup d'entre eux la seule manière convenable d'en parler (72). A l'évidence, c'est ici l'ambiguïté de la notion de droit des gens, le fait qu'elle persiste en tout état de cause à donner un rôle à l'assentiment des nations dans la reconnaissance des préceptes fondamentaux du droit qui conduit les théologiens à ce refus : même si le droit des gens est par ailleurs présenté comme le mode d'être humain du droit naturel, il est impensable de faire reposer des préceptes tel celui de l'amour de Dieu sur l'assentiment des hommes, et le fait que cet assentiment ne joue au fond qu'un rôle déclaratif ne change rien à l'affaire.

Le théologien dominicain a peut-être ici passé un maillon qui

(71) L. I, qu. V, a. 4. Le *jus gentium* est déduit « *naturali ratiocinatione* », alors que le droit naturel est connu « *absque ratiocinatione* », il en diffère donc « *propter illationem* ».

(72) Cf. par exemple ARAGON, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, *Summa textus*, et SALON, *op. cit.*, ad qu. 57, a. 3.

avait son importance. Selon la tradition thomiste, telle en tout cas que la présentent les théologiens du xvi^e siècle (73), le droit naturel n'est pas seulement constitué par les principes immédiatement connus, mais également, et beaucoup d'entre eux reprennent cette affirmation (74), par les conclusions qui en sont tirées par une conséquence nécessaire. Le droit des gens s'en distingue donc nettement en ce que ses conclusions sont seulement probables, et doivent être déterminées par des gens expérimentés. On voit ici toute l'importance que peut avoir une très légère modification de la présentation traditionnelle. Soto nous semble globalement fidèle — et c'est la conclusion de la majorité des historiens de la pensée juridique — à la notion classique du droit des gens. Mais à vouloir trop le rapprocher du droit naturel, il prépare son absorption par ce dernier, et donc sa disparition : puisque à l'évidence, certaines des conclusions tirées des principes premiers, tels les préceptes du *Décatalogue*, sont et ne peuvent être que du droit naturel, c'est que l'ensemble, ou à tout le moins une grande partie des règles ainsi dégagées par la raison font partie du droit naturel, et non, comme le voulait la tradition romanistique du droit des gens, et puisque Soto range les institutions du droit des gens au nombre de ces conclusions, c'est qu'elles font entièrement partie du droit naturel.

Ce qu'on peut faire sans doute contre son intention profonde à Soto, est au reste affirmé sans détours par d'autres. Vitoria (75) range dans le droit naturel les principes connus par la lumière naturelle comme justes et conformes à la raison, *mais aussi* tout ce qu'on peut déduire « *in bona consequentia* » de ces principes connus de tous, *mais aussi* — et c'est à ce point qu'il nous semble choisir son camp — tout ce qui peut en être déduit « *per consequentiam bonam moralem, moraliter notam, id est valde apparentem* ». Ces principes sont alors liés au droit naturel « *per media valde apparentia* », entendons qu'ils ne sont pas liés par une connexion logique s'imposant à la raison humaine par sa seule nécessité, mais en vertu d'une certitude de nature morale, qui s'appuie sur le jugement de tous (« *quia omnes assentiuntur* »), et sur l'inclination de notre nature, dont on ne saurait croire qu'elle nous entraîne à l'erreur, sauf à mettre en cause Dieu qui nous l'a donnée. Or qu'est-ce que cette troisième catégorie de préceptes, sinon, au vu de leur statut, l'ancien droit des gens ?

Vitoria, en même temps qu'il réduit le champ du droit des gens à fort peu de choses, élargit considérablement celui du droit naturel. Mais, si ses conclusions annoncent à l'évidence les propositions qui deviendront courantes un siècle et demi plus tard, le

(73) Cf. SALON, *op. cit.*, qu. 57, a. 2, ult. ass. : les disciples de saint Thomas proposent de distinguer à l'intérieur du droit naturel, les principes connus par soi et les principes qui en sont tirés comme des conclusions nécessaires.

(74) Cf. par exemple BANEZ, *op. cit.*, qu. LVII, a. 2, 3^e col.) : constitue le droit naturel, ce qui est connu « *instinctu luminis naturalis... vel per consequentiam evidentem ex illo lumine naturaliter* ».

(75) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 2, § 4.

raisonnement qui y mène demeure elliptique, et c'est le mérite de Suarez quelques décennies plus tard de démontrer la nécessité de cette nouvelle vision des choses.

Il dresse pour ce faire un véritable état de la question, en rappelant les différents obstacles sur lesquels depuis des siècles la doctrine du droit vient buter lorsqu'elle s'efforce de maintenir l'idée d'une double appartenance du droit des gens. On le dit partie du droit naturel, mais y a-t-il une nécessité véritable dans les préceptes de ce droit ? Duns Scot le nie, rappelle Suarez (76), et la question trouble les esprits depuis longtemps. Les principes du *jus gentium* sont en effet dégagés par un raisonnement, lequel semble trouver son origine plutôt dans l'homme, « *quae per discursus comparantur, potius ab homine habent originem* » (77). Peut-on dès lors maintenir qu'ils appartiennent au droit naturel ? Mais ce ne sont pas seulement les procédés de détermination, c'est aussi le contenu de ce droit qui suscite l'interrogation. Le théologien jésuite a alors beau jeu de rappeler les difficultés classiques : certaines institutions du droit des gens, tels les *postliminia*, relèvent à l'évidence du droit civil (78), et en sens inverse « *multa exempla quae a juristis ponuntur sub jure gentium... revera sunt juris naturalis* » (79).

Puisque les critères de détermination fondés sur les procédés de connaissance ne sont pas pertinents, puisque le contenu est fondamentalement hétérogène, c'est que la question est à revoir, et au reste beaucoup y songent et certains proposent des solutions. L'une d'entre elles retient longuement son attention, et c'est en discutant ses propositions qu'il va préciser sa pensée. Il s'agit de la thèse qui fonde la distinction du droit naturel et du droit des gens sur celle du précepte et de la concession. Le *jus gentium* dans cette présentation dont les principaux défenseurs sont le juriste-consulte humaniste F. Connan et le théologien jésuite G. Vasquez (80), se distingue du droit naturel en ce qu'il est constitué par l'ensemble des permissions convenant à la nature de l'homme vivant en société. Ces permissions en effet ne relèvent pas du domaine de la nécessité, mais elles doivent cependant être considérées — nous retrouvons les termes de l'analyse classique — comme utiles et honnêtes, car elles conviennent, non à la nature humaine considérée en elle-même, mais à la nature humaine enserrée dans une communauté politique. Un caractère *légitime* est ainsi conféré à l'exercice d'un certain nombre d'aptitudes, qualifiées par ces auteurs de « *facultas* », ou de « *licentia* » (81), termes qui font bien sûr songer aux défini-

(76) *Op. cit.*, L. II, c. XV, § 10.

(77) *Ibid.*, L. II, c. VII, § 3.

(78) *Ibid.*, L. II, c. XVIII, § 9. De même, recevoir des légats « *non est de necessitate juris naturalis* », c. XIX, § 7).

(79) *Ibid.*, L. II, c. XIX, § 1.

(80) Voir la présentation qu'en donne SUAREZ au chapitre XVIII, § 1 et 2.

(81) G. VAZQUEZ, *Commentariorum Disputatumum in Primam Secundae Sancti Thomae*, Compluti, 1605, disp. 155, a. 17.

tions subjectives du droit apparues dans la mouvance du courant nominaliste. La distinction entre droit naturel et droit des gens subsiste apparemment, mais dans les faits, ces deux droits tendent à apparaître comme les deux parties d'un même tout : dire que certains actes ne sont pas seulement neutres, mais justes au regard du droit des gens, revient à les dire autorisés par le droit naturel, et nous ne sommes pas loin alors des grands systèmes de droit naturel conçus comme un ensemble de facultés légitimes, tels que les présenteront les théoriciens du droit naturel moderne.

Cette présentation ne satisfait pourtant pas Suarez. Certes, la partie du droit des gens ainsi rattachée au droit naturel tend à apparaître comme un droit naturel de second ordre, mais l'opération est de peu de portée si c'est pour en faire un simple ensemble de concessions. C'est au fond la timidité des conclusions qui arrête ici le grand théologien jésuite. Le droit n'est pas seulement faculté morale, dit-il, il est aussi règle, et négliger cet aspect, c'est refuser de considérer le droit des gens comme une « *vera lex* », ce qui n'est pas l'intention de ces auteurs (82), ce qui n'est certes pas la sienne non plus. Il ne s'agit en aucune manière de nier le caractère nécessaire des règles traditionnellement dites du droit des gens, il s'agit tout au contraire de le renforcer, en montrant qu'il leur vient de la raison, et d'elle seule. Sans doute la grande majorité de ces règles apparaissent-elles au sein de sociétés déjà organisées, mais la constitution des sociétés fournit seulement une matière à la *regula juris*, qui préexiste toujours, et tire sa valeur d'elle-même, et non de ce qu'elle constitue une réponse adéquate à un ensemble donné de circonstances (83). Suarez bouleverse ainsi l'analyse classiquement faite du rôle de la raison. Le fait que le *discursus rationis* soit ici plus long ne donne pas aux conclusions un caractère aléatoire, qui obligerait l'esprit humain à les conforter par l'appel au jugement des *gentes* ; la longueur du raisonnement, affirme-t-il (84), est accidentelle, et elle ne saurait conduire à distinguer deux catégories de règles au sein du droit naturel : ou bien la force du précepte lui vient de ce qu'il est rationnellement et nécessairement déduit des principes premiers, et il fait alors partie du droit naturel, ou bien elle lui vient d'autre chose, et on passe dans le champ du droit positif, *tertium non datur* (85).

C'est pourquoi on ne saurait mettre à part les concessions : toute concession s'accompagne nécessairement d'un précepte, comme le montre Suarez, qui reprend pour ce faire, la liste des exemples donnés par Isidore de Séville. Cette analyse lui permet de redistribuer les institutions traditionnellement rattachées au droit des

(82) *Op. cit.*, L. II, c. XVIII, § 2.

(83) *Ibid.*, L. II, c. XVIII, § 3.

(84) *Ibid.*, L. II, c. XVII, § 8.

(85) SUAREZ utilise à plusieurs reprises cette alternative pour faire éclater la notion traditionnelle du droit des gens. Cf. par ex. L. II, c. VII, § 8, c. XVIII, § 2 et § 8, c. XIX, § 2.

gens entre le droit naturel et le droit positif, c'est-à-dire en fait de faire passer la plus grande partie d'entre elles dans le domaine du droit naturel, et c'est, à notre sens, l'une des conséquences les plus importantes de sa présentation. Ainsi, l'occupation d'un lieu, sa mise en défense, la conduite d'une guerre, tous ces actes et bien d'autres encore sont, pourvu que soient respectées certaines conditions, licites en vertu du droit naturel, car ils constituent comme la mise en œuvre de ses préceptes ; il y a donc, affirme le théologien jésuite, un « *jus ad haec omnia naturale* », un droit naturel de faire tout cela, la raison le montre par la seule force de ses raisonnements (86). Que par ailleurs on constate qu'il existe des similitudes dans la manière dont la plupart des peuples réglementent ces droits, ne change rien à la chose, ce n'est là qu'une question de fait (87), et on ne saurait en inférer qu'il faut faire intervenir le *consensus communis* dans la constitution de ce qui doit être tenu pour une partie du droit naturel.

C. — L'assentiment des nations

La présentation du rôle joué par le *consensus omnium gentium* va permettre de corroborer la nouvelle présentation des choses qui peu à peu se dessine. Sa fonction pour la vision classique était de confirmer par l'expérience, le caractère de nécessité probable présenté par certaines règles lorsque la raison ne pouvait assurer une démonstration complète. Il va progressivement changer du tout au tout.

Tout d'abord parce qu'il y avait au sein des *jura gentium* un certain nombre d'institutions dont le statut était particulier, les règles de ce qui deviendra le droit international. Pour assurer la force obligatoire de ce droit dont aucune autorité étatique n'était en mesure d'imposer le respect, les jurisconsultes depuis toujours s'accordaient pour lui reconnaître un statut double. D'une part ils rattachaient ces règles aux modes habituels de création du droit entre les membres d'une communauté politique, qu'ils transposaient aux relations entre les Etats souverains. Les règles régissant ces rapports pouvaient ainsi être coutumières, ou créées par un accord entre Etats, voire instituées par la décision d'un ensemble de communautés politiques : jurisconsultes et théologiens s'accordaient par exemple pour affirmer que la *respublica christiana* avait aboli le droit accordé par le *jus gentium* au vainqueur de réduire les vaincus en servitude (88). Mais d'autre part le fait que beau-

(86) *Op. cit.*, L. II, c. XVIII, § 47.

(87) « *hoc ad factum pertinet, non ad legem* », L. II, c. XVIII, § 7.

(88) Cette affirmation semble généralement acceptée par les théologiens-juristes. Cf. par exemple ARAGON, *op. cit.*, qu. LVII, a. 3, 3^e col., et SUAREZ, *op. cit.*, L. II, c. XX, § 8.

coup d'entre elles — telle en particulier l'inviolabilité des légats — étaient généralement appliquées, montrait qu'elles répondaient à certaines nécessités de la vie en société et conduisait à les considérer comme des *jura gentium*. Ces règles avaient donc un double fondement : elles naissaient d'un accord, tacite ou explicite, bilatéral ou quasi-général, et tiraient par ailleurs leur validité de leur « convenue » avec certaines exigences entraînées par la séparation des hommes en communautés politiques distinctes (89).

Description très classique en apparence : ce statut est celui alloué depuis toujours aux règles du droit des gens. Mais il y a une différence, qui a sans doute joué un rôle important. Alors que les *jura gentium* décelés dans le droit interne d'une nation pouvaient continuer à reposer, au moins pour partie, sur l'autorité de l'Etat, les *jura gentium* de la vie internationale étant par définition privés de ce fondement ne tiraient plus leur validité que de leur caractère d'institutions du droit des gens. D'où chez beaucoup une sorte de court-circuit de l'analyse : l'accord de quelques-unes ou de plusieurs nations mis par les jurisconsultes à la source des principales règles du droit entre les nations se confond presque naturellement avec le *communis consensus* servant de critère pour déceler les institutions du droit des gens classique. Or, malgré l'identité des termes, la réalité visée est fort différente, tant dans sa nature que dans sa fonction. Ce n'est plus une série de consentements identiques, c'est un véritable accord, il ne permet plus seulement de reconnaître le droit des gens, il le crée.

Les premiers éléments de cette nouvelle présentation semblent déjà présents chez Vitoria. Certes le sens de la pensée du théologien dominicain sur la question du droit des gens demeure d'interprétation difficile. Il reste que c'est bien lui qui, reprenant la définition du droit des gens donnée par Gaius, passe d'un droit constitué *inter homines* à un droit constitué *inter gentes* (90). On peut certes minimiser ce premier élément, on peut aussi relever dans les *Relectiones* une sorte de retour à une présentation plus classique, mais il est un point sur lequel Vitoria tranche sans ambiguïté, et il nous semble essentiel : pour lui le droit des gens ne tient pas son équité de la nature, mais « *ex conducto hominum* ». Le droit des gens est donc comme le droit civil un *droit positif*, et, comme le droit civil, il naît soit d'un accord, soit « *ex communi consensu omnium gentium* » (91). Il ne s'agit plus d'un consentement rendu commun par sa généralité, c'est bien une sorte d'accord, certes

(89) On peut trouver un rappel de cette présentation classique des fondements des règles interétatiques chez SUAREZ, *op. cit.*, L. II, c. XIX, § 6.

(90) Voir sur cette question très discutée encore aujourd'hui, TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 30. Ce même auteur a montré, lors de la conférence intitulée « Vitoria et la notion de droit des gens », qu'il a faite au *Colloque Vitoria* à Paris le 19 novembre 1985, que cette formule du théologien dominicain n'avait peut-être pas la portée qu'on lui a attribuée.

(91) *Op. cit.*, qu. LVII, a. 3, § 2 et § 3.

souvent virtuel, mais c'est un accord qui fonde la validité du droit des gens. La preuve, nous la trouvons dans la présentation des modes de transformation du *jus gentium* : il faut pour le modifier, écrit le maître de Salamanque, le consentement virtuel du monde entier, *totius orbis* (92).

Le droit des relations entre Etats acquiert à travers ces analyses un statut en partie nouveau. C'est le droit de la communauté toute entière, il naît, non d'un accord effectif — on ne songe pas vraiment au xv^e siècle à une société des nations imposant ses règles — mais d'un accord virtuel, dont les coutumes internationales qui se dégagent progressivement des usages habituellement observés dans leurs relations mutuelles par les nations, sont l'expression. Les prétentions à la domination universelle du *Sacrum imperium* (93) ont sans doute nourri ou préparé cette croyance en l'existence d'une communauté internationale susceptible de créer un droit qui serait comme le droit civil du genre humain. Mais elle rencontrait des résistances : toutes les cités du monde devraient sans doute s'entendre entre elles en tant que membres d'un seul corps, « *velut membra unius corporis* », avait écrit D. de Soto, mais, ici comme ailleurs, il était resté attaché à l'idée médiévale selon laquelle les Etats, communautés parfaites, n'ont pas essentiellement besoin les uns des autres, et doivent être commandés « *in ipsum commodum* », pour leur bien particulier (94).

C'est là encore Suarez qui va franchir le pas, et sa présentation est demeurée célèbre. Entre les hommes, écrit-il, il n'y a pas une simple communauté générique, mais une véritable unité « *quasi politica et moralis* ». Bien que les Etats soient des communautés parfaites, ils sont membres de cette communauté universelle, qui a, comme toute société, besoin d'un droit pour régir les relations de ceux qui la composent (95). Les *principes* de ce droit sont, comme ceux de tout droit, dégagés par la raison, et relèvent par conséquent du droit naturel. Mais il a aussi besoin d'une formulation concrète, et c'est pourquoi des règles peuvent et doivent être créées, qui auront le même statut, sinon tout à fait la même nature, que celles qui régissent les sociétés particulières. Le droit des gens, dans sa réalité concrète, est donc un droit purement positif, il est pour l'humanité l'analogue de ce qu'est pour une cité le droit civil, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui permettent la vie en commun des *gentes*, membres de la communauté humaine. Simplement, comme il ne saurait venir d'une autorité qui n'existe pas, il va être principalement constitué par des coutumes (96).

(92) *Ibid.*, § 5. On sait par ailleurs que pour Vitoria, comme plus tard pour Suarez, l'ensemble de l'humanité constitue d'une certaine manière une communauté politique : « *Totus orbis, qui aliquo modo est una republica* », *De potestate civili*, 21.

(93) *Cf.*, sur les liens entre ces deux thèmes, W. JANSSEN, *Die Anfänge des modernen Völkerrechts und der neuzeitlichen Diplomatie*, Stuttgart, p. 37 sq.

(94) *Op. cit.*, L. I, qu. I, a. 1.

(95) et (96) *Op. cit.*, L. II, c. XIX, § 9.

Certes Suarez admet encore qu'on puisse parler de droit des gens à propos d'institutions propres à chaque cité — *intra gentes* — dont on constate qu'elles sont communes à la majorité des peuples. Mais, bien que ces similitudes montrent, il le reconnaît, une certaine parenté de ces règles avec le droit naturel, le terme droit des gens n'est ici utilisé que par analogie, et, à parler exactement, « *propriissime* », le seul véritable droit des gens, c'est le droit qui régit les relations de nations à nations (97). A l'évidence, si le droit des gens classique ne disparaît pas entièrement de sa présentation, c'est par respect pour une tradition de pensée séculaire. Mais c'est un droit qui a perdu toute spécificité, toute valeur propre, et dont l'inutilité va précipiter la disparition. Si le droit des gens moderne est bien né, le droit des gens classique a disparu de la scène juridique.

C'est donc bien le même mouvement de pensée qui amène d'un côté l'émergence du droit des gens moderne et de l'autre la disparition du droit des gens classique et son absorption dans le droit naturel. Mais, quelques importants que soient pour la future science du droit la réduction de sens apportée à la notion de *jus gentium* et le reclassement théorique dont elle est l'objet (98), ce résultat n'est que la conséquence finalement à demi-accidentelle de la volonté qui nous semble ici guider les promoteurs de ces modifications, celle de bouleverser la vision du droit naturel héritée du moyen âge.

Pour fonder le droit naturel moderne, il était en effet essentiel de faire disparaître ce droit médian qu'était le droit des gens de la tradition juridique, ce droit charnière, où se faisait la jonction de la nature et de la raison. Le *jus gentium* classique contenait la plupart des règles qui vont réapparaître dans les grands systèmes de droits naturels qui seront élaborés par les penseurs de l'Ecole du droit de la nature et des gens, mais elles avaient un statut tout différent. Ce n'était pas un ensemble de règles *a priori* dégagées par la seule raison humaine à partir de principes innés, une sorte de code idéal présenté comme la base nécessaire du droit positif ou le but vers lequel faire converger ses règles. Il s'efforçait de présenter comme vraisemblablement proches de la nature des choses et sans doute conformes d'une certaine manière à son ordre un certain nombre d'institutions, présentes chez la plupart des peuples, et présentées par la raison comme les plus propres à répondre aux exigences de la vie en société. Par la comparaison avec les règles les plus couramment appliquées dans l'espace ou

(97) *Ibid.*, L. II, c. XIX, § 8 *sq.* Voir aussi les analyses du c. XX, § 7.

(98) On peut cependant rappeler que certains internationalistes récents ont soutenu qu'il fallait revenir à une autre conception du droit des gens, plus proche sans doute de la notion traditionnelle : le terme désignerait, non le droit des Etats, mais le droit qui régit les rapports des hommes entre eux dans la communauté universelle des individus. Cf. sur cette orientation, ONCLIN, p. 224 et suiv.

dans l'histoire, il enseignait aux jurisconsultes à reconnaître en tout droit posé par l'homme, ce qui relevait de la raison scrutant la nature des choses et de l'homme, et ce qui relevait de l'autorité imposant son ordre, et les invitait par là-même à adapter leurs méthodes d'interprétation à la nature de la règle étudiée ou appliquée. Depuis toujours en effet, romanistes et canonistes s'accordaient pour affirmer que toute règle de droit positif mettant en œuvre l'un des principes reconnus comme nécessaires ou très utiles à la société humaine par le droit des gens, relevait d'une interprétation particulière : le Prince ne pouvait la modifier que pour une *causa rationabilis*, le juge ayant alors vocation à vérifier l'existence et le caractère de cette cause, ainsi que l'adéquation de la mesure à son motif ; le jurisconsulte ne devait point se borner à vérifier sa conformité avec la volonté du Prince, mais voir en elle l'expression de principes reconnus comme conformes à la nature des choses par la plupart des peuples, et l'interpréter en conséquence (99).

On a souvent décrit cette mutation de la vision du droit naturel, cherché ses raisons. Les métamorphoses du *jus gentium* permettent sur certains points de compléter ces recherches. Si ce bouleversement a été — on le reconnaît maintenant — en grande partie l'œuvre des hommes d'Eglise, c'est peut-être, entre autres raisons, parce qu'il leur devenait de plus en plus difficile de reconnaître dans des préceptes en partie fondés sur l'assentiment des hommes, un droit naturel qui, pour un nombre croissant d'entre eux, devait exprimer la volonté du Dieu transcendant de l'âge moderne. Comme souvent, les mutations de la doctrine du droit montrent les liens multiples qui les rattachent à des modifications intervenues dans d'autres domaines de la pensée. Le droit des gens classique disparaît parce que Dieu s'éloigne d'un monde où la science moderne ne lui laisse plus guère de place. Il disparaît aussi parce que désormais, pour des esprits habitués aux démarches rigoureuses de la nouvelle science, l'assentiment de la plupart des hommes ne peut plus constituer un garant suffisant. La valeur du droit des gens classique reposait sur la croyance, encore partagée au xvi^e siècle par beaucoup, que la concorde presque générale qui sur certains points rassemblait les si mouvantes opinions humaines, pouvait permettre d'assurer que le principe ainsi dégagé répondait à un certain ordre de nature, même si la raison se révélait impuissante à en démontrer totalement la nécessité. Or le monde moderne ne croit plus qu'à la logique du nécessaire, et la méthode topique va accompagner le droit des gens dans son effacement.

Il resterait bien sûr à savoir si le droit des gens avait effectivement dans la pratique le rôle que lui assignaient les théoriciens. La réponse supposerait d'autres recherches, que la difficulté de saisir sur le vif les méthodes d'interprétations utilisées par les

(99) Cf. sur cette question l'étude de V. COLONNI, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milan, 1976, 2^e éd.

juristes de pratique rendrait peut-être malaisées. L'importance donnée au *consensus communis* dans l'adoption d'une règle de droit peut faire songer à la fameuse réception du droit romain dans les pays du Midi : ne s'est-on pas aidé des enseignements du droit savant en matière de *jus gentium* pour forger l'interprétation qui fait du droit écrit un droit reçu par une forme d'assentiment populaire en vertu de son caractère raisonnable ? Plus proche de nous, la méthode mise en œuvre par les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles pour dégager les règles du droit commun coutumier ne ressemble-t-elle pas à celle que la doctrine assignait au droit des gens ? Le plus difficile serait l'interprétation du rôle joué par le droit romain. Était-il conçu comme un droit idéal, ayant vocation à se substituer aux maladroitement ébauchées présentées par les différents droits nationaux ? Ou bien voyait-on en lui un modèle, certes très proche du droit parfait, mais dont la fonction était simplement de permettre, selon les règles de la méthode topique, de mieux comprendre et interpréter le droit existant *hic et nunc* ? Le droit romain avait fourni à la doctrine occidentale le concept de *jus gentium*, il conviendrait de savoir s'il ne présentait pas également les moyens de son utilisation.

Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ,

Assistant
à l'Université de Paris V.