

I

**LES ORIGINES DU DROIT INTERNATIONAL
AU DEBUT DES TEMPS MODERNES:
PROJECTIONS ET PERSPECTIVES**

PETER HAGGENMACHER*

* Docente di Diritto internazionale, Università di Ginevra

Peu de disciplines juridiques s'interrogent autant que le droit international sur elles-mêmes. C'est comme s'il doutait toujours de soi, sans oser vraiment l'avouer. Et ce qui affleure ainsi chez les internationalistes est souvent exprimé ouvertement par leurs collègues d'autres disciplines juridiques ou même par des personnes qui ne sont pas juristes. Que de fois n'entend-on affirmer que le droit international n'existe point ou qu'en tout cas ce n'est pas vraiment du droit? Comment imaginer en effet un ordre juridique sans un supérieur qui commande et qui sanctionne effectivement ses injonctions? Le droit au sens propre ne se concevrait qu'au sein de l'Etat; l'expression *droit interne* en deviendrait presque un pléonasmisme. Entre Etats souverains, et donc souverainement égaux, un ordre juridique véritable serait exclu.

On sait que ce type d'argumentation ne date pas d'aujourd'hui; on peut même lui trouver une illustre généalogie en remontant à travers Austin, Hegel et Spinoza jusqu'à Hobbes; et derrière Hobbes apparaissent sur les hauteurs du temps les figures tutélaires du sceptique Carnéade, évoqué par Grotius faisant écho à Cicéron, et du sophiste Thrasymaque mis en scène par Platon dans le dialogue de la *République*. Autant de témoignages philosophiques qui paraissent récuser jusqu'à l'idée même d'un droit entre nations.

Face à ce déferlement séculaire de contestation, les internationalistes sont sans cesse amenés à se justifier et à s'expliquer. d'où un débat permanent sur leur discipline, ses fondements, ses sources, ses sujets, ses articulations; et c'est dans ce cadre aussi que s'inscrit l'interrogation déjà classique sur les origines du droit international. C'était là le titre d'un écrit d'Ernest Nys paru il y a près d'un siècle en 1894. L'historiographie de la discipline avait cependant débuté un siècle plus tôt avec Ompeda et Ward, avant d'être poursuivie par des savants tels que Wheaton, Kaltenborn et Rivier. Cette historiographie du droit international pourrait elle-même faire l'objet d'une histoire, selon la formule de Benedetto Croce; et il serait même important de connaître son évolution, qui continue à conditionner notre perception de la discipline et de ses origines. Dans ses étapes successives, cette historiographie était en effet largement tributaire de l'époque des historiens concernés, ce qui est sans doute le cas de toute historiographie, mais l'est tout spécialement de celle du droit international, trop

souvent appelée à étayer des conceptions et des engagements propres à l'historien. En suivant les inflexions de cette historiographie depuis le XVIII^{ème} siècle, au gré des perspectives adoptées, on s'aperçoit en outre que les renouvellements qui surviennent dans chacune de ses phases n'empêchent pas les conclusions antérieures de persister comme autant de notes tenues; et de cet accord complexe naît une sorte de vision moyenne assez diffuse des origines et de l'évolution de notre discipline où des faits incontestables se mêlent à bien des clichés et des projections. On retracera brièvement dans une première partie les principales étapes de cette historiographie, avant d'esquisser dans la seconde partie la genèse de la discipline du droit international.

* * *

Une première phase, qui commence au XVII^{ème} siècle et va jusque vers la Révolution française, est dominée par un double courant. D'une part c'est la discipline du droit de la nature et des gens qui prend conscience d'elle-même et cherche, en tant que science générale du droit, à se situer dans l'histoire de la philosophie morale. Un témoignage typique est à cet égard l'introduction de Barbeyrac à sa traduction du *De iure naturae et gentium* de Pufendorf (1706). D'autre part, le droit des gens tend parallèlement à se détacher du droit de la nature, comme le montrent les observations d'Ompteda dans sa *Litteratur des Völkerrechts* de 1785. Grotius apparaît dans les deux cas comme le héros fondateur qui éclaire de son génie ce que le moyen âge avait enveloppé de ténèbres. Il aurait donc inventé de toutes pièces une double discipline, même si son système laissait encore à désirer. Vision typique du siècle des Lumières, reflétée entre autres dans le *Dictionnaire* de Bayle et dans l'*Encyclopédie* de d'Alembert et de Diderot.

Au cours du XIX^{ème} siècle, le champ de vision se restreint au droit international; mais il s'amplifie par ailleurs de différentes manières, sans cesser d'être tributaire d'une historiographie libérale, progressiste, dans la lancée de l'âge des Lumières. D'une part on redécouvre les devanciers de Grotius, surtout ceux du XVI^{ème} siècle, parfois même certaines figures du moyen âge. Mais dans l'ensemble ces devanciers restent de simples précurseurs plus ou moins doués, sans qu'il en résulte aucun

ombrage pour la gloire solitaire de Grotius comme père du droit international. Une exception est faite seulement pour le protestant italien Gentili, qui avait enseigné à Oxford vers la fin du XVI^{ème} siècle. Il est significatif que ce soit un protestant; les catholiques n'ont guère encore voix au chapitre.

Mais d'autre part le XIX^{ème} siècle devient attentif aussi au soubassement politique et institutionnel de ces doctrines. Cette perspective se place dans le sillage de l'étude du "Droit public de l'Europe" telle que l'abbé de Mably l'avait mise à la mode dès le milieu du XVIII^{ème} siècle. L'objet privilégié de cette étude était la suite des congrès et des traités de paix qui ont jalonné l'histoire européenne surtout depuis la paix de Westphalie (1648). Celle-ci ne tarda pas à devenir une espèce d'acte de fondation du droit international. C'est là en effet que l'ordre international dominé par l'Etat souverain aurait trouvé sa consécration définitive, puisque l'Empire médiéval y aurait reçu son coup de grâce après sa longue agonie et ses derniers sursauts dans la guerre de Trente Ans. L'Eglise romaine ayant du même coup été réduite à l'impuissance, le champ était libre pour un ordre juridique purifié et laïc, purgé des intrusions religieuses et des prétentions impériales.

Ce que Grotius aurait accompli dans l'ordre de la pensée – la laïcisation du droit naturel – la paix de Westphalie l'aurait accompli dans l'ordre politique. "Grotius" et "Westphalie" restent jusqu'à nos jours deux symboles que les internationalistes associent avec la naissance de leur discipline. Les deux comportent une négation implicite de l'ordre médiéval, associé d'une part avec l'Empire et l'Eglise, d'autre part avec la hiérarchie féodale. Ces divers facteurs auraient par définition exclu l'idée même d'un droit international. Il aurait fallu attendre pour cela les temps modernes avec les deux faits majeurs qui les caractérisent, l'avènement de l'Etat souverain et la Réforme religieuse, dont l'effet conjugué est précisément de détruire la chrétienté médiévale.

L'opposition par trop schématique, voire caricaturale, entre une prétendue théocratie médiévale et le système de Westphalie qui est à la base de cette vision, ne saurait à vrai dire être admise et il y a longtemps que les historiens de métier se sont départis de ce simplisme. En effet, même si l'Europe passe un seuil critique entre la prise de Constantinople, la découverte de l'Amérique et la Réforme de Luther, on ne saurait ignorer

l'essentielle continuité du développement institutionnel et intellectuel. Ainsi les prémices de l'Etat moderne sont-elles perceptibles en tout cas depuis le XIII^{ème} siècle. Mais inversement bien des aspects associés avec le moyen âge, dont de multiples relations féodales, subsistent au-delà de Westphalie. D'autre part, l'existence du Saint-Empire était loin d'exclure la possibilité de rapports juridiques fonctionnellement internationaux. La chrétienté comportait de puissantes communautés politiques indépendantes de l'Empire, en fait ou même en droit, sans même compter le monde non chrétien, notamment musulman, avec lequel on entretenait sans l'ombre d'un doute de multiples rapports internationaux, belliqueux ou pacifiques. Et la féodalité elle-même donnait lieu à maints rapports de ce type.

Il est vrai cependant que ces rapports juridiques n'ont pas abouti à la formation correspondante d'une discipline juridique. Sur ce point l'idéologie universaliste du moyen âge a bien pu agir comme un obstacle. Mais il faut ajouter aussitôt que plus généralement la formation des disciplines juridiques qui nous sont familières n'a pris son essor qu'au XVI^{ème} siècle. L'apparition tardive du droit international n'aurait dès lors rien de bien étonnant.

Gardons-nous donc des schématismes simplistes hérités du XIX^{ème} siècle, auxquels le XX^{ème} siècle a d'ailleurs apporté d'importantes nuances dès l'époque de la Société des Nations. La catastrophe que fut la première guerre mondiale plaça soudain dans une lumière nouvelle ce qui avait été la prémisse implicite des conceptions rappelées jusqu'ici, à savoir le droit international classique. Cette expression désigne, depuis la seconde guerre mondiale surtout, l'ordre juridique international, essentiellement européen, qui fut en vigueur à peu près entre la paix de Westphalie et la première guerre mondiale, et qui a trouvé son expression paradigmatique dans *Le Droit des Gens* d'Emer de Vattel (1758). Vattel avait certes déjà parlé d'une société des nations, mais il se bornait par là à nier l'existence de la *civitas maxima* de son prédécesseur et modèle Christian Wolff, c'est-à-dire d'une espèce de super-Etat dont les Etats individuels seraient les membres. Il bannissait ainsi toute idée d'organisation internationale, consacrant une pure coexistence de souverainetés étatiques égales, à l'exclusion de tout autre sujet possible du droit des gens. "Le Droit des Gens",

dit-il au début de son traité, “est la science du Droit qui a lieu entre les Nations, ou Etats, & des Obligations qui répondent à ce Droit” (*Le Droit des Gens*, Londres, 1758, Préliminaires, § 3, p. 1). Cette définition a presque valeur d’axiome, et un peu plus loin Vattel décrit les Etats souverains comme autant de “Personnes morales, qui vivent ensemble dans une société naturelle, soumise aux Loix du Droit des Gens” (*op. cit.*, livre I, chap. I, § 4, p. 18). Voilà le noyau du droit international classique, qui avait été à la base des appréciations historiques du XIX^{ème} siècle.

A maints égards le modèle de Vattel continue à nous servir de référence. Il n’en reste pas moins que dès la Grande guerre on ressentit le besoin de le dépasser vers une organisation internationale plus ferme, et ces efforts se sont multipliés tout au long de notre siècle. C’est ainsi que sous l’égide de la Société des Nations – celle de Versailles, non celle de Vattel – on redevint attentif à toute une strate doctrinale occultée par le mythe de Grotius, la scolastique espagnole du XVI^{ème} siècle.

Deux auteurs surtout sortirent alors de l’ombre, Francisco de Vitoria et Francisco Suarez. Le premier, dominicain, contemporain exact de Luther, avait enseigné à Salamanque à partir de 1526 et il passe à juste titre pour le rénovateur de la scolastique en Espagne. Quant au jésuite Suarez, il naquit deux années après la mort de Vitoria, en 1548, et comme tout son ordre il fut étroitement associé avec la Contre-Réforme. Or les deux se sont prononcés sur des questions touchant au droit international. Vitoria a examiné le problème de la guerre juste, soit dans ses cours sur la *Somme théologique* de saint Thomas, soit dans ses *Leçons sur les Indiens* de 1539; et dans sa *Leçon sur le pouvoir civil* de 1528 il avait évoqué un ordre juridique embrassant le monde entier. Quant à Suarez, nous avons de lui une vision non moins grandiose d’une communauté internationale formant en quelque manière un corps politique suprême sous l’égide d’un droit qu’on peut bien qualifier d’international, même si ce terme n’a été inventé que plus tard par Jeremy Bentham. Ce passage fameux figure dans la somme juridique de Suarez écrite vers 1600 et parue en 1612, le *De legibus ac Deo legislatore* (livre II, chap. 20). Il avait par ailleurs examiné, dans ses cours donnés au Collège romain durant les années 1580, la question de la guerre juste dans une disputation qui parut à titre posthume en 1621.

Vitoria et Suarez n'étaient pas les seuls théologiens espagnols à s'être prononcés sur ces questions. On pourrait encore mentionner d'autres dominicains comme Domingo de Soto ou Domingo Bañez, ou des jésuites comme Gabriel Vazquez, Gabriel de Valencia ou Luis de Molina, sans compter des juristes tels que Diego de Covarrubias, Martin de Azpilcueta ou Fernando Vasquez de Menchaca. Mais Vitoria et Suarez ont atteint durant l'entre-deux-guerres, plus que les autres, à une position quasi symbolique de fondateurs du droit international, au point que Grotius risquait d'en être détrôné pour choir au rang de simple plagiaire s'il n'avait trouvé de son côté de vaillants défenseurs.

Force était en tout cas de reconnaître que Grotius devait beaucoup à ses devanciers espagnols – il ne s'en était du reste jamais caché –, et par là il apparut lui-même sous un éclairage nouveau. La grande vogue qu'il partageait avec eux à cette époque était due au fait qu'ils semblaient tous ensemble préfigurer un système de sécurité collective tel que le Pacte de la Société des Nations l'avait mis sur pied, sans trop de succès comme on sait, mais en suscitant d'immenses espoirs tout au long des années 1920. Le droit international qu'ils étaient censés avoir proclamé se trouvait dès lors clairement dissocié du droit international classique qui venait de faire faillite dans les tranchées de la Grande guerre. Ainsi des auteurs tels que Bynkershoek, Wolff ou Vattel et leurs successeurs, les Martens, les Klüber, les Heffter, Funck-Brentano et Sorel, Pradier-Fodéré, Liszt, Hall et Oppenheim apparaissaient soudain comme des égarés ayant perdu la voie à suivre, formant une regrettable parenthèse qu'il fallait refermer au plus vite. La vérité se situait entre Vitoria et Grotius; ce qui suivit dès le milieu du XVII^{ème} siècle était mis en question, comme si l'esprit de Hobbes avait tout perverti. Contre cet ordre cynique, dominé par des souverainetés qui n'avaient invoqué le droit international que pour mieux s'en départir, on faisait donc valoir ces grands visionnaires dont l'heure semblait enfin venue. Telles sont les thèses avancées avec fracas notamment par James Brown Scott pour les Espagnols et par Cornelis van Vollenhoven pour Grotius.

Ce qui fait à leurs yeux l'attrait de l'Ecole espagnole et de Grotius est leur hypothèse de base d'une communauté internationale qui ne se réduit pas à la somme des Etats

souverains, mais constitue un corps organique dont les parties se tiennent et se répondent. Cette communauté procède en dernière analyse de la sociabilité humaine, qui donne lieu successivement à la famille, à l'Etat et enfin à ce *totus orbis* dont Vitoria affirme qu'il forme *aliquo modo una respublica* (*Relectio de potestate civili*, n.21). Il était tentant d'y percevoir la préfiguration d'une organisation mondiale qui assurerait l'ordre et la légalité, d'autant que les princes souverains étaient censés par une sorte de dédoublement fonctionnel réprimer au nom de l'*orbis* des malfaiteurs, ce qui semble bien aller dans le sens de la sécurité collective instituée par le Pacte de la Société des Nations. Et Grotius admettait même que les souverains punissent les violations du droit naturel commises contre des tiers, ce qui annonce le principe de l'intervention humanitaire, redevenu si actuel, et paraît ouvrir la voie à une protection internationale des droits de l'homme. L'Etat souverain, source de tous les maux selon certains, ne domine pas encore de façon exclusive la pensée de ces auteurs, et les individus n'en sont donc nullement évincés.

L'ordre de Westphalie et l'Etat souverain qui en forme le pilier essentiel sont donc débordés de deux côtés à la fois : d'une part vers une organisation internationale, d'autre part vers l'individu. Or ce sont là deux thèmes majeurs du XX^{ème} siècle, même si par ailleurs nous maintenons comme fondamentaux un certain nombre de principes hérités du droit international classique, tels que ceux de l'égalité souveraine des Etats et de la non-ingérence mutuelle.

Il convient enfin de souligner l'universalité de la perspective des auteurs entre Vitoria et Grotius. C'est bien une communauté mondiale qu'ils ont en vue, comme le confirment maints propos et tout particulièrement ceux de Vitoria sur les Indiens du Nouveau Monde. Cela aussi contraste avec le droit international classique, qui à certains égards s'était rétréci à un droit public de l'Europe, étendu ensuite seulement par voie de colonisation impérialiste au monde.

Tous ces thèmes pris ensemble rendent ainsi un son nettement progressiste, et là réside probablement le secret de l'attrait exercé par les auteurs en question au XX^{ème} siècle. Quel que soit le bien-fondé de ces jugements, où entrent en fait bien des mirages, le bénéfice net pour l'historiographie en est que le champ de vision est élargi et qu'il n'est plus possible d'attribuer

l'invention du droit international à un seul héros fondateur, qu'il soit hollandais, italien ou espagnol. Les fondateurs du droit international ne pourront plus se dire qu'au pluriel, comme le voulait déjà le titre de l'ouvrage que leur consacreront une volée d'étudiants français, parmi lesquels Jules Basdevant, sous l'égide d'Antoine Pillet (1904). Considéré en tant que discipline juridique, le droit international est une création collective étendue sur environ deux siècles, entre Vitoria et Vattel. Il reste à esquisser brièvement cette genèse, ce qui formera le deuxième volet de cet exposé.

* * *

On se placera pour cela surtout au point de vue de l'évolution des idées et des concepts, plutôt qu'à celui de la pratique et des institutions, tout en sachant qu'il ne peut en résulter qu'un tableau très partiel. Ce faisant, on part de l'idée que ce qu'il est convenu d'appeler la doctrine fait partie intégrante du droit international bien plus intimement que ce n'est le cas dans les diverses disciplines du droit interne. On conteste par là même qu'on puisse opposer de façon tranchée la doctrine et la pratique, cette dernière étant seule à indiquer le droit international effectif d'une époque donnée. Les textes des auteurs, dans la mesure en tout cas où ils sont plus que de pures spéculations, nous permettent en effet d'entrevoir les représentations communes, les concepts clé d'une époque, tels qu'ils existent non pas seulement dans les cabinets des savants ou les auditoires des académies, mais aussi dans les chancelleries et les tribunaux, étant donné qu'entre ces cercles il y a une osmose constante. La notion même de discipline juridique implique en vérité qu'il y ait non seulement des représentations communes plus ou moins diffuses et implicites, mais qu'il y ait formulation et articulation explicite; et à ce point de vue les écrits des auteurs constituent une voie d'accès essentielle à l'état du droit d'une époque donnée.

Considérant donc la période allant de Vitoria à Vattel du point de vue de la formation de la discipline du droit international, il semble justifié de la diviser en deux grandes phases, la première allant de Vitoria à Grotius, la seconde, de Zouche à Vattel. La première s'étend des années 1530 aux années 1620; la seconde, de 1650 environ au milieu du XVIII^{ème}

siècle. Entre deux, il y a une sorte de *no man's land* formé par la guerre de Trente Ans; ce qui revient à affirmer que la seconde période débute avec la paix de Westphalie, qui constitue bien, il faut l'admettre, un véritable tournant historique. Elle met un terme non seulement à la guerre de Trente Ans, mais aussi à la guerre de Quatre-Vingts Ans hispano-néerlandaise et plus généralement à un long siècle de convulsions dues aux dissensions religieuses et aux transformations politiques conduisant à l'établissement définitif de l'Etat souverain. Elle introduit une période de paix, de stabilité et d'équilibre relatifs, celle qu'on appelle par excellence l'ancien régime.

C'est devant ces deux décors successifs que se développe la discipline du droit international, qui ne s'appelle pas encore ainsi. S'il fallait des étiquettes pour désigner la discipline durant ces deux périodes, on pourrait les emprunter aux auteurs qui se situent au début et à la fin de chacune d'elles. La première pourrait s'appeler celle du *ius belli* (selon la *relectio* de Francisco de Vitoria de 1539) ou de préférence celle du *ius belli ac pacis* (selon le traité de Grotius de 1625). La seconde serait celle du *ius inter gentes* (selon le sous-titre du traité de Richard Zouche paru en 1650) ou plus simplement celle du *ius gentium* (selon le traité de Christian Wolff de 1749, qui sera le modèle du *Droit des Gens* de Vattel). Ces dénominations sont toutes à leur manière significatives, comme on cherchera à le montrer tout à l'heure.

Mais d'abord il faut s'arrêter à la dernière expression mentionnée. Par *ius gentium* ou *droit des gens*, on désigne indubitablement, durant la seconde période envisagée, le droit international au sens où nous l'entendons : le droit international public, ordre juridique autonome, supposé en principe complet, régissant en exclusivité les relations entre *gentes*, donc entre peuples ou nations ou Etats (les trois notions étant utilisées de façon interchangeable, comme on le voit chez Vattel), bref, entre des entités politiques indépendantes, considérées en bloc et personnifiées par leur souverain : "Tout l'Etat est en la personne du prince", disait Bossuet, le précepteur de Louis XIV qui, on le sait, avait à ce sujet des idées fort semblables. Telle est l'idée classique du droit des gens, qui est encore essentiellement la nôtre, hormis la place prépondérante du souverain face à l'Etat.

Or l'expression *ius gentium* n'a pas toujours eu ce sens-là : celui-ci s'est imposé seulement après la paix de Westphalie.

Auparavant, on connaît certes l'expression; mais ses emplois divergents marquent bien l'incertitude qui l'entoure. Cette ambiguïté remonte en vérité à ses origines mêmes, qui se trouvent à Rome. Initialement le *ius gentium* était le "droit de tout le monde", par opposition au *ius civile* réservé aux citoyens romains. Ce fut là son sens technique originel, désignant une partie de l'ordre juridique romain applicable aux étrangers. Dès l'époque de Cicéron, l'expression fut cependant remployée dans le registre philosophique, notamment à travers l'enseignement de la rhétorique, et elle s'enrichit ainsi de connotations nouvelles. Elle comprenait dès lors un ensemble d'institutions communes aux divers peuples, dérivant tantôt d'un droit naturel de type hellénique, tantôt d'un accord tacite entre nations. Ce double rattachement à un principe supérieur et à un principe positif accompagnera le *ius gentium* tout au long de sa sinueuse carrière. Il se peut que les Romains aient en outre associé l'expression avec des institutions qui pour nous relèveraient, non plus du droit privé, mais du droit public et même du droit public international. Nous n'en avons aucune preuve directe, mais Isidore de Séville, au début du VII^{ème} siècle, parle du *ius gentium* en ces termes-là et il s'est peut-être inspiré d'un modèle romain perdu.

Ces différentes acceptions du *ius gentium* préoccupèrent les juristes du moyen âge, ainsi que certains théologiens, dont saint Thomas. On a l'impression par moments qu'ils ne savent trop que faire du terme, qui cependant figure dans les textes et qu'ils ne peuvent donc écarter, si bien qu'ils sont obligés de lui donner un sens. Une chose est certaine: ils ne lui attribuent pas le sens d'un droit international public, et ils restent dans cette mesure fidèles aux sources romaines telles qu'elles leur étaient connues.

C'est au XVI^{ème} siècle seulement que cette orientation nouvelle s'amorce, et d'une façon très évidente dans l'oeuvre de Francisco de Vitoria. Il l'examine dans son commentaire sur la *Somme théologique* de saint Thomas, en lui conférant une note très positiviste, peu conforme aux conceptions de l'Aquinate. Puis il l'évoque dans certaines leçons solennelles, cette fois avec un sens plus proche du droit naturel, surtout dans la *Relectio de indis*, où le *ius gentium* est assimilé à un droit naturel, devenant de ce fait obligatoire aussi pour les indigènes américains qui n'en ont jamais rien entendu auparavant.

C'est du reste dans ce contexte que Vitoria circonscrit le *ius gentium* d'une manière qui semble en faire un véritable *ius inter gentes*. Il modifie en effet la formule de Gaius, qui s'énonçait à l'origine ainsi : *Ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Vitoria substitue au mot *homines* le mot *gentes*, si bien que la formule devient : *Ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*. Or le contexte montre que son intention n'était en fait nullement de redéfinir le *ius gentium*. L'accent n'est pas sur la formule *inter omnes gentes*, mais sur *ratio naturalis*. Et la tournure *inter omnes gentes* équivaut en substance à *apud omnes gentes*. Un peu plus loin dans le même paragraphe, Vitoria dit en effet *apud omnes nationes*, et c'est bien de quoi il s'agit : il est question d'un devoir d'hospitalité tenu pour sacré auprès de tous les peuples en vertu du droit naturel. La tournure *inter omnes gentes* figure du reste avec le même sens chez d'autres juristes contemporains; et Calvin parle en français d'une pratique établie "entre les Eglises qui sont bien ordonnées" (*Institution de la religion chrétienne*, chap. V).

Ce *ius gentium* de Vitoria n'est donc pas encore notre droit international, il est à la fois plus ample et plus vague. Cependant, il faut bien admettre que l'emploi du concept dans cette démonstration de la *Relectio de indis*, qui a trait au fameux *ius societatis et communicationis*, a quelque chose de remarquable par son insistance : il suggère à n'en pas douter un ordre juridique supérieur, valable pour l'humanité et en principe soustrait à l'emprise des souverains individuels. Cette acception générale de l'expression *ius gentium*, remplacée parfois par *ius naturae et gentium*, va du reste subsister après Vitoria : on la trouve par exemple chez le jeune Grotius, dans son *Commentaire sur le droit de prise*.

Au demeurant, la notion de *ius gentium* sera tout au long du XVI^{ème} siècle repensée et approfondie; mais c'est seulement au début du XVII^{ème} siècle qu'elle est spécifiée de manière à signifier un droit proprement international. Chose remarquable, cette précision survient à peu près au même moment, et en toute indépendance semble-t-il, chez deux éminents auteurs, Suarez et Grotius. C'est à Suarez qu'il faut donner la préséance. Sa distinction entre un *ius gentium* de type romain, d'une part, simple droit interne commun, *ius commune intra gentes*, et un véritable *ius inter gentes* proprement international d'autre part,

figure dans le passage déjà évoqué où il compare le monde à un corps politique composé de nations souveraines: c'est l'existence même de ce corps politique global qui appelle pareil *ius inter gentes*. Suarez précise encore qu'il est purement positif, et donc indépendant du droit naturel; enfin il ne peut à son avis être introduit que par voie de coutume.

Dans son principe cela répond donc déjà à notre conception du droit international général. Mais gardons-nous des anachronismes, le *ius inter gentes* suarézien n'en a pas encore l'ampleur: il ne forme pas un système autonome et complet. Il n'est pas seul à régir les rapports entre souverains; ceux-ci sont au premier chef gouvernés par le droit naturel; le droit des gens n'a qu'une fonction interstitielle, fondant telle institution ou telle règle concrète là où le droit naturel a laissé une lacune. C'est donc seulement la somme du droit naturel et du droit des gens qui équivaldrait à notre droit international public.

Cette conception se retrouve dans le *Commentaire sur le droit de prise* du jeune Grotius, qui semble l'avoir élaborée en toute indépendance, puisque son manuscrit a été rédigé entre 1604 et 1606, alors que le *De legibus* de Suarez n'a paru qu'en 1612. Il est vrai qu'il subsiste à ce sujet une incertitude, car la distinction grotienne figure sur un feuillet séparé, inséré après-coup. Cet ajout peut cependant très bien s'expliquer, non par un emprunt à Suarez, mais par des nécessités inhérentes au texte grotien.

Quoi qu'il en soit, l'idée d'un *ius inter gentes* est alors dans l'air. Grotius la reprend dans son *Droit de la guerre et de la paix*, et on la retrouve également chez un de ses contradicteurs anglais, William Welwod. Mais jusque-là, elle garde la portée restreinte qu'elle avait eue chez Suarez. Elle n'acquiert son ampleur moderne qu'avec la seconde période, qui s'ouvre au milieu de XVII^{ème} siècle.

Il semble que ce soit d'Angleterre qu'est venue l'impulsion principale. C'est en 1650 que Richard Zouche publie son *Ius fecciale* qui porte en sous-titre la formule *ius inter gentes*. On peut le considérer comme le premier manuel de droit international, malgré sa systématique défectueuse. Mais un autre Anglais doit ici être mentionné qui, contrairement à Zouche, est un géant de la pensée: Thomas Hobbes. Il est vrai que ni son *De cive* de 1642, ni son *Leviathan* de 1651 ne sont d'ordinaire associés avec le droit international; bien au

contraire, ils en paraissent plutôt une négation. Hobbes fait certes état du concept de *law of nations*, mais il le prive de substance autonome. Sa *law of nations* n'est que la *natural law* appliquée à des souverains et à des Etats; or la *natural law* hobbesienne se ramène à un ensemble de règles de prudence tendant à assurer la survie de l'homme dans l'état de nature, dont on sait qu'il consiste en un état de guerre et d'insécurité permanent. La *law of nations* de Hobbes ne constitue donc pas un véritable ordre juridique; pourtant son identification avec un ensemble de règles de conduite à l'usage des souverains est significative et traduit sans doute une acception dès lors généralement reçue.

C'est elle que nous trouvons régulièrement chez les auteurs dès la seconde moitié du XVII^{ème} siècle. Ainsi Johann Wolfgang Textor fait paraître en 1680 une *Synopsis iuris gentium* qui est un véritable traité de droit international, bien supérieur à celui de Zouche trente ans plus tôt. On peut aussi se référer à l'essai de Leibniz, antérieur de trois années, sur *Le droit de souveraineté et de légation des princes allemands*. Tout au long de cet écrit, l'expression *ius gentium* a déjà son sens classique. Ainsi, en définissant la souveraineté, Leibniz y fait tout naturellement entrer le droit des gens, non sans quelque brutalité qui pourrait rappeler Hobbes: "Je reconnais comme souverain", dit-il, "celui qui, non seulement gouverne ses sujets d'une main militaire, mais qui peut aussi conduire une armée hors de ses frontières, et qui est capable d'accomplir quelque chose de marquant dans les affaires générales de l'Europe, par les armes, par les traités, par les ambassades et par les autres fonctions du droit des gens" (*ac caeteris juris gentium functionibus*) (*De jure suprematus et legationis principum Germaniae* (1667), introduction, éd. O. Klopp, p. 13). L'expression *ius gentium* a donc déjà le sens qu'elle aura au siècle suivant chez Wolff et Vattel.

Ayant ainsi brièvement retracé la trajectoire de cette expression, il reste à ébaucher le développement de la discipline qui porte son nom. Ces deux évolutions ne coïncident guère dans la première période envisagée; elles convergent en revanche très rapidement dans la seconde. Nous retrouvons ici les étiquettes mentionnées plus haut pour désigner ces périodes.

Durant la première, il n'existe pas de discipline du *ius*

gentium; en revanche il y a bien une discipline du *ius belli*; et il importe de bien la considérer comme une discipline autonome, ayant son objet propre, la guerre.

Ce droit de la guerre du XVI^{ème} siècle est l'héritier du *ius belli* médiéval. Celui-ci consistait en un ensemble de principes et de normes réglant l'activité des personnes occupées à la guerre. La guerre médiévale est un phénomène beaucoup plus diffus que ne l'est la guerre classique. Ses ressorts sont économiques au moins autant que militaires et politiques. Le droit y afférent devait donc régler des questions telles que la propriété du butin, des cas de recousse ou encore de prisonniers et de rançons. Le moyen âge avait d'autre part développé, dans les sphères de la théologie morale, une doctrine de la guerre juste, dont les racines lointaines remontent à saint Augustin et à Cicéron.

Le XVI^{ème} siècle reprend ces courants médiévaux et leur confère une cohésion nouvelle. Ce sera l'oeuvre surtout des théologiens. La figure clé est à cet égard Francisco de Vitoria avec ses deux *Relectiones de indis* qui se placent presque entièrement *sub specie belli*.

Dans la première de ces Leçons, Vitoria examine les titres juridiques que les Espagnols peuvent – ou ne peuvent pas, selon les cas – faire valoir pour justifier leur conquête de l'Amérique. Il rejette ainsi une série de titres illégitimes, dont en particulier le prétendu *dominium mundi* du pape ou de l'empereur. En revanche il admet plusieurs titres légitimes. Or ceux-ci présentent pour la plupart une structure commune : pour que les Espagnols puissent faire valoir une juste cause de guerre, il faut que les Indiens aient violé un de leurs droits subjectifs; dès lors il s'agit de déterminer ces droits subjectifs, et c'est ce que fait Vitoria au cours de cette série de titres légitimes. C'est là justement qu'apparaît d'abord le *ius societatis et communicationis humanae*, puis le droit de prêcher l'Évangile; ou celui de protéger les sujets chrétiens des princes indiens; ou encore celui de protéger des opprimés contre des traitements inhumains, ce qui semble annoncer une protection des droits de l'homme par voie d'intervention humanitaire.

Quant à la seconde *Relictio de indis*, souvent appelée *De iure belli*, elle généralise les enseignements de la première et augmente le sujet du droit de la guerre par ce que nous appellerions un *ius in bello*.

C'est selon ces lignes-là que la discipline du *ius belli* se

développe durant la seconde moitié du XVI^{ème} siècle, notamment dans la doctrine espagnole. Au XVII^{ème} siècle Grotius reprend l'idée centrale de Vitoria, mais il la pousse plus loin, en cherchant à déterminer non pas seulement quelques droits subjectifs concrets qu'on peut faire valoir dans une situation donnée, mais tous les droits subjectifs concevables. Il construit ainsi tout un système de droits qui se prétend exhaustif en tant qu'il se fonde sur la nature humaine; étant entendu que chacun de ces droits, en cas de violation, peut être sanctionné par une guerre juste.

Il importe de noter que la guerre reste le cadre et que, malgré son titre double, le *Droit de la guerre et de la paix* a pour centre la guerre; le second membre du titre ne désigne pas un droit international de la paix au sens moderne, mais certaines règles relatives à la conclusion de la paix, une fois la guerre achevée. Il est vrai cependant que l'on pouvait transformer le vaste système de droits subjectifs qui forme tout le deuxième livre du traité en un droit international de la paix au sens moderne. Cette opération sera entreprise durant la seconde période, à commencer par Zouche, dont le manuel est déjà divisé en un droit de la guerre et un droit de la paix au sens actuel.

C'est alors que prend corps la discipline du *ius gentium* au plein sens du terme. Mais il subsiste évidemment un lien de filiation avec l'ancienne discipline du *ius belli*. C'est par ce biais, en remontant de Vattel, à travers Grotius, à Vitoria, qu'on peut établir un lointain rapport entre la découverte de l'Amérique et la formation du droit international. On a raison en ce sens de faire naître le droit international avec les temps modernes. A condition toutefois de ne pas y voir un simple reflet passif des nouvelles structures politiques et de la pratique concomitante, ni inversement la mise en oeuvre de la vision inspirée de quelque génie fondateur, mais le fruit lentement mûri du patient labeur de tout un groupe de juristes et de théologiens ayant oeuvré pendant plus de deux siècles.