



**Colloque international (18-19 septembre 2019)  
Salle des Conseils, Université Paris II**

***Ius gentium* – Théories et pratiques du droit international dans  
le droit et la théologie de la première modernité**

**APPEL A CONTRIBUTIONS**

Longtemps oubliée par l'historiographie et les théoriciens du droit, la doctrine classique du *ius gentium* élaborée au XVI<sup>e</sup> siècle a été réintroduite dans le champ de la pensée au début du XX<sup>e</sup> siècle grâce à d'importantes monographies consacrées à Francisco de Vitoria et Francisco Suarez<sup>1</sup>. Elle fut ensuite mobilisée par Ernest Nys<sup>2</sup> et James Brown Scott<sup>3</sup>, dans un contexte dominé par l'interprétation volontariste du droit international, le concevant comme l'expression de la volonté toute-puissante des États<sup>4</sup>. Soulignant que les hommes et les peuples figuraient comme les grands absents de la doctrine volontariste, ces grands internationalistes ont défendu par son biais l'idée d'un droit consensuel décidé conjointement par les nations, relativement à leurs intérêts et à celui des hommes. La doctrine classique du *ius gentium* forma d'autre part la base de contributions majeures, de la part des juristes, pour repenser l'établissement de la paix entre les hommes, illustrant ainsi sa portée majeure pour les sociétés humaines<sup>5</sup>.

Les travaux consacrés aujourd'hui à la doctrine classique du *ius gentium*<sup>6</sup> s'inscrivent dans un esprit un peu différent. Elle n'est plus tant interprétée en comparaison du droit international classique du XVII<sup>e</sup> siècle, dont elle aurait constitué un précédent inabouti, que considérée en elle-même, en regard des besoins des sociétés de l'époque, de son intérêt pratique, et des schèmes intellectuels et des références mobilisés par les théoriciens du XVI<sup>e</sup> siècle pour l'élaborer<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Pierre Avril, Henri Bailly, Joseph Barthélémy, *Les fondateurs du droit international – leurs œuvres – leurs doctrines*, V. Giard & E. Brière, 1904 ; Luis Alonso-Getino, *El Maestro Fr. Francisco de Vitoria y el Renacimiento Filosófico-Teológico del Siglo XVI*, Sorlot, Madrid, 1914 ; Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez. Contribution des théologiens au droit international moderne*, introduction par Yves de la Brière, Paris, Pédone, 1939 ; Camilo Barcia-Trelles, « Francisco de Vitoria et l'Ecole moderne du droit international », *RCADI*, vol. 17, Paris, Hachette, 1928 ; Albert Geouffre de La Pradelle, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Paris, Ed. internationales, 1950.

<sup>2</sup> Ernest Nys, *Le droit des gens et les anciens jurisconsultes espagnols*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1914.

<sup>3</sup> James Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law*, Oxford, Clarendon Press/Londres, Humphrey Milford, 1934 ; Id., *The Spanish Origin of International Law*, Oxford, Clarendon Press/Londres, Humphrey Milford, 1934.

<sup>4</sup> Henrich Triepel, *Landesrecht und Völkerrecht*, Leipzig, Hirschfeld Verlag, 1899 ; Id., *Die Zukunft des Völkerrechts*, Leipzig, 1916 ; Dionisio Anzilotti, *Diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologne, 1905.

<sup>5</sup> Georges Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (1932), Paris, Dalloz, 2008.

<sup>6</sup> Marie-France Renoux-Zagamé (« La disparition du droit des gens classique », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 4, 1984, p. 26) propose de nommer ainsi la nouvelle doctrine du *ius gentium* élaborée par la Seconde Scolastique au XVI<sup>e</sup> siècle. Correspondant également à notre objet, nous reprenons ici sa terminologie. L'hypothèse d'une telle unité doctrinale, liant certains auteurs de l'humanisme juridique et de la seconde scolastique, sera le sujet d'une communication proposée par les organisateurs du colloque.

<sup>7</sup> Giovanni Ambrosetti, « Diritto private ed economia nella seconda scolastica », in P. Grossi (dir.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1973 p. 23-52 ; Rainer Sprecht, « Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit », in F. Grunert, K. Seelmann, *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2001, p. 3-18 ; Francisco Carpintero, « « Mos

L'exégèse contemporaine procède à une étude plus précise du contexte historique justifiant le développement de l'idée d'une normativité interhumaine, au moment même où le pouvoir politique se territorialise et où l'autonomie nouvellement acquise des États menace de les dresser les uns contre les autres<sup>8</sup>. Il est aussi prêté attention au rôle moteur de la doctrine, mobilisée le plus souvent à l'intérieur de problématiques plus larges, comme celle de savoir si la nation est propriétaire de son espace public ou s'il reste commun à l'humanité<sup>9</sup>. La doctrine classique du *ius gentium* n'est en outre plus étudiée à partir des seules figures emblématiques que sont Francisco de Vitoria et Francisco Suarez ; elle est réinscrite au sein des courants intellectuels qui la développent, avec une attention particulière aux déplacements de sens qu'ils opèrent, à l'introduction de références nouvelles qui l'enrichissent, ou à des interprétations qui en changent la nature<sup>10</sup>. Elle est pour finir mise en relation avec les grands événements historiques et géopolitiques de l'époque, illustrant ainsi sa portée pratique<sup>11</sup>.

La richesse de ces perspectives conduit à l'exploration d'au moins cinq axes :

1. les définitions génériques du *ius gentium* entre théorie et pratique,
2. les références au *Dominium*, aux royaumes, aux frontières et au commerce international,
3. l'étude des références faites à l'humanité, à l'Église, à l'empire et à l'État
4. la question de la stabilité mondiale et de la force contraignante du *ius gentium*,
5. la théorie et les pratiques – le droit de guerre, les intermédiaires de la paix et la question du recours au droit des gens en cas de conflit international.

Les communications peuvent être présentées en anglais ou en français.

Elles seront ensuite soumises à une évaluation scientifique en vue de leur publication au sein d'un ouvrage collectif.

Les propositions de communication sont à adresser à Gaëlle Demelemestre ([gdemelemestre@gmail.com](mailto:gdemelemestre@gmail.com)) avant le 30 juillet 2018.

---

italicus », « mos gallicus » y el Humanismo racionalista. Una contribucion a la historia de la metodologia juridical », *Ius Commune*, VI, 1977, p. 108-171 ; Bart Wauters, Marco de Benito, *The History of Law in Europe. An Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2017.

<sup>8</sup> David Kennedy, « Primitive legal scholarship », *Harvard International Law Journal*, 27, 1986, p. 1-99 ; Anthony Pagden, *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 71 ; Andreas Wagner, « Legal Character of the Global Commonwealth », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31/3, 2011, p. 565-582 ; Id., « Völkerrecht und Rechtsbegriff bei Francisco de Vitoria », in K. Bunge, A. Spindler, A. Wagner (éds.), *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2011, p. 255-286.

<sup>9</sup> Annabal Brett, *Changes of State. Nature and the limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2011.

<sup>10</sup> Merio Scattola, « La virtud de la justicia en la doctrine de Domingo de Soto », *Anuario Filosófico*, 45, 2012, p. 313-341 ; Kristin Bunge, « Universale Rechtsgemeinschaft und partikulare Gemeinwesen, in K. Bunge, A. Spindler, A. Wagner (éds.), *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 2011, p. 201-227 ; Wim Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden, Nijhoff, 2013 ; Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Genève, Paris, PUF, 1983 ; Paolo Grossi, « La Proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica », in P. Grossi (éd.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè, 1973, p. 117-222 ; Peter Nitschke (dir.), *Gottfried W. Leibniz: Die richtige Ordnung der Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

<sup>11</sup> Randall Lesaffer, « Peace Treaties from Lodi to Westphalia », in R. Lesaffer (éd.), *Peace Treaties and International Law in European History*, Cambridge University Press, 2004, p. 9-44 ; Sébastien Schick, « Négociations diplomatiques et pluralité des droits : le Saint-Empire, l'Europe et le problème des "affaires étrangères" », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 64/3, 2017, p. 39-63.

## Argumentaire

Ce colloque propose d'explorer cinq grandes problématiques mobilisant la référence au *ius gentium*, dont on trouvera ci-dessous un état des lieux, un cadrage et l'indication de pistes de recherches.

### 1. Les définitions génériques du *ius gentium* entre théorie et pratique

Selon Vitoria, le droit des gens est établi par un « décret humain rationnellement établi » pour assurer « un ordonnancement à la paix et à la concorde entre les hommes<sup>12</sup> ». Il le conçoit comme un droit intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil particulier, mais il ne tranche pas la question de sa nature, rapprochant ses caractéristiques tantôt du droit naturel, tantôt du droit positif. Ses successeurs Domingo de Soto et Diego de Covarrubias, à l'inverse, suivent les analyses du juriste humaniste François Connan, soutenant qu'il s'agit d'un droit humain positif répondant à l'utilité des peuples<sup>13</sup>. Il est un produit de la raison humaine, chaque homme pouvant de ce fait en retrouver les normes et en comprendre le bien-fondé. Sa positivité permet de le concevoir comme un droit créé par les hommes en fonction de leurs besoins, mais qui possède cependant une force contraignante intrinsèque puisqu'il relève de la raison<sup>14</sup>.

Cette définition du droit des gens comme droit positif répondant aux besoins des peuples ne fait cependant pas l'unanimité à l'époque. Certains juristes, tel François le Douaren, refusent de le considérer comme un droit positif, et le rattachent étroitement au droit naturel. Ils infléchissent ainsi la doctrine dans une fonction de palliatif à la trop grande généralité du droit naturel<sup>15</sup>. Sur quels arguments fondent-ils cependant leur refus de considérer le droit des gens comme un droit positif ? Existe-t-il des éléments juridiques permettant d'invalider le fait qu'il s'agisse d'un droit humain ? Ces juristes appartenant majoritairement au courant du *mos gallicus*, particulièrement attentif à l'historicité des concepts juridiques, comment concilient-ils leur position avec l'usage qu'en faisait la tradition romaine ?

Une autre tendance s'est développée, unissant plus étroitement le droit des gens au droit positif particulier. En soutenant que la raison accède seulement au droit naturel, certains théologiens jésuites refusent de considérer qu'elle peut être mobilisée pour engendrer un droit positif relatif à des besoins contingents<sup>16</sup>. Ils dénie ainsi au droit des gens sa rationalité, et partant sa force contraignante, pour le considérer comme un simple droit coutumier devant son existence à

---

<sup>12</sup> Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomas. De Justitia QQ. 57-66*, B. de Heredia (éd.), Salamanque, Apartado, 1934, q. 57, a. 3, p. 12 et 14.

<sup>13</sup> François Connan, *Commentariorum*, I, 5, fo. 14 ; Diego de Covarrubias, *Regulae Peccatum. De regul. Iuris libri 6 Relectio*, Lyon, Sebastianus Honoratum, 1560, II, 11, p. 283. Voir Merio Scattola, « Naturrecht als Rechtstheorie : Die Systematisierung der „res scholastica“ in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto », *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001, p. 47 ; Antonio Marin Lopez, « El concepto del derecho de gentes en Diego Covarrubias y Leyva », *Revista española de derecho internacional*, Vol. 7, 1, Madrid, 1954, p. 505-528 ; Francisco Carpintero, « « Mos italicus », « mos gallicus » y el Humanismo racionalista. Una contribucion a la historia de la metodologia juridica, *Ius commune*, 6, 1977. Dominog Bañez et Fernando Vazquez de Menchaca formulent des variantes de cette thèse, le premier tendant à le dévaloriser du fait de sa positivité, le second en distinguant, dans la lignée de Bartole, un sens premier le rapprochant du droit naturel, et un second sens positif, proche de la définition qu'en donnent ses coreligionnaires.

<sup>14</sup> Vinzente Piano Mortari, « La sistematica come ideale umanistico », Leo S. Olschki (éd.), *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florence, 1966, p. 527 ; Joseph Delos, *La Société internationale et les Principes du Droit public*, Paris, Pedone, 1929, p. 200.

<sup>15</sup> Tel fut p.ex. le cas de François Le Douaren. C'est aussi la position du jésuite Juan Azor et du juriste espagnol Fernando de Mendoza. Voir Donald R. Kelley, *Foundations of modern historical scholarship : language, law, and history in the French Renaissance*, Columbia University Press, 1970. D'autres juristes, comme Hugues Doneau (*Commentariorum de iure civili*, I, VII), considèrent aussi que le droit des gens est dérivé du droit naturel parce qu'il procède de la *recta ratio*, et ne saurait de ce fait être contingent. Il perd sa capacité à satisfaire les besoins conjoncturels des peuples.

<sup>16</sup> Annabel Brett, *Changes of State*, p. 84.

l'observation régulière de ses normes par les souverains<sup>17</sup>. Le droit des gens devient ainsi pour Francisco Suarez et Gabriel Vazquez tout aussi contingent que n'importe quelle règle coutumière, les souverains n'étant pas tenus de le respecter<sup>18</sup>. Les différences interprétatives du droit au sein des courants dominicain et jésuite mériteraient une analyse approfondie. Sommes-nous en présence, au sein de la seconde scolastique, de deux traditions juridiques différentes, voilées par leur référence commune au thomiste ?

Une troisième attaque vient ensuite fragiliser la doctrine en attaquant ses fondements. Elle est consécutive à une transformation de la représentation du devoir d'obéissance à la loi. Pour les dominicains, ce sont les normes rationnelles retrouvées par les hommes usant de raison qui assurent la force contraignante du droit des gens. Il est sous-entendu que chaque homme se plie naturellement aux commandements rationnels. Une autre conception de l'obligation avait cependant été formulée par Luther, soutenant que la contrainte émanait d'une autorité supérieure imposant son commandement au sujet. Ce changement épistémologique du fondement du droit est repris par Pufendorf, qui considère que la force contraignante du droit vient du fait qu'il est décidé par une autorité supérieure<sup>19</sup>. L'humanité ne constituant pas une autorité supérieure comme l'Etat, elle ne peut prétendre énoncer un droit susceptible de s'imposer aux souverains<sup>20</sup>. Le droit des gens perd ainsi son sujet et son objet. L'éviction de la doctrine peut-elle être interprétée comme une conséquence de l'évolution géopolitique opérée sur le XVII<sup>e</sup> siècle ? Le renforcement de la souveraineté territoriale suffit-il à invalider l'idée que les hommes partagent une communauté de droit d'autorité supérieure à celle du droit national<sup>21</sup> ?

D'autre part, l'analyse de la notion par la tradition protestante seiziémiste majoritairement allemande n'a été l'objet d'autant d'études que la tradition catholique espagnole<sup>22</sup>. Elle gagnerait à être approfondie pour permettre une vue d'ensemble des perspectives ouvertes à cette époque sur l'idée d'un droit commun à tous les membres de l'humanité.

---

<sup>17</sup> C'est le cas des frères augustiniens Aragon et Miguel de Salon, et des jésuites Luis de Molina et Grégoire de Valentia, jusqu'à Gabriel Vazquez, qui radicalise cette position en refusant au *ius gentium* le statut de loi coutumière, le considérant simplement comme un ensemble de permissions juridiques. Voir Franco Todescan, « *Jus gentium medium est intra jus naturale et jus civile* : la « double face » du droit des gens dans la scolastique espagnole du 16<sup>ème</sup> siècle », in P.-M. Dupuy, V. Chetail (éds.), *The Roots of International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2014, p. 172 ; Jean-François Courtine, *Nature et empire de la loi* 1999, p. 147.

<sup>18</sup> Mathias Lutz-Bachmann, « Die Normativität des Völkerrechts : Zum Begriff des *ius gentium* bei Francisco Suárez im Vergleich mit Thomas von Aquin », in A. Fidora, M. Lutz-Bachmann, A. Wagner (éds.), *Lex und Ius. Lex and Ius*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Fromman-Holzboog, 2010, p. 467 ; Annabel Brett, *Changes of State. Nature ad the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2011, p. 86-87.

<sup>19</sup> Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* (éd. de Bâle, trad. Jean Barbeyrac, 1732), Presses Universitaires de Caen, 2009, II, 3, p. 213. Voir Pierre Laurent, *Pufendorf et la loi naturelle*, Vrin, 1982, p. 80. Leibniz s'opposera violemment à cette interprétation, en maintenant que les nations ont recours à un droit positif spécifiquement dévolu à la régulation de leurs relations, qu'il décrit comme « la sphère du droit volontaire des nations, accepté par le tacite consentement des peuples » (Gottfried Leibniz, *Code diplomatique du droit des gens* (1693), in *Le droit de la raison*, textes réunis et présentés par R. Sève, Vrin, 1994, p. 167.

<sup>20</sup> Simone Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994, p. 237.

<sup>21</sup> Peter Schröder, « Staat, Religion und Völkerrecht in der politischen Philosophie von Leibniz », Peter Nitschke (dir.), *Gottfried W. Leibniz: Die richtige Ordnung der Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 38.

<sup>22</sup> René Sève, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*, Paris, PUF, 1989, p. 70 et 75.

<sup>22</sup> Hormis la présentation de Mathias Schmoeckel (« Die Reformation als Grundlage des modernen Völkerrechts », in M. Germann, W. Decock (éds.), *Das Gewissen in den Rechtslehren der protestantischen und katholischen Reformationen*, Leipzig, 2007, p. 226-269), il n'existe pas encore d'étude approfondie explicite de la notion de droit des gens au sein des courants protestants allemand du XVI<sup>e</sup> siècle, un maque qu'il faudrait combler. La tradition protestant à la frontière du XIII<sup>e</sup> siècle a cependant été l'objet d'études spécifiques. Voir p.ex. Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo, *Catholic and reformed traditions in International law. A Comparison between the Suarezian and the Grotian Concept of Ius Gentium*, Springer, Cham, 2017 ; Dominik Recknagel, *Einheit des Denkens trotz konfessioneller Spaltung. Parallelen zwischen den Rechtslehren von Francisco Suárez und Hugo Grotius*, Frankfurt-am-Main, Peter Lang, 2010.

En dépit de toutes les tentatives théoriques visant à clarifier ce qu'est ou devrait être le *ius gentium*, il doit également être rappelé que, dans la pratique, les juristes et les théologiens modernes l'ont d'une manière très flexible. Comme Daniel Coquillette et Alain Wijffels l'ont montré pour le cas de l'Angleterre moderne, la notion de droit des gens y a été utilisée de diverses manières par les mêmes autorités en même temps<sup>23</sup>. Cela soulève des questions sur l'utilisation pragmatique des références au *ius gentium* au début de la période moderne. C'est le cas non seulement des écrits traitant explicitement de questions qui, dans la perspective actuelle, relèvent du droit international, mais aussi de traités ou de cas portant sur d'autres objets, tels que les contrats de vente ou le droit des successions. On pourrait aussi penser à l'utilisation stratégique des arguments issus du *ius gentium* dans les recueils de décisions de justice (*decisiones*) ou de conseil juridique (*consilia*). Qu'est-ce que les juristes et les théologiens du début des temps modernes essayaient de faire lorsqu'ils raisonnaient sur *ius gentium*? Ils ne pensaient certainement pas toujours à écrire de grandes théories sur le droit international. La présente section accueille donc également des documents reflétant cette dimension pragmatique des références au *ius gentium* dans le contexte de la pratique juridique et pastorale.

## 2. *Dominium*, royaumes, frontières et commerce international

Le droit des gens n'est pas simplement mobilisé par les théoriciens du XVI<sup>e</sup> siècle pour apporter une solution à des problèmes conjoncturels. Il est aussi intégré dans l'axiologie du droit qu'ils contribuent à dresser, et réinscrit dans l'histoire de l'humanité. Les auteurs qui s'y intéressent l'appréhendent par un biais historique<sup>24</sup>. Dans la situation prélapsaire, tous les biens étaient communs<sup>25</sup>. Mais après la Chute, l'humanité n'est pas restée unie ; elle s'est répartie en différents peuples à la surface de la Terre, qui ont convenu que les territoires appartiendraient au primo-arrivant. Ils se sont installés sur des terres séparées et ont institué des gouvernements politiques leur permettant de mieux subvenir à leurs besoins. Il a fallu instaurer le *dominium*, c'est-à-dire la propriété privée, pour prévenir les dissensions entre les hommes et favoriser l'augmentation des richesses<sup>26</sup>. Les communautés politiques se sont ainsi distinguées les unes des autres par un pouvoir politique propre s'exerçant jusqu'à leurs frontières, délimitant ses droits et prérogatives<sup>27</sup>.

Le droit des gens justifie l'introduction du *dominium* privé, progressivement interprété comme un droit subjectif inviolable<sup>28</sup>. Peut-on en trouver des usages, chez certains auteurs, pour établir les distinctions juridique et conceptuelle entre domaines privé et public ? Le droit des gens institue la reconnaissance réciproque de l'autonomie des Etats. L'ensemble de la Terre a-t-elle cependant été partagée entre les hommes, ou existe-t-il des objets qui restent commun à l'humanité<sup>29</sup> ? Quels ont

<sup>23</sup> D.R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors' Commons, London. Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial and International Law*, Berlin, 1988, p. 32-37 ; A. Wijffels, in A.D.E. Lewis and D.J. Ibbetson, *The Roman Law Tradition*, Cambridge, CUP, 1994, p. 119-134.

<sup>24</sup> François Connan, *Commentariorum*, f. 16 ; Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure*, Lyon, 1582, IV, 3, 1 ; Luis de Molina, *De Iustitia et Iure opera omnia, Tractatibus quinque*, vol. I, *De iustitia in genere partibusque illi subiecti*, Venise, 1594, II, disp. 3.

<sup>25</sup> On these issues, see Harro Höpfl, *Jesuit political Thought. The Society of Jesus and the State, c.1540-1630*, Cambridge University Press, 2004.

<sup>26</sup> Merio Scattola, « Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der „res scholastica“ in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto », *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001, p. 39.

<sup>27</sup> Annabel Brett, *Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 156-159 ; Matthias Kaufmann, « Das Verhältnis von Recht und Gesetz bei Luis de Molina », in A. Fidora, M. Lutz-Bachmann, A. Wagner (dir.), *Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 2010, p. 369-391.

<sup>28</sup> Xavier Prévost, « *Mos gallicus jura docendi*. La réforme humaniste de la formation des juristes », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 4, 2011, p. 493 ; Jörg A. Tellkamp, « Rights and Dominion », in M. Kaufmann, A. Aichele (éd.), *A companion of Luis de Molina*, Boston, Brill, 2014, p. 125-153.

<sup>29</sup> La foi fait ainsi partie des objets considérés comme devant être partagés par l'ensemble des hommes. Les Européens ont par conséquent le devoir de répandre l'évangile sur toute la surface de la Terre, et de le prêcher en particulier aux

été les arguments avancés pour justifier la liberté des mers, qui, selon le droit des gens, ne peuvent appartenir à personne et restent d'un usage libre<sup>30</sup> ? Peut-on commercer ses produits ? Le droit des gens justifie en outre l'instauration de l'autorité publique pour organiser les différentes communautés de vie. Mais quelle est l'emprise du pouvoir public sur son territoire ? L'espace public est-il propre à la nation de façon exclusive ? Les richesses de ses bas-fonds sont-elles une partie des biens indivis de l'humanité, ou appartiennent-elles par le droit des gens à la nation<sup>31</sup> ?

Les promoteurs de la doctrine du droit des gens partent de la communauté de nature entre les êtres humains pour en déduire qu'ils partagent aussi une communauté de droit spécifique, dont la fin est de fournir les règles normant leurs échanges. Ils dégagent ainsi des règles applicables à des hommes nés sur des territoires soumis à des législations différentes, qui composent le *ius gentium*<sup>32</sup>. Ils en distinguent une branche essentielle, le *ius communicationis*, auquel les commentateurs ont distingué quatre objets : le droit de transiter sur tous les territoires de la Terre (*ius transitus innoxii*), le droit d'y faire halte et d'y résider (*ius peregrinandi*), le droit de commercer avec tous les hommes (*ius commercii*), et le droit contractuel<sup>33</sup>. Ses deux premiers titres permettent d'inférer que les Etats n'étaient pas conçus par les juristes et les théologiens de la première modernité comme des entités hermétiques, mais qu'ils restaient ouverts aux différents membres de l'humanité. De façon bien plus ambitieuse que le droit cosmopolitique kantien, qui ne reconnaît qu'un droit d'hospitalité temporaire, une grande partie des théoriciens du droit des gens défend, aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, l'idée que les frontières étatiques ne peuvent faire barrage au commerce humain<sup>34</sup>. Sur quelle base les juristes se fondaient-ils pour défendre une telle liberté de mouvement et de résidence ? Existait-il des situations justifiant la fermeture des frontières ? Les temps de guerre invalidaient-ils le droit de passage des civils sur un territoire adverse ? À l'heure où la question des frontières agite l'opinion publique, et où elle est largement débattue dans les milieux intellectuels, la sphère politique et la société civile, il serait tout à fait opportun d'approfondir les arguments avancés au XVI<sup>e</sup> siècle pour défendre le *ius peregrinandi* inhérent à la nature humaine<sup>35</sup>.

---

Indiens nouvellement découverts et ignorants de la Parole divine. Les jésuites se sont particulièrement investis dans ces campagnes d'évangélisation des peuples amérindiens. Voir Hervé Pujol, « La christianisation de la Nouvelle-Espagne ou le rêve d'une église indienne : les agents de l'évangélisation », *Cahiers d'études du religieux. Recherches interdisciplinaires*, 10, 2012.

<sup>30</sup> Ernst Reibstein, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den „Controversiae illustres“ des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949, p. 226 ; Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Genève-paris, PUF, 1983, p. 388.

<sup>31</sup> Annabel Brett, *Changes of state*, p. 25; Martti Koskenniemi, "Empire and International Law: The real Spanish contribution", *University of Toronto Law Journal*, 61, 2011, p. 14.

<sup>32</sup> On trouve de tels développements chez Jacques Cujas, Charles Dumoulin, Antoine Loysel, Chrétien-Guillaume de Lamoignon et Robert-Joseph Pothier. Voir Marc Ancel, « L'Humanisme et le droit », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 3, 1947, p. 40.

<sup>33</sup> Jean Moreau-Reibel, « Le droit de société interhumaine et le "jus gentium". Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *RCADI*, 77, 1927, p. 515.

<sup>34</sup> Camillo Barcia Trelles, « Francisco de Vitoria et l'Ecole moderne du droit international », *RCADI*, vol. 17, 1928, p. 196-197 ; Joseph Soder, *Die Idee der Völkergemeinschaft. Francisco de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Völkerrechts*, Alfred Metner Verlag, 1955, p. 52-53 ; Pierre Haggemacher, « La place de Vitoria parmi les fondateurs du droit international », in *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, Bruyant, 1988, p. 52.

<sup>35</sup> Il ne s'agit pas ici de chercher comment appliquer ce droit à nos sociétés, mais de discuter les différentes théorisations fondées sur la suppression ou l'ouverture des frontières au regard des considérations anthropologiques introduites par ses théoriciens. Voir en part. Phillip Cole, *Philosophies of exclusion. Liberal Political Theory and Immigration*, Edinburgh University Press, 2000 ; Christopher H. Wellman, Phillip Cole, *Debating the Ethics of Immigration. Is there a Right to exclude?*, Oxford, Oxford University Press, 2011 ; Joseph Carens, « Aliens and Citizens : The Case for Open Borders », *Review of Politics*, 49, 1987, p. 251-273 ; Simon Caney, *Justice beyond Borders. A Global Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; Yasmine Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago, Chicago University Press, 1994 ; R. Fine, *Cosmopolitanism*, Routledge, 2007 ; Daniel Archibugi, David Held, « Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents », *Ethics & International Affairs*, 25/4, 2011 ; Brian Barry, Robert E. Goodin, *Free movement. Ethical issues in the transnational migration of people and of money*, The Pennsylvania State University Press, 1992 ; Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University

La troisième branche du *ius communicationis* régle la sphère des échanges entre les hommes. Elle comprend leurs relations fraternelle ou intellectuelle, qui transcendent les frontières, mais aussi le secteur plus précis des échanges commerciaux<sup>36</sup>. Les promoteurs du droit des gens considèrent que le commerce ressortit au domaine privé, et qu'il échappe ainsi à l'emprise des pouvoirs publics particuliers<sup>37</sup>. Les hommes peuvent commercer entre eux sur la base d'un droit indépendant des législatures nationales<sup>38</sup>. Une étude précise de ce thème fait cependant encore défaut. Il conviendrait d'analyser plus finement les relations entre le *ius mercatoria* et le *ius gentium*.

La quatrième branche du droit des gens recouvre l'ensemble des contrats pouvant unir les hommes. Il revient à Connan de l'avoir dégagée et particulièrement enrichie en étendant la catégorie des *actiones* dont peuvent se prévaloir les hommes<sup>39</sup>. Les différents liens d'obligation conditionnant les relations interhumaines recouvrent toutes les formes de contrat auxquelles les hommes ont recours dans leur vie pratique<sup>40</sup>. Selon Connan, elles ont été progressivement instaurées au fil des commerces entretenus par les différentes sociétés. Il prend l'exemple de l'invention de la monnaie qui a été introduite pendant la guerre de Troie pour faciliter les échanges et qui, étant donné son utilité, a ensuite été utilisée par tous les autres peuples<sup>41</sup>. Le contrat marchand a ainsi institué une nouvelle relation contraignante entre les membres des différents peuples. De même, le contrat testamentaire relevant à l'origine du droit privé particulier a montré ses faiblesses lorsque les héritiers ou les biens hérités n'étaient plus dans leur pays d'origine. Il a dû être reformulé pour figurer parmi les normes du droit des gens, et relie à présent tous les membres de la Terre<sup>42</sup>. Le *ius gentium* exprime ainsi l'ensemble des obligations et des possibilités qui s'imposent ou s'offrent aux hommes du fait de leur humanité<sup>43</sup>. La thématization d'un droit international privé proposée par Connan sera ensuite approfondie par Hugues Doneau, qui définira les droits appartenant à chaque homme comme des facultés, dégageant ainsi la notion de droit subjectif<sup>44</sup>. Ce développement mériterait d'être explicité.

### 3. Humanité, Église, empire et État

Une des spécificités de la doctrine classique du droit des gens est de l'avoir conçu comme un droit propre à l'humanité répartie en nations<sup>45</sup>. Il s'agit d'un droit d'autorité supérieure à celle du droit civil particulier. Cette conceptualisation mobilise les notions centrales de *societas humana* et d'unité du genre, la répartition des hommes en communautés politiques distinctes n'altérant pas la

---

Press, 2006 ; Simon Caney, *Justice beyond Borders. A Global Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; J. Woodward, « Commentary: Liberalism and migration », in B. Barry, R. E. Goodin (éds.), *Free Movement*, p. 59-84.

<sup>36</sup> Vitoria, *Leçons sur les Indiens et le droit de guerre*, p. 82.

<sup>37</sup> Rudolf Schüssler, « The economic thought of Luis de Molina », in Matthias Kaufmann, et Alexander Aichele, (éd.), *A companion to Luis de Molina*, Leyde, Brill, 2014, p. 257-288.

<sup>38</sup> Carlos J. Moreiro Gonzalez, *Organizacion del mercado e integracion europea*, Madrid, 1998, p. 25 ; Win Decock, Christiane Birr, *Recht und Moral in der Scholastik der frühen Neuzeit (1500-1750)*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2016, p. 74.

<sup>39</sup> Vincenzo Piano Mortari, « La sistemática come ideale umanistico dell'opera di Francesco Connano », in Leo S. Olschki (éd.), *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florence, 1966, p. 528.

<sup>40</sup> Connan, *Commentariorum*, fo. 15.

<sup>41</sup> *Ibid.*, fo. 17.

<sup>42</sup> *Ibid.*, fo. 16.

<sup>43</sup> Dans les cinq derniers livres de son ouvrage, Connan formule l'ensemble des règles de droit privé régulant les relations entre les hommes en considérant exhaustivement tous les actes juridiques compris dans une même catégorie. Le livre V est ainsi consacré aux conventions, où sont distingués les pactes, les conventions publiques et les contrats. Puis sont détaillées les transactions, donations et stipulations. Le livre VIII, consacré au mariage, traite de même des différents contrats que peuvent contracter les époux, du droit de dot, des donations entre époux et du concubinage.

<sup>44</sup> Hugues Doneau, *Commentarii de iure civili*, vol. 1 (6<sup>e</sup> éd.), Nuremberg, 1832.

<sup>45</sup> Sur la différence entre la forme d'universalité mobilisée par la doctrine classique du droit des gens et le cosmopolitisme antique, voir Étienne Tassin, *Un monde commun. Pour une cosmo-politique des conflits*, Paris, Seuil, 2013, p. 164-165.

communauté d'essence unissant tous les membres de l'humanité<sup>46</sup>. Elles pointent le fait que ses théoriciens considèrent le genre humain dans sa seule dimension temporelle, accomplissant à leurs yeux parfaitement la finalité pratique et morale de l'homme, sans plus considérer ce qui relève de sa dimension spirituelle<sup>47</sup>. A l'inverse de leurs prédécesseurs médiévaux, ils l'appréhendent ainsi en dehors de l'Église et de toutes ses institutions<sup>48</sup>. Ils n'inscrivent plus non plus l'existence humaine en tension vers une puissance universaliste qui en accomplirait la nature ; les théoriciens du droit des gens rejettent l'idée que l'humanité serait appelée à être unifiée par la forme politique de l'Empire ou de l'Église<sup>49</sup>.

L'État est selon eux la bonne échelle permettant l'institutionnalisation d'une communauté de vie. Suffisamment grand pour se procurer les moyens de subsistance nécessaires, et suffisamment petit pour intégrer tous ses membres, il devient le pilier de l'accomplissement politique de l'homme<sup>50</sup>. Les théoriciens du droit des gens ouvrent ainsi un champ de réflexion proprement politique, où est étudiée la dimension politique de l'humanité, soit la capacité des hommes à s'organiser pour subvenir à leurs besoins et vivre confortablement. Le droit des gens permettrait-il en conséquence de préciser la nature du lien politique unissant les citoyens d'une nation, et plus largement tous les membres de l'humanité ? La sociabilité naturelle peut-elle engendrer des normes capables d'organiser la communauté humaine ? Le droit des gens considère les hommes en tant que membres d'une nation particulière, mais leur appartenance à l'humanité lui confère une force contraignante supérieure à celle de leur Etat. Peut-on identifier un ensemble de droits que l'humanité en chaque homme oblige les Etats à respecter<sup>51</sup> ? Quelles sanctions peut-on envisager en cas de violation des règles du droit des gens ?

Certains de ses théoriciens ont d'autre part identifié son universalité à la forme même des institutions de droit. Connan remarquait déjà que la forme du droit, reposant sur des principes innés, évidents par eux-mêmes et généraux, incarnait parfaitement l'essence de la raison, qui procède de même du principe de vérité en énonçant des règles générales<sup>52</sup>. Bodin<sup>53</sup> et Althusius<sup>54</sup> se réapproprient l'idée du droit des gens comme droit commun à toutes les nations. Mais à l'idée qu'il régit leurs relations, ils substituent la thèse d'un droit commun par transposition : le *ius gentium*

---

<sup>46</sup> Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, introd., notes et trad. de M. Barbier, Genève, Droz, 1966, p. 125 ; Connan, *Commentariorum*, fo.18 ; Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, Francfort, Nicolai Baffaei, 1573, I, 1, p. 6 ; Suarez, *De legibus ac Deo legislatore. Über die Gesetze und Gott den Gesetzgeber*, Lib. II : *De lege aeterna et naturali, ac iure gentium. Das ewige Gesetz, das natürliche Gesetz und das Völkerrecht*, éd., intro. et trad. all. d'O. Bach, N. Brieskorn et G. Stiening, Stuttgart-Bad Cannstatt, Frommann-holzboog, 2016, II, XIX, 9, p. 424 ; Alberico Gentili, *De Jure belli libri tres*, Hanovre, Guill. Antonius, 1598, I, chap. 5.

<sup>47</sup> Pierre Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Vrin, 1970, p. 13 ; Nicolai Rubinstein, « The history of the word politicus », in *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, A. Pagden (éd.), Cambridge University Press, 1987, p. 45.

<sup>48</sup> Ce point doit être souligné parce qu'il n'est pas partagé par l'ensemble des théologiens et juristes des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles.

<sup>49</sup> Andreas Wagner, « Legal Character of the Global Commonwealth », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 3, 2011, p. 572. Ils se démarquent ainsi du projet d'unification de l'humanité sous l'égide d'un empereur commun formalisé par Dante dans *La monarchie* (trad. Michèle Gally, Préface de Claude Lefort, Belin, 1993), p. 83. Voir Cl. Lefort, Préface à Dante, *La monarchie*, p.17.

<sup>50</sup> Anthony Pagden, *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 68 ; Jean-François Courtine, *Nature et empire de la loi. Etudes suarésiennes*, Paris, Vrin/EHESS, 1999, p. 143-151 ; Francisco Todescan, « *Jus gentium medium est intra jus naturale et jus civile* : la « double face » du droit des gens dans la scolastique espagnole du 16<sup>ème</sup> siècle », in P.-M. Dupuy et V. Chetail (éds), *The Roots of International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2014, p. 171-173.

<sup>51</sup> J. Soder, *Die Idee der Völkergemeinschaft*, p. 94 ; Gaëlle Demelemestre, « Des relations entre les doctrines dominicaine et jésuite au XVI<sup>e</sup> siècle. Etude comparative des théories juridique et politique de Domingo de Soto et de Luis de Molina », *Laval théologique et philosophique*, 73/2, 2017, p. 184-186.

<sup>52</sup> Connan, *Commentarium*, fo. 17.

<sup>53</sup> Jean Bodin, *Exposé du droit universel*, trad. L. Jerphagnon, Commentaire de S. Goyard-Fabre, Paris, PUF, 1985.

<sup>54</sup> Johannes Althusius, *Dicaeologica libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodicem complectentes*, Francfort, 1649.



comprend selon eux l'ensemble des catégories juridiques utilisées par toutes les nations<sup>55</sup>. Il formule les règles universelles au fondement des institutions politiques. Pour Bodin comme pour Althusius, « le droit universel exprime les puissances rationnelles et s'impose, immuable, par-delà la contingence des temps et des lieux, comme la règle nécessaire de l'organisation des sociétés<sup>56</sup> ». Nos sociétés ouvertes nous confrontent aujourd'hui à un type de questionnement faisant écho à ces réflexions. Toutes les sociétés humaines doivent-elles partager les mêmes formes d'institutions ? Existe-t-il un archétype institutionnel du pouvoir parfaitement adéquat au gouvernement des sociétés ? Faut-il concevoir ce droit universel comme un schème idéal progressivement actualisé par les nations, ou plutôt comme le résultat progressif d'un « pluralisme ordonné »<sup>57</sup> ?

Il faut en outre souligner la portée pratique de l'absence de prise en compte de la religion par les théoriciens du droit des gens. A leurs yeux, la confession n'est pas une donnée pertinente pour exclure certains hommes de la communauté de droit partagée par l'humanité<sup>58</sup>. Les Ottomans, les Gentils, les juifs, tout comme les Indiens, ignorants de la Parole divine, en sont membres à part entière. La religion ne change pas l'essence humaine. Le droit des gens considérant uniquement l'appartenance au genre humain, tous les hommes partagent une même communauté de droits obligeant au respect de certains droits et à certains devoirs. On connaît les apports pratiques conférés par la doctrine pour toutes les questions relatives aux Indiens<sup>59</sup>. Il semble cependant qu'elle n'ait pas été mobilisée lors des guerres de religions qui divisent l'Europe dès 1560<sup>60</sup>. Comment rendre compte de cette absence si elle peut être confirmée ?

#### 4. La question de la stabilité mondiale et de la force contraignante du droit des gens

La doctrine du droit des gens appréhende les Etats comme autonomes, mais pas indépendants. Elle considère que les Etats sont nécessairement interdépendants parce qu'ils ont besoin les uns des autres pour subvenir aux besoins de leur population. C'est pourquoi l'une de ses finalités centrales est d'assurer la stabilité et la paix mondiales, en permettant aux différentes puissances de coexister sans entrer dans des rapports de force<sup>61</sup>. Le droit des gens a ainsi l'une des plus nobles fins, puisqu'il vise le bien commun de la Terre tout entière (*totus orbis*), comme le thématisent Connan et Vitoria<sup>62</sup>.

Il conviendrait cependant de préciser ce que la référence à la paix mondiale signifiait à l'époque<sup>63</sup>. Était-elle conçue comme un équilibre des puissances en présence, comme une situation

---

<sup>55</sup> « Avant Althusius, Bodin déchiffre l'univers juridique, comme le monde cosmique, à travers les grilles d'une raison pure dont le langage est la mathématique et, même si sa théorie laisse transparaître, dans le vocabulaire, quelques réminiscences aristotéliennes, l'idée du droit universel rationnel a supplanté, sinon effacé les vénérables thèses du droit naturel. », Simone Goyard-Fabre, Commentaire à Bodin, *Exposé du droit universel*, p. 164.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>57</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2004, p. 26.

<sup>58</sup> Alberico Gentili expose explicitement cette thèse en reprenant les arguments des parties adverses. Voir Alberico Gentili, *De Legationibus libri III*, Londres, 1583, I, IV ; *De Jure belli libri tres*, Amsterdam, 1645, I, chap. 5. Voir aussi J. Moreau-Reibel, « Le droit de société interhumaine et le "jus gentium" », p. 546.

<sup>59</sup> La Leçon sur les Indiens, que Vitoria prononce publiquement en janvier 1539, en est une référence incontournable, mais son effort sera prolongé par ses coreligionnaires. Covarrubias assure ainsi en 1546-1548 un cours sur la conquête de l'Amérique intitulé « De iustitia belli adversus indios », où il réfute les théories de la naturalité de l'esclavage. Voir M. Koskenniemi, « Empire and International Law », p. 3-7 ; Joseph Pérez, *De l'humanisme aux Lumières. Etudes sur l'Espagne et l'Amérique*, Madrid, Casa de Velazquez, 2000, p. 383.

<sup>60</sup> Cette question n'a encore jamais été traitée. Il reste à vérifier si la doctrine n'est effectivement pas mise en avant par les protagonistes pour légitimer leurs revendications et à comprendre pourquoi.

<sup>61</sup> Joseph Delos, *La Société internationale et les Principes du Droit public*, Paris, Pedone, 1929, p. 200.

<sup>62</sup> Francisco de Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique*, trad. Maurice Barbier, Paris, Vrin, 1980, p. 73-74 ; Connan, *Commentariorum*, I, 6, fo. 18.

<sup>63</sup> Une telle recherche a été réalisée pour Vitoria (Daniel Deckers, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeit des Francisco de Vitoria*, Fribourg, Herder Verlag, 1991) et Suarez (Suarez: Guerra, intervencion, paz internacional. Estudio, traduccion y notas por Luciano Perena, Madrid, 1956; Antonio O. Fernandez-

temporaire où un souverain parvient à neutraliser la force d'un concurrent, ou comme l'instauration d'une collaboration des Etats à la préservation de la justice mondiale ?

L'idée d'une autorité mondiale chargée de trancher les différends entre Etats mériterait aussi une attention particulière. La nécessité de la stabilité mondiale pour la préservation de l'intégrité humaine semble nécessairement conduire à s'interroger sur les conditions permettant d'instituer une telle autorité<sup>64</sup>. Les auteurs la conçoivent-ils comme d'essence différente des Etats, à l'image d'un parlement mondial, ou comme une association des souverains chargés d'intervenir lorsqu'un pair viole les droits de son peuple ou le droit des gens ? Existe-t-il un droit d'ingérence au titre de violation des règles du droit des gens<sup>65</sup> ? La pertinence contemporaine de cette question justifierait que l'on s'attache à dégager les arguments avancés de part et d'autre pour défendre ou invalider un tel droit.

## 5. Théorie et pratiques – Le droit de guerre, les intermédiaires de la paix et la question du recours au droit des gens en cas de conflit

On connaît généralement de la doctrine classique du droit des gens les nouveaux développements qu'elle introduit dans la notion de guerre juste. Ses théoriciens en reprennent l'idée que la guerre est moralement justifiée sous certaines conditions. Elle prend son origine dans une violation intentionnée des règles du droit des gens par une puissance, qui ne laisse d'autre choix à la nation agressée que de se défendre<sup>66</sup>. Une guerre juste ne saurait ainsi être que défensive. Ses théoriciens élargissent cependant progressivement l'analyse des circonstances justifiant une guerre, allant jusqu'à défendre un droit d'intervention sur un territoire étranger en cas de violation du droit par un souverain à l'encontre de son peuple<sup>67</sup>, puis un droit de guerre offensive, lorsqu'il s'avère préférable pour une nation de déclencher ouvertement un conflit face à une puissance affichant ostensiblement son intention de lui nuire<sup>68</sup>. Certains de ses théoriciens tardifs s'émanciperont des cadres classiques de la guerre juste pour avancer l'idée que chacun des adversaires peut entrer en guerre pour une juste cause<sup>69</sup>. Ainsi s'ouvrirait l'interprétation moderne d'une égale position des belligérants face au droit, la guerre continuant cependant à répondre à une législation propre dont il conviendrait de préciser la spécificité par rapport à celle du droit international classique.

Les juristes et théologiens de la première modernité procèdent d'autre part à une analyse précise des règles encadrant la guerre. Les situations de conflits internationaux constituent en effet une brèche dans le cours régulier du droit, mais elles n'échappent pas pour autant à l'ordre du droit. Ses théoriciens considèrent que les guerres ressortissent d'une branche du droit des gens spécifique, régulant l'entrée en guerre (*ius ad bellum*), la tenue de la guerre (*ius in bello*), son achèvement et le

---

Largo, « El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural », *Anuario de filosofía del derecho*, p. 195-206), mais elle fait encore défaut pour les autres théoriciens du droit des gens.

<sup>64</sup> Il s'agit d'une question controversée au sein des théoriciens du droit des gens. Certains (Connan, Vitoria) défendent l'idée de l'institution d'une autorité mondiale capable de contraindre au respect de ses règles, d'autres (Soto, Covarrubias) la rejettent en pointant le fait que leur force contraignante découle de leur fondement rationnel, obligeant par nature tout homme à les respecter. Les autres courants, rejetant l'idée d'en faire un droit à part entière, abandonnent l'idée d'une possible organisation de la communauté humaine indépendante des Etats. Voir Jaime Brufau Prats, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 1960, p. 177 ; J. Moreau-Reibel, « Le droit de société interhumaine et le "jus gentium" », p. 511 ; Andreas Wagner, « Legal Character of the Global Commonwealth », *Oxford Journal of Legal Studies*, 31/3, 2011, p. 572.

<sup>65</sup> Alberico Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre (De iure belli libri tres*, Amsterdam, 1645), trad. introd. et notes de D. Gaurier, Limoges, Pulim, 2012, I, XVI, p. 156-157.

<sup>66</sup> Cette idée de guerre juste, reprise aujourd'hui par Michael Walzer (*Just and Unjust Wars : A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2006), mériterait d'être approfondie. Voir Daniel R. Brunstetter, Jean-Vincent Holeindre, « La guerre juste au prisme de la théorie politique », *Raisons politiques*, 45, 2012, p. 5-18.

<sup>67</sup> Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique*, p. 57.

<sup>68</sup> Molina, *De iustitia et iure*, vol. I, disp. 98-123.

<sup>69</sup> C'est le cas d'Alberico Gentili, qui avance que les guerres peuvent être justes des deux côtés. Voir A. Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, I, XII, p. 128.

rétablissement de la justice (*ius post bellum* et *postliminium*). Pour encadrer juridiquement ces moments de déstabilisation de l'ordre international, ils détaillent les conditions justifiant le déclenchement des hostilités<sup>70</sup>, les actions permises ou prohibées vis-à-vis de l'adversaire, des prisonniers et des civils<sup>71</sup>, et la juste estimation des réparations auxquelles peut prétendre le vainqueur<sup>72</sup>.

Une autre des avancées des théoriciens du droit des gens est de théoriser les intermédiaires de la paix, œuvrant auprès d'une puissance étrangère pour entretenir des relations pacifiques, œuvrer à une opération commune, ou résoudre les tensions entre nations<sup>73</sup>. Il pouvait s'agir d'ambassadeurs accrédités investis du pouvoir de négocier, ou d'envoyés temporaires chargés d'informer d'une opération ou de transmettre des documents officiels. Le maintien de relations courtoises entre Etats au moyen d'envoyés était essentiel à la sécurisation des échanges internationaux, leur permettant de traiter pacifiquement de leurs intérêts réciproques<sup>74</sup>. La mise en place de négociations et de tractations au bénéfice de la guerre a aussi été très vite interprétée comme un outil préservant la stabilité internationale. Il serait à cet égard intéressant d'analyser l'évolution de l'office diplomatique avec l'émergence de la configuration internationale moderne, en comparaison avec la situation médiévale<sup>75</sup>.

Il serait d'autre part très opportun de préciser l'usage effectif du droit des gens par les souverains, et son impact sur la résolution pratique des conflits internationaux. On sait que la théorisation du droit des gens a eu un impact en Espagne sur la législation des Indes, imposant le respect de la liberté naturelle des Indiens, l'abandon de leur mise en esclavage, et la reconnaissance de leur autonomie politique<sup>76</sup>. Est-ce aussi le cas sur le plan des relations entre Etats européens ? Les souverains européens mobilisent-ils la doctrine du droit des gens pour justifier leurs prétentions ou leur politique extérieure ? Lorsqu'ils s'engagent contractuellement entre eux, motivent-ils leurs décisions par son biais ? Les revendications territoriales se font-elles en considération de ses règles ? Comment expliquer cette absence si cela s'avère être le cas ?

La centralité de la doctrine du *ius gentium* tient en effet au fait que ses promoteurs l'ont forgée pour répondre aux besoins pratiques inédits rencontrés par les nations européennes au début du XVI<sup>e</sup> siècle. Restant jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle au cœur des analyses sur les relations entre les hommes et les nations, il est difficilement concevable qu'elle n'ait pas été utilisée par les souverains. Il serait nécessaire ici de disposer d'une étude de l'impact des événements historiques sur son développement. Peut-on repérer des liens entre sa transformation et l'évolution des conjonctures internationales ? Les grands traités européens peuvent-ils être considérés comme des expressions des règles du droit des gens, ou se contentent-ils de manifester un état des lieux déjà bien ancré sur la scène européenne ?

---

<sup>70</sup> Diego de Covarrubias, *Regulae Peccatum, De regul. Iuris libri 6 Relectio*, Lyon, Sebastianus Honoratum, 1560, II, 10, p. 256.

<sup>71</sup> Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999, Livre III, Chap. VII.

<sup>72</sup> Gentili, *Les trois livres sur le droit de la guerre*, III, 1-11.

<sup>73</sup> Avant de déclencher une guerre, le devoir de l'Etat est de tenter par tous les moyens d'obtenir satisfaction par des voies pacifiques. Voir Richard Zouch, *Iuris et iudicii feialis, sive Iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio* (1650), T. E. Holland (éd.), Washington, Carnegie Institution of Washington, 1911, II, sections 4-5.

<sup>74</sup> Zouch, *Iuris et iudicii feialis*, II, sect. 4, p. 283. Voir Charles Giry-Deloison, « Le personnel diplomatique au début du XVI<sup>e</sup> siècle. L'exemple des relations franco-anglaises de l'avènement de Henry VII au Camp du Drap d'Or (1485-1520) », *Journal des savants*, 1987, p. 205-253.

<sup>75</sup> Dante Fedele, « Naissance de la diplomatie moderne (XIII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles). L'ambassadeur au croisement du droit, de l'éthique et de la politique », *Studien zur Geschichte des Völkerrechts*, 36, Baden-Baden, Nomos, 2017.

<sup>76</sup> Ainsy p.ex. du conflit qui a opposé les *encomenderos* aux intellectuels espagnols. Les profits tirés de l'esclavage des Indiens par les *encomenderos* leur donnaient une forte emprise sur le gouvernement espagnol, illustrée par l'obtention de la révocation, en 1534, du décret royal de 1530 interdisant tout futur esclavagisme des Indiens. Cette décision provoqua cependant une levée de boucliers chez les universitaires de Salamanque et d'Alcalá, qui contraignit l'empereur à promulguer en 1542 les *Nuevas Leyes* condamnant l'*encomienda*.