



François Suárez

*Des lois
et du
Dieu législateur*

*Introduction, traduction
et notes
par Jean-Paul Coujou*

DALLOZ

CHAPITRE XVII

DISTINGUE-T-ON LE DROIT NATUREL DU DROIT DES GENS, ALORS QUE CE DERNIER EST SEULEMENT ADÉQUAT AUX HOMMES ET QUE LE PREMIER EST COMMUN AUX HOMMES ET AUX ANIMAUX ?

1. (Tous considèrent comme absolument certain que le droit des gens représente quelque chose de déterminé).

2. Explication des différentes acceptions du terme de droit.

3. Première thèse des juristes : le droit naturel s'accorde également avec les animaux, et le droit des gens, en revanche, se réfère uniquement aux hommes.

4. (Conformément à cette thèse, le droit doit être réduit à une division bipartite).

5. Auteurs récusant la thèse des juristes. Réponse à l'objection des juristes.

6. (Longue réfutation de la thèse des juristes en fonction des exemples allégués).

7. (Conformément à cette opinion, il conviendra simplement de dire que le droit des gens est intrinsèquement et essentiellement le droit naturel).

8. Deuxième thèse : le droit naturel est connu sans raisonnement ou par des conclusions déduites avec facilité. À l'inverse, avec le droit des gens, il se produit le contraire.

9. Troisième thèse : le caractère obligatoire du droit naturel ne dépend pas de la puissance humaine; cependant, dans le droit des gens, il se produirait l'inverse. Réfutation de cette opinion.

1. Après avoir expliqué le droit naturel et avant d'étudier le droit positif, il convient en arrivant à la fin de ce livre, de parler du droit des gens en tant qu'il se réfère à la raison de la loi. D'abord, parce qu'il a une grande affinité avec le droit naturel, au point que nombreux sont ceux qui les confondent ou estiment qu'il en fait partie. De plus, parce que, même dans la perspective où il y a distinction, il en est très proche, et il s'apparente à une passerelle entre le droit naturel et le droit humain, bien qu'il soit plus proche du premier. Voilà pourquoi nous

l'utiliserons comme un passage apte à assurer la liaison avec l'étude du droit positif authentique.

Tous s'accordent donc à dire que le droit des gens existe, du moins à partir de l'usage très fréquent que l'on fait de ce terme et que tous supposent certain. En effet, on mentionne souvent ce droit dans le *Digeste*¹ et dans les *Institutions*², ainsi que dans les passages du *Décret*³ de Gratien tirés des *Étymologies*⁴ d'Isidore. À tout moment, les Juristes et les canonistes le citent en commentant ces textes, ainsi que saint Thomas⁵ et les théologiens qui interprètent la *Somme Théologique*.

2. Cependant, étant donnée l'équivocité du mot « droit », il convient d'apporter les distinctions opportunes pour n'en garder que la signification que nous employons. En effet, « droit » signifie parfois la faculté morale à quelque chose (*ad rem*), ou sur quelque chose (*in re*), qu'il s'agisse d'un véritable droit de propriété ou d'une participation à ce dernier. Ceci constitue l'objet authentique de la justice, comme nous le savons par l'intermédiaire de saint Thomas⁶. Or parfois, le « droit » signifie la loi. C'est alors la règle de la bonne conduite. Dans ce sens, il établit une certaine équité dans les choses, et il constitue la raison du droit lui-même, considéré selon la première signification, comme le dit saint Thomas⁷. Ainsi

1. *Dig.*, 1, 1.

2. *Inst.* 1, 2

3. Gratiani, *Decretum*, D.1, c.6; 9, etc.

4. Gratiani, *Decretum*, D.1, c.6, 9, (Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 4 et 6, Ed. W. M. Lindsay, (Oxford, 1911)).

5. Thomas d'Aquin, II- II, 57, 3 : « *Absolute autem apprehendere aliquid non solum convenit homini, sed etiam aliis animalibus. Et ideo ius quod dicitur naturale secundum primum modum, commune est nobis et animalibus.* A iure autem naturali sic dicto recedit ius gentium, ut iurisconsultus dicit, quia illud omnibus animalibus, hoc solum hominibus inter se commune est. Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex se sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc idem est naturale homini secundum rationem naturalem, quae hoc dictat. Et ideo dicit Gaius iurisconsultus : Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id quod apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium ».

(« Cependant, le fait d'envisager une chose absolument ne convient pas seulement à l'homme, mais encore aux animaux ; c'est pourquoi nous partageons avec eux le droit naturel première manière, « dont le droit des gens, au dire du Jurisconsulte, diffère en ce qu'il ne s'applique qu'aux rapports des hommes entre eux et non à tous les animaux, comme le droit naturel » ainsi entendu. Au contraire, le fait d'envisager une chose en la comparant à ses conséquences n'appartient qu'à la raison. De là vient que la conduite dictée à l'homme par la raison lui est naturelle au titre d'être raisonnable. C'est aussi l'opinion du jurisconsulte Gaius : « Ce que la raison naturelle établit chez tous les hommes, ce que toutes les nations observent, on l'appelle droit des gens ».)

6. Thomas d'Aquin, II- II, 57, 1 : « *Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quod ius est obiectum iustitiae.* » (« C'est pourquoi l'objet de la justice, contrairement à celui des autres vertus, se détermine en lui-même, spécialement, et porte le nom de juste. Et c'est précisément le droit. Celui-ci est donc bien l'objet de la justice. »)

7. Thomas d'Aquin, II-II, 57, 1, ad 2 : « *Sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praeexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti*

qu'il l'affirme, ce fondement est la loi elle-même, et ainsi le droit est synonyme de loi, comme nous l'avons fait remarquer au livre précédent¹. C'est pourquoi, pour réduire au minimum les termes utilisés, nous pouvons appeler le premier droit utile, et le second, droit selon l'honneur, ou le premier, droit réel, et le second, droit légal.

On peut diviser à leur tour ces deux droits, en droit naturel, droit des gens et droit civil. Nous appelons droit naturel utile celui qui est donné par la nature ou qui en provient. Dans ce sens nous pouvons dire que la liberté existe selon le droit naturel. Nous appelons civil le droit introduit par le droit civil, comme le droit de prescription, droit des gens celui qui existe en vertu d'un usage commun des peuples, comme le droit de passage sur des voies publiques, ou le droit d'esclavage qui a été introduit avec la guerre. Dans ce sens, cette division se réfère à l'objet de la justice; et c'est peut-être ainsi que saint Thomas le conçoit².

Néanmoins, nous ne nous référons pas ici et maintenant au droit des gens selon cette signification, mais en tant qu'il est une forme particulière de loi. Car, on a l'habitude de diviser aussi le droit « légal » en ces trois parties. Dans le *Digeste*³, on dit expressément que le droit est composé de préceptes naturels, des préceptes des gens et des préceptes civils. C'est dans ce sens que l'on comprend cette division dans les *Institutions*⁴. Nous pensons que c'est une division judicieuse parce qu'il s'agit d'une opinion commune et d'une pratique générale. Les deux membres extrêmes de la division sont suffisamment connus grâce à l'ensemble de ce que nous avons dit au livre I⁵. Nous devons expliquer maintenant le deuxième

quod ratio determinat quaedam ratio praeexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc si in scriptum redigatur, vocatur lex; est enim lex secundum Isidorum constitutio scripta. Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris. (« Une œuvre d'art suppose dans l'esprit de l'artiste une idée préexistante qui est comme la règle de l'art; pareillement en matière de justice : la raison ne détermine une œuvre juste qu'en vertu d'une notion préexistante dans l'esprit, et qui est une sorte de règle de prudence. Ecrite, on lui donne le nom de loi; en effet, selon Isidore, la loi est « une construction écrite ». C'est pourquoi la loi n'est pas à proprement parler le droit, mais plutôt la règle du droit. »)

1. Suárez, *Les lois*, Livre I, Ch. 2, § 4.

2. Thomas d'Aquin, II-II, 57, 3 : « *Ius sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem sicut masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam ut ex ea generet, et parens ad filium ut eum nutriet. Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso sequitur, puta proprietas possessionum.* » (« [...] Le droit ou juste naturel, est ce qui par nature s'ajuste ou se proportionne à autrui. Mais cela peut arriver de deux manières : soit qu'on envisage la chose absolument et en soi, par exemple l'homme qui, comme tel, s'adapte à une femme pour en avoir des enfants, ou un père à son fils pour l'élever, soit qu'on l'envisage, non plus absolument, mais plutôt relativement à ses conséquences; par exemple la propriété privée. »)

3. *Dig.*, 1, 1, 1, 2.

4. *Inst.*, 1, 2, 1-2.

5. Suárez, *Les lois*, Livre I, Ch. 20.

terme; c'est pourquoi nous allons l'examiner ici puisque sa compréhension dépend de ses relations avec le droit naturel. Ceci servira également à rendre manifeste la raison et le véritable sens de cette division.

3. Il y a plusieurs opinions pour expliquer le concept du droit des gens. Dans ce chapitre, nous étudierons la première, et nous passerons ultérieurement aux autres.

Donc pour les juristes expérimentés, en général, la différence entre le droit naturel et le droit des gens consiste dans le fait que le droit naturel est commun aux animaux et également aux êtres vivants (*animantibus*), alors que le droit des gens est propre aux hommes. C'est pourquoi dans le *Digeste*¹ et dans les *Institutions*² nous lisons ce qui suit : « Le droit naturel est le droit que la nature a montré à tous les animaux, et ce droit est non seulement propre au genre humain, mais il est aussi commun à l'ensemble des animaux de la terre et de la mer, et il est également commun aux oiseaux ». Et on allègue des exemples comme l'union du mâle et de la femelle, la procréation des enfants et leur éducation. Par rapport au droit des gens, on ajoute : « Le droit des gens est le droit qu'utilisent tous les peuples de la terre »³, et il est différent du droit naturel parce qu'il est commun uniquement aux relations entre les hommes.

Cependant plus loin (*loi* 9), il est dit qu'on appelle droit des gens, « le droit que la raison naturelle a établi entre tous les hommes et qui est défendu également par tous les peuples »⁴. Ceci met en évidence le fait que l'on considère comme également naturel le droit des gens, mais selon un mode spécifique et propre aux hommes. Voici certains exemples (*lois*, 2, 3, et 4) qui l'expliquent : « la religion envers Dieu, l'obéissance aux parents et à la patrie, le refus de la violence et de l'injustice »⁵. C'est pourquoi on laisse entendre que l'on va à l'encontre du droit des gens lorsqu'un homme porte atteinte à un autre⁶. On cite encore l'affranchissement et l'esclavage⁷, les guerres, la séparation des peuples, la fondation de royaumes et la répartition des choses, le commerce, les contrats d'achat et de vente, et autres institutions du même genre⁸. On utilise aussi dans les *Institutions*⁹ les mêmes exemples au paragraphe 5 (*Du droit naturel*), à l'exception du culte envers Dieu et du respect dû aux parents et à la patrie.

1. Dig., 1, 1, 1, 2.

2. Inst., 1, 2, pr.

3. Dig., 1, 1, 1, 4 : « *Ius gentium est quo gestes humanæ utuntur. Quod a naturali recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.* »

4. Dig., 1, 1, 9 : « *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* »

5. Dig., 1, 1, 2-3.

6. Dig., 1, 1, 3.

7. Dig., 1, 1, 4.

8. Dig., 1, 1, 5.

9. Inst., 1, 2, 2.

4. Par conséquent, en accord avec cette opinion, cette classification du droit ou de la loi dans la nature, selon les gens et selon le civil, doit être réduite seulement à une division bipartite : premièrement, la loi est divisée en loi naturelle et civile, et ensuite la loi naturelle est subdivisée d'une manière générale, en loi naturelle commune à tous les êtres animés — et selon une certaine interprétation, elle a conservé l'appellation générale de loi naturelle — et en loi naturelle propre aux hommes, que l'on appelle droit des gens.

La raison de cette subdivision peut être issue du fait que ces deux aspects sont réellement et véritablement distincts et qu'ils peuvent présenter des relations et des effets moraux différents. C'est pourquoi il a pu sembler satisfaisant de les distinguer et d'assigner à chacun d'eux sa propre dénomination et de l'adapter. Une meilleure explication de ces termes ne semble pas possible.

Il est facile de résoudre la difficulté qui se pose, car on voit clairement à quel point cette division est correcte chaque fois que l'on prendra le terme droit naturel dans un sens suffisamment large. Et saint Thomas¹ ne semble pas se différencier de ce critère à partir du moment où il reconnaît ces formes de droit naturel et qu'il leur applique ces noms. Et c'est aussi l'interprétation de Conrad Koellin² quand il expose la thèse des juristes. Et il affirme que saint Thomas s'exprime dans les mêmes termes quand bien même les philosophes le feraient d'une autre manière.

5. Or, Laurent Valla³ rejette cette interprétation des juriscultes. François Connan⁴ n'admet pas non plus cette subdivision du droit natu-

1. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 4, ad 1 : « *Dicendum quod ius gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis, inquantum derivatur a lege naturali per modum conclusionis quae non est multum remota a principiis* ». (« Le droit des gens est en quelque manière naturel à l'homme, en tant que celui-ci est un être raisonnable, parce que ce droit dérive de la loi naturelle comme une conclusion qui n'est pas très éloignée de ses principes. ») Et *Ibid.* : « De ce point de vue, le droit positif se divise en droit des gens et en droit civil, selon les deux modes de dérivation de la loi naturelle que nous avons décrits. Car au droit des gens se rattache ce qui découle de la loi de nature à la manière de conclusions venant des principes, par exemple les achats et ventes justes, et autres choses de ce genre, sans lesquelles les hommes ne peuvent vivre en communauté. » II-II, 57, 4; voir note 6, p. 597.

2. Conrad Koellin, *Expositio Commentaria prima in Primam Secundae Angelici Doctoris*, (Venetiis, 1589), quaest. 95, art. 2, ad tertium, p. 760; art. 4, primo, p. 762 : « D.S. enim in hoc articulo loquitur de divisione legis humanae ad modum iuristarum ».

3. Lorenzo Valla, *Elegantiarum linguae latinae libri sex*, (Lugduni, 1534), lib. IV, cap. 48, p. 287 : « *Iura autem magis generalia sunt. Si quidem et ius gentium est et ius civile. Nam ius naturale dicere quod natura omnia animalia docuit, ridiculum est. Appetitum coendi atque adeo nocendi imbecilliori animali, spoliandi, occidendi, quis ius esse dixerit? Ideoque M. Tullius in libro officiorum de iure naturali silentium egit, inter solos homines ius esse significans idque gentium esse vel civile. In rethoricis tamen ius naturale statuit, sed quod in homines tantummodo cadat; cuius species sex esse voluit religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observationem, veritatem* ».

4. François Connan, *Commentariorum iuris civilis libri X*, (Lugduni, 1561), lib. I, cap. 6, f. 23.

rel. Il croit par conséquent qu'il n'existe pas de différence entre le droit des gens et le droit naturel, et qu'Aristote, ainsi que d'autres philosophes de l'Antiquité n'ont même pas posé le problème, ils n'ont pas distingué cette classification et n'en ont pas eu connaissance. De même, Soto¹ rejette l'explication des jurisconsultes. Ils se fondent, en premier lieu, sur le fait qu'il n'existe aucun droit naturel qui soit commun à l'homme et aux autres êtres vivants parce que les animaux ne sont pas capables d'obéissance, de justice ou d'injustice.

Albert le Grand², Jean de Torquemada³ et Diego de Covarubias⁴ répondent ainsi : dire que le droit naturel est commun aux animaux n'est pas exprimé dans un sens formel — eu égard à la raison du droit et de la loi — mais dans un sens matériel, eu égard aux opérations auxquelles se rapporte ce droit. Car ceux-ci sont, en effet, communs aux hommes et aux animaux, comme le mettent en évidence les exemples cités qui se réfèrent à la loi d'union entre le mâle et la femelle, à la procréation des enfants, etc. Mais à cette interprétation, on oppose le fait que cette coïncidence avec les animaux dans la matérialité de ces opérations, n'a rien à voir avec la distinction du droit ou de la loi. Donc, cette

1. Soto, *De iustitia et iure libri X*, (Salmanticae, 1556 = Madrid, 1968), lib. III, quaest. 1, art. 3, p. 197. (« Ainsi Ulpien a dit (I, 1) que le droit des gens se distingue du droit naturel; et il est facile de le comprendre car le droit naturel est commun à tous les animaux et le droit des gens, seulement aux hommes entre eux [...]. Premièrement, le droit des gens et le droit civil se différencient du droit naturel en ce que ce dernier est absolument nécessaire selon la considération absolue des choses, comme il a été dit, et il est en cela commun à tous les animaux; mais le droit des gens et le droit civil ont été établis par la raison humaine. Et le droit des gens et le droit civil se distinguent à partir de cette différence fondamentale que nous avons tirée de Thomas d'Aquin au livre I, q.5, art.4, à savoir : le droit des gens se déduit par voie de conclusion des principes naturels des choses considérées dans leur ordonnancement à une fin dans des circonstances déterminées. »)

2. Albert le Grand, *Moralissima in Ethicam Aristotelis Commentaria*, (Venetiis, 1520), lib. V, tract. III, cap. 3, f.64va, (= *Opera omnia*, éd. A. Borgnet, vol. VIII, Paris, 1901, p. 367).

3. Jean de Torquemada, *In Gratiani Decretorum primam doctissimi commentarii tomus primus*, (Venetiis, 1578), f. 35 rab, (D; 1c.7) : « Sed, quia homo inter caetera animalia ratione finis cognoscit proportionem operis ad finem, ideo naturalis conceptio ei indita, qua dirigitur ad operandum convenienter, lex vel ius naturale dicitur; in caeteris autem, inclinatio naturalis vocatur : bruta autem ex vi naturae impelluntur ad agendum convenientes actiones, magis quam regulentur quasi proprio arbitrio agentia ».

4. Diego de Covarrubias y Leyla, *Regulae Peccatum, De regulis Iuris, libri sexto, Relectio*, (*Opera omnia* II, Genevae, 1762), pars II, § XI, n.4, p. 647 : « Nihilominus idem Cardinalis (Turrecremata) in cap. humanum genus 1 dist., art.5 post Albertum (V Ethicorum) respondet ius naturale quoad rationem iuris brutis minime convenire, sed procedere a natura speciali quae est ipsa ratio; sed ius naturale quantum ad actum etiam brutis competere; et sic, ut ipsius verbis utar, ius naturale formaliter sumptum, id est, quoad actus, etiam brutis commune est, scilicet quoad maris et feminae coniunctionem, filiorum educationem et familiam; atque ita interpretatur dicta lege 1 § ius naturale, ut tandem Deus ius naturale materialiter omnia animalia etiam bruta docuerit; formaliter tamen ipsos homines tantum, quibus rationis initio tradita est ».

division est non fondée, irrecevable et artificielle selon cette perspective et pour cette seule raison.

Cependant, on peut répondre que cet accord matériel sert à expliquer dans l'homme la diversité de la raison de la naturalité du droit (pour le formuler ainsi). Car la loi naturelle, considérée d'un point de vue général, consiste dans un commandement de la raison naturelle. Cependant, ce commandement provient, dans certaines occasions, d'une inclination générique ou de la nature sensitive en tant que telle. Dans d'autres cas, en revanche, elle provient d'une inclination spécifique de la nature rationnelle en tant que telle. En accord avec ces deux relations, il faudra distinguer spécifiquement le droit naturel, comme s'il était en partie commun aux animaux, en fonction du genre d'inclination sur lequel il est fondé.

6. Cependant, ce n'est pas non plus avec cette réponse que la difficulté est résolue. En premier lieu, d'après cette explication, « la force de repousser la force » ne devrait pas être classée dans le droit des gens, mais dans le droit naturel, ce que les textes juridiques mentionnés ne font pas. Et la preuve réside dans le fait que l'acte d'autodéfense est commun aux animaux comme êtres vivants (*brutis animalibus*) et qu'il a pour origine l'inclination générale à sa propre conservation. En effet, de même que l'acte de génération provient d'une inclination naturelle à la conservation de l'espèce, de même, l'autodéfense naît d'une inclination innée à la conservation de sa propre vie et de son être propre. Cependant, ces deux inclinations sont communes aux hommes et aux autres animaux; donc il n'y a pas de raison pour intégrer cette action dans le droit des gens.

Ensuite, il semble faux que le droit naturel qui possède la raison propre d'une loi, trouve son fondement dans la nature sensitive, en tant qu'elle est commune aux animaux comme êtres vivants. Nous devons toujours la considérer comme élevée à un plan supérieur en vertu d'un degré différent de rationalité. En effet, la loi naturelle n'est pas réglée à partir de sa conformité à la nature sensitive mais à la nature rationnelle; cependant elle se réfère à la nature sensitive, uniquement dès qu'elle est contractée (*contractam*) et accomplie de manière spécifique par différence rationnelle. Donc, pour une division de la loi naturelle, cet accord générique n'est pas fondé.

La conséquence semble évidente. Et on démontre l'antécédent : premièrement, lorsque la loi naturelle prescrit quelque chose en accord avec la conservation de la nature sensitive, elle implique toujours un mode de rationalité. (Ainsi, l'union entre mari et femme est très différente de celle qu'impose l'instinct naturel des animaux, comme il est manifeste pour le mariage. Analogiquement, il en est de même avec l'éducation des enfants, la conservation de sa propre vie et d'autres cas semblables). Deuxièmement, en relation avec les mêmes actes matériel-

lement communs aux animaux, la loi naturelle interdit chez l'homme beaucoup de choses que l'instinct naturel n'interdit pas aux animaux. Ainsi, par exemple, la loi naturelle interdit l'union purement occasionnelle, ou la simple fornication et l'union charnelle avec sa propre mère ou sa sœur; ces interdictions ne sont pas communes aux animaux.

Ceci entraîne le troisième et nouvel argument. Effectivement, à partir de l'opinion alléguée, il s'ensuivrait que ces préceptes négatifs correspondraient au droit des gens et non au droit naturel : ceci est complètement absurde. La conclusion est évidente parce que ces préceptes sont si particuliers aux hommes, qu'on ne peut les qualifier de communs aux animaux. Car bien que cet acte soit d'une certaine manière commun aux animaux cependant, son omission n'est pas générale, et telle est précisément la matière propre de cette loi.

Cet argument apparaît encore plus évident dans les préceptes relatifs au devoir de rendre un culte à Dieu et de respecter ses parents ainsi que son prochain. Il est absurde de dire que ces préceptes n'appartiennent pas absolument au droit naturel, mais qu'ils sont uniquement de l'ordre du droit des gens. Il en est de même avec le précepte de rendre ce qui est à autrui, de restituer ce qui a été remis en dépôt, d'être fidèle, de dire la vérité, et d'autres du même genre. Ce sont tous des préceptes propres aux hommes, et ils ne sont pas communs aux animaux, pas même matériellement, et cependant, ils appartiennent au plus haut point au droit naturel.

7. En accord avec le droit civil, on peut répondre que le droit des gens est effectivement le droit naturel. Il est dénommé ainsi dans de nombreux textes juridiques comme on le lit dans le *Digeste*¹ et dans les *Institutions*². C'est pourquoi, il n'y aurait pas de contresens à qualifier de droit des gens les préceptes cités, y compris la totalité des préceptes du Décalogue. Ce qui ne veut pas dire qu'ils ne sont pas véritablement et strictement de droit naturel, mais on exprime uniquement une manière d'être singulière et une propriété caractéristique de ce droit, eu égard à la nature humaine. Toute la comparaison (*contentio*) serait réduite uniquement à l'usage du terme et à la nécessité ou à l'utilité de la distinction indiquée, conformément à la signification qu'on lui attribue. Mais, quand bien même cela serait vrai, néanmoins, le second argument conserve toute sa force et démontre que l'affirmation qu'il y a un droit naturel commun aux animaux, est tout à fait infondée.

De plus, (afin de ne pas discuter sur des questions de terminologie), il faudrait dire tout simplement qu'en accord avec cette opinion, le droit des gens est intrinsèquement et essentiellement le droit naturel ou une partie de ce droit. Cependant, ceci n'est pas applicable à tout

1. *Dig.*, 16, 3, 31. Et *Inst.* 2, 1, 1.

2. *Inst.*, 2, 1, 11 et 1, 2, 11.

ce qui est considéré comme le droit des gens. Quelques-uns de ses préceptes contiennent des matières non seulement nécessaires mais également communes aux animaux dépourvus de raison, comme les arguments allégués le démontrent. D'autres préceptes, non seulement se rapportent aux matières propres aux hommes, mais ne contiennent pas en outre une nécessité intrinsèque, comme on le verra par la suite¹.

8. Voici la raison pour laquelle je ne suis pas d'accord sur la manière de parler propre à quelques théologiens qui sont convaincus que le droit des gens suppose une nécessité intrinsèque dans ses préceptes, et qu'il se différencie seulement du droit naturel par le fait que ce dernier peut être connu sans recours à un raisonnement, par un processus discursif très élémentaire. Le droit des gens par contre, découle d'un grand nombre de déductions complexes. Nous pouvons trouver cela chez Soto², c'est que laissent également entendre quelques thomistes modernes³ qui interprètent ainsi la pensée de saint Thomas, et que nous commenterons plus tard⁴.

Cependant, cette opinion ne rencontre pas non plus mon agrément. Premièrement, parce qu'on qualifie comme droit des gens, de nombreuses institutions qui n'impliquent pas cette nécessité intrinsèque, comme la répartition des choses, l'esclavage et d'autres, que nous examinerons ensuite⁵. Deuxièmement, et principalement, parce que le droit des gens ne peut se rapporter aux principes moraux premiers, ni aux conclusions qui nécessairement en découlent. Tous ces préceptes entrent dans le droit naturel propre, comme on l'a démontré au chapitre VII⁶. Cela est confirmé par le fait que tous les préceptes écrits par Dieu dans les cœurs des hommes appartiennent au droit naturel, comme l'a démontré saint Paul (*Rom.* 2, 14, 15). Or, tout ce que l'on déduit des principes

1. Chapitres XVIII-XIX.

2. Soto, *De iustitia et iure libri X*, (Salmanticae, 1556 = Madrid, 1968), lib. I, quaest. 5, art. 4, p. 44 : « Dicitur enim ius gentium quicquid mortales ex principiis naturalibus per modum conclusionis ratiocinati sunt » ; (« Car le droit des gens est tout ce que les hommes ont déduit des principes naturels par la ratiocination. ») p. 45 : « *Ius enim gentium sic non negatur quodam modo esse naturale, ut tamen censeatur ab illo differre propter illationem; tunc praesertim dum longius conclusio a principiis distat* ». (« On concède que le droit des gens est naturel de telle sorte qu'on admet à la fois qu'il en (du droit naturel) est également distinct par la façon dont il en dérive, essentiellement lorsque la conclusion est très éloignée des principes. »)

3. Manuel Soares, *Utrum ius naturale a iure gentium distinguatur*, (Apend. XII, n.3-5). Bartolomé de Medina, *Expositio in Primam Secundae Angelici Doctoris divi Thomae*, (Venetiis, 1580), quaest. 96, art.4, p. 507. Fernand de Mendoza, *Disputationes iuris civilis in difficultiores leges ff. De pactis, libri tres*, (Compluti, 1566), lib. III, cap. 1, quaest. 1, p. 8-11, p. 516-524.

4. Voir notamment § 9.

5. Chapitre XVIII.

6. Suárez, *Les lois*, Livre II, Ch. 7, § 7.

naturels par des raisonnements évidents, est également écrit dans le cœur humain. Donc, tout ceci fait partie du droit naturel.

Et à l'opposé, les hommes par leur libre volonté et leur consentement, ont introduit les préceptes du droit des gens dans l'ensemble de la communauté humaine, ou dans sa plus grande partie. On ne peut donc pas dire qu'ils ont été écrits dans les cœurs des hommes par l'auteur de la nature. C'est pourquoi ils sont de droit humain, et non de droit naturel. Et si ceci doit être nécessairement reconnu en relation à des préceptes déterminés du droit des gens, comme nous le démontrerons ultérieurement¹, on ne doit pas confondre le droit des gens avec le droit naturel, ni appeler de la sorte un droit qui est simplement naturel, ceci uniquement en fonction de processus déductifs, aussi nombreux soient-ils. Car, le raisonnement n'exclut pas la véritable nécessité naturelle du précepte ainsi connu. Et, en définitive, il est totalement accidentel que ce processus de la raison se réfléchisse à travers un nombre important ou réduit de déductions plus ou moins évidentes.

9. Certains auteurs² disent que le droit naturel inclut des conclusions nécessaires à un point tel qu'elles découlent évidemment des principes naturels sans supposer aucunement l'existence de la communauté humaine, et selon une totale indépendance vis-à-vis de la volonté des hommes; ces conclusions ne concerneraient en rien le droit des gens. Il y a cependant, des conclusions qui découlent aussi nécessairement des principes naturels, non absolument, mais en tant qu'ils supposent la société humaine et prennent en compte certaines circonstances nécessaires à la conservation propre de cette dernière. Les préceptes qui se rapportent à ce genre de conclusions constitueraient le droit des gens. Ce point de vue semble s'éloigner des propos de saint Thomas³.

Mais cette interprétation n'explique pas non plus la raison du droit des gens dans sa vérité et dans son adéquation, ni sa distinction par rapport au droit naturel. Car, il existe beaucoup de préceptes de droit naturel qui n'obligent pas et qui n'ont pas lieu d'être, excepté dans le cas

1. Chapitre XIX.

2. Bartolomé de Médina, *Expositio in primam secundae Angelici Doctoris divi Thomae*, (Apend. XIII). (Venetiis, 1580), quaest. 95, art. 4, p. 507. Gabriel Vasquez, *De iure gentium*, (Apend. XIV). Luis de Leon, *De legibus*, quaest. 6, Francisco Rodrigues, *De iure gentium*, (Apend. XIV). Luis de Leon, *De legibus*, (Salmanticae, n. 16. Pierre d'Aragon, *In Secundam Secundae divi Thomae de iustitia et iure*, (Salmanticae, 1590), quaest. 57, art. 3, tertia conclusio, p. 12. Pierre de Lorca, *Commentariorum et disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae tomus alter*, (Compluti, 1609) : De legibus, disp. 7, p. 390-391.

3. Thomas d'Aquin, II-II, 57, 3, ad : « *Dicendum quod quia ea quae sunt iuris gentium naturalis ratio dictat, puta ex propinquo habentia aequitatem; inde est quod non indigent aliqua speciali institutione, sed ipsa naturalis ratio eam instituit* ». (« Parce que la raison naturelle dicte ce qui appartient au droit des gens comme réalisant le plus possible l'égalité, ces choses-là n'ont pas besoin d'une institution spéciale; c'est la raison naturelle elle-même qui les établit. »)

d'une supposition déterminée. Par exemple, le précepte de ne pas voler n'a pas lieu d'être, sauf dans le cas où, au préalable, on aurait effectué la répartition des biens et des propriétés. Le précepte d'obéissance à ses maîtres n'a pas non plus lieu d'être, si on ne donne pas pour acquise l'existence de l'esclavage; et la justice n'a pas lieu d'être dans les contrats, si on ne suppose pas qu'il existe des relations commerciales entre les hommes. Il en est de même avec de nombreux autres préceptes qui appartiennent clairement au droit naturel car ils sont honnêtes par soi et ce qui leur est contraire est interdit parce que représentant un mal, et non l'inverse.

On peut alléguer la raison suivante. Le fait qu'une conclusion découle de principes naturels en fonction d'une matière ou d'une situation humaine, n'altère pas le mode de la loi. Celle-ci subsiste à partir de la nature intrinsèque de la chose, et non de la volonté humaine. Elle met seulement en évidence la matière distincte de la loi. Ainsi, par exemple, la loi sur le respect de ses promesses et la fidélité à Dieu ou à l'homme, est un précepte naturel, et cependant il n'a sa raison d'être que dans le cas où une promesse a été faite. Ainsi donc, concernant la matière de la simonie², nous disions que la vente d'un objet consacré par les hommes, va à l'encontre du droit naturel, bien qu'elle suppose la consécration préalablement introduite par le droit humain. Par conséquent, bien qu'une conclusion découle d'une supposition qui provient seulement de la matière du précepte, et si cette articulation est évidente à partir de principes connus par soi, cette conclusion appartient au droit naturel, et non au droit des gens. C'est pourquoi, pour distinguer le droit des gens du droit naturel, il faut que — même si l'on suppose une matière déterminée — on déduise ses préceptes, non comme une conséquence évidente, mais par des déductions moins certaines, de telle sorte qu'elles dépendent de la libre volonté et de la convenance morale, plutôt que de la nécessité³.

À mon avis, la conclusion est la suivante : le droit des gens ne prescrit rien qui est à partir de soi nécessaire à l'honnêteté de la conduite, et n'interdit rien qui est par soi et intrinsèquement mauvais, soit absolu-

1. *Commerctum* : au sens général d'échange.

2. Suárez, *De religione*, tract. III, lib. IV, cap. 2, n.6, (Ed. Paris, 1859, vol. 13, p. 631-632). La simonie désigne « la volonté réfléchie d'acheter ou de vendre à prix temporel une chose spirituelle (ou assimilable à une chose spirituelle) », *Le Robert*.

3. Jean de la Peña, *Utrum ius gentium sit idem cum iure naturali*, (Apend. X, n. 14). Louis de Molina, *De divisione iuris in sua membra*, (Apend. XI). Francisco de Vitoria, *Commentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas*, (Salamanca, 1934), quaest. 57, art. 3, n. 4, p. 16. Miguel Bartolomé Salom, *Commentariorum in disputationem de iustitia tomus primus*, (Valentiae, 1591), quaest. 57, art.3, col. 58-59. Domingo Báñez, *De iure et iustitia decisiones*, (Salmanticae, 1594), quaest. 57, rt.3, dub. 3, p. 18, 20 b. Gregorio de Valencia, *Commentariorum theologicorum in Summam divi Thomae*, (Ingolstadii, 1603), disp. VII,

ment, soit en supposant des situations déterminées et des conditions propres aux choses; tout ceci appartient au droit naturel. Par conséquent, en ce sens, le droit des gens ne fait pas partie du droit naturel, et il n'en diffère pas non plus parce que c'est un droit spécifique aux hommes. Car cette caractéristique <du droit des gens> est aussi propre à la plus grande partie du droit naturel ou même en totalité, si nous parlons adéquatement du droit et de la loi.

CHAPITRE XVIII

LE DROIT DES GENS PRESCRIT-IL ET INTERDIT-IL, OU BIEN CONCÈDE-T-IL ET AUTORISE-T-IL SEULEMENT ?

1. Opinion de ceux qui affirment que le droit des gens n'est pas prescriptif, mais seulement permissif ou concessif dans l'accomplissement ou le non accomplissement de certains actes.

2. Réfutation de cette opinion.

3. (On répond que le droit des gens se rapporte aux hommes en tant qu'ils font partie des sociétés humaines.)

4. (Le droit concessif n'est pas différent d'un quelconque autre droit prescriptif ou prohibitif).

5. (Longue explication par la médiation de l'analyse de divers exemples du droit des gens).

6. (On objecte que la permission fait partie du droit des gens tant que les préceptes qui en découlent font partie du droit naturel prescriptif).

7. (La concession comme l'interdiction qui en résultent pour les autres, font partie du droit naturel).

8. (Le droit à la captivité et à l'esclavage n'est pas concessif, mais il est plutôt immédiatement punitif)

9. (Quelques considérations obligées eu égard au droit au retour dans la patrie et aux mariages avec des étrangers).

1. En fonction des raisons étudiées au chapitre précédent, François Connan¹ que Gabriel Vasquez (disp. 157, ch. 3) cite et suit, a considéré

1. François Connan, *Commentariorum iuris civilis libri X*, (Lugduni, 1561), lib. I, cap. 6, n. 5, f. 23v-24r : « Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse nisi duplicem naturam in iure naturali posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Illa spectat hoc unum ut sancte, ut pie, ut iuste vivamus; haec ut commode et idonee. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit estque aeternum et sibi perpetuo constans. Ex quo ceu fonte manant ea praecepta quae nos invitant ad iustitiam in quibus sunt illa summa quae Ulpianus refert honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere. Quae omnia diriguntur ad eam quae delapsa de coelo est regulam : alteri ne feceris quod tibi fieri non vis. Hac enim regula et iudicio ab eo constituto, iusti ab iniusto distinctio traditur, qua sublata tollitur omnis ratio vitae degendae, et ea servata ab aequitate non possumus aberrare. Nec possunt vel populorum iussa vel principum constitutiones vel iudicum sententiae ius hoc naturale perfingere aut mutare;

que le droit des gens, à partir du moment où il se distingue du droit naturel, n'inclut ni préceptes ni interdictions, mais uniquement des concessions déterminées, c'est-à-dire des facultés ou des autorisations pour faire, ou ne pas faire, un acte déterminé, non seulement impunément mais également selon la justice et l'honnêteté; cependant, en tant que conduite opposée, elle n'est ni indigne, ni injuste¹. Les défenseurs de cette opinion ajoutent en outre que c'est une caractéristique essentielle du droit des gens de s'adapter à la nature humaine, considérée non absolument, mais en tant qu'elle est déjà constituée dans la communauté civile, parce qu'il y a de nombreuses règles utiles aux hommes vivant en communauté et qu'elles n'affectent absolument pas le bien-être de la nature <humaine> considérée en elle-même².

quia sine iniustitiae non potest violari. Alterum et secundum ius est quod in utilitate usurpatur, quod genus dominia, regna, bella, servitutes, manumissiones, contractus et caetera huiusmodi commercia, quibus aptiores sumus ad participandum alius cum alio communicandumque inter nos, quod, ni fallor, non inscite ius gentium vocatur; quod non tam natura ipsa quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars et usque nomine continetur, propterea quod omni in re consensio omnium gentium non institutis aut legibus, sed moribus sensim et tacite confirmata, naturae lex existimatur; hocque est quod omnium hominum quasi civile ius liceat appellare, si, ut ante dixi, mundus hic univ ersus instar unius civitatis habeatur, ut non mirandum sit quod in ipsum aliqua sit legum potestas, cum salvo naturae iure mutari queat et pro eorum, qui praesunt, arbitrio variari ».

1. Gabriel Vasquez, *Commentariorum ac Disputationem in Primam Secundae Sancti Thomae*, (Compluti, 1605), disp. 157, cap. 3, n. 16, p. 73 : « Alterum observandum est id quod optime adnotavit Franciscus Canonius (sic) libro 1 *Commentariorum iuris civilis*, cap. 6, n. 5 et sequentibus, nempe ius dupliciter dici : Primum, ius iustitiae; deinde, utilitatis. Ius iustitiae illud est quod non tantum fieri permittit, sed etiam ita iubet, ut oppositum iniustum sit et iniquum. Quale est reddere depositum suo tempore, quod ita iustum et secundum ius est, ut oppositum sit contra iustitiam. Quod si de hoc iure communius loquamur, quatenus iustitia generalis dicitur ratio cuiuscumque virtutis, hoc ius dicitur regula iusti et iniusti, recti et non recti, peccati et virtutis in universum. Hoc autem ius quod est ipsamet natura rationalis, prout est regula virtutis et peccati, est aeternae veritatis, nec ulla ratione mutari potest, ut disp. 179, cap. 2 dicemus. Ius autem utilitatis illud est quod nec est regula iusti et iniusti, virtutis et peccati, neque aliquid ita iubet, ut oppositum peccatum sit, sed solum liberam concedit facultatem utendi re aliqua, immo etiam tanquam honesta, ita tamen ut illa non uti vel uti contraria non sit inhonestum; tale est ius ducendi uxorem, dividendi agros et possessiones. Ius autem in hac significatione denotat licentiam seu facultatem, nam inter alias iuris significationes haec una est ».

2. Gabriel Vasquez, *Commentariorum ac Disputationem in Primam Secundae Sancti Thomae*, (Compluti, 1605), disp. 157, cap. 3, n. 18, p. 73-74 : « His positis ego quidem ita distinguere ius gentium a iure naturali cum Francisco Conano, loco allegato, ut ius naturale sit illud quod ex principiis naturae optima ratiocinatione colligitur, non permittens solum sed praecipiens et prohibens; ita ut sit regula iusti et iniusti, peccati et virtutis, et hoc sive natura secundum se consideretur, sive in communi et civili vita, ut inferius ostendimus. Ius autem gentium sit solum ius permissionis et utilitatis conveniens naturae humanae consideratae in civili communitate. Quaedam enim hoc modo conveniunt et utilia sunt hominibus in civitate constitutis, quae homini secundum se et solitarie degenti non conveniunt. Haec igitur permissio rei convenientis toti naturae hominis secundum statum civitatis dicitur ius gentium, id est, licentia et facultas ».

Ainsi donc, on dit que font partie du droit des gens les concessions qui, à cause de l'utilité commune, sont accordées aux hommes vivant en société, et qui le sont en tant qu'elles sont honnêtes, et non en tant qu'elles sont nécessaires à l'honnêteté ou du fait qu'elles sont prescrites. Car si elles sont prescrites, elles appartiendront au droit naturel quand on les prescrira à partir de la force de la raison elle-même ou du droit civil, si on les prescrit en fonction d'une volonté humaine qui aura un pouvoir. Les arguments exposés dans le chapitre précédent le démontrent. Donc, pour que le droit des gens puisse être un droit distinct il doit avoir, selon eux, un caractère concessif et non prescriptif¹.

Ils confirment leur opinion avec des arguments d'autorité — du moins dans un sens négatif — tirés d'Isidore et de saint Thomas; Isidore dit effectivement que le droit naturel est celui qui est commun à toutes les nations; or, il ne définit pas le droit des gens, mais il l'explique uniquement au moyen de quelques exemples qui impliquent seulement des concessions et non des préceptes, comme nous le verrons par la suite². Saint Thomas également, s'est limité à dire uniquement que le droit des gens a été établi par les hommes vivant en société en vue d'une plus grande utilité que l'on embrasse au moyen de la raison discursive, mais selon eux, il n'a pas dit que le droit des gens a été établi sous forme de précepte³.

2. À dire vrai, je n'arrive pas à comprendre cette opinion. Mais je m'interroge : est-ce qu'ils se réfèrent au droit en tant qu'il consiste simplement en une faculté morale d'en faire usage ou non, ou en tant qu'il équivaut à la loi ou à la règle de la raison, cette dernière pouvant être proprement prescriptive, ou bien approuve-t-elle simplement quelque chose comme honnête ? La première signification est hors de propos,

1. *Ibid.*, n.18, p. 73-74 : « *Praeterea inter ius naturale et ius gentium hoc discrimen ego constituerem, ut nullum ius gentium sit regula virtutis et peccati simul, praecipiens nimirum aliquid ut necessarium est, et prohibens aliquid ut malum, sed solum permittens ut utile sive etiam honestum non necessarium; ius autem naturale utroque modo se habeat.* »

2. *Ibid.*, disp. 157, cap. 3, n. 18, p. 74 : « *Hanc sententiam non obscure colligo ex Isidoro, qui lib. V Etymologiarum, cap. 4, ius naturale definit quod est commune omnibus nationibus, quia solo instinctu naturali constat; dicit etiam distingui hoc ius naturale a iure gentium. Capite autem 6 tractans de iure gentium numquam ipsum definit, sed plura illius affert exempla, in quibus solum inveniuntur ius quatenus est facultas et permissio absque praecepto; exempla sunt seditum occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates et reliqua, inter quae tria solum enumerantur quae iuxta hanc nostram sententiam difficultatem habent.* »

3. *Ibid.*, disp. 157, cap. 3, n. 21, p. 74 : « *Huc etiam doctrinae aptare possumus verba sancti Thomae. Ille enim non posuit ius gentium in aliqua prohibitione aut praecepto, sed dixit (in hoc articulo et II, II, quaest. 57, art.3), convenire naturae rationali non absolute consideratae, sed quibusdam circumstantiis additis, nempe : in societate et civitate degenti; dixit etiam ratione naturali deducti ex principiis naturalibus, non per se modum determinationis, sicut ea quae iure civili statuta sunt, sed per modum conclusionis. Nam homines et gentes omnes volentes in communitate vivere ratione naturali ex principiis naturae prudenter collegerunt dividendos esse agros et possessiones.* »

comme cela a été démontré, excepté peut-être, si les défenseurs de cette opinion prétendent nier qu'il y a un droit des gens constituant une véritable loi, mais ils ne s'en expliquent pas. Ils ne peuvent pas non plus expliquer pourquoi ils incluent cette sorte de droit des gens dans le droit comme faculté de se servir de ..., et non dans la loi; d'après ce que nous dirons par la suite¹, il apparaîtra clairement que la raison est identique dans les deux cas. S'ils parlent au contraire du droit qui constitue une loi véritable ou une règle d'honnêteté, on peut aussi facilement réfuter cette doctrine.

Car je démontre d'abord que, pour le distinguer du droit naturel, il n'y a pas plus de raison majeure dans le droit des gens concessif que dans le droit prescriptif. Dans le droit naturel il y a de nombreux actes qui peuvent être accomplis de manière honnête par la force de la loi naturelle sans être pour autant prescrits, et sans que les actes contraires soient interdits. Un droit naturel concessif est également en mesure d'être instauré comme le droit de prendre épouse, et le droit de maintenir et de conserver sa propre liberté. Tout ceci est honnête et le droit naturel l'autorise, sans le prescrire.

En ce sens, on a l'habitude de distinguer deux formes de droit naturel : l'un positif _ prescriptif _ et l'autre négatif _ qui n'interdit pas _ On peut le voir chez Diego de Covarrubias², et nous avons évoqué cette distinction en parlant de l'immutabilité de la loi naturelle³. Elle est fondée sur le fait que la raison naturelle se prononce non seulement sur ce qui est nécessaire, mais également sur ce qu'il est permis de faire.

Par conséquent, quand on dit que le droit des gens concède la faculté de faire quelque chose avec honnêteté, je demande si cette faculté, en tant qu'elle est juste et honnête, a son origine dans la raison naturelle elle-même considérée absolument (*praecise*), ou dans quelque concession humaine. Si on affirme le premier cas, ce droit sera alors naturel, bien qu'il soit seulement concessif. Si, au contraire, on affirme le deuxième cas, les raisons alléguées sont valables pour démontrer qu'alors ce n'est pas un droit des gens différent du droit civil; ou bien si, malgré cette considération, ce droit concessif différent du droit civil peut exister et constituer comme une sorte de moyen terme entre le droit naturel et le droit civil alors, pour la même raison, un droit égal similaire mais prescriptif pourrait être donné.

3. On peut rétorquer à cette argumentation que ce droit apparaît par la force de la raison naturelle seulement, et qu'il n'est pas applicable aux hommes considérés absolument, mais en tant qu'ils sont rassemblés en

1. Chapitre XIX.

2. Diego de Covarrubias y Leyla, *Regulae Peccatum, De regulis Iuris, Libro Sexto, Relectio, Opera omnia II*, Genevae, 1762), pars II, § XI, n. 3, p. 646. Voir note 3, p. 543.

3. Suárez, *Les lois*, Livre II, Ch. XIV, § 14.

une société humaine. C'est pourquoi il se différencierait du droit naturel primaire en tant qu'il représente une espèce de droit naturel secondaire qui est appelé droit des gens.

Ils l'expliquent avec des exemples devenus classiques relativement à cette matière. On dit de la guerre, par exemple, qu'elle fait partie du droit des gens, non pas parce qu'il y a un précepte qui oblige à la faire, même si c'est à juste titre, mais parce qu'elle est accordée comme quelque chose qui peut être honnête¹. Cependant, cette sorte de droit suppose clairement l'existence de la communauté humaine. De la même manière, on pose comme faisant partie du droit des gens la répartition des propriétés ou des territoires, la délimitation des fermes et la fixation de limites en général. Or, ces actes supposent clairement l'existence préalable de sociétés humaines; et ceci étant supposé, ils sont tous autorisés en vertu de la seule raison naturelle, bien qu'ils ne soient pas absolument nécessaires.

Mais à l'encontre de cette conception, on invoque d'abord le fait que la séparation elle-même en peuples et la fondation de royaumes, fait partie du droit des gens, comme on le dit dans le *Digeste*². Cependant, avant de mener à terme cette division, on ne suppose rien que la condition naturelle des hommes. Donc, le droit des gens n'a pas toujours son origine dans l'hypothèse de la communauté des hommes mais seulement dans la pure condition naturelle par laquelle l'homme est un animal social, articulée au principe naturel selon lequel la division en États est mieux adaptée à la conservation du genre humain.

Deuxièmement, j'en conclus que, même si dans ce type d'institutions ou de droits on suppose l'existence de sociétés humaines, ceci n'empêche pas que ce droit concessif soit naturel. Cette supposition est une condition préalable requise pour que la matière de ce droit puisse exister. Cependant, la règle de la raison elle-même existait déjà et elle est toujours naturelle. La preuve de cet argument réside dans le fait que très souvent, un droit prescriptif n'a pas non plus de matière par laquelle il oblige en acte, sauf si l'on présuppose la vie humaine en communauté et en société. Et, néanmoins, ces préceptes font toujours partie du droit naturel, comme on l'a antérieurement établi, et comme les auteurs cités le concèdent également. Proportionnellement, donc, il en sera de même pour le droit concessif. En effet, il ne semble pas qu'on puisse alléguer une raison convainquante pour différencier ces deux cas.

4. Enfin, je vais démontrer que le droit concessif ne peut être tout à fait séparé du droit prescriptif ou prohibitif et que, concernant le thème que nous étudions maintenant, si l'un d'entre eux appartient au droit des gens, il en sera de même pour l'autre; ou si le premier appartient au

1. Voir Suárez, *De bello*, vol. 12, *De Fide, Spe, caritate*, éd. Vivès, p. 731-763.

2. *Dig.*, 1, 1, 5.

droit naturel, il en sera de même pour le second. Par conséquent, la distinction qu'on établit entre eux n'est pas valable. La première affirmation s'éclaire, avant tout, avec l'exemple du privilège. Car, par le seul fait d'accorder un privilège à une personne, on prescrit aux autres de ne pas faire obstacle à sa bonne marche. Nous étions partis de ce fondement pour expliquer dans quel sens le privilège a la raison d'une loi. Il en est de même, pour une raison identique, en ce qui concerne tout droit concessif.

En second lieu, on le démontre en analysant les exemples du droit des gens exposés par Isidore¹. Le premier exemple concerne l'occupation des terrains. Cette occupation est autorisée à tout le monde par le droit des gens ou plutôt par le droit naturel, de sorte que personne ne puisse de droit empêcher un autre d'occuper un terrain qui ne l'était pas au préalable. C'est pourquoi cette concession implique directement ce précepte.

Le second exemple concerne le droit de construction, et le troisième, le droit de fortification. Pour ces deux exemples, le même raisonnement s'applique. En effet, il y a contradiction dans le fait que quelqu'un ait la libre faculté d'édifier ou de protéger par une enceinte les terres et les possessions qu'il occupe, et que d'autres puissent l'en empêcher de droit, ou le gêner dans l'exercice de ce droit. Donc, il existe une connexion nécessaire entre le droit concessif et le droit prescriptif.

Le quatrième exemple a trait à la guerre. Cette connexion y est encore plus évidente, parce qu'elle présuppose, en premier lieu, l'existence d'un précepte qui interdit à l'agresseur cette guerre². En effet, la défense est permise à l'une des parties puisque l'autre partie déclenche arbitrairement la guerre. En second lieu, eu égard à celui qui se défend, ce droit très souvent, non seulement accorde la possibilité de faire la guerre, mais il prescrit également de faire usage de cette faculté, essentiellement s'il s'agit d'un souverain qui est obligé de défendre l'État. Il en est de même pour ces autres personnes qui sont obligées d'agir afin de défendre le bien commun et même parfois, afin de défendre simplement leur propre vie. Si, d'un autre côté, la guerre est agressive, alors par le fait même qu'il est permis à l'une des parties de commencer les hostilités contre l'autre partie, on interdit à cette dernière de se défendre, parce qu'elle est obligée de se soumettre et de satisfaire le droit de l'autre partie, ou bien d'accepter un juste châtimement.

1. Gratiani *Decretum* D.1, c.9, Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum* libri XX, lib. 5, cap. 6, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911) : « *Ius gentium est solum occupatio, edificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, fœdera pacis, inducie, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita. Hoc inde ius gentium appellatur, quia eo iure omnes fere gentes utuntur* ».

2. Voir *De bello*, (op. cit.), vol. 12, section IV, p. 743-746, et sect. VI, p. 748-752.

5. Le cinquième et le sixième exemples ont trait à la captivité et à l'esclavage. Il est évident que s'il est permis à quelqu'un de réduire autrui à la captivité ou à l'esclavage, y compris par la force, l'autre est donc obligé par là même de se soumettre sans opposer de résistance, puisqu'il est impossible qu'une guerre soit juste pour les deux parties.

Le septième exemple concerne le droit au retour dans la patrie (*post-liminia*) dans lequel toutes proportions gardées, on applique le même raisonnement. Car, le retour dans la patrie s'identifie au droit de retrouver la liberté perdue, de revenir à l'état civil antérieur, ou de sortir de la captivité. Dans ce droit, on inclut nécessairement le précepte de restituer à un homme sa situation première, ou l'interdiction de le priver de ses droits après qu'il les a recouvrés.

Le huitième exemple concerne celui des traités de paix, et le neuvième, celui des trêves. On peut considérer en premier lieu dans les deux exemples, la faculté de conclure la paix ou d'accorder des trêves; ces actes sont, sans aucun doute, bons en soi et le plus souvent utiles et nécessaires. Cependant, jointe à cette faculté, il y a l'obligation de ne pas violer les traités de paix et de ne pas attaquer l'ennemi en période de trêve.

Le dixième exemple consiste dans l'obligation de respecter l'immunité des ambassadeurs, obligation clairement établie selon une modalité prescriptive. Néanmoins, on peut aussi distinguer ces deux éléments dans cette obligation : premièrement, le droit d'envoyer des ambassadeurs à d'autres souverains ou nations, et deuxièmement, le précepte et l'obligation de respecter leur immunité.

Enfin, le dernier exemple consiste dans l'interdiction des mariages avec des étrangers. Non seulement on y établit clairement l'élément permissif, mais on y inclut le précepte. Du fait que cette règle est négative, c'est à peine si on y intellige une quelconque concession. Un peu plus loin¹, j'exposerai dans cet exemple selon quelle modalité intervient le droit des gens.

6. On peut objecter que, même en admettant un précepte quelconque toujours associé au droit concessif, cependant, ces deux éléments peuvent le plus souvent appartenir à un ordre différent. En effet, fréquemment, quand on établit un droit civil de caractère concessif, il en résulte également un droit naturel. Par exemple, quand un droit accorde le titre de propriété au moyen de la prescription : le droit de prescription étant conforté, le précepte naturel qui interdit de priver quelqu'un contre sa volonté de la propriété obtenue par prescription, apparaît. De même, dans le cas d'un privilège accordé par un homme, ou dans le cas d'un droit humain qui exempte du paiement d'un impôt, la loi naturelle ordonne (*dictat*) de ne pas réclamer ce qui a été accordé. Ainsi donc,

1. Chapitres XIX-XX.

dans tous ces exemples, on pourra dire que la permission, ou la concession, appartiennent au droit des gens à partir du moment où les préceptes qui en découlent font partie du droit naturel prescriptif.

7. Afin de précéder cette objection, j'ai formulé la deuxième partie de mon assertion, à savoir, que cette distinction n'a pas lieu d'être par rapport au thème que nous traitons. En effet, par une induction similaire, on peut démontrer que, aussi bien la concession que l'interdiction qui en résultent pour d'autres personnes, appartiennent au droit naturel; et si l'une d'entre elles appartient en définitive au droit humain, il s'agira plutôt de la concession; et une fois accordée, l'obligation qui en découle possède un caractère naturel.

On le voit clairement, à mon avis, dans les quatre premiers exemples d'Isidore sur l'occupation des terrains, la construction, la fortification et la défense au moyen d'une guerre juste. Car le droit à tous ces actes possède un caractère naturel, c'est-à-dire qu'ils sont tous légitimes par droit naturel. Et de la même manière, l'obligation qui incombe à une personne de ne pas violer les droits particuliers d'une autre personne, appartient à la loi naturelle. On pourrait dire que le seul usage de ces droits appartient au droit des gens en raison de la coutume de l'ensemble des peuples; mais cet usage est de l'ordre du fait, non de la loi.

Toutes proportions gardées, on peut dire la même chose des exemples huit, neuf, et dix, qui se réfèrent à la paix, aux trêves et aux ambassadeurs. Toutes ces institutions ont leur fondement dans un pacte humain; ce point étant supposé, le pouvoir de conclure un traité ou une convention, comme les obligations de justice et de bonne foi qui en découlent, appartiennent au droit naturel. C'est seulement leur usage qui peut être qualifié de droit des gens en vertu de l'accord de l'ensemble des peuples dans la pratique <de ces institutions> en général. Et en définitive, même l'usage actuel de ces institutions est un effet du droit, et non pas le droit lui-même, puisque le droit n'a pas son origine dans l'usage mais, au contraire, l'usage existe à partir du droit.

8. En revanche, dans le cinquième et sixième exemple sur la captivité et l'esclavage, l'usage des hommes a introduit, semble-t-il, quelque chose qui ne provient pas directement du commandement de la raison naturelle, à savoir : le fait de capturer dans une guerre, constitue une garantie pour faire des prisonniers y compris contre leur volonté ou par la force, ou bien pour acquérir également une propriété aux dépens d'un autre homme et, par conséquent, introduire l'esclavage dans les relations humaines. Car, la loi naturelle seule ne recommande pas cette manière de procéder, bien qu'elle ne l'interdise pas non plus, si l'on suppose que la guerre est juste. C'est pourquoi la détermination de ce droit de captivité ou d'esclavage constitue une forme de loi pénale que l'usage des hommes a établi à l'encontre de ceux qui entreprennent une

guerre injuste. On leur impose comme châtement d'être réduits à l'esclavage, ou asservis dans le cas où ils seraient vaincus.

Cependant, cette loi ainsi comprise n'est pas concessive, mais elle est plutôt immédiatement punitive et elle oblige le coupable à subir sa punition, dans la même mesure que les autres lois pénales civiles. Nous reparlerons plus tard de ces dernières au livre V¹. Mais, quelle que soit la nature de cette loi, à partir du moment où elle confère de fait le pouvoir d'emprisonner un homme ou de le réduire à l'esclavage, elle est positive, et elle ne dépend pas uniquement de la force et du discours de la raison naturelle, même si l'on suppose l'institution de communautés humaines. Donc, elle ne peut appartenir au droit des gens tel qu'on l'a défini dans cette opinion.

9. D'autre part, cette même conclusion est encore plus évidente en ce qui concerne le huitième exemple qui se réfère au droit de retour au pays, car il y a, semble-t-il, dans ce dernier davantage de droit civil que de droit naturel ou droit des gens. En définitive, il semble qu'il s'agisse d'un recours pour modérer les peines de prison ou l'esclavage et, en général, la perte de biens, ou les pillages commis par des ennemis, qui constituent des faits particulièrement fréquents en cas de guerre. Ce procédé n'est pas aussi universellement reconnu par tous les peuples, mais ce sont plutôt les lois civiles qui l'évoquent d'habitude. De plus, à mesure que nous le concevons comme un recours à une compensation établie par la loi, le retour au pays n'est pas seulement une permission, mais une véritable loi qui oblige de s'y conformer. En effet, la loi qui amoindrit une punition n'est pas moins obligatoire que celle qui l'a fixée.

Enfin, dans le dernier exemple, il est clair qu'il y a non seulement une concession mais également une interdiction de contracter un mariage avec des étrangers. En outre, on ignore si ce droit ou cet usage, sont devenus des cas communs et universels chez tous les peuples. Il semble plutôt qu'il s'agisse d'une coutume particulière du peuple croyant aussi bien à l'Ancien qu'au Nouveau Testament. En ce sens, cela concerne plutôt le droit divin ou canonique. Si certains autres peuples l'ont observée, elle semble correspondre plutôt à leur droit civil qu'au droit des gens.

C'est pourquoi nous en arrivons à la conclusion que la véritable différence entre le droit des gens et le droit naturel ne s'appuie pas sur le fait que le premier est seulement concessif et le dernier prescriptif. Les deux points sont constatables pour les deux droits. Quand un précepte est naturel, la concession corrélatrice correspondante découle aussi du droit naturel lui-même.

1. Suárez, *Les lois*, Livre V, Ch. 13, (« Les lois tributaires sont-elles purement pénales ? »), §§ 4-13.

CHAPITRE XIX

LE DROIT DES GENS SE DISTINGUE-T-IL DU DROIT NATUREL AU MÊME TITRE QU'UN SIMPLE DROIT HUMAIN POSITIF ?

1. Le droit des gens authentique ne fait pas partie du droit naturel. En quoi le droit des gens s'accorde-t-il avec le droit naturel ?

2. Différences essentielles entre le droit des gens et le droit naturel.

3. Le droit des gens doit simplement être classé dans le droit humain positif.

4. (Les juristes divisent le droit des gens en droit primaire et en droit secondaire).

5. Différences entre le droit des gens et le droit civil.

6. Solution : (Les préceptes du droit des gens sont formés par des coutumes de l'ensemble ou de la quasi totalité des nations.)

7. (On l'explique par les exemples allégués)

8. (Double modalité du droit des gens).

9. (Raison d'être du droit des gens que l'ensemble des peuples et des nations doivent respecter dans leurs relations mutuelles).

10. (L'ensemble des droits que chaque État ou chaque royaume observe à l'intérieur de son territoire, est appelé droit des gens parce qu'ils sont comparables et qu'ils sont reconnus par les nations).

1. À partir de ce que nous avons dit jusqu'à maintenant, il semble qu'il soit nécessaire de conclure que le droit des gens, à proprement parler, n'est pas une partie du droit naturel, mais qu'il en diffère essentiellement; car bien qu'ils s'accordent en de nombreux points, il existe cependant entre eux des différences proprement morales.

Les deux droits s'accordent, en premier lieu, sur le fait qu'ils sont en quelque sorte communs à tous les hommes. C'est pourquoi tous les deux peuvent être appelés droit des gens, si nous nous en tenons au nom seul. Cette propriété ne fait aucun doute dans le cas du droit naturel, c'est pourquoi on l'appelle droit des gens dans le *Digeste*¹ (comme nous pouvons le voir dans un bon nombre de lois). Mais dans les *Insti-*

1. *Dig.*, 1, 1, 9.

*tutions*¹, on applique de façon plus appropriée ce nom au droit que la coutume des nations a introduit.

Ils s'accordent ensuite sur le fait que, de la même manière que la matière du droit des gens s'applique seulement aux hommes, de même la matière du droit naturel, dans sa totalité ou dans sa plus grande partie, est propre aux hommes, ainsi qu'on peut le démontrer suffisamment grâce à tout ce qui a été déjà dit au chapitre XVII. En ce sens, un grand nombre d'exemples que les juristes classent dans le droit des gens en raison exclusivement de cette condition, correspondent seulement par le nom au droit des gens proprement dit. Car, en réalité, ils appartiennent au droit naturel, comme c'est le cas pour le culte de Dieu, le respect des parents et l'amour de la patrie, exemples que le *Digeste*² (aux lois 2 et 3) évoque et que l'Empereur Justinien³ omit à juste titre dans les *Institutions*. Les exemples mentionnés par Isidore⁴ sont similaires si on les interprète dans un sens strict, comme le fait de respecter les traités de paix, les trêves, l'immunité des ambassadeurs et d'autres choses du même genre. Nous évoquerons ultérieurement la signification qu'Isidore leur a attribuée⁵.

La troisième correspondance entre le droit des gens et le droit naturel consiste dans le fait que tous deux contiennent des interdictions et des concessions ou permissions, ainsi que nous l'avons déjà dit au chapitre XVIII.

2. D'autre part, le droit des gens diffère du droit naturel, premièrement et principalement, dans le fait que tous les préceptes affirmatifs auxquels le premier se rapporte, ne tirent pas leur caractère obligatoire uniquement de la nature de la chose par des conclusions évidentes à partir des principes naturels. Car tous les principes de ce genre sont naturels, comme nous l'avons démontré. Donc, il faut que sa nécessité provienne d'une autre origine. De la même manière, les préceptes négatifs du droit des gens n'interdisent pas un acte parce qu'il est mauvais par soi, car ils seraient aussi purement naturels. C'est pourquoi, du point de vue de la raison humaine, le droit des gens ne montre pas seulement ce qui est mal mais le détermine. C'est ainsi qu'il n'interdit pas un acte mauvais parce qu'il est mauvais, mais en l'interdisant, il fait qu'il devient mauvais. Ce sont, en effet, les différences propres et pour ainsi dire essentielles de la loi. C'est donc en cela que l'on distingue le droit des gens et le droit naturel.

1. *Inst.*, 1, 2, 2 : « *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humane quaedam sibi constituerunt* ».

2. *Dig.*, 1, 1, 2-3.

3. *Inst.*, 1, 2.

4. Gratiani *Decretum* D.1, c.9, Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 6, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911).

5. § 6.

Par conséquent, la deuxième différence consiste dans le fait que le droit des gens ne peut être aussi immuable que le droit naturel; car l'immutabilité naît de la nécessité. Et ce qui n'a pas le même degré de nécessité, ne peut non plus avoir le même degré d'immutabilité, comme nous l'expliquerons plus longuement au chapitre suivant¹.

Troisièmement, on en déduit que l'égalité concernant les aspects par lesquels ces deux droits semblent s'accorder, n'est même pas complète parce que, eu égard à l'acceptation universelle et générale de tous les peuples, le droit naturel est commun à tous, et c'est seulement par erreur qu'on peut cesser de l'observer en un lieu. Le droit des gens au contraire n'est pas toujours observé par l'ensemble des peuples, mais il l'est selon la règle et pour presque tous, comme l'affirme Isodore². Par conséquent, ce que certains peuples considèrent comme appartenant au droit des gens, peut cesser d'être observé ailleurs et sans aucune erreur.

De même, bien que le droit des gens se réfère d'ordinaire à des comportements propres aux hommes, il peut en certaines occasions mettre en ordre les matières communes aux animaux comme êtres vivants, par exemple, en permettant des rapports de promiscuité, de fornication, ou la répression de la violence, à partir du moment où ces actes peuvent être encouragés ou limités par le droit des gens. C'est pourquoi on distingue absolument le droit des gens du droit naturel en raison principalement de la première division.

3. Enfin, à partir de là, il semble en conclusion que le droit des gens soit tout simplement humain et positif. On peut déduire cette proposition des propos de saint Thomas³, quand de manière absolue, il divise le droit positif en droit des gens et droit civil, en disant que les deux appartiennent au droit humain dérivé du droit naturel. Mais il se peut que dans ces expressions il y ait quelque ambiguïté, ce qu'il conviendra donc d'éviter afin d'expliquer le sens authentique des paroles de saint Thomas.

En effet, on peut parfois qualifier d'humaine une loi, non en fonction de son auteur, mais parce que les objets auxquels elle se réfère sont humains. En ce sens, même le droit naturel est humain parce qu'il oriente le genre humain et dirige les actions des hommes. C'est ainsi, semble-t-il, qu'Aristote⁴ entend le droit humain qu'il appelle lui-même

1. Chapitre XX, § 7-9.

2. Gratiani *Decretum* D.1, c.9, Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 6, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911).

3. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 4. Voir note 1, p. 600.

4. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1134 b 18-21 : « La justice politique elle-même est de deux espèces, l'une naturelle et l'autre légale. Est naturelle celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion; légale, celle qui à l'origine peut être indifféremment ceci ou cela, mais qui une fois établie, s'impose... »

droit politique ou civil¹, selon la terminologie de son interprète². À son tour, il divise le droit civil en droit naturel et en droit légal, et il entend par légal celui que nous appelons droit positif civil.

C'est aussi conformément à ce sens que saint Thomas³ semble avoir interprété le droit humain, car il le divise en un droit qui a dérivé son caractère obligatoire d'un enchaînement discursif naturel, et en droit qui a son caractère obligatoire de par la libre volonté des hommes. Ces deux droits semblent constituer tout simplement le droit naturel et le droit positif. D'autre part, saint Thomas⁴ appelle humaine la loi positive, et il considère de la sorte toute loi établie par les hommes. Il fait également une autre subdivision (art. 4) : concernant la loi qui existe par voie

1. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1134b 19-20 : « La justice politique elle-même est de deux espèces, l'une naturelle et l'autre légale. »

2. Aristote, *Tertium volumen Stagiritae libri moralem totam philosophiam complectens cum Averrois cordubensis in moralia nicomachia expositione*, (Venetiis, 1562 = Frankfurt, 1962), f. 73 v. : « Civile autem ius aliud naturale est, aliud legitimum... »

3. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 2 : « Sed sciendum est quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari; uno modo sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium. Primus quidem modus similis est ei quo in scientiis ex principiis conclusiones demonstrativae producuntur. Secundo vero modo simile est quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram. Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum, sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est nulli esse faciendum malum. Quedam vero per modum determinationis, sicut lex naturae habet quod ille qui peccat puniatur; sed quod tali poena vel tali puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae ». (« Il faut savoir cependant qu'il y a une double dérivation de la loi naturelle : d'une part, comme des conclusions par rapport aux principes; d'autre part, comme des déterminations de règles générales. Le premier mode ressemble à celui des sciences, où les conclusions démonstratives se déduisent des principes. Quant au second mode, il ressemble à ce qui se passe dans les arts, quand les modèles communs sont déterminés à une réalisation spéciale; tel est le cas de l'architecte qui doit préciser la détermination de la forme générale de maison à telle ou telle structure d'habitation. Donc, certaines dispositions légales dérivent des principes généraux de la loi naturelle à titre de conclusions; ainsi le précepte : « Il ne faut pas tuer » peut dériver comme une conclusion du principe : « Il ne faut pas faire le mal ». Mais certaines dispositions légales dérivent des mêmes principes à titre de détermination; ainsi, la loi de nature prescrit que celui qui commet une faute soit puni; mais qu'il soit puni de telle peine, est une détermination de la loi de nature. »)

4. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 4 : « Nam ad ius gentium pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis, ut iustae emptiones, venditiones et alia huiusmodi, sine quibus homines ad invicem convivere non possunt; quod est de lege naturae, quia homo est naturaliter animal sociale, ut probatur I Politicorum. Quae vero derivantur a lege naturae per modum particularis determinationis, pertinent ad ius civile, secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi accommode determinat ». (« Car au droit des gens se rattache ce qui découle de la loi de nature, à la manière de conclusions venant des principes; par exemple, les achats et les ventes justes et autres choses de ce genre, sans lesquelles les hommes ne pourraient vivre en communauté; et cela est de droit naturel parce que l'homme est par nature un animal social », comme le prouve Aristote. Quant à ce qui dérive de la loi de nature à titre de détermination particulière, cela relève du droit civil, selon que chaque cité détermine ce qui lui est le mieux adapté. »)

de conclusions générales, et qui reçoit sa force du droit naturel — nous disons d'elle qu'elle énonce bien plus le droit qu'elle ne le constitue. Celle qui existe par voie de détermination et qui introduit un droit nouveau, nous l'appelons tout simplement loi positive.

Il semble donc que saint Thomas¹, dans ce passage, évoque le droit des gens comme loi humaine et positive selon le premier sens. Car il dit expressément que le droit des gens existe par le moyen de conclusions et que sa force découle du droit naturel. Il semble maintenir cette même opinion dans d'autres passages². Néanmoins, on peut aussi le comprendre en tant que droit positif et humain, c'est-à-dire, comme celui qui a été constitué par les hommes. On dit, malgré tout, que ce droit a été établi au moyen de conclusions et non de déterminations spécifiques, puisqu'il ne reçoit pas du droit des gens une détermination complète et spécifique; car, en général, il est institué par la voie de la conclusion, non selon une nécessité absolue, mais en conformité avec la nature, en tant qu'il se déduit pour ainsi dire de l'instigation de la nature. Telle est l'interprétation <de saint Thomas> suivie par Soto³, ainsi que par le cardinal Robert Bellarmin⁴. Diego de Covarrubias⁵ la soutient également.

1. *Ibid.*, voir note précédente.

2. Thomas d'Aquin, II- II, 57, 3, ad 2 : « *Dicendum quod hunc hominem esse servum, absolute considerando magis quam alium, non habet rationem naturalem, sed solum secundum aliquam utilitatem consequentem, inquantum utile est huic quod regatur a sapientiori, et illi quod ad hoc iuvetur, ut dicitur in I Politicorum. Et ideo servitus pertinet ad ius gentium est naturalis secundo modo, sed non primo modo* ». (« Il n'y a pas de raison naturelle pour qu'un individu soit esclave plutôt qu'un autre, si on le considère en lui-même, mais seulement si l'on se place au point de vue de l'utilité qui en dérive, par exemple pour cet individu d'être dirigé par un plus sage, et pour celui-ci d'être aidé par lui, selon Aristote. Voilà pourquoi l'esclavage qui relève du droit des gens est naturel au second sens et non au premier. »)

3. Soto, *De iustitia et iure*, (Salmanticae, 1556= Madrid, 1968), lib. I, quaest. 5, art. 4, p. 44 : « *Dicitur enim ius gentium quidquid mortales ex principiis naturalibus per modum conclusionis ratiocinati sunt* ». (« Car le droit des gens correspond à tout ce que les hommes ont déduit des principes naturels par la ratiocination. ») Lib. III, quaest. 1, art. 3, ad 2, p. 198 : « *Quando enim diximus ius gentium elici ex principiis naturae per viam illationis, non intelligitur quod illatio sit omnino necessaria, sed rei naturae in ordine ad talem finem convenientis* ». (« En effet quand nous avons dit que le droit des gens se déduisait des principes de la nature par la voie de la conclusion, on n'intelligait pas cette conclusion comme étant totalement nécessaire, mais comme convenant à la nature d'une chose eu égard à telle fin. »)

4. Robert Bellarmin, *Disputationum De controversis tomus secundus*, Editio ultima ab ipso auctore aucta et recognita. Venetiis, 1599: Secunda controversia generalis De membris Ecclesiae militantis tribus libris explicata. Lib. I De clericis, cap. 29, col. 297, (= *Opera omnia*, Frankfurt a M. 1965, t. II, p. 492) : « *Tertius gradus praeceptorum naturalium est eorum quae deducuntur quidem ex principiis iuris naturae, sed per consequentiam non absolute necessariam, nec omnino evidentem, et ideo egent humana constitutione. Et haec sunt quae theologi proprie referunt ad ius gentium, et ea distinguunt a iure civili, quod ius civile non deducatur ex iure naturae per modum conclusionis deductae ex principiis sed per modum determinationis eorum quae generaliter praecipuntur a iure naturae;*

4. Les juristes qui divisent le droit des gens en droit primaire et secondaire, ne diffèrent non plus pas de cette opinion. Ils affirment que le premier est intégré dans le droit naturel, tandis que le second est un droit positif humain et on peut rencontrer cette classification chez Albert Bolognetti¹ et Arias Pinelo². Eu égard à la doctrine exposée, chez Albert uniquement sur les termes employés car, en réalité, ils sont en accord avec cette dernière. Ce premier droit des gens est intrinsèquement natu-

Quae doctrina est Sancti Thomae in I, II, quaest. 95, art. 2 et 4. Et quamvis idem Sanctus Thomas in praedicta quaest. 95, art. 4. Isidorum secutus, dicat ius gentium esse speciem iuris positivi; contra vero in II, II, quaest. 57, art. 3 et clarius lect. 12 in lib. V Ethic. dicat esse speciem iuris naturalis et alleget iure consultos veteres, qui ius naturale aliud esse docebant quod est commune omnibus animalibus, aliud quod est commune omnibus hominibus, tamen non pugnat ipse secum, nec Isidorus cum iureconsultis pugnat. Nam et idem Sanctus Thomas in I, II, quaest. 95, art. 4, ad primum, scribit ius gentium esse aliquo modo naturale et aliquo modo positivum, ac per hoc esse medium inter ius naturale purum et ius civile: Ius enim naturale purum est illud quod nullo pendet ex humana constitutione; ius civile autem quod ex sola hominum constitutione pendet, et deo pure positivum dici potest. Ius vero gentium partim est naturale, partim positivum, quia pendet quidem ab humana constitutione, id est, a consensu omnium gentium, sed non pendet ab auctoritate principis vel magistratus particularis. Ex quo sequitur, ut ea quae sunt de iure gentium, quia sunt aliquo modo naturalia, ideo prohibeantur quia sunt mala; contra autem quae sunt de iure civili, quia sunt pure positiva, ideo sint mala quia prohibentur. Rursus sequitur, ut ea quae sunt de iure gentium, quia sunt aliquo modo naturalia, non possint a principibus vel magistratibus abrogari vel immutari; contra autem, quae sunt de iure civili, quia sunt pure positiva, sicut a principe vel magistratu constituuntur, ita posse a magistratu vel principe abrogari ».

5. Diego de Covarrubias y Leyla, *Regulae Peccatum, De Regulis Iuris, Libro Sexto, Relectio*, (Opera omnia II, Genevae, 1762), pars II, § XI, n. 4, p. 648 : « Quamvis equidem iuxta praemissam adnotationem ius gentium ad humana iura pertineat, non proprie ad naturalia. Attamen ob id quod ex divo Thoma explicuimus et quia gentium derivatur a iure naturali communique omnium gentium consensu constitutum est, conclusionibus quibusdam non multum remotis a primis iuris naturalis principiis, naturale quodammodo dici potest, etiamsi a naturali iure praesertim ab ea lege quae communis est omnibus animantibus differat et distinguatur secundum divum Thomam (I, II, quaest. 95, art. 4, ad 1). His libenter addiderim quod post primam butus operis editionem legi apud Dominicum Soto (lib. I De iustitia et iure, quaest. 1, art. 3), nempe hoc discrimen esse inter ius naturale et ius gentium, quod ea quae inferuntur ex absoluta rerum natura et consequentia necessaria pertinent ad ius naturale; illa vero quae non ex absoluta consideratione, sed modo expositio in ordine ad certum finem et sub certis circumstantiis sint de iure gentium ».

1. Albert Bolognetti, *De lege, iure et aequitate disputationes*, (= Tractatus Illustrum in utraque tum pontificii tum caesarii iuris facultate iurisconsultorum. Venetiis, 1584), vol. I, cap. 26, n. 1, f. 314vb : « Tertia (conclusio) est ius humanum seu ius gentium primaeivum ab eo iure differre quod sibi gentes postea constituerunt. Ideoque totum illud, quicquid iuris est, quod ad communem omnium gentium commoditatem spectat et ab hominibus pendet arbitrio, in primarium et secundarium recte dividi ».

2. Arias Pinelo, *Ad rubricam et legem 2 C. de rescindenda venditione commentarii*, cap. 1, n. 11, (Conimbricæ, 1558), f. 3rb : « Infertur 3. ad doctrinam celebrem Bartoli... ubi distinguit ius gentium, aliud primaeivum, aliud secundarium appellans, quod non inepte explicat, sequunturque communiter scribes secundum Iasonem... Referuntque eam distinctionem ad differentiam temporis, ut primaeivum dicatur quod ab initio creatis hominibus fuit ex ratione naturali; secundarium postea homines progressu temporis multis a primo statu mutatis, usi sunt : prout servitus, bellum et similia ». Et ff. 3rb-4vb, (nn. 11-18).

rel, et il est appelé droit des gens uniquement parce que les nations ont l'habitude de l'utiliser. Mais nous employons ici le terme droit des gens au sens strict, à partir du moment où on le désigne ainsi à cause de son origine même et de son autorité, et c'est ce droit des gens second que ces auteurs affirment être le droit humain positif.

Cette assertion a été rationnellement démontrée par l'ensemble de ce que nous avons dit. Car il suffit de diviser la loi en loi naturelle et en loi positive proprement dite, ou en loi divine et en loi humaine, en la dénommant ainsi en fonction de son auteur, parce que les deux parties des deux divisions enveloppent une contradiction immédiate. Or, nous avons démontré que la loi du droit des gens n'est pas à proprement parler naturelle et, par conséquent, elle n'est pas en réalité une loi divine; donc nécessairement, il faut qu'elle soit positive et humaine.

On confirme cet argument par le fait que la loi naturelle s'identifie à celle qui a son origine non dans l'opinion, mais dans l'évidence naturelle, ainsi que l'a dit Cicéron¹. Toute loi donc, qui n'a pas la même origine, est positive et humaine. Et le droit des gens est de cette sorte car il est apparu non en vertu d'une évidence naturelle, mais par l'intermédiaire de conclusions probables et par une appréciation commune des hommes. Donc...

5. Il nous reste maintenant à expliquer en quoi le droit des gens et le droit civil se différencient. Car Aristote² appelle légal tout droit positif établi par les hommes dans l'ordre du gouvernement purement politique; c'est, semble-t-il, le même droit que nous appelons civil, comme on le déduit chez Isidore³ et ainsi que le pense saint Thomas⁴ dans les passages mentionnés.

On dira que la différence réside dans le fait que le droit civil est le droit d'un État ou d'un royaume, alors que le droit des gens est commun à tous les peuples. Mais à l'encontre de cette assertion, il y a d'abord le fait que cette différence semble être seulement quantitative et tout à fait accidentelle. La deuxième raison introduit une difficulté plus grande puisqu'il semble impossible que le droit des gens soit commun à tous les peuples et qu'il ait été créé par la volonté et l'opinion des hommes. Car il n'est pas fréquent que l'ensemble des peuples s'accordent sur des matières qui dépendent de l'opinion et de la libre volonté des hommes. C'est le propre de l'homme qu'il y ait presque autant de tendances et de points de vue que d'individus. Par conséquent, soit le droit des gens

1. Cicéron, *De Inventione*, II, 53, 161, (Ed. London, 1949) : « *Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindictam, observantiam, veritatem* ».

2. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10, 1134 b 18-21, voir note 4, p. 619.

3. Gratiani *Decretum* D.1, c.1, (Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 6, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911).

4. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 4; II-II, 57, 3. Voir notes 1, p. 600; 4, p. 620; 2, p. 621.

n'est pas un droit humain, soit il ne peut se différencier en cela du droit civil.

6. Afin de résoudre cette question, je propose la solution suivante : les préceptes du droit des gens se différencient des préceptes du droit civil parce qu'ils ne sont pas formulés par des lois écrites mais par des coutumes non de tel ou tel État ou province, mais de l'ensemble ou de la quasi totalité des nations. En effet, le droit humain est de deux sortes, c'est-à-dire écrit et non écrit, comme l'indiquent les textes juridiques cités que nous les étudierons par la suite¹. Donc, il est évident que le droit des gens n'est pas écrit et que, par conséquent, il se différencie en cela de n'importe quel droit civil écrit, même du droit impérial et du droit commun. Le droit non écrit, d'autre part, est constitué de coutumes, et s'il a été introduit par les coutumes d'un seul peuple qui s'oblige envers lui, il subsiste toujours en tant que droit civil. Si, au contraire, il a été introduit par les coutumes de tous les peuples et qu'il les engage tous, je crois que nous avons bien affaire au droit des gens proprement dit. Il est différent du droit naturel parce qu'il se fonde davantage sur les coutumes que sur la nature; et il se distingue du droit civil par son origine, son fondement et son universalité, ainsi que nous l'avons expliqué.

Il me semble que cela rejoint l'opinion de Justinien lorsqu'il affirme : « le droit des gens est commun à la totalité du genre humain car, à cause du caractère impératif de l'usage et des nécessités humaines, les nations de la terre instituèrent un certain nombre de lois »². Je désire souligner les mots « par le caractère impératif de l'usage » et « instituèrent ». Car dans ce dernier terme, il est bien entendu que le droit des gens fut institué non pas par la nature mais par les hommes; et avec la première expression, on indique qu'il a été introduit non pas par des écrits, mais par les us et coutumes.

Il semble qu'Isidore³ ait pensé de même, car il distingue premièrement les trois sortes de droits déjà mentionnés, et il définit « le droit naturel comme celui qui est commun à toutes les nations justement parce qu'il est en vigueur partout par le biais de l'instinct naturel et non par une quelconque disposition légale ». Notre assertion le corrobore et montre formellement que le droit des gens n'est pas seulement fondé sur l'instinct naturel. Plus loin (Ch. V), suite aux exemples concernant le droit des gens, il conclut qu'« on l'appelle droit des gens parce que presque toutes les nations en font usage »⁴. Par cela, il sous-entend la

1. Chapitre XX, § 7-11.

2. *Inst.*, 1, 2, 2, *vulg.* Sed ius.

3. Gratiani *Decretum* D.1, c.6, (Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 4, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911).

4. Gratiani *Decretum* D.1, c.8, (Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, lib. 5, cap. 5, Ed. W.M. Lindsay, (Oxford, 1911).

définition suivante du droit des gens : c'est un droit commun à toutes les nations et établi non pas par l'impulsion de la seule nature, mais par l'usage des nations. Et il ne faut pas oublier par négligence la particule « presque ». Par son intermédiaire, on mentionne qu'on n'attribue pas à ce droit une nécessité absolument intrinsèque et naturelle; et il ne faut pas non plus qu'il soit commun à l'ensemble des nations, même si l'on fait abstraction des ignorances et des erreurs. Il s'avère suffisant que presque toutes les nations convenablement organisées en fassent usage. Je crois que tel a été le sentiment de saint Thomas, ainsi que je vais immédiatement l'expliquer. C'est sans doute ce que voulaient dire les auteurs déjà cités.

7. On démontre cette thèse, premièrement, par l'intermédiaire de l'étude de ses différents aspects. En effet, cette sorte de droit des gens n'implique pas une contradiction, mais il apparaît tout à fait possible, ainsi que je l'expliquerai plus en détail par la suite¹. D'autre part, il n'y a pas une meilleure manière de le distinguer des deux autres types de droit, comme on le voit bien en fonction de ce qui a été dit. Donc...

On l'établit, en second lieu, grâce à certains des exemples qui ont été exposés. La coutume d'admettre des ambassadeurs avec le droit à l'immunité et à la sécurité diplomatiques, si nous la considérons dans l'absolu, n'est pas nécessairement de l'ordre du droit naturel. Chaque État en particulier aurait pu ne pas avoir de représentation diplomatique d'un autre État et ne pas vouloir reconnaître des ambassadeurs. Actuellement cependant, le droit des gens engage à les admettre et y déroger constituerait un signe d'inimitié et une violation du droit des gens, même si cela n'était pas une injustice à l'encontre de la raison naturelle. C'est pourquoi si nous supposons l'admission d'ambassadeurs par un pacte implicite, ne pas respecter leur droit d'immunité est en contradiction avec le droit naturel parce que c'est un acte en opposition avec la justice et avec l'obligation de la foi. Cependant, cette hypothèse et ce pacte selon les conditions établies ont tiré leur origine du droit des gens.

On peut appliquer le même argument aux contrats et aux accords commerciaux. Il est possible de distinguer dans ces accords trois éléments : le premier est la modalité particulière pour passer un contrat, et cette forme d'ordinaire correspond au droit civil, et le plus souvent elle peut être décidée par la volonté des deux parties contractantes du moment qu'elle ne se heurte pas aux règles en vigueur. Le second argument concerne le respect du contrat conclu, et ce devoir découle du droit naturel, ainsi qu'il est évident. Le troisième s'applique à la liberté de signer des accords commerciaux avec des personnes qui ne sont pas pour nous des ennemis ou des belligérants, et cette liberté correspond au droit des gens, parce que le droit naturel n'impose pas par soi cette

1. Chapitre XX; III, 2, § 4-6; VII, 3, § 7-11; 4, § 5-8, (textes traduits à la fin du livre II).

sorte d'obligation. Un État pourrait vivre isolé et sans vouloir faire de commerce avec d'autres États, même s'il n'y a pas d'inimitié. Par le droit des gens, cependant, on a établi que les échanges sont libres, et les interdire sans raison légitime constituerait une violation du droit des gens. Je pense que c'est dans ce sens que l'on doit comprendre ce texte des *Institutions* : « Presque tous les contrats — ceux d'achat, de vente, etc. — ont été introduits par ce droit des gens »¹. On pourrait dire la même chose dans d'autres cas.

8. Pour une plus grande clarté encore, j'ajoute (en fonction de mes déductions sur Isidore, sur les textes juridiques, ainsi que sur d'autres auteurs) qu'une chose peut être qualifiée de droit des gens en deux sens : premièrement, parce qu'elle constitue un droit que tous les peuples et les différentes nations doivent observer dans leurs relations mutuelles. Deuxièmement, parce que c'est un droit que chacun des États ou royaumes, observe à l'intérieur de leur territoire, mais qui est appelé droit des gens du fait de sa ressemblance et de sa concordance <avec les autres droits>.

Le premier genre de droit correspond à celui qui semble, à mon avis, comprendre proprement le droit des gens comme réellement distinct du droit civil, ainsi que nous l'avons expliqué. Et les exemples sur les relations diplomatiques et les usages commerciaux que nous avons évoqués en font partie. Je pense de même en ce qui concerne le droit de guerre². Il semble appartenir en propre au droit des gens en tant qu'il se fonde sur le pouvoir de l'État ou de la monarchie d'imposer des châtements ou des sanctions, et d'exiger des réparations à la suite d'injustices commises par un autre État. Car, il n'était pas indispensable par la seule force de la raison naturelle que ce pouvoir fût fonction de l'État offensé. En effet, les hommes auraient pu établir un autre système de sanctions, ou confier ce pouvoir à un troisième souverain en qualité d'arbitre ayant un pouvoir de contrainte. Cependant, ce système qui est maintenant en vigueur a été introduit par l'usage, parce qu'il est plus facile et plus conforme à la nature. Et il est tellement juste, qu'on ne peut légitimement s'y opposer.

Je situe également l'esclavage dans cette même perspective. Des peuples et des nations reconnaissent et pratiquent le droit à l'esclavage dans leurs relations mutuelles. Et cependant, il n'était pas nécessaire non plus du point de vue de la pure raison naturelle. En effet, on pouvait en vérité établir un autre mode de sanctions, comme je l'ai déjà expliqué. Cependant aujourd'hui, ce droit est déjà conforté à un point tel que les prisonniers sont obligés de se soumettre à l'esclavage tel qu'il est établi, et les vainqueurs ne peuvent en toute justice imposer des châ-

1. *Inst.*, 1, 2, 2, *vulg.* Sed ius.

2. Voir *De bello*, (*op. cit.*).

timents plus sévères aux ennemis vaincus, la guerre étant terminée, à moins qu'un autre prétexte spécifique n'intervienne.

On peut aussi classer dans ce même chapitre les traités de paix et les trêves, non eu égard à l'obligation de les respecter, une fois stipulés (obligation qui correspond plutôt au droit naturel) mais eu égard au devoir de les admettre, et de ne pas refuser de les ratifier quand ils sont requis en bonne et dûe forme et pour des motifs raisonnables. En effet bien que la stipulation des traités soit pleinement en accord avec la raison naturelle, cependant elle semble avoir été ratifiée par habitude et impliquer davantage d'obligation par le droit des gens. Nous pouvons, selon cette même signification, préciser et expliquer les autres exemples.

9. Cependant, la raison de ceci et de ce droit (international) consiste dans le fait que le genre humain, même s'il est divisé en peuples et en royaumes maintient cependant à tout moment une certaine unité, non seulement l'unité spécifique du genre humain, mais également en quelque sorte une unité politique et morale, comme l'indique le précepte naturel de fraternité (*mutui amoris*) et l'aide qui est étendue à tous, même aux étrangers de quelque nation que ce soit.

C'est pourquoi, bien qu'un État — monarchie ou république — constitue naturellement une communauté autarcique et que cette dernière englobe ses propres membres, néanmoins, tout État est également selon un certain mode et en relation avec le genre humain, une partie de cette communauté universelle. En effet, ces États, considérés isolément, ne jouissent jamais d'une autonomie absolue à un point tel qu'ils n'aient besoin d'aucune aide, association et échange commun, parfois pour leur plus grand bien-être, leur progrès et leur profit, et parfois même par nécessité morale et par manque de moyens, comme le démontre l'expérience (*usu*) elle-même.

Et c'est la raison pour laquelle <les nations> ont besoin d'un droit particulier pour se diriger et organiser comme il convient ce genre d'échanges et d'association mutuelle. Et si cela est en grande partie établi par la raison naturelle, ce n'est pas cependant suffisamment et directement le cas pour toutes choses. Il en découle qu'on a pu introduire certains droits spéciaux par l'intermédiaire des coutumes de ces mêmes nations. Car, de la même manière que dans un État ou dans un pays, la coutume est source de droit, de même, dans la communauté du genre humain il a été possible d'introduire un droit des gens à partir des coutumes. Et cela d'autant plus si on tient compte qu'il y a peu de choses qui appartiennent au droit des gens et particulièrement proches du droit naturel, et que l'on est en mesure de déduire très facilement de ce dernier; elles sont si utiles et en accord avec la nature elle-même que, sans être des conclusions évidentes — absolues et nécessaires à l'honnêteté des mœurs — elles sont cependant en pleine harmonie avec la nature, et elles peuvent être de soi facilement acceptées par tous.

10. Le deuxième type de droit des gens comprend certains préceptes, des formes et des manières de vivre qui, par soi et directement, ne se rapportent pas à l'ensemble des hommes et n'ont pas pour fin immédiate un accord social et une collaboration de toutes les nations entre elles. Mais chaque État les établit juridictionnellement (*in foro suo*), en accord avec les procédures constitutionnelles. Cependant ces droits sont d'une nature telle que presque toutes les nations s'accordent sur la pratique de coutumes semblables ou de lois parfois génériques, parfois spécifiques.

Nous pouvons l'éclairer par des exemples. En premier lieu, l'exemple de la religion utilisé par le jurisconsulte Justinien¹ est adapté à notre propos. Car le fait de rendre un culte à Dieu appartient dans l'absolu au droit naturel. Mais la détermination de sa forme particulière et spécifique est de l'ordre du droit divin positif et dans l'ordre naturel, elle correspondrait au droit civil ou privé. Cependant, cela a été déterminé, semble-t-il, par le droit des gens comme modalité intermédiaire. Par exemple, la coutume de rendre un culte à Dieu en offrant des sacrifices, n'appartient pas purement au droit naturel et, néanmoins, il semble que presque toutes les nations se soient accordées sur cette coutume, comme nous l'avons déjà dit en son lieu propre². C'est avec raison donc, que nous pourrions le classer dans le droit des gens. De la même manière, le fait qu'il existe à l'intérieur de l'État un genre d'hommes qui se consacrent tout particulièrement à rendre un culte à Dieu, ne semble pas dans l'absolu appartenir au droit naturel. Cependant, il s'accorde avec ce droit à ce point que presque toutes les nations et les États se conforment avec cette institution, du moins de manière générale, même s'il existe dans chaque cas de différences notables. En ce sens donc, nous pouvons également classer la religion dans le droit des gens.

Et c'est de cette façon que beaucoup d'exemples exposés par Isidore paraissent également répertoriés dans le droit des gens : ainsi, l'occupation de territoires, la construction d'habitations, la fortification et l'usage de l'argent. En ce sens, beaucoup de contrats privés — par exemple, l'achat-vente, et d'autres du même genre que chaque nation pratique à l'intérieur de son territoire — peuvent également être classés dans le droit des gens. En ce qui concerne cette même catégorie, j'inclus le droit de retour au pays (*posliminto*) si effectivement, les nations s'accordent à l'usage de cette institution. Car, (comme je l'ai déjà dit)³ il semble plutôt établir une référence directe au droit civil. À plus forte raison, j'affirme de même concernant l'interdiction de contracter un mariage avec des personnes de religion différente. En réalité, dans les deux cas où cette

1. *Dig.*, 1, 1, 2.

2. Suárez, *De religione*, tract. II, lib. I, cap. 3, n.6, (Ed. Paris, 1859, vol. 13, p. 88).

3. Voir § 7 de ce chapitre.

interdiction est énoncée, ce n'est pas en vue d'un échange commun et d'une association du genre humain, mais au regard de l'intérêt national de l'État dans lequel cette interdiction est formulée. Et si sur ce point il existe une grande similitude entre les nations (hypothèse qui, à mon avis, s'avère plutôt douteuse) cette interdiction pourrait être classée, à juste titre, dans le droit des gens. En fonction de tout ce qui a été dit, notre opinion est clairement établie.

CHAPITRE XX

CONCLUSIONS DE LA DOCTRINE PRÉCÉDENTE : LA JUSTICE ET LA MUTABILITÉ DU DROIT DES GENS

1. Modalités en fonction desquelles le droit des gens est commun et non naturel.
2. Selon saint Thomas les préceptes du droit des gens sont des conclusions tirées des principes du droit naturel.
3. Le droit des gens engage à observer la véritable équité et la justice. Différence entre droit des gens et le droit naturel.
4. Objection : (Selon l'interprétation d'Accursius, l'expression « naturellement » renvoie au « droit des gens »).
5. (L'interprétation d'Accursius n'offre pas de difficulté).
6. Le droit des gens peut être modifié par le consentement des hommes.
7. En fonction de qui et selon quelle modalité, le droit des gens peut-il être modifié ?
8. (Étant donné qu'il constitue un droit commun à toutes les nations et qu'il est instauré par leur autorité, il n'est pas possible, en conséquence, que le droit des gens soit abrogé sans également le consentement de l'ensemble des nations.)
9. Différence entre droit des gens et droit civil.
10. (Le droit des gens est une forme de loi intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil).

1. En fonction de l'ensemble de ce qui a été avancé jusqu'à présent, il est facile d'expliquer les autres points concernant le droit des gens.

Première conclusion : on intelliige aisément comment le droit des gens est commun à l'ensemble des nations bien qu'il ne soit pas un droit naturel. Ainsi le problème qui était en suspens au chapitre précédent, est résolu. Car, si nous nous référons au droit des gens au sens propre tel que nous l'avons expliqué¹ dans sa première acception, on voit clairement que grâce à l'usage et à la tradition historique il a pu s'introduire peu à peu dans le monde entier, en fonction d'un processus de conti-

1. Suárez, *Les lois*, Livre II, Ch. 19, § 8.

nuité, d'expansion et d'imitation réciproque entre les nations, sans requérir des assemblées extraordinaires, ou un accord simultané de l'ensemble des nations. Il s'agit d'un droit en relation étroite avec la nature, et conforme à un point tel à la coexistence entre toutes les nations qu'en fait, il s'est propagé de manière presque naturelle au genre humain. C'est pourquoi il ne s'agit pas d'un droit écrit puisqu'il n'a été promulgué par aucun législateur, mais qu'il a été mis en vigueur par l'intermédiaire de la coutume¹.

En ce qui concerne l'autre modalité du droit des gens, on peut aisément expliquer la source de sa profonde similitude entre les nations, bien qu'il constitue par soi, d'autre part, un droit civil. En effet, la raison réside dans le fait que cette similitude n'est pas toujours parfaite, si ce n'est selon une certaine raison, commune et générale, ainsi que je l'ai déjà expliqué. En outre, il est certain que ces points d'accord n'appartiennent pas strictement au droit naturel, mais ils sont si étroitement en corrélation avec la nature, et selon une harmonie si intime et une conformité telle que chaque nation, séparément, a été inclinée à accepter ces règles sans difficulté. Enfin, la tradition a pu également avoir une influence ainsi que l'imitation réciproque qui a commencé avec le genre humain lui-même, en s'accroissant et en se développant avec lui.

2. Deuxième conclusion : nous découvrons ainsi en fonction de quelle signification il faut comprendre les propos de saint Thomas² : les préceptes du droit des gens sont des conclusions tirées des principes du droit naturel et ces préceptes diffèrent du droit civil par le fait que les lois de ce dernier ne constituent pas des conclusions, mais des déterminations du droit naturel.

On applique principalement cette doctrine à l'authentique droit des gens, commun et général, compris selon le premier sens. Conrad Koellin³ comprend qu'on a formulé cette doctrine en employant la terminologie des juristes; quant à nous, tout en suivant Soto⁴ et d'autres auteurs⁵, nous comprenons mieux pourquoi on dit que les préceptes du

1. C'est l'objet d'étude du livre VII.

2. Thomas d'Aquin, I-II, 95, 4. Voir note 4, p. 620.

3. Conrad Koellin, *Expositio Commentaria prima in Primam Secundae Angelici Doctoris*, (Venetiis, 1589), quaest. 95, art. 2, p. 762. Voir note 2, p. 600.

4. Soto, *De iustitia et iure*, (Salmanticae, 1556 = Madrid, 1968), lib. I, quaest. 5, art. 4, p. 44-45; lib. III, quaest. 1, art. 3, p. 197.

5. Melchor Cano, *An ius gentium distinguatur a iure naturali* (Apend. IX). Juan de la Peña, *Utrum ius gentium sit idem cum iure naturali* (Apend. X, n. 11). Bartolomé de Medina, *Expositio in primam Secundae*, quaest. 95, art. 4, p. 869. Pierre d'Aragon, *In Secundam Secundae divi Thomae de iustitia et iure*, quaest. 57, art. 3, secunda conclusio, p. 12. Miguel Bartolomé Salón, *Commentariorum in disputationem de iustitia*, quaest. 57, art. 3, col. 57-58, p. 60-61. Domingo Báñez, *De iure et iustitia decisiones*, quest. 57, art. 3, secunda conclusio, p. 12-22. Grégoire de Valence, *Commentariorum theologicorum et disputationum in summam...* disp. VII, quaest. 5, punct. secundum, col. 788-789. Jean de

droit des gens sont comme des conclusions du droit naturel, non dans un sens absolu et par des inférences nécessaires, mais par simple comparaison avec des procédés de détermination spécifique du droit civil et privé.

Car cette détermination spécifique du droit civil ou privé, est parfois réalisée par des procédés purement arbitraires; et le propos suivant s'y réfère : « ce qui a plu au prince a force de loi »¹. Non parce que sa seule volonté constitue une raison suffisante, mais parce que cette création du droit qui peut être effectuée selon des modalités opposées, serait rationnelle. Dans bien des cas, il n'existe aucune raison pour devoir le faire d'une manière plutôt que d'une autre. Nous disons alors qu'on agit plus en fonction de la volonté que de la raison. À d'autres moments, une raison spécifique quelconque apparaît en relation avec des circonstances particulières et pour ainsi dire matérielles. Et alors cette détermination réside bien plus dans les circonstances que dans la substance <des choses>.

Donc, dans le droit des gens, les préceptes revêtent un caractère plus général. On y tient compte de l'intérêt de l'ensemble de l'humanité et de la conformité aux principes premiers et universels de la nature. C'est pourquoi ils sont appelés conclusions choisies à partir de ces principes. On voit immédiatement leur conformité et leur utilité morale à partir de la force du discours naturel. C'est ce qui a incité les hommes à introduire ces coutumes, davantage en fonction des exigences de la nécessité que de la libre volonté, ainsi que l'a affirmé l'empereur Justinien².

3. Troisième conclusion : en fonction de ce que nous avons dit, nous en déduisons que dans les préceptes du droit des gens, il faut respecter les exigences de l'équité et de la justice. En effet, cette observation constitue la raison de toute loi, ainsi que nous l'avons déjà montré³. Et les lois qui font partie du droit des gens sont de véritables lois, comme nous l'avons déjà expliqué, et elles sont plus proches de la loi naturelle que les lois civiles. Il en découle qu'il est impossible que ces préceptes

Salas, *De legibus*, in *Primam Secundae Sancti Thomae*, (Lugduni, 1611), quaest. 91, tract. 14, disp. 2, sect. 3, n.21, p. 39-40. Voir également : Diego de Covarrubias y Leyla, *Regulae Peccatum De regulis Iuris, Libro Sexto, Relectio*, (*Opera omnia* II, Genevae, 1762), pars II, § XI, n.2-6, p. 645-649. Grégoire López, *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso*, (Salmanticae, 1555), Part. I, tit.1, Ley 2, p. 2-3. Antoine Augustin, *Ad institutiones Imperatoris Iustiniani commentarii*, (*Opera omnia*, vol. II, Lucae, 1766), lib. I, tit. 2, p. 458-459. Jean de Orozco, *Ad responsa prudentum commentaria*, (Salmanticae, 1558), lib. I, tit. 1, § ius gentium, col. 16-40. Arias Pinelo, *Ad rubricam et legem 2 Codicis de rescindenda venditione pars prima*, (Conimbricæ, 1558), cap. 1, n.1-21, p. 1-5. Fernand Vázquez de Marchaca, *De successionum creatione, progressu et resolutione*, (Salmanticae, 1559), lib. I, § 1, n. 2-5, f. 5v-6v. Alvaro Velasco, *Quaestionum iuris emphyteutici liber primus*, (Olisipone, 1569), prima pars, quaest. 3, n. 1-6, f. 9v-11. Jean García Saavedra, *De expensis et meliorationibus*, (Compluti, 1578), cap. 3, n. 15-19, f. 16v-17v.

1. *Dig.*, I, 4, 1.

2. *Inst.*, I, 2, 2. Voir note 1, p. 618.

3. Suárez, *Les lois*, Livre I, Ch. 9, § 2.

du droit des gens soient contraires à l'équité naturelle, ainsi que l'a fait remarquer Diego de Covarrubias¹.

D'autre part, j'ajoute qu'il y a, en toute rigueur, une différence entre le droit des gens et le droit naturel. Car le droit naturel, non seulement prescrit ce qui est bien, mais il interdit en outre tout acte mauvais, au point de n'autoriser aucun mal. Le droit des gens, au contraire, peut permettre parfois le mal, comme l'a observé Jean de Matienzo². Cette hypothèse semble particulièrement s'appliquer à ce genre de droit des gens qui est en réalité un droit civil, mais qui est appelé droit des gens par ressemblance et convenance entre les peuples. Car le mal peut parfois être toléré par le droit des gens, de même qu'on le permet dans le droit civil. Cette tolérance peut parfois être au plus haut point nécessaire du fait de la faiblesse et de la condition humaines ou du fait de ses affaires, que la quasi totalité des nations s'entendent pour l'observer. Ainsi, la tolérance sans excès de la prostitution, de la fraude dans les contrats, et autres cas du même genre, deviennent explicables.

4. Cependant, on peut formuler une objection en s'appuyant sur une loi du *Digeste*³, d'après l'interprétation d'Accursius⁴, parce que, dans le texte, Pomponius affirme que « dans le prix du contrat d'achat et de vente, il est naturellement légitime pour les contractants de s'abuser réciproquement ». Accursius interprète l'expression « naturellement » comme étant équivalente au « droit des gens ». On trouve la même affirmation dans une autre loi du *Digeste*⁵.

Jean de Matienzo⁶ répond à cette objection (en acceptant l'interprétation d'Accursius concernant l'adverbe « naturellement ») que l'expression

1. Diego de Covarrubias y Leyva, *Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum*, (Opera omnia I, Genevae, 1762), lib. II, cap. 3, n. 2, p. 156 : « Caeterum quod Accursius censet in dicta § idem Pomponius, dum naturaliter, id est, de iure gentium, eam deceptionem licitam esse existimant ex eo dubium esse videtur quod quae iure gentium licita sunt, ea iuri naturali contraria esse nequeunt, si iuris gentium legitimam ac veram definitionem exacte observare velimus ».

2. Jean de Matienzo, *Commentaria Ioannis Matienzo Regni senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, (Mantuae Carpetanae, 1580), lib. V, tit. 11, lege 1, glossa 1, n.3, f. 324 : « Et si quis instet quare in dictis legibus Pomponius et Ulpianus id naturaliter licere affirmant, respondeo naturaliter exponi debere, id est, iure gentium, quod naturale secundarium dicitur, nam si inspicias priorem illam aequitatem naturalem, non modo in pretio verum nec in alia quapiam re proximum circumvenire licet propter mutuam dilectionem, quam homines inter se habere ea lege coguntur ».

3. Dig., 4, 4, 16, 4.

4. *Glos. Ord. Accursii in Dig.* 4, 4, 16, (17), 4 v. *naturaliter licere*.

5. Dig., 19, 2, 22, 3.

6. Jean de Matienzo, *Commentaria Ioannis Matienzo Regni senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, (Mantuae Carpetanae, 1580), lib. V, tit. 11, lege 1, glossa 1, n.4, ff. 324-325 : « Ius autem gentium, quod et naturale dicitur secundarium, quod singulis separatim durum videtur, quoad universos tamen et pro totius reipublicae tranquillitate potest favorable censi, ut de usucapione notat

« est légitime » ne doit pas être comprise de manière stricte, comme lorsqu'on parle d'une chose légitime et droite. En ce sens, on ne peut admettre comme légitime le fait de se duper, que ce soit concernant le prix du contrat d'achat et de vente, ou concernant toute autre forme de transaction. Car, parmi les préceptes hérités de saint Paul (2 *Thess.* 4, 16)¹, figure « que personne ne trompe son frère ». Et il ajoute : « parce que tout cela fera l'objet de la vengeance de Dieu ».

C'est pourquoi nous devons comprendre l'expression « est légitime » dans un sens large, et en fonction du jugement humain, comme lorsqu'on dit qu'« est légitime » ce que l'on peut accomplir impunément et que l'on tolère par habitude, ce qui revient à dire que cela est permis. On peut également dire — et cela revient presque au même — qu'un acte « est naturellement légitime », c'est-à-dire « par le droit des gens », et qu'il n'est donc pas interdit. Non parce que le droit naturel strictement considéré ne l'interdit pas, mais parce que le droit des gens, en tant qu'humain, n'inclut aucune interdiction spécifique. Et bien plus, il ordonne de ne pas punir cet acte, ni de le normaliser comme délit à l'intérieur d'un État ou d'un tribunal de justice. En accord avec cette interprétation, les textes juridiques mentionnés ne font que ratifier la doctrine exposée.

5. Diego de Covarrubias² cependant, n'accepte pas cette interprétation portant sur le terme « naturellement », ni celle plus libre de l'expres-

Duarenus in lege 1, in principio, ff. De pactis, Fortunius in lege 1, n. 43 et ibi Zasius, n. 7, ff. De iustitia et iure, Pinelus in authentica nisi tricennale, n. 39, C. De bonis maternis. Sicque in nostra specie, humana ratione et populorum gentiumque iudicio, tanquam magis consentanea quieti publicae laesio in pretio permissa fuit, ne ex nimia aequalitatis observatione commertia turbarentur. Nulla enim conventio securitatem praestaret, numquam litium esset finis si ob laesionem in pretio conventa revocarentur; quam rationem ex divo Thoma tradunt Dominicus Soto (lib. VI De iustitia et iure, quaest. 2, art. 3), Fortunius De ultimo fine, 17 illatio, n. 277d, Didacus Covarrubias (lib. II Resolutionum, cap. 3, n. 2), Pinelus in dicta lege 2 C. De rescindenda venditione, I pars, cap. 1, n. 39, qui hac ratione tradit hunc intellectum ad dictam legem in causae, § idem Pomponius ff. De minoribus, ut verbum illud naturaliter ad ius gentium referatur, quod ante omnes scriptum reliquit Accursius in dicta § idem Pomponius in verbo licere. Vel si mavis dicere quod verbum naturaliter exponatur, id est, ex natura contractuum, cuius naturae ea omnia esse videntur sine quibus non possunt commodè in communi et promiscuo usu haberi, ut explicat eleganter Carolus Molinaeus (De contractibus, quaest. 14, col. 2) et dictus Didacus Covarrubias (lib. II Resolutionum, cap. 3, n. 2), qua ratione hanc deceptionem permisit ius gentium et inultam reliquit, ut numero praecedenti diximus ».

1. 1 *Thess.* 4, 6 : « ut ne quis supergrediatur, neque circumveniat in negotio fratrem suum; quoniam vindex est Dominus de his omnibus ». (« C'est que personne n'use envers son frère de fraude et de cupidité dans les affaires, parce que le Seigneur tire vengeance de toutes ces choses. »)

2. Diego de Covarrubias y Leyva, *Variorum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum*, (Opera omnia II, Genevae, 1762), lib. II, cap. 3, n. 2, p. 155 : « Atque ideo dictionem illam naturaliter, qua iurisconsultus usus est in dicta § idem Pomponius, et rursus in lege item si pretio, § ultima, ff. Locati, sic intelligendam fore existimavi ut secundum ea quae naturalia huius contractui et similibus sunt, et propter frequentem eorum in commerciis

sion « est légitime », d'autant plus que dans la même loi, il est dit « qu'il a été naturellement accordé, etc. »¹ C'est pourquoi il explique que le mot « tromper » ne doit pas être pris strictement parlant parce qu'il signifie tromperie grâce à la ruse ou à la fraude, mais dans le sens où il fait référence à l'ingéniosité et à l'habileté des hommes qui, lorsqu'ils achètent, essayent de réduire au maximum la valeur de la marchandise, et de l'augmenter quand ils vendent, non par la fraude et par la ruse, mais dans les limites du juste prix et de la droite raison.

Il semble que le livre de la *Sagesse* (*Prov.* 20, 14) a décrit cette forme de tromperie lorsqu'on y affirme : « Mauvais, mauvais, dit l'acheteur, et ensuite il s'éloigne en vantant son achat ». À partir de là, les propos du *Digeste*² : « De la même manière qu'à l'achat et à la vente, on admet comme naturel d'acheter moins cher que sa valeur », cela doit être compris, selon cette interprétation, dans les limites du prix juste, puisque l'acheteur essaie d'acheter au moindre prix et le vendeur tente de vendre le plus cher possible. Et, en accord avec cette interprétation, les textes cités ne présentent pas non plus de difficulté, même s'ils ne nous concernent pas dans l'immédiat. Donc, je ne m'arrête pas pour en discuter.

6. Quatrième conclusion : il ressort des explications précédentes que le droit des gens est changeant parce qu'il dépend du consentement des hommes. Selon cet aspect, également, le droit des gens se différencie du droit naturel, comme nous le savons en fonction de ce que nous avons dit précédemment.

Certains³ en arrivent même à dire qu'on peut le modifier par l'autorité privée, puisqu'un particulier peut renoncer à son droit, même si ce

usum de eorum natura censeatur, licita sit circumscriptio, modo intra eos limites contingat quos iustitia commutativa laesa non sit, et quamvis iuxta rigorem significationis tunc proprie deceptio aut circumscriptio dici non possit; quodam tamen dicendi usu deceptio dicitur ac dici potest; ubi emptor venditori non dat eam quantitatem quae a venditore ex summa iusti pretii aestimatione haberi posset, aut ubi venditor ab emptore id pretium receperit, quod summo rigore iustum esse censeatur ac denique maius quam id quod emptor ex minori absque ulla iustitiae commutativae laesione. Nam et dolus bonus quandoque dicitur a iurisconsulto lege 1, ff. De dolo. Sed et indulgentiam contrahentium consensum esse quendam intelleximus, quo in ea (quae) naturalia contractui sunt, contrahentes consentire videntur; qui tamen consensus cum initio liber omnino sit et esse debeat, condonatio quaedam dici potest, seclusa propriae ac verae donationis lege.

1. Dig., 4, 4, 16, (17), 4.

2. Dig., 19, 22, 3.

3. Voir Francisco Rodrigues, *De iure gentium*, (Apend. XIV). Gabriel Vásquez, *De iure gentium*, (Apend. XIII); *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae*, (Compluti, 1605), disp. 157, cap. 4, n. 25, p. 75 : « Ex omnibus quae diximus colligitur, quod iure gentium posse derogari per ius civile, immo etiam privata auctoritate. Nam iure gentium de servitute eorum qui in bello capiuntur, iure canonico derogatum est, ut supra dicebamus, dum prohibetur ne aliquis christianus captus in bello etiam iusto servus fiat propter dignitatem christianae professionis. Et propria voluntate religiosi renuntiant possessionum divisioni, dum omnes in commune vivunt, sicut etiam christiani tempore Apostolorum ».

droit découle du droit des gens. C'est le cas de l'homme de religion qui renonce à la possession des biens temporels, et même à la possibilité de les acquérir. Cependant, cela n'est pas particulier au droit des gens et ne se différencie pas pour cela du droit naturel, si on la considère précisément en tant que droit concessif que d'autres auteurs appellent droit négatif. De même, l'homme de religion renonce également à son droit — qui est naturel — de se marier, et n'importe quelle personne peut devenir esclave, en renonçant à sa propre liberté naturelle. De la même manière également, on peut renoncer volontairement à son droit et aux privilèges individuellement accordés par la loi civile ou la loi canonique.

Par conséquent, il faut comprendre la conclusion par rapport au droit des gens en tant qu'elle englobe des interdictions ou des préceptes, parce qu'ils sont tous d'eux-mêmes changeants. Et la raison <de cette mutabilité> réside dans le fait que le droit des gens consiste à interdire des actes qui sont de soi et intrinsèquement mauvais. Premièrement, parce que ces préceptes ne sont pas déduits des principes naturels au moyen de déductions nécessaires et évidentes. Deuxièmement, parce que le caractère obligatoire du droit des gens ne tire pas son origine de la seule raison sans reposer sur une modalité quelconque de l'obligation humaine qui ait, à tout le moins, sa source dans une coutume générale. C'est pourquoi, du point de vue de l'objet de ce droit, il n'y a rien qui l'empêche d'être sujet à des changements du moment que ces derniers ont pour cause une autorité suffisante.

7. À partir de là, considérons que les formes du changement sont différentes selon qu'il s'agit d'un droit des gens qui est seulement commun parce que plusieurs nations s'accordent à reconnaître telle ou telle loi, ou alors d'un droit des gens qui est universel, en vertu des us et coutumes internationaux, dans la mesure où les peuples dans leurs relations mutuelles maintiennent une forme d'association et d'échanges.

Dans le premier cas, un royaume ou un État particulier peut changer le droit des gens dans son propre territoire national. Car, cette loi, dès qu'elle est en vigueur dans cet État, est purement et intrinsèquement (pour ainsi dire) un simple droit civil, et nous l'appelons droit des gens uniquement par comparaison et concomittance avec les autres États; ou parce que ce sont des lois proches à un point tel du droit naturel qu'elles sont en conséquence à l'origine du fait d'être considérées comme universelles par toutes ou presque toutes les nations. Mais, par soi, et dès qu'il est en vigueur dans chacun des États, ce droit des gens dépend de déterminations particulières, de l'autorité et des coutumes de chaque peuple considéré individuellement et indépendamment des autres nations. C'est pourquoi, n'importe quel État peut le changer à l'intérieur de son territoire, bien qu'il n'y ait pas accord des autres nations, parce qu'aucun État n'est obligé individuellement de se conformer aux autres. Par exemple, un État pourrait décréter que l'on ne tolère

pas la prostitution sur son territoire, que l'on résilie toute vente injuste quelle qu'elle soit, ayant un prix excessif, ou que l'on n'utilise pas l'argent mais une autre forme d'échange dans les transactions commerciales. Il est vrai qu'on n'agira pas ainsi, car il n'y a aucune raison pour le faire, et cela ne serait pas avantageux, mais si nous nous en tenons à la possibilité morale et juridictionnelle de le faire, il n'y aurait pas là de contradiction.

8. Dans le second genre du droit des gens, le changement s'avère beaucoup plus difficile parce qu'il se rapporte à un droit commun à l'ensemble des nations. Il a, semble-t-il, été introduit au moyen de l'autorité de l'ensemble des nations, et en conséquence, on ne peut l'abroger sans le consentement général. Malgré tout, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'on modifie le contenu objectif de cette loi si toutes les nations y consentent, ou bien si, graduellement, on introduit et on conforte la coutume opposée. Bien que du point de vue de la pensée cela ne soit pas contradictoire, cela n'apparaît pas pour autant réalisable du point de vue des mœurs.

Au contraire, il est possible qu'une communauté prescrive que dans son territoire et parmi ses propres ressortissants, on cesse de respecter tel droit des gens. Cette forme de changement est possible et morale. Ainsi, le droit des gens sur l'esclavage des prisonniers lors d'une guerre juste, fut modifié dans l'Église et parmi les chrétiens, cette règle n'étant pas observée en vertu d'une ancienne coutume ecclésiastique. Il constitue ainsi comme une forme spéciale de droit des nations chrétiennes qu'on doit strictement observer, comme le fit remarquer Bartole¹ et également Diego de Covarrubias² qui mentionne bien d'autres auteurs.

9. L'ensemble de ces points nous aide à comprendre une autre différence que l'on a l'habitude d'établir à ce sujet entre le droit des gens et le droit civil. On affirme, en effet, que le droit civil peut changer dans son intégralité, alors que le droit des gens peut être modifié non en totalité, mais en partie. Nous ne devons pas comprendre cette différence par

1. Bartolus de Sassoferrato, *Commentaria... in secundam Digesti Novi partem*, (Venetiis, 1615), f. 215rab, (Dig. 49, 15, 24, vulg. Hostes) : "... sed secundum mores moderni temporis, et consuetudines antiquitus observatae christianis, quantum ad personas hominum, non observamus iura captivitatis, et postliminii, nec venduntur, nec habentur servi captivi, sed quantum ad res iura ista servamus, cui consuetudini est standum..."

2. Diego de Covarrubias y Leyva, *Regulae Peccatum*, De Regulis Iuris, libro sexto, Relectio, (Opera Omnia II, Genevae, 1762), pars II, § 11, n. 6, p. 649 : " Illud hoc in tractatu praetermittendum non est quod christiani capti in bello etiam iustissimo a christianis, non efficiuntur servi capientum. Et ideo nec opus est in hoc casu lege Cornelia, nec postliminii fictione propter charitatem, quae in Christo omnibus eius religionem professis communis est, sicuti expressim adnotarunt Bartholus (in lege Hostes, ff. d. c.), Abbas ((in c. sicut in 3 de iuramento, col. 4) et inibi Aegidius a Bellamera n. 20, Salicetus (in lege Ab hostibus, col. 2, C. De captivis), Ioannes de Terra Rubra Contra rebelles, tract. 3, art. 10, Reg. leg. 1, tit. 21, part. 4".

rapport à une possibilité absolue de changement (pour le formuler ainsi), c'est-à-dire eu égard à la mutabilité de ces droits. En ce sens, ces droits sont tous les deux changeants d'eux-mêmes, comme le démontrent les arguments exposés. Au contraire, il faut comprendre cette différence relativement au pouvoir moral et à l'usage humain. Il ne faut pas non plus la comprendre par rapport à la réunion intégrale des préceptes des deux droits. En ce sens, aucun des deux ne peut changer moralement dans sa totalité, parce qu'aucun d'entre eux ne peut être entièrement abrogé par l'ensemble du genre humain, ainsi que cela est clairement dégagé de tout ce qui a été dit. C'est pourquoi nous considérons que les règles du droit civil, en ce qui concerne les préceptes singuliers, peuvent aisément être en totalité abrogées et modifiées. Au contraire, les règles du droit des gens peuvent faire seulement l'objet d'une dérogation partielle.

10. En fin de compte, il semble à partir de ce qui a été dit que l'on ait suffisamment tiré au clair ce qu'il en était de la constitution et de la nature du droit des gens selon sa raison propre et selon la spécificité de sa classification. On a également résolu l'ensemble des difficultés soulevées aux chapitres précédents. Ces dernières semblaient essentiellement dépendre des modalités d'expression dans les textes juridiques, chez les auteurs majeurs, ou dans les différents exemples allégués par les uns ou par les autres.

Mais il ne faut pas accorder trop d'importance à ces aspects. Premièrement, parce qu'on a pu utiliser ces expressions dans un sens différent. Deuxièmement, également, parce que le droit des gens constitue une forme intermédiaire (*medium*) entre le droit naturel et le droit civil. Car il s'accorde dans certaines limites avec le premier, selon l'acception commune, l'universalité et selon la facilité en fonction de laquelle il est dérivé des principes naturels, bien que ce ne soit pas par une absolue nécessité ou évidence; en fonction de ce dernier aspect, il s'accorde avec le droit humain. C'est pourquoi on considère parfois comme droit des gens certains préceptes naturels auxquels on aboutit par simple déduction, et qui requièrent un enchaînement discursif. Et pareillement, en certaines occasions, on donne des exemples de droit des gens, en les mêlant à d'autres exemples de droit naturel. Cependant, pour parler avec rigueur, et si nous distinguons proprement ces raisons du droit, nous parviendrons également à distinguer les exemples et les préceptes correspondants.