

THE LAW OF NATIONS AND THE JURIDICAL
EVOLUTION OF HUMANITY IN VITORIA AND
SUÁREZ

Jean-Paul Coujou+

INTRODUCTION

According to Francisco Suárez, man, by his rational nature, has a political end that can only be realized in the heart of a peaceful order—an order in which the assembly of States, the mediators of a human life's fulfillment, share in a common destiny that surpasses them and from which, nevertheless, they derive benefit.¹ At the same time, the international society shares in the sphere of the natural law as a condition for the exteriorization of human nature's potentialities. But it makes it equally clear that, with respect to the development of human societies, the law of nations belongs to the sphere of positive law, since this law only becomes effective by being enforced by a human will that makes the universal values of the natural law suitable to historical variations.

Thus, in the historical constitution of the entire human community, custom necessarily leads to recognizing the division of human law into two classes: the written law and the unwritten law.² Custom, like the law of nations, is common to all peoples; together they (custom and the law of nations) constitute two leading pieces in the determination of the juridical evolution of the human community. There is one point for Suárez that confirms the historical-political link between custom and the law of nations: the precepts of the law of nations must be distinguished from the precepts of the civil law because they are not constituted by written laws, but by customs, which are not specific to any single country but to the totality or quasi-totality of nations.

Consequently, the critical examination of the law of nations reveals three difficulties: 1) that of its origin, which faces the problem of the distinction between nature and convention, between the universality of the natural law and the historical particularity of

+ Professor of Philosophy, Catholic Institute of Toulouse, member of the Villey Michel Institute, Paris.

¹ See FRANÇOIS SUÁREZ, *DES LOIS ET DU DIEU LÉGISLATEUR* [THE LAWS OF GOD AND LEGISLATORS] 180-84 (Jean-Paul Coujou, ed. and trans., 2003).

² *Id.* at 624.

positive law; 2) that of its foundation, which requires establishing its link to the natural law and its distinction from it; and 3) that of its finality—opening the way to the constitution of an ethical-juridical development of humanity which respects diversity.

I. *Historicity of custom and the law of nations*

Suárez insists, in *De legibus*, on the fact that custom and civil law are not any less made aware of their limits when responding to the problem of international relations, since it is not possible to establish an economy consisting of the types of relations to which all nations should conform in order to allow their coexistence and ensure their ongoing existence. It seems that the limited attributions of custom and law prevent them from ensuring the historical unity of the human race.³ Thus, the power of civil laws has never been historically “one and the same for the universal totality of men.”⁴ The human community is to be understood, in its foundation and its institution, on the premise that it will be separated into multiple States. The agreement of humanity on the bestowal of universal power to a single leader proves, for Suárez, to be illusory.

Even if such a power were possible, it could not fail to be illegitimate and a source of a tyranny without limits. Thus, “It is not necessary for preservation or natural well-being that all men be gathered into a single political community.”⁵ The reality of this historical-political division into multiple communities justifies the initiation of a common law, the law of nations, by which the mutual assistance and preservation of peace and justice become effective by the mediation of common consent based on the recognition of common laws (peace treaties, truces, immunity of ambassadors, the law of fortification, captivity, etc., not to mention the Etymologies of Isidore of Seville). Such a law “has been instituted by custom and tradition more than by legal disposition.”⁶

For Suárez, in fact, the universal custom of the law of nations (*ius gentium*) is distinct from particular private custom.⁷ The first category includes “the customs of the totality of the whole that constitutes the law of nations.”⁸ The Aristotelian position—which understands the State as an

³ *Id.* at 627.

⁴ FRANÇOIS SUÁREZ, *De legibus* [ON THE LAWS] in *OPERA OMNIA* vol. 5, bk. III, pt. 2, ¶ 6, at 181 (Ludovicus Vivès ed., Paris, 1856–1861) [hereinafter Vivès].

⁵ *Id.* ¶ 5.

⁶ *Id.* ¶ 6, at 182.

⁷ *Id.* vol. 6, bk. VII, pt. 3, ¶ 7, at 143.

⁸ *Id.* at 141.

autocratic community for the purpose of justifying its existence—seems, to Suárez, no longer appropriate for making sense of the State’s evolution in history.⁹ The State constitutes a totality included within the whole totality of the human race since it is nothing but a partial expression of this universal community. The history of universal relations shows that the State is unable to be an entity having “an absolute autonomy,”¹⁰ existing metaphysically in itself and by itself. This is part of the international logic passed on by Francisco Vitoria, which judges it appropriate to think in terms of an “association and a common exchange,”¹¹ of a mutual assistance, without which a greater well-being and progress could never be possible in the order of human development. Consequently, nations—without such association—could not provide an economy with the juridical principles needed for rationally structuring the necessity of exchanges and mutual associations, confirming by this likewise a political principle proper to the State; to endure, and a metaphysical principle proper to the exposition of the temporal category: to endure signifies, for every created thing, the preservation of its existence, whether that of an individual, a community, or a State.

This presupposes—for such a prospect to be real—an establishment not only by natural reason but also by the mediation of custom. Historically, an analogy can be established: just as custom reveals itself to be a source of law in the community of the human race, so also the introduction of the law of nations is carried out because of custom. These customs contribute socially to create an agreement with human nature so the principles of the law of nations may become acceptable to all in an easy manner. The law of nations likewise takes the form of an assembly of precepts and ways of life that, without pretending to be understood by the totality of the human race, do not have an international agreement as an immediate end.¹² Its establishment corresponds to an internal jurisdiction of the State in accordance with constitutional procedures. Thus, one could consider rendering worship to God as something of the order of the natural law; nevertheless, the determination of its specific modality belongs to the sphere of divine positive law, and according to the social order it comes back to civil or private law.

Consequently, one may conclude that for Suárez the universal customs constitutive of the law of nations express a true law and oblige in the manner of an authentic law.¹³ Such an unwritten law is the result of a creation of the

⁹ SUÁREZ, *supra* note 2, at 627.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Id.* at 628-29.

¹³ Vivès, *supra* note 5, vol. 6, bk. VII, pt. 3, ¶ 7, at 143.

whole human race. The law of nations draws the strength of its identification from custom, the human power of interaction within time, without which the origin of this same strength has only the natural law as a foundation. The history of societies, ultimately, can only confirm that the common law of nations at the same time possesses a natural dimension and it serves as a first law without being comparable to a pure defect of the law.

In conformity to these preliminary remarks, it belongs precisely to the *ius gentium* (identifiable in Roman law with positive law, holding force for all men and elaborated by human reason) to create the conditions of the historical unification of the human race. This is in spite of the rational demands of a calculus of interests and the need for an effectiveness appropriate to the conditions that come into play in every political reality, which in Suárez's time was shown by the wars of conquest in America and northern Europe. Thus, the divisions of the human race into different peoples and kingdoms does not exclude the persistent existence of "a specific unity of the human race" and of a "political and moral unity."¹⁴

In order to understand the issue at hand it proves immediately judicious, in spite of the recognition of an affinity between the natural law and the law of nations (namely that they both represent a specific human law¹⁵), to show the foundation of their difference. This is in order to avoid all confusion between what is given according to an intrinsic and natural necessity and that which—as the effect of the common practice of some peoples—cannot claim the necessity of such universality. Eliminating this confusion is intended precisely to once more spell out the relation between human nature and history. The law of nations is, for Suárez, the bringing together of "a footbridge between the natural law and the human law even though it is closer to the first."¹⁶ In fact, contrary to the natural law, the law of nations does not prescribe by itself anything necessary to practical morality and it does not forbid anything that would be by itself intrinsically evil.¹⁷ Thus, as Fray Luis de León remarked, freedom comes from the natural law, yet this principle has been upset with the introduction of slavery by custom and the law of nations.¹⁸

¹⁴ SUÁREZ, *supra* note 2, at 627.

¹⁵ *Id.* at 605-06.

¹⁶ *Id.* at 596.

¹⁷ *Id.* at 606.

¹⁸ FRAY LUIS DE LEÓN, DE LEGIBUS O TRATADO DE LA LEYES [DE LEGIBUS OR TREATISE ON THE LAWS] 74 (L. Pereña ed., 1963) (1571); *see* JUAN DE LA PEÑA, DE BELLO CONTRA INSULANOS INTERVENCION DE ESPAÑA EN AMERICA [ON THE WAR AGAINST THE ISLANDERS: INTERVENTION OF SPAIN IN AMERICA] 163 (L. Pereña et al. eds., 1982) ("Slavery was introduced by the law of nations, but not by the natural law" [. . . servitus introducta est iure gentium, non autem iure naturali]).

The laws and decrees of men can never change what the natural law prescribes. The natural law, founded on the two attributes of human nature, freedom and reason, remains—in spite of its trans-historical dimension—submissive to its effective fulfillment in the face of the arbitrary quality of human wishes and the relations of historical forces. Institutions likewise reveal that human law grants dispensations in relation to the precepts of the natural law. As Suárez recalls, according to the natural law a community of things exists, yet men have instituted private property, which brings into the State a different manifestation of the natural law.¹⁹ Still, freedom—which is constitutive of man's being according to the natural law—can appear in many States diminished or even abolished by human law.

For Suárez, it is all the more easy to confuse the natural law and the law of nations than it is to legitimately determine the points of convergence between them. They are both, according to their respective modalities, common to all men. Their practical implications and precepts concern the human sphere in a unique way.²⁰ Finally, they both contain “some prohibitions and some concessions or permissions.”²¹

Nevertheless, these similarities cannot hide the moral differences that clearly establish their distinctions.

First, the affirmative precepts proper to the law of nations are not established by their obligatory character because they prescribe or forbid that which is good or bad in itself in the manner of the natural law. These precepts do not derive from their objects the origin of their obligatory character and this implies an inversion: for, contrary to the natural law, the law of nations does not forbid an immoral practice because it is bad, but it is the prohibition that makes such a practice become bad. It does not signify only what constitutes an evil, but it is constitutive of what can be qualified as evil. Its prohibition has the power of making bad whatever it reports as such. Such precepts are extrinsic and dependent on the will and human conventions. According to this orientation, what the natural law prescribes is of natural right, which amounts to setting down that, for natural reason, this prescription appears necessary to moral rectitude.²² The natural law in the

¹⁹ SUÁREZ, *supra* note 2, at 532.

²⁰ *Id.* at 602-03.

²¹ *Id.* at 618.

²² The principles of the natural law, as Suárez recalls, are in some way summed up in the *Institutes of Justinian*: “Honeste vivere, alterum non laedere, suum civique reddere” [live honestly, do not injure one another, give to each his own]; see also 1 THE DIGEST OF JUSTINIAN bk. 1, pt. 1, ¶ 9 (explaining that law which natural reason has established among all men, and which all nations observe, is referred to as the law of nations).

same way represents the unconditional ontological norm of the legitimacy of the action.

Second, by the same reason of its historicity, the law of nations can never claim an immutability comparable to that of the natural law. The essence of the latter resides in the immutability of its precepts and such immutability operates on the immutability of human nature. On the one hand, the natural law, in the totality of its precepts, defines the legitimate space of human behavior since it is not in contradiction with the natural characteristic of man. On the other hand, the immutability of human nature, with respect to what it refers, represents a universal given that humanity has no power to modify. As a result socio-historical relations must actualize this first immutability, the condition for the development of every axiology. The voice of conscience in each one of us expresses precisely the referential immanence of this corollary immutability of a necessity unfamiliar to the law of nations.²³ On the opposite side, the State has the power to modify the law of nations in its proper territory, precisely because the precepts of the law of nations correspond to a simple civil law when they apply within a State.²⁴

This rapprochement allows for a refinement of the difference with respect to the natural law, for, when the law of nations is in force within a State, it can only recall its dependence relative to the authority and the customs of a particular people apart from other nations. Such a law can be modified within the state without investigating its agreement with other nations. Nevertheless, if this law is envisaged from an international perspective, insofar as it is common to the quasi-totality of nations and its advent assumes the authority of the totality of peoples, the pretension of abrogating it in a way independent of general consensus proves to be illusory.

Legitimate exceptions to this principle are, however, observable. As Suárez remarks, the law of nations on the slavery of prisoners obtained by a "just war was abolished by the Church and Christendom, and this rule was not observed in accordance with an ancient ecclesiastical custom."²⁵ It thus becomes equally possible to note another order of difference regarding the question of mutability: that which exists between the law of nations and the civil law. While the precepts of the civil law can be the object of an abrogation or a complete modification, the rules of the law of nations will only be the object of a partial derogation. The examination of the question of mutability allows for the essential demarcation of the tradition of the law of

²³ SUÁREZ, *supra* note 2, at 625.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.* at 637.

nations as an intermediate form between the natural law and the civil law.²⁶ From the point of view of universality it agrees with the first (the natural law), but in a limited way, since it is derived from natural principles without being such according to an absolute necessity. This restriction confirms its agreement with the human law.

Finally, it is appropriate to bring out a difference concerning the nature of the universality proper to the law of nations and the law of nature—in spite their apparent agreement (i.e. they reflect upon precepts, prohibitions, and concessions). The universality of the law of nature is characterized by its universality and its absoluteness. In fact, the natural law unites with ontology in its dimension as a universal knowledge understanding the human according to a rule of universality. Natural law conforms to the principle of the constitution of a universal and abstract representation of the human, so it forms a basis for equal dignity among individuals; if it ceases to be observed, that could only result in a perversion with respect to human nature.

With regard to the law of nations, its universality is such that although it is apparent that the quasi-totality of nations observes it,²⁷ it must at the same time be noted that one cannot assign to this law an absolute intrinsic and natural necessity. "It proves sufficient," according to the heritage of Isidore of Seville, "that almost all nations are suitably organized in making use of it."²⁸ The cessation of its observation in any space or time does not contradict the principles of human nature as much. This explains that precisely because the law of nations is "quite simply human and positive"²⁹ and therefore "instituted not by nature but by men,"³⁰ the term institution, in this case, signifies that habits and customs, not writings, are at the origin of its introduction.

Not only can one not infer from the rootedness of the law of nations in custom that it could be reduced to a purely artificial creation, but it seems not to have this meaning precisely because it has, as its ontological and anthropological foundation, the existence of a natural community among men. Such a community excludes isolation by reason of the common possession of the whole surface of the earth. Humanity cannot have effectiveness and a meaning except in terms of universality, of which one of

²⁶ *Id.* at 638.

²⁷ *Id.* at 625 (it is a law common to all the nations and established not by the imposition of the nation alone, but by the usage of nations).

²⁸ *Id.* at 625.

²⁹ *Id.* at 619.

³⁰ *Id.* at 624.

the concrete manifestations is communication and mutual commerce.³¹ The reciprocal action between men is made necessary by the spherical form of the earth; this implies that exchanges are initiated between them from one end of the earth to the other. For Suárez, the notion of commerce includes the general fact of the circulation and exchange on one common surface.

In the Suarezian perspective, the assembly of these analyses confirms the legitimacy and necessity of the division of the law into the natural law and the positive and human law.³² In conformity to the juridical tradition invoked by Suárez, the law of nations is effectively defined by Gaius³³ in the Digest of Justinian as an assembly of rules to which all people conform themselves and which is established by the natural reason of things, namely their natural order.³⁴ It is a law essentially human in contrast to the natural law, which is common to men and animals. Isidore of Séville had rephrased, in precise terms, the tripartite division of Roman law (*ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*) notably by Ulpian, in order to assimilate the *ius gentium* to institutions in use in the quasi-totality of nations, apart from their conformity or non-conformity to the natural law.³⁵ It is only after a long theological gestation, juridical and philosophical, led notably by Saint Bonaventure and Alexander of Hales,³⁶ that the *ius gentium* will be considered as a natural law properly human.

II. *The law of nations, footbridge between the natural law and the civil law*

Historically, for Suárez, the first one who assigned a specific value to the *ius gentium* was Thomas Aquinas,³⁷ who presented a theory of the law of nations as customary law resting on the heritage of the Aristotelian distinctions concerning a primary and secondary natural law. The first reflects an absolute right possessing universal value, namely with regard to the moral virtue of justice found in a disposition to preserve and restore equity in relations with others. This equity is a mathematically determined

³¹ *Id.* at 627.

³² *Id.* at 622-23.

³³ DIGEST OF JUSTINIAN, *supra* note 23, bk. 1, pt. 1, ¶ 9.

³⁴ THE ETYMOLOGIES OF ISIDORE OF SEVILLE bk. V, pt. iv, ¶ 1, at 117 (Stephen A. Barney et al. eds., 2006) (c. 615-30 A.D.).

³⁵ SUÁREZ, *supra* note 2, at 618-19.

³⁶ JEAN-MARIE AUBERT, LE DROIT ROMAIN DANS L'OEUVRE DE SAINT THOMAS [ROMAN LAW IN THE WORK OF SAINT THOMAS] 97 (1955).

³⁷ THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICA, II-II, Q. 57, a. 3 (A. Raulin ed., A. M. Roguet trans., 4 volumes, 1984-1986).

mean: geometric or proportional in what concerns distributive justice; arithmetic in what concerns commutative justice. The second corresponds to political right, which is part natural and part legal. There is thus recognition of an immanence of nature with regard to political right, leading to the necessity of the determination of the content proper to the distinction between the natural and the legal.

The non-contradictory articulation between the natural law and the law of nations derived its possibility from the Aristotilian thesis. This thesis maintains there is no obstacle in formulating the natural law as changeable without having this mutability lead to the divestiture of its specificity of natural right, all in making intelligible the fact that a natural right cannot be always and in every respect the same. The authentic natural law corresponds to what adjusts to a human nature essentially mutable, which boils down to the inference that the mutability of laws is not comparable to a sign of their artificiality, but that the abstract universality—which requires the identity of laws everywhere—proves itself definitely against nature.

In the strict line of this heritage Suárez maintains the division between the natural and positive law. One will notice in this regard that the laws of the law of nations are not purely natural and, according to the invoked division, they can only be positive and human. In contrast to the natural law derived from natural evidence, the law of nations follows from probable conclusions and from the common appreciation of men.³⁸ The fact that it is rooted in custom confirms its mutability,³⁹ and it is precisely in this that it is distinguished from the natural law. For as the historical evolution shows, for the preservation and progress of the human race there has never been any necessity that humanity be comprised of one single political community.⁴⁰ The Roman Empire itself never exercised a complete sovereignty on the people over whom it had power.⁴¹ In this sense the law of nations historically confirms that there has never been one sovereign political body in humanity. The constancy of such an absence does not exclude the constitution of a relative universality (distinct from the absolute sovereignty

³⁸ SUÁREZ, *supra* note 2, at 623.

³⁹ *Id.* at 635-36 (“The law of nations is changeable because it depends on the consent of men.”); *see also id.* at 626-27 (“One thing can be qualified about the law of nations according to two senses: in the first place, because it consists of a law that all peoples and different nations ought to observe in their mutual relations. In the second, because it is a law that each of the States or kingdoms observe within their territory, but it is called the law of nations by reason of its resemblance and its harmony [with other laws].”).

⁴⁰ Vivès, *supra* note 5, ¶ 5, at 181.

⁴¹ *Id.* pt. 7, ¶ 4, at 195.

of the natural law) corresponding to one communitarian unity in the evolution of the search for the establishment of reciprocal obligations.

Nevertheless, it seems that 1) the principles of the law of nations, in spite of their specific universality, never acquire such an intrinsic necessity; and 2) the law of nations does not possess an intrinsically moral value and it is not possible for it to take, as a reference, conclusions necessarily inferred from moral principles. The precepts that implicate the latter are constitutive of the natural law.⁴² In fact, all one can deduce from natural principles by evident reasons is likewise "written into the human heart."⁴³ The universality found in the natural law is imminent to the human nature completely in reference to a transcendent origin. It, therefore, proves to be absolute.

In contrast, the dominant trait of the origin of the law of nations resides in the fact that men have historically instituted their precepts in the quasi-totality of the human community. This universality, when one takes into consideration the socio-historical evolution of peoples, is relative because it does not rest on a reading of human nature, but on the free will and consent of men. These last two elements proper to its conventional dimension are capable of value for all humanity without assuming an identical justification and foundation. If the content of the precept of the natural law corresponds to what is good or bad in itself, the content of the law of nations concerns that which is evaluated as such as a result of common consent. One can conclude from this: 1) the universality of the natural law is absolute because it defines itself by its unicity and immutability as it transcends the political-historical reality as a constitutive given of the humanity of man; and 2) the universality of the law of nations is relative by reason of a) the artificial character of its existence, and b) its origin by means of the consensus of the greatest number at a given historical moment.

The "quasi political and moral unity"⁴⁴ proper to law of nations actually constitutes a necessarily relative unity on account of the historical evolution of humanity, for it remains in part dependent on the sovereignty of each State. Nevertheless, the law of nations historically reinforces the ontological principle of human sociability and the anthropological principle of human

⁴² SUÁREZ, *supra* note 2, at 462 ("All these precepts are issued according to a particular necessity of nature and God, as the creator of nature; and they tend toward an identical end which is, without question, the legitimate conservation and natural perfection or happiness of human nature. Consequently, everything among them belongs to the natural law.").

⁴³ *Id.* at 604-05.

⁴⁴ *Id.* at 627.

interaction. Its theorization is based on the concept of *universitas*⁴⁵ from the Middle Ages, a sign of an ontology of totality—of *totus orbis*—comprising humanity as the synthesis of the entirety of peoples constituted in States. The movement of the multitude of peoples in historical evolution toward an association, organized within limits that respect the sovereignty of States, remains possible and desirable.

This reinforces historically the actuality of a universal human founded on the recognition of a nature common to all individuals, which constitutes them insofar as they are human beings. The Suárezian understanding of the law of nations brings out, in historical practice, the effects of this understanding of the human being at the intersection of the heritage of Stoical anthropology and Christian thought which structures a universal community of the human race expressing a specific entity: that of being-in-common. It aims at promoting a representation of humanity, which only becomes legitimate by being theorized in the universal. This leads to the successful realization of the process of the substitution of *universitas* for the cosmos of Antiquity in order to advance, starting from reference to the divine order, a dimension of politics proper to the whole, and a global conception of humanity. With the law of nations there emerges the fact that humanity is no longer a part of the whole; it is henceforth on the way toward being identifiable with a whole in becoming what, by its own law, it is in itself.

The law of nations, on the one hand, confirms the relative dimension of the legitimacy of the State's power and, on the other hand, it frees the State from historical isolation and introduces it into a community of law residing in the unity of the human race. Its exact function is understandable from an international political order and it is likewise differentiated on this point from the civil law.

The function of the civil law implies an act proper to the human will, consisting of that by which "men gather themselves into a body politic according to a social bond in order to assist each other in view of a political end."⁴⁶ Nevertheless, this "unity by itself"⁴⁷ is not historically accomplished; it requires the mediation of the law of nations. The theoretical framework is thus marked out in order to recall that human nature is historically incarnated into a multiplicity of States⁴⁸ and its intelligibility cannot be dissociated from

⁴⁵ See generally PIERRE MICHAUD-QUANTIN, *UNIVERSITAS: EXPRESSIONS DU MOUVEMENT COMMUNAUTAIRE DANS LE MOYEN-AGE LATIN* [UNIVERSITAS: EXPRESSIONS OF THE COMMUNITARIAN MOVEMENT IN THE LATIN MIDDLE-AGES] (1970).

⁴⁶ SUÁREZ, *supra* note 2, at 643.

⁴⁷ Vivès, *supra* note 5, ¶ 4, at 181.

⁴⁸ *Id.* ¶ 6 ("The totality of men has not reached integration into a single political body but it is rather divided into several States.").

its incarnation in the historical evolution. In conformity with the preceding anthro-theological deductions, it thus becomes necessary to invoke a law, which, by the character of its relative universality, distinguishes itself from all other laws. In this way, it is the expression of freedom and reason in history and not the product of a logical deduction from human nature, but it does not remain in this less historically advantageous to the affirmation of this same nature.

This relation to history allows for a refinement of the difference between the natural law and the law of nations. The object of the natural law is not comparable to the humanity historically comprised as a unity divided into States, but rather to the humanity ontologically grasped as a unity composed by the whole assembly of men; every man considered individually does not remain any less by himself a manifestation of his natural law. If one refers to the object of the law of nations, it is comparable to nations as members of humanity, its function being regulated in the historical evolution of international relations. It confirms the same aspect in its public dimension of striving to guarantee peace and justice in the inter-communitarian realm.

Historically, it seems that the precepts of the law of nations take on a character more general than those of the civil law. This is precisely because "the interest of the whole of humanity and conformity to the first and universal principles of nature"⁴⁹ are taken into account. Nevertheless, the necessity of such conformity would never overlook the mutability of the law of nations since "it depends on the consent of men."⁵⁰ Its prohibitions and positive precepts are in the same way affected as soon as it is stipulated that its rules cannot be derived from natural principles "by way of necessary and evident deductions."⁵¹ Also, the foundation of its obligation does not follow from pure reason but implies reference to a human obligation resting on custom.

If humanity encounters in itself the particularity with respect to the law of nations, how does it attain universality? How does it submit its decision to the truth of the natural law? An antinomy seems to appear between the diversity of the ways of being and human destiny; between the contingency of the given and the immutability of the first universal principles of nature. The understanding of the law of nations as an intermediary between the natural law and the civil law allows for a response. The distinction in the historical evolution within the law of nations leads to an agreement between diverse nations and universal law "by means of international customs and

⁴⁹ SUÁREZ, *supra* note 2, at 632.

⁵⁰ *Id.* at 635.

⁵¹ *Id.*

habits insofar as peoples in their mutual relations maintain a form of association and exchange."⁵² This opens the way to overcoming the aforementioned antinomy notably by reference to a political and moral unity of the human race.⁵³

The first law remains dependent on the particularity and customs of each people considered in an autonomous way. A State operates in this way by outlawing prostitution within its own territory.⁵⁴ With regard to the second, common to the whole of nations, it establishes the possibility of the universal in the very heart of the recognition of the particularity in the first law, confirmed by the impossibility of its total abrogation since it has as its origin "the authority of all the nations."⁵⁵ Thus follows the immunity of ambassadors, the respect for treaties and truces.

For Suárez, not only does history confirm that the well-being and preservation of humanity has never required the integration of men into a single political community,⁵⁶ but the power of instituting human laws has never been one and the same for all humanity.⁵⁷ History, since the fracturing of humanity into multiple communities, presents itself as a succession of events and a series of existences. Is it thus possible to grasp the totality of history in adopting a synthetic point of view on the multiplicity of its communities? What type of understanding could attain such a comprehension of history? The problem of the law of nations sketches the framework of a philosophy of history by showing from the start that there is no incompatibility between its nature and the fact of the history of societies, which have come to operate without a single political body, a single sovereign, and the temporal and spatial diversification of State structure.

This philosophy of history maintains that human history cannot be reduced to a pure juxtaposition of a multiplicity of States, on interests and divergent institutions; it must lead to the determination of a totality moving toward a better life in common, capable of assigning a meaning to the whole. This meaning is a search, in the function and the finality of the law of nations: to create the conditions of mutual assistance among nations in view of the conservation of peace and justice by means of common consensus and common laws⁵⁸ not reducible to the spheres of the natural law or positive

⁵² *Id.* at 636.

⁵³ *Id.* at 627.

⁵⁴ *Id.* at 637.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Vivès, *supra* note 5, ¶ 5, at 181.

⁵⁷ *Id.* ¶ 6.

⁵⁸ *Id.*

law. Thus, in this contractual logic, the form of the agreement constitutes the matter of civil law, the ethical requirement of observing this law reflects the natural law, and the freedom of passing such an agreement belongs to the sphere of the law of nations.

By way of these remarks, it is likewise fitting always to keep in mind the distinction between the intra-communitarian law of nations—comparable to a private and positive international law—and the inter-communitarian law of nations—comparable to a customary public law capable of establishing the meaning of the historical totality in a theological logic of salvation. Finally, one must emphasize that the natural law remains omnipresent in international relations since nations can only claim a limited and relative sovereignty with respect to moral persons.

For Suárez, as soon as one maintains that from the international perspective nations define themselves by their independence and their natural equality, the sole conceivable origin for a common law resides in the natural law. The distinction between the natural law and the law of nations does not lead to their separation; it leads to recognizing again the unavoidable character of the axiological priority of the first. Consequentially, the ethic that grounds the finality of the law of nations on the adequacy of the natural law ascribes ultimate value to it and guarantees the legitimacy of its integration into the universal teleological order. In return, the theological-political sphere confirms the existence of a link in the human world between the natural right, which the natural law determines in its immanent obligation, and the conventional agreements that human institutions establish. From another perspective, the law of nations reveals the complementarity between nature and convention for conceiving in a new way the extension of the ethico-political domain in history.

III. *The foundational heritage of Vitoria*

The source of such a historical-political construction of the law of nations is to be sought in the influence of Vitoria's theses. The analysis that he proposes of the law of nations first implies a reexamination of the definition of the jurist Gaius:⁵⁹ "One calls the law of nations that which natural reason has established among all peoples."⁶⁰ Now, for the term "man" present in the definition of Gaius, Vitoria substitutes that of

⁵⁹ JUSTINIAN, *Institutes*, in CORPUS IURIS CIVILIS bk. I, tit. I, ¶ 1 (Krueger ed., Lawbook Exchange, 7th ed. 2010) (1872).

⁶⁰ FRANCISCO DE VITORIA, LEÇON SUR LES INDIENS ET SUR LE DROIT DE GUERRE [LESSON ON THE INDIANS AND ON THE RIGHT OF WAR] 82 (Maurice Barbier trans., 1966).

“peoples,” carrying out in the same way a transition from the law of individuals or the law of private persons to the international law among different States or the law of public persons. This redefinition of the Roman concept of the law of nations lays out the theoretical conditions for the establishment of a regulating principle of the historical relations between nations. The redefinition assigns it a historical-political meaning, which sets the law apart by its identification—original to the whole of the juridical natural law—in order to open it to a cosmopolitical demand, the *Communitas totius Orbis*, understood as the universal community of peoples. And it integrates into this title both the relations of citizens to other nations as well as the duty of hospitality and the recognition of the fundamental human rights for individuals and for peoples.

Such a shift in Vitoria is connected to the process of deconstruction of the theocratic medieval order that it initiates by a separation of the spiritual ecclesiastical power and the temporal political power, not excluding their respective autonomy. The temporal power in its essence does not depend on pontifical delegation; in fact, it finds its basis in the natural law and the law of nations. The latter is defined by the scope of anthropology and history. On one side, this confirms the substitution of the medieval *Orbis Christianus* by the *Communitas totius Orbis*, and on the other side, reveals that the juridical meaning of the cosmo-political is inseparable from its cultural and moral realization. The progressive organization of citizens, as a historico-political system, has precisely as its bond a society of the assembly of nations or universal community. The principles of such a structuring are found in the natural law and the law of nations. For these complement one another in their universal and internationalist finality with respect to the imperatives of civil society, distinctive and founded on the dignity of the human person as the image of God and endowed with inalienable rights such as political and religious liberty.

The foundation of the law of nations in the natural law does not exclude allowing Vitoria to remove its origin from assent and agreement. As a result, one part of its juridical precepts belongs to the realm of the positive law. It is possible in this sense to invoke without contradiction a natural law of nations and a law of nations issued by an institutional will. A double semantic acceptance, formally considered, follows: the law of nations represents one of the subdivisions of law and constitutes a norm of reference in the invocation of the opposition of the natural law to the positive law. Considered from the point of view of content, it expresses a restricted domain of the juridical order—that of international law—and, as such, it encompasses the precepts of both the natural law and consensual positive

law. The way is thus opened for a natural right theory of international law. The latter involves a joint existence of a law of nations founded on private consent and a law of nations founded on the common consent of peoples and nations. Both oblige morally in conscience since they guarantee, according to their respective modality, the preservation of the natural law. The historical-political force of the law of nations comes from human agreement and consensus. The human race, insofar as it constitutes a republic in its own way, affirms its power to give just laws to all. It exists in the community of peoples, as it confirms—within the history of societies—a legislative ordering function of States living together.

Vitoria likewise invokes, as an extension of this perspective, a law of natural sociability and of free communication among all citizens and nations of the world. This allows for the origin of a distinct internationalist doctrine whose foundation resides, insofar as it has been determined, in the natural law and the law of nations. The universal community of the assembly of men constitutes an organic whole; a self-sufficient community capable of promoting the existence and progress of its members. The world in its entirety, which has been created by God and placed at the disposition of the human race, is the original site of all men. The universality of this natural condition signifies that all men, insofar as they reside in the world, possess by the same fact of being a law over all parts of the earth. Such a law cannot be abrogated by historical-political partitions instituted by human positive law. Thus, the partition of lands whether on the private or national level cannot pretend to abolish this natural law at the foundation of the relation between each man and the totality of the world.

Spatiality is actually promoted as a constitutive element of the world. It is precisely in reference to it that one can take hold of the human value of the world. The structure of the latter is rooted in human existence; that which implicates the *Communitas Orbis* is the same historical expression of the ontological and ethical character of the human. It is this that makes possible such an unlimited opening to every manifestation of the human. Whether one refers to the natural law or the law of nations, the fact of coming together and being near represents constitutive characteristics of being in the world. They manifest a more unexpected aspect of the spatiality of human existence in providing it the possibility of moving about in a universal juridical space.

Thus, the idea of the sociability of the totality of men is articulated by a series of rights and duties that must be universally respected: the right to the freedom of travel by land and by sea; the right to free communication between nations; the right to free commerce between peoples; and the right of citizenship, of emigration, and of living in common. Likewise, the

elements of nature—such as the air, water, forests, flowers, and sea—are common to the whole of humanity according to the natural law and the law of nations. Historically, this communication, a significant expression of international solidarity, takes on, in equal ways, the form of commercial exchanges between nations, most notably according to the principle of the freedom of the high sea.⁶¹ This liberty springs directly from the common possession of the entirety of the earth's surface. It responds in a practical way to the use that can be carried out by the right to what is given as the common possession of the human race. One such use for Vitoria is found in commerce, which brings about the reciprocal action between men made necessary by the spherical and limited space of the earth. This assumes that exchanges are established between them and they share in a peaceful reconciliation of nations. The international solidarity that is manifested by this is inseparable from a process of juridical generalization of exchanges, sharing in the historical construction of the international human society. The relations between States—with equal claim as the relations between individuals because they seek equilibrium in the conflict of interests—must be subjected to the regulating power of the law, without which the peace becomes precarious. After having contributed to the formation of each political community by access to self-sufficiency, communication contributes by extension to the genesis of a community of republics. For it synthesizes, by its actualization, the need for distributive justice and social justice in interstate relations.

Now the arrival of a higher political unity requires a harmony of wills which have their origin in the sovereign decision of each State. The thesis of the *Communitas Orbis* allows for precision on this point: neither papal power, nor the power of an emperor, whatever it may be, can pretend to possess the power to impose the unity of such a republic, for it exceeds the scope of their jurisdiction. The higher unity of such a *Communitas* must in fact rest on the recognition of a universal authority of the law of nations as the principle for the recognition of reciprocity and the factor of agreement.

In this sense, the principle of the equality of States appears as the extension of the equality of men and their right of self-determination. This presupposes the permanent reference to the common condition of men, implying a power proper to the whole group for appropriating the adequate means that permit the achievement of the objectives pursued by political association: namely the fulfillment of the highest possibilities of man,

⁶¹ See *id.* at 59, 83-84.

precisely by peace and justice.⁶² It involves invoking the common nature of men to promote a foundation of the temporal order (the political power being the natural law and not divine positive law, as with ecclesiastical power) on which the law of nations can rest without contradiction. And if Vitoria invokes a higher unity, it is because it is centered on the principle of the common universal good as the guiding norm of a peaceful world order indicating that the common good of a people must be subjected to the common international good.

Two historical higher forms designed for the integration of the political community can be brought forth; human coexistence could present a unity that establishes the totality both at once and in succession. The first form for Vitoria corresponds to the federation of Christian republics resting on their respective autonomy. The second refers to the community of human nature resting on the universal and effective authority of the law of nations, conceived as a conventional historical manifestation of the commandments derived from the natural law and integrating religious diversity and necessary cultural plurality.

CONCLUSION

To conclude, I hope I have underscored the importance of the interpretation adopted by Suárez according to which—following the heritage of Vitoria—international positive law rests on a double support: the natural law for the ethical legitimacy of its principles, and the law of nations for the possibility of the historical actualization of these principles. In this sense, the law of nations is to international positive law what the natural law is to civil law. In this perspective developed by the second scholasticism it belongs logically to the law, insofar as it is appropriate, to contribute to the actualization of the juridical evolution of humanity in the international order. As a consequence, Suárez confirms—following his illustrious predecessor, Francisco de Vitoria—that it is for our contemporary world to serve as the pioneer of such a theorization.

Translated from French by Robert L. Fastiggi

⁶² FRANCISCO DE VITORIA, *LEÇON SUR LE POUVOIR POLITIQUE* [LESSON ON POLITICAL POWER] 73-74 (Maurice Barbier trans., 1980) ("For the entire world, which forms, in a certain manner, one political community, has the power to make good and just laws for all, such as those found in the law of nations.").

LE DROIT DES GENS ET LE DEVENIR JURIDIQUE DE L'HUMANITÉ CHEZ SUÁREZ ET VITORIA

Jean-Paul Coujou

L'homme, pour Suárez, possède par sa nature raisonnable une destination politique qui n'est en mesure de s'accomplir qu'au cœur d'un ordre pacifique dans lequel l'ensemble des Etats, médiateurs de l'accomplissement d'une vie humaine, participent à une finalité commune qui les dépasse et dont, néanmoins, ils tireront profit. Par là même, la société internationale fait partie de la sphère du droit naturel en tant que condition de l'extériorisation des potentialités de la nature humaine; mais elle fait également apparaître au regard du devenir des sociétés humaines que le droit des gens appartient à la sphère du droit positif, puisqu'il ne devient effectif que par une volonté humaine s'efforçant de rendre adéquates les valeurs universelles du droit naturel aux variations historiques.

Ainsi, dans la constitution historique de toute communauté humaine, la coutume amène nécessairement à prendre en compte la séparation du droit humain en deux classes : le droit écrit et le droit non écrit⁶³ ; la coutume comme le droit des gens est commune à l'ensemble des peuples ; ils constituent deux pièces maîtresses dans la détermination du devenir juridique de la communauté humaine. Un point vient confirmer pour Suárez le lien historico-politique entre la coutume et le droit des gens : les préceptes du droit des gens doivent être différenciés des préceptes du droit civil parce qu'ils ne sont pas constitués par des lois écrites, mais par des coutumes, non spécifiques à tel ou tel pays, mais à la totalité ou à la quasi-totalité des nations.

Par conséquent, l'examen critique du droit des gens fait apparaître trois difficultés: 1°) celle de son origine qui confronte au problème de l'articulation entre la nature et de la convention, entre l'universalité du droit naturel et la particularité historique du droit positif, 2°) celle de son fondement qui requiert d'établir sa liaison et sa différenciation d'avec le droit naturel, et 3°) celle de sa finalité ouvrant à la constitution d'un devenir éthico-juridique de l'humanité qui en respecte la diversité.

⁶³ Suárez, *Des lois et du Dieu législateur. Livres I-II*, (désormais: *Des lois*) Paris, Dalloz, 2003, Introduction et traduction de Jean-Paul Coujou, II, 19, n. 6, p. 624 (*De legibus ac Deo legislatore, Opera Omnia* (désormais *O. O.*), éditions Vivès, Paris, 1856-1877, volume 5).

1. *Historicité de la coutume et du droit des gens*

Suárez insiste dans le *De legibus* sur le fait que la coutume et la loi civile n'en sont pas moins confrontées à leurs limites, dès lors qu'il s'agit de répondre au problème des relations interétatiques, puisqu'il n'est pas possible de faire l'économie de la référence du type de relations auquel l'ensemble des nations doit se conformer afin de permettre leur coexistence et d'en assurer la continuité. Il apparaît que les attributions réduites de la coutume et de la loi ne peuvent pas leur permettre d'assurer l'unité historique du genre humain⁶⁴. Ainsi le pouvoir des lois civiles n'a jamais été historiquement « *unique et identique pour la totalité universelle des hommes* »⁶⁵. La communauté humaine est à comprendre dans sa fondation et son institution à partir du principe de sa séparation en de multiples États, l'accord de l'humanité sur l'attribution à un chef unique d'un pouvoir universel s'avérant pour Suárez, illusoire ; quand bien même un tel pouvoir serait possible, il ne pourrait manquer d'être illégitime et source d'une tyrannie sans limites. « *Il n'est pas nécessaire pour la conservation ou le bien être naturel que tous les hommes se rassemblent dans une communauté politique unique* »⁶⁶. Le constat de cette division historico-politique en de multiples communautés justifie l'instauration d'un droit commun, le droit des gens, par lequel l'entraide et la préservation de la paix et de la justice deviennent effectifs par la médiation d'un consentement commun portant sur la reconnaissance de droits communs (Traités de paix, trêves, immunité des ambassadeurs, droit de fortification, captivité ... ainsi que le mentionnaient le *Digeste* et les *Étymologies* d'Isidore de Séville). Un tel droit « *a été institué par coutume et la tradition, plus que par disposition légale* »⁶⁷.

Par là est confirmée la division opérée par Suárez de la coutume morale en coutume universelle à dimension publique et en coutume particulière privée⁶⁸. La première catégorie comprend « *les coutumes de la totalité de l'univers qui constituent le droit des gens* »⁶⁹. La position aristotélicienne concernant la compréhension de l'État comme communauté autarcique pour justifiée qu'elle soit ne peut plus apparaître pour Suárez pertinente pour rendre raison de son devenir dans l'histoire⁷⁰. L'État

⁶⁴ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

⁶⁵ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 6.

⁶⁶ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 5.

⁶⁷ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 6.

⁶⁸ *De legibus*, O. O., volume 6, VII, 3, n. 7.

⁶⁹ *De legibus*, O. O., volume 6, VII, 3, n. 7.

⁷⁰ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

constitue une totalité englobée dans la totalité du genre humain puisqu'il n'est jamais qu'une expression partielle de cette communauté universelle. L'histoire des relations internationales révèle que l'État ne saurait être une entité ayant « *une autonomie absolue* »⁷¹, donc métaphysiquement existant en soi et par soi ; c'est dans une logique interétatique léguée par Vitoria qu'il convient de le penser, celle d'une « *association et échange commun* »⁷², d'une aide mutuelle, sans lesquels un plus grand bien-être et des progrès ne seraient pas concevables dans l'ordre du devenir humain. Les nations ne peuvent par conséquent faire l'économie de principes juridiques pour structurer rationnellement la nécessité d'échanges et d'associations mutuelles, confirmant en cela à la fois un principe politique propre à l'État : durer, et un principe métaphysique propre à l'exposition de la catégorie temporelle : durer signifie pour toute chose créée persévérer dans son existence qu'il s'agisse d'un individu, d'une communauté ou d'un État.

Cela suppose, pour qu'un tel avènement soit effectif, un établissement par la raison naturelle, mais également la médiation de la coutume. Historiquement, une analogie peut être établie : de même que la coutume s'avère source de droit, dans la communauté du genre humain, l'introduction du droit des gens s'est effectuée grâce à des coutumes. Ces dernières contribuent socialement à créer un accord avec la nature humaine de telle sorte que les principes du droit des gens soient aisément acceptables par tous. Le droit des gens présente également la forme d'un ensemble de préceptes et de manières de vivre qui, sans prétendre être étendus à la totalité du genre humain, n'a pas pour finalité immédiate un accord interétatique⁷³. Son établissement correspond à une juridiction interne à l'État conformément aux procédures constitutionnelles. Ainsi, on peut considérer que le fait de rendre un culte à Dieu est de l'ordre du droit naturel ; néanmoins, la détermination de sa modalité spécifique appartient à la sphère du droit divin positif, et selon l'ordre social, elle renvoie au droit civil ou privé.

Par conséquent, on en conclut pour Suárez que les coutumes universelles constitutives du droit des gens expriment un droit véritable et obligent à la manière d'une loi authentique⁷⁴. Un tel droit non écrit résulte d'une création de l'ensemble du genre humain. Le droit des gens tire sa force de son identification à une coutume, puissance humaine d'interaction dans le temps, sans que l'origine de cette même force ait pour fondement le seul droit naturel. L'histoire des sociétés, en fin de compte, ne fait que confirmer

⁷¹ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

⁷² *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

⁷³ *Des lois*, II, 19, n. 10, p. 628-629.

⁷⁴ *De legibus*, O. O., volume 6, VII, 3, n. 7.

que le droit des gens commun possède par là même une dimension naturelle, et il fait office de proto-loi sans être assimilable à une pure défaillance de la loi.

Conformément à ces remarques préliminaires, il appartient précisément au *ius gentium* (identifiable dans le droit romain au droit positif, en vigueur pour l'ensemble des hommes et élaboré par la raison humaine) de créer les conditions de l'unification historique du genre humain, malgré l'exigence rationnelle des calculs d'intérêts et l'impératif d'efficacité propres aux moyens mis en œuvre par toute politique que manifestent, à l'époque de Suárez, les guerres de conquête en Amérique et les guerres de conquête dans le nord de l'Europe. Car la division du genre humain en différents peuples et royaumes n'exclut pas l'existence persistante d'une « *unité spécifique du genre humain* » et d'une « *unité politique et morale* »⁷⁵.

Pour en comprendre l'enjeu, il s'avère d'emblée judicieux, malgré la reconnaissance d'une affinité entre le droit naturel et le droit des gens (à savoir qu'ils représentent tous deux un droit spécifique humain⁷⁶), d'exposer le fondement de leur différence afin d'éviter toute confusion entre ce qui est donné selon une nécessité intrinsèque et naturelle et ce qui, comme produit de l'histoire et de l'usage commun des peuples, ne peut prétendre à la nécessité d'une telle universalité. La levée de cette confusion est précisément destinée à retravailler la relation entre nature humaine et histoire. Le droit des gens est à rapprocher pour Suárez d'« *une passerelle entre le droit naturel et le droit humain bien qu'il soit plus proche du premier* »⁷⁷. En fait, contrairement au droit naturel, il ne prescrit rien de nécessaire par soi à la moralité de la pratique et n'interdit rien qui serait par soi intrinsèquement mauvais⁷⁸. Ainsi, comme le faisait remarquer Fray Luis de León⁷⁹, la liberté est de droit naturel, pourtant ce principe a été bouleversé avec l'introduction de l'esclavage par la coutume et le droit des gens. Ce qui est prescrit par le droit naturel ne peut être changé par les lois et les décrets des hommes. Le

⁷⁵ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

⁷⁶ *Des lois*, II, 17, n. 9, p. 605-607.

⁷⁷ *Des lois*, II, 17, n. 1, p. 596.

⁷⁸ *Des lois*, II, 17, n. 9, p. 606.

⁷⁹ Fray Luis de León, *De legibus o tratado de la leyes* (1571), introduction et édition critique par L. Pereña, CSIC, Madrid, 1963, V, n. 19, p. 74. Voir également Juan de la Peña, *De bello contra insulanos. Intervención de España en America*, introduction et édition critique par L. Pereña, V. Abril, C. Baciero, A. García, J. Barrientos y F. Maseda, CSIC, Madrid, 1982, I, 9, p. 163 : « L'esclavage fut introduit par le droit des gens et non par le droit naturel (... *servitus introducta est iure gentium, non autem iure naturali*) ».

droit naturel fondé sur les deux attributs de la nature humaine, la liberté et la raison, malgré sa dimension transhistorique, demeure soumis dans son accomplissement effectif, à l'arbitraire des volontés humaines et des rapports de forces historiques ; les institutions révèlent également que la loi humaine accorde des dispenses par rapport aux préceptes du droit naturel. Comme le rappelle Suárez⁸⁰, il existait selon le droit naturel une communauté des choses, pourtant les hommes ont instauré la propriété privée qui deviendra dans l'État une manifestation différente du droit naturel. Enfin, la liberté constitutive de l'être de l'homme selon le droit naturel peut apparaître dans bien des États diminuée, voire abolie par les lois humaines.

La confusion entre le droit naturel et le droit des gens est d'autant plus aisée à commettre pour Suárez que des points de convergence peuvent être légitimement déterminés entre eux. Ainsi, ils sont tous deux selon leurs modalités respectives, communs à l'ensemble des hommes. Leurs implications pratiques et leurs préceptes concernent uniquement la sphère humaine⁸¹. Enfin, ils contiennent l'un et l'autre « *des interdictions et des concessions ou permissions* »⁸².

Ces accords ne sauraient néanmoins dissimuler les différences morales qui fondent la clarté de leurs distinctions. 1°) Les préceptes affirmatifs propres au droit des gens ne fondent pas leur caractère obligatoire sur le fait qu'ils prescriraient ou interdiraient à la manière du droit naturel ce qui est bon ou mauvais en soi. Ces préceptes ne tirent pas de leurs objets l'origine de leur caractère obligatoire, ce qui sous-entend une inversion : car, contrairement au droit naturel, le droit des gens n'interdit pas une pratique immorale parce qu'elle est mauvaise, mais l'interdiction fait précisément qu'une telle pratique devient mauvaise. Il ne signifie pas seulement ce qui constitue un mal, mais il est constitutif de ce qui peut être qualifié de mal ; son interdiction a le pouvoir de rendre mauvais ce à quoi elle se rapporte. De tels préceptes sont extrinsèques et tributaires de la volonté et des conventions humaines. Selon cette orientation, est de droit naturel ce que la loi naturelle prescrit, ce qui équivaut à poser que pour la raison naturelle, cette prescription apparaît comme nécessaire à la rectitude morale⁸³. La loi naturelle représente par là même la norme ontologique inconditionnelle de la légitimité de l'action.

⁸⁰ Suárez, *Des lois*, II, 14, n. 2, p. 532.

⁸¹ *Des lois*, II, 17, n. 6, p. 602-603.

⁸² *Des lois*, II, 19, n. 1, p. 618.

⁸³ Les principes du droit naturel, ainsi que le rappelle Suárez, sont récapitulés de la sorte dans les *Institutes* de Justinien : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun le sien (*Honeste vivere, alterum non laedere, suum civique reddere*).

2°) Du fait même de son historicité, le droit des gens ne peut prétendre à une immutabilité comparable à celle du droit naturel. L'essence de ce dernier réside dans l'immutabilité de ses préceptes. Et une telle immutabilité se règle sur l'immutabilité de la nature humaine. D'une part, le droit naturel dans la totalité de ses préceptes, définit l'espace légitime de la pratique humaine pour qu'il ne soit pas en contradiction avec la caractéristique naturelle de l'homme. D'autre part, l'immutabilité de la nature humaine à laquelle il se réfère, représente une donnée universelle que l'humanité n'a pas le pouvoir de modifier. Il en résulte que les rapports socio-historiques devront actualiser cette immutabilité première, condition du déploiement de toute axiologie. La voix de la conscience en chacun de nous exprime précisément l'immanence référentielle de cette immutabilité corollaire d'une nécessité étrangère au droit des gens⁸⁴. À l'inverse, l'État a le pouvoir de modifier le droit des gens sur son propre territoire, précisément parce que les préceptes de ce dernier lorsqu'ils s'appliquent dans un État correspondent à « *un simple droit civil* »⁸⁵.

Ce rapprochement permet d'affiner la différence d'avec le droit naturel, car lorsque le droit des gens est en vigueur dans un État, il ne fait que rappeler sa dépendance par rapport à l'autorité et aux coutumes d'un peuple considéré abstraction faite des autres nations. Un tel droit peut être modifié intra-étatique sans rechercher un accord avec d'autres nations. Néanmoins, si ce droit est envisagé du point de vue interétatique, en tant qu'il est commun à la quasi totalité des nations et que son avènement suppose l'autorité de l'ensemble des peuples, la prétention à l'abroger indépendamment du consentement général, s'avère illusoire. Des exceptions légitimes à ce principe sont cependant constatables. Ainsi que le remarque Suárez, le droit des gens sur l'esclavage des prisonniers à l'issue d'une guerre juste a été aboli par l'Église et la chrétienté, « *cette règle n'étant pas observée en vertu d'une ancienne coutume ecclésiastique* »⁸⁶. Il devient alors également possible de marquer un autre ordre de différence concernant la question de la mutabilité : celui existant entre le droit des gens et le droit civil. Alors que les préceptes du droit civil peuvent faire l'objet d'une abrogation ou d'une modification intégrale, les règles du droit des gens ne feront l'objet que d'une dérogation partielle. L'examen de la question de la mutabilité permet de resituer en se démarquant de la tradition le droit des gens comme forme intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil⁸⁷. Il

⁸⁴ *Des lois*, II, 20, n. 7, p. 625.

⁸⁵ *Des lois*, II, 20, n. 7, p. 625.

⁸⁶ *Des lois*, II, 20, n. 8, p. 637.

⁸⁷ *Des lois*, II, 20, n. 10, p. 638.

s'accorde du point de vue de l'universalité avec le premier mais de manière limitative, puisqu'il est dérivé de principes naturels, sans l'être selon une nécessité absolue. Cette restriction confirme son accord avec le droit humain.

3°) Il convient enfin de dégager une différence, malgré leur apparente convergence (ils renvoient à des préceptes, des interdictions et des concessions), concernant la nature de l'universalité propre au droit des gens et au droit de nature. L'universalité de ce dernier se caractérise par son universalité et son absoluté. En effet, le droit naturel rejoint l'ontologie dans sa dimension de science universelle en comprenant l'humain selon une règle d'universalité. Il est au principe de la constitution d'une représentation universelle et abstraite de l'humain afin de fonder une équivalence de dignité entre les individus ; s'il cesse d'être observé, cela ne peut résulter que d'une perversion du rapport à la nature humaine. Quant au droit des gens, son universalité est telle qu'il appartient de remarquer qu'il n'est observé que par la quasi-totalité de nations⁸⁸, ce qui revient à reconnaître par là même qu'on n'assigne pas à ce droit une nécessité absolument intrinsèque et naturelle. « *Il s'avère suffisant – selon l'héritage d'Isidore de Séville – que presque toutes les nations convenablement organisées en fassent usage* »⁸⁹. La cessation de son observation dans un espace ou un temps donné ne contredit pas pour autant les principes de la nature humaine. Cela s'explique précisément parce que le droit des gens est « *tout simplement humain et positif* »⁹⁰ et qu'il a donc été « *institué non par la nature mais par les hommes* »⁹¹, le terme d'institution signifiant dans ce cas précis que ce sont les us et coutumes et non les écrits⁹² qui sont à l'origine de son introduction.

Non seulement on ne peut déduire de l'enracinement du droit des gens dans la coutume qu'il serait réductible à une pure production artificielle, mais il apparaît qu'il n'a précisément de sens que parce qu'il a pour assise ontologique et anthropologique l'existence d'une communauté naturelle entre les hommes. Une telle communauté exclut l'isolement du fait de la

⁸⁸ Suárez, *Des lois*, II, 19, n. 6, p. 624 : « (...) 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 ».

⁸⁹ *Des lois*, II, 19, n. 6, p. 625.

⁹⁰ *Des lois*, II, 19, n. 3, p. 619.

⁹¹ *Des lois*, II, 19, n. 6, p. 624.

⁹² *Des lois*, II, 19, n. 6, p. 624 : « (...) 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 ».

possession commune de l'ensemble de la surface terrestre ; l'humanité n'a d'effectivité et de sens que dans l'universalité dont une des manifestations concrètes est celle de la communication et du commerce mutuels⁹³, l'action réciproque entre les hommes étant rendue nécessaire par la forme sphérique de la terre ; cela implique que des échanges s'instaurent entre eux d'un bout à l'autre du monde. La notion de commerce englobe pour Suárez le fait général de la circulation et de l'échange sur une surface commune.

L'ensemble de ces analyses confirme dans la perspective suarézienne la légitimité et la nécessité de la division de la loi en loi naturelle et en loi positive et humaine⁹⁴. Conformément à la tradition juridique invoquée par Suárez, le droit des gens est effectivement défini dans le *Digeste* par Gaius⁹⁵ comme un ensemble de règles auquel se conforment *tous* les peuples et établi par la raison naturelle des choses, c'est-à-dire leur ordre naturel. C'est un droit essentiellement humain contrairement au droit naturel qui est commun aux hommes et aux animaux. Isidore de Séville avait précisément repris la division tripartite héritée du droit romain (*ius naturale, ius gentium, ius civile*) notamment d'Ulpien, pour assimiler le « *ius gentium* » aux institutions en usage dans la quasi-totalité des nations, abstraction faite de leur conformité ou non-conformité au droit naturel⁹⁶. Ce n'est qu'après une longue gestation théologique, juridique et philosophique menée notamment par saint Bonaventure et Alexandre de Halès⁹⁷, que le « *ius gentium* » sera considéré comme un droit naturel proprement humain.

2. *Le droit des gens, « passerelle » entre le droit naturel et le droit civil*

Historiquement, pour Suárez, le premier qui assigna une valeur spécifique au « *ius gentium* » fut Thomas d'Aquin⁹⁸. Selon ce dernier qui expose une théorie du droit des gens comme droit consuetudinaire s'appuie sur l'héritage des distinctions aristotéliennes concernant un droit naturel primaire et secondaire. Le premier renvoie au juste absolu possédant une valeur universelle, c'est-à-dire à la vertu morale de justice assimilée à une

⁹³ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

⁹⁴ *Des lois*, II, 19, n. 4, p. 622-623.

⁹⁵ *Digeste*, I, 1, loi 9 : « Ce que la raison naturelle établit chez tous les hommes, ce que toutes les nations observent, on l'appelle le droit des gens ».

⁹⁶ Suárez, *Des lois*, II, 19, n. 2, p. 618-619.

⁹⁷ Voir J.- M. Aubert, *Le droit romain dans l'œuvre de Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1955, ch. V, p. 97.

⁹⁸ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, édition coordonnée par A. Raulin, traduction A. M. Roguet, 4 volumes, Paris, Cerf, 1984-1986, II-II, Q. 57, a. 3.

disposition à préserver ou à restaurer l'égalité dans les rapports avec autrui, une telle égalité étant mathématiquement déterminée comme une moyenne, géométrique ou proportionnelle en ce qui concerne la justice distributive, arithmétique dans le cas de la justice commutative. Le deuxième se rapporte au juste politique en partie naturel et en partie légal. Il y a ainsi reconnaissance d'une immanence de la nature au juste politique conduisant à la nécessité de la détermination du contenu propre à la distinction entre le naturel et le légal.

L'articulation non-contradictoire entre le droit naturel et le droit des gens tirerait sa condition de possibilité de la thèse aristotélicienne selon laquelle il n'y a pas d'obstacle à poser le droit naturel comme variable sans que cette mutabilité le dessaisisse de sa spécificité de droit naturel tout en rendant intelligible le fait qu'un droit naturel ne soit pas toujours et identiquement le même. L'authentique droit naturel correspond à celui qui s'ajuste à une nature humaine essentiellement muable, ce qui revient à déduire que la mutabilité des lois n'est pas assimilable à un signe de leur artificialité mais que l'universalité abstraite exigeant quels que soient les lieux l'identité des lois, s'avère en définitive contre-nature.

Dans la droite ligne de cet héritage, Suárez maintient la division entre loi naturelle et positive. On remarquera à ce titre que les lois du droit des gens ne sont pas purement naturelles et selon la division invoquée, elles ne peuvent être que positives et humaines. Contrairement à la loi naturelle issue d'une évidence naturelle, le droit des gens découle de « *conclusions probables* » et de « *l'appréciation commune des hommes* »⁹⁹ ; le fait qu'il s'enracine dans la coutume en confirme la mutabilité¹⁰⁰, et c'est précisément en cela qu'il se différencie du droit naturel. Car ainsi que le manifeste le devenir historique, il n'y avait aucune nécessité pour la préservation et le progrès du genre humain que l'humanité composât une communauté politique unique¹⁰¹. L'empire romain lui-même n'a jamais exercé une

⁹⁹ Suárez, *Des lois*, II, 19, n. 4, p. 623.

¹⁰⁰ *Des lois*, II, 20, n. 6, p. 635-636 : « Le droit des gens est changeant parce qu'il dépend du consentement des hommes ». Et II, 19, n. 8, p. 626-627 : « (...) 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 lois> ».

¹⁰¹ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 5.

souveraineté totale sur les peuples sur lesquels il avait un pouvoir¹⁰². Le droit des gens confirme historiquement en ce sens qu'il n'y a pas eu de corps politique souverain dans l'humanité. Le constat d'une telle absence n'exclut pas la constitution d'une universalité relative (distincte de l'universalité absolue du droit naturel) correspondant à une unité communautaire en devenir à la recherche de l'instauration d'obligations réciproques.

Il apparaît néanmoins que 1°) les principes du droit des gens malgré leur universalité spécifique ne recouvrent pas une telle nécessité intrinsèque. 2°) Le droit des gens ne possède pas de valeur intrinsèquement morale et il ne lui est pas possible de prendre pour référence des conclusions nécessairement inférées de principes moraux. Les préceptes qu'impliquent ces derniers sont constitutifs du droit naturel¹⁰³. En effet : « *tout ce que l'on déduit des principes naturels par des raisonnements évidents, est également écrit dans le cœur humain* »¹⁰⁴. L'universalité dont relève le droit naturel est immanente à la nature humaine tout en induisant la référence à une origine transcendante. Elle s'avère donc absolue. Par différence, le trait dominant de l'origine du droit des gens réside dans le fait que les hommes ont historiquement institué ses préceptes dans la quasi-totalité de la communauté humaine. Cette universalité, lorsqu'on prend en considération le devenir socio-historique des peuples, est relative car elle ne repose pas sur une lecture de la nature humaine, mais sur la libre volonté et le consentement des hommes. Ces deux derniers éléments propres à sa dimension conventionnelle sont susceptibles de valoir pour l'ensemble de l'humanité, sans avoir pour autant une justification et un fondement identiques. Si le contenu du précepte du droit naturel correspond à ce qui est bon ou mauvais en soi, celui du droit des gens concerne ce qui est évalué comme tel en fonction d'un consentement commun. On en conclut que 1°) l'universalité du droit naturel est absolue car ce dernier se définit par son unicité et son immutabilité ; elle transcende la réalité politico-historique comme donnée constitutive de l'humanité de l'homme. 2°) L'universalité du droit des gens est relative du fait a) du caractère artificiel de son existence et, b) de sa provenance du consensus du plus grand nombre à un moment historique donné.

¹⁰² *De legibus, O. O.*, volume 5, III, 7, n. 4.

¹⁰³ *Des lois*, II, 7, n. 7, p. 462 : « (...) tous ces préceptes sont issus selon une nécessité particulière de la nature et de Dieu en tant que créateur de la nature, et ils tendent vers une fin identique qui est incontestablement la conservation légitime et la perfection naturelle ou le bonheur de la nature humaine. En conséquence, l'ensemble d'entre eux appartient au droit naturel ».

¹⁰⁴ *Des lois*, II, 17, n. 8, p. 604-605.

La « *quasi unité politique et morale* »¹⁰⁵ propre au droit est gens constitue effectivement une unité nécessairement relative du fait du devenir historique de l'humanité car elle reste en partie tributaire de la souveraineté de chaque État. Néanmoins, le droit des gens conforte historiquement le principe ontologique de la sociabilité humaine et celui anthropologique de l'interhumanité. Sa théorisation s'articule sur le concept d'*universitas*¹⁰⁶ légué par le Moyen Âge, signe d'une ontologie de la totalité, du *totus orbis* comprenant l'humanité en tant que synthèse de l'ensemble des peuples constitués en États. Le passage de la multitude des peuples dans le devenir historique à une association organisée dans la limite du respect de la souveraineté des États reste possible et souhaitable. Par là est historiquement confortée l'effectivité d'un universel humain fondé sur la reconnaissance d'une nature commune entre tous les individus qui les constitue en tant qu'êtres humains. La compréhension suarézienne du droit des gens dégage dans la pratique historique les effets de cette compréhension de l'être de l'humain, à la croisée de l'héritage de l'anthropologie stoïcienne et de la pensée chrétienne, qui structure une communauté universelle du genre humain exprimant une entité spécifique : celle d'un être-en-commun. Elle vise à la promotion d'une représentation de l'humanité qui ne devient légitime qu'à être théorisée dans l'universel. Cela induit l'aboutissement du processus de substitution de l'*universitas* au *cosmos* de l'Antiquité pour avancer à partir de la référence à l'ordre divin, une dimension du politique propre à la totalité et une conception globalisante de l'humain. Avec le droit des gens émerge le fait que l'humanité n'est plus une partie de la totalité, elle est désormais en voie d'être identifiable à une totalité en devenir qui est à elle-même sa propre loi.

Le droit des gens confirme d'une part la dimension relative de la légitimité du pouvoir de l'État, et d'autre part, il dégage ce dernier d'un isolement historique en l'introduisant dans une communauté de droit reposant sur l'unité du genre humain. Sa fonction est précisément intelligible à partir d'un ordre politique international et se différencie également sur ce point du droit civil. La fonction du droit civil impliquant un acte propre de la volonté humaine, consiste à ce que « *les hommes s'intègrent dans un corps politique selon un lien social afin de s'entraider en vue d'une fin politique* »¹⁰⁷. Néanmoins, cette « *unité par soi* »¹⁰⁸ n'est pas historiquement

¹⁰⁵ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

¹⁰⁶ Voir P. Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Age Latin*, Paris, Vrin, 1970.

¹⁰⁷ Suárez, *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 4.

¹⁰⁸ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 4.

accomplie, elle requiert la médiation du droit des gens. Le cadre théorique est ainsi tracé pour rappeler que la nature humaine s'est historiquement incarnée dans une multiplicité d'États¹⁰⁹ et que son intelligibilité est indissociable de son incarnation dans le devenir historique. En conformité avec les précédentes déductions anthropo-théologiques, il devient alors nécessaire d'invoquer un droit qui, par le caractère de son universalité relative, se distingue de l'ensemble des autres droits. Il est ainsi l'expression de la liberté et de la raison dans l'histoire et non le produit d'une déduction logique à partir de la nature humaine, il n'en reste pas moins historiquement profitable à l'affirmation de cette même nature.

Ce rapport à l'histoire permet d'affiner la différence entre le droit naturel et le droit des gens. L'objet du premier n'est pas assimilable à l'humanité comprise historiquement comme une unité divisée en États mais bien à l'humanité ontologiquement saisie comme une unité composée par l'ensemble des hommes ; tout homme considéré individuellement n'en reste pas moins par lui-même manifestation de son droit naturel. Si l'on se réfère à l'objet du droit des gens, il est assimilable aux nations en tant que membres de l'humanité, sa fonction étant de réguler dans le devenir historique les relations interétatiques ; il s'affirme par là même dans sa dimension publique en recherchant à garantir la paix et la justice dans l'espace intercommunautaire.

Historiquement, il apparaît que les préceptes du droit des gens revêtent un caractère plus général que ceux du droit civil, précisément parce que « *l'intérêt de l'ensemble de l'humanité et de la conformité aux principes premiers et universels de la nature* »¹¹⁰ sont pris en compte. Néanmoins, la nécessité d'une telle conformité ne saurait passer sous silence la mutabilité du droit des gens puisqu' « *il dépend du consentement des hommes* »¹¹¹. Ses interdictions et ses préceptes positifs en sont par là même affectées dès lors qu'il a été posé que ses règles ne peuvent être dérivées des principes naturels « *au moyen de déductions nécessaires et évidentes* »¹¹², et que le fondement de son obligation ne découle pas de la pure raison mais implique la référence à une obligation humaine reposant sur la coutume.

Or si l'humanité rencontre en elle-même la particularité avec le droit des gens, comment accède-t-elle à l'universalité ? Comment soumet-elle sa

¹⁰⁹ *De legibus, O. O.*, volume 5, III, 2, n. 6: « La totalité des hommes n'est pas parvenue à s'intégrer dans un corps politique unique, mais elle s'est plutôt divisée en plusieurs États ».

¹¹⁰ *Des lois*, II, 20, n. 2, p. 632.

¹¹¹ *Des lois*, II, 20, n. 6, p. 635.

¹¹² *Des lois*, II, 20, n. 6, p. 635.

décision à la vérité du droit naturel ? Une antinomie semble apparaître entre la diversité des manières d'être et l'unité de la destination humaine, entre la contingence du donné et l'immutabilité des premiers principes universels de la nature. La compréhension du droit des gens comme intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil doit permettre d'y répondre. La distinction dans le devenir historique entre le droit des gens induisant un accord entre diverses nations et un droit des gens 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* »¹¹³ ouvrirait la voie au dépassement de l'antinomie évoquée notamment à partir de la référence à une unité politique et morale du genre humain¹¹⁴. Le premier droit reste tributaire de la particularité et des coutumes de chaque peuple considéré de manière autonome ; ainsi un État est en mesure de décréter la non-tolérance de la prostitution sur son territoire¹¹⁵. Quant au second, commun à l'ensemble des nations, il fonde la possibilité d'un universel au cœur même de la reconnaissance de la particularité dans le premier droit, confirmée par l'impossibilité de son abrogation totale puisqu'il a pour origine « *l'autorité de l'ensemble des nations* »¹¹⁶, ainsi l'immunité des ambassadeurs, le respect des traités de paix et des trêves.

Non seulement l'histoire confirme pour Suárez que la conservation ou le bien-être de l'humanité n'ont jamais requis l'intégration des hommes dans une communauté politique unique¹¹⁷, mais le pouvoir d'instaurer des lois humaines « *ne fut jamais unique et identique pour la totalité de l'humanité* »¹¹⁸. L'histoire, à partir du fractionnement de l'humanité en de multiples communautés, se présente comme une succession d'événements et une série d'existences. Est-il alors de saisir la totalité de l'histoire en adoptant un point de vue synthétique sur la multiplicité de ces communautés ? A quel type d'intelligibilité peut faire accéder une telle compréhension de l'histoire ? La problématique du droit des gens esquisse le cadre d'une philosophie de l'histoire en montrant tout d'abord qu'il n'y a pas incompatibilité entre sa nature et le constat de l'histoire des sociétés qui vient d'être effectué (absence d'un corps politique unique, d'un souverain unique et diversification temporelle et spatiale de la structure étatique). Cette philosophie de l'histoire suppose que l'histoire humaine soit irréductible à

¹¹³ *Des lois*, II, 20, n. 7, p. 636.

¹¹⁴ *Des lois*, II, 19, n. 9, p. 627.

¹¹⁵ *Des lois*, II, 20, n. 7, p. 637.

¹¹⁶ *Des lois*, II, 20, n. 8, p. 637.

¹¹⁷ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 5.

¹¹⁸ *De legibus*, O. O., volume 5, III, 2, n. 6.

une pure juxtaposition d'une multiplicité d'États, d'intérêts et d'institutions divergentes ; elle doit conduire à la détermination d'une totalité en mouvement vers un mieux vivre en commun susceptible d'assigner un sens à l'ensemble. Cette signification est à rechercher dans la fonction et la finalité du droit des gens : créer les conditions d'une aide mutuelle entre les nations en vue de la conservation de la paix et de la justice et cela au moyen d'un consentement commun et de lois communes¹¹⁹ non réductibles à la sphère du droit naturel ou du droit positif. Ainsi, dans cette logique contractuelle, la forme de l'accord constitue la matière du droit civil, l'exigence éthique d'observation de cet accord renvoie au droit naturel et la liberté de passer un tel accord appartient à la sphère du droit des gens.

En fonction de ces remarques, il convient également de toujours garder à l'esprit la distinction entre le droit des gens intracommunautaire assimilable à un droit international privé et positif et le droit des gens intercommunautaire assimilable à un droit coutumier public susceptible de fonder la signification de la totalité historique dans une logique théologique du salut. Il faut enfin souligner que le droit naturel demeure omniprésent dans les relations internationales puisque les nations ne peuvent prétendre en tant que personnes morales qu'à une souveraineté limitée et relative.

À partir du moment où pour Suárez on pose que selon la perspective interétatique les nations se définissent par leur indépendance et leur égalité naturelle, la seule origine concevable à une loi commune résidera dans la loi naturelle. La distinction entre le droit naturel et le droit des gens n'induit pas leur séparation, elle amène à reconnaître une nouvelle fois le caractère incontournable de la priorité axiologique du premier. Par voie de conséquence, l'éthique qui fonde la finalité du droit des gens sur l'adéquation au droit naturel lui attribue sa valeur ultime et en garantit la légitimité en l'intégrant dans l'ordre téléologique universel. En retour, la sphère théologico-politique confirme l'existence d'un lien dans le monde humain entre le droit naturel que la loi naturelle détermine en son obligation immanente et les accords conventionnels que les institutions humaines établissent. Le droit des gens révèle, à la lumière d'une autre perspective, la complémentarité entre nature et convention pour penser à nouveaux frais l'extension du domaine éthico-politique dans l'histoire.

¹¹⁹ *De legibus, O. O.*, volume 5, III, 2, n. 6.

3. *L'héritage fondateur de Vitoria*

La source d'une telle construction historico-politique du droit des gens est à rechercher dans l'influence des thèses de Vitoria. L'analyse qu'il propose du droit des gens implique au préalable un réexamen de la définition du jurisconsulte Gaius¹²⁰ : « *On appelle droit des gens ce que la raison naturelle a établi entre tous les peuples* »¹²¹. Or Vitoria substitue au terme « homme » présent dans la définition de Gaius, celui de « peuples », opérant par là même une transition du droit des individus ou droit des gens privé au droit international entre les différents États ou droit des gens public. Cette redéfinition du concept romain du droit des gens met en place les conditions théoriques de l'instauration d'un principe régulateur des relations historiques entre les nations ; elle lui assigne une signification historico-politique qui se démarque de son identification originelle à l'ensemble de la loi naturelle juridique, pour l'ouvrir à une exigence cosmopolitique, la *Communitas totius Orbis*, comprise comme communauté universelle des peuples. Et elle intègre à ce titre aussi bien les relations des citoyens aux autres nations que le devoir d'hospitalité et la reconnaissance des droits humains fondamentaux pour les individus et pour les peuples.

Un tel déplacement s'articule chez Vitoria au processus de déconstruction de l'ordre théocratique médiéval qu'il initie par l'instauration d'une séparation entre le pouvoir spirituel ecclésiastique et le pouvoir temporel politique qui n'exclut pas leur autonomie respective. Le pouvoir temporel dans son essence ne dépend pas de la délégation pontificale, il trouve en fait son assise dans le droit naturel et dans le droit des gens. Ce dernier, circonscrit dans le cadre de l'anthropologie et de l'histoire, confirme d'une part, la substitution de l'*Orbis Christianus* médiéval par la *Communitas totius Orbis*, et d'autre part, révèle que la signification juridique du cosmopolitisme est indissociable de sa réalisation culturelle et morale. L'organisation progressive des citoyens en tant que système historico-politique a précisément pour lien une société de l'ensemble des nations ou communauté universelle. Les principes d'une telle structuration sont à rechercher dans le droit naturel et le droit des gens. Car ces derniers se complètent en leur finalité : universelle et internationaliste eu égard aux impératifs des sociétés civiles, particulière et fondée sur la dignité de la personne humaine comme image de Dieu et détentrice de droits inaliénables comme la liberté politique ou religieuse.

¹²⁰ *Institutes*, I, I, c. 2, éd. Krueger, t. I, p. 1.

¹²¹ Vitoria, *Leçon sur les Indiens et sur le droit de guerre*, Droz, Genève, 1966, traduction par M. Barbier, III^e partie, n. 231, p. 82.

La fondation du droit des gens dans le droit naturel n'exclut pas d'admettre pour Vitoria d'en dégager la genèse à partir du consentement et du pacte ; il en résulte qu'une partie de ses préceptes juridiques appartient à la sphère du droit positif. Il est possible en ce sens d'invoquer sans contradiction un droit des gens naturel et un droit des gens issu d'une volonté institutionnelle. Une double acception sémantique en découle car considéré formellement, le droit des gens représente l'une des subdivisions du droit et constitue une norme de référence dans l'invocation de l'opposition du droit naturel au droit positif. Envisagé du point de vue du contenu, il exprime un domaine restreint de l'ordre juridique, celui du droit international et, en tant que tel, il englobe les préceptes soit de droit naturel, soit de droit positif consensuel. La voie est ainsi ouverte pour l'émergence d'une théorie jusnaturaliste du droit international. Cette dernière implique l'existence conjointe d'un droit des gens fondé sur le consentement privé et un droit des gens fondé sur le consentement commun des peuples et des nations. L'un et l'autre obligent moralement en conscience puisqu'ils assurent selon leur modalité respective la préservation du droit naturel. La force historico-politique du droit des gens provient du pacte et du consensus humain, et le genre humain en tant qu'il constitue à sa manière une république affirme son pouvoir de donner des lois justes à tous. Il existe dans la communauté des peuples comme le confirme l'histoire des sociétés une fonction législative régulatrice du vivre-ensemble des États.

Vitoria invoque également en tant que prolongement de cette perspective, un droit de sociabilité naturelle et de libre communication entre l'ensemble des citoyens et des nations du monde permettant la genèse d'une doctrine internationaliste spécifique dont le fondement réside ainsi qu'il a été déterminé dans le droit naturel et le droit des gens. La communauté universelle de l'ensemble des hommes constitue un tout organique, une communauté autosuffisante capable de faire exister et progresser ses membres. Le monde en son intégralité tel qu'il a été créé par Dieu et mis à la disposition du genre humain est le site originel de tous les hommes. L'universalité de cette condition naturelle signifie que tout homme en tant que résident du monde possède par le fait même d'être un droit sur l'ensemble des parties de la terre ; un tel droit ne peut être abrogé par les répartitions historico-politiques instituées par le droit humain positif. Ainsi, la répartition des terres tant au niveau privé que national ne peut prétendre abolir ce droit naturel au fondement de la relation entre chaque homme et la totalité du monde ; la spatialité est effectivement promue comme un élément co-constituant du monde. C'est précisément en référence à lui que l'on peut saisir la valeur humaine de ce monde. La structure de ce dernier est enracinée

dans l'existence humaine, ce qui implique que la *Communitas Orbis* est l'expression même historiquement du caractère ontologique et éthique de l'humain. Elle est ce qui rend possible en tant qu'ouverture indéfinie toute manifestation de l'humain. Que l'on se réfère au droit naturel ou au droit des gens, le fait de se rapprocher et de se situer représente des caractères constitutifs de l'être dans le monde ; ils manifestent un aspect plus inattendu de la spatialité de l'existence humaine en lui attribuant la possibilité de se mouvoir dans un espace juridique universel.

Ainsi, l'idée de sociabilité de la totalité des hommes s'articule à une série de droits et de devoirs devant être universellement respectés : le droit à la liberté de circulation par terre et par mer, le droit à la libre communication entre les nations, le libre commerce entre les peuples et le droit à la citoyenneté, à l'émigration et au vivre-en-commun. Egalement, les éléments de la nature comme l'air et l'eau, les forêts, les fleuves et la mer sont communs à l'ensemble des hommes selon le droit naturel et le droit des gens.

Historiquement, cette communication, expression significative de la solidarité internationale, revêt également la forme d'échanges commerciaux entre les nations, notamment selon le principe de la liberté de la haute mer¹²². Cette liberté est directement issue de la possession commune de l'ensemble de la surface terrestre. Elle répond de manière pratique à l'usage pouvant être effectué du droit à ce qui est donné appartenant en commun au genre humain. Un tel usage consiste pour Vitoria dans le commerce, ce qui induit que l'action réciproque entre les hommes rendue nécessaire par l'espace sphérique et limité de la terre, suppose que des échanges s'instaurent entre eux et qu'ils participent à un rapprochement pacifique entre les nations. La solidarité internationale qui s'y manifeste est indissociable d'un processus de généralisation juridique des échanges participant à la construction historique de la société internationale humaine. Les relations entre les États, au même titre que les relations entre les individus, parce qu'elles recherchent l'équilibre dans le conflit des intérêts, doivent être soumises au pouvoir régulateur du droit sans lequel la paix devient précaire. Après avoir contribué à la formation de chaque communauté politique par l'accès à l'autosuffisance, la communication contribue par extension à la genèse d'une communauté des républiques. Car elle synthétise par son actualisation l'exigence de justice distributive et de justice sociale dans les rapports interétatiques.

¹²² Vitoria, *Leçon sur les Indiens*, (*op. cit.*) 3^o titre, p. 59, et 3^o partie, 1^o titre, p. 83-84.

Or l'avènement d'une unité politique supérieure requiert un accord des volontés qui a pour origine la décision souveraine de chaque État. La thèse de la *Communitas Orbis* permet d'apporter une précision sur ce point : ni le pouvoir papal, ni le pouvoir d'un empereur quel qu'il soit, ne peuvent prétendre détenir le pouvoir d'imposer l'unité d'une telle république car elle excède les cadres de leur juridiction. L'unité supérieure d'une telle *Communitas* doit en fait prendre appui sur la reconnaissance d'une autorité universelle du droit des gens comme principe de reconnaissance de l'altérité et facteur de concorde. En ce sens, le principe de l'égalité des États apparaît comme le prolongement de l'égalité des hommes et de leur droit d'autodétermination. Cela suppose la référence permanente à la condition commune des hommes impliquant un pouvoir propre à tout groupe de s'approprier les moyens adéquats permettant d'atteindre les objectifs poursuivis en s'associant politiquement, à savoir l'accomplissement des plus hautes possibilités en l'homme, précisément par la paix et la justice¹²³. Il s'agit en invoquant la nature commune des hommes de promouvoir un fondement d'ordre temporel (le pouvoir politique étant de droit naturel et non de droit divin positif, comme le pouvoir ecclésiastique) sur lequel puisse s'appuyer sans contradiction historique le droit des gens. Et si Vitoria invoque une telle unité supérieure, c'est parce qu'elle s'articule au principe du bien commun universel comme norme directrice d'un ordre pacifique mondial induisant que le bien commun d'un peuple doit être assujéti au bien commun international.

Deux formes supérieures historiquement concevables de l'intégration de la communauté politique peuvent être dégagées ; la coexistence humaine y présenterait une unité fondant la totalité à la fois dans l'instant et dans la succession. La première forme correspond pour Vitoria à la fédération des républiques chrétiennes s'appuyant sur leur autonomie respective ; la deuxième renvoie à la communauté du genre humain reposant sur l'autorité universelle et effective du droit des gens compris comme une manifestation historique conventionnelle des commandements dérivant du droit naturel et intégrant la diversité religieuse et la nécessaire pluralité culturelle.

Pour conclure, en fonction de l'héritage de Vitoria, on comprend ainsi la ligne d'interprétation adoptée par Suárez selon laquelle le droit international positif repose sur un double socle : le droit naturel pour la

¹²³ Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, 1980, traduction M. Barbier, § 21, pp. 73-74 : « Car le monde entier, qui forme, d'une certaine manière, une seule communauté politique, a le pouvoir de faire des lois justes et bonnes pour tous, comme celles qui se trouvent dans le droit des gens ».

légitimité éthique de ses principes et le droit des gens pour la possibilité de leur actualisation historique. En ce sens, le droit des gens est au droit international positif ce que le droit naturel est au droit civil. Dans cette perspective élaborée par la seconde scolastique, il appartient logiquement à la loi afin d'y être en adéquation, de contribuer dans l'ordre intra-étatique à l'effectivité du devenir juridique de l'humanité. Vitoria et Suárez confirment par conséquent qu'ils sont pour notre monde contemporain les pionniers d'une telle théorisation.

Abstract/Résumé:

La problématique du droit des gens chez Vitoria et Suárez en tant que pièce maîtresse de la constitution du devenir juridique de l'humanité, fait apparaître trois difficultés centrales: 1°) celle concernant la liaison entre l'universalité du droit naturel et la particularité historique du droit positif, 2°) celle de la justification du lien et de la différence entre le droit des gens et le droit naturel, 3°) celle de la nécessaire mise en place d'un devenir éthico-juridique de l'humanité qui en respecte les multiples incarnations historiques et culturelles.

Vitoria et Suárez, par leur volonté commune de répondre à ces interrogations, ouvrent la voie pour la modernité à la fondation juridique et éthique des droits humains d'un point de vue cosmopolitique.