

SUÁREZ (1548-1617) ET GROTIUS (1583-1645). DU DROIT
NATUREL AU DROIT DES GENS.
HISTOIRE ET DEVENIR HUMAIN

SUÁREZ (1548-1617) AND GROTIUS (1583-1645). FROM NATURAL LAW TO
THE LAW OF NATIONS. HISTORY AND HUMAN BECOMING

JEAN-PAUL COUJOU¹

Abstract: In the articulation proposed by Suarez (1548-1617) and Grotius (1583-1645) between natural law, the law of nations and civil law, the foundation and future of positive human law - politically and historically expressed by the latter two - are at stake, since natural law, because it manifests an origin that exceeds the human will, can only be an invariably just principle. For Suarez, this issue is ontological and political, since it is inseparable from the being of individuals and the specificity of their relationships, as well as from their insertion into the world order. For Grotius, from the point of view of the study and conduct of human practice, this issue is linked to a juridical anthropology whose object is human nature, the bonds that men are obliged to establish between themselves, and the different ways in which they arrange the human community in a given space. In this dual orientation, there is a shared commitment, based on the construction of a legal space, to collective life and the value to be attributed to it, as a fundamental act of existence, giving new meaning to the link between theory and practice.

Keywords: Anthropology, People's rights, Natural law, Equity, Justice, History, Liberty, Natural law, Politics.

Résumé: Dans l'articulation que proposent Suárez (1548-1617) et Grotius (1583-1645) entre le droit naturel, le droit des gens et le droit civil, se jouent le fondement et le devenir du droit positif humain politiquement et historiquement exprimés par les deux derniers,

Resumo: Na articulação que Suárez (1548-1617) e Grócio (1583-1645) propõem entre o direito natural, o direito internacional e o direito civil, estão em jogo o fundamento e o futuro do direito humano positivo, expresso política e historicamente por estes últimos dois,

¹ Professeur à l'Université catholique de Toulouse, membre de l'Institut Michel Villey, Paris. jp.coujou@wanadoo.fr ORCID: 0000-0003-4203-2652.

dès lors que le droit naturel parce qu'il manifeste une origine excédant la volonté humaine, ne peut être qu'un principe invariablement juste. Cet enjeu, chez Suárez, est ontologique et politique puisqu'il est indissociable de l'être des individus et de la spécificité de leurs relations, ainsi que de leur insertion dans l'ordre du monde. Pour Grotius, du point de vue de l'étude et de la conduite de la pratique humaine, cet enjeu s'articule à une anthropologie juridique qui a pour objet la nature humaine, les liens que les hommes sont contraints d'instaurer entre eux et les différentes manières dont ils aménagent, dans un espace donné, la communauté humaine. Dans cette double orientation, il y a un engagement commun, à partir de la construction d'un espace juridique, pour la vie collective, la valeur à lui conférer, comme acte fondamental de l'existence redonnant toute sa signification à la liaison entre la théorie et la pratique.

Mots-clés: Anthropologie, Droit des gens, Droit naturel, Équité, Justice, Histoire, Liberté, Loi naturelle, Politique.

ao ponto de a lei natural, por manifestar uma origem que excede a vontade humana, só poder ser um princípio invariavelmente justo. Por ser indissociável do ser dos indivíduos e da especificidade das suas relações, bem como também da sua inserção na ordem mundial, esta questão é, para Suárez, ontológica e política. Já para Grócio, e do ponto de vista do estudo e da condução da prática humana, ela está ligada a uma antropologia jurídica que tem por tema a natureza humana, os vínculos que os homens são obrigados a estabelecer entre si e as diferentes formas como organizam a comunidade humana num determinado espaço. Há um compromisso comum a estas duas orientações, o qual, partindo da construção de um espaço jurídico para a vida coletiva e do valor que lhe deve ser atribuído, enquanto ato fundamental da existência, acaba por conferir todo um novo sentido à relação entre teoria e prática.

Palavras-chave: Antropologia, Direito Internacional, Direito Natural, Equidade, Justiça, História, Liberdade, Direito Natural, Política.

Si l'on considère les deux textes majeurs sur la doctrine du droit naturel et du droit des gens publiés à quelques années d'intervalle par Suárez, *Des lois et du Dieu législateur* (1612)² et par Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*³ (1625), ils présentent pour ambition commune de constituer une théorie de l'État et de la puissance civile dans une perspective à la fois intra-étatique (référée aux conditions d'une existence publique pérenne rapportée au droit naturel et à la loi naturelle) et internationale (concernant la

² F. Suárez, *Des lois et du Dieu législateur. Livres I et II* (Paris: Dalloz, 2003). Et *Opera Omnia* (désormais *O. O.*), éditions Vivès, Paris, 1856–1877, Volume 5, *De legibus ac Deo legislatore (I–V)*, (1856) et Volume 6, *De legibus ac Deo legislatore (VI–X). De interpretatione, mutatione et cessatione legum humanorum*, (1856).

³ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (Caen: Bibliothèque de Philosophie Politique de l'Université de Caen, 1984), 2 volumes.

reformulation de la théorisation de l'articulation de la paix et de la guerre à partir du renouveau du contenu et de la finalité du droit des gens). Au regard des guerres de religion, des mutations sociales résultant de la mondialisation économique émergente après la découverte du Nouveau Monde, du conflit interminable entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel, de la crise de la théologie résultant du mouvement de la Réforme, de la question de la paix européenne et de l'influence de l'humanisme de la Renaissance, il faut répondre au défi que pose la nécessité de dépasser les imperfections de la science du droit de la nature et des gens telle qu'elle avait été élaborée jusqu'à présent. Une telle science non seulement n'a pu établir une doctrine achevée du droit non limitée au droit politique ou civil, mais elle ne s'est pas donné non plus les moyens de produire une théorie cohérente du droit international en mesure d'apporter une solution pratique au devoir rationnel de paix. Cet échec, pour Grotius, est indissociable d'une longue errance historique marquée: 1°) par la soumission à l'autorité des Anciens, notamment Platon et Aristote et à l'aveuglement vis-à-vis de leurs erreurs et de leurs obscurités, 2°) par les impasses suscitées par les subtilités superflues du droit romain dans la recherche des principes de l'équité naturelle prétendant réaliser une loi commune à l'ensemble des nations, 3°) par les prétentions de la puissance ecclésiastique à vouloir diriger la puissance souveraine. Par conséquent, s'il n'y a eu aucun progrès notable dans l'étude du droit de la nature et des gens, cela est dû, selon Grotius, au fait que les intérêts, les préjugés, la soumission inconditionnelle aux autorités théologiques et à la tradition juridique, ont fait obstacle aux pouvoirs révélateurs des lumières de la raison. Et si l'on considère l'héritage des scolastiques, la méthode dont ils ont pu faire preuve sur le sujet ne saurait dissimuler l'absence d'un fondement assuré dans l'établissement des principes et la perte du raisonnement dans des subtilités stériles; quant au courant réformateur, il s'est épuisé en controverses théologiques, tout en s'éloignant d'une recherche sérieuse sur la fonction et la finalité d'une science du droit⁴.

Au-delà de ces considérations préliminaires, la convergence de la perspective développée par Suárez et Grotius se traduit par une remise en question du fondement de la légitimité du pouvoir de droit divin et par la position d'une problématique du pacte social, tout en impliquant des modifications notables eu égard aux exigences théologico-politiques qui les accompagnent. En effet, pour Grotius, les controverses théologiques ont eu pour conséquence d'entraver le développement de la science juridique et jusnaturaliste susceptible d'incarner «la plus utile des sciences humaines mais malheureusement la plus négligée», ainsi que le formulait son traducteur, Jean Barbeyrac; son auteur a dans son œuvre «à cœur le bien de la société civile et du genre

⁴ Grotius, volume I, Préface, III.

humain»⁵ qui requiert, pour aboutir, le renouveau d'une telle science. Le projet directeur de Grotius, afin de répondre à cette ambition, serait dès lors de soustraire le droit naturel et le droit des gens, ainsi que «les principes universels du droit public»⁶, de l'équivocité et du désordre auxquels ils ont été jusqu'à présent soumis. Il est nécessaire de repenser les principes du rapport des particuliers entre eux, avec l'État et des États entre eux, pour qu'ils ne trouvent pas leur unique mesure dans la loi du plus fort⁷ ou l'intérêt des dominants. Ce fondement ne saurait non plus résider dans la coutume, incapable du fait de sa variabilité temporelle et géographique, ainsi que des difficultés liées à son interprétation, de rendre effective l'exigence d'universalité propre à «une règle commune à tous les hommes»⁸, d'autant plus qu'une coutume pouvant indifféremment incliner au bien ou au mal, n'est pas à même d'être érigée en principe moral et politique. Par conséquent, sur quel principe faire reposer le droit des peuples ou des États et que doit-être cet état juridique au regard de la situation récurrente de guerre comparable à un état sans loi ?

La nécessité de penser le droit des gens requiert la levée préalable de la difficulté liée à la triple origine possible à laquelle confronte l'examen de son historique: 1°) l'assignation de son fondement dans la nature, 2°) son établissement par les lois divines et 3°) son élaboration progressive par les coutumes à partir d'un consensus humain⁹. Tant pour Suárez que pour Grotius, la philosophie politique ne peut se limiter à déterminer la spécificité de l'état juridique entre les individus, sans traiter la question du droit des gens. Néanmoins, ces orientations, par les problématiques du droit naturel, de l'obligation contractuelle et du pacte social qu'elles mettent en jeu chez les deux auteurs, et des conséquences qui en découlent quant à l'articulation entre le droit et le fait, manifestent deux voies possibles concernant le rapport de l'homme à son devenir qui affecte en retour la signification à accorder à la dimension historico-politique du droit des gens. Ce dernier doit-il être identifié à un droit humain qui s'est étendu à l'ensemble des peuples de la terre alors même que, contrairement au droit naturel et au droit civil, on ne peut dire qu'il s'impose par la volonté d'un législateur ? Et si l'on considère le droit naturel et le droit des gens dans leur différence d'avec le droit civil, il apparaît également que les deux premiers ne sont pas élaborés par les personnes qu'ils obligent par leurs principes. Contrairement également au droit civil qui, dans sa création même, doit rechercher ce qui est utile à la communauté et s'interroger constamment sur la légitimité de ses principes, le droit

⁵ Grotius, II.

⁶ Grotius, II.

⁷ Grotius, *Discours préliminaire*, § III, 2.

⁸ Grotius, *Préface*, II.

⁹ Grotius, *Discours préliminaire*, § I, 1.

des gens lorsqu'il est reconnu au cours du temps inadapté à l'évolution historique des mœurs étatiques peut être soumis à transformation sans que ne soit en cela menacée la légitimité de son fondement et le droit naturel, quant à lui, par son caractère transhistorique, constitue le référent invariable à partir duquel se mesure la légitimité du droit civil et la justification de s'y conformer.

Dans l'articulation que proposent Suárez et Grotius entre le droit naturel, le droit des gens et le droit civil, se jouent le fondement et le devenir du droit positif humain politiquement et historiquement exprimés par les deux derniers, dès lors que le droit naturel parce qu'il manifeste une origine excédant la volonté humaine, ne peut être qu'un principe invariablement juste. Cet enjeu, chez Suárez, est ontologique et politique puisqu'il est indissociable de l'être des individus et de la spécificité de leurs relations, ainsi que de leur insertion dans l'ordre du monde. Pour Grotius, du point de vue de l'étude et de la conduite de la pratique humaine, cet enjeu s'articule à une anthropologie juridique qui a pour objet la nature humaine, les liens que les hommes sont contraints d'instaurer entre eux et les différentes manières dont ils aménagent, dans un espace donné, la communauté humaine. Dans cette double orientation, il y a un engagement commun, à partir de la construction d'un espace juridique, pour la vie collective, la valeur à lui conférer, comme acte fondamental de l'existence redonnant toute sa signification à la liaison entre la théorie et la pratique.

I) De l'ambiguïté du terme de «droit» à la nécessité de sa redéfinition

Que l'on considère l'orientation juridique de la seconde scolastique avec Suárez ou de l'École du droit naturel avec Grotius, le terme de «droit» ne peut manquer de confronter l'examen préalable qui l'accompagne à son équivocité sémantique. Tel est le point de départ de l'analyse suarézienne¹⁰ au commencement du *De legibus* qui précise la nécessité d'explicitier conjointement la spécificité du rapport du droit à la loi conçue comme ordonnancement légitime des actions humaines, c'est-à-dire expression d'une règle droite, mesure de la rectitude ou du bien agir; l'effet spécifique de la loi consiste à instaurer un lien en obligeant¹¹. La loi positive humaine n'existe que par une créature rationnelle et s'impose à elle, précisément parce qu'elle a une nature libre. Son existence n'exprime pas plus une absolue nécessité que celle de la créature¹², contrairement à la nécessité absolue manifestée par la loi éternel-

¹⁰ Suárez, *Des lois*, Livre I, 2.

¹¹ Suárez, 4, n. 3, 133: «(...) nous appelons loi ce qui a la force immédiate de mouvoir et d'obliger les sujets.»

¹² Suárez, 3, n. 2, 115.

le. Et parce que l'homme est une créature intellectuelle, il est capable d'être dirigé moralement, ce qui suppose la médiation d'un commandement et, par conséquent, d'un supérieur. La source de ce questionnement est à la fois de nature théologique et ontologique. La créature est définie comme un étant qui a été tiré du néant; le constat de cette finitude doit être étendu à l'ordre pratique puisqu'elle est «susceptible d'être inclinée vers le bien ou vers le mal.»¹³ La raison d'être de la loi consiste dès lors à orienter l'homme vers le bien et à l'éloigner du mal afin qu'il puisse exister et agir en adéquation avec sa nature libre et raisonnable. Et une telle nature au regard des possibilités qu'offre la pratique humaine et des limites à imposer à l'exercice de la liberté humaine, fonde l'obéissance inconditionnelle à la loi.

Quant au terme *ius*, du fait de la polysémie révélée par l'historique de son usage, il pose à son interprète la question de la délimitation de son contenu. En effet, il désigne soit la chose juste considérée en elle-même, soit la technique de discernement du juste, soit l'espace où la justice est prononcée, soit la décision de justice rendue par le juge.¹⁴ Conformément à l'étymologie traditionnellement admise, il convient pour Suárez d'attribuer trois origines à la signification du terme «*ius*». 1°) *Ius* proviendrait de «*iuxta*», à savoir littéralement «ce qui est près de», ce qui s'expliquerait par le fait que dans l'usage, il exprimerait ponctuellement l'idée d'une égalité rapportée à une charge ou à une action. Il s'agit d'écarter cette explication parce qu'elle est aléatoire et abusive. 2°) En référence au droit romain, *ius* dériverait du verbe «*iubere*», (commander, ordonner) impliquant une identification entre la personne qui ordonne et le fait, par là même, d'incarner le droit. 3°) *Ius* découlerait de *iustitia* selon Ulpien¹⁵, même s'il est possible, inversement, de poser que l'on qualifie de juste ce qui est conforme au droit, de telle sorte que la justice est déterminée relativement au droit parce qu'elle octroie à chacun ce qui lui est dû¹⁶. Il faut s'appuyer pour Suárez sur les étymologies 2 et 3, quitte à les préciser et à les rectifier; cela permettra de mettre à jour deux significations directrices à reconnaître au terme «droit».

Premièrement, *ius* désigne le juste et l'équitable, à savoir l'objet même de la justice¹⁷. On sera ultérieurement confronté à la question de savoir si la justice résulte d'un pacte entre les hommes ou si elle représente une vertu spécifique dont le fondement excèderait tout calcul délibératif concernant les intérêts ou les avantages que l'on pourrait en retirer, qu'ils concernent les relations aux biens ou aux personnes. Le terme *iustitia*, à son tour, présente

¹³ Suárez, 116.

¹⁴ Thomas d'Aquin, *Somme théologique* (Paris: Cerf, 1984–1986), II^a–II^{ae}, Q. 57, art. 1.

¹⁵ *Digesta*, 1, 1, (1, 1).

¹⁶ *Digesta*, 1, 1, 10, (1, 29).

¹⁷ Suárez, *Des lois*, Livre I, 2, n. 4, 103.

deux significations: 1^o) il désigne d'un point de vue général une vertu, étant donné qu'il appartient précisément à toute vertu d'être articulée à l'équité (comme correctif de la généralité de la loi selon la définition aristotélicienne) et d'en permettre la réalisation. Il a, en ce sens, une extension à la fois éthique et politique car il renvoie à une disposition à être et à agir avec autrui¹⁸. Il convient néanmoins de le différencier de la loi puisque le *ius* est ce que la loi prescrit ou circonscrit, eu égard à la légitimité du pouvoir d'agir; la loi fonde le droit en le délimitant. 2^o) Il acquiert également une signification relative à une vertu particulière consistant à attribuer à chacun le sien (ce qui correspond, rappelle Suárez, à la signification la plus usitée) tout en exprimant une nécessité de l'institution politique. C'est précisément ce que rappelait Thomas d'Aquin par la distinction qu'il établissait entre justice particulière et justice générale: «La justice a pour but de régler nos rapports avec autrui, et cela de deux manières: soit avec autrui considéré individuellement, soit avec autrui considéré socialement, c'est-à-dire en tant que le serviteur d'une communauté sert tous les hommes qui en font partie.»¹⁹ L'interprétation de Suárez rapporte le terme de *ius* à ces deux significations car il renvoie à l'ordre de l'équitable et à ce qui est en adéquation avec la raison.

Dès lors que l'on se conforme à la définition stricte du droit (à savoir que la signification de «*ius*» est «*iustum*» et que «*iustum*» se définit comme un pouvoir ou une faculté), ce dernier, pour Suárez, est identifié à un pouvoir ou faculté morale que chacun est en mesure d'exercer concernant ce qu'il possède ou ce qui lui revient²⁰. Ainsi, le droit exprime une liberté correspondant à une faculté morale afin de continuer à agir librement, ce qui est concédé par le Créateur Lui-même²¹. Il convient d'articuler cette identification au principe selon lequel tout homme naît libre, tout en se définissant par l'aptitude – alors même que naturellement aucun homme ne peut en commander un autre et se proclamer supérieur à lui –, à se soumettre pour une cause juste et raisonnable, à son semblable²². Il existe, en effet, des sujétions naturelles à l'homme comme celle du fils à son père, ou sur la base d'un contrat comme dans le mariage. De manière analogue, une fois la société

¹⁸ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II^a–II^{ae}, Q. 57, art. 1: «La justice, parmi les autres vertus, a pour fonction propre d'ordonner l'homme en ce qui est relatif à autrui. En effet, elle implique une certaine égalité, comme son nom lui-même l'indique: ce qui s'égalise «s'ajuste» dit-on communément; or l'égalité se définit par rapport à autrui. Les autres vertus au contraire ne perfectionnent l'homme que dans ce qui le concerne personnellement.»

¹⁹ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II^a–II^{ae}, Q. 57, art. 5.

²⁰ Suárez, *Des lois*, Livre I, 2, n. 5, 104.

²¹ Suárez, *O. O.*, vol. 24, *Defensio Fidei*, Lib. IV, 9, n. 11, 396.

²² Suárez, Lib. III, 1, n. 8, 205–206.

civile établie, l'assujettissement des particuliers au pouvoir public doit être qualifiée de naturelle du fait de sa conformité à la droite raison naturelle, tout en s'imposant comme nécessaire pour la préservation légitime de la nature humaine. Il convient dans cette perspective, au regard de la question du droit, de rappeler que la liberté consiste formellement en une faculté spécifique de la cause créée²³. Le droit confirme que l'agir humain est en mesure de ne pas être seulement assujéti à la nécessité; dans la plupart de ses actes, l'homme n'est pas dirigé par la nécessité mais par la volonté libre²⁴. Seuls les agents rationnels sont identifiables à des agents libres, «tous les agents créés ayant un entendement possèdent également la liberté.»²⁵ Le fait que ce qui est dépourvu de raison ne peut prétendre à la liberté fonde l'affirmation de la proposition inverse selon laquelle raison et liberté sont indissociables, ce que précisément illustre à son niveau le droit comme faculté morale. Ainsi, la liberté exprime une faculté ou puissance active manifestant la possibilité d'accomplir ou de suspendre son action²⁶; l'individu a le pouvoir d'agir ou non selon son arbitre et c'est ce que traduit le droit comme incarnation d'une faculté morale rappelant, par là même, que le pouvoir législatif ne tire pas son origine d'un particulier quel qu'il soit, bien plutôt de la collectivité humaine globalement considérée²⁷. La raison du droit repose sur le fait que «les hommes naissent naturellement libres» «sans pouvoir sur leur semblable.»²⁸ L'homme possède par conséquent le pouvoir de s'autodéterminer, le Créateur ayant conféré à chacun «le pouvoir nécessaire à sa propre conservation et à son propre gouvernement.»²⁹ Dans l'ordre pratique, le droit confirme que l'expérience de la liberté est inhérente à notre mode d'être. En effet, exister implique pour chacun de nous de faire l'expérience de notre pouvoir de vouloir ou de ne pas vouloir, de faire ou de ne pas faire. Identifier le droit à une faculté morale renvoie au fait que la faculté d'être libre ne peut être en nous qu'active car c'est précisément cette activité qui caractérise la faculté libre. Une telle expérience de la liberté est en ce sens identifiable à une extériorisation active de l'essence de l'étant raisonnable, l'usage de la raison traduisant en nous l'immanence du mode d'être libre et c'est la conformité à la raison qui fonde l'imputabilité de nos actions.

Une compréhension du rapport théorie/pratique s'en dégage, caractéristique de la relation entre la connaissance et l'action établie par Suárez.

²³ Suárez, volume 25, *D. M. XIX*, 5, n. 1, 711.

²⁴ Suárez, 2, n. 12, 696.

²⁵ Suárez, 5, n. 1, 711.

²⁶ Suárez, 4, n. 8, 708.

²⁷ Suárez, Volume 5, III, 2, n. 3, 176-177.

²⁸ Suárez.

²⁹ Suárez, 3, n. 5, 182-183.

L'intellect est la faculté de penser par soi et la liberté, le pouvoir de commencer et d'agir par soi. Cette dernière a pour effet la création par l'homme de son devenir humain; elle lui permet de se penser comme fondement premier et fin de ses actes. Dès lors, comprendre le droit comme une faculté morale revient à confirmer que l'ordre structurant l'existence communautaire ne traduit pas un ordre antérieur à la liberté du vouloir et à la convention, il n'existe que comme créé par la liberté humaine. Le préalable de la mise au point sémantique s'inscrit dans le prolongement des déterminations métaphysiques effectuées dans les *Disputes*. En dissociant l'ordre de la nature révélé par la causalité nécessaire et matérielle de l'ordre humain comme expression de la causalité rationnelle, Suárez pose l'humanité de l'homme à partir d'une autocréation temporelle, celle dans l'histoire et l'espace politique. Par conséquent, le droit et l'expérience de la liberté qui lui est associé sont la marque effective de la séparation entre l'homme et la nature. L'ordre juridique confirme universellement qu'un autre commencement est possible pour l'homme, celui qu'il produit. Pour comprendre l'origine de cette séparation, il faut se référer à la nature humaine qui n'a rien de naturel dès lors qu'elle exprime l'avènement d'un ordre humain et non la répétition d'un ordre préétabli. Définir le droit comme un pouvoir (ou une faculté) moral revient à affirmer la liberté en tant qu'elle exprime un ordre donné par la raison qui peut être étendu à l'ensemble des êtres raisonnables et reconnu par eux. Il s'agit là d'une expérience collective de la liberté consacrant la réalité d'une appartenance politique à l'humanité. Par un tel pouvoir moral garantissant la liberté du vouloir, l'homme découvre en lui la possibilité d'être un commencement par soi, et donc de faire valoir son autonomie d'étant rationnel et son individualité afin d'agir en accord avec d'autres libertés dans un monde humain en constitution.

Néanmoins, si l'on se réfère à l'historique du droit, associer dans la définition du droit les termes «faculté» et «moral» ne manque pas de soulever une ambiguïté. Soit le terme «moral», extensivement considéré, porte sur la délimitation de ce qui est licite ou illicite du point de vue éthique, soit il connote dans un sens restrictif ce qui est licite opposé à ce qui est compris comme immoral. Par conséquent, invoquer une faculté morale revêt deux significations possibles: à savoir une faculté légitime du point de vue moral ou participant en tant que moyen à la réalisation du bien moral. Pour Suárez, conformément aux analyses précédentes, il faut interpréter la faculté morale par opposition à la faculté physique³⁰; la première n'existe qu'en tant que distincte de la deuxième. Suárez se conforme à la distinction commune de la scolastique selon laquelle *potestas* désigne un pouvoir au

³⁰ Suárez, IV, 1, n. 7, 329: «La juridiction, de même que la propriété, ne consiste pas en une qualité physique mais dans un droit et un pouvoir moral.»

sens d'une autorité morale, alors que *potentia* désigne un pouvoir au sens d'une force physique.

Si l'on considère, par exemple, la coutume en tant que droit avant le droit, elle instaure une faculté ou une obligation morale qui n'a rien à voir avec ce qui est de l'ordre physique, elle correspond bien plutôt à une faculté ou à un lien éthique précisément et exactement qualifié par le terme de «droit.»³¹ Il est nécessaire dans cet ordre d'idée de différencier les propriétés physiques propres à la sphère naturelle se caractérisant par leur immutabilité, des propriétés humaines qualifiées de morales comme la propriété et le droit, qui sont susceptibles d'être modifiées par une volonté contraire; c'est par exemple ce qui se produit historiquement lorsqu'on invoque qu'originellement et naturellement, tout appartient à tout le monde, jusqu'à ce que l'instauration de la propriété en décide autrement³². Ainsi, la propriété synonyme de maîtrise suppose une faculté ou une puissance physique apparentée aux facultés corporelles ou intellectuelles par lesquelles s'exerce un pouvoir de fait impliquant des opérations matérielles de manipulation, de direction et de contrôle. De telles opérations peuvent s'appliquer, comme le montre le pouvoir politique, sur d'autres hommes. Cependant, pour que la propriété devienne effective, elle doit être fondée sur un droit de faire usage d'un tel pouvoir³³; et l'on comprend que l'on puisse le qualifier de moral puisqu'il n'ajoute aucune qualité à l'homme; il délimite ce qu'il est licite de faire sans porter préjudice à autrui dans l'usage des choses sur lesquelles on exerce sa maîtrise. Il n'est pertinent de parler de faculté morale que parce qu'elle tire son origine du libre consentement de la volonté; en cela, elle n'apporte aucun supplément d'être et ne lui confère aucune autre qualité physique qu'il n'aurait déjà. Dans cette perspective, la propriété ne fait jamais qu'exprimer le droit d'user d'un pouvoir physique, c'est-à-dire d'extérioriser une maîtrise légalement fondée. Dès lors, il y a ce qu'il est possible pour l'homme de faire du fait de sa condition physique et biologique et ce qu'il lui est légitime d'accomplir, clairement distinct de l'aptitude matérielle. Le droit n'a de sens que parce que l'on différencie le possible du permis, tout en reconnaissant que ce qui est interdit par la loi (par exemple, traverser la propriété d'autrui) peut devenir légitime en fonction d'un motif raisonnable qui ne porterait préjudice à quiconque³⁴.

Suárez en conclut que le droit comme faculté morale s'enracine dans l'intellect et consiste en un être de raison, c'est-à-dire existant objectivement

³¹ Suárez, *O. O.*, vol. 6, VII, 1, n. 4, 136-137.

³² Suárez, *O. O.*, vol. 5, III, 3, n. 7, 183.

³³ Suárez, *O. O.*, Volume 3, *De opere sex dierum*, Cap. 16, n. 9 (*Secundum es jus seu potestas moralis*), 280.

³⁴ Suárez, *Des lois*, Livre I, 2, n. 11, 112.

dans l'intellect, même si l'on peut avancer qu'il ne possède en soi aucune entité³⁵ et ne peut renvoyer à une distinction réelle à partir de la nature des choses³⁶. Le droit ne prend sens qu'à partir de relations de raison dérivées de l'intellect et de la volonté comme il apparaît manifestement dans les contrats, que ce soit entre les conjoints ou entre l'acheteur et le vendeur³⁷. Il permet de reconnaître que les relations de raison ne s'épuisent pas dans la sphère du logique et du mathématique³⁸; elles sont également constitutives de la pratique humaine considérée tant du point de vue social que politique. Dans la perspective scolastique, la dénomination d'une chose ou sa prédication dénominative peut être effectuée à partir des dix catégories aristotéliennes. Elle se subdivise en deux: 1°) la dénomination impliquant la référence à une propriété intrinsèque de l'objet et requérant les prédicats liés à la substance, la qualité ou la quantité. 2°) La dénomination impliquant la référence à une propriété extrinsèque de l'objet renvoyant aux prédicats de la relation, de l'action, de la passion, du lieu, du temps, de la possession ou de la position. Si l'on interprète à partir de cette subdivision la relation de raison impliquée par le droit, elle renvoie à une dénomination extrinsèque. En effet, en considérant la relation de maître à esclave³⁹, il faut dire qu'elle correspond à une dénomination extrinsèque entre deux personnes qui ne saurait être substantiellement fondée eu égard au droit naturel; ce dernier pose la liberté et l'égalité naturelle entre les hommes, et une telle relation⁴⁰ est seulement accidentellement établie, notamment, historiquement, si l'on se reporte à la consécration de rapports de force (la mort ou l'esclavage) entre vainqueurs et vaincus lors d'un conflit. Il s'agit d'une relation non fondée en réalité (définissant les hommes en fonction de leur substance), mais seulement en raison, c'est-à-dire dans ce cas précis, elle découle d'une relation résultant d'actes de la volonté humaine ou d'une évaluation, comme dans le cas du contrat entre mari et femme ou entre acheteur et vendeur, que cela soit condamnable ou non (lorsque cela est effectué de plein gré). Par conséquent, la détermination du droit comme faculté morale a pour fonction d'insister sur le fait que la justice est inconcevable pour des êtres dépourvus de raison, ce qui revient à dire que le droit excède l'ordre de la réalité physique parce qu'il est apparenté à la sphère morale, c'est-à-dire à un processus qui ne peut être qu'intellectuel. L'homme manifeste dans l'univers matériel des facultés physiques sans que

³⁵ Suárez, *O. O.*, vol. 26, *D. M. LIV*, 4, n. 1, 1028–29.

³⁶ Suárez, 6, n. 5, 1040.

³⁷ Suárez, n. 6, 1040.

³⁸ Voir J.-P. Coujou, *Les êtres de raison et l'extension logique du champ de l'ontologie in F. Suárez. Les êtres de raison. Disputes métaphysique LIV* (Vrin: Paris, 2001), 9-44.

³⁹ Suárez, *O. O.*, Volume 26, *D. M. LIV*, 6, n. 6, 1040.

⁴⁰ Suárez, *O. O.*, *D. M. XLII*, 3, n. 3, 610–611.

pour autant son mode d'être y soit réduit, ainsi que le confirme la production d'un mode d'être relationnel par la raison et la liberté, à savoir le droit comme faculté morale. Cette dernière confère une légitimité à la mise en œuvre des facultés physiques et intellectuelles de l'homme en leur attribuant une valeur qu'elles ne peuvent fonder par elles-mêmes.

Dès lors, identifier le droit à une faculté morale revient à reconnaître l'existence d'une relation de raison et non physique, c'est-à-dire affirmer le partage entre causalité par liberté et causalité naturelle, véritable et non fictive, c'est-à-dire impliquant des effets réels et non purement logiques dans le rapport à autrui. Cela permet également d'effectuer une distinction entre le droit sur une chose (*ius in re*) et le droit à une chose (*ius ad rem*)⁴¹ qui a pour fonction de délimiter une telle faculté. Le premier traduit la légitimité de la possession relative à ce qui est sien (le droit du propriétaire sur une chose) et le deuxième, la légitimité de la revendication concernant ce qui est dû (le salaire du travailleur). Le droit est par conséquent l'œuvre de l'homme, il n'a pas d'autre origine que son pouvoir et sa prudence et comme la loi il s'impose en tant que règle et mesure de l'action⁴². Se référer à une faculté morale pour un être qui requiert par sa nature propre une vie civile, signifie qu'exister pour l'homme ce n'est pas être réductible à une personne particulière mais faire partie de la communauté. Ainsi, la loi humaine en circonscrivant la manifestation du droit «oriente le gouvernement politique de la cité, la protection des droits temporels et le maintien de l'État dans la paix et la justice.»⁴³

Dans cette perspective, il appartient clairement au droit dont l'extension est délimitée par la loi civile, de créer les conditions pour former de bons citoyens⁴⁴, c'est-à-dire en maintenant l'existence terrestre dans la paix et la justice, tout en sachant que les lois positives ne sont pas en mesure de nous diriger vers une fin surnaturelle⁴⁵ qui est liée au culte divin et au salut des âmes. C'est précisément ce que confirme dans l'organisation politique de la société l'existence de deux puissances, civile et canonique qui sont distinctes, même si elles peuvent momentanément se recouper si l'on considère les lois du mariage⁴⁶. Dès lors, il convient de conclure que le droit, comme la loi, expriment la puissance conjuguée de l'intellect et de la volonté traduisant «un impératif moral orienté vers un comportement déterminé.»⁴⁷

⁴¹ Suárez, *Des lois*, Livre I, 2, n. 5, 104; II, 17, n. 2, 597.

⁴² Suárez, I, 3, n. 18, 128.

⁴³ Suárez, 3, n. 21, 129.

⁴⁴ Suárez, 13, n. 2, 272.

⁴⁵ Suárez, 3, n. 21, 129.

⁴⁶ Suárez, *O. O.*, Volume 24, *Defensio Fidei*, Lib. III, 22, n. 11, 312.

⁴⁷ Suárez, *Des lois*, Livre I, 3, n. 2, 133.

Grotius reprend à son compte le constat de l'ambiguïté du mot «droit» pour amorcer comme Suárez, une reformulation du champ d'extension de la philosophie juridique⁴⁸. Or, cette définition est présentée comme indissociable de celle de la guerre, le point de départ consistant précisément à déterminer la spécificité du droit à la guerre et, par conséquent, de ce qui est appelé «guerre juste » afin de pouvoir déterminer ce qu'il pourrait y avoir de juste dans la guerre.

Il en découle trois significations déjà présentes dans la seconde scolastique, requérant la distinction soigneuse entre «ce qui est établi par la volonté des hommes d'avec ce qui est fondé sur la nature»⁴⁹, à savoir la compréhension du terme *ius* comme ce qui est juste, comme qualité morale et comme loi. 1°) *Ius* signifie «ce qui est juste», mais compris selon un sens négatif, c'est-à-dire comme «ce que l'on peut faire sans injustice.»⁵⁰ Et l'injuste est pensé de façon générale comme ce qui est contraire à la nature sociable des êtres rationnels⁵¹ usant de la parole rendant capables d'apprendre et d'agir conformément à des principes universels. L'homme se définit par le désir de société et comme chez Suárez, par une tendance à vivre avec ses semblables. Une telle sociabilité traduit une exigence à faire durer l'être-ensemble en conformité avec les lumières de l'entendement et elle est identifiable à l'origine même du droit pouvant être synthétisée par des principes universels simples⁵².

2°) Le droit revêt une signification ayant plus d'extension eu égard au statut de l'homme et au sentiment de sociabilité qu'il développe et des facultés qui l'accompagnent, à savoir l'évaluation de ce qui est estimé agréable ou désagréable, ainsi que l'aptitude à discerner ce qui est possiblement utile ou nuisible. Il est lié à la rectitude du jugement, recherchée malgré le caractère fini de notre entendement, afin de ne pas s'aliéner au plaisir présent, ni être dominé par la crainte des incertitudes de l'avenir ou se laisser emporter par ses tendances immédiates. Comme Suárez, Grotius considère le droit selon cette perspective comme une qualité morale⁵³ spécifique à une personne légitimant une possession ou une action. Il est néanmoins nécessaire de dis-

⁴⁸ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre I, Ch. 1, § III, n. 1, 39-40.

⁴⁹ Grotius, *Discours préliminaire*, § XXXI, 21.

⁵⁰ Grotius, Livre I, Ch. 1, § III, n. 1, 40.

⁵¹ Grotius, n. 2, 40.

⁵² Grotius, *Discours préliminaire*, § 10, p. 8: «Qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer ce que l'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré: Que l'on est obligé de tenir sa parole: Que l'on doit réparer le dommage que l'on a causé par sa faute: Et que toute violation de ces règles mérite punition, même de la part des hommes.»

⁵³ Grotius, Livre I, Ch. 1, § IV, n. 2, 41.

tinguer deux types de qualité morale: l'une «parfaite» qualifiée de «qualité» et l'autre «imparfaite» qualifiée d'«aptitude.»⁵⁴ Ainsi, concernant les choses naturelles, la faculté correspond à l'acte et l'aptitude, à la puissance. Les trois acceptions suivantes sont liées au terme de faculté: a) soit le pouvoir ou le commandement sur soi-même correspondant à la liberté, soit sur autrui comme le pouvoir paternel sur les enfants ou celui du maître sur les esclaves; b) la propriété qu'elle se rapporte à l'usufruit ou le fait de donner en gage; c) «la faculté d'exiger ce qui est dû par autrui»⁵⁵ qui entre dans la logique de réciprocité l'échange propre au rapport créancier/débiteur. En référence à l'héritage des Anciens, considéré selon une signification restreinte, le droit comme faculté est la conformité au principe selon lequel il faut respecter ce qui appartient à autrui et à s'acquitter des dettes que l'on a contractées à leur égard⁵⁶. Par conséquent, chaque personne est détentrice de facultés constitutives de son devenir humain et juridique: celle de disposer de soi, des choses et d'orienter dans le cadre de la loi les actions d'autrui.

3°) Il existe enfin une troisième signification au terme de «droit» synonyme du terme de «loi» extensivement considéré comme «règle des actions morales qui oblige à ce qui est bon et louable.»⁵⁷ La loi oblige à la conformité à la rectitude, sans être réduite pour autant à la conformité à ce qui est juste étant donné que le droit, selon cette acception, est lié non seulement à la justice, mais également aux autres vertus comme la tempérance et la sagesse. Dans cette perspective, la loi est une règle pratique marquée par l'obligation, elle traduit l'existence d'un droit objectif dont le fondement serait à rechercher dans le droit naturel. Selon ce dernier, la validité de la norme du droit renvoie à un double fondement, son articulation avec l'autorité qui l'a institué et le fait qu'elle est implicitement et partiellement, la manifestation d'un droit juste par soi, immuable, qui exprime de lui-même sa propre validité. Dès lors, le propre de l'organisation politique à rendre effectif tout en l'adaptant, un droit excédant la maîtrise humaine puisqu'il manifeste la volonté divine et l'ordre qu'il a imposé à la création.

Or, selon cette orientation, si le droit comme faculté morale liée à la personne exprime un droit individuel ou subjectif, faut-il dire qu'un droit légitime et objectif, premier, fonde l'individualité des droits ou que la particularité de ces mêmes droits amène à la nécessité de l'élaboration d'un droit objectif? Notre faculté comme qualité morale provient-elle des obligations premières d'autrui envers nous ou n'y a-t-il d'obligation pour nous que parce qu'autrui est légitimement, par rapport à nous, en mesure de revendiquer

⁵⁴ Grotius, Livre I, Ch. 1, § IV, n. 2, 41.

⁵⁵ Grotius, § V, n. 4, 41.

⁵⁶ Grotius, *Discours préliminaire*, X, 9.

⁵⁷ Grotius, Livre I, Ch. 1, § IX, n. 1, 47.

ce qui lui revient ? Il appartient précisément à la théorisation du droit naturel d'y apporter une réponse en explicitant ce que sont «les lois de notre nature»⁵⁸ en présentant l'humanité comme un fait de nature qui est tout aussi bien une potentialité qu'un fait.

II) Fondement du droit naturel et spécificité de la loi naturelle

Pour Grotius, l'héritage de Cicéron s'avère décisif afin de rendre intelligible ce qu'il faut entendre par droit naturel que l'on peut interpréter de manière extensive ou restrictive. Il convient en effet de le rapporter à «deux sortes de principes naturels»⁵⁹ Si l'on se réfère à l'existence individuelle, cette compréhension est indissociable d'une loi naturelle extériorisant «les premières impressions de la nature»⁶⁰ selon lesquelles tout vivant est porté à sa propre conservation, à l'usage des moyens pour la préserver, ainsi que l'intégrité de son organisme. Il en résulte une exigence morale selon laquelle le premier devoir humain consiste à se conserver, à rechercher la conformité aux lois de la nature et à s'écarter de ce qui y contrevient. De ce devoir premier, non juridique, découlent les impressions dérivées de la nature permettant de comprendre ultérieurement comment les droits propres à une communauté et ceux propres aux individus, ne peuvent que se rencontrer. Cela signifie que le droit naturel implique l'obligation de respecter les droits individuels d'autrui (la vie, les membres, la liberté⁶¹ comme pouvoir sur nos propres actions, sont des droits qui n'ont été attribués par personne et qui sont inaliénables); en ce sens, le droit naturel constitue, en référence à l'instinct de sociabilité, la limitation réciproque des facultés individuelles⁶². Par conséquent, étant un corps ainsi qu'une âme dotée d'un libre arbitre, l'homme s'affirme comme propriétaire non récusable du premier, et bailleur possible de l'orientation de ses actions, comme le confirme le pacte social et l'organisation du pouvoir politique.

La tendance à se conserver ne saurait pour autant faire oublier qu'il y a une faculté ayant prévalence sur le corps, «la connaissance de la conformité des choses avec la raison.»⁶³ Cela correspond pour Grotius à ce qu'il s'agit

⁵⁸ Grotius, *Discours préliminaire*, X, 9.

⁵⁹ Grotius, Livre I, Ch. II, § 1, n. 2, 66.

⁶⁰ Grotius, 67.

⁶¹ Grotius, n. 6, 68.

⁶² Grotius, n. 7, 70: « Il n'est donc pas contre la nature de la société humaine, de penser et de travailler à son propre intérêt, pourvu qu'on le fasse sans blesser les droits d'autrui.»

⁶³ Grotius, n. 2, 67.

de qualifier d'honnête (ce qui doit être inconditionnellement recherché sous peine de verser dans le mal), c'est-à-dire d'une manifestation de la droite raison dans l'ordre pratique et, par conséquent, d'un dépassement de ce à quoi nous porte notre instinct naturel pour l'ouvrir à un commandement moral. Ainsi, eu égard aux rapports entre les hommes, les lois de notre nature traduisent leur caractère obligatoire à partir de notre sentiment de sociabilité, de notre aptitude humaine à évaluer ce à quoi l'individu est confronté en fonction de l'utile et du nuisible; une telle évaluation demeure relative aux limites de notre esprit, la droite raison permettant de déterminer les conséquences de l'instinct de sociabilité, tout en les explicitant et en les convertissant en principes pratiques généraux; il faut toujours avoir à l'esprit pour Grotius que l'homme n'a pas la capacité de faire connaître ses pensées à autrui seulement par la parole, il le peut également par des gestes, des symboles, des conventions, des engagements ou des actes⁶⁴. La pratique conforme au droit naturel, constituée en ce sens l'expression claire d'une pensée par l'action. Pour déterminer «ce qui est de droit naturel»⁶⁵, et afin de savoir, par là même, s'il l'on peut agir sans faire preuve d'injustice, il est nécessaire d'examiner l'adéquation ou l'inadéquation aux premières impressions de la nature; la reconnaissance d'une conformité, qu'elle concerne le principe de la conservation de soi ou la sociabilité, implique par voie de conséquence d'y ordonner son action afin de préserver ce qui constitue sa propre humanité.

À partir de là, on posera pour Grotius que ce qui est injuste correspondra nécessairement à ce qui est inadéquat ou contraire à notre nature raisonnable et sociable⁶⁶. La sociabilité est à comprendre comme l'origine matérielle du droit reposant sur la capacité universelle de l'humain à différencier ce qui est utile ou nuisible à la société. Dans cette perspective, le droit naturel est constitué par des «principes de la droite raison» fondant le savoir de la moralité ou de l'immoralité de l'action à partir du critère absolu que représente l'adéquation ou non à une telle essence rationnelle et sociable⁶⁷. Les actions qui en résultent sont en soi obligatoires ou interdites en référence à l'origine indirecte de leur caractère normatif, à savoir la volonté du Créateur; cela ne peut manquer de poser la question de la priorité soit des valeurs morales, soit de la volonté divine: est-ce un bien et c'est pour cette raison que Dieu

⁶⁴ Grotius, Tome II, Livre III, Ch. I, § VII, n. 2, 724 : « Que si l'on dit que l'homme, par un privilège de sa nature qui le met au-dessus du reste des animaux, a la faculté de faire connaître à autrui ses propres pensées, et que c'est pour cela qu'on a inventé l'usage de la parole; on a raison en cela: mais il faut y ajouter, que les paroles ne sont pas le seul moyen de découvrir nos pensées.»

⁶⁵ Grotius, Livre I, Ch. II, § I, n. 3, 67.

⁶⁶ Grotius, n. 4, 68.

⁶⁷ Grotius, Livre I, Ch. I, § X, n. 1, 48-49.

nous y oblige ou est-ce parce que Dieu nous y oblige que cela est un bien ? Pour Grotius, il y a une immutabilité du droit naturel contre laquelle Dieu Lui-même ne peut rien⁶⁸. L'infini de la puissance de Dieu rencontre sa limite dans le principe de contradiction selon lequel «il ne lui est pas non plus possible de faire que ce qui est mauvais en soi et de sa nature, ne soit pas tel.»⁶⁹ Sa puissance ne peut être infinie qu'à se conformer à l'infinité de Sa sagesse, c'est-à-dire pour qu'elle ait un sens et qu'elle soit raisonnable dans son exercice et donc qu'elle ne sombre pas dans l'impuissance de la puissance.

Une articulation entre principe métaphysique et éthique, non formulée explicitement comme telle, s'en dégage pour Grotius. Du fait même que le bien en soi existe, son être et son essence ne sont pas assujettis à une instance extérieure, également pour les propriétés qui en découlent⁷⁰. Ainsi, on évalue comme mauvaises des actions comme le meurtre, en les référant à l'index que constitue la nature humaine guidée par la droite raison. On pourrait dire qu'en créant l'homme raisonnable et sociable, Dieu lui a permis d'attribuer aux valeurs morales une priorité relative eu égard à la priorité absolue incarnée en ce domaine par son omniscience. Dès lors, le droit naturel doit être différencié du droit divin révélé. En effet, le premier a pour socle les connaissances gravées par le Créateur en l'homme, alors que le second est la conséquence de règles rendues obligatoires par Dieu extérieurement à tout arrangement humain. Si l'on se limite au domaine de l'homme, il existe par conséquent des types de production de règles de conduites obligatoires, le droit naturel résultant de la nature humaine créée par Dieu et le droit conventionnel découlant d'une volonté législatrice, qu'elle soit divine ou humaine. L'examen de l'origine du droit révèle qu'il existe en fait une multiplicité de volontés législatrices articulées les unes aux autres selon une chaîne de raisons. A la volonté divine succède la volonté générale de l'humanité, celle commune des États, celle d'un État, celle d'un individu correspondant respectivement au droit naturel primaire, au droit naturel secondaire qualifié de droit des gens primaire, au droit des gens secondaire, au droit civil et enfin aux contrats. Cette chaîne de raisons exprime la correspondance rigoureuse entre les origines formelles du droit et les normes matérielles qui en résultent. La règle fondatrice première à l'origine de la fondation de l'ordre universel réside dans la volonté divine; Grotius retrouve l'héritage de Suárez et Gabriel Vazquez⁷¹ pour lesquels la raison humaine est la loi naturelle de la créature rationnelle, la validité et le contenu de la loi naturelle dépendant de

⁶⁸ Grotius, n. 5, 50.

⁶⁹ Grotius, 51.

⁷⁰ Grotius.

⁷¹ G. Vazquez, *Commentarium ac disputationem in primam secundae S. Thomas* (Lyon, 1620), q. 90, art. 1, cap. 3, nn. 2 et 25.

la raison et de la volonté de Dieu, en la rattachant à la loi éternelle. De l'ordre ontologique immanent à la création résulte le droit naturel primaire délimitant les normes de comportement naturellement valides, telles que celles de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour subvenir à sa propre existence. Il faut pour cela se reporter aux deux premières lois: celle de la légitime défense et celle du fondement de la propriété. La deuxième règle dérivant de la règle fondatrice repose sur le consentement universel de l'humanité et est à l'origine du droit des gens primaire qui a précisément pour équivalent le droit naturel secondaire. Dans ce cas de figure, quatre lois en découlent qui sont au fondement de toute existence sociale: 1°) le respect de l'intégrité d'autrui, 2°) la conformité au principe de la propriété, 3°) le respect des obligations envers les règles impliquant un impératif de restitution et la nécessité du châtement en cas de délit, 4°) la fidélité aux engagements induits par les contrats.

Une difficulté n'en demeure pas moins relativement à la modalité des relations entre le droit divin positif et le droit naturel. Faut-il en déduire ou non qu'il appartient aux normes du droit divin positif découlant d'une interprétation théologique, de diriger la sphère du droit naturel relevant de l'État ? Cela ne reviendrait-il pas tout simplement à assujettir le pouvoir temporel au pouvoir spirituel à partir d'une forme de légitimation inattendue et tout aussi inacceptable ? Dans quelle mesure ne peut-on repenser la thèse du droit naturel comme raison qu'à partir de son autonomisation vis-à-vis du droit divin positif ? Cette autonomisation serait celle de la raison par rapport à la Révélation et, par conséquent, la consécration du droit naturel comme «*recta ratio*», c'est-à-dire comme constitué par l'ensemble des règles existant de manière innée dans la raison humaine, alors que ce qui est découvert ou inventé par la raison en fonction des circonstances et des nécessités est constitutif du droit des gens secondaire. Selon l'héritage de Vazquez, la raison propre au domaine du droit naturel devient effective dans le droit des gens primaire et revêt pour fonction de connaître les règles éthiques et juridiques élémentaires ainsi que celles qui en sont dérivés (ne pas transgresser le droit d'autrui, ne pas vouloir pour autrui ce que l'on ne voudrait pas pour soi-même, ne pas condamner un innocent, ne pas tromper autrui, infliger une peine proportionnelle au délit). Un tel droit correspond à un instinct naturel et à une raison non acquise mais innée qui nous fait tendre vers ce qui est juste et nous éloigne de ce qui s'y oppose⁷².

En fonction de ces distinctions, afin de renouveler le statut du droit naturel, il faut sortir de l'assujettissement du droit naturel au droit divin positif, sans pour autant soustraire ce dernier d'un ordre juridique dont la teneur est néanmoins modifiée, ainsi que le révèle la perspective théologico-politique

⁷² Vazquez, 10, n. 17.

qui y préside et qui met en œuvre une séparation entre l'ordre de la nature et celui de la révélation. Leur différence réside dans la séparation entre ce qui est obligatoire ou illégitime par nature et ce qui l'est en fonction d'un commandement divin. Or, étant donné que ce qui appartient au droit naturel découle de principes connus par nature et de ce qui résulte de manière distincte et certaine, des principes naturels, il faut poser que la naturalité ne s'oppose pas au surnaturel (afin de préserver son articulation au droit divin positif), mais à ce qui est contraire à son ordre, à savoir l'arbitraire. Grotius, pour ce faire, confirme la distinction suarézienne⁷³ interne au droit naturel entre ce qui appartient au droit naturel absolu et au droit naturel relatif, ce dernier restant tributaire si l'on considère l'exemple de la liberté civile, des décisions conventionnelles du pouvoir politique. Ainsi, Suárez distingue le droit naturel préceptif et le droit naturel dominatif, le premier étant constitué de «règles et de principes du bien agir»⁷⁴ indissociables d'une vérité nécessaire confirmant leur immutabilité; il correspond au droit naturel absolu parce qu'il exprime avec clarté et évidence la rectitude ou non de la pratique qu'il implique. Quant au droit dominatif, correspondant au droit naturel relatif, dépendant d'une condition déterminée ou d'une relation entre les choses, il est soumis à partir du constat de cette contingence propre à l'ordre du créé et du corruptible, à de possibles mutations sociales et historiques. Tel est le cas de la liberté et de tout autre droit civil car même s'ils tirent leur fondement de la nature, ils peuvent être modifiés par l'homme puisque leur exercice demeure tributaire du vouloir ou de l'autorité légitime de l'État. Cela explique par exemple pour Suárez pourquoi l'homme, bien que maître de sa liberté, puisse la vendre ou l'aliéner⁷⁵. Cependant, en retour, il convient de reconnaître que le droit humain peut compléter et parachever le droit naturel, ainsi que l'établit l'exemple des contrats. La subdivision invoquée à la fois par Suárez et à la suite par Grotius, s'avère par conséquent indissociable de la différenciation entre l'ordre de la nature et l'ordre de la liberté.

Tant pour Suárez que pour Grotius, le droit naturel exprime un décret de la droite raison servant d'index afin de déterminer si une action répond à un impératif moral ou si elle y contredit du fait de son adéquation ou non à la nature raisonnable; une telle pratique devient commandée ou interdite par le Créateur qui est au fondement même (en tant que fiat divin) de ce qui fonde, à savoir cette nature raisonnable. Il est légitime à partir de là de promouvoir une différenciation entre le droit naturel et le droit divin positif. La

⁷³ Suárez, *Des lois*, Livre II, 14, n. 19, 547–548.

⁷⁴ Suárez, 547.

⁷⁵ Suárez, n. 18, 547: «(...) Quoique la nature ait donné à chaque homme la liberté et la maîtrise de cette dernière néanmoins, elle n'a pas interdit absolument la possibilité de l'en priver.»

raison fonde la validité de l'action à partir de ses commandements et de ses interdictions qui valent par eux-mêmes; ce qu'ordonne ou interdit la raison ne peut que l'être par le Créateur. Dès lors il faut avancer que le droit divin positif ne commande ni n'interdit des pratiques obligatoires ou illégitimes en soi, il manifeste un pouvoir autre que celui du droit naturel – celui ontologique propre à la création et transposé sur le plan éthico-juridique – puisqu'il fait devenir illégitime ce qu'il interdit et obligatoire ce qu'il commande.

Le soubassement de cette différenciation est théologico-politique et ne saurait être intelligible indépendamment de la référence à l'omnipotence divine et à l'infinité de son vouloir. En effet, le droit divin positif découle de la volonté de Dieu alliée à son pouvoir infini, le Verbe divin exprimant par là même dans l'ordre de la création la perfection d'un performatif; il traduit non pas que Dieu le veuille parce que c'est juste, ce qui impliquerait une limitation à sa toute-puissance, mais que cela est juste et impératif parce que c'est l'objet du vouloir divin. L'inintelligibilité du droit divin positif s'avère compensée par la promotion d'une reformulation de l'intelligibilité du droit naturel habilement subdivisé par Suárez en droit naturel prescriptif et droit naturel dominatif. Les conséquences n'en demeurent pas moins, pour les deux auteurs, pratiques et politiques. En effet, ces distinctions ont pour fonction d'ériger le droit naturel comme l'instance de référence pour l'organisation du pouvoir politique et le maintien de la paix civile. Le droit divin positif n'a pas, par exemple, d'effectivité sociale dans la mise en œuvre de la justice pénale et du droit pénal recherchant l'utilité commune et la protection des droits individuels. Ce point permet de confirmer que d'une part, les préceptes de la loi naturelle, par les commandements qu'ils impliquent, récapitulent les devoirs nécessaires au fonctionnement social et, d'autre part, qu'ils sont en mesure de traduire une obligation non plus morale, mais juridique. Or, pour que la loi naturelle revête une dimension juridique, cela ne sera possible qu'à la condition d'être référée à un droit individuel ou subjectif, c'est-à-dire à un droit spécifique appartenant en propre à autrui comme le droit de propriété. À partir du moment où la loi naturelle n'implique pas une telle référence, la teneur de son obligation n'est pas juridique mais morale et induit par conséquent un rapport distinct à autrui.

Selon ces considérations et en fonction de la position de Thomas d'Aquin et de l'héritage aristotélicien consacrant le partage entre le droit naturel et le droit conventionnel ou volontaire, il convient également de garder à l'esprit que «le droit ou le juste, se définit par rapport à autrui.»⁷⁶ Cela implique pourtant que le lien social suppose qu'il existe deux manières de comprendre autrui selon qu'on le considère dans un rapport d'égalité ou d'inégalité. En effet, on dira que le droit est absolu lorsque l'altérité de deux personnes est

⁷⁶ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II^a–II^{ae}, Q. 57, art. 4, Réponse.

reconnue même si elles sont dans une relation d'obéissance vis-à-vis d'un pouvoir politique⁷⁷. Il sera dit relatif lorsqu'on considère que la relation du fils à l'égard du père implique que l'altérité n'est pas absolue puisqu'il existe un lien naturel entre les deux parties prenantes. Cette différenciation dans l'altérité justifie par conséquent une différenciation dans la qualification du droit. Il en résulte, selon ces acceptions, que le droit caractérise une relation et une action qui est fonction non du sujet agissant, mais du rapport social impliqué.

Le fondement d'un tel rapport est envisagé par Suárez à partir de la tripartition de la loi en loi éternelle, naturelle et humaine que Grotius précisément abandonne au profit de la distinction entre le droit naturel et le droit positif, c'est-à-dire entre ce qui est immuable et nécessaire et ce qui est variable et contingent. Si la loi naturelle est pour Suárez une diffraction de la loi éternelle dans la nature humaine, il est nécessaire pour Grotius de dissocier la sphère de la nature humaine de celle des décisions divines bien plutôt que de la différencier de celle des lois humaines. La tripartition suarézienne quant à elle, sans évidemment désavouer la soumission ontologique du légal au naturel, veut dans le *De legibus* en reformuler le cadre problématique. Ainsi, la nature rationnelle elle-même est identifiable à une essence et non à une loi; en effet, la notion de commandement n'a pas de sens pour la nature, elle ne révèle ni bonté, ni mal moral, elle n'éclaire pas ou ne dirige pas et ne produit aucun effet comparable à celui de la loi. On ne peut par conséquent rattacher à la nature le terme de loi si ce n'est métaphoriquement. La nature rationnelle est une condition nécessaire pour engendrer une pratique fondant le bien moral mais non suffisante pour constituer une loi, ce qui revient à dire qu'elle ne peut être qualifiée conventionnellement de loi naturelle. Il faut donc reconnaître à la loi naturelle un statut spécifique dès lors qu'il n'est pas légitime de qualifier de loi ce qui constitue le fondement de la bonté ou de la malveillance de l'acte en utilisant le terme même de loi. Car la loi naturelle a le statut de règle et de mesure qui est en extension supérieur à celui de loi⁷⁸. En effet, on ne peut dire que la nature rationnelle représente la mesure de la bonté morale sans reconnaître corrélativement qu'elle dépend du Créateur selon l'ordre essentiel de la raison puisqu'elle en est tributaire selon l'ordre de l'existence. Cela amène Suárez à opérer une distinction interne à la nature rationnelle⁷⁹: la première que l'on retrouvera chez Grotius et qui consiste à en faire le fondement de l'adéquation ou non des actions humaines avec elle; si l'on considère de manière extensive le droit, on dira qu'il exprime la conformité entre l'action d'un être rationnel et la raison dans la mesure où une

⁷⁷ Thomas d'Aquin.

⁷⁸ Suárez, *Des lois*, Livre II, 5, n. 5, 414.

⁷⁹ Suárez, n. 9, 417.

telle action concerne autrui. La deuxième renvoie à l'aptitude propre à cette nature de discerner dans la diversité des pratiques humaines celles qui y sont ou non conformes, cette faculté correspondant à la raison naturelle. En fin de compte, la nature ne serait qu'un fondement éloigné – et c'est ce qualificatif qui lui permettrait de prétendre légitimement au titre de fondement – de ce qui est appelé la bonté naturelle. La faculté rationnelle rend visible et lisible la loi naturelle elle-même, qui commande ou interdit au vouloir humain ce qu'il convient du point de vue moral d'accomplir ou non. Il en résulte que la loi naturelle ne réside pas dans le Créateur si on la compare à la loi éternelle puisqu'elle est temporelle et créée⁸⁰; elle n'est pas non plus extérieure aux hommes puisqu'elle est gravée dans leur cœur⁸¹. Il n'en reste pas moins qu'elle n'existe pas immédiatement dans la nature de l'homme sans dépendre pour autant de sa volonté puisque notre raison pratique, selon la thèse thomiste, repose sur l'essence du bien⁸². La loi naturelle est bien plutôt ce qui lie et commande cette dernière. Elle ne peut dès lors exister que dans la raison, lui être immanente. Tel est le commandement de la raison qui oriente, oblige et est identifiable à la règle de la conscience donnant son approbation ou non à ce qui est accompli; la loi naturelle consiste en un tel commandement. Par conséquent, il est spécifique à la loi de commander ou de diriger; cela a pour origine la droite raison en l'homme afin qu'il soit gouverné droitement selon la nature⁸³. C'est pourquoi l'existence de la loi naturelle devient effective dans la raison identifiable à «la règle intrinsèque immédiate des actes humains»⁸⁴ parce qu'elle est indicative du bien et du mal, et elle préceptive car elle comprend l'interdiction du mal et le commandement du bien ainsi que le rappelait l'héritage thomiste⁸⁵.

⁸⁰ Suárez, n. 12, 421.

⁸¹ Suárez, n. 10, 418–419.

⁸² Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I^a–II^{ae}, Q. 94, art. 2, Réponse: «En effet, tout ce qui agit le fait en vue d'une fin qui a raison de bien. C'est pourquoi le principe premier de la raison pratique est celui qui se fonde sur la raison de bien, et qui est: «le bien est ce que tous les êtres désirent.» C'est donc le premier précepte de la loi qu'il faut faire et rechercher le bien, et éviter le mal. C'est sur cet axiome que se fondent tous les autres préceptes de la loi naturelle: c'est dire que tout ce qu'il faut faire et éviter relève des préceptes de la loi naturelle; et la raison pratique les envisage naturellement comme des biens humains.» Et plus loin: «Selon cette inclination, ce qui assure la conservation humaine et tout ce qui empêche le contraire, relèvent de la loi naturelle.»

⁸³ Suárez, *Des lois*, Livre II, 5, n. 12, 421.

⁸⁴ Suárez.

⁸⁵ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I^a–II^{ae}, Q. 71, art. 6, ad 4: «Lorsqu'on dit que tout péché n'est pas mauvais parce que défendu, cela s'entend d'une défense portée par le droit positif. Car, si l'on se réfère au droit naturel contenu premièrement dans la loi éternelle et secondairement dans la faculté de juger naturelle à la raison humaine, alors

Les conséquences anthropologiques sont les suivantes: la loi naturelle est immanente à l'esprit humain et fonde la possibilité du discernement entre le bien et le mal; elle est une et identique pour l'ensemble de l'humanité, quels que soient les lieux et les époques⁸⁶. Elle fonde l'affirmation en chaque étant rationnel du caractère individuel de son humanité tout en le faisant participer à l'universalité du genre humain. En ce sens, il faut dire que la loi naturelle n'est pas tant présente dans le législateur divin – dans cette éventualité, il faudrait parler de loi éternelle – que dans les hommes eux-mêmes. Si la loi naturelle provient effectivement de Dieu en tant que cause première, cela n'est pas identifiable au fait qu'elle soit issue de Dieu comme Législateur qui commande et oblige. Relativement à la loi humaine, toutes les fautes morales ne sont pas mauvaises parce qu'elles sont interdites, mais eu égard à la loi naturelle comprise essentiellement dans la loi éternelle et de manière secondaire dans le jugement de la raison naturelle, toute faute morale s'avère mauvaise parce qu'interdite. Il n'en reste pas moins dans l'articulation entre l'ordre théorique et l'ordre pratique, que le jugement exprimant la nature de l'action n'est pas le fait d'un supérieur comme dans la loi humaine, mais qu'il peut résider – selon la terminologie juridique de la seconde scolastique – dans un égal ou un inférieur, sans qu'il ait pour autant la puissance effective pour produire une obligation. Dès lors, un tel jugement ne peut être identifié à une loi qui ordonne ou qui interdit. Juger de ce qui est bon ne conduit pas à l'imposition d'une loi. Ainsi, la loi est un commandement imposant une obligation et pour qu'un jugement soit assimilable à une loi, il doit traduire un ordre d'où émane une obligation. Et si l'on considère la loi naturelle ce qui s'y oppose va à l'encontre de la nature même de la loi, c'est-à-dire de la raison naturelle et de l'interdiction par un supérieur. Elle est une loi éthique et son principe, la lumière de la raison naturelle s'identifie à la condition de la moralité car elle permet de déterminer ce qui est adéquat à la nature humaine; elle incarne ce moment où la volonté se décide librement pour réaliser le bien. C'est pourquoi la loi naturelle qui porte témoignage dans l'immanence de l'intériorité de l'adéquation ou non au commandement de la droite raison⁸⁷, rend manifeste ce qui est bon en soi mais traduit également de manière prescriptive une action comme interdite ou ordonnée par un supérieur. Dès lors la transgression de la loi naturelle équivaut à une transgression de la loi éternelle, extériorisation de la raison et de la volonté divines et, par conséquent, de ce qui est supérieur.

À partir de là, lorsqu'on reprend la célèbre formule de Grotius concernant la validité du droit naturel et de la loi naturelle «même s'il n'y a point

on peut dire que le péché est toujours mauvais parce que défendu; car ce qui n'est pas dans l'ordre s'oppose par le fait même au droit naturel.»

⁸⁶ Suárez, *Des lois*, Livre II, 8, n. 5, 474–475.

⁸⁷ Suárez, 5, n. 10, 418–419.

de Dieu»⁸⁸, ce qui est, semble-t-il proposé, sous une autre forme que celle avancée par Suárez, à savoir la possibilité d'envisager, abstraction faite d'un fondement théologique, un socle rationaliste autonome pour ces mêmes principes. La loi naturelle tire le fondement de sa force obligatoire dans la nature même de l'homme, instaurant par là même la possibilité de mettre entre parenthèses la relation entre elle et le Créateur. Le basculement que suggère Grotius n'exclut pas le maintien d'un lien métaphysique entre la loi naturelle et le Dieu créateur, sans qu'il soit à proprement parler identifiable à un lien avec le Dieu législateur. Selon Grotius, la loi naturelle ne pourrait détenir de la volonté divine sa force originelle d'obligation, seulement de la nature de l'homme. Dès lors, la moralité ne serait pas tributaire de la volonté, pas même celle du Créateur. L'interdiction d'actes ou de comportements n'aurait d'autre origine que la nature humaine comme actualisation rationnelle; tel est le point de référence fondant la possibilité d'une distinction entre le bien et le mal. L'interdiction de certains actes renvoie à une même origine, l'accord ou non à la nature rationnelle abstraction faite de toute autorité quelle qu'elle soit. Il convient pour Suárez de se référer à l'immanence de la loi naturelle pour toute considération de l'agir moral de la personne.

La loi naturelle représente une œuvre de la raison ou ce qui est constitué par la raison elle-même. Elle est véritablement et spécifiquement une loi qui trouve dans le Créateur son principe et sa mesure originelle. Elle réside également en l'homme envisagé comme une mesure dérivée, c'est-à-dire qui tire sa raison d'être relativement à la loi éternelle. Elle est en ce sens la marque d'une immanence de la transcendance en l'humain. Cela signifie qu'elle réside en tant que loi, c'est-à-dire selon l'héritage thomiste en tant que commandement de la raison pratique, dans le genre humain car comme elle est en un «Dieu législateur», elle est d'un certain point de vue la loi éternelle elle-même en tant qu'elle dicte les préceptes de l'actualisation de la nature rationnelle, de manière analogue au texte écrit codifié représentant la loi humaine en tant qu'il a une existence désormais extérieure au législateur. La loi naturelle exprime formellement le commandement en acte de la raison consistant à rechercher le bien et à s'abstenir du mal. Elle peut également être envisagée selon une signification causale, c'est-à-dire en tant qu'*habitus* des premiers principes moraux⁸⁹ correspondant à la syndérèse⁹⁰ ou à la lumière

⁸⁸ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix, Discours préliminaire*, § XI, 10.

⁸⁹ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I^a-II^{ae}, Q. 94, art. 1: «Car les préceptes de la loi naturelle sont tantôt l'objet d'une considération actuelle de la raison, et tantôt sont en elle seulement à l'état «habituel» et non conscient. C'est dans cette acception que la loi naturelle peut être qualifiée d'*habitus* de la même manière que les principes indémontrables des sciences spéculatives, qui ne s'identifient pas avec l'*habitus* des premiers principes, mais constituent son objet, son contenu.»

⁹⁰ Thomas d'Aquin, Solutions: «En appelant syndérèse la loi de notre intelligence,

qu'apporte notre intellect sur le fondement de notre pratique. Il n'en reste pas moins qu'il est essentiel de différencier l'universalité de la loi naturelle de la particularité de la conscience morale. La première exprime une règle universelle concernant ce qu'il est légitime de faire alors que la deuxième est manifestation d'un commandement pratique particulier ou l'application de l'universalité de la loi à un agir particulier en situation. Cette différenciation peut être accentuée car si la conscience morale est en mesure d'appliquer la loi naturelle est invariable, elle est également susceptible d'errements du fait d'interprétations erronées de cette même loi.

La loi naturelle est composée du commandement de la raison et de l'objet de cette même raison. Le premier traduit immédiatement ce qui constitue essentiellement et formellement la loi naturelle, le deuxième ce qui la constitue de manière indirecte et connotative. La loi naturelle a une fonction indicative et prescriptive. Pour que la deuxième fonction devienne socialement effective, il est nécessaire de rappeler pour Suárez que le pouvoir politique, c'est-à-dire l'aptitude à promulguer des lois et à les faire respecter afin de rendre possible la coexistence, est conforme à la nature de l'homme sans en être une conséquence naturelle. On ne saurait, au regard de l'histoire, comprendre la soumission au pouvoir de la loi comme le produit du vouloir divin résultant de la punition du péché originel; elle est bien plutôt la condition au perfectionnement de l'existence naturelle de l'homme qui ne peut concevoir son humanité sans autrui, l'existence humaine ne pouvant également être concevable sans un pouvoir législatif et un pouvoir de gouvernement pour l'ordonner.

Il apparaît en fin de compte pour Suárez comme pour Grotius, que l'association civile exprime un impératif de la nature humaine et l'intérêt dans lequel se trouvent les hommes d'obéir à une autorité politique en ayant clairement à l'esprit ce qu'ils se doivent les uns aux autres pour s'apparaître précisément comme humains. Une ambivalence résultant de la promotion de la sphère juridique n'en demeure pas moins. Appartient-il à la juridiction civile de sauvegarder un bien communautaire d'essence morale ou doit-elle préserver l'utilité sociale sans laquelle le penchant pour la vie sociale ne pourrait réellement s'exprimer ? Qu'est-ce qui prévaut, les impératifs moraux liés à la loi naturelle ou la réponse aux besoins et à l'utilité commune qui n'est concevable que par la garantie, au moyen du pouvoir politique, des droits de chacun ? Le problème politique résiderait alors dans l'harmonisation problématique entre la prééminence des droits individuels que chacun naturellement cherchera à sauvegarder et la position d'une sociabilité naturelle recevant son assise des principes moraux de la loi naturelle. Deux types de rela-

on la conçoit comme un habitus dont l'objet comprend les préceptes de la loi naturelle qui sont les principes premiers de l'action humaine.»

tions à autrui en résultent. La loi naturelle induit un rapport à son semblable irréductible à la simple défense des droits individuels révélant que l'individu peut et doit aller au-delà de vers quoi le pousse sa particularité; elle exprime une force de décentrement. Le droit naturel recentre quant à lui l'individu sur ses tendances et exigences fondamentales comme la préservation de son être, de ses membres et de sa liberté. La réalisation de l'existence politique requiert par conséquent la conjugaison de leurs apports respectifs pour être en harmonie avec la théorie de la nature humaine. Il appartient, par conséquent, à la société politique de créer les conditions de l'accomplissement des potentialités de la nature humaine, tout en assurant la sauvegarde des droits individuels. Or, une telle préservation qui requiert comme médiation la loi naturelle et le droit positif semble prévaloir sur l'exigence éthique, à moins d'identifier cette dernière à la conservation de son être et de la poser comme correspondant dans sa généralisation au bien commun. Ce dernier n'aurait donc de sens qu'identifié à la défense des droits naturels de chacun. Le droit naturel exprimerait en ce sens ce qui assigne une raison d'être à l'exigence morale de la loi naturelle, à savoir un appel commun pour chaque individu à l'humanité, l'accomplissement de cette dernière consistant tant sur le plan moral et politique à la fois dans la conduite volontaire individuelle et dans celle des autres hommes, et c'est ce que confirme l'articulation du droit naturel à la loi naturelle en révélant que l'appartenance d'un individu à l'humanité ne peut faire l'objet de la décision d'un homme quel qu'il soit. Ainsi, pour Grotius, le constat de la nature humaine ne saurait se réduire à celui d'un état de fait. Il traduit par l'articulation invoquée la présence d'une potentialité et d'un impératif, c'est-à-dire la promesse d'une réalisation à partir notamment des conditions matérielles mises en œuvre par la société politique, ce qui signifie que telle est la nature humaine qu'elle n'est en mesure de se réaliser que sous la forme de pratiques conjointement volontaires et réciproques.

III) Nécessité historique du droit des gens. Les mutations de l'ordre humain

Tant pour Suárez que pour Grotius, la problématique du droit naturel s'inscrit dans une perspective à la fois anthropologique et historique. L'origine et les contours de cette dernière sont précédemment clairement formulés par Vitoria. Il existe deux niveaux de relation interhumaine: celui de la société politique et celui de la communauté universelle. La loi ne parvient à son propre accomplissement qu'à se présenter pour l'ensemble des hommes comme la norme d'une communauté universelle à venir, impératif logique spécifique à une relation interhumaine généralisée à laquelle ne correspond

pourtant aucune nécessité. Afin d'éviter des confusions sur cette question, il est judicieux pour Vitoria de dégager deux sens du terme «nécessaire.» Selon l'héritage thomiste, il y a une identité entre le droit naturel et le droit nécessaire⁹¹, ce qui revient très précisément à définir le droit naturel comme ce qui est absolument autonome vis-à-vis de la volonté. Quelle est dès lors la nature de la nécessité à laquelle il convient de se référer de manière légitime pour qualifier le droit naturel lorsqu'il a pour propriété spécifique l'immutabilité⁹² ? En se référant à Aristote, Vitoria rappelle⁹³ que ce qui est nécessairement attribué à un sujet est ce qui lui est adéquat par soi, ainsi lorsqu'on pose que la rationalité est ce qui est par soi conforme à l'homme. Par là même, l'essence du droit naturel consiste à induire nécessairement son existence et de ne posséder d'autre principe immédiat pour exister en tant que droit que lui-même. Une hiérarchie dans l'ordre de la nécessité doit être dégagée dès lors que l'on effectue une différenciation dans le domaine des objets que l'on étudie ou que l'on se reporte à l'ordre de la théorie ou de la pratique. Cela signifie qu'une différence de degré peut être instaurée de manière pertinente dans l'ordre de la nécessité. Si l'on considère la nécessité en mathématiques, elle est proportionnelle au fait que dans la formulation d'une thèse, la proposition contraire induit d'autant plus de contradiction. Cette nécessité apparaît inconditionnelle au point que Dieu Lui-même «ne peut faire que le triangle n'ait pas trois angles»⁹⁴, la raison divine n'ayant pas le pouvoir d'être en contradiction avec elle-même. Quant à la nécessité physique dans l'ordre de la nature, elle ne possède pas un caractère aussi absolu. Le Créateur a le pouvoir de faire que le soleil ne se lève pas, alors que cela semble inconcevable selon l'ordre de la nature. Ce sera en fonction de cette dernière compréhension de la nécessité que le droit naturel sera qualifié de nécessaire, précisément parce que sa suppression est inconcevable selon l'ordre de la nature, excepté dans l'éventualité de l'intervention de la puissance divine.

Dans l'ordre de la pratique, en fonction de ces distinctions, deux orientations peuvent être envisagées pour Vitoria concernant les deux niveaux évoqués de la relation interhumaine : soit cette nécessité peut être considérée com-

⁹¹ F. de Vitoria, *La justice* (Paris: Dalloz, 2014), étude et traduction par J.-P. Coujou, *Commentaires*, Q. 57, Art. 2, 12. Voir *Comentarios del Maestro Francisco de Vitoria a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, édition de V. Beltrán de Heredia, 6 vol., Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1932-1952, volumen IV, tome 3.

⁹² F. de Vitoria, *Du pouvoir du Pape et du Concile* in *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones teológicas*, T. Urdanoz (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), n. 1, 433.

⁹³ Vitoria, *La justice, Commentaires*, Q. 57, art. 2, n. 3, 12-14.

⁹⁴ Vitoria.

me partie prenante de la nature spécifique d'une telle communauté universelle, c'est-à-dire que l'humanité ne peut être considérée dans son essence que comme une totalité abstraction faite des contingences historiques, soit elle est consécutive à une telle nature, c'est-à-dire qu'elle correspond à l'aboutissement historique de la position de l'homme comme animal social et elle doit être actualisée, ce qui implique le recours à des conventions. La nécessité normative constitutive exprime la spécificité du droit naturel, la nécessité normative consécutive renvoie au droit des gens dont l'universalité articulée à l'universalité du droit naturel le légitime en tant que norme internationale.

Dans le premier cas, le droit naturel est indissociable d'une ontologie de l'humain posant la primauté de l'éthique (celle du devoir fondateur d'avoir des devoirs envers autrui et soi-même) par laquelle l'être de l'homme serait contraint; il traduit la nécessité d'une éthique et la possibilité de la légitimer. Dans le deuxième cas, le droit des gens doit incarner le moment d'une réconciliation possible de la transhistoricité du droit naturel avec l'histoire, ou si l'on veut d'une ontologie de l'humain avec ce qui semble la contredire dans son essence et qui pourtant ne peut que la faire exister comme telle, le processus historique. Cela induit que l'homme par droit naturel est citoyen du monde, et ne peut perdre cette dimension cosmopolite parce qu'elle est de droit naturel. Il s'agit pour Vitoria de faire émerger un droit des gens ayant pour fondation le droit naturel afin qu'il se substitue au droit commun de l'Église universelle désormais peu en phase avec l'histoire politique des sociétés. Pour ce faire, il faut déterminer 1°) ce qu'il en est des rapports existants entre le droit naturel et le droit civil tout en explicitant en quoi consiste la positivité du droit des gens et le fondement de son obligation et 2°) ce qu'il peut être pour prétendre être le principe régulant les relations interétatiques.

Selon Vitoria, le droit des gens doit être compris comme une loi universelle, positive et à portée obligatoire pour l'ensemble des États qui sont parties prenantes de la communauté universelle. Son caractère juridique suppose des principes et des règles organisant les relations internationales que ce soit entre les peuples ou entre les membres des différents États. Il représente un droit universellement en vigueur et s'étendant à l'ensemble de la terre. En effet, chaque homme constitue avec l'ensemble des autres hommes une communauté naturelle universelle, ce que Vitoria qualifie de «*communitas naturalis Orbis*» antérieure et prééminente à l'émergence des nations et des souverainetés. La totalité universelle à laquelle il se réfère, n'est pas la résultante de la volonté contractuelle des hommes ou des États, elle manifeste la caractéristique sociale et politique de l'humain. Le mode originel de coexistence de l'homme ne découle pas d'un libre choix⁹⁵ mais de sa ten-

⁹⁵ Vitoria, *Leçon sur le pouvoir politique* (Vrin: Paris, 1980), I^{re} partie, n. 5, 43: «Il est donc évident que ce n'est pas l'invention des hommes qui est à la source et à l'origine

dance à se parfaire incarnée par le moment naturel de la famille, institué de la République et espéré de la communauté universelle, autant d'expressions de communautés à partir desquelles l'existence humaine est en mesure de se perfectionner. Chacune de ces sphères de coexistence répond au processus de causalité finale spécifique à la nature même de l'homme. Et l'aboutissement naturel de la coexistence trouve sa vérité dans la communauté internationale, ce qui revient à dire que l'échange interhumain ne rencontre son effectivité que dans l'ensemble du genre humain à partir d'un ancrage juridique et politique. Cette communauté internationale est par essence antérieure à la formation historique des États, ce qui est la fin du point de vue de l'existence, est au commencement du point de vue de l'essence.

Une distinction claire en découle pour Vitoria, celle du principe fondateur de la communauté du genre humain et celle historique de l'émergence des États. Néanmoins, si une telle communauté est de droit naturel et s'avère indissociable d'une fondation éthique de l'humain, elle ne peut faire abstraction des conditions sociales et politiques qui la rendent possible. Telle est la fonction du droit des gens dans son adéquation à la constitution des nations et des frontières. Originellement, la communauté universelle porte un bien politique universel qu'il appartient au droit des gens d'actualiser. La division historique en peuples et nations, structurée par le droit des gens, est ainsi téléologiquement orientée⁹⁶ afin de rendre progressivement effective la communauté du *Totus Orbis*. Le droit des gens s'adosse au droit naturel, tout en s'en différenciant, de telle sorte que la dimension de souveraineté de chaque nation s'ouvre historiquement au principe régulateur du *Totus Orbis*.⁹⁷ Il est une actualisation historique de la raison du point de vue pratique au sens où les hommes en font usage pour s'affirmer comme les auteurs politiques et éthiques de leur propre destinée. Cela signifie que tous les hommes en tant qu'ils constituent une communauté de l'ensemble du genre humain sont en mesure et doivent obliger chaque homme en particulier de telle sorte que ce

des cités et des États et il ne faut pas compter ceux-ci au nombre des œuvres de l'art. Mais ils sont, pour ainsi dire, l'œuvre de la nature, qui a fourni aux hommes ce moyen de protection et de conservation.»

⁹⁶ Vitoria, n. 2, 40: «Nous pensons que tout existe en vue d'un but et d'une fin, non seulement le ciel, la terre, les autres parties du monde et l'homme, qui est le roi du monde lui-même, mais encore tout ce qui est contenu sous le ciel; tout est fait et tout est fait nécessairement de telle manière en vue d'une fin, dans laquelle il faut chercher l'explication et la raison d'être des choses.»

⁹⁷ Vitoria, III^{ème} partie, n. 21, 73-74: «Le droit des gens ne tient pas seulement sa valeur d'un pacte ou d'un accord entre les hommes, mais il a aussi valeur de loi. 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.»

qu'il accomplit soit utile à tous, cette dynamique réfractant dans l'ordre universel ce qui était déjà à l'œuvre dans l'ordre étatique concernant la relation entre la nation et l'individu.

Dès lors, le droit des gens parce qu'il repose sur la volonté humaine et qu'il est par conséquent conventionnel est irréductible au droit naturel tout en étant clairement différencié du droit civil puisqu'il n'est pas spécifique à un gouvernement ou à une nation; le lien qu'il crée n'a pas d'autre origine que la volonté des peuples. En fin de compte, si le droit des gens ne dérive pas par essence des souverainetés nationales, il n'en reste pas moins qu'il leur est antérieur et qu'il constitue le principe de leur régulation car il ordonne, non seulement les relations interindividuelles, mais également entre l'ensemble des nations comprises comme des communautés politiques autonomes. Ce n'est que superficiellement que le droit des gens apparaît comme tirant sa source de la contingence du vouloir des nations, il faut bien plutôt comprendre le consentement au droit des gens comme étant tacite, correspondant à l'adhésion des peuples vis-à-vis d'un impératif d'universalité qui en découle. Par conséquent, le droit des gens correspond à la loi que se donne le genre humain. Il possède une dimension internationale publique commune à l'ensemble des peuples et établi par accord et consentement tacite entre eux. Il ne peut être légitimement transgressé par quiconque du fait qu'il oblige l'ensemble des nations car il est instauré à partir d'un consentement commun, ce qui revient à dire que toute violation est assimilable à une injustice évidente. La définition de l'homme comme animal politique porte en elle la fin qui lui assigne sa raison d'être parce qu'elle en constitue l'achèvement effectif: les communautés humaines requièrent un ordre légal supranational qui les oriente et structure la nécessité de l'extension de tout être-en-commun selon une logique de la réciprocité universelle.

À partir de cet héritage fondateur, pour Suárez et Grotius, l'homme actualise par sa nature raisonnable une destination politique qui n'est en mesure de se réaliser qu'au sein d'un ordre pacifique dans lequel la totalité des États, médiateurs de l'accomplissement d'une vie humaine, contribuent à une finalité commune qui les dépasse et dont, néanmoins, ils tireront un bénéfice. La perspective historique d'une communauté universelle est partie prenante de la sphère du droit naturel et, plus précisément, de ce qui a été analysé comme le droit naturel secondaire ou droit des gens en tant que condition de l'extériorisation des potentialités de la nature humaine. Or, ce qui émerge également au regard du devenir des sociétés humaines c'est la position selon laquelle le droit des gens appartient à la sphère du droit positif car il ne devient effectif que par une volonté humaine recherchant à rendre conforme les valeurs universelles du droit naturel aux incessantes mutations historiques. Il n'en demeure pas moins, dans ses préceptes, distinct de ceux du droit civil car leur formulation ne découle pas de lois écrites mais des

coutumes propres à «la quasi-totalité des nations»⁹⁸ (immunité diplomatique, accords commerciaux, traités de paix et trêves ...). À partir de là, il se différencie: 1° du droit naturel car il tire «davantage» son fondement des coutumes que de la nature⁹⁹ et 2° du droit civil «par son origine, son fondement et son universalité.»¹⁰⁰ Cependant, c'est précisément ce «davantage» et la spécificité de l'universalité invoquée qui deviennent problématiques. En effet, ces deux points rappellent que le droit des gens implique l'universalité d'une coutume engageant l'ensemble des peuples; la coutume exprime ici un mode d'être irréductible à la nature («davantage») et l'universalité que ce droit incarne n'est pas celle de la nature, mais d'un mode d'être commun indissociable de l'engagement historique de l'humanité. Les normes engendrées par le droit des gens tirent leur valeur de leur adéquation à la nature sociale de l'homme. La relativité historique de ces normes n'en altère pas la validité; elles ont pour fonction d'ordonner les relations entre les nations. Dès lors si l'objet du droit naturel est effectivement l'humanité, il ne s'agit pas de l'humanité comprise historiquement à partir de la division en États et nations, bien plutôt comme unité ontologique à partir de la nature rationnelle¹⁰¹. La mutabilité du droit des gens (ses interdictions et ses préceptes sont d'eux-mêmes changeants¹⁰²) résulte du fait qu'il est tributaire de la coutume et du consensus humain, ce qui indique clairement qu'il n'est pas nécessairement issu au même titre que le droit naturel, de la nature rationnelle¹⁰³. D'une part, le droit des gens interdit des actes «qui sont de soi et intrinsèquement mauvais», d'autre part, il faut reconnaître que les préceptes qui y président «ne sont pas déduits des principes naturels au moyen de déductions nécessaires et évidentes.»¹⁰⁴ C'est pour cette raison, selon Suárez, qu'il est légitime de dire que certaines règles du droit civil peuvent faire l'objet d'une abrogation totale, alors que les règles du droit des gens ne pourront faire l'objet que d'une dérogation partielle¹⁰⁵. Le statut du droit des gens est intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil¹⁰⁶. Cela signifie qu'il s'accorde avec le premier par son exigence d'universalité parce qu'il est dérivé de principes naturels sans que cela soit selon une né-

⁹⁸ Suárez, *Des lois*, Livre II, 19, n. 6, 624.

⁹⁹ Suárez.

¹⁰⁰ Suárez.

¹⁰¹ Suárez, I, 6, n. 18, 178.

¹⁰² Suárez, II, 20, n. 6, 636.

¹⁰³ Suárez, 17, n. 8, 604-605: « Or, tout ce que l'on déduit des principes naturels par des raisonnements évidents, est également écrit dans le cœur humain. Donc, tout ceci fait partie du droit naturel.»

¹⁰⁴ Suárez, 20, n. 6, 636.

¹⁰⁵ Suárez, n. 9, 638.

¹⁰⁶ Suárez, n. 10, 638.

cessité absolue et qu'il s'apparente avec le second précisément parce qu'il est issu de conventions. Et il est également possible de distinguer à partir de là une double manifestation historique du droit des gens: l'une (le droit international) dont le caractère universel découle de la reconnaissance d'une loi commune par une diversité de nations, et l'autre (le droit coutumier) qui est véritablement universel du fait de sa conformité à l'universalité des us et coutumes; cet avènement est par conséquent spécifiquement humain. Ainsi, le droit des gens interne aux nations est assimilable à un droit international privé positif alors que le droit des gens entre les nations constitue un droit coutumier public. Il en résulte à partir de cette subdivision que la valeur juridique de la coutume tire autorité du consentement de la puissance souveraine et que le consentement du peuple, initialement fondateur, est ramené dans le jeu des rapports des forces politiques à une cause efficiente secondaire. Enfin, la communauté internationale renvoyée à la question de la légitimité de son fonctionnement est reconduite à la fois au droit des gens et au droit naturel indissociable des liens entre les nations envisagées comme des personnes morales dont l'autarcie et la souveraineté apparaissent comme relatives au regard de l'histoire. En ce sens, on peut dire que, d'une part, le droit des gens prolonge de ce point de vue l'ontologie de l'humain à l'œuvre dans le concept de droit naturel pour l'ouvrir à l'infinie variation de ses incarnations historiques¹⁰⁷ et, d'autre part, que le remodelage du droit naturel ouvre la voie à l'émergence d'un droit commun, c'est-à-dire impliquant au-delà de l'uniformité et de la différence, la possibilité d'une convenance et d'une harmonie correspondant à l'impératif de la coexistence pacifique.

Il n'en reste pas moins également que la validité d'un tel droit demeure problématique s'il n'existe aucune instance supérieure, contrairement au fonctionnement intra-étatique, en mesure de l'imposer de manière coercitive si nécessaire. En effet, d'une part, la validité du droit naturel repose sur l'obligation morale de se conformer à ses commandements. D'autre part, le droit civil n'a d'effectivité que parce que sa mise en œuvre est requise de manière contraignante par le pouvoir politique. Cependant, le caractère obligatoire du droit des gens ne peut être requis ni par la morale, ni par une instance supérieure aux peuples, même s'il faut reconnaître que la division du

¹⁰⁷ Suárez, 19, n. 5, 623 : « (...) Il semble impossible que le droit des gens soit commun à tous les peuples et qu'il ait été créé par la volonté et l'opinion des hommes. Car il n'est pas fréquent que l'ensemble des peuples s'accordent sur des matières qui dépendent de l'opinion et de la libre volonté des hommes. C'est le propre de l'homme qu'il y ait presque autant de tendances et de points de vue que d'individus. Et n. 6, 624: « (...) Je propose la solution suivante: les principes 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.»

genre humain en peuples et États n'est pas opposée à la préservation d'une unité: «l'unité spécifique du genre humain» apparentée à «une unité politique et morale comme l'indique le précepte naturel de fraternité et l'aide qui est étendue à tous, même aux étrangers de quelque nation que ce soit.»¹⁰⁸

Néanmoins, si l'on situe le fondement de sa validité dans le consensus de la communauté internationale¹⁰⁹, ce dernier s'avère-t-il suffisant pour faire du droit des gens un principe d'ordonnement juridique possédant la force de s'imposer à chaque communauté politique ? En effet, la question de la mutabilité du droit des gens ne peut manquer de faire surgir ainsi que l'analyse Suárez, le problème de sa dispense et des dérogations en mesure d'être invoquées¹¹⁰. Une ambiguïté en découle. Elle concerne les limites à attribuer aux dispenses que l'on peut reconnaître vis-à-vis des principes mis en œuvre par le droit des gens. Elles doivent s'expliquer pour Suárez à partir de la distinction existante entre le droit des gens compris comme ce qui est commun à certaines nations s'accordant sur telle ou telle règles (ambassades, échanges commerciaux, immunité, droit d'asile ...) et celui qui est envisagé de manière universelle, en fonction des us et des coutumes, exprimant une réciprocité entre les peuples fondant le socle d'une humanité reposant sur l'association, la coopération et l'échange¹¹¹. Selon la première compréhension du droit des gens qui présente bien des similitudes avec le droit civil et, par analogie avec des règles propres à d'autres États, elle est en mesure d'impliquer des dispenses et des dérogations. En effet, le droit des gens ainsi considéré apparaît dans chaque État tributaire du pouvoir et des coutumes de ce dernier et renvoyer, par là même, à l'individualité des nations, abstraction faite des autres; il est en ce sens identifiable à un droit civil commun. Cela revient à dire que tout État peut le modifier sur son propre territoire sans se référer à un quelconque accord avec les autres nations. Il traduit, en ce sens, une dépendance manifeste à l'égard de circonstances contingentes, «de l'autorité et des coutumes de chaque peuple»¹¹² abstraction faite des autres nations.

¹⁰⁸ Suárez, n. 9, 627.

¹⁰⁹ Suárez, 20, n. 2, 632: «Dans le droit des gens, les préceptes revêtent un caractère plus général. On y tient compte de l'intérêt de l'ensemble de l'humanité et de la conformité aux principes premiers et universels de la nature.»

¹¹⁰ Suárez, nn. 6-8, 635-637 et n. 8, 637: «Dans le second genre du droit des gens, le changement s'avère beaucoup plus difficile parce qu'il se rapporte à un droit commun à l'ensemble des nations. Il a, semble-t-il, été introduit au moyen de l'autorité de l'ensemble des nations et, en conséquence, on ne peut l'abroger sans le consentement général. Malgré tout, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'on modifie le contenu objectif de cette loi si toutes les nations y consentent, ou bien si, graduellement, on introduit et on conforte la coutume opposée.»

¹¹¹ Suárez, n. 7, 636.

¹¹² Suárez, n. 7, 636.

Il en résulte que tout État est en mesure de modifier le droit des gens dans son espace propre n'étant nullement obligé par soi de se conformer aux autres États. La possibilité morale et juridique de le faire demeure toujours offerte puisqu'elle ne présente pour Suárez aucune contradiction logique. Cependant, selon la deuxième compréhension, une telle modification s'avère problématique dès lors que le droit des gens implique un droit commun à l'ensemble des États. Car, à partir du moment où son émergence a pour origine l'autorité de la totalité des nations¹¹³, il ne peut faire l'objet d'une dispense sans consentement commun. Il n'en reste pas moins, dans le cas d'un consentement général des nations ou dans l'éventualité d'une évolution des mœurs et d'une opposition progressive à la coutume établie que les préceptes du droit des gens peuvent faire l'objet d'une modification même s'il convient de constater au regard de la puissance coercitive des mœurs et des coutumes, que cela apparaisse peu plausible. D'une part, le droit des gens s'est propagé à la totalité des nations de manière continue par l'usage et la tradition étant donné le statut historique de l'humanité; d'autre part, il révèle que l'humanité se constitue de manière mimétique¹¹⁴ avant de s'ordonner par conventions. Un exemple emblématique l'illustre pour Suárez si l'on considère historiquement la question de l'esclavage dans les périodes de guerre. En effet, si une nation prescrit l'interdiction de l'esclavage concernant ses propres ressortissants sur son territoire (puisque personne selon le droit naturel n'est l'esclave d'un autre), en temps de guerre, comme on le voit dans l'Antiquité, ce principe du droit des gens n'est plus respecté. La chrétienté en abolissant dans la sphère du droit des gens «l'esclavage des prisonniers lors d'une guerre juste»¹¹⁵ établit qu'un tel type de changement est à la fois concevable et moral.

Peut-on dire pour autant que la question de la dispense ou de la dérogation vis-à-vis du droit des gens aboutisse à une réponse claire et tranchée ? Le droit des gens du fait de sa dimension conventionnelle est distinct du droit naturel auquel pourtant il ne peut s'opposer; par conséquent, tout en s'affirmant en son historicité, il n'est pas en mesure de faire abstraction d'une transhistoricité du droit naturel qui en fonde la légitimité. De ce point de vue, il ne saurait y avoir de dérogation, néanmoins, n'importe quel examen du processus historique révèle la réalité d'une telle distorsion. C'est bien la recherche de ce point de passage entre la nature et l'histoire qui s'avère problématique (nécessaire dans la fondation d'une universalité requise et impossible à réaliser conformément à une universalité intangible) puisqu'il s'agit de préserver l'absolu de la première dans le relatif de la deuxième, ou de

¹¹³ Suárez, n. 8, 637.

¹¹⁴ Suárez, n. 1, 630–631.

¹¹⁵ Suárez, n. 8, 637.

faire du transhistorique la mesure de l'historique, tout en reconnaissant que le premier pour ne pas rester une pure virtualité sans actualisation, requiert son incarnation historique dans et par des conventions pouvant, sous le poids de la contingence des événements, des intérêts et des rapports de force des nations, s'y opposer. C'est pourquoi contrairement au droit naturel, le droit des gens permet occasionnellement le mal et il s'apparente au droit civil qui parfois autorise le mal ainsi qu'il se produit avec «la tolérance sans excès de la prostitution, de la fraude dans les contrats»¹¹⁶; une telle tolérance s'avère incontournable du fait de la fragilité humaine, du caractère fini de la condition humaine à tel point que la quasi-totalité des nations s'accorde pour s'y conformer.

En ce sens, chez Suárez, la question de l'articulation entre le droit naturel et le droit des gens retrouve sur le plan politique le problème métaphysique de l'articulation entre l'essence et l'existence propre à la sphère métaphysique. En effet, ainsi que le posent les *Disputes métaphysiques*, l'essence, avant d'être produite, n'a aucun être réel: «elle n'est absolument rien»¹¹⁷ même si on doit également la comprendre comme la détermination spécifique en fonction de laquelle le fait d'exister en acte devient possible. L'essentialité de la chose est dégagée de l'ordre de la réalité pour être inscrite dans l'ordre d'un néant absolu. Par conséquent, c'est le rien, immanent à l'essentialité, qui instaure la possibilité de la représentation de toute effectivité au même titre que l'on pourrait dire que le droit naturel fonde la possibilité de la représentation de toute humanité effective. Ainsi, la réalisation de l'être pour l'essence n'est dès lors concevable que relativement à la priorité de l'essentialité qui se dit dans le néant absolu. Dans le domaine de l'étant créé, la réalité est pensée comme transition du possible vers sa réalisation. Politiquement, le droit naturel est saisi comme dynamique d'un possible humain vers son accomplissement par la médiation du droit des gens; il est au droit des gens ce que l'essence est à l'existence, tout comme le droit des gens est au droit naturel, quand il lui est conforme, ce que l'existence est à l'essence réelle. Métaphysiquement, l'essence pose la réalité comme étant en mesure d'être distinguée de l'effectivité de la chose créée et, d'autre part, la possibilité de penser la chose créée est indissociable de l'effectivité. L'exister en acte ne fait pas réellement partie du possible, donc de l'essence; il est immanent à l'effectivité de tout étant. L'essence est identifiable à un étant possible apte à une existence effective; elle est par conséquent inséparable de l'étant réel, d'où l'essence de l'étant fini correspond à une essence réelle. En reportant ces déterminations à l'ordre politique, puisque l'essence

¹¹⁶ Suárez, n. 3, 633.

¹¹⁷ Suárez, *D. M. XXXI. La distinction de l'étant fini et de son être* (Vrin: Paris, 1999), 2, n. 1, 54.

de l'étant fini induit que son essence n'a d'existence que relativement à un processus de création, on dira que si le droit naturel ne peut accéder à son être en dehors de sa cause, à savoir la puissance divine, il n'accèdera à une existence effective historiquement et universellement que par le droit des gens. Néanmoins, si le droit naturel est posé comme fondement de la légitimité du droit des gens, ce dernier confronte le premier à ses propres limites. Car que serait une essence ne pouvant s'actualiser ou que serait un droit naturel qui n'aurait pas les moyens de rendre conséquents ses principes ? Le droit des gens ne peut manquer de rappeler que, du point de vue historique, l'existence de la créature en tant que fait brut n'est pas en mesure d'échapper à son état de facticité et de précarité entitatives. C'est précisément ce que manifestait la question ambiguë des conditions et des limites relatives à sa dispense ou à sa dérogation.

Afin de surmonter ce dernier problème, Grotius recourt à une solution elle-même problématique. En effet, il confond partiellement et intentionnellement le droit des gens avec le droit naturel – ce qui a constitué une ligne directrice pour des théologiens juristes du XVI^{ème} siècle¹¹⁸ – tout en distinguant un droit des gens naturel et un droit des gens d'origine humaine positive. L'embarras de la réponse demeure manifeste si l'on considère le flottement terminologique qui l'accompagne¹¹⁹ car, parfois, le droit naturel et le droit des gens sont identifiés et parfois le droit des gens, en opposition au droit naturel, est assimilé à un droit positif et humain issu du consensus de la communauté internationale. En accentuant le lien entre le droit naturel et le droit des gens, le risque surgit de désagréger la positivité de ce dernier. Par exemple, il y a ce qui est dû par le droit de nature et ce que le droit des gens y ajoute concernant des obligations qui lui sont spécifiques précisément qualifiées d'arbitraires, comme le droit des ambassadeurs¹²⁰. Il n'en reste pas moins que si ce qui a été obtenu par contrat ou accord mutuel tire son origine du droit naturel¹²¹ (par exemple, le droit de sépulture, la propriété...), il appartient aux lois conventionnelles de le stabiliser et de l'affermir du fait de l'incertitude des circonstances ou du fait des exceptions auxquelles renvoie le droit naturel (être autorisé à se conserver soi-même par la guerre alors que le droit divin positif pourtant plus parfait que le droit naturel, requiert selon l'Évangile de se laisser tuer plutôt que de tuer l'agresseur¹²²). Il convient

¹¹⁸ Domingo Bañez, Pedro de Aragón, Bartolomé de Medina, Luis de Molina...

¹¹⁹ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Livre I, Ch. 2, § IV, 72: «Il est donc clair, que le Droit de Nature, qui peut aussi être appelé Droit des Gens, ne condamne pas toute sorte de guerre.»

¹²⁰ Grotius, Tome II, Livre II, Ch. 18, § I, n. 1, 531.

¹²¹ Grotius, Ch. 19, § VI, 562.

¹²² Grotius, Tome I, Livre I, Ch. 3, § II, n. 4, 109.

pour Grotius de différencier les actions autorisées en elles-mêmes, qu'elles le soient par le droit de nature ou par le droit des gens¹²³. En faisant référence concernant le premier, non plus à une nécessité physique, mais à une nécessité morale, il est légitime de mettre en œuvre les moyens pour la préservation ou la poursuite de notre droit dès lors qu'il s'accorde avec «un pouvoir d'agir uniquement fondé sur le bien de la société.»¹²⁴ C'est pour cette raison que je puis user de la force ainsi que de la violence pour assurer la conservation de mon être. Selon le droit des gens, face à un ennemi commun, les mêmes principes prévalent pour les États.

Il appartient au droit naturel de délimiter les contours à partir desquels les relations entre les peuples seront établies et feront l'objet d'une argumentation universelle. Si un tel droit interdit de porter préjudice à quiconque comme, par exemple, dans la prohibition d'une agression injuste d'un peuple contre un autre, dans le respect de l'égalité entre les individus que l'on considère des personnes physiques ou des communautés politiques, il commande également de manière impérative que les pactes et les conventions soient respectés par les parties contractantes. Cependant, le droit naturel ne comprend pas de règles juridiques concrètes, ce qui explique pourquoi les institutions juridiques de droit privé et public furent façonnées par le droit des gens secondaire et rendues effectives par le droit civil. Et seul le droit des gens secondaire est en mesure de déterminer une réponse directement pratique. Il n'en reste pas moins que le droit naturel ne doit pas être pensé extérieurement à cette relation juridique; en exprimant par exemple le principe fondateur classique présent dans le droit romain selon lequel «les pactes doivent être respectés», le droit naturel crée les conditions pour que la pratique soit effectivement régulée par le droit des gens secondaire. Ainsi, les accords conclus par les différentes communautés politiques sont structurés par ce droit étant donné que le droit civil ne saurait incarner une autorité suffisante pour répondre à cette exigence et que le droit naturel en est réduit à incarner une norme légitime de référence vis-à-vis des conventions impliquant qu'à partir de tout accord de volontés émerge une obligation première, celle qui oblige en conscience à respecter un pacte. Pour Grotius, les différents pouvoirs politiques règlent entre eux leur pratique par le droit des gens qui est issu d'un consentement de la communauté internationale. Il existe également un autre droit des gens, qualifié de naturel destiné à la conscience de chaque gouvernant pour lui signifier qu'il lui appartient de se conformer à ce qui a été convenu. Il revient par conséquent au droit des gens secondaire de conférer une forme juridique aux accords entre nations alors qu'il revient au droit naturel de reconnaître ou non la validité et la légitimité de telles conventions.

¹²³ Grotius, Tome II, Livre III, Ch. 1, § I, n. 3, 714.

¹²⁴ Grotius, § II, n. 1, 714.

Ces distinctions ne sauraient par exemple masquer une difficulté soulevée par Emeric de Vattel.¹²⁵ Il convient en fin de compte de poser: 1°) le droit des gens naturel (qualifié par Grotius de droit des gens interne et qui est destiné pour les souverains à servir de norme pour la direction de leur conscience, ce qui revient à dire que l'obligation qui l'accompagne est interne) comme appartenant à une discipline spécifique car il engendre entre les nations une obligation externe abstraction faite de leur volonté et de concevoir: 2°) l'accord des peuples entre eux comme le fondement et l'origine d'une forme du droit des gens que Grotius avait qualifiée d'arbitraire.

Ainsi, pour qu'une pensée du devenir juridique de l'humanité soit en mesure d'émerger, il convient tant pour Suárez que pour Grotius, de déterminer les caractéristiques du droit des gens en refusant de le fonder sur le droit naturel, afin de reformuler le principe de la séparation entre la nature et l'histoire et en posant notamment que le droit des gens ne saurait être calqué sur l'état social de l'homme. Si pour Suárez, le droit naturel et le droit positif ont pour dénominateur commun le fait 1°) qu'ils s'appliquent uniquement aux hommes, 2°) qu'ils comprennent des interdictions, des concessions et des permissions¹²⁶, l'universalité qu'ils expriment n'est pas superposable puisque pour le premier elle ne saurait souffrir d'exception alors que pour le second, il s'agirait d'une universalité relative car conditionnée par les fluctuations contingentes de l'histoire et qui ne permet pas pour autant de l'assimiler, au regard de sa positivité spécifique, au droit civil. Il s'agit effectivement d'une universalité relative puisque le droit des gens ne peut prétendre à une immutabilité équivalente à celle du droit naturel¹²⁷ ne résultant d'aucune nécessité comme celle de l'impossibilité de l'abroger.

Or, si l'on considère le droit des gens, comment une universalité pourrait-elle se prétendre comme telle à ne pas l'être absolument ? Le droit naturel porte la transhistoricité de l'homme historique, c'est-à-dire à la reconnaissance de valeurs et d'obligations antérieures à toute décision humaine¹²⁸. Avec le droit naturel, l'authentique relation de l'homme à son être n'est en mesure d'être vécue dans l'histoire que comme une relation transhistorique; avec le droit des gens cette situation historique ne peut être vécue que dans la référence à ce qui l'excède, la transhistoricité. Le commencement de la légitimité de toute pratique se dit à partir du droit naturel, moment du commencement de toute pratique véritablement humaine et de la pensée du commencement de tout mode d'être ensemble. Quant au droit des gens, s'il pré-

¹²⁵ Emeric de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (Paris: Rey et Gravier, 1820), Tome I, Préface, 22-23.

¹²⁶ Suárez, *Des lois*, Livre II, 19, n. 1, 618.

¹²⁷ Suárez, n. 2, 619.

¹²⁸ Suárez, 618.

sente des similitudes par sa positivité avec le droit civil, il s'en distingue car il est issu de coutumes et non des lois écrites, les dernières étant spécifiques à un État alors que les secondes présentent la particularité d'être communes à tous ou à presque tous¹²⁹, et c'est précisément cette nuance qui rappelle la différence insurmontable entre les limites de l'universalisation du singulier à savoir les coutumes, et la singularité de l'universel auquel renvoie la nature humaine. C'est pourquoi l'universalité du droit naturel est absolue car elle manifeste une détermination ontologique préexistante au fait d'être alors que l'universalité du droit des gens est relative parce que ce sont les obligations et les interdictions qui déterminent si un acte est bon ou mauvais. Il est propre au droit des gens, ainsi que le révèlent les conventions entre les peuples, non seulement de cerner ce qui est mais, également, de le déterminer¹³⁰. Il relève historiquement de la volonté, de l'exercice pratique de la raison indissociable d'obligations à portée internationale incombant aux États, alors que le droit naturel constitue une norme pour le jugement et un idéal régulateur pour l'action. Il est un supplément incontournable mais partiel et limité eu égard aux principes fondés par le droit naturel.

La constitution d'un devenir juridique de l'humanité est indissociable chez Suárez de l'unité spécifique du genre humain manifestée par l'existence du droit naturel. Historiquement, cette unité n'est jamais parvenue à engendrer un corps politique unifié¹³¹; c'est précisément ce que confirme sa division en une multiplicité de nations et d'États; il faut par conséquent se donner les moyens d'ordonner cette multiplicité sans la réduire à l'extension hégémonique d'un système étatique unifié, c'est-à-dire en se préservant du double risque d'un ordre despotique et d'un désordre destructeur. Néanmoins, les États ne peuvent prétendre instaurer une communauté internationale qu'à partir du socle originel que représente une telle unité du genre humain sans que cette dernière n'implique pour autant un universalisme uniformisant. Une fois cette limite reconnue, il appartient au droit des gens de créer les conditions historiques pour assurer la paix et la justice entre les États dans le but de garantir «le bien-être universel de tous les peuples» et cela par «un accord et un consentement commun.»¹³² Et si les États au regard de leur souveraineté sont à l'origine de l'existence, de l'application et de la raison d'être du droit des gens à des moments historiques donnés, le destinataire véritable en est le genre humain et cependant, les conditions ontologiques qui y président ne sont pas de son fait.

¹²⁹ Suárez, n. 6, 624.

¹³⁰ Suárez, n. 2, 618.

¹³¹ Suárez, *De legibus, O. O.*, vol. V, Livre III, 2, n. 6, 181-182.

¹³² Suárez, 182: «C'est ce que l'on appelle le droit des gens qui a été institué par la coutume et la tradition bien plus que par des décrets.»

En fonction de ces considérations et de la problématisation du droit à la fois comme faculté morale et comme droit subjectif ou individuel (c'est-à-dire répondant à un principe de singularité induisant une représentation de l'être humain comme unique dans sa pratique et marqué dans le même temps par son égale appartenance à la société politique), l'enjeu auquel renvoie dans l'élaboration du devenir juridique de l'humanité le droit des gens dans sa différenciation retorse d'avec le droit naturel, pourrait être formulé de la manière suivante: comment faire droit à la singularité de chaque État tout en rendant effective l'appartenance de chaque peuple à la communauté humaine ? Comment traduire intentionnellement et par suite, dans l'ordre pratique, l'exigence impérative de préserver l'espérance en un monde habitable politiquement¹³³, c'est-à-dire en se donnant les moyens de repousser ce qui est contraire à la nature de l'homme, rationnel et sociable, et qui pourtant est de son fait si elle est mal conduite, la barbarie.¹³⁴ En ce sens, «l'intelligence du droit divin et du droit humain»¹³⁵ (qui correspondrait à un mouvement d'autocompréhension de la raison pratique) a pour fonction de perpétuer un ordre universel déjà donné dans la temporalité historique, en rappelant à l'homme que son statut d'être rationnel n'induit aucunement de manière nécessaire un mode d'être raisonnable. De ce don divin de la raison et de la liberté, l'homme est redevable à Dieu, mais il n'est en mesure d'honorer sa dette qu'à donner à l'humanité entière les moyens d'incarner historiquement cette ressemblance et cette image du Créateur qu'il porte en lui à la fois par le droit naturel guide intangible du jugement destiné à légitimer le fondement de toute action et le droit des gens, idéal régulateur pour l'action qui a le pouvoir d'inscrire concrètement ses effets dans la marche de l'humanité. Il revient à une telle «intelligence du droit divin et du droit humain» au regard du constat de la manifestation infiniment diverse des peuples et des cultures d'ouvrir la voie à un espace de tolérance tout en évitant la perte de repères pour l'humain. Cette exigence profondément humaniste explique également en partie les ambiguïtés relevées quant à la nécessaire et problématique différenciation entre l'essence, la valeur et la fonction du droit naturel et du droit des gens. Tant pour Suárez que pour Grotius, l'horizon d'une communauté de droit susceptible d'être mise en œuvre par le droit des gens est comme l'incarnation de ce que les Anciens qualifiaient de sagesse pratique (impliquant la reconnaissance de la souveraineté des États tout en

¹³³ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome II, Livre III, Ch. XXV, § I, n. 2, 998 : «Ces avis regardent le soin de garder la foi et de rechercher la paix.»

¹³⁴ Grotius, § II, 999: «La violence, qui est surtout l'apanage de la guerre, a quelque chose de féroce: il faut la tempérer par la douceur et l'humanité, de peur qu'en imitant trop les bêtes, on n'oublie qu'on est homme.»

¹³⁵ Grotius, § VIII, 1001.

créant les moyens d'en garantir l'effectivité), qui correspondrait désormais à une édification progressive dans un ordre international en gestation, d'une convergence des valeurs.

Si la loi naturelle constitue chez les deux auteurs un point de transition entre le théologique et le politique, il apparaît que le droit naturel est un pont entre l'ontologie et le politique chez Suárez et entre l'anthropologie et le politique chez Grotius. L'exigence d'une renaissance du droit naturel est articulée à l'émergence d'un droit prétendant à une universalité introuvable dans l'ordre des faits. Avec le droit des gens, un pouvoir spécifique est en train de se révéler à l'homme: celui de transformer sa relation à l'ensemble de ses semblables en une communauté de sens, en un horizon de devoir-être commun. L'unité du genre humain est l'entité par laquelle du sens surgit dans le monde terrestre sans être réductible à une quelconque positivité historique ou au mode d'être politique. Le droit naturel prépare le dépassement pratique de l'homme tel qu'il est; le droit des gens est censé le porter à son achèvement en tant que moment de réalisation d'un universel singulier, c'est-à-dire de la possibilité pour chaque homme de se reconnaître dans le destin du tout et de la possibilité pour un devenir commun de se réfracter comme raison d'être dans chaque individualité. C'est précisément dans ce mouvement qu'est rendu visible le sceau de la liberté en l'humanité et en chaque homme qui est le socle de leur histoire, ainsi que de l'usage raisonnable qui peut et doit en être fait.

Bibliographie

- Grotius, H. *Le droit de la guerre et de la paix*, réimpression. Caen: Bibliothèque de Philosophie Politique de l'Université de Caen, 1984, 2 volumes.
- Suárez, F. *Opera Omnia*. Paris: Éditions Vivès, 1856–1877, 28 volumes.
- _____. *Des lois et du Dieu législateur. Livres I et II*. Traduction, notes et introduction («La politique ontologique de Suárez») par J.-P. Coujou. Paris: Dalloz, 2003.
- _____. *Dispute Métaphysique XXXI. La distinction de l'étant fini et de son être*. Traduction, notes et introduction par J.-P. Coujou. Paris: Vrin, 1999.
- _____. *Les êtres de raison et l'extension logique du champ de l'ontologie in F. Suárez. Les êtres de raison. Disputes métaphysique LIV*. Traduction, notes et introduction par J.-P. Coujou. Paris: Vrin, 2001.
- Thomas d'Aquin. *Somme théologique*, édition coordonnée par A. Raulin, traduction par A. M. Roguet. Paris: Cerf, 1984–1986, 4 volumes.
- Vattel, E. de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (nouvelle édition, reproduction de l'édition de 1757), Paris: Rey et Gravier, 1820.
- Vazquez, G. *Commentarium ac disputationem in primam secundae S. Thomas*, Lyon: 1620.
- Vitoria, Francisco de. *Comentarios del Maestro Francisco de Vitoria a la Segunda Secundae de Santo Tomás*, édition de V. Beltrán de Heredia. Salamanca: Biblioteca de Teólogos Españoles, 1932-1952, 6 vols.

- _____. *Du pouvoir du Pape et du Concile*, in: *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones teológicas*, T. Urdanoz, edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
- _____. *Leçon sur le pouvoir politique*. traduction par M. Barbier. Paris: Vrin, 1980.
- _____. *La justice*. étude et traduction par J.-P. Coujou. Paris: Dalloz, 2014.