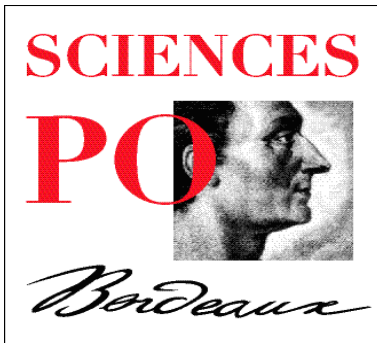


Mémoire de recherche



Mention « Affaires internationales »
Spécialité « Relations internationales »
Parcours « Théorie des relations internationales »
2007–2008

Qu'est-ce que le droit international ?

Essai pour servir à la compréhension de la situation présente du droit international

Philippe Lemoine

Sous la direction de Dario Battistella
Professeur de science politique à l'IEP de Bordeaux

Résumé - mots clés

Résumé : L'étude qui suit cherche à déterminer la nature du droit international en général. Il s'agit en particulier de préciser le but poursuivi par le droit international et l'impact auquel il peut prétendre sur le comportement des acteurs des relations internationales. Nous faisons notamment appel à la philosophie du droit d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin ainsi qu'au travail de Carl Schmitt sur la notion de politique. Nous aboutissons ainsi à une théorie réaliste du droit international qui insiste sur l'importance de la communauté de civilisation sur laquelle repose le droit international ainsi que sur la relation inverse existant entre l'extension du *ius ad bellum* et celle du *ius in bello*. Cette première partie théorique nous permet de jeter un regard critique sur le droit international contemporain dont les ambitions extravagantes nous paraissent témoigner du cosmopolitisme qui l'anime. Enfin notre théorie du droit international fournit une grille de lecture pour interpréter l'histoire du droit international depuis le Moyen Âge jusqu'à l'époque contemporaine à travers les moments qui ont conduit à l'apparition d'un droit international d'inspiration idéaliste et cosmopolitique durant la première moitié du XX^e siècle. L'histoire de l'échec du droit international contemporain fera apparaître l'intérêt que présente encore aujourd'hui une approche du droit international à partir de la pensée classique.

Mots clés : théorie des relations internationales ; droit international ; *ius ad bellum* ; *ius in bello* ; unité politique ; notion de politique ; guerre ; paix ; réalisme ; idéalisme ; cosmopolitisme ; histoire du droit international ; Aristote ; saint Thomas d'Aquin ; Guillaume d'Occam ; Francisco de Vitoria ; Francisco Suarez ; Alberico Gentili ; Hugo Grotius ; Richard Zouche ; Thomas Hobbes ; Samuel von Pufendorf ; Samuel Rachel ; Wolfgang Textor ; Cornelius van Bynkershoek ; Johan Jakob Moser ; Gottfried Wilhelm von Leibniz ; Christian von Wolff ; Emer de Vattel ; François de Guibert ; Georg Friedrich von Martens ; Woodrow Wilson ; Jacques Bainville ; Carl Schmitt

L'homme n'est ni ange ni bête, et
le malheur veut que qui veut faire
l'ange fait la bête.

Pascal, *Pensées*, 358 (éd.
Brunschvicg)

Sommaire

Résumé - mots clés	1
Introduction	6
I Une théorie réaliste du droit international	13
1 Le droit	13
1.1 Justice générale et justice particulière	13
1.1.1 La justice générale	14
1.1.2 La justice particulière	14
1.1.2.1 La justice distributive	16
1.1.2.2 La justice commutative	17
1.2 Le rôle du juge	18
1.3 Droit naturel et droit positif	19
1.4 Le lieu du droit	21
2 L'unité politique	22
2.1 La notion de politique	23
2.1.1 La distinction fondamentale du politique	23
2.1.2 Hostilité et inimitié	24
2.1.3 L'autonomie du politique	25
2.1.4 Hostilité et guerre	27
2.2 Une définition de l'unité politique	27
2.3 La concorde	30
3 Le droit international	31
3.1 Le droit international est une morale internationale	32
3.2 Le droit international est incapable d'abolir la guerre	35
3.3 Droit international et communauté de civilisation	37
3.3.1 Morale et civilisation	38
3.3.2 La notion de civilisation	40
3.3.3 La civilisation face aux Barbares	42
3.4 Droit international et crise de civilisation	46

II	L’histoire du droit international de l’Europe	48
1	Le Moyen Âge	49
1.1	La <i>res publica christiana</i>	51
1.2	L’organisation politique féodale	53
1.3	La notion de <i>ius gentium</i> au Moyen Âge	55
1.4	La doctrine chrétienne de la guerre juste	56
1.5	Les valeurs chevaleresques et chrétiennes dans la guerre médiévale	58
2	La formation du droit international classique	60
2.1	La rupture de la Chrétienté et le début de l’expansion coloniale	62
2.2	La naissance de l’État moderne	65
2.3	Le <i>ius gentium</i> comme <i>ius inter gentes</i>	66
2.4	L’évacuation de la question de la <i>iusta causa belli</i> et la pratique des <i>amity lines</i>	69
2.5	De l’explosion de la violence religieuse à la neutralisation du facteur confessionnel	75
3	L’âge d’or du droit international classique	77
3.1	L’unité de la civilisation européenne à son apogée	80
3.2	Le développement de l’État moderne	82
3.3	Le droit public de l’Europe	84
3.4	La guerre de cabinet	85
3.5	La guerre en dentelles	88
4	La Révolution française : le droit international classique ébranlé	89
4.1	L’universalisme démocratique	91
4.2	La criminalisation de l’adversaire	93
4.3	La guerre démocratique	94
5	La restauration du droit international classique	96
5.1	Vers la dissolution de l’ordre juridique international de l’Europe	98
5.2	La progression du libéralisme et du nationalisme	99
5.3	Le triomphe du positivisme	100
5.4	L’apogée du droit de la guerre et de la neutralité	101
5.5	Vers la transformation de la guerre	103
6	Le droit international contemporain	104
6.1	L’impasse de l’universalisme	107

6.2	Le triomphe des valeurs démocratiques et libérales	109
6.3	Un droit international d'inspiration cosmopolitique	111
6.4	La transformation de la doctrine de la guerre juste	113
6.5	L'avènement de la guerre totale	115
	Conclusion	117
	Bibliographie	121

Introduction

On pourrait s'interroger sur l'intérêt d'une étude portant sur le droit international pour la théorie des relations internationales. Il nous semble pourtant que la nature du droit international intéresse au premier chef la théorie des relations internationales. La plupart des grands auteurs admettent en effet qu'elle a pour objet le commerce qu'ont entre elles les unités politiques à l'état d'anarchie¹. La caractérisation de l'état d'anarchie qui règne entre les unités politiques apparaît dès lors comme le problème central de la théorie des relations internationales. Et pour comprendre l'univers anarchique au sein duquel évoluent les unités politiques, il convient notamment d'étudier le rôle qu'y joue le droit international. Une question en particulier fait l'objet de tous les débats au sujet du droit international : peut-il aller à l'encontre de l'intérêt matériel des unités politiques et, si oui, jusqu'à quel point ? Aujourd'hui en tout cas, le droit international a pris une place considérable dans la vie internationale, au point d'apparaître comme le moyen d'abolir la guerre. Ainsi, alors que le débat reste ouvert parmi les universitaires, le grand public et les hommes d'État semblent plus que jamais convaincus, non seulement que le droit international peut aller à l'encontre de l'intérêt matériel des États, mais qu'il peut aller jusqu'à leur interdire le recours à la force pour faire valoir cet intérêt.

L'instauration d'une paix universelle et perpétuelle est un vieux rêve de l'humanité (à vrai dire surtout de l'humanité européenne)². L'histoire des projets visant à établir une paix permanente entre l'ensemble des nations du monde commence avec le *Nouveau Cynée* publié par Émeric Crucé en 1623. Plusieurs projets visant à pacifier les relations internationales avaient vu le jour avant cela, mais ils étaient d'une toute autre nature, puisqu'ils avaient seulement pour ambition la pacification des relations entre les nations chrétiennes, et qu'ils étaient généralement dirigés contre les Turcs³. L'idée d'une alliance permanente des États européens contre l'Empire ottoman ne disparut pas pour autant, qu'on songe par exemple aux plans de Leibniz⁴ ou au projet du cardinal Alberoni⁵, mais à partir du XVII^e siècle l'universalisme

1. Dario Battistella, *Théories des relations internationales* [2003], Paris, Presses de Sciences Po, 2006, 2^e édition, pp. 15–26.

2. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international : auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, pp. 435–510. Nous avons laissé de côté le cosmopolitisme antique, celui des stoïciens en particulier, souvent comparé au cosmopolitisme moderne. Anthony Long et David Sedley, *Les philosophes hellénistiques* [1987], tome 2, Paris, GF Flammarion, 2001, trad. et rév. J. Brunschwig et P. Pellegrin, pp. 564–565 ont fort justement souligné les limites de cette comparaison.

3. Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam* [1955], Clark (New Jersey), The Law-book Exchange Ltd, 2006, pp. 274–279 insiste particulièrement sur ce point.

4. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 453–455.

5. *Ibid.*, pp. 460–461.

connaîtra un progrès continu et les États extra-européens seront désormais plus rarement oubliés dans les projets visant à établir une paix universelle et permanente. Toutefois l'abolition de la guerre semblait alors une utopie entretenue par des esprits généreux mais isolés et ignorés par les grands de ce monde.

Il semble qu'en ce début du XXI^e siècle la situation ait radicalement changée, et qu'au contraire la volonté d'abolir la guerre soit à peu près universellement partagée. En tout cas c'est ce que veulent croire un grand nombre de gens et c'est dans ce but qu'ont été conçues les institutions internationales. La guerre aurait été rendue obsolète sous l'effet de la prise de conscience par l'humanité de son unité, notamment suite aux horreurs des deux conflits mondiaux qui ont ensanglanté le XX^e siècle, mais aussi parce que le progrès des armements, en particulier la maîtrise des armes nucléaires, aurait définitivement rendu la guerre trop coûteuse, ce qui fit dire au philosophe Bertrand Russell qu'« ou bien l'homme abolira la guerre, ou bien la guerre abolira l'homme ». Ainsi, le président des États-Unis d'Amérique George Bush n'hésitait pas à proclamer le 11 septembre 1990, sous le coup de l'euphorie provoquée par la fin de la Guerre froide, l'avènement d'un « nouvel ordre mondial » où « le règne de la loi remplace la loi de la jungle ». Depuis, un autre 11 septembre étant passé par là, les mêmes ont dû en rabattre sur leur optimisme, mais l'établissement d'une paix permanente et universelle reste pour la plupart l'horizon indépassable de la vie internationale. En d'autres termes, elle n'apparaît plus seulement comme une utopie, mais comme un objectif à la portée de l'humanité. Et le droit international est considéré comme le moyen d'y parvenir. C'est pour atteindre cet objectif que le droit international contemporain met la guerre d'agression hors-la-loi et réhabilite le concept de guerre juste (dont la guerre du Golfe est censée fournir un exemple). Toute atteinte au *statu quo* par le recours à la guerre est ainsi considérée comme un crime justifiant l'intervention d'une coalition internationale sous mandat de l'Organisation des Nations Unies afin de rétablir la situation antérieure. C'est en tout cas ainsi que les choses devraient se passer, et si ce n'est pas encore toujours le cas, on avance plusieurs raisons de penser que ce le sera un jour qui n'est pas très éloigné, notamment grâce à la mondialisation économique censée favoriser la paix et éteindre à tout jamais les passions belliqueuses qui habitaient encore l'âme de nos pères, pauvres hères trop plongés dans l'obscurantisme d'un âge guerrier pour apercevoir leur misère. Mais dans l'attente de ce jour béni, il convient peut-être d'examiner plus attentivement les prétentions de nos contemporains, pour voir s'ils n'attendent pas en vain un jour qui ne viendra peut-être jamais.

Puisque l'on prétend abolir la guerre grâce au droit international, il n'est pas incongru de commencer par examiner ce qu'est véritablement le droit international,

afin d'établir si le projet visant à instituer une paix universelle et permanente a quelque chance d'aboutir un jour. Il nous semble en effet bien étrange de prétendre réaliser un tel programme sans avoir auparavant évalué la possibilité de le mener à bien. Les modernes sont le plus souvent animés par un volontarisme inconsidéré qui les conduit à s'imaginer qu'ils ont le pouvoir d'imposer leur volonté à la nature des choses, en tout cas dans le domaine des affaires humaines, plutôt que l'inverse. Ainsi il n'y aurait pas lieu de penser que l'homme est ainsi fait qu'il est peut-être incapable de vivre dans un état de paix perpétuelle. Pour notre part, nous nous rangeons plus volontiers à l'avis des auteurs anciens comme Louis de Bonald, lequel affirmait de son côté que « l'homme ne peut pas plus donner une constitution à la société religieuse ou politique, qu'il ne peut donner la pesanteur aux corps, ou l'étendue à la matière »⁶.

Ce n'est pas l'endroit ici de traiter cette question qui intéresse directement la métaphysique, d'autant plus que l'opinion des auteurs modernes n'est pas aussi neuve qu'ils le croient, puisqu'une doctrine très similaire avait déjà été professée par les sophistes dans l'Antiquité, et qu'elle avait alors été suffisamment réfutée, en particulier par Platon et Aristote, pour que nous n'ayons pas besoin d'y revenir. Disons simplement qu'il faut que les choses aient une certaine nature, dans l'ordre naturel comme dans l'ordre moral, qui demeure identique par-delà le changement. Car il ne saurait y avoir aucune science des choses soumises au changement, ce qui est éminemment le cas des affaires humaines, s'il n'y a pas également une certaine stabilité en elles⁷. Si vraiment les choses n'avaient aucune nature stable alors « chercher la vérité serait courir après les oiseaux »⁸. Nous aurons par exemple l'occasion d'observer qu'en dépit de la diversité des formes d'organisation politique, il y a dans toute unité politique un certain nombre de traits spécifiques qui appartiennent à l'essence d'une unité politique. Les auteurs modernes pour qui rien n'est vrai absolument ne font que reprendre Protagoras selon qui « l'homme est la mesure de toutes choses »⁹. Mais s'il est vrai que rien n'est vrai absolument, alors même cela n'est pas vrai absolument, et par conséquent le relativisme se contredit inévitablement¹⁰. L'homme ne peut donc pas tirer prétexte de la diversité des opinions pour se soustraire à la recherche de la vérité, quand bien même la tâche paraît insurmontable. Nous ferons donc nôtre la devise de Charles le Téméraire : « Il n'est point besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. »

6. Louis de Bonald, *Théorie du pouvoir politique et religieux*, 1796, Préface.

7. Platon, *Théétète*, 181b–183c et Aristote, *Métaphysique*, Γ, 5.

8. Aristote, *op. cit.*, Γ, 5 (trad. M-P. Duminil et A. Jaulin).

9. Platon, *op. cit.*, 152a.

10. *Ibid.*, 169d–171c.

Nous tâcherons ainsi de cerner l'essence du droit international afin d'évaluer si l'on peut espérer abolir la guerre grâce à lui. Et s'il s'avère que le droit international est tel qu'il est impuissant à supprimer la guerre, alors il conviendra d'en tirer les conséquences qui s'imposent, en renonçant au projet d'établissement d'une paix permanente et universelle. Persévérer dans cette voie serait faire preuve d'une inconséquence comparable à celle d'un architecte qui dresserait ses plans sans égard pour les lois de la physique. Quoi qu'il en soit, il faudra se garder de rejeter nos conclusions au motif qu'elles pourraient nous déplaire, comme il est hélas trop courant¹¹, car enfin quel mathématicien a jamais refusé d'admettre que la somme des angles d'un triangle était égale à deux droits sous prétexte qu'il aurait préféré qu'il en soit autrement ? L'étude de la nature du droit international pourra ensuite servir à une meilleure compréhension de l'évolution du droit des gens jusqu'à aujourd'hui. Nous serons alors en mesure d'émettre un jugement sur cette évolution, selon qu'elle apparaîtra conforme à ce que nous aurons découvert sur la nature du droit international ou pas.

On voit que notre étude débouchera sur un jugement de valeur et qu'elle s'autorisera même à formuler des recommandations pratiques. Il faut nous en expliquer car il est généralement admis aujourd'hui qu'un scientifique doit se garder d'émettre des jugements de valeur et se tenir dans la position d'un observateur neutre. D'abord il nous faut confesser le peu de goût que nous avons pour ce qu'on appelle aujourd'hui la science. Nous serons satisfait si l'on veut bien nous considérer comme un honnête homme qui cherche modestement à tirer profit de ce que des auteurs plus sagaces ont écrit avant lui. Mais revenons plutôt à cette opinion extravagante selon laquelle il faudrait séparer l'être et le devoir-être. Il y aurait d'un côté ce qui doit être (le domaine de la norme posée arbitrairement par un acte de la volonté) et de l'autre ce qui est (le domaine du fait entièrement dépourvu de finalité). Le savant devrait s'en tenir à étudier ce qui est sans jamais se mêler de dire ce qui doit être. Si c'est cela être un scientifique, alors autant l'avouer franchement, nous n'en sommes pas un et n'avons aucune envie de l'être. Cette doctrine équivaut en effet à un relativisme qui interdit tout jugement moral, car il suit de la séparation entre l'être et le devoir-être

11. Dominique Gaurier, *op. cit.*, p. 7 nous prévient ainsi en parlant du *Nomos de la terre* qu'il faut utiliser « avec un maximum de précautions » l'ouvrage de Carl Schmitt, livre auquel il reconnaît par ailleurs quelques mérites, au motif que cet auteur serait un « ennemi des droits de l'homme », mais également en raison de « son opposition farouche à toute idée d'une guerre juste » ainsi qu'à « toute criminalisation de la guerre d'agression ». Il va même jusqu'à écrire que l'« on peut se poser la question de l'opportunité d'une republication actuelle de certains de ses ouvrages, dont celui-ci, sous le prétexte fallacieux de notre point de vue, que de bonnes choses seraient encore à y relever ». Au lieu de s'inquiéter de l'influence délétère que pourraient exercer les thèses de Carl Schmitt sur nos faibles esprits, et d'en appeler aussitôt à la censure pour parer à cette menace, on aurait aimé que Dominique Gaurier leur oppose un véritable raisonnement.

que tout ce qui relève de l'ordre normatif est parfaitement arbitraire. Socrate s'était déjà élevé contre la doctrine très semblable que professaient les sophistes à Athènes. C'est pourquoi nous admettrons quant à nous avec l'ensemble de la tradition, contre la philosophie moderne, que la norme sort du fait.

La **première partie** de notre étude développera une théorie réaliste du droit international. Le plan de cette partie suivra l'ordre qui découle de l'analyse de l'expression « droit international » servant à rendre l'anglais « *international law* ». Cette expression est d'usage relativement récent puisqu'elle a été utilisée pour la première fois en 1789 par Jeremy Bentham dans son ouvrage *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*¹². Mais ce qu'elle désigne est aussi ancien que les relations internationales elles-mêmes. Bien que l'expression soit assez malheureuse, comme nous le verrons dans cette partie, son analyse n'en est que plus instructive. Dans le **premier chapitre**, nous dirons ce qu'est le droit d'après la doctrine classique, en particulier chez Aristote et saint Thomas d'Aquin. Nous expliquerons ce qu'Aristote et saint Thomas d'Aquin entendaient lorsqu'ils définissaient le droit comme une certaine égalité entre les personnes dans le partage des biens. Nous verrons également que la philosophie aristotélo-thomiste distingue le droit et la morale, tandis que la philosophie moderne les confond. Puis nous conclurons ce chapitre en montrant que l'effectivité du droit suppose une certaine amitié entre les personnes, qui est la condition de toute vie sociale authentique. Dans le **second chapitre**, nous tâcherons d'élucider le sens du mot « international » en cherchant à définir l'unité politique en général. Le mot « international » dans l'expression « droit international » signifie évidemment « entre les nations ». Mais comme l'écrit Raymond Aron, le mot « nation » ne doit pas être compris ici « au sens historique qu'il a pris depuis la Révolution française », il ne désigne pas une « espèce particulière de communauté politique », mais « n'importe quelle collectivité politique », c'est-à-dire l'unité politique en général, un concept qui recouvre aussi bien « l'empire romain ou égyptien » que « les monarchies européennes, les républiques bourgeoises ou les démocraties populaires »¹³. C'est pourquoi nous chercherons une définition de l'unité politique valable en tous temps et tous lieux. La réflexion de Carl Schmitt sur la notion de politique s'avérera très précieuse pour mener à bien cette enquête. Celle-ci nous conduira notamment à distinguer l'hostilité, spécifiquement politique, de l'inimitié, qui est apolitique. À l'issue de cette réflexion, nous serons en mesure de

12. Dario Battistella, *op. cit.*, pp. 17–18 et Wilhelm Grewe, *The Epochs of International Law* [1984], Berlin/New York, 2000, 2^e édition, trad. et rév. Michael Byers, p. 28.

13. Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations* [1962], Paris, Calmann-Lévy, 2004, 8^e édition, pp. 16–17.

définir ce que nous appelons la tradition réaliste en philosophie politique, laquelle reconnaît l'autonomie du politique, par opposition à une tradition idéaliste qui la nie. Nous concluons ce chapitre en montrant que l'amitié qui peut régner entre les unités politiques n'est pas suffisante pour qu'il existe un droit international au sens plein du terme. Dans le **troisième chapitre**, nous ferons la synthèse des résultats de l'analyse conduite précédemment. Nous verrons que ce qu'on appelle le droit international est à proprement parler une morale internationale qui parvient à circonscrire la guerre sans pouvoir l'abolir. Nous expliquerons en effet pourquoi le *ius in bello* est d'autant plus limité que le *ius ad bellum* est étendu. Nous verrons ensuite que tout ordre juridique international suppose une communauté de civilisation entre les unités politiques qui y ont part, ce qui nous conduira à mettre en doute la possibilité d'un droit international universel. Nous introduirons finalement le concept de crise de civilisation afin d'expliquer les ruptures dans l'histoire du droit international.

La **seconde partie** proposera une interprétation de l'histoire du droit international européen à la lumière des développements théoriques de la première partie. Elle suivra un plan chronologique qui commencera avec l'Europe du Moyen Âge et ira jusqu'à l'époque contemporaine qui a vu le droit des gens européen s'étendre à l'ensemble du monde. Le **premier chapitre** sera consacré au droit international de l'Europe médiévale. Nous présenterons les institutions politiques et religieuses qui contribuaient à circonscrire la guerre au Moyen Âge : les institutions politiques du féodalisme, à commencer par le droit féodal lui-même, ainsi que l'Église qui joue un rôle modérateur. Sur le plan de la doctrine, on s'intéressera principalement à la notion de guerre juste chez saint Thomas d'Aquin. Nous montrerons également que le *ius gentium* de cette époque n'est pas véritablement un droit international et que la doctrine de la guerre juste n'a pas vocation à avoir des effets juridiques. Le **second chapitre** sera consacré à la crise de civilisation ouverte par la Réforme qui a mis fin à la civilisation de l'Europe médiévale et brisé définitivement l'unité de la Chrétienté occidentale. Nous aurons l'occasion de montrer comment l'État territorial moderne est issu des guerres de religion, qui opposent ceux qui sont passés à la Réforme et ceux qui sont demeurés fidèles à Rome, entre lesquels la fracture religieuse a momentanément rompu tout sentiment d'une communauté de civilisation. Nous verrons qu'il s'élabore alors un *ius inter gentes*, afin de remplacer le droit féodal et l'action de l'Église, qui étaient jusque-là parvenus à exercer une influence modératrice sur la guerre entre princes chrétiens. C'est uniquement à cette époque qu'apparaît la volonté d'élaborer un droit international au sens plein du terme, tandis qu'au Moyen Âge saint Thomas d'Aquin n'avait jamais eu cette prétention. Mais tout l'effort des premiers théoriciens du droit international consistera précisément

à accorder le statut de *iustus hostis* sur des considérations de forme en évacuant la question de la *iusta causa*. Dans le **troisième chapitre**, nous étudierons l'époque classique du droit international européen, qui commence avec la paix de Westphalie et s'achève avec la Révolution française. Cette époque voit le positivisme se transporter dans le domaine du droit international et celui-ci prendre sa forme la plus aboutie. C'est l'époque de la guerre en dentelles et de la raison d'État, qui voit la notion d'équilibre des puissances inscrite dans le droit international. Le **quatrième chapitre** sera consacré à la Révolution française qui ouvre une nouvelle crise de civilisation en Europe. C'est le début de la guerre démocratique qui oppose les peuples entre eux et non plus des armées de métier. Cette époque annonce certains aspects du droit international contemporain que nous étudierons plus tard. Le nationalisme qui rompt l'unité de la civilisation européenne classique à cette époque survivra à la restauration du droit international classique après le Congrès de Vienne. Avec l'idéologie démocratique, également propagée par la Révolution, il portera en germe la dissolution à venir de cette fragile restauration. Dans le **cinquième chapitre**, nous étudierons le nouvel âge d'or du droit international classique qui s'ouvre avec le Congrès de Vienne et s'achève entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle. Cette période voit notamment s'achever les guerres de la Révolution et de l'Empire auxquelles succède le Concert européen. Nous verrons comment un positivisme intransigeant triomphe dans le domaine du droit international, qui est expurgé de tout ce que l'école moderne du droit naturel y avait laissé subsister à l'époque précédente. Enfin, le **sixième chapitre** sera consacré à l'époque contemporaine, qui voit triompher une conception idéaliste du droit international, d'origine démocratique et notamment américaine. Après avoir été englouti dans les passions nationalistes à l'origine des deux conflits mondiaux, le droit international européen, qui s'est étendu au reste du monde, s'est dissous dans l'universalisme. Nous verrons qu'il a laissé place à un droit international d'inspiration idéaliste qui se propose d'abolir la guerre, mais fait en réalité planer un danger considérable au cas où celle-ci viendrait malgré tout à renaître.

Une théorie réaliste du droit international

Cette **première partie** a pour objet l'élaboration d'une théorie réaliste du droit international. Nous analyserons pour cela l'expression « droit international ». Nous commencerons par étudier le droit dans le **premier chapitre**, avant de chercher une définition de l'unité politique dans le **second chapitre**. Suite à quoi nous pourrions enfin dire ce qu'est le droit international, c'est-à-dire le droit entre les unités politiques, dans le **troisième chapitre**. Nous pourrions ainsi éclaircir plusieurs points qui restent trop souvent obscurs dans les ouvrages consacrés au droit international. Cette partie sera l'occasion de convoquer conjointement la philosophie, la théorie des relations internationales, le droit et l'histoire. Nous espérons montrer l'intime relation entre ces disciplines trop souvent séparées et dont la réunion peut selon nous rendre d'importants services. À l'issue de cette partie nous pourrions aborder l'histoire du droit international européen avec tout l'appareil théorique nécessaire. L'histoire ne peut en effet trouver de sens qu'à condition d'adopter un point de vue approprié.

1 Le droit

Le droit est aujourd'hui défini comme l'ensemble des règles qui régissent la vie de l'homme en société, de sorte qu'il est plus ou moins assimilé à la loi morale. Quant à celle-ci, en vertu du conventionnalisme qui imprègne toute la pensée moderne, elle est devenue un synonyme de loi positive. Comme par ailleurs tout ce qui distingue le droit d'avec la morale, si l'on en croit la pensée juridique moderne, est la sanction de l'autorité publique, on s'aperçoit assez facilement que cette distinction est tout sauf solidement établie. Il nous semble qu'ici comme ailleurs, on gagnerait à revenir aux auteurs anciens, dont les vertus ne sont plus à démontrer et mériteraient d'être redécouvertes. En particulier, il semble qu'Aristote et saint Thomas d'Aquin doivent retenir toute notre attention, car ils ont contribué plus que n'importe qui d'autre à l'étude du droit.

1.1 Justice générale et justice particulière

Aristote est conduit à étudier la question du droit lorsqu'il examine la justice en tant que vertu au livre V de son *Éthique à Nicomaque*. Il remarque à cette occasion

que la vertu de justice s'entend en plusieurs sens, mais qu'en raison de la proximité entre ces différentes significations, il est très difficile de les démêler¹⁴. Il introduisait par cette remarque une distinction entre le droit et la morale qui s'est aujourd'hui perdue et que l'on va maintenant redécouvrir.

1.1.1 La justice générale

La justice comme vertu, qui fait qu'un homme est juste, revêt d'abord une signification générale. En effet, on dit souvent d'un homme qu'on admire pour sa vertu que « c'est un *juste* » ou encore qu'« il est *droit* ». De même qu'en anglais, on emploie l'expression « *to do the right thing* » pour dire « se conduire honorablement ». Il semble donc bien qu'un homme juste ou droit (on emploie indifféremment l'un ou l'autre terme pour traduire en français le mot grec *δίκαιος*) soit un homme réunissant en lui toutes les vertus. D'où le nom de justice générale donné à la justice entendue en ce sens. Plus exactement, Aristote nous dit que la justice générale est l'ensemble des vertus en tant qu'elles concernent nos rapports avec autrui, c'est-à-dire quand on les considère du point de vue de l'avantage qu'en tirent les autres¹⁵. C'est pourquoi il l'appelle également justice légale, puisqu'elle consiste à observer la loi morale, qui commande d'agir en vue de l'intérêt général. Saint Thomas d'Aquin se montre encore plus précis et explique que la justice générale est la vertu qui ordonne toutes les autres vertus au bien commun¹⁶. La justice légale est donc une vertu particulière par son essence, puisqu'elle a un objet propre qui est le bien commun, mais c'est une vertu générale par son pouvoir moteur, car elle ordonne toutes les autres vertus au bien commun. C'est pourquoi l'on donne le nom de justice générale à n'importe quelle vertu lorsqu'elle s'exerce en vue du bien commun. La notion de loi morale, qui répond à celle de justice légale, est étudiée en détail par saint Thomas d'Aquin, mais à un tout autre endroit que celui où il examine le droit, lequel est l'objet de la justice particulière dont nous allons à présent parler. Nous aurons l'occasion d'y revenir plus en détail dans le troisième chapitre de cette partie.

1.1.2 La justice particulière

La vertu de justice s'entend également d'une façon spéciale. La justice entendue de cette manière est une vertu particulière qui n'est pas coextensive à la vertu tout entière comme la justice légale dont nous venons de traiter. Aristote remarque en effet que l'on taxe d'injustice ceux qui prennent plus que leur part d'avantages ou

14. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 2.

15. *Ibid.*, V, 3.

16. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II^a-IIae, q. 58, a. 6.

moins que leur part d'inconvénients, sans pour autant qu'il soit possible d'attribuer leur injustice à un vice spécial comme la lâcheté, contrairement à ce qui arrive dans les autres cas où l'on dit qu'un homme est injuste parce qu'il a fait montre d'un vice particulier¹⁷. Cette sorte d'injustice doit donc se rapporter à un vice d'injustice particulier, car sinon on pourrait la rapporter à un vice spécial connu par ailleurs. Par exemple quand un homme fuit devant l'ennemi à la guerre on dit qu'il est injuste, mais on peut rapporter cette injustice qui s'entend au sens général à sa lâcheté qui est un vice particulier. Mais dans le cas d'une personne qui a pris plus que sa part d'avantages ou moins que sa part d'inconvénients, on ne peut pas rapporter son injustice à un vice spécial comme la lâcheté, de sorte qu'on est obligé de l'attribuer à un vice particulier d'injustice. Et s'il existe une injustice particulière distincte de l'injustice générale, alors il existe également une justice particulière distincte de la justice générale. Si la justice particulière est difficile à distinguer de la justice générale, c'est tout simplement parce que l'une et l'autre intéressent nos rapports avec autrui. Et de plus ce qui est injuste au sens particulier est souvent injuste au sens général alors que l'inverse n'est jamais vrai¹⁸.

Il y a donc une forme de justice spéciale qui implique une certaine égalité dans nos rapports avec autrui. Et l'objet de cette justice particulière est précisément le droit. Saint Thomas d'Aquin remarque d'ailleurs que cela est prouvé par le nom même — « droit » se dit « *ius* » en latin — puisqu'on dit en effet que ce qui s'égalise s'ajuste¹⁹. Il est bien connu que pour Aristote, la vertu consiste dans un juste milieu entre un défaut et un excès²⁰. Cela vaut également pour la justice qui consiste à ne pas détenir plus ou moins que sa part. Toutefois la justice particulière se distingue à deux égards des autres vertus. D'abord l'objet de la vertu de justice est dans les choses et non dans le sujet vertueux, contrairement à celui des autres vertus²¹. Par exemple le courage (objet de la vertu de courage) est dans le sujet courageux, tandis que le droit (objet de la vertu de justice) est dans une relation avec autrui. Autrement dit la justice particulière est relative aux actions et choses extérieures par quoi les hommes ont commerce entre eux, tandis que les autres vertus sont des dispositions de l'individu relatives seulement à lui-même. D'où aussi l'autre particularité qui distingue la justice particulière des autres vertus. Il n'y a en effet qu'un seul vice opposé à la vertu de justice, à savoir l'injustice, au lieu que les autres vertus ont chacune deux vices contraires qui résultent pour l'un d'un défaut et pour l'autre

17. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 4.

18. *Ibid.*, V, 5.

19. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 1, co.

20. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, II, 4-6.

21. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 2 et 4 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 1, co. et q. 58, a. 8-10.

d'un excès. Par exemple la vertu de courage s'oppose aussi bien à la lâcheté qu'à la témérité. Mais la notion d'injustice comprend en fait l'un et l'autre des extrêmes opposés au droit²². En effet l'injustice implique en même temps l'excès et le défaut, car quand l'un prend plus que son dû l'autre obtient moins, tandis que la lâcheté et la témérité ne peuvent se trouver en même temps dans la même personne. Cette seconde particularité de la justice spéciale est donc une conséquence de la première. En effet la justice et l'injustice ont ceci de particulier qu'elles intéressent nos rapports avec autrui. Or l'inégalité dans une relation avec autrui implique tout à la fois le plus chez l'un et le moins chez l'autre.

La justice particulière touche plus spécialement au partage et à l'échange entre les personnes. Mais seul ce qui est susceptible d'appropriation par quelqu'un peut faire l'objet d'un partage, donc la justice spéciale intéresse tout particulièrement les biens pouvant faire l'objet d'une appropriation. Le droit implique en effet l'adéquation entre ce qu'une personne possède effectivement et ce qui lui est dû. Mais qu'est-ce qui fait qu'une chose est due à tel homme en particulier ? On peut répondre que c'est la convention entre les hommes qui fixe le droit. Et nous verrons en effet qu'il existe un droit dérivant de la convention. Ou bien l'on peut dire que c'est tout simplement la force brute et confondre ainsi le droit avec le fait. « Ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste » disait Pascal²³. Mais c'était pour s'en désoler et certes pas pour nier qu'il existât un droit distinct du fait. Si le droit est distinct du fait, il doit exister une détermination antérieure de ce qui revient à chacun. L'enquête d'Aristote sur le droit vise précisément à découvrir la forme de cette détermination. Puisque le droit doit permettre le bon ajustement entre les hommes, il s'est fait l'observateur du fonctionnement de la société, de façon à déterminer cette forme. Cet examen conduisit Aristote à définir le droit comme une certaine égalité différant selon l'opération dans laquelle intervient la justice particulière : une égalité géométrique dans la distribution (on parle alors de justice distributive) et une égalité arithmétique dans l'échange (on parle alors de justice commutative)²⁴.

1.1.2.1 La justice distributive

Une première espèce de justice particulière intervient dans la distribution du bien commun de la communauté et c'est pourquoi on l'appelle justice distributive. Par exemple la distribution des honneurs et des richesses au sein d'une communauté

22. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 9.

23. Pascal, *op. cit.*, 298 (éd. Brunshvicg).

24. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 5 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 61, a. 1.

politique. L'individu au sein d'une communauté est dans un rapport de partie à tout et la distribution est juste quand la part attribuée à chacun est conforme à ce rapport. Le droit dans la justice distributive est donc une égalité géométrique : une proportion qui s'établit entre les membres d'une communauté et les choses qui font l'objet d'un partage entre eux²⁵. Un partage est juste quand la part de chacun rapportée à son mérite est identique. La définition du mérite dépend du type de communauté où a lieu la distribution. Ainsi dans une entreprise, qui a pour fin la production de richesses, le mérite est normalement défini comme la productivité. Au sein d'une communauté politique, tout dépend du régime en vigueur. Dans un régime aristocratique c'est la vertu, mais dans une démocratie c'est la condition d'homme libre. Les plaintes naissent quand des personnes égales relativement à leur mérite reçoivent des parts inégales ou quand des personnes inégales reçoivent des parts égales. Autrement dit l'injustice dans la distribution survient quand la part reçue par chacun n'est pas proportionnée à son mérite. D'une certaine manière la justice distributive fait acception des personnes, puisqu'elle établit la part de chacun en fonction de la position qu'il occupe dans la communauté²⁶. Mais dans la mesure où elle n'envisage la dignité de chacun qu'en tant qu'elle reflète son mérite, la justice distributive ne fait pas acception des personnes²⁷. Ainsi l'ingénieur contribue davantage à la production que l'ouvrier et il est donc juste qu'il reçoive une rémunération plus importante.

1.1.2.2 La justice commutative

Outre la justice distributive qui établit une proportion des choses aux personnes, il existe une justice commutative qui établit une égalité de chose à chose²⁸. Cette sorte de justice particulière intervient dans les échanges, d'où son nom. Elle établit une égalité arithmétique entre ce qu'une personne donne et ce qu'elle reçoit en échange. Il faut ici distinguer entre les diverses sortes d'échange où peut intervenir la justice particulière²⁹. Les échanges peuvent être volontaires ou involontaires selon qu'ils supposent ou non l'accord des parties. Les échanges volontaires sont ainsi nommés parce qu'ils sont réalisés d'un commun accord par les deux parties : achat, vente, prêt, dépôt, location, etc. Les échanges involontaires en revanche sont une atteinte envers autrui contre son gré dans ses biens ou sa personne : vol, adultère, injure, coups, meurtre, etc. Ainsi l'on étend le mot échange aux actions et passions

25. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 6–7 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-IIae, q. 61, a. 2.

26. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-IIae, q. 61, a. 2 et a. 4, ad. 2.

27. *Ibid.*, II^a-IIae, q. 63, a. 1.

28. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-IIae, q. 61, a. 2.

29. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 5 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-IIae, q. 61, a. 3, co.

qui ont trait au respect ou au mépris d'une personne³⁰. Le droit au sens de la justice commutative suppose qu'aucune des parties n'ait réalisé un gain ni l'autre une perte. Le rétablissement du droit suppose que la personne ayant réalisé un gain rende ce dont elle s'était emparée indûment à celle qui a subi une perte. La justice commutative s'exerçant le plus souvent à l'occasion d'un échange volontaire de biens, on donne le nom de gain à tout ce qui dépasse les exigences du droit et celui de perte à tout ce qui est en deça, même quand il est question d'une atteinte envers autrui dans sa personne³¹. Contrairement à la justice distributive, la justice commutative ne fait aucun cas de la qualité des personnes³², sauf quand elle implique une différence dans les choses³³. L'égalité qu'il faut établir entre les choses faisant l'objet d'une transaction suppose d'autre part qu'elles soient commensurables entre elles : c'est l'une des fonctions de la monnaie qui sert d'étalon de mesure et permet de rapporter la valeur d'une chose à celle d'une autre³⁴.

1.2 Le rôle du juge

Le juge a une double fonction : d'une part il énonce le droit afin qu'il soit rétabli et d'autre part il punit le délinquant afin d'appliquer la loi³⁵. Nous avons vu en effet qu'il fallait distinguer la justice particulière qui consiste à prendre exactement ce qui nous revient et la justice générale qui consiste à agir dans l'intérêt général de la société. Les parties entre lesquelles s'élève un litige se présentent devant un juge qui est une sorte de « justice vivante »³⁶. Le juge examine alors ce qui fait l'objet du litige et indique où se trouve le droit afin qu'il soit rétabli. En pratique cela revient à exiger du coupable qu'il rende à la victime tout ce dont il s'était emparé indûment. Par exemple dans le cas d'un vol, il devra rendre tout ce qu'il a volé. Dans le cas d'une atteinte à la personne de la victime, le juge exige de la part du coupable une compensation qu'il estime équivalente au dommage infligé³⁷. Quand cela s'avère difficile, le juge fait du mieux qu'il peut³⁸. La restitution ordonnée par le juge est un acte de justice commutative puisqu'il fixe la compensation permettant la restauration de l'égalité qui avait été rompue. C'est pourquoi Aristote appelle

30. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 62, a. 1, ad. 2.

31. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 58, a. 11, ad. 3.

32. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 61, a. 2.

33. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 8 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 58, a. 10, ad. 3; q. 61, a. 2, ad. 3 et a. 4, co.; q. 65, a. 4.

34. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 8.

35. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 62, a. 3 et a. 6, co.

36. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 60, a. 1, co.

37. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 62, a. 1.

38. *Ibid.*, II^a-II^{ae}, q. 62, a. 2, ad. 1.

la justice commutative une justice corrective³⁹. D'autre part, parce que la justice vivante du juge ne se rencontre pas chez beaucoup, le juge doit porter son jugement conformément à la loi, pour autant que son application n'entraîne pas une violation du droit naturel⁴⁰.

Outre la compensation qu'il exige pour la victime afin de rétablir le droit, le juge inflige également une peine en application de la loi, qui relève comme nous l'avons dit de la justice générale⁴¹. Après avoir rendu à chacun le sien, acte propre de la justice particulière, le juge punit donc le délinquant au nom de la société tout entière. Il doit donc être investi par l'autorité publique qui représente la société tout entière, d'autant qu'un pouvoir de coercition est souvent nécessaire pour faire appliquer son verdict⁴². Le châtement qu'il prononce est infligé à titre de mesure prophylactique en application de la loi : celle-ci prescrit en effet aux hommes d'agir en vue du bien commun et elle a pour effet de les punir le cas échéant⁴³. La justice moderne a conservé cette distinction entre la compensation exigée au titre du droit et la peine prononcée au titre de la loi, à travers la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale du prévenu, mais sans trop savoir pourquoi puisque la distinction entre la justice particulière et la justice légale sur laquelle elle repose s'est perdue. Remarquons pour finir que le juge n'a pas à juger les intentions pour énoncer le droit, mais qu'il doit juger les intentions pour prononcer la peine. Il est indifférent en effet que celui qui a pris plus que sa part l'ait fait volontairement ou pas, car le droit est dans les choses et son rétablissement exige de toute façon la restitution de ce qui a été pris en trop. Mais ce n'est pas indifférent au regard de la loi, car la faute et donc la peine seront différentes selon qu'on a commis une injustice volontairement ou pas.

1.3 Droit naturel et droit positif

Nous avons dit que le droit était une certaine égalité par quoi on s'ajuste à autrui, mais il faut à présent distinguer le droit naturel du droit positif⁴⁴. Le droit naturel est une égalité qui résulte de la nature même des choses, comme quand ce qu'on donne est d'une valeur identique à ce qu'on reçoit. Mais on peut également s'ajuster à autrui par une convention, c'est le droit positif, ainsi nommé parce qu'il

39. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7.

40. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, I^a-II^ae, q. 95, a. 1, ad. 2 et II^a-II^ae, q. 60, a. 5.

41. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^ae, q. 62, a. 3.

42. *Ibid.*, II^a-II^ae, q. 60, a. 6 et q. 67, a. 1.

43. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 90 et 92.

44. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, I^a-II^ae, q. 95, a. 2 et II^a-II^ae, q. 57, a. 2.

est posé par un acte de la volonté. Le droit positif lui-même se divise en deux espèces. D'une part il y a le droit positif né du consentement général, coutume ou législation écrite, qui oblige tout le monde. D'autre part il y a le droit positif issu d'un contrat entre personnes privées et qui n'oblige qu'elles. D'après Aristote et saint Thomas d'Aquin, la volonté humaine peut faire qu'une chose qui d'elle-même est indifférente au droit naturel devienne juste. Pourtant on a beau chercher, il semble que si la volonté humaine peut faire qu'une chose devienne juste, c'est seulement au sens de la justice générale. Ainsi les citoyens d'Amphipolis pouvaient bien décréter qu'il devînt juste qu'on offre chaque année un sacrifice en l'honneur de Brasidas, c'est l'exemple avancé par Aristote lorsqu'il traite la question du droit positif, mais cette disposition créait une prescription morale plutôt qu'une règle de droit. Il semble plus exact d'affirmer que le droit positif proprement dit est toujours une détermination du droit naturel. C'est évident en matière de justice distributive, puisque nous avons dit que la définition du mérite faisait l'objet d'une convention qui dépendait de la forme du gouvernement.

Mais c'est aussi le cas en matière de justice commutative. Ainsi l'injure qu'on profère envers autrui est contraire au droit naturel, mais il reste à déterminer ce qu'est une injure dans chaque société. Car il est certain que cela varie considérablement en fonction de l'époque et du lieu. Par exemple en France il arrive qu'on traite quelqu'un de cochon pour lui faire un reproche amical, mais dans un pays musulman c'est une insulte très grave. Pour la même raison il peut être utile de fixer par la loi le montant de la compensation qu'on estime de nature à rétablir l'égalité rompue par une infraction déterminée. En effet le montant de cette compensation varie lui aussi en fonction de l'époque et du lieu. Par exemple il est clair qu'une injure proférée à l'encontre d'un vieillard vaut plus cher en Chine qu'en France, car le respect dû au grand âge est plus important là-bas qu'ici. En revanche une chose qui d'elle-même répugne au droit naturel ne peut pas devenir juste par la volonté humaine. C'est pourquoi saint Thomas d'Aquin n'hésite pas à affirmer qu'une loi injuste n'oblige à rien, sauf peut-être quand le fait de la violer entraîne des conséquences plus graves que celles qui résultent de son observation⁴⁵. La doctrine classique du droit n'oppose donc pas le droit positif au droit naturel, comme c'est le cas de la philosophie moderne du droit⁴⁶, mais se représente le premier comme une détermination du second dans une unité politique particulière.

45. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, I^a-II^ae, q. 96, a. 4.

46. Alain Sériaux, *Le droit naturel* [1993], Paris, PUF, 1999, 2^e édition, pp. 65–118.

1.4 Le lieu du droit

La notion de droit suppose réunies certaines conditions afin qu'elle se réalise complètement. La justice particulière sert à régler la distribution d'un bien commun entre les membres d'une communauté (justice distributive) ainsi que les échanges entre eux (justice commutative). Elle suppose donc l'existence d'une communauté dont les membres ont un bien commun à se répartir et ont intérêt à échanger entre eux. Toute communauté au sens propre du terme suppose une certaine mise en commun et naît par conséquent de l'amitié entre ses membres. En effet l'amitié consiste dans une mise en commun⁴⁷. Mais encore faut-il que cette amitié ne soit pas trop faible ou trop forte pour qu'il existe un droit au sens plein du terme⁴⁸. Quand elle est trop forte, comme par exemple entre les membres d'une famille, l'union entre les individus est trop complète pour qu'on puisse distinguer vraiment ce qui est à l'un de ce qui est à l'autre. Le fils est quelque chose du père, ce qui est au fils appartient donc aussi d'une certaine façon au père, mais nul ne peut s'ôter à soi-même ce qui lui appartient. C'est pourquoi Aristote et saint Thomas d'Aquin affirment que le droit domestique relève de la justice particulière seulement d'une manière analogique. D'un autre côté, le droit n'existe pas davantage entre des individus dont l'amitié est insuffisante, puisque dans ce cas ils n'ont rien à répartir entre eux. C'est pourquoi le droit ne saurait exister entre les factions d'une guerre civile par exemple.

Mais la justice particulière sert également à régler les échanges entre les membres d'une communauté. L'existence d'un droit au sens plein du terme entre les membres d'une communauté suppose donc qu'ils aient un intérêt à échanger. Or l'échange n'a lieu qu'entre des individus suffisamment différents pour avoir un intérêt à échanger. « Ce n'est pas entre deux médecins que naît une communauté d'intérêts, mais entre un médecin par exemple et un cultivateur » remarquait fort justement Aristote⁴⁹. Toutes ces conditions se trouvent parfaitement réunies au sein de l'unité politique et c'est pourquoi l'on peut dire que le droit civil est un droit parfait. Il nous reste à déterminer si elles sont susceptibles d'être réunies au sein d'une communauté d'unités politiques et ainsi donner lieu à un véritable droit international. Mais nous devons d'abord porter notre attention sur l'unité politique avant de pouvoir répondre à cette question.

47. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 11.

48. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10 et Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 4.

49. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 8 (trad. J. Tricot).

2 L'unité politique

Nous l'avons dit, le mot « international » dans l'expression « droit international » signifie « entre les unités politiques ». Le droit international, à supposer qu'il existe un droit international au sens plein du terme, s'occupe des relations entre les unités politiques, contrairement au droit civil qui s'occupe des rapports entre les individus au sein d'une unité politique. Il est difficile d'ignorer cette spécificité du droit international et elle mérite que l'on s'y attarde aussi longtemps qu'il est nécessaire. Nous devons donc impérativement nous faire une idée de ce qu'est une unité politique avant de pouvoir continuer notre étude sur le droit international. L'unité politique est l'unique acteur des relations internationales à condition d'entendre cette expression au sens le plus strict. Les théoriciens des relations internationales qui ont pris le mot « international » dans son sens étymologique ont défini l'unité politique avec plus ou moins de fortune. La définition de l'unité politique est en effet une question capitale pour les auteurs qui restreignent leur champ d'étude aux relations entre les unités politiques. Alexander Wendt est de ceux-là et il a très clairement perçu l'importance d'une définition de l'unité politique⁵⁰. Toutefois la définition qu'il donne est trop restrictive puisqu'elle laisse de côté certaines formes d'unité politique. Elle inclut en effet des caractères qui sont particuliers à l'État moderne comme le monopole de la violence légitime et la souveraineté territoriale. Or il a existé de nombreuses formes d'unité politique qui étaient dépourvues de ces caractères. Hedley Bull remarque ainsi au sujet des royaumes germaniques du Haut Moyen Âge que leurs dirigeants exerçaient leur souveraineté sur une population mais pas sur un territoire⁵¹. Wendt lui-même a d'ailleurs noté que sa définition de l'unité politique posait des problèmes dans le cas des États de l'Europe médiévale⁵². On aperçoit déjà les difficultés qui se présentent lorsqu'on cherche à définir les attributs essentiels de l'unité politique, c'est-à-dire les propriétés communes à n'importe quelle unité politique en tous temps et tous lieux. Il faut néanmoins nous atteler à la tâche puisque nous pourrions difficilement déterminer ce qu'est le droit international avant d'avoir examiné ce qu'est une unité politique.

50. Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 198–214. En dépit du fait qu'il dit vouloir définir l'État, il est clair qu'il entend par ce terme l'unité politique, puisqu'il affirme être intéressé seulement « par ce que tous les États en tous temps et tous lieux ont en commun ».

51. Hedley Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics* [1977], New York, Palgrave, 2002, 3^e édition, p. 9.

52. Alexander Wendt, *op. cit.*, pp. 211–212.

2.1 La notion de politique

Nous devons en premier lieu cerner la notion de politique pour comprendre l'unité politique. L'oeuvre du philosophe et juriste allemand Carl Schmitt nous sera d'une aide précieuse dans cette enquête. Nous avons vu qu'en cherchant à définir l'unité politique, Wendt lui avait prêté les traits de l'État territorial moderne. Cette confusion est ancienne puisqu'elle était déjà dénoncée par Schmitt au début de la *Notion de politique* en 1927⁵³. Dans cet ouvrage, il se proposait en effet d'établir la distinction entre le politique et l'État. Il remarquait notamment qu'on définissait généralement l'État en renvoyant à la notion de politique et le politique en renvoyant au concept d'État. L'État n'est qu'une instance du politique qui n'a pas toujours existé et n'existera pas toujours. Schmitt ira jusqu'à affirmer dans la préface qu'il rédigea en 1963 à l'occasion d'une réédition de la *Notion de politique* que l'État avait vécu⁵⁴. C'est une affirmation qui a depuis été répétée à maintes reprises et qui continue de l'être aujourd'hui. Pour notre part, si nous sommes d'accord avec Schmitt pour dire qu'un certain nombre des fondements de l'État ont été renversés, nous pensons toutefois qu'il a encore de beaux jours devant lui, notamment parce que ses détracteurs n'ont aucune solution de remplacement⁵⁵. Quoi qu'il en soit il est certain qu'il est impossible d'identifier le politique à l'État puisqu'il a existé d'autres formes d'organisation politique et qu'en outre certaines activités de l'État n'ont rien de politique.

2.1.1 La distinction fondamentale du politique

Il faut donc chercher un dénominateur commun à toutes les formes connues d'expression du politique. Carl Schmitt croit avoir découvert ce critère du politique dans la discrimination entre l'ami et l'ennemi. De même que tout ce qui relève de l'ordre de l'éthique implique une distinction entre le bien et le mal et tout ce qui relève de l'ordre de l'esthétique une distinction entre le beau et le laid, de même tout ce qui relève de l'ordre du politique implique une distinction entre l'ami et l'ennemi, peu importe le contexte historique et culturel dans lequel on se situe⁵⁶. Il transparaît toujours en effet dans le vocabulaire politique un certain caractère polémique. Par exemple on parle d'une *campagne* électorale (qui renvoie à la campagne militaire) et d'un *militant* politique (du latin « *miles* » qui veut dire « soldat »). Et l'adjectif politique lui-même est porteur de l'opposition ami-ennemi : ainsi l'on parle une

53. Carl Schmitt, *La notion de politique* [1927] / *Théorie du partisan* [1963], Paris, Flammarion, 1992, trad. M-L. Steinhauser, pp. 57–63.

54. *Ibid.*, pp. 42–43.

55. Hedley Bull, *op. cit.*, pp. 223–305 par exemple défend contre ses détracteurs le système interétatique en tant qu'il permet d'assurer un ordre international.

56. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 63–66.

décision *politique* pour dire qu'elle sert uniquement les intérêts d'une partie de la population au détriment de l'autre⁵⁷. Tout cela révèle selon Carl Schmitt qu'il ne faut pas confondre la politique véritable, c'est-à-dire la politique extérieure mettant aux prises les unités politiques entre elles et qu'après Hans Morgenthau on appelle la « haute politique »⁵⁸, avec la politique intérieure et ses « tours de passe-passe frôlant parfois l'escroquerie »⁵⁹. La politique intérieure n'est pas politique au sens plein du terme car l'essence d'une chose se révèle dans sa forme la plus aboutie. Ainsi l'on considère un homme dans la force de l'âge plutôt qu'un enfant lorsqu'on veut connaître la nature de l'homme.

2.1.2 Hostilité et inimitié

L'ennemi auquel Carl Schmitt fait référence n'est pas n'importe quel ennemi. Il faut en effet distinguer l'hostilité (qui relève spécifiquement du politique) de l'inimitié (qui n'est pas politique sinon par accident)⁶⁰. Nous verrons que l'ignorance de cette distinction a induit un grand nombre de gens en erreur et qu'il faut donc impérativement l'avoir à l'esprit. L'ennemi public n'est pas notre ennemi du fait d'une haine personnelle, mais seulement parce qu'il appartient à une unité politique en conflit avec celle à laquelle nous appartenons. Il s'oppose en cela à l'ennemi privé qui est notre ennemi en raison de l'antipathie qu'on éprouve pour lui. Il nous est d'autant plus difficile de percevoir cette distinction entre l'ennemi public et l'ennemi privé que le français, comme beaucoup d'autres langues, n'a qu'un seul mot pour signifier à la fois l'un et l'autre, contrairement au latin et au grec qui emploient les mots *hostis* et *πολέμιος* pour signifier l'ennemi public et les mots *inimicus* et *ἐχθρός* pour désigner l'ennemi privé. L'hostilité est une relation d'unité politique à unité politique et non d'individu à individu sinon par accident. C'est pourquoi l'on peut dire que l'hostilité est spécifiquement politique. Rousseau l'avait fort bien compris quand il affirmait : « la guerre n'est [...] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement »⁶¹.

L'ennemi privé au contraire procède de l'inimitié qui oppose des particuliers entre eux pour des motifs divers et variés mais qui n'ont en soi rien de politique. Ainsi l'inimitié qu'on éprouve pour le concurrent dans la compétition économique ou l'adversaire dans un débat n'est pas de même nature que l'hostilité qui existe entre

57. *Ibid.*, pp. 69–70.

58. Dario Battistella, *op. cit.*, pp. 115 et 325–330. L'expression est d'ailleurs reprise par Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 43 dans la préface de 1963.

59. Carl Schmitt, *op. cit.*, p. 107 (trad. M-L. Steinhauser). Le mot est de Lénine.

60. *Ibid.*, pp. 66–68.

61. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762, I, 4.

les unités politiques. Une communauté économique ou idéologique n'est jamais le lieu d'un regroupement ami-ennemi, car aussitôt qu'un antagonisme économique ou idéologique devient suffisamment fort pour susciter une hostilité, cette communauté qui n'était qu'économique ou idéologique devient politique. Le soldat dans l'armée d'en face n'est donc notre ennemi qu'à titre accidentel comme l'avait compris Rousseau. Et s'il arrive fréquemment qu'on en vienne à projeter de la haine sur ceux qui sont nos ennemis à la guerre, non seulement cela n'a rien d'obligatoire, mais surtout cela ne doit pas empêcher de distinguer l'hostilité qu'on éprouve pour eux de l'inimitié qui s'y ajoute par surcroît. Mais il est vrai que cette distinction restera incompréhensible à tous ceux dont l'âme est trop petite pour comprendre qu'on peut être engagé dans une lutte à mort avec quelqu'un sans pour autant éprouver de la haine pour lui... Il fut pourtant un temps où l'on pouvait respecter son ennemi et parfois même l'admirer. Par exemple Montecuccoli, apprenant la mort de Turenne dont il était le grand adversaire, eut cette phrase incroyable : « Aujourd'hui est mort un homme qui faisait honneur à l'homme. »

Nous voudrions pour finir faire part au lecteur d'une remarque de Carl Schmitt qui n'intéresse qu'indirectement notre sujet, mais qui mérite néanmoins qu'on s'y attarde un peu. La mode est en effet à une interprétation rigoureusement pacifiste du christianisme. On répète à l'envi cette parole bien connue du Christ : « Aimez vos ennemis »⁶². Le christianisme serait fondamentalement opposé à la guerre en toute circonstance. Pourtant Schmitt a fort justement remarqué que le texte original portait « ἀπαγᾶτε τοὺς ἐχθροὺς ὑμῶν » et non « ἀπαγᾶτε τοὺς πολέμιους ὑμῶν ». Ce qui est traduit dans la Vulgate par « *diligite inimicos vestros* » et non « *diligite hostes vestros* ». Ainsi le christianisme n'est pas toujours opposé à la guerre mais seulement quand elle est injuste. Nous verrons dans la seconde partie de notre étude que saint Augustin et saint Thomas d'Aquin l'avaient fort bien compris et qu'ils n'ont jamais eu la bêtise d'exiger des chrétiens qu'ils livrassent leur patrie à ses ennemis par amour pour eux. D'ailleurs on pourra remarquer à ce sujet que les chrétiens n'ont pas vraiment tendu l'autre joue quand ils ont été confrontés à l'invasion musulmane. À vrai dire il n'y avait pas jusqu'aux hommes d'Église qui n'appelassent à la défense de la Chrétienté.

2.1.3 L'autonomie du politique

La distinction entre l'hostilité et l'inimitié conduit à reconnaître l'autonomie du politique : l'hostilité ne saurait être réduite à une rivalité économique ou à une

62. Matthieu V, 44 et Luc VI, 27.

opposition religieuse par exemple⁶³. Il n'est certes pas impossible qu'il s'opère un regroupement en amis et ennemis à partir d'un antagonisme économique ou religieux, dès lors qu'il atteint un niveau d'intensité suffisant pour cela, mais alors cet antagonisme est devenu politique. En effet l'hostilité peut se résoudre dans une lutte à mort contrairement à l'inimitié. Dès lors qu'un groupement économique ou religieux en vient à commander la division entre amis et ennemis, il cesse d'être purement économique ou religieux pour devenir une unité politique à part entière. Autrement dit le politique est distinct de l'infrastructure socio-économique bien qu'il s'insère dans cette infrastructure et qu'il n'existe pas séparément d'elle. Les marxistes et les libéraux font donc la même erreur en réduisant chacun à leur manière le politique à l'infrastructure socio-économique⁶⁴. La reconnaissance de l'autonomie du politique par rapport à l'infrastructure socio-économique et à tout autre domaine de l'existence humaine est selon nous le dénominateur commun de la tradition réaliste en philosophie politique. Personne n'a su mieux exprimer que Raymond Aron les conséquences de l'autonomie du politique : « les relations internationales [c'est-à-dire entre les unités politiques] se déroulent à l'ombre de la guerre »⁶⁵. Il en irait tout autrement en effet si l'antagonisme politique pouvait être réduit à une rivalité économique mais ce n'est pas le cas. La reconnaissance de l'autonomie du politique n'est pas seulement un point commun à tous les auteurs se réclamant du réalisme⁶⁶, mais c'est plus largement quelque chose qu'ont admis depuis longtemps tous les grands auteurs classiques. Ainsi Aristote affirme-t-il dès le début de ses *Politiques* qu'il existe une différence de nature et pas seulement une différence de degré entre une communauté politique et les autres formes de groupement humain⁶⁷. Il n'y a guère qu'à notre époque qu'il se rencontre des auteurs pour avoir pu penser autrement et confondre ainsi leurs rêves avec la réalité. Il ne fait par ailleurs aucun doute qu'un grand nombre d'auteurs ne se réclamant pas du courant réaliste reconnaissent toutefois l'autonomie du politique. Notre théorie du droit international se veut réaliste parce qu'elle s'inscrit dans la tradition réaliste telle que nous l'avons définie. Il n'est donc aucunement besoin d'être soi-même réaliste au sens étroit qu'on donne à ce terme en théorie des relations internationales pour y adhérer, bien qu'elle soit vraisemblablement plutôt de nature à séduire les esprits réactionnaires.

63. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 75–84.

64. Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, New York, McGraw-Hill, 1979, pp. 18–37 et 139–143 a brillamment démontré l'échec des auteurs qui ont voulu expliquer la politique internationale en la réduisant à l'infrastructure socio-économique. Les auteurs en question sont précisément marxistes pour les uns et libéraux pour les autres.

65. Raymond Aron, *op. cit.*, p. 18.

66. Dario Battistella, *op. cit.*, pp. 113–154 montre la grande diversité qui se rencontre par ailleurs chez eux.

67. Aristote, *Politiques*, I, 1.

2.1.4 Hostilité et guerre

L'éventualité d'une lutte à mort est inséparable du phénomène politique car la guerre n'est rien d'autre que l'actualisation complète de l'hostilité qu'implique la notion de politique⁶⁸. En effet l'hostilité, quand elle est conduite à son terme, aboutit au conflit armé. Ce qui ne signifie pas que la guerre soit l'expression normale du politique, mais simplement que la notion de politique suppose au moins son éventualité. La présence d'un ennemi potentiel, c'est-à-dire d'une autre unité politique, est donc indispensable à l'existence d'une unité politique. C'est pourquoi il est tout à fait inconcevable qu'il puisse exister un jour une unité politique universelle, à moins que le politique lui-même vienne à cesser d'exister⁶⁹. Mais si l'on admet avec Aristote que l'homme est un animal politique⁷⁰, comme tout semble l'indiquer, il est tout à fait évident qu'une unité politique universelle est un oxymoron. Cela étant dit, notons dès à présent qu'il existe plusieurs degrés de réalisation de l'hostilité dont la guerre totale, c'est-à-dire la guerre ayant pour but l'anéantissement de l'adversaire, est le plus abouti. Nous verrons plus loin pourquoi l'hostilité est rarement conduite jusqu'à son terme extrême qu'est la guerre d'anéantissement.

2.2 Une définition de l'unité politique

Nous pouvons maintenant proposer une définition de l'unité politique qui surmonte les difficultés que comporte cette entreprise. Souvenons-nous qu'Alexander Wendt donnait une définition de l'unité politique sous la forme d'une énumération de ses attributs essentiels. Selon lui l'unité politique en tant que telle présente cinq attributs essentiels : un ordre institutionnel et légal, une organisation revendiquant avec succès le monopole de l'exercice de la violence légitime, une organisation disposant de la souveraineté interne et externe, une société et un territoire⁷¹. Nous avons vu que cette définition laissait de côté certaines unités politiques comme les États fédéraux. Wendt a voulu énumérer l'ensemble des caractères essentiels de l'unité politique en tant que telle et il y a inclus des éléments qui appartiennent spécifiquement à l'État moderne. Mais nous avons vu que celui-ci n'était qu'une manifestation historique du politique parmi d'autres. Nous suggérons d'abandonner l'idée de trouver une définition exhaustive de l'unité politique pour nous contenter d'une définition plus modeste mais surtout plus exacte. Nous savons déjà que l'unité politique est un groupement humain, il ne nous reste plus qu'à trouver une différence spécifique

68. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 70–75.

69. *Ibid.*, pp. 95–101.

70. Aristote, *Politiques*, I, 2.

71. Alexander Wendt, *op. cit.*, pp. 198–214.

pour la définir. Or nous avons vu que le politique supposait l'éventualité de la guerre. L'unité politique est donc un groupement humain possédant la faculté de désigner l'ennemi et de le combattre⁷². Autrement dit l'unité politique a pour caractère distinctif la détention du *ius belli* : elle peut exiger de ses membres qu'ils combattent l'ennemi qu'elle a désigné au péril de leur vie s'il le faut. Appartiennent à la même unité politique tous ceux qui obéissent à la même autorité leur désignant l'ennemi à combattre dans l'éventualité d'un conflit. La manière dont la décision est atteinte importe peu, tant que tous les membres de l'unité politique s'y soumettent. Il existe autant d'unités politiques qu'il y a de centres de décision pouvant opérer un regroupement en amis et ennemis dans l'éventualité d'un conflit.

L'unité politique n'est donc pas nécessairement dotée d'un territoire clairement délimité : elle n'a besoin que d'une population reconnaissant son *ius belli*. Il n'est pas davantage nécessaire qu'elle dispose du monopole de l'exercice de la violence légitime sur ses membres : le pouvoir de police peut fort bien se trouver entre les mains de plusieurs. Elle est dite souveraine uniquement au sens où elle fait son choix librement au moment décisif. Autrement dit elle décide pour elle-même qui est l'ennemi et elle choisit de le combattre si elle juge cela nécessaire. Il nous semble que cette définition de la souveraineté est très proche des explications fournies par Kenneth Waltz au sujet de ce qu'il entend par États souverains⁷³. Seule la capacité d'opérer un regroupement en amis et ennemis détermine l'existence d'une unité politique. Aucune norme prétendant limiter cette faculté ne saurait être invoquée pour nier l'existence d'une unité politique, tant que celle-ci possède en effet la capacité de désigner l'ennemi et de le combattre. Par exemple le droit féodal ne pouvait faire qu'on nie la qualité d'unité politique à une principauté, sous prétexte qu'elle avait reconnu sa vassalité vis-à-vis d'une autre, dès lors qu'en pratique elle était indépendante. C'est pourquoi il est parfois difficile de tracer les contours d'une unité politique *a priori*. En effet l'existence d'une unité politique n'est connue qu'à l'instant décisif, puisqu'elle dépend entièrement de sa capacité à désigner elle-même l'ennemi à cet instant. Cela n'est pas dire qu'une norme est toujours le reflet d'un rapport de force, mais simplement qu'elle importe uniquement dans la mesure où elle exerce une influence réelle. Ainsi quand le vassal répondait à l'appel de son suzerain comme l'exigeait le droit féodal, en vérité cela pouvait fort bien être le droit féodal qui faisait qu'il avait répondu à cet appel, mais c'était seulement parce qu'il avait obéi à son suzerain qu'ils constituaient une seule et même unité politique. Mais si au contraire il avait refusé son aide à celui dont il avait reconnu la suzeraineté, alors on pouvait

72. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 75–95.

73. Kenneth Waltz, *op. cit.*, pp. 95–97.

dès cet instant affirmer qu'il était à la tête d'une unité politique distincte de celle de son suzerain.

Une unité politique peut cesser d'exister en tant que telle de plusieurs manières. Tout d'abord elle peut disparaître contre sa volonté suite à une défaite militaire. Ainsi les peuples conquis par les Romains perdaient leur existence politique en même temps que leur liberté. Les unités politiques qu'ils formaient cessaient en effet d'exister en tant que telles dès lors qu'ils devenaient sujets de l'Empire romain. Elles subsistèrent néanmoins d'une certaine façon au moins jusqu'à l'édit de Caracalla qui accorda la citoyenneté romaine à tous les sujets de l'Empire en 212. Mais il n'en demeure pas moins qu'il est inexact d'affirmer qu'elles étaient encore des unités politiques au sens plein du terme après avoir fait leur soumission à Rome, puisqu'elles avaient alors perdu la possibilité de désigner elles-mêmes l'ennemi. Mais une unité politique peut également choisir de cesser d'exister en tant que telle de son plein gré. Cela peut arriver de deux façons qu'il est nécessaire de distinguer. Plusieurs unités politiques peuvent ainsi choisir de former une fédération au sein de laquelle elles cessent d'exister en tant que telles puisque le pouvoir fédéral mène la politique extérieure en leur nom. Nous employons le terme fédération à dessein, plutôt que celui de confédération, car les unités politiques qui s'unissent doivent perdre au moins théoriquement la faculté de mettre fin à leur association. Ainsi les États de l'Union européenne ne cesseront pas d'être des unités politiques à part entière tant qu'ils n'auront pas accepté de remettre la conduite de la politique étrangère à une instance fédérale⁷⁴. La réalisation de l'unité allemande en 1871 fournit au contraire un exemple de disparition de plusieurs unités politiques réunies en une seule. Une unité politique peut également disparaître en tant que telle en renonçant à distinguer librement l'ami et l'ennemi. Ainsi certains peuples, voulant s'épargner les tracas et le risque inhérent à toute existence politique, abandonnent ce privilège à une unité politique plus puissante dont ils espèrent la protection⁷⁵. C'est probablement le cas aujourd'hui de la majorité des peuples européens qui semblent fatigués de l'histoire et ont choisi de se placer sous la protection américaine depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Avec le temps ils ont même fini par oublier qu'ils devaient cette existence insouciant aux États-Unis d'Amérique et ils en sont venus à dénoncer chez eux ce qu'ils considèrent comme un archaïsme, à savoir le fait de n'avoir pas renoncé à la guerre, alors qu'il s'agit en réalité d'une caractéristique qu'ont en com-

74. Kenneth Waltz, *op. cit.*, p. 116 cite l'Europe comme un cas limite entre l'état anarchique qui caractérise la politique internationale et la hiérarchie qui règne à l'intérieur d'une unité politique.

75. C'est pourquoi Kenneth Waltz (*Ibid.*, pp. 72–73) affirme à juste titre que seules les grandes puissances importent vraiment pour la théorie des relations internationales. Les autres, ayant remis leur destin entre les mains d'une grande puissance qui assure leur protection, ne sont pas des unités politiques au sens propre du terme.

mun tous les peuples qui n'ont pas renoncé à leur indépendance. Enfin une unité politique peut aussi disparaître à la suite d'une guerre civile et être remplacée par plusieurs unités politiques plus petites⁷⁶.

2.3 La concorde

Une communauté politique suppose donc l'existence d'une autorité investie du pouvoir de désigner l'ennemi au nom de tous ses membres. Cela implique la neutralisation de l'hostilité et donc du politique au sein de l'unité politique⁷⁷. Le politique, nous l'avons vu, suppose en effet toujours l'éventualité de la guerre. Par conséquent, s'il existe plusieurs groupes au sein d'une communauté politique dont l'antagonisme est suffisamment puissant pour entraîner un conflit violent entre eux, autrement dit s'il a atteint l'intensité d'un antagonisme politique au sens plein du terme, il est clair qu'ils ont cessé de former une véritable unité politique, puisque l'hostilité qui règne entre eux empêche l'autorité publique d'imposer à tous le choix de l'ennemi à combattre. Il faut au moins qu'une guerre extérieure fasse taire les conflits entre les divers groupes rivaux au sein de l'unité politique. C'est pourquoi Carl Schmitt affirme sans hésiter que l'opposition entre les partis politiques à l'intérieur d'une communauté politique n'est pas politique à proprement parler⁷⁸. Autrement dit la politique intérieure n'est véritablement qu'une expression affaiblie du politique. Dès lors qu'une unité politique ne parvient plus à neutraliser l'hostilité entre les groupes rivaux qui la composent, elle cesse d'exister en tant que telle et sombre dans la guerre civile entre les factions devenues politiques au sens plein du terme⁷⁹. La guerre civile qui dissout la communauté politique est donc le contraire de la concorde qui l'unit.

Le problème avait déjà été parfaitement compris par Aristote quand il traitait de la concorde qui doit régner au sein d'une communauté politique dans l'*Éthique à Nicomaque*. La concorde évite précisément que naisse l'hostilité entre les divers groupes qui composent une unité politique. C'est pourquoi Aristote va jusqu'à dire qu'elle est l'objet principal de l'attention des législateurs, tandis qu'ils pourchassent l'esprit de faction avec le plus d'énergie⁸⁰. Il qualifie également plus loin dans l'*Éthique* la concorde d'amitié politique⁸¹. Elle est cette sorte d'amitié qui permet l'effectivité du

76. *Ibid.*, p. 116 présente la Chine de la première moitié du XX^e siècle comme un exemple d'unité politique tendant à la désintégration. Aujourd'hui on pourrait citer le cas de l'éclatement de la Yougoslavie dans les années 1990.

77. Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 75–84.

78. *Ibid.*, pp. 68–70.

79. Julien Freund insiste fort justement sur ce point dans l'excellente préface qu'il a rédigée en 1971 pour la traduction française de la *Notion de politique* (*Ibid.*, pp. 24–25).

80. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 1.

81. *Ibid.*, IX, 6.

droit et l'existence d'une véritable communauté politique. Saint Augustin dit pour sa part que l'amitié crée l'unité à partir de la multiplicité⁸². On peut dire en effet que la concorde, dont nous avons vu qu'elle était une espèce d'amitié, rend d'une certaine façon la cité une. C'est pourquoi l'on donne également à la cité le nom d'*unité* politique. Mais l'unité politique est une seulement par rapport aux autres unités politiques, car en soi elle est une certaine pluralité ordonnée au bien commun de l'ensemble des citoyens. La concorde n'est donc pas l'amitié parfaite mais seulement le degré d'amitié qui suffit à neutraliser l'hostilité. On le voit bien puisque Aristote affirme au sujet de l'amitié parfaite qu'entre amis il n'y a pas besoin de justice⁸³. Or la concorde est précisément le degré d'amitié qui rend possible l'institution judiciaire. Nous avons vu plus haut en effet que la notion de droit trouvait sa pleine réalisation au sein d'une communauté politique. C'est pourquoi il dit aussi dans ses *Politiques* que la nature d'une unité politique est d'être une certaine multiplicité et qu'elle perdrait sa raison d'être si elle s'avançait trop sur la voie de l'unité⁸⁴. En effet, nous l'avons déjà dit, une communauté d'intérêts naît uniquement entre des individus suffisamment différents pour trouver un avantage à vivre ensemble.

3 Le droit international

Nous pouvons à présent faire la synthèse de tout ce que nous avons dit précédemment afin de conclure la première partie de notre étude. Après avoir examiné le droit puis l'unité politique, nous pouvons enfin nous pencher sur le droit international. Disons toute de suite que nous entendrons l'expression « droit international » au sens le plus strict. Aussi nous entendrons par droit international l'ensemble des règles s'appliquant aux relations entre les unités politiques. Nous verrons bien rapidement qu'ainsi entendu le droit international se réduit essentiellement au droit de la guerre et de la paix puisqu'il n'existe pas vraiment d'autres relations entre les unités politiques. La guerre doit en effet être entendue au sens du règlement par la force d'un différend survenu entre plusieurs unités politiques. C'est pourquoi nous étudierons uniquement la partie du droit international public, pour employer le langage juridique moderne, qui a trait aux relations entre les États. La tendance contemporaine à considérer un nombre croissant d'acteurs privés comme des sujets à part entière du droit international public témoigne selon nous d'une confusion importante quant à la nature du droit international. Les relations entre les États et les organisations internationales ne devraient pas non plus être considérées comme

82. Augustin d'Hippone, *Confessions*, IV, 8.

83. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 1.

84. Aristote, *Politiques*, II, 2.

relevant du droit international à condition de prendre l'expression au sens strict.

3.1 Le droit international est une morale internationale

Nous avons vu à la fin du premier chapitre qu'un certain nombre de conditions devaient être remplies afin que la notion de droit puisse se réaliser complètement. Après avoir étudié l'unité politique dans le chapitre précédent, nous sommes en mesure de voir si de telles conditions peuvent être réunies au sein d'une société d'unités politiques. Une société doit en effet remplir plusieurs conditions pour qu'on puisse parler d'une société au sens plein du terme, car une véritable société est tout autre chose qu'une simple juxtaposition d'individus, notamment parce qu'un droit authentique peut s'y épanouir. Il nous faut donc examiner si l'on peut parler d'une société internationale de la même manière que l'on parle d'une société d'hommes. La réponse à cette question déterminera si l'on peut parler d'un droit international au sens plein du terme, car c'est uniquement là où il existe une véritable société qu'on peut parler d'un droit authentique. C'est précisément le sens du célèbre adage : « *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius* ». Cette formule est souvent citée, mais elle est rarement prise au sérieux.

Nous l'avons déjà dit dans le premier chapitre, le droit a pour fin de rendre à chacun le sien. La réalisation complète de la notion de droit suppose donc avant tout l'existence d'un bien commun susceptible de faire l'objet d'un partage entre les membres d'une communauté. Il existe un bien commun entre des personnes unies par l'amitié. Il faut pour qu'on puisse parler d'un droit au sens plein du terme que cette amitié ne soit ni trop forte ni trop faible. Quand elle est trop forte le bien commun est pour ainsi dire trop commun pour qu'il fasse l'objet d'un partage. Chacun conviendra volontiers que la société internationale est assez loin de présenter un tel visage. D'un autre côté on ne saurait davantage parler de droit quand l'amitié entre les personnes est trop faible, puisque alors il n'y a rien qui soit commun, ou trop peu pour faire l'objet d'un partage. Peut-être n'est-ce pas le cas d'une société internationale, auquel cas il peut exister un droit authentique entre les unités politiques. Il faut donc examiner jusqu'à quel point peut aller l'amitié entre les unités politiques. Il faudrait pour qu'on puisse parler d'un véritable droit international qu'il puisse régner entre elles un degré d'amitié équivalent à cette espèce d'amitié qu'Aristote appelle la concorde. Mais c'est impossible comme nous allons le voir toute de suite. Nous avons vu en effet que l'unité politique était rendue une par l'amitié régnant entre les citoyens, mais seulement par rapport aux autres unités politiques, puisqu'en soi elle était une pluralité dans la mesure où la concorde n'abolissait pas l'individualité des citoyens. Il en va tout autrement entre les unités politiques, non pas qu'elles

soient incapables d'atteindre le degré d'amitié qu'Aristote appelle la concorde, mais parce qu'aussitôt qu'elles ont atteint un tel degré d'amitié il n'y a plus qu'une seule unité politique au lieu de plusieurs. Contrairement aux hommes dont l'individualité est irréductible, quand même elle tend à s'effacer dans l'amitié parfaite, les unités politiques sont des communautés d'hommes qui peuvent parfaitement fusionner au sens propre du terme. Nous avons d'ailleurs vu que c'était l'un des moyens par lesquels pouvait naître une communauté politique. Ainsi dès lors qu'il s'instaure une communauté de vue durable sur la question de la politique extérieure entre plusieurs unités politiques, on peut affirmer qu'elles forment désormais une seule et même unité politique. Enfin une telle communauté de vue supprime jusqu'à la possibilité d'une guerre entre elles sans laquelle le politique lui-même cesse d'exister.

En outre la notion de droit peut se réaliser complètement et l'on peut parler d'une société au sens plein du terme uniquement dans la mesure où ses membres ont un intérêt à échanger. Nous avons vu en effet que le droit réglait non seulement la distribution au sein d'une communauté (justice distributive) mais également les échanges entre ses membres (justice commutative). Or l'on a intérêt à échanger avec quelqu'un seulement quand on peut obtenir de lui quelque chose que l'on est incapable de produire soi-même. Mais comme Waltz l'a fort justement souligné, les unités politiques sont fonctionnellement indifférenciées, il parle de « *like units* » à leur sujet, autrement dit la division du travail entre elles est faible car elles tendent à l'autarcie⁸⁵. Elles tendent à l'autarcie parce qu'en raison de l'état anarchique du système international, aucune unité politique ne peut prendre le risque de se mettre dans la dépendance d'une autre. Elles ne le peuvent pas précisément parce que l'existence même d'une pluralité d'unités politiques montrent que l'amitié entre elles n'est pas suffisante pour qu'il existe un véritable droit international, puisque comme nous venons de le voir dès lors que l'amitié entre plusieurs unités politiques atteint un niveau suffisant pour cela elles deviennent une seule et même unité politique. Aristote remarquait déjà dans ses *Politiques* que la cité avait pour fin l'autarcie dans laquelle elle trouvait sa forme la plus achevée⁸⁶. Et il ajoutait plus loin qu'une cité n'était pas formée de gens semblables, contrairement à une alliance militaire entre plusieurs cités, par quoi il affirmait la même chose que Kenneth Waltz quand celui-ci dit que les États sont fonctionnellement indifférenciés⁸⁷. On oppose généralement à cette affirmation les multiples exemples d'États ayant renoncé à rechercher l'autarcie. On peut répondre très simplement à cette objection que les États en question ne sont plus des unités politiques au sens plein du terme. D'ailleurs de tels États

85. Kenneth Waltz, *op. cit.*, pp. 104–107 et 143–146.

86. Aristote, *Politiques*, I, 2.

87. *Ibid.*, II, 2.

sont toujours *de facto* sous la protection d'une grande puissance, précisément parce qu'ils ont renoncé à l'autarcie sans laquelle il est impossible de choisir librement son ennemi. Bien sûr l'autarcie est toujours imparfaite, mais cela Aristote et Waltz ne l'ignorent pas, car en tant que fin de l'unité politique elle est susceptible de divers degrés de réalisation.

Le droit international ne saurait donc être qualifié de droit au sens plein du terme. Il ne peut être qu'un droit imparfait contrairement au droit civil qui réalise parfaitement la notion de droit. Ou plutôt il relève du droit uniquement par analogie, comme nous l'avons dit du droit domestique pour la raison exactement inverse. Nous avons vu en effet que le droit domestique n'était pas un droit parfait en raison de l'amitié trop forte qui régnait entre les membres d'une famille. Si le droit international n'est pas un droit parfait au contraire, c'est parce que l'amitié entre les unités politiques est trop faible. Aussi le droit international est-il à proprement parler une morale internationale consistant dans un ensemble de règles de conduite à observer par les unités politiques⁸⁸. On peut d'ailleurs s'en convaincre par le fait qu'il y a dans toute doctrine de la guerre juste une prise en considération des intentions des belligérants. Nous verrons dans la seconde partie de notre étude que c'est le cas pour la doctrine chrétienne de la guerre juste et l'on peut remarquer ici que c'est également vrai pour la doctrine musulmane du djihad⁸⁹. Or nous avons dit précédemment que le droit au sens propre du terme n'était pas dans les intentions mais uniquement dans les faits. En outre il est difficile de ne pas voir combien il est douteux qu'il existe une mesure objective de la part qui revient à chacun au niveau international. Par exemple on serait dans une grande difficulté s'il fallait dire quelle part de la Terre sainte revient respectivement aux Israéliens et aux Palestiniens. Et pourtant il faudrait qu'une telle mesure existe afin qu'on puisse parler d'un véritable droit international. Ainsi de la même manière qu'on parle de droit international par analogie avec le droit parfait qu'est le droit civil, on parle d'une société internationale par analogie avec la société parfaite qu'est la société politique. Notons une fois de plus l'importance de la reconnaissance de l'autonomie du politique par rapport aux autres dimensions de l'existence humaine. C'est seulement à condition d'admettre que le politique ne saurait être réduit à l'infrastructure socio-économique qu'on peut voir qu'il existe une véritable différence de nature entre une société internationale et une communauté politique. C'est seulement parce qu'on est incapable de le voir qu'on peut confondre le droit international avec le droit civil. Faute de l'avoir vu, la plupart des juristes contemporains traitent du droit international comme si c'était

88. Michel Villey, *Philosophie du droit* [réuni la 4^e édition du tome 1 parue en 1986 et la 2^e édition du tome 2 parue en 1984], Paris, Dalloz-Sirey, 2001, pp. 63–64.

89. Majid Khadduri, *op. cit.*, p. 86.

un véritable droit, autrement dit comme s'il existait un État universel. Or non seulement ce n'est pas le cas aujourd'hui, mais c'est même tout à fait impossible, puisque nous avons expliqué pourquoi il y avait une contradiction dans les termes à parler d'unité politique universelle.

3.2 Le droit international est incapable d'abolir la guerre

L'hostilité est donc une réalité persistante qui confère au monde politique son caractère spécifique. Le droit international ne peut pas abolir la guerre tout simplement parce que l'existence politique elle-même suppose son éventualité. Il faudrait pour mettre fin définitivement à la guerre qu'il existe une unité politique universelle, car l'hostilité ne peut être véritablement neutralisée qu'à l'intérieur d'une unité politique, mais nous avons déjà expliqué plus haut pourquoi cela était impossible. Nous avons vu que le droit international était à proprement parler une morale internationale. À défaut de neutraliser entièrement l'hostilité entre les unités politiques, le droit international peut donc à tout le moins l'atténuer de façon à empêcher qu'elle se réalise complètement. Cela suppose d'accepter l'éventualité de la guerre et de la regarder comme un moyen acceptable de régler les différends au niveau international quand tout le reste a échoué. Ce n'est que de cette manière qu'on peut espérer obtenir de la part de tous les belligérants qu'ils respectent un certain nombre de règles durant les hostilités. Nous avons dit en effet que le droit international pouvait être réduit pour l'essentiel à l'ensemble des règles de conduite qui constituait le droit de la guerre et de la paix. Mais il faut distinguer parmi ces règles de conduite entre celles qui relèvent du *ius ad bellum* et celles qui relèvent du *ius in bello*. Le *ius ad bellum* n'est autre que l'ensemble des règles prescrivant aux unités politiques dans quels cas il est licite d'entrer en guerre. Il peut être plus ou moins contraignant : ainsi le droit international classique de l'Europe se contentait d'exiger une déclaration de guerre en bonne et due forme de la part d'une autorité dont la souveraineté était reconnue par la communauté internationale, quand le droit international contemporain interdit la guerre d'agression et autorise seulement la guerre défensive ainsi que la guerre corrective visant à rétablir le statu quo. Le *ius in bello* d'un autre côté est l'ensemble des règles de conduite à observer pendant le déroulement des hostilités. Il s'agit par exemple du traitement à appliquer aux prisonniers de guerre et aux civils, des armes dont l'utilisation est interdite ou strictement réglementée, etc. D'une façon générale le *ius in bello* a pour but de rendre la guerre plus humaine en réduisant ses méfaits. Tout comme le *ius ad bellum*, le *ius in bello* peut être plus ou moins développé.

Mais quoi qu'il en soit l'histoire a démontré que le *ius in bello* était d'autant

plus réduit que le *ius ad bellum* était étendu. Autrement dit plus on tend à prohiber entièrement la guerre et plus celle-ci est destructrice quand elle survient. Et elle finit toujours par survenir puisque nous avons vu que son éventualité était inhérente au politique lui-même. Cette relation inverse entre l'étendue du *ius ad bellum* et celle du *ius in bello* est facile à comprendre. Tout extension du *ius ad bellum* tend en effet à instaurer une discrimination entre les belligérants jusqu'à admettre qu'il y a d'un côté celui qui est dans son droit et de l'autre un criminel hors-la-loi. Mais l'on est d'autant moins enclin à faire preuve de retenue dans la conduite de la guerre que l'on est convaincu d'être dans son bon droit et d'avoir affaire à un criminel. En effet tout est permis face à un hors-la-loi qui met en danger notre existence même, de sorte qu'à l'hostilité s'ajoute alors la haine entre les belligérants. Quant au hors-la-loi il ne peut espérer aucune clémence de la part de son adversaire s'il est vaincu. Il est par conséquent porté à mettre en oeuvre tous les moyens qui sont à sa disposition pour exterminer son ennemi. Tout comme il a intérêt à poursuivre la guerre aussi longtemps qu'il le peut s'il veut échapper à la vengeance de celui-ci. Les belligérants sont dès lors entraînés dans un mécanisme infernal : les horreurs perpétrées par les uns suscitent toujours un peu plus de haine chez les autres qui répondent par des horreurs pires encore. Et c'est ainsi qu'en voulant abolir la guerre on ne parvient qu'à l'exacerber. Après tout ne dit-on pas que l'enfer est pavé de bonnes intentions ? Les guerres d'anéantissement dont le XX^e siècle a fourni plusieurs exemples achevés devraient suffire à nous en convaincre et c'est hélas pourtant très loin d'être le cas. Il est malheureux que l'élite intellectuelle d'aujourd'hui souffre d'une telle amnésie et pour tout dire qu'elle fasse preuve d'une telle ignorance de l'histoire qui a en effet toujours vérifié cette observation. Schmitt fait d'ailleurs état d'un épisode très significatif à cet égard⁹⁰. Le II^e concile du Latran réuni en 1139 avait tenté d'interdire l'usage des armes de jet dans la guerre entre princes et peuples chrétiens. Or la glose eut tôt fait de n'appliquer cette interdiction qu'à la guerre injuste et d'ôter ainsi toute efficacité à cette interdiction.

Schmitt a passé toute sa vie à répéter cette vérité⁹¹ et il s'est constamment heurté à l'hostilité du monde intellectuel qui dénonçait en lui un belliciste. Il est pourtant évident à ceux qui l'ont lu que rien n'est plus faux et en vérité il ne fait guère de doute qu'il a été plus souvent critiqué que véritablement lu. Ceux qui voient en lui un fauteur de guerre sont en fait incapables de reconnaître l'autonomie du politique et d'apercevoir la différence entre l'hostilité et l'inimitié. C'est pourquoi

90. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre* [1950], Paris, PUF, 2001, trad. L. Deroche-Gurcel et rév. P. Haggemacher, p. 142.

91. Il dit par exemple (*Ibid.*, p. 186) : « Jusqu'à présent le vrai succès du droit, la seule contribution du droit des gens a été de circonscrire la guerre, non de l'abolir. » (trad. L. Deroche-Gurcel)

ils ne peuvent concevoir l'ennemi que sur le mode du criminel et la guerre que sur celui d'une lutte jusqu'à l'anéantissement total de l'ennemi. Il n'est pas indifférent que la guerre de Sécession, c'est-à-dire une guerre civile, fut le premier conflit au cours duquel fut formulé l'exigence d'une capitulation sans condition de la part du gouvernement fédéral des États-Unis d'Amérique. Chacun sait en effet combien les luttes fratricides sont les plus atroces. Il est significatif qu'une exigence de capitulation sans condition ait été formulée au cours de tous les conflits majeurs intervenus depuis que s'est imposée l'idée que la guerre était un acte criminel. Cela montre que la conséquence principale de cette évolution du droit international a été de ramener la guerre interétatique, qui avait été patiemment circonscrite au cours des siècles précédents, au degré de violence d'une guerre civile. Il ne faut surtout pas croire que les atrocités commises durant les conflits du XX^e siècle étaient dues uniquement à des idéologies intrinsèquement criminelles comme le nazisme en Allemagne et le communisme en Union soviétique, car elles furent également le fait des démocraties anglo-saxonnes qui n'hésitèrent pas à massacrer des centaines de milliers d'innocents en bombardant des cibles civiles dont l'intérêt militaire était pour ainsi dire inexistant en Allemagne et au Japon⁹². Les appels à l'humanité s'achèvent presque toujours dans l'inhumanité la plus totale. Après tout on peut bien se laisser aller aux pires atrocités lorsqu'on est convaincu d'être dans le camp de l'humanité, puisque alors le camp d'en face est véritablement l'ennemi du genre humain. On s'étonnerait de voir les partisans de la guerre juste faire preuve aujourd'hui de tant d'assurance, quand jusqu'à présent l'histoire leur a toujours donné tort, s'ils ne nous donnaient pas chaque jour l'occasion de vérifier à nouveau toute l'étendue de leur ignorance en la matière.

3.3 Droit international et communauté de civilisation

Nous l'avons dit, le droit international est à proprement parler une morale internationale. Il se réduit pour l'essentiel au *ius in bello* et il est incapable d'abolir la guerre. Il prescrit un certain nombre de règles de conduite aux belligérants dans le but d'atténuer les rigueurs de la guerre. Les coutumes au sujet de la conduite à tenir dans la guerre présentent une grande variété selon le temps et le lieu. Parfois certaines pratiques heurtent nos propres conceptions des lois de la guerre, mais elles n'en font pas moins normalement l'objet d'une codification précisant ce qu'il est licite et illicite de faire. Ainsi l'on peut difficilement manquer d'être choqué lorsqu'on découvre chez les auteurs anciens le récit des atrocités infligées par les Romains à

92. Raymond Aron, *op. cit.*, p. 176 n'hésite d'ailleurs pas à qualifier d'actions terroristes les bombardements anglo-américains de zones.

leurs ennemis vaincus, mais pour autant personne ne songe à dépeindre les conquérants du monde comme des sauvages sans foi ni loi. Au contraire l'exemple de la *fides romana* est proposé à l'édification de la jeunesse, du moins elle l'était jusqu'à une époque récente. Le souvenir de la vertu qui a permis au peuple romain de bâtir un empire ayant défié les siècles est là pour nous rappeler qu'en dépit de la rigueur de ses moeurs la Rome antique était tout sauf barbare. Montesquieu remarquait déjà en plein milieu du siècle des Lumières qu'il fallait se garder de voir dans les coutumes qui nous semblaient barbares une absence de règles : « Toutes les nations ont un droit des gens ; et les Iroquois même, qui mangent leurs prisonniers, en ont un. »⁹³ Même au plus fort de la guerre du Péloponnèse, tandis qu'ils s'entredéchiraient avec une violence inouïe, les Grecs s'accordaient normalement une trêve après chaque engagement pour relever leurs morts. Il n'y avait pas jusqu'aux Mongols, qui massacraient pourtant des villes entières sans distinction d'âge ou de sexe, qui n'eussent une loi leur prescrivant notamment d'épargner les religieux envers lesquels ils éprouvaient un mélange de crainte et d'admiration⁹⁴. Montesquieu ajoutait toutefois immédiatement après au sujet du droit des gens iroquois : « le mal est que ce droit des gens n'est pas fondé sur les vrais principes »⁹⁵. Et il fait peu de doute en effet que certaines pratiques ne sauraient être justifiées en arguant de la diversité des traditions. Reste que cette diversité est trop grande pour qu'on puisse la mettre uniquement sur le dos de l'erreur dont on crédite ceux qui ne partagent pas notre conception de la moralité. Il faut donc éviter de tomber dans l'un ou l'autre écueil et fuir le relativisme paresseux tout autant que l'universalisme béat. La doctrine thomiste de la loi dont nous avons déjà touché quelques mots au moment de traiter du droit répond précisément à cette double exigence.

3.3.1 Morale et civilisation

Nous avons déjà remarqué dans le premier chapitre de cette partie que saint Thomas d'Aquin distinguait la loi qui relève de la justice générale du droit qui relève de la justice particulière. Nous venons en outre d'expliquer que le droit international relevait de la loi plutôt que du droit proprement dit. Saint Thomas d'Aquin a développé une doctrine de la loi qui doit beaucoup au stoïcisme tout en expliquant la variation dans l'espace et le temps des règles morales. À l'issue d'un examen approfondi de la notion de loi il en donne la définition suivante : « Une ordonnance de

93. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, I, 3.

94. René Grousset, *L'empire des steppes. Attila, Gengis-Khan, Tamerlan* [1939], Paris, Payot, 2001 explique qu'il s'agit là d'un trait commun à tous les peuples turco-mongols dont la réputation de sauvagerie n'est pourtant plus à faire.

95. Montesquieu, *op. cit.*, 1748, I, 3.

raison en vue du bien commun promulguée par celui qui a la charge de la communauté. »⁹⁶ Et puisqu'il y a un Dieu, il affirme qu'il doit exister une loi éternelle⁹⁷. Celle-ci n'est autre que la raison considérée en Dieu comme dans le chef suprême de l'univers. La loi, étant comme nous l'avons dit une règle de l'action, peut se trouver en quelqu'un d'une double manière : en premier lieu comme en celui qui établit la règle et en second lieu comme en celui qui est soumis à celle-ci. Elle est en Dieu de la première façon et sous cet aspect saint Thomas d'Aquin l'appelle la loi éternelle car Dieu a conçu toutes choses de toute éternité. En revanche elle est dans les êtres soumis à la providence divine de la seconde façon, c'est-à-dire en tant qu'ils participent en quelque manière à la loi éternelle⁹⁸. La nature des êtres soumis à la providence divine, en tant qu'elle est une participation à la raison divine, contient en effet des inclinations qui les poussent à agir en vue de leur fin spécifique. Toutefois il existe une différence fondamentale entre la créature raisonnable qu'est l'homme qui a été créé à l'image de Dieu et les créatures dépourvues de raison. L'homme participe en effet d'une manière plus excellente à la providence divine, à laquelle il pourvoit lui-même en usant de sa raison pour discerner le bien du mal, quand les bêtes se contentent d'obéir à leurs inclinations sans réfléchir. C'est pourquoi il existe également une loi humaine qui s'ajoute à la loi naturelle qu'elle détermine⁹⁹. En tout état de cause la loi humaine ne peut jamais contrarier la loi naturelle, mais elle est nécessaire à son application¹⁰⁰. La loi ne saurait être partout identique dans la mesure où la situation varie considérablement selon l'époque et le lieu. Ainsi les principes généraux ne changent pas en fonction de la situation, mais ils entraînent des conséquences différentes selon le contexte dans lequel ils s'appliquent¹⁰¹. Seuls ceux qui sont dans l'ignorance de l'histoire et des mœurs particulières à chaque civilisation, ils sont hélas fort nombreux, peuvent prétendre imposer une loi identique à l'ensemble du monde sans tenir compte de la diversité des situations présentes mais aussi passées. Car il arrive souvent qu'une règle morale instaurée dans un contexte historiquement déterminé continue d'être observée longtemps après la disparition de la situation qui avait présidé à sa naissance. Tel est en effet le poids de l'habitude et de l'histoire dans les affaires humaines. Il peut évidemment exister dans certains pays des coutumes contraires à la loi naturelle. C'est même sans doute le cas dans toutes les civilisations tant l'homme est sujet à l'erreur. Saint Thomas d'Aquin refuse toutefois qu'on donne à de telles coutumes le nom de lois, car il estime qu'une

96. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, I^a-II^ae, q. 90, a. 4, co. (trad. A-M. Roguet)

97. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 91, a. 1.

98. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 91, a. 2.

99. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 91, a. 3.

100. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 95, a. 1.

101. *Ibid.*, I^a-II^ae, q. 95, a. 2-3.

prescription contraire à la loi naturelle n'est pas véritablement une loi. Mais en tout cas la loi morale varie à raison des particularités de chaque peuple et de chaque civilisation.

3.3.2 La notion de civilisation

La notion de civilisation a récemment fait l'objet d'une vive polémique après la parution d'un article puis d'un livre du sociologue américain Samuel Huntington¹⁰². La thèse qu'il soutient est d'ailleurs sans aucun doute criticable. Hélas la plupart de ceux qui ont attaqué Huntington n'ont manifestement pas lu son livre. Ce n'est pas la première fois qu'un ouvrage controversé est caricaturé, voire franchement déformé, mais il faut bien admettre que la campagne dont a été victime le livre de Samuel Huntington a atteint des sommets de mauvaise foi et d'ineptie. Huntington n'a jamais prophétisé une guerre générale opposant les différentes civilisations entre elles, pas davantage qu'il ne les a présentées comme des blocs homogènes. La thèse principale de son ouvrage est la suivante : les clivages culturels seraient devenus plus importants que les clivages idéologiques et économiques depuis la fin de Guerre froide. Ce n'est pas l'endroit de discuter cette thèse, disons simplement qu'elle n'a rien d'extraordinaire, surtout lorsqu'on n'est pas obnubilé par le rôle des facteurs idéologique et économique. Il faut faire preuve d'un singulière ignorance pour nier qu'il a existé une opposition entre l'Islam et la Chrétienté tout au long de l'histoire par exemple. Cela n'a pas empêché François I^{er} et Louis XIV de s'allier avec l'Empire ottoman contre les Habsbourgs, au grand scandale du reste de la Chrétienté il est vrai. C'est plutôt la notion de civilisation qui nous intéresse ici et c'est elle qu'il faut examiner.

Nous avons vu que chaque civilisation avait sa morale propre qui dérivait toutefois d'une loi naturelle unique qu'elle corrompait toujours par endroit. D'autre part nous avons dit que le droit international était à proprement parler une morale internationale. Il s'ensuit que le droit international doit au moins varier avec l'espace et le temps. L'usage a consacré l'emploi du mot civilisation pour désigner les grands ensembles historiques et culturels présentant une certaine unité. Fernand Braudel leur a consacré un remarquable ouvrage dans lequel il brosse un portrait des différentes civilisations qui existent encore et éclaire la notion de civilisation¹⁰³. Samuel

102. Samuel Huntington, "The Clash of Civilizations?", *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3, 1993, pp. 22-49 et *Le choc des civilisations* [1996], Paris, Odile Jacob, 1997, trad. J-L. Fidel, G. Joublain, P. Jorland et J-J. Pédussaud.

103. Fernand Braudel, *Grammaire des civilisations* [1987], Paris, Flammarion, 1993. Le texte de cet ouvrage avait d'abord été publié dans Suzanne Baille, Fernand Braudel et Robert Philippe, *Le monde actuel. Histoire et civilisation*, Paris, Belin, 1963 avant d'être publié à part chez Arthaud en 1987.

Huntington doit d'ailleurs beaucoup à cet ouvrage qu'il cite souvent. Braudel n'était toutefois pas le premier à avoir étudié le concept de civilisation : presque tous les grands auteurs dont se réclament pourtant ceux qui nient l'existence des civilisations ont abordé la question¹⁰⁴. Il est extrêmement difficile de définir précisément le concept de civilisation. C'est surtout inutile car tout le monde comprend très bien ce qu'on entend par civilisation. Fernand Braudel définit la notion de civilisation par les éléments suivants : un espace, une société, une économie et une mentalité collective¹⁰⁵. On pourrait y ajouter encore beaucoup d'autres choses. Mais tout cela est pris dans un perpétuel changement et c'est pourquoi il ajoute qu'une civilisation est d'abord la somme des permanences qui s'observent dans le temps long¹⁰⁶. La Chrétienté n'est pas davantage apparue avec le Christ que l'Islam n'est né avec Mahomet dit-il¹⁰⁷. La religion chrétienne a saisi une civilisation déjà en place en Europe, dont elle s'est nourrie autant qu'elle l'a transformée. La religion musulmane n'a fait qu'épouser une civilisation déjà plusieurs fois millénaire au Proche-Orient, qu'elle a modifiée sans la bouleverser entièrement. Il est impossible de n'être pas frappé d'observer la même indignation devant la pratique orientale de la prosternation depuis Hérodote jusqu'aux ambassadeurs européens à Istanbul¹⁰⁸. Mais ceux qui refusent d'entendre parler du concept de civilisation ont-ils seulement lu Hérodote ?

On fait valoir beaucoup d'arguments contre la notion de civilisation qui se ramènent généralement à un seul : le concept de civilisation ferait abstraction des différences existant au sein d'une même civilisation. À quoi il faut répondre que c'est effectivement le cas mais que l'argument porte peu. C'est en effet le propre de tout langage d'être constitué d'universaux qui par définition évacuent le particulier et retiennent seulement le général. Le même argument pourrait tout aussi bien être employé contre la notion de cheval. Après tout il ne s'est jamais rencontré dans la nature deux chevaux parfaitement identiques. Pourtant on n'entend personne crier au scandale parce qu'on ose parler du cheval en général au mépris des différences existant entre les chevaux individuels. Qu'il existe de grandes différences entre les individus et les peuples appartenant à la même civilisation, personne n'est assez imbécile pour le nier. Mais cela n'empêche pas qu'en prenant de la distance on aperçoit de grands ensembles à l'intérieur desquels les individus présentent des ressemblances plus importantes qu'avec ceux qui sont situés au dehors. On dit aussi qu'il est difficile sinon impossible d'établir nettement les frontières entre les civilisations. Encore une

104. Samuel Huntington, *op. cit.*, p. 37 cite notamment Max Weber, Émile Durkheim, Marcel Mauss, Arnold Toynbee et Alfred Weber.

105. Fernand Braudel, *op. cit.*, pp. 40–55.

106. *Ibid.*, pp. 56–68.

107. *Ibid.*, p. 73.

108. *Ibid.*, p. 74.

fois c'est tout à fait exact. Mais ceux qui avancent cet argument n'ont jamais écrit d'articles indignés pour réclamer qu'on cesse d'employer les noms de couleur en arguant de la continuité du spectre lumineux. Il est pourtant impossible d'établir une frontière qui ne soit pas arbitraire entre le rouge et l'orange par exemple. Tous ces gens voient leur cosmopolitisme contrarié par l'existence de civilisations présentant une certaine unité et dont les différences suscitent la méfiance voire l'hostilité. Aussi cherchent-ils à nier cette réalité, dans l'espoir qu'ils parviendront ainsi à en venir à bout. Bien sûr ils proclament à longueur de temps leur amour pour la diversité des cultures, mais c'est pour la réduire à ses aspects les plus superficiels et imposer leur loi sur tout le reste, sans s'imaginer un seul instant commettre la moindre violence.

3.3.3 La civilisation face aux Barbares

Nous avons dit que le droit international était plus exactement une morale internationale. Mais les règles morales varient en fonction des particularités de chaque peuple et de chaque civilisation. Les peuples appartenant à la même civilisation présentent une certaine unité de moeurs et d'habitudes dont ils ont normalement conscience. La similitude de leurs moeurs et de leurs habitudes forme en effet la substance du sentiment de la communauté de civilisation qui les unit en dépit de l'état de division politique dans lequel ils se trouvent par ailleurs. La communauté de civilisation entre plusieurs unités politique confère au droit international sa substance. Nous avons dit plus haut que le droit international pouvait limiter l'hostilité entre les unités politiques sans toutefois parvenir à la neutraliser entièrement. Mais il semble qu'une telle réduction de l'hostilité entre les unités politiques d'une société internationale par l'application du *ius in bello* suppose l'existence d'un Barbare auquel ne s'appliquent pas les mêmes règles. La figure du Barbare est en effet présente dans toutes les civilisations. Il est inutile de s'en désoler puisque c'est manifestement inévitable : tout phénomène d'identification va de pair avec le rejet de l'autre. « Cet autre qui m'interdit de jouir en paix de la certitude d'incarner la vérité absolue » disait Raymond Aron¹⁰⁹. Alexander Wendt affirme lui aussi que « l'existence d'un groupe en tant qu'entité distincte nécessite une frontière cognitive le séparant des autres groupes »¹¹⁰. L'hostilité entre les unités politiques, nous l'avons dit, est un fait persistant. D'une façon ou d'une autre il faut qu'elle trouve à s'employer. C'est pourquoi il est indispensable de pouvoir détourner à l'extérieur le trop-plein d'hostilité retenu à l'intérieur d'une société internationale par l'atténuation de l'hostilité entre ses membres. Autrement dit c'est parce qu'il existe des Barbares contre lesquels

109. Raymond Aron, *op. cit.*, p. 741.

110. Alexander Wendt, *op. cit.*, p. 356.

on peut laisser libre cours à l'hostilité qu'il peut exister par ailleurs un authentique *ius in bello* entre les unités politiques qui appartiennent à la même civilisation. De toute façon l'existence d'une morale commune suppose à elle seule une certaine communauté de civilisation comme nous l'avons vu plus haut.

Johan Huizinga l'avait parfaitement compris lorsqu'il opposait le caractère en somme ludique de la guerre entre égaux à l'absence quasi totale de règles qui prévaut dans la guerre entre des groupes appartenant à des civilisations différentes¹¹¹. Hedley Bull notait après avoir donné quelques exemples historiques de sociétés internationales qu'elles avaient toutes en commun d'avoir reposé sur une civilisation commune¹¹². Andrew Hurrell remarque d'ailleurs dans sa préface à la troisième édition de *The Anarchical Society* que l'approche de Bull implique une attention particulière portée aux « frontières d'une société internationale et aux critères d'admission »¹¹³. Martin Wight affirme lui aussi qu'« on doit admettre qu'un système d'États [c'est-à-dire une société internationale au sens où l'entend Hedley Bull] n'apparaîtra pas sans un certain degré d'unité culturelle entre ses membres »¹¹⁴. Barry Buzan distingue pour sa part les modèles civilisationnels et fonctionnels de société internationale et affirme qu'« il semble ne pas y avoir de cas purs de sociétés internationales fonctionnelles »¹¹⁵. La distinction de Raymond Aron entre les systèmes internationaux homogènes et hétérogènes témoigne elle aussi en partie de l'importance accordée à la communauté de civilisation entre les membres d'une société internationale¹¹⁶. Alexander Wendt étudie lui aussi le rôle joué par l'homogénéité dans la constitution de ce qu'il appelle une identité collective en renvoyant notamment à Samuel Huntington¹¹⁷. On pourrait certainement multiplier les exemples montrant que la notion de communauté de civilisation et le phénomène d'exclusion qu'elle implique n'est pas une nouveauté pour la science des relations internationales.

La plupart des beaux esprits qui peuplent l'espace médiatique s'indignent qu'on puisse ne pas appliquer les mêmes règles à tout le monde. Nous n'essayons pas de leur plaire mais seulement de montrer les choses telles qu'elles sont. Et tous les appels à la conscience de l'unité du genre humain n'empêchent pas qu'à toutes les époques et dans toutes les civilisations, on a vu les hommes appliquer des règles différentes

111. Johan Huizinga, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu* [1938], Paris, Gallimard, 1988 cité par Raymond Aron, *op. cit.*, pp. 753–755.

112. Hedley Bull, *op. cit.*, p. 15.

113. *Ibid.*, p. xviii.

114. Martin Wight, *Systems of States*, Leicester, Leicester University Press, 1977 cité par Barry Buzan, "From International System to International Society: Structural Realism and Regime Theory Meet the English School", *International Organization*, vol. 47, n° 3, 1993, p. 333.

115. Barry Buzan, *op. cit.*, p. 336.

116. Raymond Aron, *op. cit.*, pp. 108–113.

117. Alexander Wendt, *op. cit.*, pp. 353–357.

et plus sévères lorsqu'ils faisaient la guerre à ceux qu'ils considéraient comme des Barbares. C'était le cas chez les Grecs aussi bien que chez les Chinois¹¹⁸ et il est inutile de rappeler que les Européens n'ont pas agi autrement jusqu'à aujourd'hui. Un homme d'État comme le cardinal Albironi au XVIII^e siècle avait une conscience très nette du profit que pouvait tirer l'Europe de la présence de l'Empire ottoman à ses portes. Son plan de paix pour l'Europe était certes utopique dans la mesure où il pensait pouvoir neutraliser entièrement l'hostilité entre les États chrétiens, mais il avait parfaitement compris le rôle de soupape joué par la guerre contre les musulmans dans laquelle on pouvait laisser libre cours à l'hostilité retenue à l'intérieur de la Chrétienté par le *ius in bello*. Il recommandait aux princes chrétiens de cesser de se faire la guerre entre eux et de retourner leur énergie contre les Turcs : « [les princes chrétiens] auront [s'ils se tournent contre l'Empire ottoman] un beau champ à l'intérieur duquel [ils pourront] exercer leur pouvoir et [accomplir] leurs prouesses contre les infidèles, et apaiser leur conscience [que tourmente] le sang chrétien versé par la faute de leur indécision et de leurs ambitions au cours des derniers siècles »¹¹⁹. Le lien entre l'atténuation de l'hostilité à l'intérieur d'une civilisation et l'absence quasi totale de règles dans la guerre contre un ennemi extérieur est particulièrement bien illustré par un épisode de l'histoire médiévale. Le pape Urbain II prêcha en effet la première croisade lors du concile de Clermont en 1095, lequel proclama également la « Paix de Dieu » qui consistait dans une série de mesures visant à régler la guerre entre chrétiens¹²⁰.

Le sentiment d'appartenir à l'humanité est beaucoup moins fort que l'attachement qu'on éprouve envers sa patrie. Il y a toujours eu des gens pour s'affirmer citoyens du monde, mais ils n'étaient pas nombreux parmi ceux-là à préférer en effet l'espèce humaine à leur patrie, en tout cas jusqu'à aujourd'hui et l'avènement d'une élite véritablement cosmopolite. Ces gens-là sont toutefois incapables d'apprécier à quel point leur cosmopolitisme est minoritaire aujourd'hui encore. Déjà Aristote disait dans l'*Éthique à Nicomaque* : « il est plus choquant de dépouiller de son argent un camarade qu'un concitoyen, plus choquant de refuser son assistance à un frère qu'à un étranger, plus choquant enfin de frapper son père plutôt qu'une autre personne quelconque »¹²¹. Cicéron affirmait lui aussi : « Le lien social est d'autant plus

118. Le cas de la civilisation chinoise est un peu particulier du fait qu'elle a été politiquement unie au sein d'un même empire durant la plus grande partie de son histoire. John Fairbank, **dir.**, *The Chinese World Order : Traditional China's Foreign Relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1968 montre toutefois que les Chinois appliquaient une politique étrangère différente selon qu'ils estimaient avoir affaire à des Barbares réceptifs au mode de vie chinois ou au contraire tout à fait imperméables à la séduction exercée par la civilisation chinoise.

119. Cité par Majid Khadduri, *op. cit.*, p. 278.

120. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 89–90.

121. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 11 (trad. J. Tricot).

étroit que nous sommes plus rapprochés les uns des autres. C'est ainsi que les concitoyens passent avant les étrangers, les proches avant ceux qui ne sont pas de notre famille. »¹²² Joseph de Maistre écrivait deux mille ans plus tard contre les rêveries révolutionnaires : « Il n'y a point d'*homme* dans le monde. J'ai vu des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; je sais même, grâce à Montesquieu, *qu'on peut être Persan* : mais quant à l'*homme*, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu. »¹²³ Enfin Raymond Aron constatait lucidement deux siècles après lui : « La conscience tribale est, dans l'ensemble, incomparablement plus forte que la conscience humaine. »¹²⁴ D'ailleurs les beaux esprits qui veulent croire au cosmopolitisme jusqu'à refuser d'admettre la réalité n'agissent-ils pas de même que ceux qu'ils critiquent ? N'ont-ils pas, eux aussi, leurs Barbares ? Ils n'ont de cesse en effet d'apostropher et d'ostraciser les pays qui ont l'audace de refuser la démocratie et les droits de l'homme. Ils agissent envers eux exactement comme les Européens du XVIII^e siècle se comportaient avec ceux qu'ils appelaient des sauvages. Et cela bien qu'ils soient parfaitement convaincus de leur supériorité morale sur ces Européens des Lumières esclavagistes et racistes ! Tous ces gens seraient bien inspirés de méditer cette pensée de Bossuet : « Le plus grand dérèglement de l'esprit, c'est de croire les choses parce qu'on veut qu'elles soient, et non parce qu'on a vu qu'elles sont en effet. »¹²⁵

Il faut également mentionner une autre manière par laquelle le *ius in bello* parvient à atténuer l'hostilité entre les unités politiques. Le surplus d'hostilité retenu à l'intérieur par la circonscription de la guerre entre les unités politiques d'une société internationale peut en effet également être déversé dans un ailleurs géographique : dans ce cas la guerre qui respecte un certain nombre de règles à l'intérieur d'un espace bien délimité devient entièrement libre à l'extérieur de cet espace. Le cas des *amity lines* dont nous reparlerons dans la seconde partie est un parfait exemple de circonscription géographique de la guerre. Les nations européennes ont pendant un temps admis qu'elles pouvaient se faire la guerre librement hors de l'Europe (au-delà des *amity lines*) sans pour autant que cela entraîne un conflit sur le continent. Carl Schmitt insiste beaucoup sur ce point dans le *Nomos de la terre*, trop selon nous¹²⁶. En réalité il faut relativiser l'importance des *amity lines*, qui alla en décroissant à mesure que l'équilibre des puissances établi par les cabinets prenait en compte l'ensemble du monde, sans pour autant nier qu'elles aient existées comme

122. Cicéron, *De l'amitié*, V (trad. C. Appuhn).

123. Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, 1797, ch. VI (c'est l'auteur qui souligne).

124. Raymond Aron, *op. cit.*, p. 768.

125. Jacques-Bénigne Bossuet, *Traité de la connaissance de Dieu et de soi-même*, 1741, I, 16.

126. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, pp. 87–101.

l'ont fait certains¹²⁷. Il faut peut-être mettre l'importance excessive accordée par Carl Schmitt au fondement spatial du droit international sur le compte de l'influence exercée sur lui par la géopolitique allemande de l'époque¹²⁸. Mais Carl Schmitt avait parfaitement compris par ailleurs l'importance du sentiment de la communauté de civilisation pour le droit international et ne l'a pas entièrement évacuée au profit du fondement spatial qu'il prête à celui-ci. Par exemple il écrit dans le *Nomos de la terre* que la véritable contrainte exercée par le droit international ne réside pas dans les « engagements volontaires bien problématiques » des États, mais dans les « fortes attaches traditionnelles » et les « considérations dues à l'Église, à la société, à l'économie » où l'on reconnaît la notion de civilisation¹²⁹. Notons enfin que tout cela n'empêche absolument pas les unités politiques relevant de civilisations différentes de s'allier et encore moins celles qui appartiennent à la même civilisation de se faire la guerre. Nous disons seulement qu'un droit international prévoit toujours un traitement différent et plus dur pour les unités politiques étrangères à la civilisation dont il tire sa substance.

3.4 Droit international et crise de civilisation

Il est temps de résumer ce que nous avons dit jusqu'ici. Le droit international est à proprement parler une morale internationale. Plus exactement il consiste presque entièrement dans ce qu'on appelle le *ius in bello* qui se réduit d'autant plus que l'on cherche à étendre le *ius ad bellum*. Il peut circonscrire la guerre grâce aux règles de conduite qu'il impose aux belligérants mais il est incapable de l'abolir. Il tire sa substance du sentiment de la communauté de civilisation qui unit les unités politiques d'une société internationale. Il s'ensuit qu'il varie en fonction des particularités de chaque civilisation et qu'il existe un droit international particulier dans chaque société internationale. Tout droit international est en effet fondé sur un ordre moral concret qui repose sur une véritable communauté de civilisation. Il semble enfin qu'il prévoit toujours un traitement différent envers les unités politiques qui appartiennent à une autre société internationale dont l'existence permet au trop-plein d'hostilité contenu à l'intérieur par le *ius in bello* de s'écouler. Cette présentation du droit international semble cohérente avec ce qu'on peut observer la plupart du temps. Toutefois l'histoire compte aussi des périodes au cours desquelles les unités politiques appartenant à la même civilisation se livrent une guerre sans merci et sans la moindre considération pour le *ius in bello*. Il existe en effet dans l'histoire

127. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 160–162, 294–295 et 458–462 remet les choses à leur juste place.

128. Au sujet de laquelle on peut lire avec profit Aymeric Chauprade, *Géopolitique. Constantes et changements dans l'histoire*, Paris, Ellipses Marketing, 2007, 3^e édition, pp. 31–42.

129. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, p. 149 (trad. L. Deroche-Gurcel).

de chaque civilisation des moments de crise durant lesquels le droit international semble complètement oublié par les unités politiques. On parle alors d'une crise de civilisation : le sentiment de la communauté de civilisation qui donnait son caractère obligatoire au droit international disparaît. Une crise de civilisation prélude généralement à une transformation importante de la civilisation dans laquelle elle se produit. On peut même dire que les bouleversements au sein d'une civilisation sont la cause de cette crise.

Ainsi la Chine a-t-elle connu une crise de civilisation de grande ampleur à partir de la fin de l'époque des Printemps et des Automnes et jusqu'à ce qu'il soit mis un terme à l'époque des Royaumes combattants par Qin Shi Huangdi¹³⁰. Cette époque voit la formation d'États centralisés qui s'affrontent dans des guerres sans merci alors qu'auparavant les conflits se déroulaient suivant des règles très strictes. Elle voit également la civilisation chinoise se transformer en profondeur à la suite d'importants bouleversements intellectuels, économiques et sociaux. La Grèce antique a connu une crise semblable avec la guerre du Péloponnèse qui marque la fin de l'époque classique et prépare l'époque hellénistique. Cette guerre voit les cités grecques menées par Athènes et Sparte se livrer une guerre impitoyable au cours de laquelle furent commises un grand nombre d'atrocités entre Grecs¹³¹. À partir de cette époque les Grecs usèrent leurs forces les uns contre les autres et s'affaiblirent ainsi au point d'être conquis par les Macédoniens sous Philippe II. Nous aurons l'occasion d'étudier dans la seconde partie de notre étude d'autres exemples de crises de civilisation ayant marqué l'histoire de l'Europe. Une crise de civilisation peut prendre fin de plusieurs manières. D'abord elle peut tout simplement conduire à la disparition de la civilisation qu'elle affecte. Mais plus souvent elle débouche sur une transformation de la civilisation touchée par cette crise. Il arrive qu'elle conduise à la formation d'une unité politique regroupant l'ensemble de la civilisation qu'elle frappe. Le cas de la Chine à l'issue de la période des Royaumes combattants fournit l'exemple d'une telle issue. Au contraire elle peut s'achever par la fragmentation politique de la civilisation qu'elle affecte. Ce fut le cas de la civilisation islamique après la décadence du califat par exemple.

130. Jacques Gernet, *La chine ancienne* [1964], Paris, PUF, 2005, 10^e édition et Marcel Granet, *La civilisation chinoise* [1929], Paris, Albin Michel, 1994.

131. Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse* et Xénophon, *Helléniques*, I-II.

L'histoire du droit international de l'Europe

Après avoir dit ce qu'était selon nous le droit international dans la **première partie**, la **seconde partie** proposera une interprétation de l'histoire du droit international européen depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours. Nous avons choisi de commencer l'histoire du droit international au Moyen Âge, non parce qu'il n'existait aucun droit international dans l'Antiquité, au contraire le droit international classique doit beaucoup au droit romain, mais parce qu'il nous a semblé que la société internationale européenne, avant de s'étendre au reste du monde à l'époque moderne, était directement issue de l'effondrement de l'Empire romain d'Occident qui inaugure le Moyen Âge. En effet les royaumes barbares issus des Grandes invasions se mettent en place pendant le Haut Moyen Âge. Ils donneront naissance à l'État moderne et au système interétatique qui caractérisent la société internationale contemporaine. Nous voulons principalement montrer comment est né le droit international contemporain qui prétend interdire la guerre et se veut universel. Tout droit international étant à la fois un ensemble de pratiques et une doctrine, nous étudierons conjointement l'évolution des pratiques et celle de la doctrine, dans l'espoir de souligner leur influence réciproque. Nous avons divisé l'histoire du droit international en plusieurs périodes dans le but de faciliter notre travail. Cette division ne prétend pas s'imposer d'elle-même, mais nous avons cru qu'elle permettait d'isoler les moments les plus importants de l'évolution du droit international européen. Chaque période fera l'objet d'une présentation rapide du contexte historique et notamment des changements intervenus depuis l'époque précédente, d'un examen des pratiques et de la doctrine qui avaient cours durant cette période. Nous serons bien sûr particulièrement attentif à l'évolution du droit international sur les deux points essentiels de cette histoire, à savoir la question de l'extension de la société internationale et celle du statut de l'ennemi dans la guerre. Nous verrons ainsi comment le droit international européen a fini par opérer une discrimination entre les belligérants et comment il a prétendu avoir une validité universelle. Le **premier chapitre** sera consacré au Moyen Âge et au droit international de l'époque médiévale. Le **second chapitre** étudiera la période qui débute avec la Réforme et s'achève avec la Guerre de Trente ans en 1648. Le **troisième chapitre** aura pour objet la période qui va de 1648 à la Révolution française. Le **quatrième chapitre** sera consacré à l'époque de la Révolution et de l'Empire. Le **cinquième chapitre** couvrira la période allant du Congrès de Vienne en 1815 au début du XX^e siècle. Enfin le **sixième chapitre**

aura pour objet la période contemporaine.

1 Le Moyen Âge

Le début de la période que l'on a appelé le Moyen Âge se confond avec la fin de celle qu'on connaît sous le nom d'Antiquité tardive. On admet traditionnellement qu'il commence avec la déposition de l'empereur Romulus Augustule par Odoacre et le renvoi des insignes impériaux à Constantinople en 476. L'Empire romain finissant n'avait plus grand chose à voir avec ce qu'il avait été au temps de sa grandeur. Il subissait les invasions de peuples germaniques depuis maintenant plusieurs siècles et les derniers empereurs avaient été des souverains fantoches au service des chefs barbares qui dominaient l'Italie. En renvoyant les insignes impériaux à l'empereur d'Orient, Odoacre n'avait fait que mettre un terme à cette fiction. À partir de ce moment, la place est libre pour l'établissement de royaumes barbares en Occident. L'empereur d'Orient continue à régner nominalement sur l'ensemble de l'Empire sans pouvoir tromper personne. La reconquête de l'ancien Empire d'Occident qu'avait voulue Justinien restera d'ailleurs sans lendemain. L'avenir est à présent aux Barbares qui détiennent partout la réalité du pouvoir : l'Empire romain qu'on croyait immortel a finalement cessé d'exister. Toutefois les élites issues des Grandes invasions sont imprégnées de culture romaine : en vérité les derniers défenseurs de l'Empire avaient été des Barbares romanisés. En dépit de la régression que connaît l'Europe au début du Haut Moyen Âge, l'héritage antique sera en partie conservé, en particulier dans les monastères qui sont à l'époque autant d'ilots de culture dans un monde rendu à la barbarie. Longtemps l'Église restera l'unique source de stabilité au milieu du tumulte provoqué par les invasions qui ravagent l'Occident et par l'effondrement de l'Empire. Les prêtres évangélisent les parties de l'Europe restées païennes, à l'image de Boniface en Germanie. Ils peuvent bientôt compter sur l'aide des nouveaux maîtres convertis à la foi romaine et qui seront le bras armé de l'expansion du christianisme. Un peuple surtout est promis à un brillant avenir : il s'agit des Francs qui ont rapidement compris le profit qu'ils pouvaient tirer du soutien de l'Église.

Au VII^e siècle une foi nouvelle surgit du désert d'Arabie et conquiert en quelques décennies un territoire immense allant des rives de l'Indus jusqu'aux Pyrénées : l'islam vient de faire une entrée fracassante dans l'histoire. Après avoir conquis l'Espagne wisigothique relativement facilement, les musulmans se heurtent à la puissance montante des Francs. Ils sont vaincus par Charles Martel à la bataille de Poitiers en 732 et dès lors ils n'auront de cesse de refluer. Les contemporains n'ont pas immédiatement saisi la portée de l'événement : pour eux les musulmans ne sont encore

que des païens ou des hérétiques comme les autres. Plus tard ils comprendront qu'ils avaient écrit la première page d'une lutte qui se poursuit toujours entre l'Islam et la Chrétienté. Le fils de Charles Martel, Pépin le Bref, s'empare finalement du trône. Dès lors le royaume franc est redevenu une puissance majeure. Il reprend la politique d'alliance avec l'Église qu'avait inaugurée Clovis en protégeant la Papauté des Lombards qui la menacent. Dans le même temps il achève l'oeuvre de son père en chassant définitivement les musulmans de Gaule. Son fils Charles, le futur Charlemagne, va porter la puissance franque à son apogée. Il se fait le champion de l'Église sur laquelle repose son empire : il détruit le royaume lombard, va châtier l'infidèle musulman jusqu'en Espagne, combat les Saxons restés païens qu'il convertit avec une violence fort peu chrétienne, etc. Le jour de Noël de l'an 800 voit pour lui la consécration de ses efforts : il est sacré empereur par le pape Léon III à Rome. Ainsi l'Empire d'Occident semble ressuscité. La cour de Charlemagne réunit des érudits venant de toute l'Europe qui font revivre la culture antique dans ce qu'on appellera la Renaissance carolingienne. Pourtant son oeuvre est de courte durée et elle s'effondrera rapidement après sa mort.

Le fils de Charlemagne, Louis le Pieux, recueille l'héritage de son père qui commence à s'effriter dès cette époque. L'Empire carolingien subit notamment les attaques répétées des Normands venus de Scandinavie. Le pouvoir central est impuissant face aux raids normands qui ne trouvent en face d'eux que l'aristocratie locale. Celle-ci obtient dès 877 l'hérédité des fonctions qu'elle tenait auparavant de l'autorité impériale. Ainsi naît le féodalisme qui marquera profondément l'ensemble de la société médiévale. Il consiste dans un contrat par lequel le suzerain s'engage à protéger son vassal en échange des services qu'il lui doit. L'Empire est partagé en 843 entre les trois fils de Louis le Pieux par le traité de Verdun : Charles le Chauve obtient la Francie occidentale qui deviendra la France et Charles le Germanique la Francie orientale qui sera l'Allemagne. Lothaire obtient pour sa part une bande de terre allant de la Frise jusqu'à l'Italie du Nord. Le règne de Charles le Chauve est brillant sur le plan culturel, sa cour accueille des savants de toute l'Europe, tel Jean Scot Érigène qui lit le grec et traduit en latin le Pseudo-Denys l'Aréopagite, mais le pouvoir central continue de s'affaiblir. Le pouvoir royal doit finalement s'entendre avec les Normands qui se convertissent et obtiennent le duché de Normandie. La situation n'est guère plus brillante à l'Est où le pouvoir carolingien tend également à l'impuissance. Une dynastie saxonne s'empare du pouvoir et Othon I^{er} restaure la dignité impériale en 962. Le Saint-Empire romain germanique jouera un rôle considérable durant tout le Moyen Âge. Toutefois les progrès du christianisme se poursuivent : les Hongrois, les Polonais et les Tchèques se convertissent au christianisme

romain tandis que les Bulgares et les Russes adoptent le christianisme orthodoxe.

Les X^e et XI^e siècles voient naître les monarchies qui formeront un jour les États-nations de l'Europe. Outre le Saint Empire romain germanique dont nous avons déjà parlé, cette époque voit naître la monarchie française avec l'élection au trône d'Hugues Capet en 987 et celle de la monarchie anglaise avec l'invasion de l'Angleterre par Guillaume le Conquérant en 1066. Le XI^e voit aussi la réforme grégorienne de l'Église qui la modifie en profondeur. L'Europe connaît à partir de cette époque un développement économique qui va permettre un essor culturel important. La première croisade prêchée par Urbain II en 1095 est le signe du dynamisme de la Chrétienté médiévale à cette époque : l'Europe part pour la première fois s'installer hors de ses frontières. Par ailleurs la Chrétienté continue de s'élargir au nord et à l'est où les Chevaliers teutoniques illustrent la charité chrétienne en prêchant l'Évangile à grands coups d'épée. Les XII^e et XIII^e siècles voient la civilisation de l'Occident médiéval parvenir à son apogée : l'art gothique s'épanouit dans toute l'Europe, le continent connaît un essor urbain important, la philosophie occidentale rayonne comme jamais depuis l'Antiquité, le commerce est florissant et la technique fait d'importants progrès. Le pouvoir royal se renforce avec l'aide des légistes : l'administration royale constitue dès cette époque un embryon d'État. Mais l'Europe connaît une grave crise politique et économique au XIV^e siècle. La Grande Peste qui se déclare en 1348 vient encore l'aggraver : on estime qu'un tiers de la population européenne périt. Cette crise affecte également la Papauté qui avait atteint le sommet de sa puissance au XIII^e siècle et perd une part importante de son prestige à la suite du grand schisme d'Occident qui dure de 1378 à 1418. Néanmoins ces difficultés seront bientôt surmontées et à l'issue du Moyen Âge l'Europe sera prête à se lancer à l'assaut du monde. Tant l'affaiblissement de la Papauté que le renforcement de l'autorité royale annoncent l'époque suivante avec la Réforme et l'affirmation de l'État moderne.

1.1 *La res publica christiana*

Le droit international de cette époque tirait sa substance de la communauté de civilisation entre les peuples chrétiens. Les hérétiques et les infidèles se voyaient normalement appliquer des règles différentes. Leur foi commune unissait les souverains chrétiens en dépit de leur opposition politique. L'importance du sentiment de l'unité de la Chrétienté à cette époque est indéniable. Les chrétiens faisaient certes la guerre entre eux, mais ils savaient aussi s'unir contre un péril extérieur. L'histoire de la lutte contre l'infidèle musulman au Moyen Âge l'a suffisamment montré. La prédication des croisades suscita une vague d'enthousiasme sans précédent dans

l'histoire de l'Europe. Les pèlerins affluaient de toute la Chrétienté dans l'espoir de délivrer le tombeau du Christ. La Reconquista dans la péninsule ibérique mobilisa elle aussi la Chrétienté tout entière : on vit jusqu'en 1492 des chevaliers de toute l'Europe accourir en Espagne pour lutter contre les Maures. Les royaumes chrétiens faisaient certes la guerre entre eux et il arrivait qu'ils s'allient aux musulmans, mais ils surent néanmoins presque toujours réaliser l'unité dans les moments les plus importants, comme lors de la bataille de Las Navas de Tolosa qui scella le destin de la présence musulmane dans la péninsule ibérique en 1212¹³². L'infante d'Espagne écrit à sa soeur la reine de France, Blanche de Castille, qu'on mit à mort 85 000 prisonniers, dont 15 000 femmes, à l'issue de cette bataille. Un tel carnage aurait été inimaginable entre chrétiens, il n'était guère choquant contre les musulmans. Mais ceux-ci n'étaient pas les seuls ennemis contre lesquels se manifestait le sentiment de la communauté de civilisation entre les peuples chrétiens. C'est également à la conscience de l'unité chrétienne qu'en appela Frédéric II lorsqu'il écrivit à tous les souverains d'Europe pour leur demander de l'aide contre l'invasion mongole qui menaçait la Chrétienté en 1241¹³³.

On parlait alors d'une *res publica christiana* pour désigner la *communitas communitatum* qui unissait les royaumes chrétiens. Cette communauté de civilisation était évidente pour tous les contemporains. Les peuples chrétiens partageaient bien plus qu'une foi commune, ils avaient en commun toute une civilisation. Les techniques voyageaient librement d'un bout à l'autre de l'Europe, sur les routes qu'empruntaient les commerçants pour se rendre aux grandes foires, à l'image des foires de Champagne qui réunissaient des négociants de toute l'Europe. Les ventes et achats qui s'y faisaient étaient réglés grâce à de véritables monnaies internationales comme le florin qu'on acceptait dans toute l'Europe. Les mouvements artistiques traversaient également l'ensemble de la Chrétienté : c'est ainsi que l'art gothique conquiert l'Europe entière après avoir vu le jour en France. Les érudits de toute l'Europe lisaient et écrivaient en latin qui était devenue une langue de culture pour la Chrétienté tout entière. Ils allaient puiser à la même source, à savoir les auteurs grecs et latins, en particulier les Pères de l'Église. L'université de Paris accueillait des savants de toute l'Europe qui s'affrontaient sur les principales questions qui agitaient la philosophie et la théologie au Moyen Âge. Le code de conduite de la chevalerie était également un facteur d'unité important : les valeurs chevaleresques étaient partagées

132. Jean-Paul Roux, *Un choc de religions. La longue guerre de l'islam et de la chrétienté 622-2007*, Paris, Fayard, 2007, pp. 154–156.

133. Jacques Benoist-Méchin, *Frédéric de Hohenstaufen. Le rêve excommunié* [1980], Paris, Perrin, 2004, pp. 425–431 et Ernst Kantorowicz, *L'empereur Frédéric II* [1927] in *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 2000, pp. 515–519.

par la noblesse de toute l'Europe et participaient à l'unité de la civilisation de l'Occident médiéval. Enfin l'Église présente partout en Europe incarnait au quotidien l'unité de la Chrétienté.

En revanche il existait une véritable opposition entre la Chrétienté occidentale sous la domination romaine et le monde gréco-slave sous l'influence de l'Empire byzantin. Bien qu'officiellement elle reposait sur un désaccord théologique, la querelle du *Filioque*, qui provoqua le schisme d'Orient en 1054, cette opposition était en réalité le produit d'une rivalité politique. Mais surtout elle résultait du fossé culturel qui séparait le monde gréco-slave du monde latin. La rivalité tourna parfois à l'affrontement, comme lorsque la quatrième croisade fut détournée par les Vénitiens sur Constantinople dont les croisés s'emparèrent en 1204. C'est seulement après cet événement que le schisme apparut définitif. Il était en effet passé inaperçu en 1054, mais la trahison des croisés en 1204 attira sur les Francs une haine durable. L'opposition entre les Francs et les Byzantins au Moyen Âge reproduisait dans des termes similaires l'opposition entre les Romains et les Grecs pendant l'Antiquité. Les Byzantins voyaient les Francs comme des êtres brutaux et incultes, tandis qu'à l'inverse ils étaient regardés par ces derniers comme des hommes efféminés et retors. Mais en dépit de leur rivalité, ils avaient néanmoins conscience de partager la même foi. Il ne faut donc pas exagérer l'opposition entre la Chrétienté occidentale et le monde gréco-slave, encore qu'elle fût réelle et qu'elle eût des effets durables. En tout état de cause il est impossible de soutenir que les Latins mettaient les Grecs sur le même plan que les musulmans. Après tout la première croisade fut en partie suscitée par l'appel à l'aide du *basileus* Alexis Comnène et Constantinople compta des Italiens parmi ses derniers défenseurs en 1453.

1.2 L'organisation politique féodale

L'État féodal était très différent de l'État moderne à tous égards et souvent il comprenait plusieurs unités politiques. Le féodalisme reposait sur un contrat entre le suzerain et son vassal qui était reproduit à tous les niveaux de la société. Le suzerain devait assurer la protection de son vassal qui était tenu de lui obéir en retour. La situation politique au Moyen Âge pouvait rapidement devenir extrêmement difficile à cerner en raison de la complexité du système féodal. Ainsi une seule personne pouvait avoir plusieurs suzerains, ce qui n'allait pas sans poser de problèmes à l'occasion. Parfois un homme pouvait avoir un suzerain dont il tenait un fief en vasselage tandis qu'il était son égal par ailleurs. Par exemple le roi d'Angleterre était vassal du roi de France pour la Normandie jusqu'au début du XIII^e siècle. Philippe-Auguste mit à profit cette situation en trouvant un prétexte pour convoquer le roi d'Angleterre à

sa cour en qualité de vassal et s'empara de la Normandie suite au refus prévisible de ce dernier¹³⁴. Le pouvoir du seigneur sur son fief tenait à la fois du droit privé et du droit public, à la fois du *dominium* et de l'*imperium*. L'ordre juridique féodal n'était pas un ordre territorial comme c'est le cas depuis l'avènement de l'État moderne, mais au contraire il mettait en oeuvre une personnalisation importante du droit. Ainsi Richard Coeur de Lion fit pendre des voleurs à Messine, où il embarquait pour la croisade, sans susciter la moindre protestation au motif qu'il exerçait sa juridiction sur le territoire sicilien¹³⁵. De même les étrangers avaient leurs propres lois et n'étaient pas soumis à la loi du territoire sur lequel ils se trouvaient. La notion de souveraineté territoriale était donc étrangère à l'Europe du Moyen Âge bien qu'elle ait vraisemblablement fait son apparition à la fin de cette période.

L'organisation politique féodale était très ouverte et perméable au contraire de l'État moderne complètement clos sur lui-même. Il existait partout plusieurs détenteurs de l'autorité publique qui étaient souvent en concurrence. Ainsi on pouvait dans certains cas faire appel d'une décision injuste prononcée par une cour séculière devant une cour ecclésiastique. Nous avons déjà évoqué les problèmes posés par la multiplication des relations féodales : il n'était pas rare qu'un vassal fût appelé à fournir une aide militaire par ses deux suzerains en conflit l'un contre l'autre. En dépit de la rhétorique sur la *res publica christiana* qu'employaient à l'occasion l'Empereur et le Pape, ni l'un ni l'autre n'avaient une véritable autorité sur les autres souverains, lesquels étaient indépendants au moins sur le plan temporel. On connaît la formule des légistes du roi de France : « *rex est imperator in suo regno* ». Certes la Papauté a prétendu un temps exercer son autorité sur l'ensemble de la Chrétienté dans le domaine temporel, mais elle s'est constamment heurtée à la résistance des rois qu'elle voulait soumettre. Ainsi Philippe le Bel et Edouard I^{er}, après avoir refusé de se présenter à Rome pour s'y soumettre au jugement de Boniface VIII, avaient finalement accepté son arbitrage à condition qu'il fût rendu en son nom propre. Et ils le rejetèrent aussitôt après qu'il l'eut prononcé en sa qualité de souverain pontife¹³⁶. Mais outre les rois qui s'affirmaient *superiores non recognoscentes*, il existait des hommes qui, encore qu'ils reconnussent la suzeraineté d'un autre en théorie, étaient toutefois à la tête de véritables unités politiques. Il n'était pas rare en effet qu'un vassal fût indépendant dans les faits encore qu'il eût un suzerain. Le droit féodal reconnaissait d'ailleurs aux vassaux un droit de résistance au nom duquel ils pouvaient faire la guerre à leur suzerain quand celui-ci avait manqué à ses devoirs. L'Église pouvait également délier les sujets de leur serment de fidélité en excommuniant un

134. Jacques Bainville, *Histoire de France* [1924], Paris, Tallandier, 2007, p. 71.

135. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 65.

136. Dominique Gaurier, *op. cit.*, p. 91 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 94.

roi qui lui déplaisait.

1.3 La notion de *ius gentium* au Moyen Âge

Le droit des gens au Moyen Âge, contrairement à ce qu'on pourrait penser, n'était pas l'équivalent du droit international public moderne. L'expression « *ius gentium* » est directement issue du droit romain. C'est pourquoi les auteurs médiévaux qui écrivaient sur le droit des gens tiraient généralement sa définition du Code de Justinien. Il arrivait toutefois qu'ils trouvassent chez un auteur ancien comme Isidore de Séville une définition faisant penser à notre droit international public : « Le droit des gens est le fondement pour l'occupation, la construction, la fortification, les guerres, la captivité, la servitude, la récupération de ses biens au retour de captivité, les traités de paix, les trêves, l'obligation de respecter les ambassadeurs, l'interdiction du mariage entre étrangers. Et on l'appelle droit des gens parce que presque toutes les nations l'observent. »¹³⁷ Mais en général ils utilisaient une définition du droit des gens issue du droit romain qui n'avait pas grand chose en commun avec la notion de droit international public¹³⁸. À l'origine le droit des gens était issu de l'activité du prêteur pérégrin, le magistrat romain qui s'occupait des litiges survenant entre des citoyens romains et des étrangers. C'était un droit entre personnes privées qui avait la particularité d'être commun à tous les hommes, contrairement au droit civil qui intéressait seulement les citoyens entre eux. La définition du jurisconsulte Gaius l'énonce clairement : « Tous les peuples qui sont régis par la loi et par la coutume appliquent en partie un droit qui leur est propre, en partie un droit commun à tous les hommes. Car le droit que chaque peuple s'est constitué pour lui-même, lui est propre et s'appelle le droit civil, pour désigner le droit propre à la cité. Mais ce que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est observé identiquement chez tous les peuples et s'appelle le droit des gens, comme le droit qu'observent tous les peuples. Aussi le peuple romain applique-t-il en partie son propre droit, en partie le droit commun à tous les hommes. »¹³⁹ Toutefois certains jurisconsultes romains comme Hermogénien rattachaient également au droit des gens certains usages qu'observaient les peuples entre eux : « A ce droit des gens ressortissent la déclaration de guerre, la séparation des peuples, la fondation des royaumes, la division des propriétés, l'établissement de limites aux champs, la disposition des bâtiments, les achats, les ventes, l'offre de bail et la prise à bail, les règles gouvernant les obligations, à l'exception de celles qui ont été introduites par le droit civil. »¹⁴⁰

137. Isidore de Séville, *Étymologies*, V, 6.

138. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 10–19 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 83–87.

139. Gaius, *Institutes*, I, 1.

140. *Digeste*, 1, 1, 5.

Une fois de plus c'est saint Thomas d'Aquin qui s'est montré le plus clair sur cette question¹⁴¹. Il confirme l'opinion du jurisconsulte Ulpien qui définissait ainsi le droit naturel : « Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les animaux, car ce droit n'est pas propre au genre humain, mais à tous les animaux, ceux qui naissent sur terre et ceux qui naissent dans la mer. Il est aussi commun aux oiseaux. »¹⁴² Il s'agit pour saint Thomas d'Aquin d'une première manière d'entendre le droit naturel. Il consiste dans un ajustement à autrui qu'on connaît immédiatement lorsqu'on envisage la chose absolument. Ainsi l'homme s'ajuste à la femme en vue d'avoir des enfants avec elle. Le droit naturel ainsi entendu ne suppose aucune réflexion de notre part, mais seulement que l'on suive un instinct commun à tous les animaux. Saint Thomas d'Aquin observe toutefois qu'il existe une autre sorte de droit naturel qu'on appelle droit des gens. Il cite Ulpien qui définissait le droit des gens de la façon suivante : « Le droit des gens est ce qu'observent les groupes humains. Il est facile de comprendre qu'il est distinct du droit naturel, car celui-ci est commun à tous les animaux, tandis que le droit des gens est commun aux seuls hommes entre eux. »¹⁴³ Voilà pour saint Thomas d'Aquin une seconde manière d'entendre le droit naturel. Il consiste dans un ajustement à autrui qui nécessite qu'on envisage la chose relativement à ses conséquences. Mais cela suppose l'exercice de la raison et c'est pourquoi le droit des gens est propre à l'homme. Il est toutefois naturel en tant qu'il convient à l'homme, qui est un animal rationnel, d'envisager une chose de cette manière. Saint Thomas d'Aquin rapporte par exemple au droit des gens le droit de propriété. En effet lorsqu'on considère un champ en soi, il n'y a rien qui fasse qu'il appartienne à un individu en particulier plutôt qu'à un autre. Mais si l'on considère l'intérêt de sa culture, il vaut mieux qu'il appartienne à l'un plutôt qu'à l'autre. Le droit des gens tel qu'on l'entendait au Moyen Âge avait donc peu en commun avec ce qu'on appelle aujourd'hui le droit international public. Ce n'est guère étonnant, en tout cas de la part de saint Thomas d'Aquin, dès lors que l'on prend au sérieux son aristotélisme. Il devait en effet savoir qu'il ne saurait y avoir un droit international au sens plein du terme.

1.4 La doctrine chrétienne de la guerre juste

Le christianisme avait d'abord été réticent en face de la guerre mais il avait fini par accepter l'idée d'une guerre juste. Saint Augustin avait ouvert la voie en s'inspirant de Cicéron avant d'être repris par Isidore de Séville. Saint Thomas d'Aquin

141. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 57, a. 3.

142. *Digeste*, 1, 1, 1, 3.

143. *Ibid.*, 1, 1, 1, 4.

s'est appuyé sur leur autorité pour formuler sa doctrine de la guerre juste qui aura l'influence la plus durable¹⁴⁴. Cette doctrine est encore aujourd'hui celle de l'Église, bien qu'elle ait eu tendance à l'oublier ces dernières années, durant lesquelles elle a sacrifié au pacifisme ambiant pourtant étranger à sa tradition. Saint Thomas d'Aquin a retenu trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une guerre soit juste. La première est l'*auctoritas principis* : seul le détenteur de l'autorité publique peut faire la guerre puisque c'est à lui seul qu'il appartient de veiller au bien public. La seconde est la *iusta causa* : il est requis qu'on attaque l'ennemi seulement lorsqu'il a commis une faute. La troisième est l'*intentio recta* : on doit faire la guerre uniquement afin de promouvoir le bien ou pour éviter le mal. Il faut noter par ailleurs que saint Thomas réfute l'opinion selon laquelle tout serait permis dans une guerre juste¹⁴⁵. Il refusait également d'admettre, comme beaucoup d'auteurs chrétiens après lui, qu'une guerre fût juste du seul fait que l'ennemi était infidèle¹⁴⁶. Il l'admet seulement quand il entrave la propagation de la foi chrétienne ou qu'il se livre à des persécutions. Le droit féodal réclamait également une cause juste pour faire la guerre, ainsi qu'une déclaration en bonne et due forme¹⁴⁷.

On oublie trop souvent que la doctrine thomiste de la guerre juste ressortit à la morale plutôt qu'au droit proprement dit¹⁴⁸. Nous avons déjà expliqué pourquoi saint Thomas d'Aquin, du fait qu'il empruntait sa philosophie du droit à Aristote, ne pouvait pas croire en l'existence d'un droit international au sens plein du terme. En réalité le droit international est à proprement parler une morale internationale. Il ne fait aucun doute que c'était l'opinion de saint Thomas d'Aquin lui-même puisqu'il traite la question de la guerre juste sous la rubrique de la charité et non du droit. Il est clair qu'il avait parfaitement conscience de s'adresser à la conscience de son lecteur et qu'il n'a jamais voulu instaurer une discrimination entre les belligérants. D'ailleurs l'Église soutenait l'idée d'un *iustus modus bellandi* qui s'accordait avec la pratique féodale : les belligérants étaient réputés égaux sans considération de la raison pour laquelle ils faisaient la guerre¹⁴⁹. Il faut excepter le cas de la guerre sainte contre les hérétiques et les infidèles envers lesquels certains auteurs ont affirmé qu'il était tout permis¹⁵⁰. Il ne fait par conséquent aucun doute que, pour saint Thomas d'Aquin, la doctrine de la guerre juste intéresse la justice légale sans qu'elle relève

144. Thomas d'Aquin, *op. cit.*, II^a-IIae, q. 40, a. 1.

145. *Ibid.*, II^a-IIae, q. 40, a. 3.

146. *Ibid.*, II^a-IIae, q. 10, a. 8.

147. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 105–106.

148. Dominique Gaurier, *op. cit.*, p. 127 l'a remarqué en passant mais n'y accorde pas suffisamment d'importance à nos yeux.

149. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 113.

150. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 127–128 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 52–54 et 108–112.

de la justice spéciale. D'ailleurs dans le titre de la question qu'il pose au sujet de la guerre juste, il parle d'une guerre licite, c'est-à-dire permise par la loi. En outre la troisième condition qu'il pose afin qu'une guerre soit juste suppose qu'on prenne en considération l'intention, or nous avons vu que le droit n'avait pas à considérer l'intention, contrairement à la morale pour laquelle l'intention revêt une importance capitale.

1.5 Les valeurs chevaleresques et chrétiennes dans la guerre médiévale

L'aristocratie qui dominait l'Europe depuis l'effondrement de l'Empire romain d'Occident aimait passionnément la guerre. Elle était alors l'activité normale pour la noblesse qui passait son temps à guerroyer. En réalité on peut dire que la guerre avait pour ces hommes quelque chose d'un jeu. D'une façon générale, les mœurs de l'aristocratie du Moyen Âge étaient fort peu chrétiennes. L'Église s'employa par tous les moyens dont elle disposait à christianiser les mœurs de cette turbulente noblesse. Mais elle n'essaya pas de l'empêcher de faire la guerre et préféra favoriser l'émergence des valeurs chevaleresques qu'inspirait l'idéal chrétien dans la conduite de la guerre. Cela prit notamment la forme de la proclamation par l'Église de la Trêve de Dieu qui interdisait aux chrétiens de se battre certains jours de la semaine. L'Église proclama également la Paix de Dieu dont l'objet était la protection des non-belligérants et des lieux sacrés. Le mouvement était né en France avec la réforme clunisienne autour de l'an mil et s'était progressivement étendu au reste de la Chrétienté¹⁵¹. La Trêve et la Paix de Dieu sont proclamées dans l'ensemble de la Chrétienté par le concile de Clermont en 1095¹⁵² et à nouveau en 1179 au III^e concile du Latran¹⁵³. Le II^e concile du Latran en 1139 avait de son côté interdit dans un même esprit les armes de jet dans la guerre entre chrétiens¹⁵⁴. Mais la pacification à l'intérieur des royaumes qui formaient la Chrétienté vint surtout du renforcement du pouvoir royal et de l'émergence de l'État moderne à partir de la fin du Moyen Âge. L'engagement de l'Église en faveur de la paix eut paradoxalement pour effet, en dépit du succès très relatif qu'il rencontra, d'encourager la pratique des tournois. Les chevaliers, dans l'impossibilité de faire la guerre aussi souvent qu'ils l'auraient voulu, y trouvaient en effet matière à satisfaire leur instinct guerrier. Les tournois au Moyen Âge voyaient s'affronter plusieurs chevaliers et s'achevaient souvent dans un bain de

151. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 88–90.

152. Canon 1.

153. Canons 21 et 22.

154. Canon 29.

sang. Ils étaient très prisés par la noblesse mais déplaisaient à l'Église en raison de leur violence. Ils furent interdits par le II^e concile du Latran sous peine de privation de sépulture chrétienne¹⁵⁵. Cette interdiction fut ensuite reprise par le III^e concile du Latran¹⁵⁶. Pourtant la noblesse continua de s'y livrer jusqu'à la fin du Moyen Âge, quand le pouvoir royal eut acquis suffisamment d'autorité pour interdire cette pratique. La joute équestre persista pourtant encore longtemps : Henri II succomba à ses blessures après avoir été touché à l'oeil par la lance de son adversaire lors d'une joute en 1159¹⁵⁷.

L'aristocratie n'abandonna donc pas ses moeurs guerrières et continua longtemps à désobéir ouvertement à l'Église. Elle adopta toutefois un code d'honneur strict par lequel tout chevalier s'engageait à remplir les devoirs de son état : la fidélité, la protection des faibles, la lutte contre les infidèles et les hérétiques, la générosité, le courage, etc. Tout cela constituait l'essence de la chevalerie qui inspira durablement le *ius in bello*. L'idéal chevaleresque demeura en effet présent dans l'imaginaire collectif longtemps après la fin de la chevalerie. Les vertus du chevalier ont bien entendu été idéalisées par la littérature mais elles existaient malgré tout. Ainsi il était rare qu'on massacre les prisonniers au Moyen Âge. Et quand cela arrivait, les chroniqueurs faisaient part de leur indignation. Les prisonniers étaient le plus souvent retenus vivants dans l'espoir d'obtenir une rançon en échange de leur libération. En tout cas ils n'étaient pas réduits en esclavage comme c'était le cas pendant l'Antiquité. Le sens de l'honneur conduisait en outre souvent les chevaliers à adopter une tactique inefficace. Henri de Trastamare perdit ainsi la bataille de Nájera en 1367 après avoir renoncé à une position favorable pour combattre ouvertement l'ennemi¹⁵⁸. Les chevaliers n'étaient toutefois pas tenus d'appliquer aux hérétiques et aux infidèles les règles qui avaient cours dans la guerre entre chrétiens. L'histoire des croisades, sans parler de la conversion des païens par l'Ordre Teutonique et de la répression de l'hérésie cathare, est remplie d'abominables tueries. Il arriva pourtant, bien qu'exceptionnellement, qu'on fit preuve de la même courtoisie envers les infidèles qu'avec les chrétiens. Toutefois les gestes chevaleresques dans ce genre se firent de plus en plus rares à mesure qu'on avançait dans le Moyen Âge. Déjà l'âge héroïque de la chevalerie touchait à sa fin et l'on voyait poindre la raison d'État de l'époque suivante. Les Anglais furent comme à leur habitude des précurseurs en la matière : ils mirent en oeuvre dès cette époque la *realpolitik* qui fit plus tard la fortune de leur nation. La fine fleur de la chevalerie française fut ainsi décimée par les archers

155. Canon 14.

156. Canon 20.

157. Jacques Bainville, *op. cit.*, p. 162.

158. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 114.

anglais retranchés sur les hauteurs lors de la bataille de Crécy¹⁵⁹. Cette bataille qui voit les Français se faire exterminer pour avoir voulu charger ouvertement les Anglais peut être considérée comme la fin de la guerre courtoise.

2 La formation du droit international classique

La fin du Moyen Âge voit se préparer une crise de civilisation qui prendra toute sa mesure avec l'avènement de la Réforme. En 1453 le sultan Mehmet II s'empare finalement de Constantinople, la seconde Rome, dernier vestige de l'Empire romain : avec elle s'achève une histoire vieille de plus de mille ans. Le défunt Empire byzantin lègue à l'Occident, par l'intermédiaire des savants grecs partis se réfugier en Europe, le savoir antique qu'il avait précieusement conservé pendant des siècles. La chute de Constantinople contribuera ainsi à la Renaissance qui s'étendra de l'Italie au reste de l'Europe. L'Empire ottoman s'affirme plus que jamais comme la principale menace pour l'Europe qu'elle fera encore trembler pendant plusieurs siècles. En 1492 les Rois catholiques Isabelle de Castille et Ferdinand d'Aragon s'emparent de Grenade et mettent ainsi un terme à la présence musulmane dans la péninsule ibérique. L'histoire d'al-Andalus aura duré plus de sept siècles et marqué durablement la péninsule ibérique. La même année survient un événement dont la portée sera au moins aussi considérable : Christophe Colomb débarque sur l'île de San Salvador après un voyage de plus d'un mois. Il ne le sait pas encore mais il vient de découvrir un Nouveau Monde qui va complètement bouleverser la place de l'Europe dans le monde. Le continent dont il a révélé l'existence était en effet tout à fait inconnu des auteurs de l'Antiquité dont l'Europe était encore largement tributaire en matière de géographie. La guerre de Cent Ans a pris fin en 1453 suite à la bataille de Castillon : ce qui avait débuté comme un banal conflit entre un suzerain et son vassal s'est achevé comme une lutte entre deux nations.

L'union entre la Castille et l'Aragon, tout comme l'issue de la guerre de Cent Ans, ouvraient la voie à la formation des États-nations modernes. Mais tandis que la France et l'Angleterre mettaient fin à leur conflit séculaire, du moins pour l'instant, l'Espagne acquérait l'hégémonie en Europe. La monarchie espagnole était en effet partie à l'assaut du monde et s'était notamment taillé un immense empire en Amérique. L'élection de Charles Quint en tant qu'Empereur du Saint-Empire romain germanique en 1519 fait de lui le prince le plus puissant qu'ait jamais vu l'Europe depuis Charlemagne. Il va pourtant se heurter à deux obstacles qui seront fatals à son ambition : la monarchie française qui refuse l'hégémonie Habsbourg et

159. Jacques Bainville, *op. cit.*, p. 99.

la Réforme protestante qui rompt l'unité religieuse de l'Europe. L'Italie fut ainsi le théâtre de la lutte entre la France et l'Espagne durant toute la première moitié du XVI^e siècle. Leur conflit ne prit fin qu'avec la paix du Cateau-Cambrésis en 1559. L'ensemble des principales puissances d'Europe auront été mêlées d'une façon ou d'une autre à l'affrontement franco-espagnol. Cette lutte interminable fut d'autant plus funeste pour l'Europe qu'elle intervenait à l'époque où l'Empire ottoman était au sommet de sa puissance. La bataille de Mohacs en 1526 faisait ainsi passer la Hongrie sous le joug ottoman pour plus d'un siècle et demi. Et pourtant François I^{er} osa s'allier avec Soliman le Magnifique contre Charles Quint au grand scandale de l'Europe chrétienne.

Mais surtout le vaste empire de Charles Quint est déchiré par la Réforme qui divise l'Allemagne puis l'Europe entière. L'hérésie hussite au XV^e siècle avait déjà en quelque sorte annoncé la Réforme du siècle suivant. Martin Luther, un moine augustin, publie en 1517 les Quatre-vingt quinze thèses dans lesquelles il s'oppose au trafic des indulgences par l'Église. Mais cette révolte contre l'Église s'avère en réalité beaucoup plus profonde qu'il n'y paraît tout d'abord. Luther rejette en réalité l'ensemble de la théologie catholique et prétend renouer avec l'esprit de l'Église des origines. Il parvient à entraîner derrière lui plusieurs princes de l'Empire en dépit de sa condamnation en 1521. Ses thèses connaissent une diffusion importante et rapide grâce à l'utilisation de l'imprimerie à caractères mobiles. Les princes acquis à la Réforme s'unissent au sein de la ligue de Smalkalde en 1531. Charles Quint leur inflige une cinglante défaite à la bataille de Mühlberg en 1547 mais il est pourtant contraint de négocier avec eux. La Paix d'Augsbourg conclue en 1555 consacre le principe « *cuius regio, eius religio* » : chaque prince est désormais libre d'imposer sa religion à ses sujets et à ses vassaux. Mais cet accord n'est qu'un compromis qui laisse en suspend un grand nombre de questions litigieuses qui seront à l'origine de la Guerre de Trente Ans.

L'Église réagit finalement en organisant le concile de Trente qui se tient entre 1545 et 1563. Il s'agit de répondre à la Réforme protestante en clarifiant la doctrine catholique. Le mouvement de Contre-Réforme qui en résulte donnera lieu à un important effort de communication visant à faire connaître les résultats du concile ainsi qu'à combattre le protestantisme. Cette époque connaît un développement intellectuel considérable stimulé par l'affrontement entre catholiques et protestants. L'humanisme encourage le développement de la philologie tandis qu'un art nouveau se répand dans toute l'Europe depuis l'Italie. Bientôt c'est la conception du monde héritée de l'Antiquité qui s'effondre : l'Europe découvre que la Terre n'est pas au centre du monde mais qu'elle tourne autour du Soleil. Tout cela ouvre la voie à la

révolution scientifique et philosophique du XVII^e siècle. Cette époque voit également les langues vulgaires investir la littérature. Luther traduit ainsi la Bible en allemand tandis que l'ordonnance de Villers-Cotterêts fait du français la langue de l'administration. Le schisme religieux s'accompagne de troubles économiques et sociaux dans toute l'Europe. La guerre des Paysans déchire ainsi l'Allemagne entre 1524 et 1526. Il suscite également des guerres de religion comme en France où elles font rage pendant toute la seconde moitié du XVI^e siècle. La dynastie des Valois n'y survivra pas et la France conservera longtemps les stigmates de cette guerre civile.

La crise de civilisation ouverte par la Réforme prend fin au milieu du XVII^e siècle avec la Paix de Westphalie. Il aura fallu l'échec du fragile compromis élaboré par la Paix d'Augsbourg pour cela. Celui-ci prend fin avec la Défenestration de Prague en 1618 qui marque le début de la Guerre de Trente Ans. Elle met l'Europe à feu et à sang durant trois décennies et entraîne la mort de près d'un tiers de la population allemande. Cette guerre qui commence comme une guerre de religion s'achève comme une guerre interétatique tout à fait dans l'esprit de l'époque suivante. L'époque de la Réforme revêt une grande importance pour l'histoire du droit international. Une philosophie du droit d'inspiration nominaliste triomphe jusque dans la néoscholastique espagnole qui prétend pourtant s'inspirer de saint Thomas d'Aquin. Le nominalisme était né au Moyen Âge au cours duquel il s'était opposé au thomisme dont il prenait le contre-pied sur tous les points. La fin du Moyen Âge l'avait vu progresser considérablement et la Réforme l'avait adopté avec enthousiasme. La Contre-Réforme catholique voulut revenir à saint Thomas d'Aquin mais elle subit néanmoins l'influence du nominalisme. Il en résulte l'oubli de la distinction d'Aristote entre la justice générale et la justice particulière. Le droit international classique qui s'élabore à cette époque en sera profondément marqué. Le péché originel dans lequel il est né resurgira plusieurs siècles plus tard avec l'idéalisme wilsonien.

2.1 La rupture de la Chrétienté et le début de l'expansion coloniale

La Chrétienté avait retrouvé son unité avec la fin du grand schisme d'Occident en 1418 et l'avenir semblait s'éclaircir pour l'Europe qui sortait d'une profonde crise économique. Pourtant les thèses soutenues par les réformistes Jean Hus et John Wyclif annonçaient dès cette époque le schisme religieux du siècle suivant. La publication par Luther des Quatre-vingt quinze thèses brisa durablement l'unité de la Chrétienté occidentale. L'Europe fut dès lors déchirée entre les États catholiques et protestants mais également à l'intérieur des États où sévissait la guerre civile. Le schisme religieux ne mit pas fin pour autant aux conflits entre les États qui partageaient la

même confession. L'histoire de la guerre interminable entre la France et l'Espagne suffit à le démontrer. La rivalité entre les royaumes chrétiens qui devenaient des États modernes s'était considérablement accrue par rapport à l'époque précédente. La comparaison entre la forme prise par l'expansion outre-mer à cette époque et les croisades du Moyen Âge est à cet égard particulièrement éclairante¹⁶⁰. Le XVI^e siècle marqua en effet le début de l'expansion coloniale européenne. L'Espagne et le Portugal, qui avaient été les premiers à s'élancer à l'assaut du monde, furent bientôt rejoints par la France, l'Angleterre et les Pays-Bas. Cette expansion à l'outre-mer fut l'enjeu de la rivalité entre les États européens, d'abord entre l'Espagne et le Portugal, puis avec les autres puissances européennes qui leur contestaient le titre qui leur avait été conféré par la Papauté sur le Nouveau Monde. Les croisades au contraire, en dépit des rivalités qui avaient pu s'y manifester, avaient été une entreprise commune de l'Europe contre les infidèles. Et pourtant jusqu'au plus fort de la crise de civilisation ouverte en Europe par la Réforme protestante, le sentiment de la spécificité des relations intra-européennes par rapport aux relations avec le reste du monde n'avait jamais été entièrement détruit.

Il sembla pourtant d'abord que la conscience européenne se dissolvait déjà dans l'universalisme. L'expansion coloniale et la découverte du Nouveau Monde avaient en effet entraîné une révision de la conception traditionnelle de la communauté internationale. Les Espagnols avaient détruit l'Empire aztèque au Mexique avant de s'emparer de l'Empire inca au Pérou. Afin de justifier la destruction des royaumes indiens, les conquistadors avaient prétendu qu'ils n'étaient tenus à rien envers les sauvages. Ils affirmaient pouvoir s'emparer librement du territoire habité par les Indiens qu'ils considéraient comme *terra nullis*¹⁶¹. Une telle opinion avait déjà été soutenue au Moyen Âge, en particulier par John Wyclif, qui n'admettait pas qu'un infidèle pût jouir de la souveraineté. Mais l'Église n'avait jamais adhéré à cette doctrine : le concile de Constance avait d'ailleurs condamné les thèses de John Wyclif. Les théologiens espagnols du XVI^e siècle, en particulier Vitoria, dénoncèrent eux aussi la position des conquistadors¹⁶². Il existait selon eux une communauté internationale qui reposait sur le droit naturel et englobait l'ensemble de l'humanité. Cette idée d'une société du genre humain existant en vertu du droit naturel et qui s'étendait au-delà de la Chrétienté fut ensuite reprise par Grotius¹⁶³. Il ne faisait pourtant aucun doute qu'il y eût une différence entre les peuples chrétiens et les

160. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 142–143.

161. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 144 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 103–105.

162. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 144–148 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 105–108.

163. Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Prolégomènes, I–XXVII.

nations infidèles pour les Européens de cette époque. Mais l'expansion européenne outre-mer avait conduit les États européens à traiter avec des souverains infidèles et l'on avait trouvé pratique de justifier cela en invoquant le droit naturel. Vitoria avait d'ailleurs justifié la conquête espagnole du Mexique après s'être élevé contre l'argument des conquistadors qui présentaient les Indiens comme des sauvages qu'on pouvait dépouiller en toute impunité¹⁶⁴. Il avait en effet mis en avant les titres légitimes à la domination espagnole sur le Mexique d'après le droit naturel. Il défendait notamment la conquête espagnole au nom du *ius communicationis* qu'auraient enfreint les souverains indigènes en entravant la propagation du christianisme. Cet argument avait ensuite été repris par Alberico Gentili.

La *res publica christiana* ne s'était donc pas dissoute dans la communauté du genre humain. C'est d'autant plus remarquable que la Réforme avait provoqué en Europe une crise de civilisation qui semblait remettre en question son unité. L'Europe chrétienne restait en pratique l'unique véritable société internationale. On consentait certes à conclure des traités avec les souverains non-européens, il fallait bien qu'on puisse commercer avec le reste du monde, mais il n'était guère question d'aller plus loin. Il est en particulier tout à fait absurde de présenter Vitoria comme un précurseur de l'universalisme du droit international contemporain. Le fait qu'il reconnaisse l'existence d'une communauté internationale englobant toute l'humanité n'a rien d'étonnant de la part d'un théologien chrétien. Mais cela ne doit pas faire oublier qu'il qualifiait également les Juifs et les Sarrasins d'*hostes perpetui* et qu'il affirmait qu'une guerre entreprise au détriment de la Chrétienté était toujours injuste¹⁶⁵. Gentili estimait quant à lui qu'une alliance avec des infidèles n'était jamais licite¹⁶⁶. Grotius lui-même, lorsqu'il parle de la société du genre humain, pense surtout à la société des États chrétiens. Ainsi lorsqu'il explique qu'on peut connaître ce qui relève du droit naturel en observant ce qui est admis par tous les peuples, il précise immédiatement qu'il veut parler des plus civilisés d'entre eux, où il n'est pas difficile de reconnaître qu'il pense aux peuples chrétiens¹⁶⁷. Il recommande également aux États chrétiens de recourir à l'arbitrage pour éviter d'en venir aux armes¹⁶⁸ et observe qu'ils ne réduisent pas les prisonniers en esclavage lorsqu'ils font la guerre entre eux¹⁶⁹. Et encore qu'il reconnaisse qu'il soit licite de contracter une

164. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 287–295 ; Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 147 ; Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 108–110.

165. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, p. 122.

166. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 144.

167. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre I, ch. I, XII.

168. *Ibid.*, livre II, ch. XXIII, VIII, 3 et 4.

169. *Ibid.*, livre III, ch. VII, IX.

alliance avec des infidèles¹⁷⁰, il déconseille fortement aux chrétiens de le faire, sauf en cas d'extrême nécessité, puisqu'ils sont tous les membres d'un même corps¹⁷¹. Enfin il dit que l'usage du poison est défendu par « le droit des gens non universel, mais de toutes les nations européennes, et de celles qui se rapprochent des plus civilisées de l'Europe »¹⁷². Autrement dit il reconnaît explicitement l'existence d'un droit international particulier à la civilisation européenne.

2.2 La naissance de l'État moderne

L'État moderne était déjà en gestation à la fin du Moyen Âge, mais c'est seulement à l'époque suivante qu'il est véritablement né. À l'issue de la crise de civilisation dans laquelle est plongée l'Europe à partir du début du XV^e siècle et jusqu'au milieu du XVII^e siècle, il a acquis la plupart de ses caractéristiques principales, bien qu'il ait continué son développement au cours des siècles suivants. Si la formation de l'État moderne est un processus au long cours, cette époque constitue assurément un moment décisif de son développement. Le pouvoir royal était parvenu à priver de leur pouvoir les grands féodaux qui pouvaient s'opposer à lui. En France, le dernier d'entre eux fut le connétable de Bourbon, qui fut poussé à la révolte par François I^{er} et passa à Charles Quint. La mise en place d'une armée permanente sous Charles VII avait été l'un des instruments de cette mise au pas de la haute féodalité dont Louis XI avait été l'artisan. Les armées de mercenaires avaient remplacé l'armée féodale constituée par le rappel des vassaux du roi. Celui-ci n'était donc plus à la merci de leur bonne volonté. Il avait fallu mettre en place une administration efficace et rationnelle en vue d'organiser et de financer l'effort militaire. La bourgeoisie émergente avait saisi l'occasion de s'élever dans l'échelle sociale en s'emparant des postes clés. La monarchie française poursuivait ainsi sa politique qui consistait à jouer le tiers état contre la noblesse. Elle ignorait encore qu'elle sciait la branche sur laquelle elle était assise. Charles VII avait également su amadouer la noblesse qu'il voulait rabaisser en l'exemptant de l'impôt. Il pouvait ainsi lui ôter ses pouvoirs qu'il concentrait ensuite dans sa personne. Une évolution similaire prenait place dans le reste de l'Europe avec les nuances qu'expliquait la diversité des contextes nationaux. Mais surtout l'État moderne affirmait sa souveraineté vis-à-vis de l'extérieur comme à l'intérieur. La carte politique de l'Europe s'en trouva considérablement simplifiée : la formation de l'État territorial mit progressivement fin à l'écheveau des droits féodaux qui rendait difficile l'identification des unités politiques. La no-

170. *Ibid.*, livre II, ch. XV, VIII–X.

171. *Ibid.*, livre II, ch. XV, XI–XII.

172. *Ibid.*, livre III, ch. IV, XVI, 1 (trad. P. Pradier-Fodéré).

tion de souveraineté territoriale apportait en effet une clarté qui contrastait avec le flou féodal de l'époque précédente. Cette évolution trouva une justification théorique dans l'oeuvre de Jean Bodin, qui fut avec Machiavel le grand auteur politique de l'époque. Il fallut pourtant encore longtemps afin qu'on se libérât de l'héritage féodal. La France ouvrit la voie en résolvant le conflit religieux qui l'ensanglantait par l'affirmation du pouvoir royal au-dessus des partis. L'Allemagne l'imita après la Guerre de Trente Ans qui déboucha sur la division de l'Empire en plusieurs États. L'Angleterre fit de même à la suite des troubles consécutifs à la rupture avec Rome. Ainsi l'État moderne naissait dans le fer et le sang des guerres civiles et religieuses qui déchiraient l'Europe entre le début du XV^e siècle et le milieu du XVI^e siècle.

2.3 Le *ius gentium* comme *ius inter gentes*

La spécificité du droit des gens, dont nous avons vu qu'au Moyen Âge il n'était pas l'équivalent de notre droit international public, est progressivement reconnue entre le début du XVI^e siècle et le milieu du XVII^e siècle¹⁷³. Le développement de l'État territorial souverain, clos sur lui-même, ne fut certainement pas étranger à cette évolution. La confusion qui régnait au Moyen Âge autour de la notion de *ius gentium* disparut avec l'introduction du concept de *ius inter gentes*. L'expression fut introduite par Francisco de Vitoria qui définissait le *ius gentium* comme un *ius inter gentes* : « On appelle droit des gens ce que la raison naturelle a établi entre toutes les nations [*inter omnes gentes*]. »¹⁷⁴ Francisco Suarez mit par la suite en lumière la double signification de la notion de *ius gentium* dans le droit romain. Il distingua le *ius inter gentes*, c'est-à-dire le droit international proprement dit, du *ius intra gentes*, autrement dit la partie du droit civil commune à tous les peuples¹⁷⁵. Grotius parla après eux du *ius gentium* comme d'un *ius inter populos* qu'il opposait au *ius civile*¹⁷⁶. L'expression *ius inter gentes* apparut par la suite dans le titre de l'ouvrage de Richard Zouche sur le droit des gens publié en 1650. Celui-ci avait distingué dès 1629 dans ses *Elementa iurisprudentiae* les relations : entre individus, entre souverain et sujet, entre souverains¹⁷⁷. Le fondement de la spécificité du droit international, le droit entre les unités politiques, apparaissait alors distinctement.

Le droit international avait donc conquis son autonomie dès la fin du XVI^e siècle. Le passage du *ius gentium* au *ius inter gentes* est surtout à mettre au crédit des

173. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 25–27.

174. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 216–217.

175. *Ibid.*, pp. 217–220.

176. Hugo Grotius, *op. cit.*, Prolégomènes, I.

177. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 234–235 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 163–164.

théologiens de la Contre-Réforme catholique. Ils prétendaient opposer la philosophie de saint Thomas d'Aquin à l'hérésie protestante, mais cette évolution fut-elle vraiment conforme à l'esprit du thomisme ? Il nous semble plutôt, ainsi que l'a montré Michel Villey, qu'il s'agissait d'une trahison de saint Thomas d'Aquin¹⁷⁸. Celui-ci n'avait pas refusé sans raison d'admettre qu'il pût exister un droit international au sens plein du terme. Nous avons déjà expliqué pourquoi Aristote pensait que seul le droit civil était un droit parfait. L'étude du *ius gentium* dans la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin visait principalement à rendre compte des textes d'Ulpien et de Gaius dans le *Digeste*. Et la définition qu'il donnait du droit des gens était dans la continuité du droit romain et n'avait rien d'un *ius inter gentes* : il s'agissait pour lui de la partie du droit civil commune à tout le genre humain. Admettre l'existence d'un authentique droit international impliquait donc une véritable rupture avec saint Thomas d'Aquin. Mais comment expliquer l'infidélité de la néo-scholastique espagnole à l'aristotélo-thomisme dont elle se réclamait ?

Il semble tout simplement qu'elle ait subi l'influence de l'esprit du temps. Depuis la fin du Moyen Âge, en effet, la philosophie de saint Thomas d'Aquin n'avait cessé de reculer au profit du nominalisme de Guillaume d'Occam. Cette doctrine prenait le contre-pied du thomisme sur la philosophie du droit comme sur tout le reste. La philosophie aristotélo-thomiste définissait le droit comme la mesure de ce qui est juste, l'état de choses dans lequel chacun jouit de la part qui lui revient. C'était pour elle l'objet de la vertu de justice particulière qu'elle avait pris le soin de distinguer de la vertu de justice générale. D'après Aristote et saint Thomas d'Aquin, le droit est défini par sa fin. C'est le terme auquel aboutit l'acte de la vertu de justice particulière, indépendamment de la façon dont le sujet l'accomplit. La façon dont le sujet agit est au contraire tout ce qui importe au regard de la vertu de justice générale. Le droit n'est donc pas la loi : il désigne l'état dans lequel chacun a reçu sa part tandis qu'elle est une règle de conduite. La philosophie aristotélo-thomiste du droit répondait à une métaphysique d'un type particulier. La vision de l'ordre de la création chez saint Thomas d'Aquin reposait sur la notion d'analogie de l'être : chaque chose dans l'univers participe en quelque façon à la perfection de Dieu. Un vêtement blanc ressemble à un autre vêtement blanc parce qu'ils participent l'un et l'autre à la blancheur qui réside en Dieu comme dans la source de tout ce qui est. L'universel existe donc en Dieu de manière infinie et parfaite avant d'exister dans les créatures de façon finie et imparfaite. L'ensemble de la création est un reflet amoindri du créateur : « La nature a des perfections pour montrer qu'elle est

178. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* [1975], Paris, PUF, 2006, 4^e édition, pp. 326-338.

l'image de Dieu, et des défauts pour montrer qu'elle n'en est que l'image. »¹⁷⁹

Guillaume d'Occam au contraire n'admettait pas l'existence des universaux car il pensait qu'elle constituait un obstacle à la liberté divine. Il concevait donc la création comme un ensemble d'individus parfaitement hétérogènes et niait qu'il pût véritablement exister une nature commune à plusieurs d'entre eux. La métaphysique nominaliste de Guillaume d'Occam entraînait une conception du droit entièrement différente de la doctrine aristotélo-thomiste¹⁸⁰. Son rejet du concept de nature privait le droit naturel du fondement sur lequel il reposait. Le primat de la volonté sur la raison qu'il professait et son ontologie individualiste appelaient une autre solution à la question du droit. La source de l'ordre juridique ne peut être que la volonté divine qui gouverne l'univers et se transporte par délégation dans la personne du souverain humain. Le droit devient une règle qu'impose un individu, le souverain, à d'autres individus, les sujets. Autrement dit le droit est confondu avec la loi et il n'y a plus de droit que positif. L'arbitraire de la loi humaine ne trouve plus devant lui que l'autorité de la loi divine. Le nominalisme introduit également la notion de droit subjectif, qui désigne une faculté morale qu'un individu possède en vertu de la loi, par exemple le droit de jouir de ses biens. Le nominalisme connut rapidement une singulière fortune et fut la véritable inspiration de l'ensemble de la philosophie moderne. La néo-scholastique espagnole, bien qu'elle prétendait reprendre le flambeau du thomisme, n'échappa pas à cette influence.

Vitoria pouvait ainsi affirmer l'existence d'un *ius inter gentes* parce qu'il avait oublié la définition thomiste du droit¹⁸¹. Il confondait le droit avec la loi à l'exemple de Guillaume d'Occam : le droit est pour lui ce qui est permis par la loi. Il reprenait également au nominalisme la notion de droit subjectif en définissant le droit comme un pouvoir ou une faculté conféré à quelqu'un par la loi. Mais la confusion du droit avec la loi s'imposa surtout avec Suarez¹⁸². Celui-ci exerça en effet une influence plus importante et plus durable en raison du tour systématique qu'il donna à ses écrits. Le titre de son ouvrage à lui seul (*De legibus ac Deo legislatore*) montrait qu'il avait complètement oublié la distinction d'Aristote entre la justice générale et la justice particulière. Sa conception de la loi était de surcroît fort différente de celle de saint Thomas d'Aquin. Pour celui-ci la loi était une inclination inscrite dans notre nature, c'était une loi indicative, c'est-à-dire qu'elle nous conviait à agir en vue du bien commun en nous l'indiquant. La conception de la loi de Suarez venait plutôt du nominalisme puisqu'elle exprimait chez lui seulement la volonté du dé-

179. Pascal, *op. cit.*, 580 (éd. Brunshwig).

180. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, pp. 220–268.

181. *Ibid.*, pp. 338–347.

182. *Ibid.*, pp. 347–368.

tenteur de l'autorité : c'était devenu une loi impérative. Toutefois il ajoutait à la loi divine et humaine du nominalisme une loi naturelle d'inspiration stoïcienne qui constituait un garde-fou à l'arbitraire des lois humaines. C'est peut-être tout ce qu'il avait conservé du thomisme qu'il prétendait représenter. Et encore concevait-il la loi naturelle comme un ensemble d'axiomes inscrits dans la raison naturelle et dont les conclusions étaient tout aussi immuables qu'eux. On retrouva cette conception de la loi naturelle chez Grotius : « le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison »¹⁸³. Cette conception de la loi naturelle devait plus à l'esprit géométrique naissant qu'à saint Thomas d'Aquin. Mais surtout nous verrons qu'en pratique Grotius dut admettre que le droit positif pouvait renverser le droit naturel.

2.4 L'évacuation de la question de la *iusta causa belli* et la pratique des *amity lines*

La pratique de la guerre entre chrétiens au Moyen Âge était régie par le *iustus modus bellandi* : chaque belligérant obtenait le statut de *iustus hostis* sans considération de la cause pour laquelle il avaient entrepris de faire la guerre. Saint Thomas d'Aquin n'avait pas éprouvé la moindre réticence devant cette pratique. Nous avons déjà expliqué pourquoi la doctrine de la guerre juste qu'on trouve dans la *Somme théologique* n'avait pas vocation à produire des effets juridiques. Il s'agissait uniquement pour saint Thomas d'exhorter les chrétiens à n'entreprendre la guerre qu'à condition qu'elle fût juste au regard de la loi. Or il avait soigneusement établi la distinction entre la loi et le droit sur la distinction d'Aristote entre la justice générale et la justice particulière. Il n'avait jamais prétendu élaborer un droit international au sens plein du terme à l'existence duquel il ne pouvait pas croire. Mais il avait eu pour seule ambition d'énoncer les conditions sous lesquelles une guerre pouvait être dite juste au sens de la justice générale. La situation était très différente pour les théologiens et les juristes de l'époque suivante qui avaient oublié la distinction entre la justice générale et la justice particulière. Confondant le droit avec la loi, ils prétendaient élaborer un véritable droit international. La question de la guerre juste prenait dès lors une dimension qu'elle n'avait pas auparavant. En effet, la doctrine de la guerre juste relevant désormais de la sphère juridique, il semblait qu'elle devait entraîner des effets juridiques. Autrement dit il semblait qu'il fallait instaurer une discrimination entre les belligérants en faveur de la partie dont la cause était juste. Toutefois les conséquences qu'entraînait une telle conclusion étaient alors trop bien connues pour qu'on pût l'admettre. Le climat de haine religieuse qui régnait

183. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre I, ch. I, X, 1.

à l'époque en Europe avait en effet remis en question l'existence d'un *ius in bello* applicable à l'ensemble des belligérants. On croyait pouvoir traiter l'ennemi avec d'autant plus de sévérité que l'on était convaincu d'avoir pour soi la justice divine. Il devenait urgent de neutraliser le facteur religieux qui exacerbait la violence entre les belligérants. Tout l'effort des pionniers du droit international consista donc à évacuer la question de la *iusta causa belli* du droit des gens¹⁸⁴. On parvint ainsi à circonscrire la guerre en élaborant un nouveau *iustus modus bellandi* qui prit la forme de la guerre interétatique.

Tous les précurseurs du droit international ont continué à s'intéresser à la question de la *iusta causa belli*. Les arguments qu'ils produisaient étaient d'ailleurs souvent dans la continuité de la doctrine de la guerre juste qu'on trouvait chez les auteurs du Moyen Âge. La question avait toutefois acquis une importance particulière à présent qu'on avait admis qu'il existait un véritable droit international : il semblait en effet qu'on dût accepter les conséquences juridiques de la doctrine de la guerre juste. Mais on voulait précisément éviter d'avoir à le faire puisqu'on refusait d'instaurer une discrimination entre les belligérants au profit de la partie dont la cause était juste. Aussi les considérations sur la justice matérielle de la guerre devaient-elles être dépouillées de toute importance pratique. C'est pourquoi la possibilité d'établir un jugement objectif sur la justice d'une guerre fut mise en doute à l'aide d'arguments sceptiques et agnostiques¹⁸⁵. Vitoria affirma tout d'abord qu'il était possible qu'une guerre fût juste de chaque côté¹⁸⁶. Il distinguait pour cela entre le tort objectif et la culpabilité subjective : il était possible de pécher par ignorance en commettant une injustice en toute bonne foi. À la suite de quoi Vitoria admettait qu'en pareil cas, on devait reconnaître le statut de *iustus hostis* à notre adversaire comme s'il avait eu une *iusta causa*. La distinction entre le tort objectif et la culpabilité subjective des belligérants suffit à démontrer l'oubli de la distinction d'Aristote entre la justice générale et la justice particulière. En effet nous avons déjà expliqué qu'il importe peu au regard de la justice particulière qu'une injustice ait été commise volontairement ou involontairement. Le droit était chez Aristote et saint Thomas d'Aquin parfaitement objectif, on admettait désormais qu'il pouvait être subjectif. La solution de Vitoria fut reprise par tous les auteurs postérieurs jusqu'à Grotius qui faisait la même distinction lorsqu'il examinait la question de savoir s'il pouvait exister une guerre juste des deux côtés¹⁸⁷. Les successeurs de Vitoria allèrent toutefois beaucoup plus loin dans la dissociation entre le problème de la *iusta*

184. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, pp. 142–144.

185. *Ibid.*, pp. 155–159.

186. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 204–207.

187. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre II, ch. XXIII, XIII.

causa et la notion de *iustus hostis*.

Une étape décisive est franchie par Balthasar de Ayala qui assimilait tout affrontement interétatique à une guerre juste¹⁸⁸. Autrement dit la justice d'une guerre ne dépend plus de la *iusta causa* mais uniquement de la qualité des belligérants. Il n'hésite pas à affirmer que le problème de la *iusta causa* est une question morale plutôt qu'un problème juridique à proprement parler et qu'il est tout à fait hors de propos d'examiner la justice d'une guerre entreprise par le détenteur du pouvoir souverain d'après la cause qu'il avance. Le titulaire du pouvoir souverain possède l'exclusivité du *ius belli* et jouit du statut de *iustus hostis* quand bien même il a entrepris la guerre sur la base d'une *iniusta causa*. Il s'ensuit qu'un conflit armé dirigé contre un rebelle n'est pas une guerre à proprement parler mais une opération de police contre un brigand. Alberico Gentili semble avoir été d'accord avec Ayala sur tous les points essentiels¹⁸⁹. On retrouve chez lui la dissociation entre la question de la *iusta causa* et le concept de *iustus hostis*. Gentili compare la guerre à un duel entre des parties égales : c'est un moyen approprié de régler un différend survenu entre deux puissances souveraines. Il nie par ailleurs qu'on doive qualifier de guerre un conflit n'opposant pas une puissance souveraine à une autre. Il insiste beaucoup sur la nécessité de déclarer la guerre mais nie qu'une telle déclaration soit nécessaire contre des rebelles. La question de la justice de la guerre devient une question purement formelle tandis qu'on laisse de côté l'aspect matériel du problème. Autrement dit on considère toute guerre entreprise suivant les formes du droit des gens comme juste quant à ses effets. La question de la *iusta causa* se retrouve hors du champ du droit des gens et intéresse désormais uniquement la conscience des souverains.

Grotius s'inscrit indiscutablement dans cette tendance en dépit d'une interprétation particulièrement répandue qui voit en lui un précurseur de l'idéalisme wilsonien. Il nous semble toutefois qu'on a beaucoup exagéré ses mérites et qu'il faut reconnaître tout ce qu'il doit à ses prédécesseurs. Son principal ouvrage sur le droit international témoigne d'une érudition impressionnante qui nuit parfois à la clarté de l'exposé. D'autre part il se montre souvent moins précis que ses prédécesseurs : par exemple il qualifie encore la guerre privée de guerre¹⁹⁰. Mais il n'empêche qu'il affirme lui aussi qu'une guerre entreprise dans les formes prévues par le droit des gens est toujours juste. Il distingue en effet le droit naturel (*ius gentium naturale*) qu'il rattache à ce qu'il appelle la justice interne et le droit des gens (*ius gentium*

188. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 247–248; Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 207–209; Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 153–155.

189. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 249–253; Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 209–212; Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 159–160.

190. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre I, ch. III.

voluntarium) qu'il rattache à ce qu'il appelle la justice externe¹⁹¹. Le droit naturel a égard à la justice matérielle de la guerre : il s'intéresse donc à la cause pour laquelle on l'entreprend. Grotius examine longuement quelles sont les causes pour lesquelles on peut justement entreprendre de faire la guerre à autrui. Il s'interroge également sur l'étendue des droits acquis en vertu du droit naturel par la partie lésée dans la réparation du tort qu'elle a subi. Il présente donc un tableau complet du droit naturel en disant dans quels cas il est licite de faire la guerre et ce qu'il est permis de faire dans une guerre juste pour corriger l'injustice qu'on a subi. Mais à la guerre juste selon le droit naturel répond d'après Grotius la guerre solennelle selon le droit des gens. Une guerre est dite solennelle lorsqu'elle est publique de part et d'autre et qu'elle a été déclarée dans les formes¹⁹². Le droit des gens autorise beaucoup de choses dans la guerre solennelle qui répugnent au droit naturel jusque dans une guerre juste¹⁹³. Le droit naturel se rapporte à la justice intérieure qui n'est rien d'autre que le tribunal de la conscience¹⁹⁴. En revanche le droit des gens se rapporte à la justice extérieure qui comprend tout « ce à quoi l'on peut être contraint »¹⁹⁵. Tous les effets qu'aurait pu avoir le droit naturel sont donc annulés par le droit des gens. Grotius explique qu'il a plu aux nations d'en disposer ainsi parce qu'il aurait été trop difficile de se prononcer entre deux peuples sur la justice de la guerre et qu'elles avaient donc préféré « abandonner cette appréciation à la conscience des belligérants »¹⁹⁶. Il n'a donc jamais prétendu accorder la moindre force obligatoire au droit naturel et c'est uniquement en qualité de directeur de conscience qu'il s'y est intéressé. Il s'élève d'ailleurs contre ceux qui pensent qu'une guerre juste entraîne des effets juridiques¹⁹⁷.

Ainsi les précurseurs du droit international avaient fini par admettre qu'on devait ignorer le droit naturel et considérer toute guerre interétatique comme une guerre juste. Le droit positif qui avait établi qu'une guerre publique de part et d'autre était juste par définition devenait l'unique droit international reconnu en pratique. Le fait qu'on admit désormais la priorité du droit positif sur le droit naturel suffisait à montrer qu'on avait abandonné l'antique conception du droit. La doctrine classique du droit ne voyait en effet dans le droit positif rien de plus qu'une détermination du droit naturel. On avouait désormais qu'il pouvait aller à l'encontre du droit naturel, mais un tel aveu devait s'avérer difficile à maintenir en l'état. C'était

191. *Ibid.*, Prolégomènes, I-XXVII et livre I, ch. I, IX-XIV.

192. *Ibid.*, livre III, ch. III.

193. *Ibid.*, livre III, ch. IV, I-III.

194. *Ibid.*, livre III, ch. X, I-III.

195. *Ibid.*, livre III, ch. XX, XXV (trad. P. Pradier-Fodéré).

196. *Ibid.*, livre III, ch. IV, IV (trad. P. Pradier-Fodéré).

197. *Ibid.*, livre I, ch. III, IV, 1.

admettre en effet qu'il suffisait aux hommes de s'entendre entre eux pour défaire ce que Dieu avait fait et que lui-même ne pouvait pas défaire. C'est pourquoi l'on abandonna bientôt le droit naturel au profit du positivisme juridique qui présentait l'avantage d'éviter cette fâcheuse conséquence. Mais il fallut alors admettre qu'il n'existait aucun véritable droit international du fait qu'il n'existait pas d'autorité qui pût imposer sa volonté aux États. Cette conséquence devint d'autant plus rapidement intolérable qu'on admettait difficilement qu'il n'existât aucun critère du juste en dehors de la volonté du souverain. On revint alors au droit naturel mais cette fois on voulut aligner le droit positif sur le droit naturel. Le droit international classique, produit de la crise de civilisation qui avait secoué l'Europe après la Réforme protestante et qu'il avait contribué à résoudre, fut ainsi détruit par l'idéalisme wilsonien au début du XX^e siècle. Pourtant cette évolution était déjà contenue dans l'abandon de la doctrine classique du droit au profit d'une philosophie d'inspiration nominaliste. La philosophie aristotélo-thomiste avait établi la distinction entre la morale et le droit sur la base de la distinction entre la vertu de justice générale et la vertu de justice particulière : la morale indique une conduite à suivre ; le droit désigne une situation concrète d'égalité. L'adoption d'une philosophie d'inspiration nominaliste avait ruiné cette distinction en définissant le droit comme une règle de conduite. Le droit ne différait plus de la morale qu'en tant qu'il était un ordre du souverain tandis qu'elle émanait de la conscience. Saint Thomas d'Aquin n'avait aucun mal à concevoir qu'il puisse exister une morale internationale, mais il savait qu'il n'existait pas une amitié suffisante entre les unités politiques pour qu'il existe un droit international au sens plein du terme. Il ne serait jamais venu à l'esprit de quiconque qu'il existât un véritable droit international si l'on avait pas abandonné la doctrine classique du droit. On n'aurait jamais eu besoin d'admettre la priorité du droit positif sur le droit naturel afin de parvenir à circonscrire la guerre. Et par conséquent personne n'aurait cru devoir rétablir la suprématie du droit naturel qui provoqua la discrimination entre les belligérants et conduisit à la guerre totale.

La neutralisation de la question de la *iusta causa* devait également contribuer à circonscrire la guerre d'une autre manière : elle jetait les fondements d'un droit de la neutralité qui vit le jour plus tard. Il est en effet difficile de justifier la neutralité d'un tiers dès lors qu'on a distingué entre une partie qui lutte pour la justice et une autre qui fait une guerre injuste. Cela reviendrait en effet à admettre qu'on puisse se comporter de la même façon avec le coupable qu'avec sa victime. Il n'est concevable de se tenir à égale distance de chacun des belligérants qu'à condition qu'on ait d'abord admis leur égalité en refusant de se prononcer sur la justice matérielle de la guerre. Il était courant dans l'entre-deux-guerres de justifier l'article 16 du Pacte de

la Société des Nations en se réclamant de l'autorité de Grotius. Cet article engageait tous les membres de la Société des Nations à se porter au secours d'un membre qui serait victime d'une guerre injuste. Grotius avait en effet écrit qu'on devait repousser la violence faite à autrui, sauf lorsqu'on estimait qu'une intervention serait plus néfaste qu'avantageuse¹⁹⁸. Il avait également dit qu'il incombait à ceux qui n'avaient aucune part dans la guerre de ne rien faire pour aider celui qui soutenait une cause injuste¹⁹⁹. Mais il est clair qu'il parlait de ce qui était requis par le droit naturel dont il avait reconnu par ailleurs qu'il regardait uniquement la justice interne. D'ailleurs il précisait immédiatement après avoir dit cela qu'en cas de doute sur la justice d'une guerre on devait traiter les belligérants de la même façon. Il justifiait en outre qu'on regarde une guerre solennelle comme juste de part et d'autre par l'argument suivant : « vouloir prononcer entre deux peuples sur la justice de la guerre, serait périlleux pour les autres peuples, qui, par ce moyen, se trouveraient impliqués dans la guerre d'autrui »²⁰⁰. Pour autant il n'avait manifestement pas conçu l'idée d'un droit de la neutralité qui aurait automatiquement garanti les droits des peuples qui se tenaient en dehors de la guerre. Il recommande en effet aux peuples qui n'ont aucune part à la guerre de s'unir par une alliance à tous les belligérants afin de pouvoir s'abstenir de la guerre avec leur accord²⁰¹. Le respect automatique de la neutralité n'était d'ailleurs pas encore passé dans la pratique à cette époque²⁰².

Il nous faut enfin évoquer la question des *amity lines* qui permirent de maintenir la lutte coloniale hors d'Europe. La question avait surgie avec le début de l'expansion coloniale européenne. Le traité de Tordesillas avait partagé le monde entre le roi du Portugal et la monarchie espagnole. Les autres puissances avaient néanmoins refusé d'admettre les prétentions lusitano-espagnoles sur les territoires situés hors du continent européen. Un compromis vit progressivement le jour afin d'éviter que les conflits coloniaux n'entraînent des guerres sur le continent européen²⁰³. Le principe qui devait aboutir plus tard aux lignes d'amitié fit sa première apparition en 1556 dans les dispositions du traité qui instaurait la trêve de Vaucelles. Le roi de France reconnaissait qu'il était interdit à ses sujets de naviguer et de commercer dans les Indes sans une autorisation du roi d'Espagne. Celui-ci se voyait reconnaître le droit d'user de la force contre d'éventuels contrevenants sans pour autant remettre en cause la trêve. Les premières véritables lignes d'amitié n'apparurent toutefois

198. *Ibid.*, livre II, ch. XXV, VII.

199. *Ibid.*, livre III, ch. XVII, III, 1.

200. *Ibid.*, livre III, ch. IV, IV (trad. P. Pradier-Fodéré).

201. *Ibid.*, livre III, ch. XVII, III, 3.

202. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 221–225.

203. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 152–157 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 87–100.

qu'avec le traité de Cateau-Cambrésis. Les négociateurs français et espagnols du traité parvinrent oralement à un accord d'après lequel tout acte de violence commis à l'ouest du premier méridien et au sud du tropique du Cancer ne serait pas considéré comme une violation des traités. Le principe se généralisa par la suite au reste de l'Europe. Le corsaire anglais Francis Drake résuma la situation par une phrase célèbre : « *No peace beyond the line.* » Richelieu fixa quant à lui dans une ordonnance de 1634 la frontière entre la sphère de la raison et le règne de la force sur le méridien de Ferro et le tropique du Cancer. Il était ainsi admis qu'on pouvait se livrer une lutte féroce en dehors du continent européen sans compromettre la paix en Europe. Autrement dit le droit des gens n'avait plus cours au-delà des frontières de l'Europe où c'était la loi du plus fort qui régnait. On voulait éviter que les conflits incessants auxquels donnait lieu l'expansion coloniale n'entraînent des guerres trop nombreuses sur le continent. Nous verrons toutefois que l'importance des *amity lines* ne tarda pas à décliner à l'époque suivante.

2.5 De l'explosion de la violence religieuse à la neutralisation du facteur confessionnel

Avec l'avènement de la Réforme protestante en Europe, la guerre se teinta d'un motif religieux qui entraîna une radicalisation de la violence²⁰⁴. Dans chaque camp on était persuadé de se battre pour Dieu et l'on regardait son adversaire comme un criminel. On refusait dès lors de l'envisager sur un pied d'égalité avec soi et on se croyait par conséquent fondé à l'exterminer par tous les moyens. Les populations civiles n'étaient plus épargnées et l'on ne s'embarassait plus de prisonniers. Les cadavres étaient mutilés et exposés à la vue de tous. D'ailleurs les civils ont largement participé aux conflits religieux qui ont ensanglanté l'Europe à cette époque. La plupart des massacres qui touchèrent les protestants français furent le fait de l'action autonome des citoyens qui exprimaient ainsi leur refus de la politique royale de tolérance. Les civils devaient former des milices pour défendre leur communauté contre les armées qui n'avaient plus aucun égard pour eux. Il arriva même qu'on vît des hommes d'Église combattre dans les milices ! Quand ils ne combattaient pas, ils galvanisaient les troupes en leur inspirant la haine de l'ennemi. Le schisme religieux avait achevé d'enterrer les valeurs chevaleresques qui limitaient l'intensité de la violence guerrière au Moyen Âge. Il apparut vite aux contemporains qu'il fallait trouver un moyen de résoudre la crise de civilisation qui déchirait l'Europe. La haine religieuse s'apaisait lentement à mesure qu'on se lassait des massacres qui ensanglan-

204. David El Kenz et Claire Gantet, *Guerres et paix de religion en Europe. 16^e-17^e siècles*, Paris, Armand Colin, 2003, pp. 20-25.

taient l'Europe. On redoutait en outre que la discorde à l'intérieur de la Chrétienté ne profitât aux Turcs dont les progrès en Europe centrale et orientale étaient très inquiétants. Érasme avait déjà appelé de ses vœux la paix civile et religieuse dès les premiers temps de la Réforme. Elle ne vint pourtant qu'avec l'avènement de l'État moderne qui permit la neutralisation du facteur confessionnel et l'élaboration de la notion de *iustus hostis*.

L'évacuation de la question de la *iusta causa belli* du droit des gens par les précurseurs du droit international permit en effet d'accorder le statut de *iustus hostis* à l'ensemble des belligérants. On était alors très conscient de la relation inverse que nous avons signalée entre l'étendue du *ius ad bellum* et celle du *ius in bello*. Dorénavant chaque partie acceptait de reconnaître l'égalité de l'autre et admettait qu'elle jouissait d'un droit égal dans la conduite de la guerre. La formation d'un nouveau *iustus modus bellandi* permit l'élaboration d'un *ius in bello* qui contribua à rendre la guerre plus humaine. Gentili s'attarda ainsi longuement sur les lois applicables dans la conduite des opérations²⁰⁵. Il s'intéressa notamment au sort des prisonniers de guerre ainsi qu'à la protection des civils. Il appelait en somme au retour des valeurs chevaleresques dans la conduite de la guerre. On trouve des préoccupations similaires chez Grotius qui en appelle constamment à la charité chrétienne pour adoucir les rigueurs de la guerre et recommande qu'on use avec justice de la licence qu'accorde le droit des gens²⁰⁶. Le passage dans lequel il révèle les intentions qui l'ont conduit à écrire sur le droit international est significatif : « Quant à moi, convaincu [...] de l'existence d'un droit commun à tous les peuples, et servant soit pour la guerre, soit dans la guerre, j'ai eu de nombreuses et graves raisons pour me déterminer à écrire sur le sujet. Je voyais dans l'univers chrétien une débauche de guerres qui eût fait honte même aux nations barbares ; pour des causes légères ou sans motifs on courait aux armes, et lorsqu'on les avait une fois prises, on n'observait plus aucun respect ni du droit divin, ni du droit humain, comme si, en vertu d'une loi générale, la fureur avait été déchaînée sur la voie de tous les crimes. »²⁰⁷ On voit qu'il nourrissait des ambitions bien plus modestes que celles qu'on lui prête souvent aujourd'hui. D'une part il enjoignait les souverains chrétiens à ne pas recourir aux armes inconsidérément en leur exposant l'enseignement du droit naturel sur la question de la *iusta causa*. D'autre part il les exhortait à respecter le *ius in bello* dans le but de diminuer les horreurs de la guerre. Mais c'était après les avoir convaincus qu'il leur fallait renoncer à tenir rigueur à leur ennemi de ce qu'ils pensaient qu'il leur faisait une guerre injuste.

205. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 253–256 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 212–214.

206. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre III, ch. XI.

207. *Ibid.*, Prolégomènes, XXVIII (trad. P. Pradier-Fodéré).

Toutefois les peuples extra-européens n'ont jamais été admis en pratique au bénéfice du droit des gens qui voyait le jour à cette époque sous l'impulsion des précurseurs du droit international. Les Indiens d'Amérique furent victimes d'une férocité que l'on peut difficilement concevoir sans horreur. Jusqu'au plus fort de la crise de civilisation qui traversa l'Europe à cette époque, jamais les Européens ne s'étaient comportés de la sorte entre eux. Charles Quint avait d'abord autorisé l'esclavage des Indiens en 1517 avant de l'interdire en 1526. Paul III s'était quant à lui prononcé contre la réduction en esclavage des Indiens dans les bulles *Veritas ipsa* et *Sublimis Deus* en 1537. Le sort à réserver aux Indiens d'Amérique fut par la suite l'objet de la célèbre Controverse de Valladolid qui opposa l'humaniste Juan Ginés de Sepúlveda au dominicain Bartolomé de Las Casas. Sepúlveda présentait les Indiens comme des sauvages destinés par la nature à l'esclavage. Las Casas affirmait au contraire qu'ils étaient des hommes à part entière et obtint finalement gain de cause. La victoire de l'universalisme chrétien dans la Controverse de Valladolid ne signifie pas qu'on avait renoncé à toute discrimination en faveur des Européens dans la conduite de la guerre. Gentili soutenait ainsi qu'il était permis de réduire en esclavage les prisonniers dans une guerre contre les infidèles tandis qu'il niait qu'il fût permis d'en faire autant dans une guerre entre chrétiens²⁰⁸. Grotius affirmait qu'il était permis par le droit des gens d'asservir les prisonniers de guerre mais ajoutait qu'il s'était établi un usage différent entre les chrétiens²⁰⁹. L'idée qu'on pût asservir les prisonniers capturés dans une guerre contre des infidèles ou des païens ne semblait donc pas le choquer. Il ne fait par conséquent aucun doute qu'à cette époque on appliquait aux peuples extra-européens un traitement très différent de celui qui prévalait entre les nations européennes.

3 L'âge d'or du droit international classique

La Paix de Westphalie qui met fin à la guerre de Trente Ans consacre le début de l'hégémonie française sur l'Europe. Il faudra toutefois encore attendre le traité des Pyrénées en 1659 pour voir l'Espagne renoncer à son statut. Durant le même temps la Hollande était devenue une puissance en Europe et l'Espagne avait dû reconnaître définitivement son indépendance à l'issue de la Guerre de Trente Ans. L'Angleterre avait poursuivi son expansion coloniale et avait continué d'accroître la puissance de sa marine. L'apogée de la puissance française coïncide avec le règne de Louis XIV qui voit le triomphe de l'absolutisme. Le roi a bénéficié des efforts de Richelieu

208. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 213.

209. Hugo Grotius, *op. cit.*, livre III, ch. VII.

et Mazarin qui lui ont laissé un royaume considérablement renforcé : le royaume est de très loin le plus riche et le plus peuplé d'Europe. La puissance politique de la noblesse est définitivement réduite à néant après la Fronde. L'aristocratie française vit désormais dans l'ombre du roi à la Cour qu'il fait installer dans le somptueux palais de Versailles. Les parlements sortent également diminués de son règne. L'Angleterre prend un chemin opposé à la même époque : l'absolutisme des Stuart se heurte à l'opposition des communes qui triomphe et parvient à imposer un régime parlementaire à l'issue de la Glorieuse Révolution. Ayant affermi son pouvoir à l'intérieur, Louis XIV peut désormais faire la guerre à l'extérieur : il passera presque tout son règne à se battre contre le reste de l'Europe. Les premières années confirment l'hégémonie française : la Guerre de Dévolution se termine par une victoire, tout comme la Guerre de Hollande. Toutefois les succès français inquiètent l'Europe et Louis XIV a trop le souci de sa gloire pour se montrer raisonnable. Il veut achever le pré carré français mais fait preuve de précipitation. Son orgueil et sa démesure manquent de peu de conduire la France à sa perte. Au lieu d'attendre patiemment la succession d'Espagne afin d'obtenir pacifiquement les territoires qu'il convoite au Nord-Est, il se lance en 1688 dans la guerre de la Ligue d'Augsbourg qui dure jusqu'en 1697. La France est confrontée à une coalition qui rassemble la majeure partie de l'Europe. Cette guerre voit notamment le succès inquiétant de la flotte anglo-hollandaise sur la flotte française à la bataille de La Hougue. Le traité de Ryswick est néanmoins favorable à la France qui est ainsi parvenue à résister au reste de l'Europe. La Guerre de Succession d'Espagne va pousser la France dans ses derniers retranchements.

Charles II, roi d'Espagne, meurt sans postérité le 1^{er} novembre 1700 en ayant légué sa couronne par testament à Philippe d'Anjou, petit-fils de Louis XIV. Louis XIV aurait pu contraindre son petit-fils à renoncer à cet héritage et obtenir d'importantes compensations pour la France. Mais il brûle trop d'installer son petit-fils sur le trône d'Espagne. Philippe d'Anjou s'en va aussitôt recueillir son héritage pour satisfaire la vanité de son auguste grand-père. L'Europe s'unit à nouveau contre la France et l'Espagne au sein d'une coalition impressionnante. Les armées de la coalition infligent d'abord plusieurs défaites cuisantes aux troupes de Louis XIV. La France demande la paix en 1708 mais refuse d'accepter les conditions humiliantes qui lui sont proposées. C'était au tour des États de la coalition de pécher par orgueil en insultant Louis XIV. Ils allaient apprendre à leurs dépens qu'on n'humiliait pas impunément le Roi Soleil. Les années suivantes voient en effet la France réussir dans un sursaut d'orgueil un spectaculaire retournement de situation. Les armées franco-espagnoles triomphent sur tous les fronts et peuvent reprendre l'offensive en

Allemagne. Mais la guerre doit cesser en raison de l'épuisement de la France et des États coalisés après dix années de guerre. Les pourparlers sont ouverts dès janvier 1712 et aboutissent à la signature du traité d'Utrecht en 1713. Louis XIV parvient à préserver ses conquêtes et le trône de son petit-fils mais celui-ci doit renoncer à ses droits sur le trône de France. Le traité consacre surtout le statut de grande puissance de l'Angleterre qui devient l'ennemie mortelle de la France. Le royaume capétien sort considérablement agrandi bien qu'exsangue du règne de Louis XIV qui est incontestablement le plus grand monarque d'Europe. Celui qu'on appelle désormais Louis le Grand est néanmoins parvenu à renforcer l'hégémonie française. Lorsqu'il s'éteint après 72 ans de règne en 1715, l'Électeur de Saxe peut déclarer à ses ministres sans davantage de précision : « Messieurs, le Roi est mort. »

Cette époque est marquée par d'importants progrès dans le domaine scientifique et une grande effervescence culturelle. La science moderne expérimentale parvient à des résultats stupéfiants avec la théorie de Newton à la fin du XVII^e siècle. Cette révolution scientifique était l'aboutissement de l'effort entrepris par Galilée (qui eut l'idée d'utiliser l'outil mathématique en physique) et Descartes (qui inventa la géométrie analytique). Les progrès de la science moderne, qui avaient été spectaculaires depuis le début du XVII^e siècle, allèrent en s'accéléralant pendant tout le XVIII^e siècle. Le succès de la science joua sans doute une part importante dans le développement de l'idéologie progressiste au cours du siècle des Lumières. Le triomphe de l'idéologie du progrès et la révolution philosophique qu'elle impliquait avaient été annoncés dès la fin du XVII^e par la Querelle des Anciens et des Modernes dont l'Académie française fut le théâtre. C'est à l'occasion de cet épisode fameux qu'on osa pour la première fois proclamer la supériorité de l'art moderne sur l'art classique. Le fait qu'un tel débat eut lieu en France n'est pas pour étonner tant la culture française du Grand Siècle domine l'Europe. Jamais peut-être depuis le siècle de Périclès aucune civilisation n'avait brillé de tant d'éclat en Europe. Qu'on songe un instant aux noms célèbres qui font alors l'orgueil de la France et l'éclat incomparable de sa civilisation : Corneille, Molière, Racine, Boileau, Perrault, La Fontaine, La Bruyère, Le Brun, Le Nôtre, Bossuet, etc. On comprend l'audace des contemporains qui s'émancipaient de l'héritage de l'Antiquité. La domination de la langue et de la culture française se poursuivra tout au long du XVIII^e siècle qui voit néanmoins une certaine anglomanie pénétrer les salons. La philosophie de Newton et de Locke trouve à cette époque un nombre croissant d'adhérents sur le continent. Nombre d'intellectuels français comme Voltaire et Montesquieu voient dans l'Angleterre un modèle à imiter. Il est vrai que le modèle absolutiste entre en crise à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Le siècle des Lumières s'achève d'ailleurs par le cataclysme de la Révolution

française qui détruit la monarchie française.

L'évolution politique de l'Europe entre la fin du XVII^e siècle et l'ouverture de la Révolution française voit survenir plusieurs changements d'importance. Nous avons déjà dit que l'Espagne avait dû renoncer à jouer un rôle de premier plan en Europe. C'est bientôt également le cas de l'Empire ottoman qui est entré en décadence après avoir fait trembler l'Europe pendant des siècles. Il est notamment vaincu à plusieurs reprises par l'Autriche et la Russie. Le XVIII^e siècle voit également l'entrée de la Prusse et de la Russie dans le club des grandes puissances. La Russie devient une grande puissance européenne pendant le règne de Pierre le Grand, à l'issue de la guerre qui l'oppose à la Suède de Charles XII. La Prusse doit quant à elle son nouveau statut à la fortune de ses armes pendant le règne de Frédéric II. Elle est devenue une grande puissance à l'issue de la Guerre de Sept Ans. Mais le XVIII^e voit surtout la France et l'Angleterre s'affronter pour la première place. Il ne s'agit d'ailleurs plus d'une lutte pour l'hégémonie sur l'Europe mais pour l'empire sur le monde. L'affrontement avait commencé lors de la Guerre de Succession d'Espagne. Il entre dans une nouvelle phase avec la Guerre de Succession d'Autriche, qui voit la France triompher sur le continent mais perdre dans les colonies face aux Anglais. En définitive les avantages qu'elle aurait pu retirer de cette guerre vont à la Prusse. La France mettra longtemps à comprendre que son véritable ennemi était l'Angleterre et qu'elle avait intérêt à s'allier avec l'Autriche. C'est finalement chose faite durant la Guerre de Sept Ans qui s'achève toutefois par un désastre pour la France. Sa marine n'est pas à la hauteur et doit s'incliner devant la flotte britannique. Le traité de Paris prive la France d'une grande partie de ses colonies. Il semble alors que l'Angleterre l'a définitivement emporté sur la France. La sage politique de Vergennes permet pourtant à la France de prendre sa revanche à l'occasion de la Guerre d'indépendance des États-Unis d'Amérique. Le traité de Versailles efface en partie celui de Paris, c'est au tour de l'Angleterre d'être humiliée. À la veille de la Révolution française, l'empire du monde reste à prendre.

3.1 L'unité de la civilisation européenne à son apogée

Le droit international de cette époque subit l'influence de la philosophie rationaliste et universaliste. Les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens à cette époque affirment tous l'existence d'une société internationale comprenant l'ensemble des nations dont l'existence ressortit au droit de nature. On aurait tort toutefois d'imaginer que l'unité morale et religieuse de l'Europe n'avait aucune part dans le droit des gens entre le milieu du XVII^e siècle et la fin du XVIII^e siècle. Il faut plutôt admettre que le rôle de l'unité spirituelle de l'Europe allait sans dire et qu'on préférait

mettre l'accent sur le fondement naturel et raisonnable de la société internationale. Wilhelm Grewe insiste sur le fait que l'on continuait à distinguer la société des États chrétiens du reste du monde²¹⁰. Il affirme que l'on ne doit pas s'appuyer uniquement sur le discours rationaliste et universaliste qu'affectionnaient les auteurs de l'époque : « Aussitôt que l'on quitte les sphères de la spéculation rationnelle et que l'on aborde la réalité concrète de la diplomatie et de la politique, on est confronté au fait que le droit public de l'Europe restait un ordre juridique de la Chrétienté. »²¹¹ D'ailleurs l'intérêt de la Chrétienté était systématiquement mentionné dans les traités de cette époque, lesquels commençaient très souvent par une évocation de la Sainte Trinité. Les relations entre les États européens et le reste du monde s'étaient certes accrues pendant cette période, mais elles restaient sans commune mesure avec la densité des relations entre les États européens. Les représentations diplomatiques permanentes à l'étranger, qui étaient désormais généralisées à l'intérieur de l'Europe, demeuraient rarissimes dans le reste du monde. Les diplomates européens résidant à Constantinople ne jouissaient d'ailleurs pas du droit d'extraterritorialité coutumier en Europe et leur inviolabilité n'était pas respectée pas le gouvernement ottoman. Le diplomate néerlandais Abraham de Wicquefort écrit ainsi en 1677 au sujet de l'Empire ottoman : « L'orgueil de cette nation là, nourri par les divisions des princes chrétiens, ne connaît point le droit des gens, et ne sait ce que c'est ni honneur ni coutume. »²¹²

L'Europe présentait à cette époque une homogénéité tout à fait remarquable qui conférait toute sa substance au droit international. À la famille des nations européennes répondait alors la grande famille des souverains européens qui étaient tous liés par le sang. Chacun était tenu informé de ce qui se passait dans tous les autres pays d'Europe par l'intermédiaire des représentations diplomatiques permanentes qui s'y trouvaient. Le français était parlé dans toutes les cours d'Europe et servait également de langue diplomatique. Il conservera d'ailleurs ce rôle jusqu'au début du XX^e siècle et demeure aujourd'hui encore la langue diplomatique du Vatican. La culture française était d'ailleurs un facteur d'unité important à cette époque tant elle régnait sans partage sur les élites européennes. Frédéric II ne voulait parler qu'en français, il fut d'ailleurs un grand écrivain de langue française, jugeant l'allemand trop barbare. Leibniz a écrit sa *Monadologie* directement en français comme c'était courant à l'époque et jusqu'au XIX^e siècle. L'Europe formait alors une vaste République des Lettres à l'intérieur de laquelle les idées circulaient librement et les écrivains communiquaient régulièrement par voie épistolaire. Les savants sont admis

210. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 287–294.

211. *Ibid.*, p. 288.

212. *Ibid.*, p. 294.

dans l'entourage des princes et trouvent dans l'aristocratie une aide précieuse : Voltaire fut ainsi invité par Frédéric II et Diderot séjourna à la cour de Catherine II. Les diplomates de toute l'Europe sont issus du même milieu aristocratique et partagent la même culture. L'unité morale et spirituelle de l'Europe autorisait une grande fluidité des alliances entre les puissances européennes qui n'étaient pas empêchées de changer d'alliés pour des raisons idéologiques. Le grand renversement des alliances qui préluda à la Guerre de Sept Ans illustre ainsi parfaitement l'homogénéité de l'Europe à cette époque.

L'Europe demeurait donc un monde à part entre le milieu du XVII^e siècle et la fin du XVIII^e siècle. La communauté de civilisation entre les États européens permettait l'existence d'un corps de règles présidant à leurs relations. Les contemporains étaient d'ailleurs tout à fait conscients de l'unité morale et spirituelle de l'Europe comme du rôle qu'elle jouait dans les relations entre les États européens. Voltaire écrivait ainsi la chose suivante au sujet de l'Europe au début du règne de Louis XIV : « Il y avait déjà longtemps qu'on pouvait regarder l'Europe chrétienne (à la Moscovie près) comme une grande république partagée en plusieurs États, les uns monarchiques, les autres mixtes ; ceux-ci aristocratiques, ceux-là populaires ; mais tous correspondant les uns avec les autres ; tous ayant un même fonds de religion, quoique divisés en plusieurs sectes ; tous ayant les mêmes principes de droit public et de politique, inconnus dans les autres parties du monde. C'est par ces principes que les nations européennes ne font point esclaves leurs prisonniers ; qu'elles respectent les ambassadeurs de leurs ennemis ; qu'elles conviennent ensemble de la prééminence et de quelques droits de certains princes, comme de l'empereur, des rois, et des autres moindres potentats ; et qu'elles s'accordent surtout dans la sage politique de tenir entre elles, autant qu'elles peuvent, une balance égale de pouvoir, employant sans cesse les négociations, même au milieu de la guerre, et entretenant les uns chez les autres des ambassadeurs, ou des espions moins honorables, qui peuvent avertir toutes les cours des desseins d'une seule, donner à la fois l'alarme à l'Europe, et garantir les plus faibles des invasions que le plus fort est toujours prêt d'entreprendre. »²¹³ On pourrait encore citer quantité d'autres exemples qui attestent le sentiment de la communauté de civilisation qui régnait alors en Europe.

3.2 Le développement de l'État moderne

L'État moderne né au cours de l'époque précédente atteignit entre le milieu du XVII^e siècle et la fin du XVIII^e un degré de développement supérieur. L'administration de l'État croissait rapidement et devenait plus rationnelle qu'auparavant : il

213. Voltaire, *Le siècle de Louis XIV*, 1751, ch. II.

s'agissait notamment de prélever sur l'économie nationale des ressources suffisantes pour financer l'effort militaire permanent. Les armées elles-mêmes se dotaient d'une véritable administration à mesure qu'on cessait de recourir au mercenariat : la défense était devenue une fonction de l'État qui la prenait désormais lui-même en charge. La personne du souverain s'effaçait derrière l'État qui s'institutionnalisait : les traités internationaux furent progressivement regardés comme des engagements institutionnels liant des États entre eux et cessèrent peu à peu d'être considérés comme des engagements personnels engageant la personne des souverains qui les avaient signés²¹⁴. Si le financement et l'organisation de la guerre étaient sans doute la fin en vue de laquelle s'est développé l'État moderne, la poursuite de cet objectif avait suscité le développement d'une économie mercantiliste. L'État imposait des droits de douanes à ses frontières et instaurait le libre-échange à l'intérieur. Le but était d'attirer à l'intérieur les métaux précieux et d'empêcher qu'ils ne s'échappassent à l'étranger où ils auraient pu servir à financer l'effort de guerre. Dans le but d'accroître la richesse nationale, et donc la part des ressources disponibles pour financer sa politique étrangère, l'État se fit lui-même entrepreneur. Colbert prit ainsi plusieurs initiatives en vue de stimuler l'activité économique et de susciter la naissance d'industries nouvelles en France. La doctrine mercantiliste et le développement de la fiscalité royale renforcèrent la territorialisation de l'État : grâce aux progrès de la cartographie, les frontières entre les États étaient désormais très précisément déterminées et faisaient l'objet de traités. Le rapport entre la religion et l'État évolua également en faveur de ce dernier qui imposa son contrôle sur les Églises. Cette évolution eut lieu également dans les États catholiques comme la France où la monarchie favorisa l'émergence d'une Église nationale moins soumise à Rome et davantage au pouvoir royal. L'idée de tolérance fit également son chemin à cette époque avec l'édit de tolérance de Joseph II en Autriche ou le despotisme éclairé de Frédéric II en Prusse. En dépit de l'évolution commune à l'ensemble des États de l'époque dont nous venons de parler, il faut distinguer entre le modèle absolutiste dont la France est le type achevé et le modèle parlementariste représenté par l'Angleterre. Le modèle absolutiste tend à la centralisation administrative et à la concentration de tous les pouvoirs dans la personne du souverain. Il annonce l'individualisme démocratique en détruisant les corps intermédiaires comme l'avait bien vu Tocqueville : « L'aristocratie avait fait de tous les citoyens une longue chaîne qui remontait du paysan au roi ; la démocratie brise la chaîne et met chaque anneau à part. »²¹⁵ Le souverain absolu devint l'unique source du pouvoir en abaissant les puissances intermédiaires.

214. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 361.

215. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome II, 1840, deuxième partie, ch. II.

Les têtes qui dépassaient trop visiblement devaient tomber : Nicolas Fouquet l'apprit à ses dépens au début du règne de Louis XIV. L'Angleterre suivit un chemin opposé à celui qu'avait emprunté la monarchie française. La Glorieuse Révolution consacra l'échec du projet absolutiste des Stuart et le triomphe du parlementarisme aristocratique. Le pouvoir est détenu par un parlement aristocratique et bourgeois qui ôte rapidement tout pouvoir au souverain. Le *Bill of Rights* définit les libertés fondamentales dont pouvait jouir tout homme à l'intérieur du royaume. Le modèle absolutiste connut une crise en France dans la seconde moitié du XVIII^e siècle qui aboutit à la Révolution française. Mais d'un autre côté il continua d'inspirer la majorité des États continentaux. Le modèle parlementariste connut une singulière fortune en Angleterre mais échoua à son tour en Pologne.

3.3 Le droit public de l'Europe

La définition du droit des gens (souvent appelé droit public à cette époque) divisa les théoriciens du droit international du temps. On distingue souvent trois écoles sur cette question : l'école du droit naturel, l'école du droit positif et l'école de la synthèse²¹⁶. Le classement des auteurs à l'intérieur de ces trois écoles fait l'objet de controverses entre les historiens, certains d'entre eux étant à la charnière entre les différentes approches du droit international à cette époque. L'école du droit naturel était influencée par la philosophie de Thomas Hobbes qui niait l'existence d'un véritable droit international. Hobbes a d'une certaine manière sécularisé la philosophie de Guillaume d'Occam et fondé le positivisme juridique moderne²¹⁷. L'homme est d'après lui apolitique par nature et jouit naturellement d'une liberté totale. Mais le droit de tous sur tout aboutit à la guerre de tous contre tous. C'est pourquoi la raison conduit l'homme à quitter l'état de nature et l'instabilité qui l'accompagne en instituant un souverain doté d'un pouvoir de coercition sur la société. Le droit étant l'expression de la volonté du souverain, il n'existe aucun droit international. Hobbes ne craignait d'ailleurs pas d'affirmer que les souverains entre eux étaient à l'état de nature. Autrement dit le droit international était selon lui identique au droit naturel et le droit de chaque souverain s'étendait aussi loin qu'il pouvait l'étendre. Pufendorf est rangé dans l'école du droit naturel du fait qu'il affirmait comme Hobbes que le droit des gens relevait du droit naturel²¹⁸. Mais l'état de nature est pour lui un état de paix tandis que c'était un état de guerre pour Hobbes. Les souverains ne jouissent donc pas selon lui d'une licence totale comme c'était le cas chez Hobbes. L'école du

216. Dominique Gaurier, *op. cit.*, p. 228 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 352.

217. Michel Villey, *La formation de la pensée juridique contemporaine*, *op. cit.*, pp. 559–618.

218. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 231–232 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 352–355.

droit positif identifiait au contraire le droit international à la coutume et à l'usage suivis par les nations dans leurs rapports mutuels²¹⁹. Elle refusait d'admettre que le droit naturel pût être une source du droit international. Toutefois les auteurs qu'on rattache habituellement à cette école conservaient généralement quelque chose de la doctrine du droit naturel qu'ils tenaient des théologiens espagnols de l'époque précédente. On inclue généralement dans cette catégorie les auteurs suivants : Richard Zouche, Samuel Rachel, Wolfgang Textor, Cornelius van Bynkershoek et Johan Jakob Moser. L'école de la synthèse tenait en quelque sorte le milieu en admettant comme Grotius la coexistence d'un droit naturel dicté par la raison et d'un droit positif issu de la coutume à l'intérieur du droit des gens²²⁰. On peut ranger dans cette école Gottfried Wilhelm von Leibniz, Christian von Wolff, Emer de Vattel et Georg Friedrich von Martens. La diversité des écoles théoriques ne doit néanmoins pas faire oublier l'unité foncière du droit international classique. Nous verrons en effet que tous les auteurs de cette époque se retrouvaient en pratique. D'ailleurs la difficulté à classer certains d'entre eux à l'intérieur d'une école de préférence à une autre témoigne de cette proximité. Tous les auteurs que l'on range dans l'école du droit naturel reconnaissaient en effet d'une manière ou d'une autre l'existence d'un droit international positif, ne serait-ce qu'afin d'éviter la discrimination entre les belligérants, tandis qu'il n'y avait pas jusqu'au positiviste le plus endurci qui ne reconnût l'existence d'un droit international naturel, au moins sous la forme d'une morale internationale.

3.4 La guerre de cabinet

Nous avons vu que les auteurs de l'époque précédente avaient dissocié la question de la *iusta causa belli* et l'attribution du statut de *iustus hostis*. Les auteurs de l'âge d'or du droit international classique ont poursuivi dans la même voie que leurs prédécesseurs. Ils affirmaient comme eux la supériorité du droit positif sur le droit naturel, à supposer qu'ils admissent l'existence d'un droit naturel, dans le but d'accorder à l'ensemble des belligérants le statut de *iustus hostis*²²¹. Ils conservaient par ailleurs les lieux communs hérités de la philosophie scolastique sur la guerre juste au sens de la justice matérielle, mais ils étaient parfaitement clairs quant au fait qu'ils n'entendaient pas qu'ils eussent le moindre effet juridique. Il était désormais admis dans toute l'Europe qu'une guerre dans les formes, c'est-à-dire une guerre interétatique précédée d'une déclaration, était juste quant à ses effets. Le fait

219. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 234–239 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 355–357.

220. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 232–234 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 355–357.

221. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 266–272 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 164–168.

qu'on reconnût le statut de *iustus hostis* à l'ensemble des belligérants d'une guerre dans les formes, sans égard pour la cause qu'ils avançaient, n'empêchait pas qu'on accordât une importance pratique, à défaut d'être juridique, à la justice au sens matériel du terme. Vattel l'affirmait avec la plus grande clarté : « Mais une chose, tolérée par nécessité dans ce droit [le droit volontaire], peut se trouver très injuste en elle-même. Un prince qui la met en pratique, peut se rendre très coupable en la conscience, et très injuste envers celui qu'il attaque, quoiqu'il n'ait aucun compte à en rendre aux nations, ne pouvant être accusé de violer les règles générales, qu'elles sont tenues d'observer entre elles. Mais s'il abuse de cette liberté, il se rend odieux et suspect aux nations [...] : il les autorise à se liguier contre lui ; et par là, dans le temps qu'il croit avancer ses affaires, il les perd quelquefois sans ressource. »²²² Et en effet l'histoire de l'Europe à cette époque regorge d'exemples d'États qui s'étaient attirés l'inimitié des autres nations par l'immoralité de leur conduite. La Grande-Bretagne fit ainsi les frais de la tyrannie qu'elle exerçait sur les mers pendant la Guerre d'indépendance des États-Unis d'Amérique. L'Europe tout entière prit alors plus ou moins ouvertement le parti de la France contre l'Angleterre. Les Pays-Bas eux-mêmes entrèrent dans la guerre aux cotés de la France.

Nous avons déjà remarqué que l'évacuation de la question de la *iusta causa* avait rendu possible le développement d'un droit de la neutralité. Le XVIII^e siècle a vu les auteurs écrivant sur le droit des gens (en particulier Cornelius van Bynkershoek, Emer de Vattel et Martin Hübner) élaborer les règles qui s'imposaient aux pays souhaitant se tenir en dehors de la guerre²²³. Toutefois le caractère institutionnel de la neutralité n'était pas encore reconnu à cette époque²²⁴. Les règles gouvernant aux relations entre les belligérants et les pays neutres continuaient d'être établies par des traités bilatéraux fixant au cas par cas les droits reconnus aux non-belligérants. Cette époque vit néanmoins se développer une tendance qui devait conduire au cours du XIX^e siècle de la neutralité contractuelle à une neutralité institutionnelle. Cette évolution fut notamment favorisée par la pratique de la neutralité armée²²⁵. La Guerre d'indépendance des États-Unis d'Amérique vit ainsi les pays neutres, à l'initiative de la Russie, affirmer leurs droits vis-à-vis des belligérants contre lesquels ils menaçaient d'entrer en guerre en cas de manquement. Cette alliance des États neutres gêna considérablement la Grande-Bretagne dont la tyrannie maritime avait fini par lasser l'Europe. Elle dut faire preuve d'une grande précaution dans l'inspec-

222. Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, livre II, ch. XVIII, § 335.

223. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 319–330 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 372–377.

224. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 377–384.

225. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 330–333 et Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 384–389.

tion des vaisseaux neutres et se trouva dans l'impossibilité d'interdire le commerce des pays neutres avec ses ennemis. Une nouvelle alliance du même genre prit forme sous l'impulsion du tsar Paul I^{er} à partir de 1800. Elle était toujours dirigée contre les pratiques anglaises de la guerre maritime. Mais cette fois l'Angleterre résolut d'empêcher qu'elle aboutît par tous les moyens. Le Danemark ayant adhéré à l'alliance, elle détruisit sa flotte par trahison en 1801. Dans le même temps, le tsar Paul I^{er}, qui ne cachait pas son admiration pour Bonaparte, fut fort opportunément assassiné. Tous les contemporains virent dans cet assassinat la main de la Grande-Bretagne. Et de fait Alexandre I^{er}, le successeur de Paul I^{er}, s'empressa d'abandonner l'alliance des neutres. La politique américaine de neutralité favorisa également l'émergence d'un droit de la neutralité institutionnalisé²²⁶. Les États-Unis d'Amérique, dont la flotte était déjà considérable à la fin du XVIII^e siècle, firent du respect de la neutralité un axe fondamental de leur politique. Toutefois leur attachement aux droits des neutres, au nom desquels ils étaient entrés dans la Première Guerre mondiale, ne les empêcha pas de les violer après 1917. Cette contradiction dans l'attitude américaine pendant la Première Guerre mondiale, tout comme la réaction de la Grande-Bretagne face à la volonté de Paul I^{er} de ressusciter la Ligue de la neutralité armée, démontre qu'il n'y a plus aucune place pour les règles du droit international dans une guerre d'anéantissement. Le respect pour le droit international s'évanouit en effet lorsqu'on défend son existence même et qu'on regarde son ennemi comme un criminel.

Nous l'avons dit plus haut, la cause mise en avant par un État pour justifier son entrée en guerre, à défaut de produire des effets juridiques, n'était pas sans incidence sur l'attitude des autres nations à son égard. Tandis qu'à l'époque précédente, on regardait l'intervention pour un motif religieux comme une cause légitime de guerre, l'époque qui s'étend du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle voit la consécration du principe de l'équilibre des puissances²²⁷. Il est alors largement admis qu'une guerre entreprise dans le but de maintenir l'équilibre est juste. La coalition de l'Europe contre la France pendant la Guerre de Succession d'Espagne l'a fort bien montré. Le traité d'Utrecht entre la France et l'Angleterre, qui mettait fin à cette guerre, élevait d'ailleurs dans son article 6 le principe de l'équilibre des puissances au rang d'un objectif de l'Europe tout entière. L'affirmation de la légitimité d'une guerre entreprise dans le but de maintenir l'équilibre n'était pas en contradiction avec la doctrine scolastique de la guerre juste, d'après laquelle une guerre n'était juste qu'à condition qu'elle fût entreprise en vue de la paix, en cela

226. Wilhem Grewe, *op. cit.*, pp. 389–393.

227. *Ibid.*, pp. 336–342.

qu'on était alors convaincu qu'il était indispensable de préserver l'équilibre pour assurer la paix. L'objectif de la préservation de l'équilibre entre les puissances européennes conduisit par ailleurs à saper le fondement sur lequel reposait les *amity lines* à l'époque précédente²²⁸. Le calcul de l'équilibre incluait dorénavant les territoires hors du continent européen. Wilhelm Grewe a donc raison de relativiser l'importance accordée par Carl Schmitt aux *amity lines* dans lesquelles il voyait l'illustration de l'ancrage territorial de l'ordre juridique international. Tout indique au contraire qu'elles déclinèrent rapidement à partir du XVII^e siècle. Si le fondement territorial du droit international classique n'était probablement pas aussi important que Carl Schmitt le pensait, en revanche il est exact qu'il reposait sur la communauté de civilisation entre les nations européennes. Ainsi le traité de Karlowitz qui mit un terme à la guerre entre l'Empire ottoman et l'Autriche en 1699 ne faisait qu'instaurer une paix valable pour 25 ans seulement²²⁹. Autrement dit il était admis à l'époque que la guerre était l'état normal entre les États chrétiens et musulmans. Le droit musulman ne prévoyait d'ailleurs pas autre chose en cette matière²³⁰.

3.5 La guerre en dentelles

Le raffinement de la civilisation européenne entre le milieu du XVII^e siècle et la fin du XVIII^e ne saurait être mieux perçu qu'en observant la façon dont on se faisait la guerre à cette époque. On parle à leur sujet de guerres de cabinet : il s'agissait d'affrontements réglés de façon très stricte et dont l'enjeu était limité. Les hommes qu'elles mettaient aux prises étaient des gentilshommes tout aussi à l'aise dans les salons que sur un champ de bataille. Il n'était pas rare qu'on échangeât un salut courtois avant d'en venir aux mains. Loin d'être la mêlée atroce et confuse qu'elle est devenue, la guerre reflétait le raffinement de l'époque. L'atmosphère générale de la guerre à cette époque est parfaitement retranscrite par l'anecdote célèbre impliquant le comte d'Anterroches lors de la bataille de Fontenoy en 1745. Cet officier français, croyant être invité à ouvrir le feu par Sir Charles Hay, lui aurait fait la réponse suivante : « Monsieur, nous n'en ferons rien ! Tirez vous-mêmes ! » On comprend pourquoi l'on parle également de guerre en dentelles, en référence aux manchettes de dentelles qu'on portait alors dans la haute société, pour qualifier la guerre à cette époque. L'élaboration d'un *ius in bello* très sophistiqué avait été rendu possible par la dissociation entre la question de la *iusta causa* qu'on abandonnait à la conscience des souverains et le statut de *iustus hostis* qu'on accordait à l'ensemble des belligérants.

228. *Ibid.*, pp. 157–162 et 294–295.

229. Jean-Paul Roux, *op. cit.*, p. 270.

230. Majid Khadduri, *op. cit.*, pp. 133–137 et 220–222.

La guerre était entreprise au nom de la raison d'État et l'on évitait soigneusement d'en faire une lutte idéologique. De toute manière la grande homogénéité idéologique qui régnait alors en Europe interdisait tout conflit de ce type. La guerre n'entraînait donc plus les destructions horribles qu'avait connues l'Europe à l'époque des guerres de religion et qu'elle n'allait pas tarder à connaître de nouveau avec les guerres de la Révolution et de l'Empire. Il arriva bien sûr des exceptions, dont la plus notable fut sans doute le ravage du Palatinat par les troupes françaises en 1689, mais elles ne firent que confirmer l'importance des lois de la guerre à cette époque. La destruction du Palatinat provoqua en effet un vif émoi dans toute l'Europe et contribua à susciter contre la France la formation de la ligue d'Augsbourg. Quant au partage de la Pologne entre la Russie, la Prusse et l'Autriche, s'il est vrai qu'il était inhabituel à cette époque et qu'il suscita une large controverse, il obéissait à un principe supérieur, à savoir l'équilibre des puissances²³¹. Il est frappant de constater le contraste entre la courtoisie dont faisaient preuve les Européens lorsqu'ils faisaient la guerre entre eux et la sauvagerie avec laquelle ils traitaient les peuples non-européens dans les conflits qu'ils avaient avec eux. Une anecdote relative à l'histoire de l'Amérique française fournit un exemple de la cruauté dont pouvait faire preuve les Européens à l'égard des sauvages. Les Miamis avaient cédé en 1748 aux avances anglaises et trahi l'alliance française. Les Français envoyèrent Charles-Michel de Langlade à la tête d'une petite troupe d'environ 300 Français et Outaouais pour châtier les Miamis. Après s'être emparé du village de Pickawillany et avoir capturé le chef Memeskia, Langlade épargna la vie des Anglais qui s'y trouvaient mais fit massacrer les Miamis, femmes et enfants compris. Il ordonna ensuite à ses alliés outaouais d'ébouillanter Memeskia et de le manger pour faire un exemple qui donnerait à réfléchir aux Indiens qui auraient été tentés de faire défection à leur tour...

4 La Révolution française : le droit international classique ébranlé

La fin du XVIII^e siècle fut le témoin d'un événement qui n'a probablement pas fini de faire sentir ses effets et qui allait ébranler en profondeur l'ancien ordre politique européen. La monarchie française connaissait depuis plusieurs années une crise financière qui mettait l'État en danger de banqueroute. Une réforme fiscale d'envergure était nécessaire mais elle se heurtait à l'opposition des parlements, souvent présentés aujourd'hui comme les défenseurs du peuple, qui refusaient d'abandonner

231. Hedley Bull, *op. cit.*, p. 103.

les privilèges fiscaux dont jouissait la noblesse. Ils forcèrent le roi à convoquer les États Généraux qui n'avaient plus été réunis depuis 1614. Ils étaient évidemment loin de se douter à cet instant qu'ils venaient d'enclencher le mécanisme qui allait emporter la monarchie avec leurs privilèges. Les États Généraux s'ouvrent finalement le 5 mai 1789 et se proclament Assemblée nationale dans la foulée. Dès lors, la mécanique révolutionnaire s'est mise en marche, plus personne ne pourra l'arrêter : elle va rapidement tout emporter, à commencer par l'antique monarchie française. Les révolutionnaires prennent la résolution de déclarer la guerre à la plus grande partie de l'Europe dans l'espoir qu'ils parviendraient ainsi à canaliser l'énergie révolutionnaire. Les troupes françaises sont dans un premier temps vaincues sur tous les fronts : l'Assemblée proclame la patrie en danger le 11 juillet 1792. Louis XVI est condamné peu après à la suite d'un procès inique. Il est exécuté le 21 janvier 1793 après avoir pardonné ses bourreaux et émis le vœu que le sang qu'ils versaient ne retombe pas sur la France. Cet homme dont l'irrésolution avait causé la perte mourait donc ainsi qu'il convenait à un roi de France. Avec lui s'éteignait la vieille monarchie française : la Restauration n'y changera pas grand chose.

L'année qui suit voit la République française parvenir à retourner la situation à ses frontières. La levée en masse commence à produire ses effets et c'est autour de l'Europe de trembler. La victoire de Fleurus sur les coalisés le 26 juin 1794 offre la Belgique à la France. L'Angleterre ne peut l'accepter : le port d'Anvers aux mains de la France, c'est « un pistolet braqué sur le coeur de l'Angleterre ». La France et l'Angleterre se disputaient l'hégémonie depuis près d'un siècle, de part et d'autre on avait décidé qu'il fallait en finir. En politique, deux maîtres, c'est toujours un de trop. Et le monde attendait un maître depuis trop longtemps : c'était le prix désigné pour le vainqueur. Les années qui suivent voient la France prendre l'avantage. La République française vole en effet de succès en succès et parvient à disloquer la Première Coalition. Mais la Grande-Bretagne parvient à susciter la Deuxième Coalition dès 1798. C'est alors que paraît dans l'histoire un homme tel que le monde n'en avait plus vu depuis Charlemagne. Napoléon Bonaparte s'empare en effet du pouvoir déliquescent qu'il arrache des mains du Directoire qui le lui cède volontiers. C'est un nouvel Alexandre qui s'élanche à la conquête de l'Europe. Pourtant son aventure se terminera mal pour la France et l'on peut dire avec Jacques Bainville : « Sauf pour la gloire, sauf pour l'art, il eu probablement mieux valu qu'il n'eût pas existé. »²³² Son règne aura eu pour effet d'enraciner la Révolution en France et plus largement dans toute l'Europe. Peu importe le jugement qu'on porte sur son oeuvre, il est certain qu'un homme qui n'éprouve pas pour lui, sinon de

232. Jacques Bainville, *Napoléon* [1931], Paris, Gallimard, 2005, p. 608.

l'admiration, du moins de l'étonnement, n'entend rien aux grandes choses.

En réalité le destin de la France avait été scellé bien avant Napoléon. L'Angleterre devait sa victoire à la Révolution qui avait privé de cadres la marine française en poussant la noblesse à l'émigration. Jamais pendant toute la durée des guerres de la Révolution et de l'Empire la France ne parviendra à reprendre pied sur la mer où l'Angleterre règne en maître. Napoléon doit ainsi abandonner l'ambitieux projet d'invasion de l'Angleterre qu'il avait conçu après le désastre de Trafalgar. Devant l'impossibilité d'envahir la Grande-Bretagne, il cherche à l'étouffer économiquement avec le Blocus continental. Cette politique le conduit à étendre toujours davantage ses conquêtes en Europe et lui attire l'hostilité des autres nations. Son génie lui permet néanmoins de triompher de l'Europe entière et bientôt l'Angleterre paraît sur le point d'abandonner la lutte. Mais après le soleil d'Austerlitz vient le froid glacial des plaines de Russie. Il est finalement vaincu à la bataille de Leipzig et contraint d'abdiquer une première fois en 1814. Il revient toutefois pendant les Cents-Jours, épisode désastreux pour la France mais essentiel à sa gloire, avant d'être vaincu définitivement à Waterloo. Cette fois la victoire de la Grande-Bretagne, devenue en 1801 le Royaume-Uni, est définitive. La France n'est pas détruite comme Carthage l'avait été, mais elle rétrograde au rang des autres grandes puissances européennes. La stratégie de l'Angleterre, consistant à maintenir l'équilibre sur le continent européen de façon à pouvoir s'assurer la maîtrise des mers, avait été payante. Les vainqueurs présents au Congrès de Vienne en 1815 s'imaginent avoir définitivement mis un terme à l'épisode révolutionnaire. Ils ne tarderont pas à s'apercevoir de leur erreur car en réalité le vent de l'histoire avait tourné. Les idées nouvelles s'étaient répandues dans l'Europe à la faveur de l'expansion française et bientôt le continent tout entier serait pris de la fièvre nationaliste : 1914 était déjà dans 1789.

4.1 L'universalisme démocratique

On trouve dans l'idéologie révolutionnaire certaines idées sur le droit international qui, à la suite d'un long sommeil pendant le XIX^e siècle, connurent un spectaculaire renouveau après la Première Guerre mondiale. On observe ainsi depuis l'effondrement du bloc soviétique une tendance qui vise à faire du respect des normes démocratiques et libérales un critère d'admission au sein de la communauté internationale. Les États démocratiques et libéraux sont tellement convaincus qu'une autre forme de gouvernement constitue un affront fait à l'humanité tout entière, au nom de laquelle ils croient pouvoir s'exprimer, qu'ils vont parfois jusqu'à faire la guerre aux États qui ne satisfont pas à leurs critères au motif qu'ils représentent une menace pour la sécurité du monde. Ils ont en effet la conviction qu'il suffit

d'instaurer la démocratie partout dans le monde pour abolir la guerre. Après tout la masse n'est-elle pas intrinsèquement pacifique ? Sur la base de cette croyance, qui démontre une ignorance de l'histoire particulièrement inquiétante, ils font la guerre au nom de la paix. La seule existence d'États qui refusent de se plier aux exigences démocratiques et libérales constitue en effet une agression en soi. Cette tendance était déjà perceptible dans l'idéologie révolutionnaire. Tout avait pourtant bien commencé puisque l'Assemblée nationale avait déclaré dans un décret du 22 mai 1790 qu'elle renonçait à entreprendre aucune guerre de conquête²³³. On devrait toujours se méfier des États qui proclament leur volonté de renoncer à la guerre. Deux ans plus tard la France déclarait la guerre à l'Autriche et vingt ans plus tard elle occupait la quasi totalité de l'Europe. La contradiction n'était qu'apparente entre le pacifisme de 1790 et le bellicisme de 1792 : aucun système de sécurité collectif n'est possible tant qu'il subsiste des États qui oppriment leur peuple. Brissot l'avait fort bien compris lorsqu'il déclarait le 19 janvier 1792 à la tribune de l'Assemblée nationale : « Votre constitution est un anathème éternel aux trônes absolus. [...] Elle fait leur procès ; elle prononce leur sentence. [...] Vos ennemis ? Ils sont rois, et vous êtes peuples ? Est-ce qu'il y a possibilité de capitulation sincère entre la tyrannie et la liberté ? »²³⁴ Est-ce là seulement une manifestation pathologique de l'idéologie démocratique et libérale ? Dans ce cas qu'on nous explique pourquoi elle reparaît sans cesse au cours de l'histoire.

Le messianisme révolutionnaire était porteur du même universalisme que l'impérialisme occidental aujourd'hui. Les révolutionnaires prétendaient déclarer la guerre aux tyrans et la paix aux peuples, ils pensaient sincèrement qu'ils étaient attendus comme des libérateurs dans le reste de l'Europe. Aujourd'hui les Occidentaux sont convaincus de parler au nom des peuples opprimés dont ils s'imaginent, souvent contre toute évidence, qu'ils tendent les bras à la démocratie qu'on voudrait leur imposer. Deux siècles ont passé mais les choses ont-elles vraiment changées ? L'affirmation de l'unité du genre humain contre la notion d'Europe chrétienne qui prévalait jusque-là annonçait l'universalisme négateur de la diversité des civilisations de l'époque contemporaine. Les partisans de la colonisation au XIX^e siècle étaient inspirés par cette idéologie progressiste issue de la Révolution qu'on retrouve aujourd'hui dans le discours des militants des droits de l'homme. Les colonisateurs s'étaient par ailleurs montrés beaucoup plus respectueux des autres cultures que les élites indigènes occidentalises qui ont pris le pouvoir après la décolonisation. Les Européens s'étaient dans un premier temps convaincus qu'ils étaient investis d'une

233. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, p. 423.

234. *Ibid.*, p. 418.

mission civilisatrice envers les races inférieures, aujourd'hui le fond de leur discours est identique, mais cette fois ils se sont persuadés, sans doute pour effacer leur mauvaise conscience, qu'ils ne faisaient qu'exaucer les vœux des peuples opprimés qui sont empêchés d'exprimer leur adhésion au monde occidental. Mais si l'aspiration à la démocratie et aux droits de l'homme est aussi naturelle qu'ils semblent le penser, alors qu'ont-ils besoin de chercher à l'imposer au reste du monde par tous les moyens ?

4.2 La criminalisation de l'adversaire

L'idée qu'il convenait d'interdire la guerre d'agression et de considérer l'agresseur comme un hors-la-loi prit naissance pendant la Révolution française²³⁵. La guerre devint idéologique : on ne combattait pas l'ennemi pour ce qu'il avait fait mais pour ce qu'il était. On rétablit ainsi la discrimination entre les belligérants qui avait été bannie de l'Europe après la crise de civilisation qu'elle avait connue à l'époque de la Réforme. Le droit international classique, né pour surmonter cette crise de civilisation, avait fait de la guerre un moyen acceptable de vider une querelle survenue entre deux souverains. Les révolutionnaires rêvaient d'instaurer une paix universelle et permanente en exportant la liberté dans le reste du monde. La guerre leur semblait donc être le pire des crimes et ils n'imaginaient pas un instant pouvoir commettre un tel forfait. Après tout comment la patrie de la liberté aurait-elle pu attenter à la liberté de qui que ce soit ? Mirabeau exprima cette idée avec une grande clarté à la tribune de l'Assemblée nationale pendant la séance du 20 mai 1790 : « Il ne sera jamais question, pour des Français, dont la constitution vient d'épurer les idées de justice, de faire ou de concerter une guerre offensive. [...] Une telle guerre doit être regardée comme un crime. » Le mot était lâché : la guerre est un crime. Entendons l'unique véritable guerre, c'est-à-dire la guerre offensive. Celui qui fait la guerre pour se défendre n'a rien à se reprocher. Victime d'un criminel, il peut employer tous les moyens qu'on met habituellement en oeuvre contre un criminel. Ainsi la Convention décrétait le 27 mai 1794 qu'il ne serait fait aucun prisonnier anglais ou hanovrien. Comme à chaque fois qu'on a nié l'égalité des belligérants, et cette règle n'a jamais souffert aucune exception, on avait remis en question le *ius in bello* qui venait auparavant adoucir les rigueurs de la guerre.

D'autant que la guerre n'était pas n'importe quel crime pour les révolutionnaires, c'était un crime contre l'humanité, une violation des droits de l'homme, le crime par excellence. Seul un ennemi du genre humain, comprenez de la liberté telle qu'on l'entendait à Paris, pouvait se rendre coupable d'un tel crime. Les nations libres

235. *Ibid.*, pp. 422–424.

devaient s'unir contre de tels criminels : il n'était plus question de neutralité dans un conflit qui regardait l'humanité tout entière. La Convention décrétait ainsi le 7 août 1793 : « William Pitt, ministre du gouvernement britannique, est l'ennemi du genre humain. » Finalement l'origine de la guerre était devenue évidente : c'était le despotisme qui affligeait le reste du monde. Robespierre affirmait ainsi dans une proposition de déclaration à la Convention le 24 avril 1793 : « Celui qui opprime une nation, se déclare ennemi de toutes. [...] Ceux qui font la guerre à un peuple pour arrêter les progrès de la liberté, et anéantir les droits de l'homme, doivent être poursuivis par tous, non comme des ennemis ordinaires, mais comme des assassins et des brigands rebelles. »²³⁶ La notion de crime contre la paix du droit international contemporain ainsi que l'idée d'une justice pénale internationale sont directement issues de l'idéologie révolutionnaire.

4.3 La guerre démocratique

La confusion entre l'ennemi et le criminel qu'on trouve dans l'idéologie révolutionnaire s'explique également par l'irruption de la guerre démocratique sur la scène internationale. Le comte de Guibert avait fort bien compris quelles seraient les conséquences d'une guerre qui verrait s'affronter des nations entières. Le chapitre XIX de l'ouvrage qu'il publia en 1790 est consacré à cette question. Il remarque d'abord à quel point l'horizon de l'homme du peuple est borné : « Lorsqu'il ne s'agit que de défendre ses champs, sa maison, sa famille, tout homme devient soldat ou du moins combattant ; tout homme peut, animé par ces grands intérêts, donner la mort ou la recevoir ; mais dans un vaste empire, persuaderez-vous à tous les habitants, que toutes les provinces de cet empire doivent leur être communes et chères ! Porterez-vous les habitants du Midi à la défense de la Flandre ou de l'Alsace, ou ceux de ces provinces à la défense des côtes de la Méditerranée ou de la Gascogne ! »²³⁷

Il avait compris qu'il serait impossible de déterminer le peuple à s'armer contre les ennemis de la nation sans lui inspirer de la haine pour eux. Le gentilhomme qui combattait sur les champs de bataille de l'Ancien Régime avait reçu une éducation qui faisait de lui un soldat raffiné. La guerre était la raison d'être de sa classe et il avait été élevé de façon à pouvoir exercer le métier des armes. Il craignait bien davantage de mourir dans son lit que sur un champ de bataille. L'homme du peuple appelé à défendre sa patrie n'est pas à même d'entendre les enjeux de la guerre qu'on lui demande de faire. L'existence de l'aristocrate tournait autour de la guerre, la vie du vulgaire est auprès de sa famille. La guerre est pour lui un fardeau qui

236. *Ibid.*, p. 418.

237. François de Guibert, *De la force publique considérée dans tous ses rapports*, 1790, p. 116.

l'arrache à son foyer et à ses travaux. Il faut lui inspirer une haine profonde de l'ennemi pour le déterminer à les abandonner pour aller se battre à l'autre bout du pays. Guibert avait fort bien compris la révolution qu'allait entraîner la conscription dans la façon de faire la guerre. Il avait parfaitement anticipé l'avènement de la guerre totale auquel conduisait inévitablement la guerre démocratique. Il écrit ces lignes admirables dans lesquelles il oppose la guerre d'Ancien Régime à la guerre démocratique qui s'annonce avec la Révolution :

« Mais cela ne sera pas là le plus grand changement ; il en arrivera un plus funeste aux nations ; c'est que les faisant participer elles-mêmes directement à la guerre, la guerre les enveloppera directement dans toutes ses horreurs. Aujourd'hui elles ne la sentent que par des accroissements de subsides ; même celles qui sont vaincues, même celles dont le pays en devient le théâtre, n'éprouvent point de calamités désastreuses. Il ne se verse de sang que dans les armées, et la générosité, l'humanité, y suspendent les coups, dès qu'on est vainqueur ; on respecte toujours la vie, et souvent jusqu'au butin des prisonniers ; on les échange ou on les vend pour de faibles rançons ; jamais on incendie et on ne ravage le pays ; les habitants labourent et sèment au milieu des camps ; et la discipline se fait gloire de conserver tout ce que la nécessité ne consomme pas.

Mais quand les nations elles-mêmes prendront part à la guerre, tout changera de face ; les habitants d'un pays devenant soldats, on les traitera comme ennemis ; la crainte de les avoir contre soi, l'inquiétude de les laisser derrière soi les fera détruire ; tout au moins cherchera-t-on à les contenir et à les intimider par des ravages et des désolations. Rappelez-vous dans l'histoire la barbarie des anciennes guerres, de ces guerres où le fanatisme et l'esprit de parti ont armé les peuples ; voilà ce que vous allez faire renaître.

Ah ! C'était une heureuse invention que ce bel art, ce beau système de guerre moderne qui ne mettait en action qu'une certaine quantité de forces consacrées à vider les querelles des nations, et qui laissait en paix tout le reste, qui suppléait le nombre par la discipline, balançait les succès par la science, et plaçait sans cesse des idées d'ordre et de conservation au milieu des cruelles nécessités que la guerre entraînait.

Si on renouvelait l'idée fabuleuse de deux génies tout puissants chacun dans leur genre, et gouvernant les destinées des hommes ; après que le génie du mal se serait épuisé à créer le fléau de la guerre, le génie du bien aurait-il pu imaginer un plus sublime moyen de l'adoucir et de le rendre moins désastreux pour le genre humain ? »²³⁸

238. *Ibid.*, pp. 118–119.

Tout était dit. Un homme qui vit aujourd'hui, familier avec les horreurs du XX^e siècle, ne peut manquer d'être frappé par ces quelques lignes. Il devrait également pouvoir méditer sérieusement la conclusion de Guibert qui jugeait cette évolution « bien funeste aux yeux de ceux qui comptent pour quelque chose le sang et le malheur des hommes »²³⁹. L'histoire lui donna tristement raison quand survint la Première Guerre mondiale qui jeta les peuples européens les uns contre les autres. C'est le destin des prophètes de malheur d'être ignorés : les Français n'écoutèrent pas davantage Guibert que les Juifs du royaume de Juda n'avaient écouté Jérémie.

5 La restauration du droit international classique

L'ancien ordre international de l'Europe fut restauré par les vainqueurs après le Congrès de Vienne en 1815. Il était pourtant condamné dès cette époque : la Révolution avait en effet introduit le venin qui finirait par avoir raison de lui. Toujours est-il qu'après la défaite de Napoléon, le Royaume-Uni prend soin d'instaurer l'équilibre sur le continent. Il met en place la Quadruple-Alliance contre la France en vue de s'assurer qu'elle ne cède pas à la tentation de se lancer dans une nouvelle aventure. Les souverains de Russie, de Prusse et d'Autriche contractent la Sainte-Alliance dans le but de lutter contre l'influence des idées révolutionnaires. C'est le début de la solidarité dynastique qui dominera toute la première partie du XIX^e siècle. La France, qui a scrupuleusement exécuté le traité de Paris, réintègre le directoire des grandes puissances qui gouvernent l'Europe lors du congrès d'Aix-la-Chapelle en 1818. Elle est chargée par le congrès de Vérone d'intervenir en Espagne pour rétablir l'absolutisme menacé par l'opposition libérale. Le Royaume-Uni est beaucoup plus rétif devant l'attitude réactionnaire des puissances continentales. Le prince régent d'Angleterre s'était d'ailleurs refusé à signer la Sainte-Alliance en 1815, prétextant qu'il lui était interdit par la Constitution de contracter un engagement personnel. Après l'intervention française en Espagne, l'Angleterre se réfugie dans un « splendide isolement ». Elle gardera toutefois un oeil attentif sur l'évolution des rapports de force sur le continent : il n'est pas question qu'une puissance vienne perturber l'équilibre qui assure l'hégémonie britannique sur le monde. En dépit des tensions qui n'ont pas disparues entre les grandes puissances européennes, le continent fait l'objet d'une gestion en commun durant toute la première moitié du siècle.

Mais la répression qui s'abat sur les cercles libéraux n'a pas empêché les idées nouvelles de progresser. La secousse de 1830 est un premier avertissement : il coûte son trône à Charles X. La belle solidarité entre les grandes puissances conservatrices

239. *Ibid.*, p. 121.

va progressivement disparaître après le Printemps des peuples qui secoue l'Europe en 1848. Metternich doit fuir Vienne et la monarchie autrichienne n'est sauvée que par l'intervention des troupes russes. C'est sans doute la dernière manifestation de la solidarité dynastique. Les monarchies européennes seront dorénavant constamment menacées par l'agitation révolutionnaire et les souverains n'auront d'autre choix que d'essayer de canaliser cette énergie en la dirigeant contre l'extérieur. D'autant plus qu'à l'agitation libérale s'est ajoutée la question sociale. Les profondes transformations économiques et sociales qui affectent l'Europe ont en effet provoqué l'émergence d'un prolétariat qui vit dans une terrible misère. Le socialisme fait son apparition en réponse à la détresse de la classe ouvrière qui commence à comprendre qu'elle a été l'instrument docile d'une révolution qui n'a profité qu'à la bourgeoisie libérale. C'est le début de la fin pour l'ancien ordre aristocratique de l'Europe : l'engrenage qui conduira au cataclysme de la Première Guerre mondiale est enclenché.

La France élit le prince-président Louis-Napoléon Bonaparte après la révolution de 1848. La bourgeoisie conservatrice à la tête de laquelle se trouve Adolphe Thiers pense que c'est « un crétin qu'on mènera ». Le futur massacreur de la Commune sera bien étonné de constater vingt ans plus tard que le crétin était toujours en place et qu'il n'avait laissé personne le mener. Napoléon III a beaucoup souffert de la comparaison avec son oncle et plus encore de la propagande républicaine qui avait besoin de faire oublier le coup de force du 4 septembre 1870. Il conduit une politique intérieure dont il faut souligner les mérites. Il veut sincèrement améliorer la condition ouvrière et fait voter une législation sociale importante. À l'extérieur il semble d'abord redresser la position de la France. Mais il n'a pas su voir la montée en puissance de la Prusse sous la conduite de Bismarck. La Prusse avait mis la main sur le corps germanique après la victoire de Sadowa contre l'Autriche en 1866. Bismarck avait eu l'intelligence de ménager la monarchie danubienne afin d'obtenir sa neutralité dans le conflit qu'il prévoyait avec la France. Napoléon III tombe dans le piège qu'il lui a tendu et déclare la guerre en 1870 sous la pression de l'opinion. Bismarck parvient à entraîner toute l'Allemagne derrière la Prusse contre la France. Le Royaume-Uni, inquiet du redressement de la France, n'intervient pas. L'Italie est trop contente de pouvoir en profiter pour enfin s'emparer des États du Pape. La défaite de la France est totale et Bismarck pousse l'humiliation jusqu'à proclamer l'Empire allemand dans la galerie des glaces à Versailles.

Bismarck commet l'erreur d'ajouter à l'humiliation la mutilation : le territoire français est amputé de l'Alsace et d'une partie de la Lorraine. Dès lors les Français n'auront de cesse d'attendre l'occasion de prendre leur revanche. Le chancelier de fer n'est d'ailleurs pas sans le savoir puisqu'il emploie tout son génie à isoler

la France. Mais à terme le système mis en place par Bismarck est condamné par les données de la géopolitique européenne. Le Royaume-Uni s'est finalement aperçu de son erreur en voyant l'Allemagne dominer l'Europe et menacer à terme son hégémonie mondiale. Les intérêts de l'Autriche et de la Russie que Bismarck voulait réunir au sein de l'alliance allemande s'opposent dans la région des Balkans. L'Allemagne doit finalement choisir entre l'Autriche et la Russie : elle choisit l'Autriche. Le ministre français des Affaires étrangères Théophile Delcassé parvient à rompre l'isolement de la France. Il obtient l'alliance russe puis négocie l'Entente cordiale avec le Royaume-Uni. L'Entente est achevée en 1907 quand le Royaume-Uni solde ses différends coloniaux avec la Russie. Pendant ce temps l'Allemagne a approfondi ses liens avec l'Autriche. Tout est prêt pour la catastrophe qui s'apprête à engloutir l'Europe. La guerre naît pendant l'été 1914 d'un incident dans les Balkans. L'Allemagne se tient aux côtés de l'Autriche dans le conflit qui l'oppose à la Russie soutenue par la France. Le Royaume-Uni entre dans la guerre aux côtés de l'Entente quand l'Allemagne envahit la Belgique en application du plan Schlieffen.

5.1 Vers la dissolution de l'ordre juridique international de l'Europe

Le concept de « société des nations civilisées » s'est progressivement substitué à la notion d'« Europe chrétienne » au cours du XIX^e siècle²⁴⁰. La déclaration des puissances sur l'abolition de la traite des nègres du 8 février 1815 employait conjointement les expressions « tous les pays civilisés », « toutes les puissances de la Chrétienté » et « toutes les nations civilisées ». Le terme civilisation utilisé de cette façon était apparu à l'époque précédente et désignait un état de développement matériel et moral supérieur. Cette notion semblait indiquer l'abandon de l'assise spécifiquement européenne du droit international. Mais en vérité on identifiait la civilisation avec l'état matériel et moral atteint par la société européenne au XIX^e siècle. La spécificité de l'Europe du point de vue du droit international restait une évidence pour tous. La plupart des juristes affirmaient explicitement l'existence d'un ordre juridique international spécifiquement européen, auquel il fallait rattacher les nations de culture européenne hors d'Europe, en particulier les États-Unis d'Amérique²⁴¹. L'article 7 du traité de Paris avait certes admis l'Empire ottoman « à participer aux avantages du droit public et du concert européen », mais cette reconnaissance n'avait pas empêché le maintien des capitulations. Les puissances européennes traitèrent d'ailleurs pendant tout le XIX^e siècle la Sublime Porte avec un cynisme dont

240. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 445–458.

241. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 400–402.

elles n'auraient jamais osé faire preuve envers un pays européen. Robert Mantran n'hésite pas à qualifier l'Empire ottoman à cette époque de « semi-colonie »²⁴². Il ne fait aucun doute qu'il n'était pas encore admis comme un membre à part entière au sein de l'ordre juridique international²⁴³. Les autres États extra-européens admis en théorie au bénéfice du droit international souffraient tous d'un statut discriminatoire manifesté par les traités inégaux. Il était courant de diviser l'humanité comme James Lorimer en trois groupes jouissant chacun d'un statut différent au regard du droit international : les nations civilisées, les nations barbares et les nations sauvages. Toutefois le concept de civilisation tel qu'on l'entendait au XIX^e siècle annonçait la dissolution du droit international européen dans l'universalisme²⁴⁴. Il était évident qu'il serait impossible de continuer à distinguer l'Europe du reste du monde sur la base de cette notion de civilisation. Il fallait s'attendre à voir entrer dans la société des nations civilisées les peuples extra-européens ayant atteint un degré de développement matériel équivalent à celui de l'Europe. Certains auteurs n'hésitaient d'ailleurs pas à l'annoncer et s'en félicitaient ouvertement. La première puissance à être véritablement admise sur un pied d'égalité avec les États européens au sein de la communauté des États civilisés fut le Japon à partir de 1894. Son nouveau statut lui fut définitivement acquis après sa victoire sur la Russie en 1905. Dès lors le droit international classique, qui reposait sur la communauté de civilisation des États européens, devint un système normatif sans aucun fondement concret. D'autant plus que l'unité concrète de l'Europe s'effritait progressivement à la même époque sous l'influence destructrice du nationalisme. La solidarité dynastique qui avait prévalu pendant la première moitié du siècle faisait place à la rivalité nationaliste. Bientôt chaque nation de l'Europe se replia sur elle-même et perdit de vue la communauté de civilisation qui l'unissait à toutes les autres. Carl Schmitt a probablement raison de voir dans le Congrès de Berlin qui décide du partage de l'Afrique le dernier moment de l'unité européenne.

5.2 La progression du libéralisme et du nationalisme

En dépit des espoirs formés par les souverains du continent après le Congrès de Vienne, la défaite de la France était très loin d'avoir mis fin à la dynamique révolutionnaire. La bourgeoisie, acquise aux idées nouvelles qui servaient ses intérêts, s'opposait aux gouvernements réactionnaires dans toute l'Europe. Elle mettait en avant la doctrine de la souveraineté nationale contre le droit divin de la monarchie

242. Robert Mantran, **dir.**, *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, Fayard, 1989, p. 542.

243. Majid Khadduri, *op. cit.*, pp. 279–285.

244. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 462–467 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 225–237.

afin d'obtenir le droit de siéger au sein d'une représentation nationale et contribuer ainsi à la direction politique de la nation. Malgré la résistance des souverains du continent pendant la première moitié du XIX^e siècle, son combat était gagné d'avance à une « époque où aucune illusion n'environn[ait] les trônes »²⁴⁵. Après le Printemps des peuples, la bourgeoisie obtint une représentation parlementaire et une constitution dans toute l'Europe à l'exception de la Russie, qui paya chèrement son retard. Outre le droit à la participation politique, elle revendiquait le respect de ses libertés individuelles par l'État. Cela passait notamment par l'État de droit, c'est-à-dire la protection de la loi contre l'arbitraire, qui reposait sur la séparation des pouvoirs. Il s'agissait également de séparer la sphère économique de la sphère politique en garantissant la liberté d'entreprendre. Cette libéralisation de l'économie aboutit à la formation d'un droit transnational à vocation économique qui s'ajoutait au droit international à vocation politique. Le monde interétatique côtoyait ainsi une économie mondiale libre-échangiste²⁴⁶. Carl Schmitt suggère que le droit transnational en vigueur dans l'économie libre avait pu exercer une influence délétère sur le droit international en vigueur entre les États : on aurait traité le droit international comme s'il s'agissait d'un droit transnational entre personnes privées. Cette libéralisation de l'économie devait toutefois s'atténuer sous l'effet du nationalisme à mesure qu'on avançait dans le XIX^e siècle. Sous l'influence de Friedrich List, les pays du continent protégeaient l'économie nationale de la concurrence étrangère, en particulier britannique, dans le but de favoriser l'industrialisation. L'Europe traversa en outre une crise économique importante dans le dernier quart du siècle qui entraîna le retour du protectionnisme. Mais l'intégration économique mondiale restait malgré tout remarquablement forte à la veille de la Première Guerre mondiale.

5.3 Le triomphe du positivisme

Le positivisme semble s'être définitivement imposé au XIX^e siècle²⁴⁷. La plupart des auteurs considéraient désormais la volonté des États comme l'unique source du droit international. Le droit naturel était globalement rejeté, à l'exception de certains auteurs anglo-saxons, qui l'avaient conservé en dépit de leur positivisme. Le consentement des États était censé s'exprimer explicitement à travers les traités et tacitement à travers la coutume. Le triomphe du positivisme favorisa la codification du droit international par les traités élaborés au cours des grandes conférences du XIX^e siècle. Le positivisme juridique assimile le droit à l'ensemble des commande-

245. François-René de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe*, livre XXIV, ch. 8.

246. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, pp. 233–235.

247. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 503–515.

ments qui émanent du souverain. Les auteurs positivistes du XIX^e siècle affirmaient donc qu'il n'existait pas de droit international au sens strict du terme en raison de l'état d'anarchie du système international. Ils avaient fort bien compris que le droit international était à proprement parler une morale internationale et qu'il n'obligeait les États qu'autant qu'ils le voulaient. Mais ils n'avaient aucune raison de s'opposer à l'idée d'un droit cosmopolitique et c'est pourquoi ils accueillirent souvent favorablement l'idéalisme wilsonien au XX^e siècle. La philosophie aristotélo-thomiste déduisait l'impossibilité d'un droit international au sens strict du terme de l'absence d'une amitié suffisante entre les unités politiques. L'état d'anarchie du système international était pour elle une nécessité qui résultait de cette absence d'une amitié suffisante entre les unités politiques. Le positivisme juridique ne voyait que l'état d'anarchie du système international sans comprendre pourquoi il était inévitable. C'est pourquoi les auteurs positivistes n'eurent aucune difficulté à admettre qu'on pût y remédier. La philosophie contractualiste sur laquelle reposait leur conception du droit pouvait fort bien s'appliquer au niveau international. Il n'y avait en effet aucune raison de penser qu'il était impossible de mettre fin à l'anarchie entre les États comme on avait mis fin à l'anarchie entre les individus : il suffisait qu'ils se missent d'accord afin d'instituer une juridiction internationale comme les individus s'étaient mis d'accord pour instituer les juridictions nationales.

5.4 L'apogée du droit de la guerre et de la neutralité

Comme c'était déjà le cas à l'époque précédente, mais d'une façon plus claire encore, la liberté de faire la guerre était reconnue aux États souverains par le droit international²⁴⁸. La guerre était conçue comme le moyen employé par les États pour faire valoir leurs droits. On regrettait à l'occasion qu'il ne fût ouvert qu'aux grandes puissances, qui pouvaient espérer l'emporter dans l'épreuve de force, mais personne n'envisageait de restreindre la liberté qu'avaient les États de faire la guerre. Le XIX^e siècle connut toutefois un renouveau de l'arbitrage qui était tombé en désuétude depuis la fin du Moyen Âge et permettait d'éviter le recours systématique à la guerre qu'autorisait le droit international²⁴⁹. Le fait de reconnaître aux États une entière liberté de faire la guerre et de s'abstenir de juger une guerre sur le fond avait en outre permis au droit de la neutralité d'atteindre sa forme classique²⁵⁰. On était passé de la neutralité contractuelle du XVIII^e siècle à la neutralité institutionnelle : les droits des pays neutres ne dépendaient plus des traités passés avec les belligérants

248. *Ibid.*, pp. 530–534.

249. *Ibid.*, pp. 517–524.

250. *Ibid.*, pp. 535–542.

mais étaient devenus une institution du droit international. Un corps de règles très strictes était désormais reconnu dans l'ensemble du monde occidental : le passage sur le territoire d'un pays neutre était interdit, les navires de guerre d'un pays belligérant ne pouvaient pas rester plus de 24H dans un port neutre, le commerce avec les belligérants était autorisé à l'exception de la contrebande (matériel de guerre), etc. Le droit de la neutralité dérivait de la conception continentale de la guerre, à laquelle s'opposait la conception britannique de la guerre²⁵¹. La conception continentale était un produit de la guerre sur la terre ferme : la guerre était conçue comme un affrontement purement interétatique. Les individus n'étaient concernés qu'indirectement et pouvaient continuer à se livrer à leurs occupations tant qu'elles ne compromettaient pas les opérations militaires. On reconnaît ici l'origine du droit de la neutralité : les droits des neutres reposaient entièrement sur la distinction entre la sphère étatique et la sphère économique. La conception britannique était issue de l'expérience de la guerre maritime : la guerre n'était pas seulement un affrontement entre États, elle mettait aux prises les sociétés tout entières. Autrement dit la notion de la guerre continentale correspondait à une guerre strictement interétatique tandis que la notion britannique de la guerre répondait à une logique de guerre économique. C'est pourquoi le Royaume-Uni n'admit le droit de la neutralité qu'avec réticence et s'abstint toujours de le respecter.

L'intervention dans les affaires intérieures d'un État était globalement interdite mais nous avons vu que les puissances continentales avaient mis en avant un droit d'intervention au nom de la solidarité dynastique. Toutefois le Royaume-Uni s'était abstenu d'y apporter sa caution. En revanche il fut un fervent partisan du droit d'intervention humanitaire²⁵². Il s'agissait d'intervenir contre un État qui ne respectait pas les standards de la civilisation. En réalité le droit d'intervention humanitaire fut principalement invoqué contre les États extra-européens et servit de prétexte pour les dépouiller. À cet égard il n'était pas sans rappeler le droit d'ingérence revendiqué aujourd'hui par les Occidentaux contre les États qui violent les droits de l'homme. La grande victime du droit d'intervention humanitaire fut l'Empire ottoman dont la répression des mouvements indépendantistes suscitait l'indignation de l'opinion européenne. Et encore l'Empire ottoman avait-il le privilège d'être considéré comme un État à demi-civilisé. La souveraineté de la majorité des États d'Afrique et d'Asie était tout simplement niée : les territoires qu'ils contrôlaient étaient réputés susceptibles de faire l'objet d'une acquisition par voie d'occupation. Les Européens invoquaient tout simplement pour se justifier la mission de civili-

251. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 534–535 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 171–174.

252. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 487–496.

sation dont ils étaient investis et qui leur conférait tout à la fois des droits et des devoirs envers les sauvages. La communauté de civilisation entre les États européens était alors un fait reconnu et les pays de culture européenne étaient clairement distingués du reste du monde. La situation évolua toutefois à mesure qu'on avança dans le XIX^e siècle. L'unité concrète de la civilisation européenne déclinait tandis qu'on admettait progressivement un nombre croissant de pays extra-européens au bénéfice du droit international. Le nationalisme conduisait en effet les peuples européens à se replier sur eux-mêmes en leur faisant perdre de vue la communauté de civilisation qui les rassemblait. Et dans le même temps on admettait au sein de la communauté des États civilisés les pays qui avaient atteint un niveau de développement matériel comparable à celui de l'Occident. Ainsi l'on élargissait la sphère de validité du droit international alors même qu'il perdait le fondement sur lequel il reposait. Autrement dit on invitait de nouveaux passagers à monter à bord d'un navire qui était déjà en train de couler...

5.5 Vers la transformation de la guerre

La reconnaissance de l'égalité des belligérants et de la liberté de faire la guerre permit la codification du *ius in bello* par les conférences de La Haye en 1899 et 1907²⁵³. Auparavant la première convention de Genève avait déjà amélioré le sort des blessés en 1864. En dépit des nombreuses réserves émises par certains pays, par exemple le Royaume-Uni refusa d'accepter tout ce qui avait trait à l'interdiction de la guerre économique, l'oeuvre de codification des conférences de La Haye fut considérable. Les conventions qui résultèrent des travaux de ces conférences contenaient en effet l'ensemble du *ius in bello* coutumier de l'Europe. Le résultat des travaux des conférences de La Haye constitue indiscutablement un monument du droit international classique. Pourtant le fait qu'on eût invité à participer aux travaux plusieurs pays extra-européens démontre que l'on avait déjà perdu de vue le caractère spécifiquement européen du droit international classique. Le monde occidental était en train de sombrer dans l'universalisme. L'ordre juridique international au XIX^e siècle avait pourtant reposé sur la conscience de la spécificité des pays de culture européenne. Le sentiment de l'unité de la civilisation européenne face au reste du monde était particulièrement évident dans les conflits qui opposaient les pays européens à des peuples non-européens. La brutalité du traitement qu'on réservait à ces derniers démontrait en effet qu'il n'existait pas un *ius in bello* universel à cette époque. La répression britannique en réponse à la révolte des Cipayes fut un parfait exemple de cette différence de traitement : les soldats britanniques avaient attaché les re-

253. Dominique Gaurier, *op. cit.*, pp. 413–430.

belles à la bouche de leurs canons afin de les déchiqeter. La conquête de l'Algérie par la France ne fut guère plus humaine : le général Bugeaud dut faire enfumer les grottes dans lesquelles s'étaient réfugiés les indigènes pour venir à bout de la révolte d'Abd-el-Kader. Mais cette distinction entre les peuples de culture européenne et les autres tendaient à disparaître au profit de la notion d'humanité. Les conflits opposant les pays européens entre eux devenaient en revanche plus violents à mesure qu'on avançait dans le siècle. D'une part les progrès de l'armement avait rendu la guerre plus meurtrière qu'auparavant : la guerre de Crimée et la guerre de Sécession annonçaient l'horreur des conflits du XX^e siècle. D'autre part le nationalisme et la massification de la guerre remettaient en question le *ius in bello* : les peuples ne se jetaient pas les uns sur les autres en se faisant des politesses comme les gentilshommes du XVIII^e siècle. La Première Guerre mondiale n'allait d'ailleurs pas tarder à éprouver durement le *ius in bello*.

6 Le droit international contemporain

La Première Guerre mondiale voit la victoire de l'Entente sur les Empires centraux et marque le début du déclin de l'Europe. La défaite des Empires centraux marque l'avènement de l'ère démocratique et la fin de l'ordre aristocratique en Europe. La tourmente révolutionnaire a emporté la Russie qui subit désormais le joug bolchevique. C'est véritablement le début de la fin pour l'ordre international européen-centrique qui dominait le monde depuis plusieurs siècles. Il faudra encore la Seconde Guerre mondiale pour l'enterrer définitivement mais elle est déjà inscrite dans le règlement de la Première Guerre mondiale. Le traité de Versailles est en effet catastrophique et annonce dès à présent une prochaine conflagration mondiale. Un esprit lucide comme Jacques Bainville prévoit dès cet instant les conséquences qu'il entraînera bientôt. Il dénonce dès la publication du traité de Versailles une paix « trop douce dans ce qu'elle a de dur et trop dure dans ce qu'elle a de doux ». Le règlement de la guerre s'avère en effet terriblement humiliant pour l'Allemagne qui se voit pourtant offrir les moyens de prendre sa revanche. Les vainqueurs commettent l'erreur historique majeure de dépecer l'Empire austro-hongrois au nom du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. L'Autriche devient une proie facile pour l'Allemagne qui n'a plus en face d'elle aucun État susceptible de lui faire contrepoids au sud. Le maintien de l'Empire austro-hongrois aurait pu mettre un frein à l'ambition allemande, la formation de la Petite Entente sera impuissante à le faire. À l'est le statut de la ville de Dantzig et le maintien de la Prusse orientale dans l'État allemand annoncent d'ores et déjà la Seconde Guerre mondiale. L'af-

firmation du principe des nationalités ouvre la question des minorités. Les peuples d'Europe centrale et orientale n'ont en effet jamais formé des unités de peuplement homogènes. L'entre-deux-guerres et surtout la fin de la Seconde Guerre mondiale verront ainsi d'abominables nettoyages ethniques destinés à faire coller la carte ethnique de l'Europe aux frontières des États-nations. Sans parler de l'extermination des Juifs d'Europe par les nazis pendant la guerre et des conflits inter-ethniques dans l'ex-Yougoslavie pendant la décennie 1990...

Le traité de Paris élaboré au Congrès de Vienne avait été un traité politique, le traité de Versailles est un traité moral. Les vainqueurs de 1815 s'étaient gardés d'humilier la France dans le but de préserver l'équilibre politique de l'Europe. Les vainqueurs de 1919 humilient l'Allemagne et détruisent l'Autriche-Hongrie au nom de principes abstraits et imbéciles. Le règlement de la Première Guerre mondiale porte en cela l'empreinte de la tradition politique américaine. Les États-Unis restent en effet imprégnés du messianisme puritain qui se représente l'Amérique comme une terre promise délivrée des péchés de l'Europe. Ils se croient appelés à régénérer le monde en le convertissant à son mode de vie. Ils perçoivent la *realpolitik* mise en oeuvre par les États européens comme l'expression de la corruption des moeurs qui règne dans cette partie du monde. Le retour à la réalité interviendra quand les États-Unis devront prendre part aux affaires du monde après la Seconde Guerre mondiale, mais les dirigeants américains devront toujours composer, quand ils n'y adhèrent pas eux-mêmes, avec le vieux fond d'idéalisme qui continue d'imprégner la société américaine. C'est d'après nous une erreur de penser la *realpolitik* américaine depuis 1945 uniquement en terme de cynisme. Il nous semble qu'en servant les intérêts des États-Unis, les dirigeants américains croient également, plus ou moins consciemment, accomplir leur mission historique. Les dirigeants européens sont déjà imprégnés de cet idéalisme américain pendant l'entre-deux-guerres. L'éclatement de la Seconde Guerre mondiale était probable compte tenu du traité de Versailles, elle devint inévitable dès lors qu'on adopta la politique des bons sentiments quand la situation exigeait une politique réaliste. Les sanctions prises par la France et le Royaume-Uni après l'invasion de l'Éthiopie jettent ainsi l'Italie, pourtant l'adversaire le plus résolu du révisionnisme allemand jusque-là, dans les bras de Hitler. Les dirigeants français sont empêchés par des considérations idéologiques similaires de renouveler l'alliance de revers avec la Russie bolchevique qu'ils conduisent ainsi à rechercher l'entente avec l'Allemagne.

La Seconde Guerre mondiale consacre définitivement la fin de l'ordre international européo-centrique : l'Europe qui avait occupé le premier rang dans le monde depuis tant de siècles est réduite à n'être plus qu'un enjeu de la rivalité qui oppose

les États-Unis et l'Union Soviétique. Elle ne tardera pas à retrouver sa prospérité économique mais son influence politique est perdue à jamais. Les peuples de l'Europe n'ont désormais plus d'autre horizon que le confort matériel tandis qu'ils se sont résignés à quitter la scène de l'histoire. Pourtant contrairement à ce qu'ils veulent croire, la roue de l'histoire continue de tourner pour le reste du monde, mais ils ont simplement remis leur destin entre les mains d'autres qu'eux. Il est inutile de revenir sur l'histoire de la Guerre froide tant l'issue de la rivalité entre les États-Unis et l'Union Soviétique était inévitable. La supériorité de l'économie capitaliste sur le mode de production socialiste condamnait l'Union Soviétique à courir après les États-Unis jusqu'à l'épuisement. La crise survient à partir de la fin des années 1970. Le rythme imposé par les États-Unis dans la course aux armements empêche l'Union Soviétique de consacrer l'investissement nécessaire à la croissance de son produit intérieur. Les dirigeants soviétiques doivent finalement se résoudre au cours de la décennie 1980 à abandonner la course dans l'espoir de sauver l'Union Soviétique. Mais c'est déjà trop tard et l'URSS s'effondre dans l'indifférence générale en 1991. Les États-Unis deviennent l'unique superpuissance et semblent en mesure d'imposer leur vision du monde. La guerre du Golfe confirme la toute-puissance américaine : le président Bush évoque l'avènement d'un nouvel ordre mondial.

Mais les années suivantes mettent à mal l'optimisme des Occidentaux. La Russie refuse le déclin auquel elle semblait promise et réalise un spectaculaire redressement sous la conduite de Vladimir Poutine. L'ancien Tiers-Monde semble également s'éveiller : la Chine surtout inquiète beaucoup les stratèges américains. Les États-Unis continuent pourtant de s'en prendre à la Russie en cherchant à la chasser des pays de l'ex-URSS. Ils auront pourtant besoin d'elle pour faire face à l'ambition de la Chine et à l'éveil du monde musulman, tout comme la Russie aura besoin des États-Unis pour défendre la Sibérie contre la pression démographique chinoise. La politique de confrontation avec la Russie empêche toutefois le rapprochement d'avoir lieu et menace les intérêts occidentaux à long terme. Il faut espérer pour les États-Unis qu'ils trouvent un homme sachant concilier leur vieux fond d'idéalisme avec une politique réaliste comme Harry Truman avait su le faire après la Seconde Guerre mondiale. Sans cela les Occidentaux devront s'habituer à recevoir des leçons au lieu d'en donner et il n'est pas certain qu'ils apprécient le changement. L'unité idéologique du monde autour du libéralisme qu'on croyait inévitable après la chute du Mur apparaît désormais compromise par le réveil des civilisations extra-européennes. L'islamisme par exemple n'est qu'une réaction pathologique à l'occidentalisation voulue par les dirigeants issus de la décolonisation. Partout on assiste au réveil des populations du Tiers-Monde qui refusent le mode de vie occidental tout

en subissant l'attraction qu'il exerce. Les Occidentaux feraient bien d'apprendre à connaître l'histoire et la culture du reste du monde s'ils veulent conserver leur influence. Ils seraient bien inspirés en particulier de modifier leur politique vis-à-vis de l'Iran s'ils ne veulent pas provoquer un rapprochement stratégique entre la patrie de Cyrus et l'Empire du milieu.

Le XX^e siècle a vu la destruction du droit international classique né en Europe après la Réforme protestante. L'idéalisme wilsonien et l'universalisme ont eu raison de lui. Carl Schmitt constatait dans sa *Théorie du partisan* la mort du droit international classique et la transformation de la guerre à l'époque contemporaine. Il déplorait surtout l'absence d'une solution de remplacement après l'échec du droit international d'inspiration américaine. Le concept de guerre discriminatoire du droit international contemporain a certes favorisé la guerre d'anéantissement, mais il a échoué à éliminer la guerre comme il l'avait espéré. Hedley Bull faisait également preuve d'un grand scepticisme vis-à-vis du droit international contemporain qu'il jugeait trop ambitieux²⁵⁴. Il constatait qu'il avait toujours existé une relation inverse entre les prétentions affichées par le droit international et l'ordre régnant effectivement au sein de la société internationale. Il est effectivement difficile de ne pas reconnaître la faillite du droit international au cours du XX^e siècle. Nous devons à présent dresser le constat de cet échec et tenter de le comprendre. L'histoire du développement intellectuel et matériel ayant conduit au droit international contemporain sera d'une aide précieuse dans cette entreprise. Les racines du droit international contemporain remontent en effet à la grande révolution intervenue à la fin du Moyen Âge.

6.1 L'impasse de l'universalisme

La société internationale a été progressivement étendue à l'ensemble de la planète au cours du XX^e siècle. L'article 22 du Pacte de la SDN qui établissait le système des mandats fut le dernier vestige de l'idéologie coloniale. Il prévoyait déjà l'accession à l'indépendance des territoires placés sous tutelle et annonçait par conséquent la décolonisation. Les puissances mandataires n'étaient pas désignées à l'accomplissement de leur mission de tutelle au nom d'une supériorité intrinsèque mais « en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique ». La période qui suit voit s'accomplir la décolonisation et l'extension de la communauté internationale au Tiers-Monde. Il suffit de songer que l'ONU qui comptait 51 États en 1945 en rassemble aujourd'hui 192. Cette extension a fait perdre son homogénéité à la société internationale, au point qu'on peut se demander s'il faut vraiment

254. Hedley Bull, *op. cit.*, pp. 139–155.

parler d'une société internationale. En effet, d'après Hedley Bull, une société internationale existe quand plusieurs États sont « conscients de certains intérêts et valeurs communs » et « pensent être liés par un ensemble commun de règles qu'ils mettent en application dans le fonctionnement d'institutions communes »²⁵⁵. Nous avons dit quant à nous qu'une société internationale était indispensable à l'existence d'un droit international et qu'elle reposait sur la communauté de civilisation entre les unités politiques qui en faisaient partie. Hedley Bull lui-même était selon nous très conscient de l'importance du sentiment de la communauté de civilisation entre les États formant une société internationale.

Le problème du droit international contemporain est l'hétérogénéité du système international qui l'empêche de former une véritable société internationale. On a longtemps ignoré la difficulté et admis au sein de la communauté internationale l'ensemble des États sans le moindre critère d'admission sinon rhétorique. Ainsi l'article 1 du Pacte de la SDN exigeait qu'un État souhaitant devenir membre s'engage à respecter ses engagements internationaux et accepte le règlement de la SDN. L'article 4 de la Charte des Nations Unies dispose simplement qu'il est nécessaire d'être un État pacifique pour être admis au titre de membre. Autant dire qu'on n'a jamais exclu personne en vertu de tels critères, sinon pour des raisons politiques, en dépit de l'affrontement idéologique très fort tout au long du XX^e siècle. La communauté internationale présentait donc une grande hétérogénéité idéologique qui privait le droit international du fondement dont il avait besoin : il n'était plus qu'un ensemble normatif sans rapport avec la réalité. La brutalité des conflits du XX^e siècle témoigne en effet de son inaptitude à endiguer la violence de la guerre. La recherche d'une véritable homogénéité pour la société internationale semble pourtant être redevenue une priorité depuis la chute du Mur et le triomphe du bloc capitaliste sur le bloc socialiste.

Les Occidentaux manifestent désormais leur volonté d'imposer les valeurs démocratiques et libérales et semblent vouloir faire de l'adhésion à ces valeurs un critère d'admission au sein de la communauté internationale²⁵⁶. Cette tendance qui se manifeste principalement dans la pression de l'opinion publique occidentale sur leurs dirigeants est l'une des expressions les plus éclatantes de l'universalisme occidental. Cette doctrine ignore en effet la montée en puissance des États extra-européens auxquels il est tout simplement devenu impossible d'imposer quoi que ce soit et qui sont tout à fait étrangers à la tradition sur laquelle repose les valeurs démocratiques et libérales. L'islamisme et l'asiatisme remettent en question l'universalité des droits

255. *Ibid.*, p. 13.

256. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 711–712.

de l'homme tels qu'ils sont entendus par les Occidentaux. Ces derniers continuent pourtant de stigmatiser les pays qui refusent les valeurs démocratiques et libérales. L'attitude occidentale est perçue dans le reste du monde pour ce qu'elle est, à savoir un mélange d'ignorance et d'arrogance. Le paradoxe de cet universalisme qui conduit à l'exclusion d'une partie du monde est particulièrement intéressant en cela qu'il met en lumière la nécessité d'une clôture de la société internationale. L'universalisme occidental voulait précisément en finir avec la figure du Barbare qu'on excluait du bénéfice du droit international et il n'a finalement réussi qu'à créer une nouvelle forme d'exclusion.

6.2 Le triomphe des valeurs démocratiques et libérales

Au moment de la chute du Mur, il pouvait être tentant d'interpréter l'histoire du XX^e siècle comme l'histoire de la victoire des valeurs démocratiques et libérales, terme ultime du progrès de l'humanité. La victoire de l'Entente à l'issue de la Première Guerre mondiale et l'importance acquise par les États-Unis signalait un premier succès pour la civilisation anglo-saxonne. Il fut confirmé par la victoire des Alliés sur l'Allemagne nazie et le Japon après la Seconde Guerre mondiale. Toutefois l'Union Soviétique et le socialisme représentaient un nouveau défi pour la société de consommation qui se développait à l'Ouest. La chute du Mur et l'effondrement de l'URSS qui suivit peu après semblaient consacrer le triomphe de la société marchande et individualiste occidentale. C'était désormais le modèle adopté dans l'ensemble des pays de culture européenne. On comptait alors pour rien le reste du monde dans la mesure où l'Occident dominait toujours la scène internationale. Mais la dernière décennie du XX^e siècle a vu la montée en puissance du monde non-occidental et par conséquent la remise en question cette position dominante. Les Occidentaux se sont alors aperçus qu'il restait encore à convertir le reste du monde aux valeurs démocratiques et libérales. L'entreprise ne les effraie pas puisqu'ils sont convaincus de leur universalité. Et pourtant le reste du monde semble ignorer depuis toujours certains traits fondamentaux de la société occidentale comme le matérialisme, l'individualisme, l'irréligion et l'égalitarisme. À notre avis il ne s'en porte d'ailleurs pas plus mal. L'exemple des pays non-occidentaux qui ont adopté la démocratie ne plaide guère davantage en faveur de l'universalité du modèle occidental. Le Japon s'est vu imposer les valeurs démocratiques et libérales par les États-Unis après la Seconde Guerre mondiale. Et pourtant le contraste entre la société japonaise et le monde occidental est tout à fait saisissant : culte de la hiérarchie, refus de l'individualisme, absence quasi totale d'opposition, etc. L'Inde est sans doute une démocratie, elle répète d'ailleurs à l'envi qu'elle est la plus vaste du monde, mais il ne fait aucun doute

qu'elle n'est pas une démocratie occidentale. Il suffit de lire le superbe ouvrage de Louis Dumont sur le système des castes pour se convaincre de la distance qui sépare la société indienne traditionnelle de la société occidentale moderne²⁵⁷. Il serait tout à fait naïf de s'imaginer qu'il ne subsiste aucune trace du passé de la civilisation indienne dans la société indienne contemporaine. Le système des castes conserve en effet dans l'Inde démocratique une importance qui interdit de l'assimiler à la société individualiste et égalitaire occidentale.

La poignée d'intellectuels occidentalisés issus du Tiers-Monde qui célèbrent les valeurs démocratiques et libérales ne change rien au sentiment profond des peuples au nom desquels ils prétendent s'exprimer. Les élites en question ont d'ailleurs été formées dans les universités occidentales et leur connaissance de la culture et de l'histoire du reste du monde est souvent fort discutable. Amartya Sen a ainsi écrit un article dans lequel il répond à ceux qui osent mettre en doute l'universalité de la démocratie qui est un véritable monument d'ignorance²⁵⁸. Il cherche par exemple à nous convaincre que la tolérance n'a pas toujours été l'apanage des Occidentaux. Il cite pour cela l'exemple du grand philosophe juif Maïmonide obligé de fuir (d'après Amartya Sen) l'Europe intolérante pour finir sa vie sous la protection de Saladin (présenté comme un apôtre de la tolérance). Seulement Maïmonide n'a pas fui l'intolérance chrétienne mais les persécutions des Almohades envers les Juifs après qu'ils s'étaient emparés de la ville de Cordoue. . . Les Almohades étaient une dynastie musulmane venue d'Afrique du Nord tout ce qu'il y avait de plus fanatique. Quant à Saladin, s'il fut effectivement un grand prince, ce n'était certes pas en raison de sa tolérance, concept de toute façon tout à fait anachronique à cette époque. Le grand homme fit par exemple exécuter le mystique Suhrawardi pour flatter les oulémas orthodoxes. Quant à faire de la tolérance un trait caractéristique de la démocratie, Socrate aurait sans doute été d'un avis différent pendant qu'il buvait la ciguë. . . Amartya Sen veut plutôt parler du libéralisme comme le reste de l'article le démontre. Toute la partie historique de l'article est à l'avenant, y compris ce qu'il dit sur l'Inde, par quoi il montre qu'il ignore jusqu'à l'histoire de son propre pays. À moins qu'il fasse tout simplement preuve de malhonnêteté intellectuelle, ce qui n'est pas à exclure mais n'est guère plus glorieux. Il ne suffit donc pas d'avoir le teint bronzé et un nom exotique pour être indien, quand bien même cela fait toujours forte impression sur les Occidentaux. . . Le triomphe de la démocratie s'est logiquement accompagné du triomphe de l'État-nation. En effet puisque la souveraineté

257. Louis Dumont, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes* [1971], Paris, Gallimard, 1979.

258. Amartya Sen, "Democracy as a Universal Value", *Journal of Democracy*, vol. 10, n° 3, 1999, pp. 3-17.

appartient au peuple, il doit y avoir autant d'États qu'il y a de peuples. L'affirmation du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui figure dans la Charte des Nations Unies au paragraphe 2 de l'article 1 ainsi qu'à l'article 55, ne va pas sans poser de nombreux problèmes. Outre le fait qu'il constitue une aberration politique source d'une instabilité très dangereuse, il contredit en effet le principe du respect de l'intégrité territoriale affirmé au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies.

6.3 Un droit international d'inspiration cosmopolitique

Le XX^e siècle a vu l'aboutissement de la transformation du droit intervenue à la fin du Moyen Âge lorsqu'on abandonna la doctrine classique du droit au profit du nominalisme. La confusion entre la justice particulière et la justice générale avait convaincu les précurseurs du droit international classique qu'on pouvait parler d'un droit international au sens plein du terme. Il existait selon eux une morale internationale qu'ils appelaient droit naturel. Le droit naturel des grands auteurs du droit international classique était néanmoins privé de sa force obligatoire par le droit positif issu de la volonté des États. Il s'agissait d'abandonner la question de la justice matérielle de la guerre de façon à pouvoir mettre un frein à l'hostilité entre les États européens. Bientôt on cessa de parler du droit naturel et le droit international fut conçu comme un droit positif issu de la volonté des États. Mais le positivisme conduisait à une impasse sur la question du droit international : la volonté des États étant l'unique source du droit international, celui-ci ne pouvait s'imposer à eux comme le droit civil s'imposait aux individus. Les auteurs positivistes du XIX^e siècle n'hésitaient pas à admettre cette conséquence. Elle devint pourtant de plus en plus fâcheuse à mesure qu'on s'imprégnait de la morale humanitaire et qu'on cessait de percevoir l'autonomie du politique. Le succès d'une philosophie politique d'inspiration libérale entraînait en effet une méprise sur la nature véritable du politique qu'elle réduisait à l'infrastructure économique et sociale. L'absence d'un véritable droit international tenant uniquement à l'état d'anarchie du système international, il n'y avait qu'à établir une autorité supra-étatique, puisque rien ne semblait l'interdire. On avait d'ailleurs coutume d'affirmer du droit international que c'était un droit dans l'enfance, comme s'il devait bientôt devenir un véritable droit avec la fondation d'une autorité supra-étatique.

Les juristes de la première moitié du XX^e siècle commencèrent à traiter le droit international comme s'il s'agissait d'un droit cosmopolitique. Autrement dit ils faisaient comme s'il existait un État universel à l'origine d'un droit qui s'imposait aux États particuliers. On peut parler d'un retour au droit naturel du XVI^e siècle à

condition de garder à l'esprit qu'il s'agissait cette fois de conférer au droit naturel une force obligatoire dont il avait été privé par les précurseurs du droit international classique²⁵⁹. Les juristes à l'origine de cette évolution réduisaient les relations internationales aux relations économiques et sociales. Le fait qu'on ait commencé à perdre de vue le caractère fondamentalement interétatique du droit international à cette époque confirme son caractère cosmopolitique. Les juristes de cette époque suggérèrent en effet pour la première fois qu'on admît les individus à titre de sujets à part entière du droit international. Ils avaient aboli la différence entre le droit transnational (le droit entre les personnes privées appartenant à des unités politiques différentes) et le droit international (le droit entre les unités politiques). Le concept de justice pénale internationale qui fait son apparition à cette époque relève également du cosmopolitisme. Cette vision du monde traduisait l'influence de la tradition politique américaine sur la doctrine contemporaine du droit international. Le discours d'adieu prononcé devant le Congrès par George Washington en 1796 reflétait déjà l'idéal américain d'un monde pacifique et tourné vers le commerce. Quand les États-Unis ont fini par abandonner leur isolationnisme à partir de la Première Guerre mondiale, ils ont cherché à moraliser la vie politique de l'Europe. Il s'agissait en réalité d'extirper l'élément politique des relations internationales qu'ils voulaient exclusivement commerciales.

Mais il ne suffit pas de faire comme s'il existait un État universel pour assurer le succès d'un droit international qui ignore la réalité politique. L'idéalisme wilsonien n'a certes pas réussi à abolir la guerre, mais il est fort bien parvenu à favoriser l'avènement de la guerre totale. Le fait que la Seconde Guerre mondiale ait consacré l'échec de cette doctrine n'a pas empêché le droit international de poursuivre dans la même voie. Il faut dire qu'il était plus que jamais dominé par les États-Unis après 1945. Les juristes contemporains sont au fond des positivistes qui, devant l'embarras qu'ils éprouvent sur la question du droit international, choisissent d'ignorer la difficulté. Leur positivisme devrait les conduire à nier l'existence d'un véritable droit international, mais leur attachement à l'idéal cosmopolitique leur interdit de le faire. Ils affirment ainsi l'existence d'un *ius cogens* censé s'imposer aux États indépendamment de leur volonté. La notion de *ius cogens* vise à surmonter le positivisme d'après lequel le droit international ne peut obliger un État contre sa volonté²⁶⁰. Mais les juristes contemporains se gardent bien d'expliquer pourquoi et comment le *ius cogens* peut obliger les États en quelque façon que ce soit. Ils se contentent d'affirmer son existence pour sortir de leur embarras. Le *ius cogens* ne peut être qu'un autre

259. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 603–605.

260. *Ibid.*, pp. 665–666.

nom pour le droit naturel ou pour la coutume. Le positivisme qui domine toujours la pensée juridique contemporaine empêche d'affirmer sans contradiction qu'il s'agit du droit naturel et l'hétérogénéité de la société internationale interdit d'y voir la coutume. Autrement dit la pensée juridique moderne a conduit la doctrine du droit international dans une impasse qu'elle refuse de voir.

6.4 La transformation de la doctrine de la guerre juste

L'entre-deux-guerres vit la transformation de la doctrine de la guerre juste et la criminalisation de la guerre en tant que telle²⁶¹. La Première Guerre mondiale avait commencé comme une guerre interétatique classique et s'était achevée par un début de criminalisation de la guerre. Le traité de Versailles constitua une première étape dans le passage du concept de guerre juste au sens du droit international classique à celui de guerre discriminatoire du droit international contemporain. L'article 227 mettait en effet l'empereur Guillaume II en accusation et l'article 231 accusait l'Allemagne de porter la responsabilité de la guerre. Autrement dit on désignait implicitement la guerre comme un crime imputable à l'un des belligérants. C'était déjà porter atteinte à la notion de guerre juste au sens du droit international classique puisqu'il s'agissait d'une discrimination envers l'une des parties belligérantes. Le Pacte de la SDN tendait également à la criminalisation de la guerre. L'article 10 exigeait en effet des États membres qu'ils « s'engage[assent] à respecter et à maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres de la Société ». Quant à l'article 16, il détruisait le fondement de la neutralité. Il prévoyait en effet que « si un membre de la Société recour[ait] à la guerre, contrairement aux engagements pris aux articles 12, 13 et 15, il [était] *ipso facto* considéré comme ayant commis un acte de guerre contre tous les autres membres de la Société ». Néanmoins le Pacte de la SDN n'avait pas encore franchi le pas qui consistait à criminaliser la guerre. Il s'agissait uniquement de mettre en place des procédures d'arbitrage à caractère obligatoire qui pouvaient échouer. En cas d'échec les États membres restaient libres d'employer la force pour faire valoir leurs droits. Le Protocole de Genève signé en 1924 mettait en revanche la guerre hors la loi mais il ne fut jamais ratifié en raison de l'opposition du Royaume-Uni. La criminalisation de la guerre intervint en 1928 avec le traité de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, plus connu sous le nom de pacte Briand-Kellog, qui fut ratifié par l'ensemble des grandes puissances. Le pacte fit l'objet de nombreuses réserves qui contribuèrent à le vider de sa substance, mais

261. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 619–624 et Carl Schmitt, *Le nomos de la terre, op. cit.*, pp. 256–278.

il fut néanmoins invoqué par les Alliés pour justifier l'accusation de crime contre la paix à Nuremberg en 1945. Il est intéressant de noter l'omniprésence américaine dans le processus qui a conduit à la criminalisation de la guerre. L'idée du protocole de Genève avait en effet été émise par un groupe de juristes américains, alors même que les États-Unis avaient refusé d'intégrer la SDN suite à un vote défavorable du Congrès. Quant au pacte Briand-Kellog, son nom suffit à montrer l'implication américaine. La criminalisation de la guerre reste encore aujourd'hui le fondement du droit international contemporain²⁶². Le paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies dispose en effet la chose suivante : « Les membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. » Le paragraphe 5 de cet article, qui requiert l'assistance des États membres contre tout éventuel contrevenant à la Charte et leur interdit de lui prêter assistance, est incompatible avec la neutralité. Le chapitre VII prévoit les sanctions envisageables contre un État qui n'a pas respecté la Charte. Toutefois la constatation de l'existence d'une agression revient au Conseil de sécurité et n'aboutit jamais en pratique.

La criminalisation de la guerre implique une discrimination entre les belligérants qui prive le *ius in bello* du fondement sur lequel il repose. L'histoire montre en effet qu'on remet toujours en cause le *ius in bello* dès lors qu'on refuse de reconnaître l'égalité des belligérants. C'est pourquoi Carl Schmitt affirmait la chose suivante : « Le droit des gens a pour mission d'empêcher la guerre d'anéantissement, donc de circonscrire la guerre dans la mesure où elle est inévitable [...] Vouloir abolir la guerre ne fait qu'engendrer de nouvelles sortes de guerre, probablement pires, où l'on retombe dans la guerre civile et dans d'autres types de guerre d'anéantissement. »²⁶³ Le droit international contemporain avec son concept de guerre discriminatoire n'est certainement pas un retour à la doctrine scolastique de la guerre juste. Saint Thomas d'Aquin n'a en effet jamais parlé d'un droit international à l'existence duquel il ne pouvait pas croire. La doctrine scolastique de la guerre juste n'avait d'ailleurs pas vocation à produire des effets juridiques mais s'adressait uniquement à la conscience des chefs d'État. C'est également valable pour la doctrine de la guerre juste en tant qu'elle relève du droit naturel chez les précurseurs du droit international classique. Enfin la doctrine contemporaine de la guerre juste, qui fait porter l'entière responsabilité de la guerre sur l'agresseur, est contraire à l'esprit de justice qui animait la doctrine scolastique de la guerre juste. En effet, l'agression, qu'il faudrait com-

262. Wilhelm Grewe, *op. cit.*, pp. 673–684.

263. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, *op. cit.*, p. 244 (trad. L. Deroche-Gurcel).

mencer par définir rigoureusement, n'est injuste qu'à supposer la situation présente juste. Autrement la criminalisation de l'agression revient à sacrifier le statu quo alors même qu'il peut fort bien être injuste. Après tout il n'est jamais que le résultat des conflits antérieurs au cours desquels le vainqueur n'a pas forcément toujours eu la justice pour lui. Le droit international contemporain consacre donc toujours la volonté du vainqueur qu'il couvre du nom de justice. Au moins le droit international classique n'avait pas cette audace et il était exempt des nombreux inconvénients que présente le droit international contemporain. La doctrine traditionnelle de la guerre juste pouvait affirmer le bon droit d'un État qui faisait la guerre pour se défendre parce qu'elle ne prétendait à aucune conséquence pratique. Une telle affirmation suppose en effet la justice du statu quo, qui est impossible à vérifier en pratique. Le critère de l'agression, qui paraît évident au premier abord, est donc en réalité tout à fait insatisfaisant. Une agression peut fort bien être juste dès lors qu'elle vise à modifier une situation injuste. Mais il fallait un critère sur lequel fonder le *ius contra bellum* et l'on n'a pas trouvé mieux. Encore faudrait-il fournir une définition opératoire de l'agression, qui ne saurait se restreindre au fait de franchir le premier la frontière, pour qu'on puisse parler d'un véritable critère. En pratique il reste très difficile de savoir de quel côté se trouve la justice dans une guerre et le critère de l'agression n'est d'aucun secours pour cela. On présente souvent la guerre du Golfe comme un exemple achevé de guerre juste. L'agression irakienne est en effet indiscutable, à condition de s'en tenir à une définition simpliste de l'agression. Mais il reste à savoir si la situation que visait à modifier l'intervention irakienne était juste. Or la réponse à cette question est tout sauf évidente. L'État du Koweït est en effet une création britannique dont le territoire avait longtemps appartenu à la province ottomane sur laquelle a été formé l'Irak. Était-il plus juste qu'il forme un État souverain plutôt qu'il revienne à l'Irak ? C'est très difficile à dire. En revanche il n'est pas difficile d'affirmer que l'indépendance du Koweït profitait à l'Occident et qu'au contraire elle n'était pas dans l'intérêt de l'Irak. Toujours est-il qu'on put entendre les dirigeants américains, qui semblaient convaincus d'être dans le camp de la justice, se vanter de vouloir ramener l'Irak à l'âge de pierre. On voit comment la discrimination entre les belligérants, c'est-à-dire le fait de voir la guerre comme une lutte entre les gentils et les méchants, conduit à un mépris absolu du *ius in bello*.

6.5 L'avènement de la guerre totale

La discrimination entre les belligérants et l'importance du facteur idéologique au XX^e siècle ont réduit à néant le *ius in bello*. L'abandon du droit international classique a conduit à une transformation en profondeur de la guerre dont l'aboutissement

est la guerre totale. La violence de la guerre et l'absence quasi totale de règles au XX^e siècle fait penser au déroulement d'une guerre civile. Le fait n'a d'ailleurs rien d'étonnant puisque le droit international contemporain est en réalité un droit civil qui s'ignore. Il opère en effet la confusion entre la notion d'*hostis* et celle d'*inimicus* : on conçoit de la haine pour son ennemi à la guerre comme on le ferait pour un ennemi personnel. La guerre d'anéantissement justifie d'autre part l'emploi de tous les moyens. Les réticences à mettre en oeuvre les ordres les plus inhumains sont levées par la diabolisation de l'ennemi. Le droit international contemporain, qui se réclame pourtant de l'humanité, aboutit ainsi à priver l'adversaire de son humanité. La confusion entre la population civile et les militaires conduit à traiter les civils comme s'ils étaient des hommes en armes. L'abolition de la distinction entre les civils et les militaires entre d'ailleurs dans la stratégie de la guérilla : les attentats contre l'occupant entraîne des représailles aveugles qui jettent la population dans les bras de la rébellion. N'importe quelle armée est susceptible de s'y laisser entraîner, il ne s'agit pas d'un trait propre aux idéologies totalitaires. Les exactions perpétrées par l'armée allemande et l'Armée rouge pendant la Seconde Guerre mondiale sont bien connues, mais on oublie trop souvent l'attitude des Anglo-Saxons durant le conflit. Sans parler des bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki, qui à notre avis ont économisé des vies humaines en accélérant la reddition japonaise, les bombardements anglo-américains des villes allemandes n'avaient pas grand chose à envier aux méthodes de la Wehrmacht. La ville de Dresde fut ainsi engloutie sous un tapis de bombes incendiaires dont l'intérêt militaire était pour le moins discutable. Les bons sentiments s'évanouissent aussitôt qu'on croit avoir affaire à des criminels menant une guerre injuste. On n'entendit guère les belles âmes qui s'étaient émues de l'emploi de la torture par l'armée française pendant la bataille d'Alger quand le FLN massacra tous les habitants du village de Mélouza dont le seul tort était de n'être pas du bon côté. C'est qu'ils avaient pour eux la justice, voyez-vous, au nom de laquelle on est prêt à excuser bien des excès. L'ampleur de l'enjeu dans une guerre totale rend également le respect des droits des neutres tout à fait improbable. D'autant plus qu'à compter de la Première Guerre mondiale, les États-Unis ont abandonné leur traditionnel rôle de garants des droits des neutres. L'extraordinaire pouvoir de destruction acquis par les armes modernes a également contribué à accroître la violence de la guerre. La tentation d'employer toute la puissance destructrice dont on dispose est trop grande lorsqu'on lutte pour son existence même. Le fait que la guerre n'ait jamais été aussi terrible qu'au XX^e siècle alors même qu'elle était reconnue comme un crime n'est un paradoxe qu'à première vue : en réalité c'est au moins en partie *parce qu'elle était reconnue comme un crime qu'elle fut si terrible.*

Conclusion

Nous avons vu qu'on pouvait distinguer le droit et la morale d'après la distinction établie par Aristote entre la vertu de justice particulière et la vertu de justice générale. Le droit est d'après une formule courante « dans les choses », il désigne un état dans lequel il s'observe une certaine égalité dans une relation entre plusieurs personnes, peu importe comment et pourquoi on a établi cette égalité. Il est par conséquent distinct de la morale qui est un ensemble de règles de conduite en vue du bien commun. Par ailleurs nous avons dit que l'éventualité de la guerre était inséparable du politique. Nous avons dit qu'il s'ensuivait que le droit international était à proprement parler une morale internationale, c'est-à-dire un ensemble de règles de conduite à destination des unités politiques dans leurs rapports mutuels. Nous avons distingué à l'intérieur du droit international un *ius ad bellum* ainsi qu'un *ius in bello* et nous avons établi qu'il existait une relation inverse entre l'extension de l'un et de l'autre. C'est pourquoi nous avons dit que le droit international pouvait circonscrire la guerre sans toutefois pouvoir l'abolir. L'histoire de l'évolution intellectuelle qui a conduit au droit international contemporain est celle d'un double oubli. Dans un premier temps, autour de l'époque qui a vu naître la Réforme, on a confondu le droit avec la morale. Sous l'influence de la philosophie nominaliste, le droit fut défini comme un ensemble de règles de conduite provenant d'un supérieur. L'état d'anarchie du système international semblait interdire qu'on élabore un véritable droit international, mais la confusion entre le droit et la morale permit néanmoins qu'on commence à l'envisager. L'oubli de la distinction entre la vertu de justice particulière et la vertu de justice générale, sur laquelle reposait la distinction entre le droit et la morale, devait déterminer l'évolution du droit international dans les siècles à venir. Afin de mettre un terme à la crise de civilisation ouverte par la Réforme, les précurseurs du droit international admirent la priorité du droit international positif sur le droit naturel. Une telle affirmation n'avait absolument aucun sens pour la doctrine classique du droit et semblait difficile à admettre pour n'importe quel esprit sensé. Il ne fut pourtant pas question d'aligner le droit positif sur le droit naturel tant qu'on continua à percevoir l'autonomie du politique et qu'on eut conscience de ce que la guerre était l'horizon indépassable de la politique internationale. Admettre la priorité du droit naturel revenait en effet à admettre une discrimination entre les belligérants, ce qu'on se refusa à faire aussi longtemps que le souvenir de la guerre civile européenne demeura intact. Ce n'est pas avant le début du XX^e siècle qu'on perdit de vue l'autonomie du politique sous l'influence d'un cosmopolitisme d'inspiration libérale ou marxiste. Le droit international contempo-

rain affirma ainsi la priorité du droit naturel sur le droit positif et chercha à aligner celui-ci sur celui-là en prohibant l'usage de la force au cours de la première moitié du XX^e siècle. Car dès lors qu'on réduit le politique à l'infrastructure socio-économique, il est permis d'imaginer un monde pacifique dans lequel les échanges commerciaux auraient remplacé la guerre. Le droit international contemporain est bel et bien un droit cosmopolitique puisqu'il suppose implicitement l'existence d'une unité politique universelle. L'instauration d'un gouvernement mondial, c'est-à-dire l'abolition du politique, est l'horizon implicite de l'ordre juridique international contemporain. Bien loin d'être un droit international au sens véritable du terme, lequel suppose l'existence d'une multiplicité d'unités politiques, le droit international contemporain est plutôt la négation de l'essence du droit international.

Le cosmopolitisme qui prétend transformer radicalement la société internationale, par l'établissement d'une paix universelle et permanente, puise ses racines dans l'idéologie progressiste du siècle des Lumières, elle-même héritière de l'humanisme apparu vers la fin du Moyen Âge. L'idéologie progressiste croit l'homme susceptible d'un progrès indéfini et refuse d'admettre qu'il est frappé au sceau d'une imperfection contre laquelle il ne peut rien. Elle s'oppose à la tradition selon laquelle l'homme doit accepter l'imperfection foncière de sa nature pour éviter de se prendre pour Dieu. On trouve cette idée dans la doctrine chrétienne avec le péché originel censé frapper le genre humain d'une tâche indélébile. C'est pourquoi Carl Schmitt écrivait qu'on pouvait classer toutes les doctrines politiques en fonction de leur anthropologie sous-jacente, selon qu'elles posent en hypothèse un homme corrompu de nature ou un homme bon de nature²⁶⁴. Mais le refus de la notion de progrès est un point qu'on retrouve en réalité partout ailleurs à travers une vision cyclique de l'ordre cosmique tout à fait contraire à l'idée de progrès. Ainsi dans la Grèce antique avec le mythe des races chez Hésiode, la cosmologie d'Empédocle et des stoïciens, la philosophie politique de Platon. Un thème similaire est présent dans la cosmologie hindoue avec le cycle des yugas et dans la mythologie chinoise avec le cycle des premières dynasties devenu le modèle de l'historiographie chinoise. La présentation de l'époque du prophète Mahomet comme un âge d'or, qui s'oppose néanmoins à une vision cyclique de l'histoire, a également servi à lutter contre l'innovation dans le monde islamique. Alexander Wendt a fort justement montré que la théorie néo-réaliste de Kenneth Waltz, bien qu'elle prétende reposer uniquement sur la distribution des capacités au sein du système international, fait en réalité deux hypothèses sur le comportement des États qui demeurent implicites dans son exposé²⁶⁵. Kenneth Waltz fait en effet

264. Carl Schmitt, *La notion de politique, op. cit.*, pp. 101–114.

265. Alexander Wendt, *op. cit.*, pp. 92–113.

implicitement l'hypothèse que les États recherchent avant tout la sécurité et qu'ils sont égoïstes. Selon nous ces hypothèses reposent sur une conception de la nature humaine qui inscrit Kenneth Waltz dans la tradition des auteurs qui reconnaissent le défaut qui l'entache. Alexander Wendt a donc tout à fait raison de mettre en lumière ce postulat qui reste implicite chez Kenneth Waltz, mais à notre avis il se trompe en croyant qu'on peut y faire quelque chose, c'est-à-dire lorsqu'il dit qu'il existe une culture anarchique permettant l'abolition de la guerre à l'intérieur du système international, parce qu'au fond Kenneth Waltz a raison quand il fait implicitement l'hypothèse que l'homme n'est pas indéfiniment perfectible.

L'optimisme véhiculé par l'idéologie progressiste doit être combattu parce qu'il constitue le fondement implicite de l'ordre juridique international contemporain. Or le droit international contemporain continue de représenter un danger majeur dans l'éventualité d'une guerre opposant plusieurs grandes puissances. La discrimination entre les belligérants interdirait toute limitation de la guerre qui deviendrait rapidement une guerre d'anéantissement justifiant l'emploi de tous les moyens. Compte tenu du pouvoir de destruction de la technologie moderne, en particulier la technologie thermonucléaire, une telle éventualité entraînerait la fin de la civilisation. Raison de plus pour qu'à l'heure du réveil des civilisations non-occidentales, qui voit l'émergence d'États comme la Chine auxquels l'Occident n'est plus en mesure d'imposer sa volonté, les Occidentaux mettent en sourdine leur universalisme militant. Le monde actuel n'a pas besoin de cela pour ajouter à la tension politique et aux motifs pouvant justifier une guerre de grande ampleur dans le futur. Il faudrait que les Occidentaux considèrent la situation avec un peu de recul et qu'ils prennent conscience que leur domination sur le monde n'a été qu'une parenthèse à l'échelle de l'histoire. La Chine est sans doute une puissance émergente pour eux, mais ils doivent savoir que les Chinois pensent simplement retrouver leur rang traditionnel après l'avoir quitté pendant un court instant, comme ils l'ont d'ailleurs fait à plusieurs reprises tout au long de leur histoire. Le refus de prendre en considération la perception de l'histoire par le reste du monde est susceptible d'entraîner un regain de tension. La mondialisation et l'éveil du monde extra-européen posent un problème considérable du point de vue du droit international. Le système international s'est en effet étendu de manière irrémédiable à l'ensemble du monde sans pour autant qu'il ait été mis fin à la diversité des civilisations. Il faut croire qu'on efface pas plusieurs milliers d'années d'histoire d'un trait de plume. Or dans la mesure où le droit international repose sur une communauté de civilisation, on voit mal sur quoi fonder un droit international universel. Sans doute nécessité fait-elle loi et verra-t-on l'apparition d'un *modus vivendi* à l'échelle planétaire. Mais cela implique une fois de

plus de revoir à la baisse les ambitions tout à fait extravagantes affichées par le droit international aujourd'hui. En tout cas la solution à ce problème n'a certainement rien d'évident à nos yeux. Tout au plus pouvons-nous répéter ce que nous avons déjà dit, à savoir que les Occidentaux devraient commencer par admettre la diversité des civilisations, au lieu de vouloir changer le reste du monde à leur image. Quoi qu'ils pensent de son régime actuel, l'Iran islamiste est l'héritier d'une très vieille civilisation. Les Iraniens sont assez grands pour savoir quel type de régime ils veulent pour eux-mêmes. Les Occidentaux seraient bien inspirés de ne pas accorder trop d'importance à la nature du régime des États auxquels ils ont affaire dans l'élaboration de leur politique étrangère. Ils auront au moins éliminé de cette manière une source de tension internationale, à défaut d'avoir réglé le problème que nous avons soulevé au sujet de l'avenir du droit international.

Bibliographie

Ouvrages

AQUIN Thomas d', *Somme théologique*.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*.

ARISTOTE, *Métaphysique*.

ARISTOTE, *Politiques*.

ARON Raymond, *Paix et guerre entre les nations* [1962], Paris, Calmann-Lévy, 2004, 8^e édition, 794 p.

BAINVILLE Jacques, *Histoire de France* [1924], Paris, Tallandier, 2007, 566 p.

BATTISTELLA Dario, *Théories des relations internationales* [2003], Paris, Presses de Sciences Po, 2006, 2^e édition, 588 p.

BENOIST-MÉCHIN Jacques, *Frédéric de Hohenstaufen. Le rêve excommunié* [1980], Paris, Perrin, 2004, 722 p.

BONALD Louis de, *Théorie du pouvoir politique et religieux*, 1796.

BOSSUET Jacques-Bénigne, *Traité de la connaissance de Dieu et de soi-même*, 1741.

BRAUDEL Fernand, *Grammaire des civilisations* [1987], Paris, Flammarion, 1993, 624 p.

BULL Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics* [1977], New York, Palgrave, 2002, 3^e édition, 368 p.

CHATEAUBRIAND François-René de, *Mémoires d'outre-tombe*, 1848.

CHAUPRADE Aymeric, *Géopolitique. Constantes et changements dans l'histoire* [2001], Paris, Ellipses Marketing, 2007, 3^e édition, 1104 p.

CICÉRON, *De l'amitié*.

DUMONT Louis, *Homo hierarchicus. Essai sur le système des castes* [1971], Paris, Gallimard, 1979, 449 p.

EL KENZ David et GANTET Claire, *Guerres et paix de religion en Europe. 16^e-17^e siècles*, Paris, Armand Colin, 2003, 182 p.

FAIRBANK John, **dir.**, *The Chinese World Order : Traditional China's Foreign Relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1968, 416 p.

GAIUS, *Institutes*.

GAURIER Dominique, *Histoire du droit international : auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, 532 p.

GERNET Jacques, *La chine ancienne* [1964], Paris, PUF, 2005, 10^e édition, 128 p.

- GRANET Marcel, *La civilisation chinoise* [1929], Paris, Albin Michel, 1994, 578 p.
- GREWE Wilhem, *The epochs of international law* [1944], Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2000, 2^e édition, trad. et rév. Michael Byers, 900 p.
- GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, 1625.
- GROUSSET René, *L'empire des steppes. Attila, Gengis-Khan, Tamerlan* [1939], Paris, Payot, 2001, 651 p.
- GUIBERT François de, *De la force publique considérée dans tous ses rapports*, 1790.
- HIPPONE Augustin d', *Confessions*.
- HUIZINGA Johan, *Homo Ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu* [1938], Paris, Gallimard, 1988, 340 p.
- HUNTINGTON Samuel, *Le choc des civilisations* [1996], Paris, Odile Jacob, 1997, trad. J-L. Fidel, G. Joublain, P. Jorland et J-J. Pédussaud, 402 p.
- JUSTINIEN, **et al.**, *Digeste*.
- KANTOROWICZ Ernst, *L'empereur Frédéric II* [1927] in *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 2000, pp. 9-641.
- KHADDURI Majid, *War and Peace in the Law of Islam* [1955], Clark (New Jersey), The Lawbook Exchange Ltd, 2006, 321 p.
- LONG Anthony et SEDLEY David, *Les philosophes hellénistiques* [1987], tome 2, Paris, GF Flammarion, 2001, trad. et rév. J. Brunschwig et P. Pellegrin, 570 p.
- MAISTRE Joseph de, *Considérations sur la France*, 1797.
- MANTRAN Robert, **dir.**, *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, Fayard, 1989, 810 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.
- PLATON, *Théétète*.
- ROUX Jean-Paul, *Un choc de religions. La longue guerre de l'islam et de la chrétienté 622-2007*, Paris, Fayard, 2007, 459 p.
- SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre* [1950], Paris, PUF, 2001, trad. L. Deroche-Gurcel et rév. P. Haggemacher, 368 p.
- SCHMITT Carl, *La notion de politique* [1927] / *Théorie du partisan* [1963], Paris, Flammarion, 1992, trad. M-L. Steinhauser, 323 p.
- SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel* [1993], Paris, PUF, 1999, 2^e édition, 128 p.
- SÉVILLE Isidore de, *Étymologies*.
- THUCYDIDE, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*.
- TOCQUEVILLE Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, tome II, 1840.
- VATTEL Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.
- VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne* [1975], Paris, PUF, 2006, 4^e édition, 624 p.

VILLEY Michel, *Philosophie du droit* [réuni la 4^e édition du tome 1 parue en 1986 et la 2^e édition du tome 2 parue en 1984], Paris, Dalloz-Sirey, 2001, 360 p.

VOLTAIRE, *Le siècle de Louis XIV*, 1751.

WALTZ Kenneth, *Theory of International Politics*, New York, McGraw-Hill, 1979, 250 p.

WENDT Alexander, *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 449 p.

WIGHT Martin, *Systems of States*, Leicester, Leicester University Press, 1977, 237 p.

XÉNOPHON, *Helléniques*.

Articles

BUZAN Barry, “From International System to International Society: Structural Realism and Regime Theory Meet the English School”, *International Organization*, vol. 47, n° 3, 1993, pp. 327–352.

HUNTINGTON Samuel, “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs*, vol. 72, n° 3, 1993, pp. 22–49.

SEN Amartya, “Democracy as a Universal Value”, *Journal of Democracy*, vol. 10, n° 3, 1999, pp. 3–17.