

Aldo Andrea Cassi

***"Bellum iustum". "Ius ad bellum". "Ius in bello".
Une "grammaire" du droit international
dans la scientia iuris de l'ère moderne***

***"Bellum iustum". "Ius ad bellum". "Ius in bello".
A 'Grammar' of International Law
in Early Modern Scientia Iuris***

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. "Précurseurs", "fondateurs" ou "nobles pères" du *ius inter nationes* – 3. *Bellum iustum*. La *quaestio* de la guerre juste "*in utraque parte*" – 4. *Ius ad bellum*. L'hypothèse d'une "intervention humanitaire" *ante litteram* – 5. *Ius in bello*. Prisonniers; otages; "dommages collatéraux"; "guerre chimique" – 6. Conclusion.

This contribution means to focus on some fundamental points of the modern international law's formation, considering the elaboration made by both the catholic-based (with particular attention to the *Escuela de Salamanca*) and the protestant-based (Hugo Grotius and Alberico Gentili) juridical science of the modern age. In particular it will note the historical and conceptual dynamics that led: 1) to the admissibility of a just war for both warring parties; 2) to the crucial historical and juridical passage from *ius ad bello* to *ius in bello*; 3) to the doctrinal prefiguration of a "humanitarian war" in order to defend the *innocentes*. Therefore, it will be possible to outline some fundamental concepts of the classical law of peoples of the modern age that constitute part of the "grammar" used to write the *ius inter nationes* by XVI and XVII century's european jurists.

KEYWORDS: *bellum iustum*, *ius ad bellum*, *ius in bello*, *ius inter nationes*, international law.

Le quatre-vingtième anniversaire de la Charte des Nations Unies (1945-2025) survient à une période particulièrement funeste pour le droit international. Ce dernier semble avoir perdu sa fonction – qu'il a conservée de l'après-guerre jusqu'à récemment – de référence partagée et de cadre pour les relations interétatiques. Un droit international bafoué et renié même par ceux-là mêmes qui, jadis, s'en faisaient les « garants », fiers de se présenter comme les « shérifs du monde ».

Dans le débat actuel sur la « mort du droit international », on relève souvent l'idée selon laquelle ce dernier serait le simple produit des traités internationaux et des déclarations universelles établis au XXe siècle, c'est-à-dire de circonstances relativement récentes d'un point de vue historique, et donc incapables de résister à la pression et à l'agitation des événements présents. Dès lors que l'on remet en cause les structures et les relations entre États (frontières, relations commerciales, équilibres géopolitiques), on remet également en cause – ou l'on écarte purement et simplement – le droit issu des accords entre ces mêmes États. On oublie ainsi que ce droit *inter nationes* possède des racines bien antérieures au XXe siècle, dont les traités et déclarations ne sont que la formalisation juridique.

Il semble donc utile, voire nécessaire, de procéder à certaines analyses historiques du *ius inter nationes*¹ afin de retrouver sa « grammaire » (les principes juridiques établis par le *ius inter nationes* de l'époque moderne) et sa « syntaxe », qui régit les relations internationales (les *regulae iuris* en vigueur au niveau international).

Un tel parcours permet aussi de mettre en lumière certains principes fondamentaux propres à la culture européenne. En effet, si les relations internationales sous toutes leurs formes (diplomatiques, politiques, commerciales et même *guerrières*) sont régies par un système de droit précisément *inter nationes*, il convient de souligner, un risque de simplifications drastiques (mais nécessaires car préalables à l'analyse historiographique proposée ici), que ce système a une origine *occidentale* et une matrice *jurisprudentielle*.

Une origine *occidentale* parce qu'il a été (et est encore) propre à la culture européenne, surtout depuis l'époque moderne, d'assigner au droit la fonction d'outil pour obtenir et assurer (non seulement *inter nationes* mais aussi *intra homines*) la justice – contrairement à d'autres civilisations et à d'autres périodes historiques au cours desquelles, en simplifiant beaucoup, différentes perspectives axiologiques sont (et ont été) privilégiées : non pas le droit mais la morale (p.ex. le confucianisme) ou la religion (p. ex. l'islam²), mais aussi la simple force militaire (p.ex. la "pax romana") ou la politique (dans la "Realpolitik", qui n'est pas pour rien considérée comme l'une des causes du "déclin de l'Occident"³).

¹ Sur l'opportunité d'un tel recentrage historiographique et pour un bilan de l'état de la recherche, voir en particulier RAPHAËL CAHEN, FREDERIK DHONDT ET ELISABETTA FIOCCHI MALASPINA, *L'essor récent de l'histoire du droit international* in *Clio@Themism* 18/2020, *Dossier : Histoire du droit international*.

² Voir également, bien que sous des angles différents, A. PADOA SCHIOPPA, *A history of law in Europe from the early Middle Ages to the twentieth century*, in Cambridge University Press, 1 vol. (XIII-808), Cambridge 2017, p. 19; R. PRODI, *Discours de Romano Prodi sur la réforme des institutions communautaires*, 03/10/2000, Strasbourg 2000, pp. 193 et suivantes.

³ JOHN S. DUNNE, *Realpolitik in the Decline of the West*, in *The Review of Politics*, Vol. 21, n° 1, *Twentieth Anniversary Issue* : II (jan.), pp. 131-150 1959, pp. 131-150. Voir également F. TROCINI, *Machiavellismus, Realpolitik und Machtpolitik : der Streit um das Erbe Machiavellis in der deutschen politischen Kultur der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, R.

Sa matrice est d'autre part *jurisprudentielle* au sens étymologique et historique du terme. Il ne s'agit pas de la jurisprudence au sens d'un ensemble de décisions judiciaires de cours ou de tribunaux, mais de la *iurisprudentia*, du travail des *prudentes* en droit, c'est-à-dire des juristes : les *doctores iuris* (terme qui renvoie aux universités de droit de l'époque médiévale) et les juristes de l'époque moderne, en particulier dans le domaine composite appelé le "droit naturel", qui nous intéresse ici.

Le caractère occidental fait encore l'objet de critiques et de discussions qui dépassent le cadre de ces pages. L'origine jurisprudentielle est en revanche pertinente pour les considérations proposées ici. Elles visent à mettre en lumière la contribution de certains des grands juristes de l'Époque Moderne, contribution souvent oubliée par la plupart des praticiens du droit international ou tout au plus reléguée à des références laconiques. Il s'agit au contraire de l'apport indispensable des "nobles pères" du droit international actuel, envers lesquels nous devons être reconnaissants pour leurs oeuvres (XVI^e et XVII^e siècles), et à l'égard desquels la célèbre expression « des nains sur les épaules de géants⁴ », attribuée par Jean de Salisbury à Bernard de Chartres, n'est peut-être pas tout à fait inappropriée si l'on considère la position que nous occupons aujourd'hui.

En effet, nous leur devons la configuration d'un langage *sub specie iuris* dans les relations *inter nationes* et la codification conceptuelle d'une "grammaire" constituée de principes de base à travers lesquels se tisse la chaîne d'une "syntaxe", d'un système cohérent de propositions qui définit la base du droit international actuel.

Toutefois, même en utilisant le terme pluriel "pères nobles" plutôt que le singulier "précurseur" ou "fondateur", une clarification de méthode ne sera pas inutile.

2. "Précurseurs", "fondateurs" ou "nobles pères" du *ius inter nationes*

La diatribe visant à déterminer qui est le "véritable fondateur" du *ius inter nationes* moderne ou le précurseur du "droit international" tel que nous l'entendons aujourd'hui est un différend bien établi et toujours d'actualité dans une grande partie de la littérature juridique internationaliste⁵. Elle implique

Oldenbourg Verlag, Munchen 2010 et pour une perspective comparative R. COX, *Approaches to pre-modern war and ethics: some comparative and multi-disciplinary perspectives*, in *Global Intellectual History*, vol. 6, n°5, 2021, pp. 592 – 613.

⁴ JEAN DE SALISBURY, *Metalogicon*, III, 1159, 4.

⁵ À cet égard certains des essais rassemblés dans le volume collectif de 1993 édité par M. ARACELI MANGAS, *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional en América: del pasado al futuro: Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Salamanque, regroupent une approche historiographique remontant à E. NYS, *Le droit à la guerre et les précurseurs de Grotius*, C. Muquardt, Bruxelles 1882, consolidée par quelques "classiques" comme C. BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno*, Universidad de

éminemment quatre représentants : deux de culte catholique et deux de confession protestante. Un premier "duel" oppose Francisco de Vitoria (?1486-1546), sur lequel la diatribe historiographique⁶ reste particulièrement vive, et Hugh Grotius (1583-1645), considéré par la plupart des internationalistes comme le fondateur de leur discipline⁷. Mais un deuxième duo d'*outsiders* se présente sur scène : Alberico Gentili (1552-1608), invariablement cité pour son *silete theologi*⁸, et Francisco Suarez (1548-1617), personnage légitimement inscrit au panthéon de notre droit international⁹, voire de la démocratie contemporaine¹⁰ – bien que,

Valladolid, vol. V, n°III, Valladolid 1928 et J. SCOTT BROWN, *Francisco de Vitoria*, 1934 et toujours présente dans A. GOMEZ ROBLEDO, 1989. Voir à ce sujet les remarques critiques de R. GARCIA PEREZ, *Las relaciones entre el derecho y la guerra en la Monarquía española durante la Edad Moderna : una aproximación general a su estudio*, in A. A. CASSI, *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 59-83, qui note comment "carente de objeto el debate, generalmente mas politico que academico, en torno a la identificacion en Vitoria o en Grocio del padre fundador del Derecho Internacional" (p. 66). Pour une reconsidération historiographique des "fondateurs" du droit international et de l'*Escuela de Salamanca*, voir les notes de bas de page 12 et 21 ci-dessous.

⁶ Pour une mise à jour partielle de l'historiographie vitorienne la plus récente, je vous renvoie à A.A. CASSI, *Mitopoiesi dei "diritti umani" in Francisco de Vitoria (ovvero ricordando che Eumenidi nascono de Erinni)*, in *Fundamental rights. Rivista di studi giuridici, storici e antropologici*, n°2/2021, pp. 37-56.

⁷ Voir les considérations historiographiques de M. PANEBIANCO, *Ugo Grozio e la tradizione storica del diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Naples, 1974, *passim* (esp. pp. 120 ff.). Sur ce point, outre les essais cités dans la note 1 – DEL VECCHIO, 1960, pp. 197 et suivantes – il a été soutenu plus tard que, plus que Grotius, le véritable fondateur du droit international serait Vattel. (Cf. H. BULL, *The importance of Grotius in the Study of International Relations*, in H. BULL, B. KINGSBURY, A. ROBERTS, *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford 1990, pp. 65 – 93). L'essai de P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, Paris 1983, dans lequel il insiste sur la continuité de la réflexion grotienne avec la pensée médiévale, reste un classique indispensable. Voir également D. FEDELE, *Grotius and Late Medieval Ius Commune on Rebellion and Civil War*, in *Grotiana*, vol. 41(2), 2020, pp. 371 – 389. La bibliographie sur Ugo Grozio est vaste : se référer au compte rendu partiel annoté dans P. CRAVERI, *Gli studi recenti su Grozio*, in *Le Carte e La Storia : rivista di storia delle istituzioni*, il Mulino, vol. 1, Bologna 1999, pp. 121 et suivantes, à mettre à jour avec C. GALLI, *Introduction*, in UGO GROZIO, *Il diritto di guerra e di pace*, édité par C. GALLI et A. DEL VECCHIO, edizioni Istituto Italiano Studi Filosofici 2023, vol.3.

⁸ Un silence adressé également à Vitoria. Cependant, la célèbre fin du ch. XII de A. GENTILI, 1995, lue dans le texte - et le contexte - dans lequel elle est formulée, était probablement beaucoup moins "moderniste" qu'elle n'est habituellement présentée.

⁹ Pour la contribution suarézienne à la fondation du *ius gentium* moderne, voir en particulier K.-H. ZIEGLER, *Francisco Suárez und das völkerrecht*, in *Zeitschrift für Historische Forschung*, vol. 1, n°1, 1974, pp. 81-87 et J. SODER, *Francisco Suárez und das Völkerrecht: Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, Alfred Metzner, Frankfurt am Main, 1973. Voir aussi A.A. CASSI, *Francisco Suárez. Sulla guerra, testo originale a fronte a cura e con un saggio di A.A. Cassi*, Societas Hominum, Quolibet, 2014.

¹⁰ En effet, si Vitoria a été célébré non seulement - précisément - comme le fondateur du droit international, mais aussi comme le créateur de l'ONU, le précurseur des droits de l'homme et de leur constitutionnalisation, ainsi que le théoricien de la démocratie moderne, à ce dernier égard la palme de "premier démocrate moderne" lui est contestée par le plus grand épigone

curieusement, ses réflexions consacrées *ex professo* au problème du *De bello*¹¹, qui nous intéressent ici, soient très peu connues, comparées à son célèbre traité *De legibus*¹².

L'historien (mais pas seulement) du droit n'accepte pas de prendre part à cette querelle historiographique, évitant d'entrer dans la mêlée pour choisir son propre "champion" et de revendiquer la primogéniture en ce qui concerne la « naissance du droit international moderne¹³ » ; les événements biographiques, la formation intellectuelle, le milieu culturel, le contexte institutionnel et le scénario historico-politique de chacun des "prétendants" apparaissent trop différents pour en faire une lecture synoptique dans le but d'élire un "père fondateur" ou un "précurseur" parmi eux.

D'un point de vue méthodologique, ce que l'historien du droit doit éviter, c'est en somme une lecture "fondamentaliste" des pages de chacun de ces auteurs ; une lecture qui, en extrapolant certaines propositions de l'ensemble

de l'École de Salamanque, Francisco Suarez. Cf. G. JARLOT, *Les idées politiques de Suárez et le pouvoir absolu*, in *Archives de Philosophie*, vol. 18, n°1, SUÁREZ: *Modernité traditionnelle de sa philosophie* (1949), p. 98. Un jugement substantiellement partagé, plus récemment, par L. CEDRONI, *La comunità perfetta. Il pensiero politico di Francisco Suárez*, Edizioni Studium – Roma 1996, p. 10, où le *Doctor Eximius* se voit reconnaître "sans aucun doute, le mérite d'avoir formulé une théorie de la démocratie fondamentale". Pour une approche historico-juridique rigoureuse de la "naissance" de la "démocratie moderne", voir P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma Bari, Laterza 2000, p. 317 et suivantes et GUIDI et TORCELLAN, *Europa moderna. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Gruppo BNL, 1993. En ce qui concerne Vitoria en tant que "précurseur" du jus *établissement* internationaliste d'aujourd'hui, je voudrais faire référence à A. A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492 – 1680)*, Giuffrè, Milan 2004, pp. 54 et suivantes, ainsi que la bibliographie qui y est citée et discutée.

¹¹ Le traité de Suarez sur le *bello* est contenu dans une édition posthume de 1621 qui rassemble, dans la *disputatio XIII*, intitulée *De Bello*, des *Pars* consacrés à *Charitas*, les *lectiones in argumento* romaines données par Suarez, vraisemblablement en 1583 et 1584. Permettez-moi de signaler l'édition de F. SUAREZ, *Sur la guerre*, texte original en regard édité et avec un essai de A.A. CASSI, *Francisco Suárez*, cit., avec d'autres indications bibliographiques.

¹² Ce dernier texte ne cesse de stimuler la littérature philosophique juridique. Voir la toute récente traduction italienne dans F. SUAREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, Cedam, vol. 1, édité par O. DE BERTOLIS avec une introduction de F. TODESCAN, Padoue 2008.

¹³ Outre les observations faites *ci-dessus* dans les notes 4-6, voir l'invitation à se concentrer plus lucidement sur certaines "envolées pindariques" diachroniques concernant la "science du droit international" exprimée dans D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto nel Cinquecento. I trattatisti del 'ius militare'*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, édité par F. LIOTTA, Monduzzi, Bologna 2007, p. 191 et suivantes. Sur l'"invention" ou la construction" du droit international, voir, avec des perspectives différentes, I. BIROCCHI, *Il De iure belli e l'"invenzione" del diritto internazionale*, in *Ius gentium ius communicationis ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità. Atti del Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552 – 1608)*, édité par L. LACCHÈ, Centro Internazionale di Studi Gentiliani, Milan 2009, pp. 101-138 et L. NUZZO, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e la negazione delle differenze*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 38, tome II, Giuffrè editore, Milan 2009, pp.1311-1381.

de l'œuvre, et en l'abstrayant à son tour de la culture juridique de son temps, opère une théorie synthétisée *in vitro*, artificielle pour ne pas dire surfaite¹⁴.

Il s'agit plutôt de se concentrer sur ces quatre piliers du *ius inter nationes* moderne en faisant dialoguer leur *scientia iuris* (dont ils n'ont pas manqué de faire preuve, se confrontant comme dans un duel à la pointe de leur plume) et en traçant le périmètre du linteau qui se dresse encore sur ces quatre colonnes. Ou, en d'autres termes, en s'attachant à la "codification" d'un langage juridique dont la "grammaire" a permis l'élaboration d'une "syntaxe" fondamentale dans les relations juridiques du droit international.

3. *Bellum iustum*. La *quaestio* de la guerre juste "*in utraque parte*"

L'un des noyaux fondateurs du *ius inter nationes* de l'Époque moderne concerne le concept fondamental de "*bellum iustum*". Par rapport à la configuration qu'en donnait la *scientia iuris* médiévale¹⁵, la doctrine moderne a pris un tournant radicalement nouveau, préparant le cadre conceptuel dans lequel a été scellé l'ordre *inter nationes* de la "Paix de Westphalie"¹⁶ de 1648.

Un exemple relatif à la pensée d'Alberico Gentili peut nous introduire au point focal que je voudrais ici mettre en évidence, c'est-à-dire à la question de savoir si une "guerre juste" est configurable pour les deux belligérants. Si la doctrine médiévale l'excluait même logiquement, *per consequens* (pensons au canoniste du XIII^e siècle Henri de Suse¹⁷), chez Alberico Gentili, le renoncement épistémologique à la possibilité d'arriver à une connaissance logiquement correcte de la *veritas* est désormais devenu explicite¹⁸. Il abaisse

¹⁴ Ce danger me semble s'être concrétisé dans certaines initiatives éditoriales, même prestigieuses, comme celle qui a conduit à l'édition d'une *Charta magna de los Indios*, constituée d'un florilège de passages de Francisco de Vitoria en faveur des "droits" des peuples indigènes (éludant autant de contradictions). Je renvoie sur ce point à ce que j'ai jugé nécessaire de signaler dans A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., p. 80 et note 178.

¹⁵ Voir D. FEDELE, *The medieval foundations of international law : Baldus de Ubaldis (1327 – 1400) doctrine and practice of the Ius Gentium*, Brill Nijhoff, Legal History Library 2021 et A. A. CASSI, *Santa, giusta, umanitaria. La guerra nella civiltà occidentale*, Salerno Editore, Roma 2015.

¹⁶ En fait, il serait plus correct de parler au pluriel de la "paix" de Westphalie, puisque plusieurs traités y ont été signés.

¹⁷ Le cardinal Ostiense consacre d'importantes pages au *ius ad bellum*, tant dans la célèbre *Summa* des *décrétales* grégoriennes, destinée à devenir, sous le nom de "*Summa Aurea*", le manuel indispensable de tout canoniste, que dans la *Lectura* du même *Liber Extra* de Grégoire IX, où il consacre comme principe juridique le corollaire qui découle logiquement de la prémisse relative à l'*iusta causa* : s'il est donné *est qui gladio utitur iuste*, alors « *per consequens est qui defendit se, temerarie se defendit* » ; cf. HENRICUS DE SEGUSIO (HOSTIENSIS), 1579.

¹⁸ Pour quelques considérations consacrées aux répercussions *sub specie juris* du scepticisme gentilien, je renvoie à A.A. CASSI, *Conquista. Dallo 'ius communicationis' allo 'ius belli' nel pensiero di Alberico Gentili*, in *Ius gentium Ius communicationis Ius belli*, a cura di L. Lacchè, cit., pp. 139-163.

le seuil d'accès intellectuel et d'intervention éthique de l'homme – et du juriste – du niveau de la *veritas* à celui de la *vraisemblance*, en constatant que :

« Nous ne connaissons pas cette justice suprêmement pure et vraie [...]. [D]ans la plupart des cas, nous ignorons cette vérité ; et par conséquent, nous suivons la vérité telle qu'elle apparaît aux hommes »¹⁹.

Gentili abaisse ce seuil pour renforcer la connaissabilité et l'allégation devant le tribunal de la "vraisemblance" des parties en cause. D'où la démarche de Gentili, qui inscrit son argumentation dans la conséquence en vertu de laquelle la "iusta causa" peut *vraisemblablement* être identifiée dans les deux parties adverses. Une conséquence qui en entraîne une autre : la guerre peut être juste pour les deux parties en cause : « *Bellum iuste geri utrinque potest* », comme l'indique le titre du chapitre VI du premier livre du *De jure belli libri tres*.

Il s'agit d'un tournant historique, achevé à la fin d'un long voyage exégétique et juridique mené sur le fil du rasoir entre l'investigation "subjectiviste" de matrice et formulation canoniques, et l'institution "objectiviste" et formaliste des besoins de *bello iusto* que l'on trouve dans ce que l'on appelle le « naturalisme moderne²⁰ ». Un "postulat spéculatif" de matrice sceptique (le renoncement à la *veritas* et l'ouverture à la *vraisemblance*²¹) comporte en fin de compte un résultat pertinent *sub specie iuris*. Si cela s'applique à une épistémologie "faible", sceptique, comme celle de Gentili, nous devons nous attendre à des implications significatives dans le cas des systèmes métaphysiques de la seconde scolastique.

Prenons en considération le géant de la troisième génération de l'École de Salamanque, Francisco Suarez²². Le *Doctor eximius* place – comme Thomas

¹⁹ Cf. A. GENTILI 1612, reprod. hot. 1995. « *Huc agit nos humanae nostrae conditionis infirmitas : per quam sunt nobis in tenebris omnia, et purissimum illud atque verissimum iustum ignoratur... eam veritatem nos plerumque ignoramus. Sic ergo sequimur iustum hominis* ».

²⁰ Cf. P. CAPPELLINI, *Passato e presente del diritto naturale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 30, n°22001, pp. 655-662, où l'argument est rigoureusement et opportunément "historico-terminologique". Voir aussi G. DEMELEMESTRE, *Droit naturel et ius gentium au tournant du XVIIe siècle*, in *Au cœur de l'État. Parlement(s) et cours souveraines sous l'Ancien Régime*, I. Brancourt (dir.), Classiques Garnier, 2020, pp.185-222.

²¹ Postulat qui sous-tend également, bien que sous des profils différents, la pensée juspolitique machiavélique et hobbesienne. Cf. M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati*, pp. 49 et suivantes (sur Hobbes, pp. 97-119).

²² Sur les représentants des trois "générations de l'École de Salamanque", voir, pour un cadre général traditionnel, la lourde étude de J. BELDA PLANS, 2000, avec un appareil bibliographique dense et actualisé. Cependant, il existe un débat historiographique permanent sur l'École de Salamanque qui soulève la question suivante : "*Qu'est-ce que l'École de Salamanque?*" de S. LANGELLA et R. RAMIS-BARCELO, 2021, où l'on note l'existence d'une "catégorie historiographique dynamique de l'École de Salamanque". Cf. S. LANGELLA, *La Escuela de Salamanca, una cuestión historiográfica*, in *¿Qué es la Escuela de Salamanca?*, par S. LANGELLA et R. RAMIS BARCELO, 2021, University of Genoa, pp. 55 – 71, p. 63 et

et contrairement à Vitoria – sa réflexion sur la guerre dans le cadre d'une recherche spéculative systématique sur les trois vertus théologiques, à savoir dans la partie consacrée à la *Caritas* du *De triplici virtute theologica opus*. La *disputatio* XIII de la *Pars* "De Charitate", intitulée précisément *De bello*, constitue un traité autonome, mais non séparé et axiologiquement non séparable, *de iure belli*²³. L'historiographie de la philosophie du droit n'a pas manqué de souligner les implications "pratiques" (c'est-à-dire relatives à la moralité) de ce choix théorico-systématique²⁴. Il ne s'agit pas ici de suivre les itinéraires vertigineux de la métaphysique de Suarez²⁵ ; cependant, il convient de noter comment cette solide profondeur théorique rend la doctrine juridique de Suarez tétragone par rapport à l'idée d'une "vraisemblance" qui envoûte les uns et les autres avec la justice.

Suárez aborde la *questio* du "bellum iustum in utraque parte" dans la section IV de son texte. Dans le quatrième argument, il note que, si les titres invoqués par les païens étaient légitimes et suffisants (l'intention d'acquérir du prestige et du pouvoir), alors n'importe quel Etat pourrait les invoquer ; et la guerre serait essentiellement juste pour les deux parties, même en dehors du cas d'ignorance ; un argument complètement absurde, puisque *deux droits contraires* ne peuvent pas être justes simultanément²⁶.

L'*absurdissimum* ne laisse (pour l'instant) aucun doute : et il ne s'agit pas seulement d'un absurde logique, mais aussi d'un absurde juridique ; ou peut-

l'ouvrage collectif édité par T. DUVE, J.L. EGIO et C. BIRR, *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production*, in *Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds*, vol. 2, Brill Nijhoff, 2021. Les contributions remettent en question les fondements mêmes du concept "historiographiquement partagé" de l'*Escuela de Salamanca* à partir de l'identification de ses "exposants" (pp. 294-334). Voir également M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne : Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Dunker&Humblot, Berlin 2009, pp. 285-311. Sur les travaux de Suarez, voir *supra* note 10.

²³ Cf. A.A. CASSI, *Francisco Suárez*, cit..

²⁴ Je pense aux considérations en référence à Saint Thomas dans G. PIROLA, *La teologia della guerra di Tommaso d'Aquino*, in *Figure della guerra : la riflessione su pace, conflitto e giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, édité par M. SCATTOLA, Milan 2003, pp. 43-62 (esp. 44-45). Voir aussi M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati ed il problema della guerra : alcuni modelli teorici da Vitoria a Hume*, in *La pace e le guerre. Guerra giusta e filosofie della pace*, édité par A. LOCHE, Cagliari 2005, pp. 49 et suivantes. Notant que "nous trouvons des traces de ce changement également dans le langage philosophique auquel les deux penseurs ont recours", concernant l'utilisation thomiste du terme *peccatum* là où le commentaire de Vitoria sur Thomas le remplace par le terme *iniuria*. Cf. aussi G. DEMELEMESTRE, *La relation entre morale et droit dans la théorie suarézienne du droit des gens*, in D. BAUER ET R. LESAFFER, *History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suarez (1548-1617)*, Brill/Nijhoff 2021, pp.87-111.

²⁵ Nous nous contentons de renvoyer sur ce point au lourd ouvrage de J.F. COURTINE, *Il sistema della metafisica. Tradizione aristotelica e svolta di Suárez*, ed. Vita e Pensiero, Milano 1999.

²⁶ « Si illi tituli seu fines, ad quos gentilitas respiciebat (ambitio videlicet, cupiditas, atque etiam inanis gloria, & ferociae ostensio) essent liciti & sufficientes; unaquaque respublica posset ad illos aspirare : ergo esset bellum ex utraque parte iustum per se, & sine ignorantia : quod est absurdissimum : duo enim contraria iura non possunt esse iusta. », F. SUAREZ, 1621, XXX.

être devrions-nous dire, sur la base d'études interdisciplinaires d'histoire de la logique médiévale²⁷ : étant logiquement absurde, ça l'est également *in puncto iuris*.

La formule « deux droits contraires » retient l'attention : l'inférence logique d'Henri de Suse²⁸ est réaffirmée et scellée par Suárez *sub specie iuris* ; la Seconde Scolastique déploie son potentiel théorique contre le scepticisme qui, de Montaigne à Charron, commençait à innover, ou à envenimer, la culture européenne de l'Époque moderne²⁹. Chez Suarez, en somme, le droit ne renonce pas au jugement du juste ou de l'injuste qu'il implique par définition, d'autant plus si ce jugement porte sur la nature "iusta" ou "iniusta" du *bellum*.

Il n'y a pas, notons-le, de position "dogmatique" : l'affirmation de la possibilité d'un jugement objectif ne repose pas sur la foi, comme Suárez l'illustre dans la partie du traité *De fide*, mais sur la justice : il réaffirme le caractère contradictoire de la guerre juste pour les deux co-intendants précisément lorsqu'il exclut que le "titulus legitimus" puisse être constitué par une guerre appelée à venger les offenses contre Dieu ou pour d'autres raisons religieuses : la légitimité d'une guerre "sainte" est ainsi exclue.

C'est dans la section suivante, la *Sectio V* que Suárez prend ses distances avec la « sententia, quam Hostiensis Panormitanus, & alii Canonistae defendunt », qui affirme le « titulus infidelitatis, quia scilicet nulum veram religionem admittit ». Suárez note judicieusement que cette façon de faire multiplie les insultes contre Dieu au lieu de les éviter, « quia hac via potius multiplicarentur divinae iniuriae, quam vitarentur³⁰ ».

Cependant, au-delà de cette considération empirique, l'obstacle à ce titre est une fois de plus sa contradiction logico-juridique intrinsèque :

« à ce titre, les princes chrétiens pourraient se faire la guerre, car beaucoup d'entre eux offensent Dieu. [...] De cette manière, la guerre deviendrait juste pour les deux parties³¹. »

Mais un *bellum utinque iustum* d'un point de vue logico-axiologique ne peut pas se produire, si ce n'est dans un cas, pour lequel Vitoria avait déjà ouvert une brèche : l'ignorance invincible des belligérants, celle de celui qui a la *vera iustitia* de son côté, et celle de celui qui n'a pas conscience d'être dans

²⁷ Cf. P. FELTRIN et M. ROSSINI, *Verità in questione : il problema del metodo in diritto e teologia nel XVII secolo*, Bergamo, P. Lubrina, Quolibet, n°9, 1992.

²⁸ Voir *supra*, note de bas de page 16.

²⁹ Le scepticisme a également eu des implications dogmatiques dans le domaine juridique et en particulier dans la réflexion sur *le de iure gentium*, sur les interconnexions entre "le scepticisme moral, la théorie de l'État souverain et la société internationale". Voir B. KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo : atti del convegno, settima giornata gentiliana*, Giuffrè, Milan 2001, pp. 26-31.

³⁰ F. SUAREZ, 1621, p. 54.

³¹ Ibid. « ...hoc ipso titulo possent etiam Christiani Principes inter se bella movere, cum multi etiam sint Deo iniurij : Vnde fieret bellum vtrunque iustum ».

l'erreur³². Mais ici, dans le *De bello suarézien*, la logique, la *ratio*, est encore invoquée, et la *quaestio* se développe dans la même direction que Vitoria, mais en sens inverse.

Suivons le raisonnement de Suárez, qui considère le cas où « le doute ou la probabilité du droit est égal pour les deux parties ». En ce qui concerne le "probabilisme juridique", l'historiographie juridique se confronte à de récentes études complexes³³ ; je me contenterais ici de souligner que chez Suárez, l'égalité des probabilités n'est pas une structure portante dans le "système gnoséologique" à la Gentili, mais plutôt un élément exceptionnel ; la valeur de la probabilité dans l'*ordo juris* n'est pas physiologique (comme dans le scepticisme) mais pathologique, et lorsqu'elle se produit, on est confronté à une impasse, à un nœud gordien conceptuel et factuel qui doit être dénoué volontairement, par un acte d'arbitrage discrétionnaire : « Dans un cas semblable, le juge peut, par le biais d'une décision arbitrale, attribuer l'objet [du litige] à la partie qu'il souhaite³⁴. » Par conséquent, Suárez conclut – et c'est une conclusion pleine de valeurs juridiques – que, dans le cas d'une guerre dont les conditions sont absolument incertaines,

« [l]es princes seront obligés de faire ceci : ou ils se partagent l'objet du litige, ou ils tirent au sort, ou encore ils règlent la question par le biais d'une autre procédure. Et si l'une des parties prétendait s'approprier tout l'objet, en excluant l'autre, elle commettrait par là une injustice qui [à son tour] pourrait être écartée en toute justice et, par conséquent, l'adversaire pourrait s'approprier tout l'objet à titre de guerre juste »³⁵.

Ainsi, alors que l'hypothèse de l'ignorance invincible chez Vitoria ouvrait la voie à la configurabilité d'un *bellum iustum* pour les deux adversaires (aussi bien pour celui qui a la « vraie justice » que pour celui qui ignore de manière irréprochable qu'il a tort, en vertu de la considération que « l'ignorance insurmontable absout complètement³⁶), chez Suárez, à l'inverse, nous ne

³² F. DE VITORIA, 1989, p. 156: «*Esclusa ignorantia manifestum est quod non potest contingere... Posita ignorantia probabili facti aut iuris, potest esse ex ea parte qua est vera iustitia bellum iustum per se ; ex altera autem parte bellum iustum, id est, excusatum a peccato bona fide*». Voir également F. DE VITORIA, 1981 : «*Nec est inconveniens quod, cum ex una parte est ius et ex altera ignorantia invincibilis, quod sit bellum iustum ex utraque parte*».

³³ A. SCIUMÈ, *Causalità e casualità : il problema del nesso di causalità materiale nel diritto penale italiano tra il 1889 e il 1929*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXXX, 2007, pp. 5-68

³⁴ F. SUAREZ, 1621, p. 66. «*Quia in simili casu iudex posset adiudicare rem suo arbitratu cui vellet partium litigantium*».

³⁵ Ibid. «*Ergo ad hoc ipsum tenebuntur Principes in casu belli, nam aut inter se rem diuident, aut sortem mittent, vel aliqua alia ratione negotium component. Quod si vnus tentaret rem totam occupare, aliumque excludere, hoc ipso iniuriam alteri faceret, quam posset iuste repellere, & eo titulo iusti belli, rem totam occupare*».

³⁶ Dans A. GENTILI, 2007: «*Posita ignorantia probabili facti aut iuris, potest esse ex ea parte qua est vera iustitia bellum iustum per se ; ex altera autem parte bellum iustum, id est,*

trouvons pas une telle symétrie axiologique. Une telle symétrie est inévitablement, nécessairement (la logique le nécessite) destinée à se briser à l'instant décisionnel (*intentio*) où l'un des deux adversaires sort de l'impasse, rompt la *recta intentio* et mène la guerre.

En d'autres termes, l'hypothèse de l'ignorance invincible ou insurmontable de Vitoria est prodromique de la légitimation de la guerre *utroque parte* et de la déflagration d'un *bellum iustum* que chacun des deux indique comme étant *légitime* ; en cela Suárez représente une bombe à retardement que les protagonistes ont le devoir (" *ad hoc ipsum tenebuntur Principes* ") de ne pas déclencher.

Dans une telle circonstance, celui qui fait exploser l'engin en premier commet l'*iniuria* qui légitime l'autre à lancer un *bellum iustum* contre lui.

La différence me semble profonde, abyssale et se situe au niveau de la logique du *ratio*³⁷.

C'est la raison, dans son statut épistémologique, qui impose le statut juridique d'un "bellum iustum" qui est tel pour une, et une seule, des parties.

Moins d'un demi-siècle plus tard, la *quaestio* apparaît à Grotius *de plano* résolue, en sens inverse. Dans les *Prolégomènes* au *De jure belli ac pacis* de 1625, le Néerlandais mentionne l'efficacité de *facto*, sur le plan psychologique, de la conscience d'agir selon la cause juste (*iusta causa*)³⁸. L'efficacité *de iure* à laquelle Vitoria se référait semble en revanche s'estomper ; elle n'est pas indéfectible, et passe résolument à l'arrière-plan. Pour Grotius, même une guerre injuste, si elle est menée sous une forme officielle entre des États qui se reconnaissent mutuellement, semble se configurer comme une guerre *de iure gentium*, à tel point que le vainqueur, même s'il n'est pas en possession d'une juste cause de guerre (*iusta causa ad bellum*), devient le propriétaire légitime du butin³⁹ et acquiert le droit au butin « *jure gentium non tantum is qui iusta causa bellum gerit, sed quivis in bello solemn*⁴⁰ ».

Il s'agit d'un tournant décisif et déterminant, qui entraîne un second, tout aussi important : le passage définitif – après les étapes franchies par Vitoria – du *ius ad bellum* au *ius in bello*. Ce dernier était certes présent dans les traités

excusatum a peccato bona fide». Voir aussi DE VITORIA : « *Nec est inconveniens quod, cum ex una parte est ius et ex altera ignorantia invincibilis, quod sit bellum iustum ex utraque parte* ».

³⁷ F. DE VITORIA : « *Si dubium, vel probabilitas sint aequalia, communior sententia esse videtur, vnumquemque habere ius ad primò occupandum: vnde fieret iustum bellum ex utraque parte, quod non refert, cum interponitur ignorantia. Ratio verum affertur* ».

³⁸ Voir H. GROTIUS, 1625, § 27.

³⁹ Ibid. § 1- 2. Le juriste néerlandais s'attache tout d'abord à légitimer le droit au butin, en s'appuyant sur un exemple biblique: « ... *quomodo rex pius Asa narratur, Deo invocato, de Aethiopibus, iniusto bello se lacessentibus et victoriam et praedam reportasse : quod eo magis notandum, quia arma illa non ex spaciali mandato, sed ex communi jure sumebantur* ».

⁴⁰ Ibid. § 2 (éd. cit. p. 26).

précédents⁴¹, mais il était consécutif à la *iustae cause belli* ; il devient désormais autonome.⁴²

La réflexion grotienne est complexe et articulée et nous ne pouvons l'analyser ici. Ce qui nous intéresse ici, c'est plutôt de constater le double changement de perspective opéré par le juriste néerlandais, d'une part vers la formalisation juridique de la guerre, qui place au premier plan certaines conditions procédurales nécessaires et suffisantes pour conférer le caractère juste à la guerre (*guerre en forme*), laissant à l'arrière-plan l'enquête sur la *vera iustitia*, l'*iniuria* et la *recta intentio* et, d'autre part, dans la direction d'une mise en œuvre robuste de la réflexion consacrée au *ius in bello*.

Dans les limites de la perspective adoptée ici, centrée sur le passage du *ius ad bellum* au *ius in bello*, nous pouvons identifier l'un des axes principaux dans le rôle des "innocents".

4. *Ius ad bellum*. L'hypothèse d'une "intervention humanitaire" *ante litteram*

Un aspect crucial de la réflexion *de bello* est précisément celui relatif à l'intervention armée menée pour sauver les innocents, une intervention appelée – de manière oxymorique selon beaucoup – "guerre humanitaire".

Le droit (ou le devoir? Sur ce point, il est intéressant de remarquer l'oscillation que contiennent les pages suarésiennes⁴³) d'intervenir en faveur des *innocentes* a été constaté par la *communis opinio* sur le sujet lorsque l'une des premières évocations massives en a été faite sur le proscenium de l'Histoire à l'occasion de la *Conquista* du Nouveau Monde.

Dans la *Relectio de temperantia*, Francisco Vitoria évalue concrètement l'hypothèse de la juste cause de la guerre menée par les *conquistadores* et aborde la question de savoir si les princes chrétiens peuvent, de leur propre autorité ou par délégation du Pontife, faire la guerre aux peuples qui commettent des crimes *contra naturam* à l'égard d'autres hommes. Il se référerait au cas précis de la pratique de l'anthropophagie et des sacrifices humains à laquelle se livraient les Indiens du Yucatan⁴⁴, mais, à l'évidence,

⁴¹ Voir A. A. CASSI, 2003, p. 123 et suivantes.

⁴² H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, lib. III, ch. VI-VIII.

⁴³ La dernière page du traité *De bello* contient l'annotation suivante : « *defendere innocentem non est praeceptum quod pro semper obliget, sed tunc cum commode fieri potest* ». On peut en déduire qu'une telle "guerre humanitaire" n'est pas seulement une *facultas* ("licet indicere bellum..."), mais qu'elle devient, sous certaines conditions, le contenu d'un véritable *praeceptum*. Chez Grotius, en revanche, c'est une attitude plus "opportuniste" qui prévaut : il soutient *expressis verbis* l'opportunité d'abandonner les innocents à leur sort, si l'intervention de la guerre pour les défendre s'avère ardue et dangereuse : « *Itaque si civis unus, quamvis innocens, ad exitium ab hoste deposcatur, dubium non est, quin deferri possit, si appareat civitatem hostium viribus multo esse imparem* ». H. GROTIUS, 1625, § 3.

⁴⁴ « *Utrum si propter sacrilegam consuetudinem comedendi carnes humanas, vel utendi hostia humana in sacrificiis, ut inventi sunt barbari in provincia Yucatan, possint principes christiani sua auctoritate et ratione bellum illis inferre et quatenus liceat, etsi hoc non possint*

ce qui était en jeu était l'une des principales causes de la guerre juste invoquée dans la *Conquista*. La réponse à la question fut affirmative pour la plupart des *doctores*, à commencer par le grand commentateur de Saint Thomas, Cajetan⁴⁵. Vitoria, dans le texte de la *Relectio de Temperantia* qui nous a été restitué⁴⁶, a formulé sans tarder une réponse dans laquelle il acceptait en substance l'*opinio communis*.

Les treize *Conclusiones* dans lesquelles le maître articule la *de Temperantia* prennent pour point focal la relation entre indios et espagnols ; ces derniers, en principe, ne peuvent pas faire la guerre pour punir les *crimina contra naturam* des premiers, dans la mesure où seuls les *principes* qui les gouvernent en ont l'*auctoritas*⁴⁷. Néanmoins Vitoria, à la lumière des Saintes Écritures, justifiait dans la *Quinta Conclusio* la guerre menée contre ceux qui "*vlescuntur carnibus humanis et sacrificant homines*"⁴⁸. Et cela, il faut le noter, sans qu'il y ait eu d'appel à l'aide de la part des victimes⁴⁹.

Il s'agissait de l'un des "arguments forts" des partisans de la *Conquista*, avec lequel Vitoria, bien qu'avec une incertitude persistante (déclarant qu'il n'osait pas exprimer un jugement définitif à ce sujet⁵⁰), démontrait qu'il pouvait être substantiellement d'accord⁵¹. Vitoria a donc formulé les hypothèses (d'une

auctoritate sua, an saltem ex mandato et commissione summi pontificis possint ». Cf. F. DE VITORIA, 1960, p. 1038.

⁴⁵ Cf. A. A. CASSI, *Santa, giusta, umanitaria*, cit., pp. 64-66.

⁴⁶ Voir *infra* les notes 69-70 et le texte correspondant.

⁴⁷ « *Principes christiani non possunt inferre bellum infidelibus ratione delictorum contra naturam* ». L'argument se fonde sur le même principe de réciprocité (et donc d'égalité) avec lequel Vitoria a dénié toute valeur au titre d'acquisition des Indes constitué par l'*inventio*. Si l'on répondait par l'affirmative à la *Quaestio* posta, « *item sequeretur quod principes infideles possunt etiam inferre bellum christianis qui peccant contra naturam* », de même qu'il faudrait admettre que les Indiens auraient pu acquérir la domination de l'Europe s'ils y avaient débarqué avant l'*inventio* de Colomb : « *Et sic, licet iste titulus [de iure inventionis] cum alio aliquid facere possit, tamen per se nihil iuvat ad possessionem illorum, non plus quam si ipsi invenissent nos* ». Cf. F. DE VITORIA, 1960.

⁴⁸ F. DE VITORIA, 1989, p. 110. « *Principes christianorum possunt inferre bellum barbaris quia vlescuntur carnibus humanis et quia sacrificant homines*'. Probatur. Primum, si comandant aut sacrificantes innocentes, quia possunt illos defendere ab illa iniuria, iuxta illud, 'Erue eos qui ducuntur ad mortem' [Prov. 24,11]. Confirmatur: ipsi possunt se defendere; ergo principes possunt eos defendere ».

⁴⁹ Ibid. Le passage de la note précédente se poursuit comme suit : « *Nec valet dicere quod illi non petunt nec volunt hoc auxilium : nam licitum est defendere innocentem, etsi ipse non petat, immo etiamsi renuat, maxime quando patitur iniuriam, in qua non potest cedere iuri suo, ut est in proposito. Non enim potest quis dare alicui ius occidendi seipsum, sive ad vescendum, sive ad sacrificandum* ».

⁵⁰ F. DE VITORIA, 1981 : « [...] de quo ego nihil affirmare audeo, sed nec omnino condemnare ». Les "justes titres" de Vitoria sont donc au nombre de huit, et non de sept comme on le lit souvent.

⁵¹ Ibid. : à mettre en relation avec le dernier passage de F. DE VITORIA. Il convient également de souligner que le droit d'intervenir dans la guerre ("humanitaire", dirions-nous aujourd'hui) pour défendre les *innocents* s'appliquait non seulement aux sacrifices humains dans les rites idolâtres, mais aussi « *propter tyrannidem suorum dominorum vel propter leges tyrannicas in iniuriam innocentium* », nonobstant l'acquiescement éventuel des victimes : « [...] in his enim non ita sunt sui iuris, ut possint se ipsos vel filios suos tradere ad mortem ».

grande envergure) selon lesquelles le *bellum* mené contre les indios pouvait être considéré comme *justum* et

« se comporter envers eux comme s'il ne s'agissait pas d'innocents mais d'ennemis perfides et en tirer tous les droits de la guerre, piller leurs terres et les réduire en captivité, déposer leurs chefs et en établir d'autres, sans s'écarter toutefois des limites de la modération imposée par le *ius in bello* »⁵².

Suarez modère les tons de Vitoria, considérant la *defensio innocentum*, avec l'*iniuria*, comme l'une des deux seules causes de la "guerre juste"⁵³. Il semble toutefois limiter considérablement la sphère d'explorabilité du *bellum* configuré comme "iustum" par le comportement malveillant ou "inhumain" de l'adversaire. Suarez s'éloigne en effet de l'*alius titulus*, célèbre et exécré, de Vitoria, représenté par l'incapacité des infidèles et des barbares à se gouverner eux-mêmes, selon la catégorie aristotélicienne des *natura servi*, selon laquelle il n'est pas rare qu'ils soient qualifiés d'*inhumains*⁵⁴. Ce titre, note Suárez avec une ironie subtile déjà expérimentée par son lecteur dans d'autres pages, "ne peut avoir une application générale, car il est évident qu'il y a beaucoup d'infidèles mieux dotés que certains chrétiens et mieux disposés à l'égard de la vie politique".

De plus, poursuit Suárez dans son raisonnement, pour que ce titre soit valable il ne suffit pas qu'un peuple soit moins intelligent : il faut que ses membres "vivent plus comme des bêtes que comme des hommes... comme on dit que vivent les peuples qui n'ont pas d'organisation politique, qui se promènent complètement nus et qui mangent de la chair humaine ».

Il convient de souligner que le *titulus legitimus* du "bellum contra inhumanos" n'est pas réservé aux princes chrétiens :

⁵² *Ibid*: « [...] iam tunc non tamquam cum innocentibus, sed tamquam cum perfidis hostibus agere possent, et omnia belli iura in illos prosecui et spoliare illos et in captivitatem redigere et dominos priores deponere et novos constituere, moderate tamen pro qualitate rei et iniuriarum ». En outre, il ne faut pas oublier que Vitoria a été l'un des premiers commentateurs de saint Thomas à justifier explicitement la guerre "offensive préventive", qui était absente de la pensée de l'Aquinat. L'argument développé par Vitoria met en cause les saints et les justes, « [...] qui non solum in bello defensivo tutati sunt patriam resque suas, sed etiam bello offensivo persecuti sunt iniurias ab hostibus acceptas vel etiam attentatas [...] » ; Cf. F. DE VITORIA, 1989. En fait, la première distinction lucide entre guerre offensive et guerre défensive est due à Caetano: cf. T. DE VIO (CAIETANUS), 1539, pp. 13. Sur le "pacifisme" de Vitoria, je renvoie aux questions posées dans *La "dottrina" del bellum iustum* et aux indications bibliographiques qui y sont données.

⁵³ F. SUAREZ, 1621, p. 58-60 : « *Christianus Princeps non potest indicare bellum nisi vel ratione iniuriarum vel ob defensionem innocentium* ».

⁵⁴ Sur ce point, je renvoie à A. A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., p. 245-334.

Ce titre, s'il existe, n'est pas exclusif aux chrétiens, mais il est valable pour tous les rois qui veulent défendre la loi naturelle qui est, en fin de compte, celle qui est à l'origine de ce titre⁵⁵.

A l'inverse, Vitoria semble admettre une exclusivité chrétienne : après avoir formulé les droits "naturels" et donc, en principe universellement applicables, il admet *de plano* un exercice monopolistique de ceux-ci en faveur de la seule Couronne de Castille ; et ce monopole fut institué par le Pontife en personne dont Vitoria, selon de nombreuses personnes, aurait désintégré l'*auctoritas in temporalibus*⁵⁶.

Pour Suárez, "*s'il existe*" ce type d'hommes, ils peuvent être soumis par la guerre, non pas pour les anéantir, mais pour les organiser de façon humaine et pour qu'ils soient gouvernés avec justice. Ce titre constitue avant tout une hypothèse d'école, et ne doit être admis concrètement que dans une seule circonstance : lorsque la mort d'innocents et d'autres crimes similaires se produisent : « *nisi ubi intercedunt occisiones hominum innocentium* ».

L'intervention guerrière pour la défense des innocents semble se configurer non pas tant comme *bellum iustum* en soi, mais plutôt comme un devoir *ex Charitate* face à l'inhumanité de ceux qui perpétuent des *iniuria* contre les innocents ; inhumanité qui, dans ce cas exceptionnel, constitue, *ex opinione magis commune*, un "titulus legitimus" de *bellum iustum*. Peut-être pourrions-nous dire : une "guerre humanitaire" *contra inhumanos*.

Suárez, au terme de tortueux développements argumentatifs typiques de son *modus arguendi* et de son *stylus scribendi*, admet donc la légitimité de la guerre pour la défense des *innocentes*. Il s'agit, d'une certaine manière, de l'autre face de l'*iniuria* : le "bellum iustum" est la réponse qui découle d'une *iniuria* perpétrée *contra alios*, en défense d'un tiers sujet auquel on reconnaît une protection spécifique⁵⁷.

⁵⁵ F. SUAREZ, 1621 : « *Nihilominus intelligitur, hunc titulum, si quis est, non esse proprium Christianorum, sed eundem pertinere ad omnem Regem, qui velit servare legem naturae, ex qua praecise considerata hic titulus oritur* ».

⁵⁶ F. DE VITORIA, 1981, p.88: « *Ergo, cum spectet ad Papam principaliter curare promotionem Evangelii in totum orbem, si ad praedicationem Evangelii in illis provinciis commodius possent principes hispani dare operam, potest eis committere et interdicerere omnibus aliis, et non solum interdicerere praedicationem, sed etiam commercium, si hoc ita expedit ad religionis propagationem, quia potest ordinare temporalia, sicut expedit spiritualibus* ».

⁵⁷ SUAREZ formule également une indication précise concernant le sujet légitimé à appeler un tel *bellum iustum* : « *Christianus princeps non potest indicere bellum, nisi vel ratione iniuriae, vel ob defensionem innocentium* ». Cf. F. SUAREZ, 1621, p.58-60. Dans le *De bello* suarétien, en effet, tout en lisant la précision que ce pouvoir ne s'applique pas seulement aux princes chrétiens, il y a néanmoins une préférence pas trop latente, une éléction "*peculiari modo*", en faveur de ces derniers : « *Defensio innocentium peculiari modo potest habere locum in principibus fidelibus* ». Vitoria avait été beaucoup plus drastique et sélectif sur ce point. Après avoir formulé les droits "naturels" ("*ius societatis et communicationis*"; "*ius negotiandi*"; "*ius participationis*"; "*ius migrandi*") comme tels, donc en principe universellement applicables, il a admis *de plano* leur exercice monopolistique en faveur de la seule Couronne de Castille; et pour instituer un tel monopole, ce même Pontife dont l'*auctoritas in temporalibus* Vitoria, selon beaucoup, se serait désintégré. « *Ergo, cum*

La légitimité de l'intervention guerrière visant à *defensio innocentium* est également reconnue par Gentili⁵⁸ et Grotius, bien que, chez ce dernier, elle s'avère atténuée et semble se colorer des teintes opaques de l'utilitarisme⁵⁹. Il s'agit de ne pas perturber l'équilibre délicat de l'ordre *inter naciones* européen en légitimant des interventions guerrières motivées par des persécutions religieuses⁶⁰ ou par l'oppression du souverain⁶¹. Cependant, si les pages *de bello* rédigées par les juristes naturels présentent au *recto* la protection des "innocentes", elles leur réservent au *verso* le revers de la médaille : un revers dramatique, où les *innocentes*, même les "*parvuli*" et les "*infantes*", ne sont pas épargnés par un destin tragique, mais "légitime".

5. *Ius in bello* . Prisonniers ; otages ; "dommages collatéraux" ; "guerre chimique"

Une question, en effet, se présentait à la réflexion *de iure gentium* avec une urgence dramatique : le "siècle de fer" imprégnait les territoires européens du sang de ceux qui, après avoir en vain résisté au siège de leur propre ville, ont été faits prisonniers et exécutés en raison de leur "résistance obstinée" (*pertinax defensio*). Pour ces *captivi*, la voie du salut était représentée par la possibilité de les configurer, *sub specie iuris*, comme "innocentes".

spectet ad Papam principaliter curare promotionem Evangelii in totum orbem, si ad praedicationem Evangelii in illis provinciis commodius possent principes hispani dare operam, potest eis committere et interdiceret omnibus aliis, et non solum interdiceret praedicationem, sed etiam commercium, si hoc ita expedit ad religionis propagationem, quia potest ordinare temporalia, sicut expedit spiritualibus », F. DE VITORIA, 1981. Suarez est beaucoup plus nuancé sur ce point ; et pourtant la mission des souverains chrétiens reste la trame sous-jacente de ses pages.

⁵⁸ « *Sic in civitatem ad publicum crimen accusandum quilibet admittitur ; etiam qui de civitate non est, quum res offenditur non civitas propria, sed universalis omnium* ». Cf. A. GENTILI, 1612, p. 199.

⁵⁹ Le juriste néerlandais ne manque pas de reconnaître qu'il s'agit de vérifier le rapport risque/avantage : « *succurram perituro, sed ut ipse non peream, nisi si futurus ero magni hominis, aut magnae rei merces* ». Cf. GROTIUS, op. cit. p. 524. Pour un certain "pragmatisme utilitaire" grotien *in puncto quo*, voir aussi le texte cité ci-dessus à la note 51.

⁶⁰ Les "guerres de religion", explicitement condamnées, comme on le sait, par Gentili, mettaient en péril l'équilibre péniblement atteint, après la paix d'Augsbourg, avec le principe *cuius regio eius religio* ; d'autre part, admettre un contrôle sur l'exercice correct de la souveraineté d'autrui aurait provoqué des réactions en chaîne dévastatrices, comme Grotius en était bien conscient (« *Ne, usurpata, aliarum parti sollicitudine, bellum inter se incitarent* ». Cf. GROTIUS, op. cit. p. 526).

⁶¹ Le thème se greffe sur la *quaestio de* la tyrannie et de la lutte légitime (interne et externe) contre le tyran, qui ne peut même pas être mentionnée ici. Nous renvoyons donc aux contributions *sur le sujet* recueillies dans ce même volume, ainsi que, en nous limitant à la période considérée ici, aux études de D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, CEDAM, Padoue 1992 et ID., *Tirannide e tirannicidio nel tardo Cinquecento francese: La "Anacephalaeosis" di Pierre Grégoire detto il Tolosano (1540 – 1597)*, in *Il Pensiero Politico – Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali*, Firenze 1983, vol. 16, n°3, pp. 341 – 355.

Il était décisif, en d'autres termes, d'identifier les *belligerantes* que l'on pouvait considérer comme étant innocents ; pour être précis, la question était même de savoir si les belligérants, en tant que tels, pouvaient également être *innocentes*. S'il s'était agi de savoir qui menait une guerre juste, la *quaestio* aurait été moins scabreuse ; mais comme désormais tout *bellum* légitimement proclamé (à savoir en respectant les règles qui régissent la déclaration de guerre) est "*iustum*" *ex utraque parte*, cela ne pouvait pas être le facteur discriminant.

L'hypothèse, tragiquement concrète, était précisément celle de la population civile qui avait vigoureusement résisté au siège ; la *scientia iuris* devait déterminer si la défense "obstinée" (*pertinax*) de la forteresse ou de la ville par les assiégés justifiait leur mise à mort par l'assiégeant victorieux.

C'est aux réflexions de Grotius (où le "*ius in bello*" constituait alors *magna pars* de la doctrine *de bello*) que nous devons une réponse négative explicite et ferme. Selon le néerlandais, le courage et l'obstination à défendre une forteresse ne constituent pas une cause légitime de supplice⁶² ; *a fortiori* si l'on se bat pour une cause juste ou parce qu'elle a été ordonnée par le *Princeps*. Or, comme la "*iusta causa*" tend à s'identifier à la guerre *formellement* juste, et donc à toute guerre légitimement menée, le facteur de disculpation à prendre en compte est avant tout ce dernier, à savoir l'hypothèse de l'ordre, donné par les supérieurs, de résister jusqu'au bout.

Grotius se distancie *in puncto quo* de Gentili, pour qui la résistance *pertinax* justifiait la peine capitale infligée aux prisonniers par le vainqueur, en raison des pertes plus importantes subies par ce dernier ; pour Alberico, la circonstance selon laquelle la "résistance à outrance" ait été imposée par le souverain ou les chefs n'était pas pertinente⁶³.

Ainsi, l'ordre, donné aux assiégés par leur supérieur, de ne pas abandonner leur poste est considéré par Grotius comme une justification du comportement des assiégés, alors que selon Gentili toute désobéissance à un tel ordre constitue une circonstance aggravante, car elle témoigne d'un grave manque de respect pour l'autorité. Pour ce dernier, en tout état de cause, ceux qui ont combattu avec conviction (et on voit mal comment il pourrait en être autrement, dans la défense contre un siège...) semblent perdre irrémédiablement la qualification d'*innocentes* et sont donc prédestinés à être soumis à un *ius in bello* qui envisage leur mise à mort légitime, bien qu'avec certaines atténuations comportant, à leur tour, plusieurs exceptions. Pour Gentili⁶⁴, comme pour Grotius, les mineurs et les femmes méritent une

⁶² « *Pertinax vero studium in partes nemo est qui supplicium dignum iudicet* ». Cf. H. GROTIUS, 1752, p.665.

⁶³ « *Et sic sane si aut contra legem itam, ex contra itam rationem veretur malum miles sivi a suo principe, ex itaque obstinatus est : atque iuri, ex ira hostis nihil propterea imminui necesse est, quia iniustitia aliena non debeat nobis esse incommodo, ex debeat suis nocere magis, quam praescribere hostibus* ». Cf. A. GENTILI, 1932 p.350.

⁶⁴ « *Aetas puerorum infirmior ; sexus mulierum infirmior. Ut utique est indulgendum* ». Cf. Ibid., p. 413.

indulgence particulière. Toutefois, en ce qui concerne la condition des femmes, ce traitement favorable connaît quelques dérogations. Si la femme, omettant les particularités liées à son genre, a combattu et, ce faisant, est X allée au-delà de son sexe », elle s'est placée sur le même plan que l'homme et doit donc être traitée de la même manière⁶⁵. Une seconde circonstance qui fait que les femmes et les personnes âgées méritent l'exécution capitale est l'usage des armes, un comportement qui justifie *in re ipsa* la défense légitime : il est en effet juste, selon le juriste, de leur résister ainsi qu'aux fous et à ceux qui X s'approchent dangereusement de nous, comme une bête dangereuse pourrait le faire⁶⁶ ».

Grotius est sur point en accord avec Gentili : «les femmes qui ont combattu, presque au mépris de leur sexe », comme l'écrit Gentili, «ou qui ont fait quelque chose qui mérite une punition⁶⁷ », sont passibles d'un châtimement. Si leur sexe les rend inaptes au combat, et donc exemptes de peine, l'exercice des armes, en revanche, constitue une négation de leur sexe, qui les rend par la même passibles d'une peine au même titre que les hommes. La femme, en somme, n'est pas pardonnée de s'être comportée comme un homme.

Même au sein de l'Ecole de Salamanque, l'identification des *innocentes* a été particulièrement laborieuse, voire pénible, comme le démontrent les probables interpolations subies par le *locus* où Vitoria énumère les sujets qui doivent être considérés comme tels⁶⁸.

Les catégories des paysans sans défense, des voyageurs et étrangers, et celle qui comprend l'ensemble des *alia gens togata et pacifica* (les intellectuels détenteurs d'une sorte de sauf-conduit qui leur était réservé) s'avèrent avoir été ajoutées, dans les éditions imprimées, aux catégories plus classiques des femmes et des enfants, alors qu'elles ne sont pas présentes dans le *Palentinus*, le plus ancien des témoignages manuscrits du *De iure belli* vitorien⁶⁹. Ce fait de nature "philologique" illustre également la nécessité d'un élargissement

⁶⁵ « *Hic excipio tamen mulieres, quae supra communem sexum agerent virorum munia, quod viros agunt foeminae, non sunt foeminae, sed viri* » (Ibid., p. 413).

⁶⁶ « *Quemamodum ex bestias irruentes occidimus, iure semper licito defensionis* » (Ibid., p. 426). Outre ces deux hypothèses, qui dérogent au principe de la clémence à l'égard du prisonnier *infirmus*. Ce principe s'exprime, par exemple, dans le *locus* où GENTILI loue la tempérance dont témoigne le comportement d'Énée à l'égard d'Hélène, qu'il a condamnée mais à l'égard de laquelle il n'a pas recouru à la violence ou à la mise à mort (p. 419) et qui sont des hypothèses valables aussi pour les personnes âgées, sont flanquées de deux autres réservées à la condition féminine ; la première justifie la demande d'une rançon pour la libération des femmes faites prisonnières quand cette même rançon avait été demandée auparavant par la partie adverse sur la base du principe que le mal d'autrui justifie notre réaction : « *Ego, I say, ius pro Italis fuisse ; qui hispanis reddiderunt, quod hispani dederunt primi exemplum malorum ex iniustitia* » (p. 415), que Gentili croit dériver d'Aristote par opposition à Polybe, et, *in secundis*, la réalité de la femme avec sa conduite antérieure (p. 419).

⁶⁷ « *In feminis plerumque obtinet, id est nisi aliquid peculiariter vindicandum admiserint, aut virilia officia et ipsae usurpent* ». Cf. H. GROTIUS, 1752, p. 198.

⁶⁸ Voir F. DE VITORIA, op. cit., p.68.

⁶⁹ Cf. F. DE VITORIA, 1991, p. 315 et A. PAGDEN, *Introduction à Francisco de Vitoria, Political Writing*, par A. Pagden et J. Lawrance, Cambridge 1991, p. XIII et suivantes.

progressif de la catégorie des innocents. Cependant, même chez Vitoria, ces derniers ne sont pas totalement exempts d'être sacrifiés au nom des raisons supérieures de la guerre : si leurs adversaires ont mené et gagné une guerre "juste", ils ne feront aucune distinction entre les "coupables" et les "innocents", et ils pourront non seulement faire de ces derniers des prisonniers, mais il sera également licite de les tuer, même si ce n'est que par *accidens*, dans certaines circonstances. Par exemple, lorsque, au cours d'une guerre *juste*, une ville est assiégée et que l'on sait que X l'on ne peut pas tirer le canon sans écraser les innocents en même temps que les coupables⁷⁰ ». En effet, dans le cas contraire, la "juste cause" de ceux qui font la guerre serait contrariée⁷¹.

Il est très significatif que, même dans le développement de l'*argumentum* concernant l'hypothèse spéculaire (la défense de la ville assiégée), Vitoria réitère l'exigence de la *iusta causa*⁷².

L'*Escuela* de Vitoria, malgré des positions doctrinales articulées qui ne concordent pas toujours, ne méconnaît pas le postulat de la nécessaire institution d'une *pars iusta* par rapport à laquelle (et *exclusivement* par rapport à laquelle) le *bellum* peut être configuré comme "iustum (sous l'angle du "*ius ad bellum*") et, *par conséquent*, les actes accomplis dans la guerre peuvent être considérés comme licites (sous le profil du "*ius in bello*").

Quant à Francisco Suarez, la catégorie des "innocentes" est particulièrement articulée dans les pages du *Doctor Eximius* et la réponse à la question "*Verum, qui sint innocentes ?*" soulève d'autres questions. Le théologien-juriste considère également comme tels ceux qui peuvent, physiquement et mentalement, prendre les armes (c'est-à-dire non seulement les femmes et les enfants, mais aussi les hommes) et qui, cependant, n'ont pas participé à la guerre "injuste".⁷³

Une question très problématique, de ce dernier point de vue, concernait la "population civile" (l'exemple très concret, pendant le "siècle du fer", était représenté par les habitants d'une ville assiégée) contre laquelle on mène un "bellum iustum" : bien que potentiellement composée d'*innocentes*, elle ne pourra pas riposter, car elle ne subit pas d'*iniuria*, mais une guerre qui est, précisément, "juste". Et puisque, comme nous l'avons vu, le *bellum* ne peut être *iustum* que pour un seul camp, il s'ensuit que cette population civile reste en tout état de cause du côté de l'"*iniusta*" : à partir du moment où elle utilise des armes, même si c'est dans le seul but de se défendre, elle participe à une guerre "injuste", perdant ainsi son statut juridique d'"innocente".

⁷⁰ F. DE VITORIA, op. cit.

⁷¹ Ibid. «... *quia alias frustraretur iustitia bellantium*».

⁷² Ibid. «... *sicut, e contrario, si oppidum oppugnatur iniuste et iuste defenditur, licet mittere machinas et alia tela in obsessores et in castra hostium, dato quod inter illos sint aliqui pueri aut innoxii*».

⁷³ En tout état de cause, ceux qui peuvent prendre les armes sont présumés coupables : « *nam qui possunt arma sumere praesumuntur in humano iudicio, ac si vere sumant* ». Cf. F. SUAREZ, § 10).

Les *innocentes*, pour demeurer tels, devront se limiter à "se protéger en pure défense", une sorte de "défense passive" aux connotations pas tout à fait claires qui semble, en tout cas, exclure la licéité du combat ⁷⁴. Les "innocents", en somme, légitiment un "*bellum iustum*" pour leur défense, mais ne sont pas légitimés à combattre ceux qui les attaquent en vertu d'une "guerre juste", précisément "*quia non patiuntur ab illis iniuriam*".

Suárez fait de nombreuses autres considérations – qu'il est impossible ne serait-ce que de mentionner ici – dont découlent des conséquences relatives au statut juridique de l'innocent. Le problème de base est toujours le même, crucial, que nous avons déjà rencontré : qui est "innocent" ?

Ce problème pose à son tour une question à la fois cruciale d'un point de vue dogmatique et dramatique d'un point de vue moral : peut-on le sacrifier ?

Suárez répond par l'affirmative. L'innocent est sacrificable lorsque cela est inévitable pour mettre fin à la guerre, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un cas de *extrema ratio*. Ce que nous appellerions aujourd'hui les "dommages collatéraux".

À ce stade de l'*argumentum iuris*, Suárez introduit un exemple de *extrema ratio* qui peut-être dérouter le lecteur (et surtout le théologien) d'aujourd'hui : « ... pour la même raison, une femme enceinte peut prendre un médicament nécessaire pour sauver sa vie, même si elle sait qu'elle provoque la mort de son enfant »⁷⁵. C'est la *Charitas* elle-même qui semble l'exiger : mettre fin à la guerre représente la mesure de *bello iusto* qui descend de l'*ordo Charitatis*. Le principe de Charité, pertinent et décisif pour la régulation de l'*extrema ratio* de la guerre, envisage les hypothèses - de la femme enceinte au soldat - qui justifient leur mort en vue d'un bien supérieur⁷⁶.

Le développement des arguments vitoriens et suaréziens démontre, une fois de plus, le laborieux itinéraire spéculatif de *bello* entrepris dans le milieu de l'École de Salamanque et le caractère crucial du passage du *ius ad bellum* au *ius in bello*.

La question des "*innocentes*" représente du reste l'un des points de jonction du passage du *ius ad bellum* au *ius in bello*, un lien entre les deux versants : d'une part, articulé sur le terrain des "titres légitimes" *ad bellum* (en vertu desquels ce dernier est, en effet, "*iustum*") et, d'autre part, empêtré dans l'enchevêtrement des questions relatives à la conduite licite à avoir pendant la guerre (relevant du *ius in bello*). La mesure du *quantum liceat in bello*

⁷⁴ « Unde dico, illos innocentes posse quidem se defendere pura defensione, id est, impediendo ne civitas comburatur, aut arx diruatur, &caet. Quia hoc solum est vitam tueri ; quod licite possunt facere, non tamen posse se defendere quasi aggrediendo, id est, pugnando contra iuste pugnantes ; quia re vera non patiuntur ab illis iniuriam ». Ibid. p. 110.

⁷⁵ « Item mulier habens in utero filium potest uti medicina necessaria ad vitam suam, etiam si sciat inde consequendam mortem filij » Ibid. p. 106.

⁷⁶ « Attendendum est ex ordine charitatis : nimirum an ibi intercedat tam commune bonum, vt pro illo tuendo debeat se exponere tanto periculo ». Ibid., p. 108.

dépendait en effet largement de la qualification des sujets sur lesquels l'action tombait, en fonction de leur statut d'innocents ou de coupables⁷⁷.

Il n'est évidemment pas possible de retracer ici cet itinéraire complexe, accompli par la *scientia iuris* à travers différents parcours philosophico-juridiques et diverses argumentations juridiques articulées (à la fois *de iure communi* et *ex iure naturali*). Nous pouvons cependant constater, *currenti calamo*, que de l'élagage robuste du *ius ad bellum*, le *ius in bello* est sorti renforcé.

Du reste, il n'y avait plus grand-chose à débattre, à l'époque de la consolidation des seigneuries territoriales et de l'État moderne, sur le caractère "iustum" du *bellum* proclamé par le souverain qui est "iustus hostis" par définition.

À l'époque des conflits religieux, au lendemain de la guerre anglo-espagnole, de la bataille de Lépante et à la veille de la guerre des Trente Ans, il restait par contre beaucoup à dire sur le *ius belli*, dans le double sens du droit diplomatique et du droit de la guerre. La doctrine du *ius in bello* à l'Époque Moderne n'a pas été exonérée quant à la nécessité de traiter également de la "guerre chimique" et de la "responsabilité collective" des otages et des prisonniers.

Contrairement à Gentili (qui stigmatise la "cruauté barbare" d'une telle pratique), Grotius considère qu'il est légitime d'empoisonner les flèches et autres armes, dans la mesure où "cela se passe en plein champ, sans les ombres et les subterfuges de la nuit et de l'intrigue".

Le Néerlandais constate en outre les réserves des peuples européens quant à une telle utilisation des armes, contraire au *ius gentium*⁷⁸. Il était, lui, totalement opposé à l'empoisonnement des puits et des sources d'eau, appelant à la stipulation de conventions spéciales pour prévenir de telles actions injustes (« *neque vero minus videri debet, si ad minuenda pericula tales sint quaedam bellantium tacitae conventiones* »⁷⁹).

Gentili consacre le XIX^e chapitre du deuxième livre du *De iure belli* à la condition des otages captifs. Il considère qu'il est licite de les tuer lorsque l'ennemi ne tient pas sa parole ou que ceux-ci tentent de s'échapper.

En tant que "personnes données au prince pour garantir la sécurité dans l'observation de la foi publique", ils peuvent, sans être toutefois personnellement coupables des violations commises par leur *pars*, en être tenus pour responsables puisque, selon Alberico, "le corps de l'ennemi, comme son armée, ne fait qu'un".⁸⁰

⁷⁷ Sur un tel "critère de discrimination" concernant le *ius in bello* à Vitoria, voir M. GEUNA, *Le relazioni fra gli Stati*, cit., pp. 85 et suivantes.

⁷⁸ « *Sed hoc quoque contra ius est gentium non universale, sed gentium europearum, et si quae ad Europae melioris cultum accedunt* ». Cf. GROTIUS, op. cit. p. 667.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ « *Nec dici hic valet, non illos esse se, qui crudeliter egerit ; ad hoc non se esse tractandos crudeliter. Nam unum corpus sunt hostes, et ut unum corpus est exercitus* » Ibid.

En vertu de ce principe, une responsabilité collective des otages peut être établie, même s'il s'agit d'une condition accidentelle et non voulue.

Raison de plus pour reconnaître la responsabilité solidaire des prisonniers, pour lesquels Gentili considère en effet l'exécution capitale comme étant licite, se rapprochant, *in puncto quo*, de la critique explicite faite par Grotius qui nie la valeur juridique de la *fictio of unum corpus* de Gentili et, par conséquent, la légitimité des "représailles exemplaires"⁸¹.

6. Conclusion

Les grands juristes de l'Époque Moderne – dont nous n'avons pu considérer ici que le *poker* représenté par Vitoria, Suarez, Grotius et Gentili, mais auxquels il faudrait également rajouter entre autres Emeric de Vattel, Serafim Freitas, John Selden et Cornelis van Bynkershoek – scellèrent, par leurs réflexions rigoureuses et articulées, les règles qui sont à la base de tout discours juridique *inter nationes* : une sorte de "grammaire" qui permettait l'élaboration d'une "syntaxe" du langage juridique sur les relations internationales ou, en d'autres termes, les règles et principes pour la construction d'un droit international dont la nécessité urgente se fait sentir aujourd'hui plus que jamais.

⁸¹ « ...aut talionem natura non admittit, nisi in ipsos, qui delinquerunt ; neque sufficit quod hostium unum quasi corpus fictione quadam intelligatur, ut ex potest intelligi, de poenarum communicatione supra a nobis tractata sunt ». Ibid.