

## Brèves remarques sur les origines du droit international

Eric DAVID,  
Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

Si l'on définit le droit international comme un ensemble de règles que les Etats se donnent pour régir leurs relations mutuelles – définition simpliste et superficielle qui est évidemment loin de couvrir l'ensemble des situations régies aujourd'hui par ce qu'on appelle le droit international <sup>1</sup> –, le droit international apparaît comme un phénomène social aux origines lointaines, voire immémoriales (I.) ; en revanche, si l'on voit dans le droit international un système de règles destinées à régir les relations de l'ensemble des membres de la communauté internationale, le droit international apparaît comme une réalité dialectique – reflet de la réalité dans la pensée – plus récente qui remonte à la Renaissance (II.)

### I. Le droit international, une réalité sociologique immémoriale

Si l'on considère comme « internationale » toute norme régissant les relations de deux groupes humains souverains et indépendants l'un par rapport à l'autre, le droit international a des racines qui remontent à la plus haute antiquité, voire à la préhistoire.

Sans entrer dans une paléontologie de l'histoire, on peut penser que des relations juridiques de caractère « international » apparaissent dès la plus haute antiquité lorsque les souverains de l'époque se liaient par des traités d'alliance, de paix, d'établissement, de communication ou de soumission <sup>2</sup>. Ces traités présentaient le même caractère obligatoire que les traités actuels. Il arrivait d'ailleurs que leur violation déclenchât des hostilités.

Les pharaons conclurent des traités avec les nations voisines ; par ex., le traité de Kadesh entre le pharaon Ramsès II le roi hittite Hattusili II <sup>3</sup>, un des plus anciens accords « internationaux » connus, remonte au 13<sup>e</sup> siècle av. J.-C. : il contient des clauses de paix perpétuelle et de sécurité collective entre les deux pays, ainsi que des dispositions de caractère extraditionnel ; les Phéniciens passèrent des conventions destinées à assurer leurs communications sur terre ; les Perses conclurent des traités d'alliance avec leurs voisins ; les cités grecques admettaient les étrangers et concluaient entre elles des traités d'isopolitie où chaque partie reconnaissait aux citoyens de l'autre partie des droits semblables à ceux de ses propres citoyens <sup>4</sup> ; Athènes a conclu avec Sparte, en mars 421 av. J.-C., la paix de Nicias, un traité de paix et d'alliance militaire <sup>5</sup>.

Avant le début de l'ère chrétienne, Wikipedia énumère 14 traités <sup>6</sup>, du traité de Kadesh précité de 1283 av. J.-C. au traité de Dardanos de 85 av. J.-C., entre Mithridate, roi du Pont, et Sylla, consul de Rome.

D'autres institutions du droit international contemporain ont des sources lointaines : le droit consulaire remonte à la proxénie des Grecs ; le *proxenos* était, en effet, chargé de défendre les intérêts des citoyens de la cité étrangère qui le nommait. Il pouvait les assister

<sup>1</sup> En utilisant l'expression « droit international », la présente note ne se réfère qu'au droit international public.

<sup>2</sup> Sauf indication contraire, les exemples qui suivent sont tirés de REDSLOB, R., *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, pp. 47 ss.

<sup>3</sup> Texte in [www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm](http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm)

<sup>4</sup> Pour un ex.de ce genre de traité, BELIN de BELLU, E., *Olbia cité antique du littoral nord de la Mer Noire*, Brill Archives, 1972, p. 70, in <http://books.google.be/>

<sup>5</sup> Texte in [www.livius.org/pb-pem/peloponnesian\\_war/war\\_t04.html](http://www.livius.org/pb-pem/peloponnesian_war/war_t04.html)

<sup>6</sup> Voy. en.wikipedia.org/wiki/List\_of\_treaties.

dans leurs causes judiciaires et financières, dresser leurs actes de dernière volonté, régler leur succession ; au plan diplomatique, il préparait la conclusion de traités, introduisait les messagers de sa cité devant l'assemblée populaire locale. Comme les agents diplomatiques actuels, il jouissait de divers privilèges et immunités : inviolabilité de sa personne, exemptions fiscales et divers autres avantages.

Les pays de la Chine primitive échangeaient des représentants avec un grand déploiement de cérémonies. Comme en Inde, les questions de préséance étaient réglées avec minutie.

L'arbitrage est connu dès 650 av. J.-C. Une inscription relate une sentence prononcée vers 350 av. J.-C. par cinq magistrats rhodiens dans un litige territorial entre Samos et Priène. En 432, alors que la guerre menace d'éclater entre Sparte et Athènes, Archidamos, roi de Lacédémone recommande de soumettre le différend à l'arbitrage. Les pactes de 446 et 421 conclus par 92 cités stipulent qu'elles ne se feront pas la guerre et que leurs différends seront soumis à une procédure de règlement qu'elles organiseront elles-mêmes.

Rome ne connaîtra guère l'arbitrage étant donné sa prétention à régenter le monde. Elle voulait bien juger les autres mais ne pas être, elle-même, soumise à jugement.

Les prescriptions du droit des conflits armés trouvent des antécédents dans les pensées de Se-Ma (Chine, 4<sup>e</sup> siècle av. J.-C.) et dans les écrits de Platon et de Polybe<sup>7</sup>. La pratique du sauf-conduit trouve un précédent célèbre avec la venue du Numide, Jugurtha, à Rome en 104 av. J.-C. La neutralité est bien connue également ; en 433 av. J.-C., les habitants de Corcyre se plaignent qu'Athènes autorise les Corinthiens, leurs ennemis à recruter des mercenaires à Athènes. Divers pacte d'amitié conclus par Rome disposent que si l'une des parties est en guerre, l'autre ne pourra fournir armes, argent, navires à l'un des belligérants, ni autoriser le passage de troupes sur son territoire.

Ces quelques exemples montrent qu'il est permis de parler non de « droit international » – une expression dont la paternité reviendrait à Bentham en 1780<sup>8</sup> – *stricto sensu*, mais de règles internationales. La différence entre les deux concepts réside dans l'absence de toute théorie du droit international, de toute systématisation des règles existantes, que ce soit dans l'esprit des penseurs de l'époque ou dans la pratique des nations. Par exemple, si la pratique montre que certaines nations définissent les devoirs de la neutralité, ni les pratiques de l'antiquité ni les écrits qui nous sont parvenus ne semblent définir un concept global de neutralité d'où l'on tirerait des conséquences logiques et juridiques applicables à toute nation qui choisirait ce statut.

## **B. Le droit international, un phénomène de discours datant de la renaissance**

On dit parfois que le développement du droit international aux 15<sup>e</sup>-16<sup>e</sup> siècles est consécutif à la naissance de l'Etat moderne<sup>9</sup>. L'explication n'est pas satisfaisante. Moderne ou ancien, l'Etat, en tant que réalité sociologique, existe bien avant le 15<sup>e</sup> siècle. A la limite, toute population souveraine et indépendante présente un caractère étatique. Pour W. Koppers,

<sup>7</sup> Pour des développements, DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 4<sup>e</sup> éd., §§ 1 ss.

<sup>8</sup> DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2009, p. 43.

<sup>9</sup> LOMBARD, L., *Le Président de la 5<sup>e</sup> République française et le droit international*, thèse, Aix-Marseille III, 2002, in [www.sfdi.org/EnseignementRecherche/theses/LOMBARD.htm](http://www.sfdi.org/EnseignementRecherche/theses/LOMBARD.htm)

l'Etat remonterait aux temps les plus reculés de l'humanité <sup>10</sup>. L. Duguit n'hésite pas à voir des formes étatiques dans le clan et la tribu :

« On aura beau faire, on ne trouvera aucune différence de nature entre la puissance d'un chef de horde et celle d'un gouvernement moderne, composé d'un chef d'Etat, de ministres, de chambres. Il y a une différence de degrés, non de nature. » <sup>11</sup>

L'Europe occidentale des 15<sup>e</sup>-16<sup>e</sup> siècles ne se caractérise donc pas par la naissance de l'Etat en tant que structure de pouvoir public d'une collectivité humaine : cette structuration de la société remonte probablement aux temps les plus reculés de l'histoire de l'humanité.

J. Dabin se montre sceptique à l'égard d'une telle extension du concept de l'Etat mais il se borne à renvoyer aux arguments de G. Burdeau (ci-dessous). Il reconnaît d'ailleurs que « la cité antique et les communes libres du Moyen Age constituaient sans doute, à leur manière, des Etats <sup>12</sup>.

En revanche, pour L. Febvre,

« Les origines de l'Etat doivent se prendre alors seulement que commence à exister un organisme qui, aux hommes du 16<sup>e</sup> siècle, apparut comme assez neuf pour qu'ils sentissent le besoin de le doter d'un nom : un nom que les peuples à la même époque se repassèrent aussitôt l'un à l'autre » <sup>13</sup>.

Mais suffit-il de baptiser les choses pour transformer leur réalité ? Faut-il appeler un chat un chat pour qu'il commence à exister ?

Quand G. Burdeau prétend distinguer l'Etat moderne du pouvoir existant dans les tribus primitives, il donne des critères que l'on pourrait aisément appliquer à de nombreux Etats modernes :

« Dans les peuplades primitives, le pouvoir est anonyme en ce sens qu'il s'identifie au pesant conformisme qu'imposent les traditions, les coutumes ou les croyances. » <sup>14</sup>

Est-ce tellement différent aujourd'hui ? Ne connaissons-nous pas, nous aussi, le pouvoir anonyme de l'administration, le conformisme pesant de certaines lois et de certains règlements ?

L'auteur ajoute :

« A un stade plus évolué, lorsque les nécessités économiques ou les luttes avec les groupes voisins exigent l'intelligence et l'initiative d'un chef, le pouvoir s'incarne dans un homme, le plus fort, le plus sage ou le plus habile. C'est cette forme de pouvoir que Max Weber qualifie de pouvoir charismatique. Peu importe la manière dont il est désigné ; ce qui caractérise son autorité, c'est qu'il l'exerce comme une prérogative qui lui est personnelle parce qu'il ne la doit qu'à des qualités qui lui sont propres. [...] Incarné dans un homme, le pouvoir disparaît avec lui. Jointe au défaut de légitimité, cette absence de légitimité crée une situation fâcheuse aussi bien pour les gouvernants dont l'autorité peut toujours être menacée par des rivaux que pour les gouvernés toujours victimes des luttes dont le titre au commandement est l'enjeu. » <sup>15</sup>

<sup>10</sup> « Remarques sur l'origine de l'Etat et de la société », *Diogène* 1954, p. ...

<sup>11</sup> DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, T. 1, pp. 537 ss.

<sup>12</sup> DABIN, J., *L'Etat ou la politique*, Paris, Dalloz, 1957, p. 8.

<sup>13</sup> Introduction à l'Etat, *Encyclopédie française*, T. X.

<sup>14</sup> V° « Etat » in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1980, t. VI.

<sup>15</sup> *Ibid.*

Pourtant, dans nombre de sociétés dites primitives, la disparition du détenteur du pouvoir ne signifie pas la disparition de toute organisation et de toute structure : G. Balandier montre que dans les sociétés traditionnelles, la continuité des structures du pouvoir n'est nullement conditionnée par la vie ou la mort de ceux qui l'exercent <sup>16</sup>. Les luttes pour le pouvoir sont évidemment loin d'être spécifiques aux sociétés primitives. L'actualité de la Côte d'Ivoire le démontre.

Sans nous enliser dans la recherche des traits propres à caractériser l'Etat moderne, on retiendra simplement que l'Etat est « un phénomène historique apparu à un moment donné de l'histoire pour résoudre les contradictions apparues dans la société civile » <sup>17</sup>.

Pour Engels, le passage de la tribu à l'Etat est marqué par les phénomènes suivants : apparition de la propriété privée, répartition des citoyens en classes, création d'une administration centrale et d'un droit national, substitution du lien territorial au lien de consanguinité. Lorsque la société s'est divisée en classes, l'Etat s'est constitué au-dessus de ces classes, mais au profit des classes qui possédaient la prépondérance et les moyens d'exploitation. Autrement dit, l'Etat naît de la société lorsque cette dernière est marquée du sceau de la contradiction avec elle-même et qu'il faut amortir le conflit en le maintenant dans les limites de l'ordre <sup>18</sup>.

Même si l'explication ne s'applique qu'à l'histoire de l'occident et ne rend pas bien compte du phénomène étatique dans les sociétés orientales, en particulier <sup>19</sup>, elle traduit bien le fait que l'Etat existait avant les 15<sup>e</sup> - 16<sup>e</sup> siècles, et qu'il faut donc chercher ailleurs les raisons du développement du droit international à cette époque. Pratique (1.) et doctrine (2.) apportent quelques éléments de réponse.

### 1. La pratique

Si l'Europe des 15<sup>e</sup> - 16<sup>e</sup> siècles ne se caractérise pas par la naissance de l'Etat en tant que phénomène socio-politique, il reste que la fin de la féodalité et le renforcement des pouvoirs centraux aboutissent au cours de cette période à la réalités étatiques fortes <sup>20</sup> :

- l'Angleterre où la guerre des deux Roses – les Lancastre contre les York – se termine par l'avènement de Henri VII Tudor qui épouse une York et met fin à la division de l'Angleterre (1486) ;
- la France où l'alliance de la royauté et des villes permet à Louis XI de parfaire le rassemblement politique du pays (1461-1483) ;
- l'Espagne où Ferdinand d'Aragon et Isabelle de Castille forment l'unité espagnole à travers la *reconquista* et l'expulsion des royaumes musulmans du sol espagnol, *reconquista* qui s'achève avec la prise de Grenade (1492) ;
- le Danemark où Christian 1<sup>er</sup> s'impose à la noblesse et renforce son pouvoir en s'appuyant sur la bourgeoisie et les prélats (1448) ;

<sup>16</sup> *Anthropologie politique*, Paris, P.U.F., 1967, *passim*.

<sup>17</sup> MIAILLE, P., *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 146.

<sup>18</sup> ENGELS, F., *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Paris, éd. Sociales, 1972, p. 182.

<sup>19</sup> BALANDIER, *op. cit.*, pp. 177 ss.

<sup>20</sup> Sauf indication contraire, le soussigné ne craint pas d'avouer que le plupart de ses informations proviennent de Wikipedia qui, grâce au contrôle social dont il est l'objet, est une source scientifique certainement aussi sûre que beaucoup de sources livresques ...

- la Moscovie (Russie) qu'Ivan III le Grand unifie et libère de la suzeraineté mongole (1480) ;
- la Pologne qui, sous les règnes de Sigismond I (1506-1548) et Sigismond II (1548-1572) se trouve à l'apogée de sa puissance comme en témoignent la vassalisation de la Prusse orientale et l'annexion des territoires baltes.

A la même époque, la Réforme rencontre, d'une part, le désir de la bourgeoisie favorable à une église moins chère, subordonnée au pouvoir laïc, d'autre part, les aspirations des classes paysannes à une plus grande justice sociale ; elle exacerbe les volontés d'indépendance de nombreux souverains soucieux de mettre fin à l'autorité papale. Des causes économiques (s'emparer des biens et richesses de l'adversaire), politiques (volonté hégémonique des dirigeants – roi et noblesse – de consolider ou étendre leur pouvoir) jointes aux causes religieuses sont à l'origine de conflits sanglants qui déchirent l'Europe : guerres dites « de religion » (en France, catholiques contre protestants, 1562-1598), guerre de Trente ans (catholiques contre protestants principalement dans le Saint-Empire romain de la nation germanique, 1618-1648).

Parallèlement à cette évolution politique, l'Europe connaît une poussée démographique, le développement des techniques pour les transports maritimes (boussole, astrolabe, caravelles à haut bord), l'ascension d'une bourgeoisie entreprenante et dynamique qui veut approvisionner l'Europe en épices et denrées exotiques sans passer par les coûteux intermédiaires arabes. On recherche de nouvelles routes vers l'Inde par l'est (Diaz double le cap de Bonne espérance en 1487) et par l'ouest (Colomb atteint les Bahamas et les Antilles en 1492) ; les nations européennes découvrent et conquièrent l'Amérique et l'Afrique.

Ce développement sans précédent des relations internationales aboutit au heurt des impérialismes de l'époque, mais le recours à la guerre n'est pas systématique. Le droit joue un rôle dans le règlement des conflits. Ainsi, on connaît la célèbre bulle papale *Inter Cetera* du 14 mai 1493 où le pape Alexandre VI résout le conflit entre l'Espagne et le Portugal sur les territoires nouvellement découverts en traçant une ligne à 100 lieues à l'ouest des Açores et des îles du Cap Vert : il attribue à l'Espagne tout ce qui se trouve à l'ouest de la ligne et au Portugal tout ce qui est à l'est. Mécontent de cette décision, le Portugal conclut avec l'Espagne, le 7 juin 1494, le Traité de Tordesillas qui place la ligne à 370 lieues à l'ouest des îles du Cap Vert.

L'arbitrage, la négociation, la conclusion de traités montrent la part grandissante prise par le droit dans les relations internationales. De fait, nombre de guerres se terminent par la conclusion d'accords de paix. Quelques exemples :

- traité de Madrid du 14 janvier 1526 entre Charles Quint et François 1<sup>er</sup> où le second, alors prisonnier du premier, renonce à des revendications territoriales, notamment sur les Flandres et l'Artois ;
- paix d'Augsbourg du 29 septembre 1555 entre princes luthériens et princes catholiques d'Allemagne qui établit le principe « *cujus regio ejus religio* » ;
- traités de Westphalie du 30 janvier 1648 (à Münster entre Espagne et Provinces-Unies) et du 24 octobre 1648 (à Osnabrück entre St.-Empire, Suède et d'autres Puissances protestantes ; à Münster entre St.-Empire, France et d'autres Puissances catholiques)<sup>21</sup>. Ces traités mettent fin aux guerres de Trente ans (qui impliqua la

<sup>21</sup> Texte in [www.pax-westphalica.de/ipmipo/indexfr.html](http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/indexfr.html) et <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1648westphalie.htm>

plupart des nations européennes sauf l'Angleterre et la Russie) et de Quatre-vingts ans (Provinces-Unies contre Espagne, 1568-1648) Pour les historiens, ces traités marquent le passage d'un ordre fondé sur le pouvoir religieux – celui du pape et de ses représentants (les évêques) – à un ordre fondé sur le pouvoir de l'Etat laïc ; comme on l'a écrit,

« Ces traités apparaissent donc comme un pivot temporel, seuil de passage d'un ordre autoritaire de type pastoral vers celui de l'établissement progressif d'une gouvernamentalité fondée sur une rationalité politique privilégiant l'économie politique de l'État souverain, ce dernier lui-même fondement du droit international moderne et contemporain. »<sup>22</sup>

- Traité des Pyrénées du 7 novembre 1659 où l'Espagne cède à la France certains territoires (Roussillon, Artois, etc) tandis que la France renonce à ses revendications sur la Catalogne ; les crêtes pyrénéennes deviennent la ligne frontière des deux pays ;
- Etc.

Pour résoudre les conflits, les Puissances de l'époque recourent à des mécanismes et à des raisonnements essentiellement fondés sur la coutume, sur le droit naturel ou sur l'accord entre souverainetés distinctes. Même si l'on ne parle pas encore de « droit international », les méthodes et la logique des accords relèvent de la discipline. Mécanismes et raisonnements se situent dans un contexte que l'on peut qualifier de juridique et d'international. Les souverains prennent des engagements conventionnels énonçant des droits et obligations réciproques qui les lient, non en tant qu'individus, mais en tant que représentants de pays, de royaumes, de principautés, de peuples ...

Dans ce contexte, les traités de Westphalie apparaissent comme un moment-clé dans l'histoire du droit international, et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, les négociations pour l'adoption de ces traités ont mobilisé 109 délégations représentant seize pays européens (Allemagne, Espagne, France, Suède, Angleterre, Danemark, Norvège, Schleswig, Pologne, Portugal, Russie, Venise, Provinces-Unies, Suisse, Transylvanie, Grisons) et 140 Etats membres du Saint-Empire romain de la nation germanique<sup>23</sup>. C'était, apparemment, la première fois que des entités souveraines étaient réunies pour l'élaboration de normes, encore bilatérales mais à caractère multilatéral, entre

- l'Espagne et les Provinces-Unies, Münster, 30 janvier 1648 ;
- le Saint-Empire d'une part, la France et ses alliés d'autre part, Münster, 24 octobre 1648 ;
- le Saint-Empire d'une part, la Suède et ses alliés d'autre part, Osnabrück, 24 octobre 1648.

Il s'agissait, probablement, de la première conférence diplomatique de l'Histoire.

Ensuite, les traités de Westphalie se placent résolument sous l'empire d'un droit que l'on peut qualifier d' « international » puisqu'il énonce un ensemble de droits et d'obligations à charge des parties contractantes. Les traités sont qualifiés de « Loi perpétuelle » et de « Pragmatique Sanction de l'Empire » liant les parties et l'ensemble de leurs sujets ; l'art.

<sup>22</sup> [fr.wikipedia.org/wiki/Guerre\\_de\\_Trente\\_Ans](http://fr.wikipedia.org/wiki/Guerre_de_Trente_Ans)

<sup>23</sup> [en.wikipedia.org/wiki/Peace\\_of\\_Westphalia](http://en.wikipedia.org/wiki/Peace_of_Westphalia)

XVII, § 2, du Traité d'Osnabrück et le § 120 du Traité de Münster (24 octobre 1648) disposent que ces traités

« n'obligeant pas moins les absents que les présents, les Ecclésiastiques que les Séculiers, soit qu'ils soient Etats de l'Empire ou non, si bien que ce sera une Règle prescrite que, devront suivre perpétuellement tant les Conseillers & Officiers Impériaux, que ceux des autres Seigneurs, comme aussi les Juges & Assesseurs de toutes les Cours de Justice. »<sup>24</sup>

Enfin, les deux traités d'octobre 1648 énoncent des principes qui, par leur modernité, se rapprochent de règles du droit international contemporain :

- Principe d'égalité souveraine des parties : Empire romain, France, Suède, principautés allemandes, etc, sont sur le même pied et contractent les mêmes droits et obligations (Osnabrück, art. 1; Münster, § 1) ;

- primauté de ces traités sur le droit interne des parties contractantes ou sur des accords antérieurs :

« Qu'on n'allegue jamais, qu'on n'entende, & qu'on n'admette point contre ceste Transaction [le Traité] ny contre aucun de ces Articles & Clauses, aucun Droit Canon ou Civil, aucun general ou particulier decret des Conciles, aucuns Privileges, aucunes Indulgeances, aucuns Edicts, aucunes Commissions, Inhibitions, Mandements, Decrets, Rescripts, Suspensions de Droict, Sentences en aucun temps données, Adjudications, Capitulations de l'Empereur, & autres Regles & Exemptions des ordres Religieux [...] & encor moins [...] la Transaction de Prague avec ses Appendices ou les Concordats avec les Papes [...] » (Osnabrück, art. 17, § 3 ; Münster, § 121).

- principe du règlement pacifique des différends :

« [...] s'il arrive que quelque point [du traité] en soit violé, que l'offencé exhorte sur tout celuy qui l'offence d'en venir à la voye de fait, sousmettant la cause à une composition amiable, ou aux procédures ordinaires de la Justice. » » (Osnabrück, art. 17, § 5 ; Münster, § 123).

« [...] Et qu'il ne soit permis à aucun Estat de l'Empire de poursuivre son droit par force & par armes ; mais s'il est arrivé, ou s'il arrive cy-après quelque demeslé, que chacun tente les voyes de la Justice ordinaire, & qui fera autrement, qu'il soit tenu pour infracteur de la Paix. [...] » (Münster, § 124).

- passage paisible et sans dommage des troupes d'une partie par le territoire d'une autre partie

« Et toutesfois & quantes que pour quelque occasion quelcun voudra faire passer des Soldats par le territoire d'autrui, que ce passage se fasse aux depends de celuy à qui les Soldats appartiennent ; & cela sans grever ny en aucune façon nuire et porter dommage à ceux par les terres desquels on passe [...] » (Osnabrück, art. 17, § 9 ; Münster, § 118).

A cette pratique s'ajoutent les premières tentatives de systématisation doctrinale du droit international (ci-dessous).

<sup>24</sup> Les citations sont reproduites avec l'orthographe, les majuscules et la graphie de la traduction de 1754 en vieux français, dans la version reproduite in [www.pax-westphalica.de/ipmipo/indexfr.html](http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/indexfr.html) ; l'autre version établie par l'Université de Perpignan (réf. *supra* note 21) est un peu plus moderne.

## 2. *La doctrine*

Si, comme l'écrivait Clausewitz, « la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens », le droit international est, dès le 17<sup>e</sup> siècle, mis au service des mêmes objectifs. Lorsque les Pays-Bas contestent, notamment à l'Angleterre, à l'Espagne, au Portugal, leurs prétendus droits de souveraineté sur la mer en 1603, Grotius appuie la prétention néerlandaise avec son fameux *Mare liberum*, un chapitre d'une consultation rédigée à la demande de la Compagnie des Indes<sup>25</sup>. Sans surprise, l'Anglais Selden y répond en 1635, avec son *Mare clausum*<sup>26</sup>.

De fait, c'est aux 16<sup>e</sup>-17<sup>e</sup> siècles qu'apparaissent les grands théoriciens du droit international, théoriciens qu'il est évidemment inutile de présenter au dedicataire des présentes lignes, puisqu'il les connaît mieux que quiconque<sup>27</sup> : e.a., Vitoria (1483-1546), Ayala (1548-1584), Suarez (1548-1617), Gentilis (1550-1608), Grotius (1583-1645). Ce ne sont cependant pas eux qui ont fait le droit international même s'ils ont contribué à sa systématisation. De même que « l'existence précède l'essence »<sup>28</sup>, la pratique, on l'a vu, a largement précédé la doctrine. Le caractère légèrement postérieur des traités de Westphalie n'y change rien. Ces auteurs ont-ils influencé leur rédaction ? Le soussigné se gardera de répondre à la question. Il lui suffit de constater la proximité chronologique de constructions doctrinales et de faits juridiques. Même si les premières ne sont pas à l'origine des seconds qui résultent davantage des rapports de force, ces constructions se situent *grosso modo* à la même époque.

Elles traduisent une prise de conscience de la nécessité, voire de l'existence, d'une codification des relations internationales. Il s'agit donc bien d'un phénomène de dialectique du rapport entre fait et droit.

Cette convergence historique de la pratique et des efforts de théorisation tend à confirmer que le droit international en tant que « théorie et réalité » trouve ses origines à la Renaissance et que le phénomène est fondé tant sur la solution des contradictions entre les Puissances de l'époque que sur des efforts de systématisation, fussent-ils jusnaturalistes, de la doctrine. Ce jusnaturalisme n'était, d'ailleurs, pas si utopique puisqu'il trouve, aujourd'hui, une forme de postérité à travers le développement des droits humains.

<sup>25</sup> DAILLIER, FORTEAU et PELLET, *op. cit.*, § 692.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Cfr. HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, P.U.F., 1983 ; *id.*, « Guerre juste et guerre régulière dans la doctrine espagnole du 16<sup>e</sup> siècle », *RICR*, 1992, pp. 450-462.

<sup>28</sup> SARTRE, J.-P., *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, 1946, p. 29.