

LA THÉORIE DU DROIT DE DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA

Diego de Covarrubias y Leyva ne fait pas partie des auteurs généralement connus du mouvement de la seconde scolastique espagnole, dont on retient plus souvent les figures de Francisco de Vitoria et de Francisco Suarez. Il a pourtant joui en son temps d'une forte reconnaissance de la part des savants et des personnalités politiques, et a eu une existence très riche. Il a été une haute figure de la vie administrative, spirituelle et politique de l'Espagne du siècle d'Or, un homme que Philippe II aimait employer pour des charges à responsabilité. Né en 1512 à Tolède, il a suivi dès 1527 les enseignements des Facultés de droit canonique et de droit civil de l'université de Salamanque, en participant en parallèle aux séminaires de théologie de Vitoria et de Domingo de Soto. Il décroche en 1538 un doctorat dans les deux Facultés, et devient professeur de droit canonique dans la fameuse université un an plus tard. Il est ensuite nommé juge à la Chancellerie de Grenade, puis à Burgos, et il se voit décerner l'archevêché de Saint-Domingue et l'évêché de Rodrigo. Appelé par l'empereur à intervenir à la troisième session du Concile de Trente, il se distingue de manière significative. En 1560, Philippe II lui confie la tâche de réformer l'université de Salamanque. Il est nommé en 1564 évêque de Ségovie, mais l'étendue de son savoir lui vaut aussi d'être désigné par l'empereur comme président du Conseil royal de Castille en 1572. Peu de temps avant sa mort, en 1577, il est évêque de Cuenza ¹.

Covarrubias était à son époque reconnu comme le plus grand juriste parmi les Salmentins. Son œuvre, très appréciée de ses collègues comme de l'empereur, lui avait valu le surnom de « Bartole espagnol ». S'il n'a pas développé un système complet d'idées politiques comme Vitoria, Domingo de Soto ou Suarez, il n'en reste pas moins que sa doctrine, bien moins connue que la leur aujourd'hui,

1. A.M. Lopez, « El concepto del derecho de gentes en Diego Covarrubias y Leyva », *Revista española de derecho internacional*, vol. VII, n° 1, Madrid, 1954, p. 506.

développe une pensée juridique importante dans la formation de l'État moderne. Covarrubias a en particulier clarifié les thèses de ses prédécesseurs. Ses théories tiennent leur importance de leur valeur explicative et de l'intelligence qu'elles introduisent dans les secteurs des activités humaines et de l'institution politique.

Son attitude en tant que juriste est tout à fait remarquable. Covarrubias est l'exemple type de l'intellectuel qui n'a pas peur de se confronter à l'épreuve des faits. Il développe un savoir essentiellement tourné vers la pratique et les nouveaux problèmes rencontrés par la société moderne, utilisant toutes les ressources disponibles pour les résoudre. Ses œuvres traitent à la fois de cas pratiques (*De testamentis*, 1547 ; *De matrimonio*, 1545 ; *De pactis*, 1553) et de questions juridico-politiques plus fondamentales (*Regulae peccatum*, 1553 ; *Variarum Resolutionum*, 1552 ; *Practicarum quaestionum*, 1556). Ses *Questions pratiques* constituent le premier et le plus important essai de théorie de l'Espagne impériale de Philippe II. On voit se dessiner la forme de l'institution politique moderne, aux compétences bien délimitées, exerçant un pouvoir fondé sur la volonté populaire et partagé avec les administrations locales du royaume. Est aussi approfondie la doctrine du *ius gentium*, ce qui permet à Covarrubias de dégager les règles normatives conditionnant les droits à la guerre, de même que celles qui peuvent résoudre les différends internationaux de l'époque, régulariser les conflits et fournir un cadre aux multiples échanges entre les membres des différentes nations.

La clarté de la pensée de Covarrubias et son jugement juste lui ont fait acquérir parmi ses contemporains une réputation méritée. Ses travaux sont étudiés par l'ensemble des érudits de son temps ; Suarez, de même que plus tard Grotius, s'en serviront pour leurs propres recherches, et on les voit en suivre les conclusions sur de nombreux points ². Nous nous proposons ici de présenter la méthode juridique qu'il a développée dans sa pratique juridique, et la théorie du droit qu'il a dégagée relativement à l'institution politique, à l'autorité ecclésiastique et aux relations entre les hommes et entre les nations.

I. La méthode de l'humanisme rationaliste, tierce voie entre le *mos italicus* et le *mos gallicus*

Le xvi^e siècle signe le renouveau de la discipline juridique. À l'orée du siècle, la première vague des humanistes juridiques introduit une

2. *Ibid.*, p. 505.

nouvelle approche des sources du droit marquée par le refus de la jurisprudence empreinte de scolastique des glossateurs et commentateurs. La discipline du droit avait connu au XI^e siècle un essor majeur suite à la redécouverte du corps de droit civil romain. Les glossateurs s'étaient attachés à en faire l'exégèse pour dégager une jurisprudence capable de s'appliquer directement à la réalité sociale de leur temps. La méthode casuistique leur permettait de développer toutes les facettes de l'institution juridique³. Elle consistait en un traitement purement analytique des sources auquel était adjoindue une abondante utilisation de la dialectique et de la logique⁴. Les corps du droit civil romain et du droit canonique figuraient alors comme les sources indépassables du droit. Ce qui fut appelé le *mos italicus*, la manière italienne de traiter le droit, comprenait le droit comme *ratio scripta*, un *donum Dei* qu'il fallait reprendre sans recul critique ; la référence aux autorités y tenait une place prédominante.

Cependant, ces commentaires, rajoutés successivement au texte d'origine, ignorant le critère historique et procédant par interpolations, l'avaient complètement altéré⁵. Son rétablissement est l'objet des différents courants de l'humanisme juridique introduisant une nouvelle façon de traiter le droit, le *mos gallicus*, dont l'enjeu est de retrouver la lettre et l'esprit du corps de droit romain. Cette méthode juridique se développe sur des bases nouvelles⁶. Le courant humaniste avait opéré un retour aux sources antiques grecque et latine. Ce renouveau, qui a d'abord touché les lettres, s'est diffusé dans le champ juridique. La prise en compte de ce nouveau corpus signe le renouvellement des sources du raisonnement juridique⁷. La dimension historique du droit est en outre prise en compte. Le corps de droit civil romain n'est plus considéré comme l'archétype de l'institution juridique valant *a priori* pour tous les temps, mais comme le droit propre à la société romaine. André Alciat, en cherchant à reconstruire les institutions politiques de l'empire romain non plus simplement

3. F. Carpintero, « "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribucion a la historia de la metodologia juridica », *Ius commune*, n° 6, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1977, p. 109.

4. V. Piano Mortari, « Dialettica e Giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del secolo XVI », *Annali di Storia del diritto*, tome 1, 1957, p. 334 et s.

5. J.L. Thireau, « Les conflits entre professeurs de droit à l'université de Bourges au XVI^e siècle : querelles de personnes ou opposition des méthodes ? » (S. Georget éd.), *Bourges à la Renaissance : hommes de lettres, hommes de lois*, Klincksieck, 2011, p. 149.

6. X. Prévost, « *Mos gallicus jura docendi*. La réforme humaniste de la formation des juristes », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 4, 2011, p. 457-594.

7. J.L. Thireau, « Humaniste (jurisprudence) », *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials dir.), PUF, 2003, p. 796.

historiquement, mais aussi d'un point de vue juridique, peut être considéré comme l'initiateur de la nouvelle approche introduite par le *mos gallicus*⁸. Ses *Paradoxorum*, abordant les questions techniques de la doctrine du droit, font ressortir l'inexactitude des positions de Bartole et de Balde au regard des découvertes humanistes⁹. L'inscription du droit romain dans un développement plus vaste du système du droit constitue un trait essentiel des systématisations postérieures de François Connan, François Beaudouin ou Hugues Doneau. La branche de l'humanisme systématique qu'ils ont développée a proposé une exposition ordonnée du droit par une organisation systématique de type déductif de ses principes à partir de ses premiers éléments. L'analyse philologique des termes utilisés par les juristes romains est aussi mobilisée pour retrouver précisément la signification des distinctions juridiques romaines. En procédant ainsi à partir du *corpus iuris civilis*, Budé initie l'attitude de recontextualisation historique du droit reposant sur une critique textuelle des sources juridiques authentiques¹⁰. Ce travail sur la langue du droit et sa signification pour la société romaine est prolongé par Cujas, composant avec ses émules la branche de l'humanisme historiciste.

Cependant, comme le remarque Francisco Carpintero, à ne considérer que la double classification de la méthodologie juridique en *mos italicus* et en *mos gallicus*, il n'est pas possible de rendre compte du passage de la jurisprudence médiévale à la jurisprudence rationaliste du XVII^e siècle¹¹. Ces deux traditions méthodologiques n'avancent en effet pas les prémisses sur lesquelles se fondera la jurisprudence de Grotius et de Pufendorf. L'impasse est souvent faite sur les travaux de la seconde scolastique, et pourtant ils composent certainement un moment essentiel du basculement vers la jurisprudence rationaliste¹². Pourquoi Grotius ferait-il si grand cas des auteurs qui s'y rattachent s'ils n'avaient pas nourri ses raisonnements¹³ ?

8. P. Stein, « Legal humanism and legal science », *Revue d'Histoire du Droit*, n° 54, 1986, p. 300.

9. A. Alciat, *Paradoxorum ad pratum libri sex*, Lyon, 1537.

10. G. Budé, *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, Paris, 1508.

11. F. Carpintero, *loc. cit.*, p. 108.

12. Michel Villey signale justement cette impasse, à laquelle il remédie en consacrant à l'école espagnole un chapitre de *La Formation de l'esprit juridique moderne*, PUF, 2003, p. 326-368.

13. Voir par exemple Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), *Le droit de la guerre et de la paix* (trad. P. Pradier-Fodéré), PUF, 1999, p. 28 : « Les maîtres du troisième ordre [de jurisconsultes] [...] ont uni la subtilité scolastique à la connaissance des lois et des canons, au point même que deux Espagnols, Covarrubias et Vasquez, ne se sont pas abstenus de traiter ainsi même les controverses des peuples et des rois : le premier avec une grande

Pourquoi en ferait-il un si grand éloge s'ils ne lui avaient apporté quelque chose qui faisait défaut au *mos italicus* et au *mos gallicus* ? Étant donnée la récurrence de leur présence dans son œuvre, il semble indispensable de considérer précisément leur travail du droit, et en particulier les œuvres de Fernando Vazquez de Menchaca et de Diego de Covarrubias dont il vante les mérites ¹⁴.

En effet, en restaurant les sources antiques à la base des distinctions opérées par les juristes romains, comme l'humanisme juridique, et en raisonnant exclusivement suivant le guide de la « droite raison », ils ne prolongent pas la voie des glossateurs médiévaux. Mais contrairement au *mos gallicus*, ils ne se consacrent ni à une analyse philologico-historique du droit romain, ni à une exposition systématique et ordonnée du droit. Le droit a en effet pour ces auteurs une finalité pratique : il doit fournir des solutions concrètes aux problèmes rencontrés par les sociétés humaines de leur temps, et doit de ce fait conserver un rapport dialectique avec le réel. Ces caractéristiques – entre autres – font de ce courant méthodologique une tierce méthode procédant à la rénovation de la jurisprudence médiévale par la mise en exergue de la seule « droite raison » comme norme des distinctions juridiques, et par l'inclusion dans le raisonnement juridique d'idées et de concepts tirés de la littérature, de l'histoire et de la philosophie gréco-latine ¹⁵. Un autre contenu doctrinal se constitue, qui brise les anciens cadres du raisonnement juridique en élargissant ses sources et en recomposant les normes juridiques à l'aune du tribunal de la raison ¹⁶. Étant donnée la jonction qu'elle opère entre

liberté, l'autre avec plus de retenue et non sans un jugement exact. » ; ou encore, p. 217 : « Aussi l'opinion la plus commune est-elle que les fiefs [...] peuvent être acquis après un assez long espace de temps : ce que Covarrubias, jurisconsulte de grand jugement, s'appuyant sur des raisons non dénuées de valeur, étend aux droits de majorats, et aux choses sujettes à fidéicommiss. »

14. Le travail qu'Ernst Reibstein consacre à Vasquez de Menchaca, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den « Controversiae illustres » des Fernandus Vasquis (1559)*, Bern, Verlag Paul Haupt, 1949, est une des rares études consacrées à ce courant méthodologique. J.M. Lahoz Finestres, (*El humanismo jurídico en Europa*), Publicaciones de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002, signale de même la grande variété des méthodes juridiques utilisées par les théoriciens du droit au xvi^e siècle. Voir aussi H.E. Troje, *Humanische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus*, Goldbach, Keip Verlag, 1993.

15. « Pero mi esfuerzo fue inutil porque Fernando Vazquez, y con él otros juristas importantes de esta época, siguen una actitud metódica que no se puede reducir a ninguna de las dos aludidas. Ello quiere decir que existe una tercera corriente metódica que ha escapado hasta ahora a la atención de los historiadores del pensamiento jurídico. », F. Carpintero, *loc. cit.*, p. 108.

16. Nous ne pouvons cautionner le jugement de Friedrich Schaffstein, pour qui Covarrubias aurait seulement changé la forme de la théorie juridique, et non son contenu, ce qui le rangerait parmi les auteurs post-scolastiques (« Denn der humanistische Einfluss

l'humanisme et la jurisprudence et la place accordée à la raison dans l'argumentation juridique, cette troisième voie peut être appelée l'humanisme rationaliste¹⁷.

Covarrubias est l'un des représentants les plus importants de cette méthode. Il compose une œuvre répondant à l'exigence du mouvement humaniste, en opérant une synthèse réussie entre la jurisprudence médiévale, le nouvel historicisme juridique et la philosophie¹⁸. Le droit s'enrichit avec lui d'un contenu matériel que les juristes antérieurs avaient négligé, qu'il puise dans la littérature antique – à l'instar de Vazquez de Menchaca –, la littérature classique et la philosophie – comme François Hotman¹⁹. Il élargit les sources de ses analyses juridiques en s'appuyant à la fois sur les écrits gréco-romains, sur la patristique, sur les œuvres des commentateurs et sur celles de ses contemporains. Il procède à une exposition érudite de Homère, Juvénal, Ovide, Virgile, Tacite, Suétone, Aristophane..., dont il fait une application pratique immédiate²⁰. Ses conclusions sont souvent argumentées par Platon, Aristote ou Cicéron, qu'il cite

hat bei Covarrubias nur die äussere Form der Darstellung, nicht deren inneren Gehalt bestimmt. Gerade auch in seiner strafrechtlichen Lehre erweist er sich durchaus als Spätscholastiker. Auch hat er weder eine relative Straftheorie vertreten noch den Versuch einer neuen systematischen Gliederung des Stoffes unternommen, obwohl Kommentarförmig und Legalordnung von ihm in freierer Weise gehandhabt werden als bei den älteren Juristen», *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1954, p. 73). S'il entend désigner par « post-scholastiques » les juristes qui n'exposent pas leur doctrine sous la forme systématique, alors la majorité des juristes humanistes français et hollandais de la première moitié du xvi^e siècle doivent être appelés ainsi. S'il veut dire par là que l'attitude méthodique de Covarrubias n'a rien d'original, ou très peu, par rapport à la tradition scolastique, ce jugement ne peut être retenu, puisqu'à l'inverse, comme nous le signalons, Covarrubias initie avec Vazquez de Menchaca une théorie laïque du droit. Son exposition et son traitement du droit étaient absolument inconnus des juristes et des anciens théologiens, qui n'utilisaient pas les sources gréco-romaines, ne recouraient pas à l'historicisation du droit, et n'utilisaient pas le critère exclusif de la raison pour identifier les règles de droit.

17. Cette troisième voie n'est pas complètement passée inaperçue chez les exégètes. Ainsi Elias Kembach signale-t-il que « *Mediam ingredi viam putantur hispani; qui et legum textus, eiusque verbarum magnam habent rationem, et simul in ea, quae glossa Doctoresque tradiderunt, accurate inquirunt. [...] Tales sunt Didacus Covarrubias, Arias Pinellus, Garzias, Gomezius, Alvarus et alii, quorum monumenta hodie sunt in manibus omnium.* », F. Carpintero, *loc. cit.*, p. 150.

18. D. de Covarrubias y Leyva, *Textos juridico-políticos* (M. Fraga Iribarne éd. et Prologue, A. Rico Seco trad.), Instituto de Estudios Políticos, 1957, Prologue, p. XXII.

19. Sa grande érudition classique lui vient certainement en partie de son professeur Martín de Azpilcueta, qui utilise très fréquemment la littérature grecque et latine pour montrer le consensus autour de ses idées. Fernando Vazquez de Menchaca, ami et collègue de Covarrubias, fait aussi un grand usage de ces sources. Il cite amplement Cicéron, Ausone, Horace, Ovide, Minilio, Properce, Lucain, Térence, Sénèque, Juvénal ou Lucrèce. Voir E. Reibstein, *op. cit.*, p. 28.

20. Covarrubias, *Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum libri*, L. IV, chap. 24, p. 486.

comme des autorités²¹. Il discute Gaius et Ulpien²². Il recourt fréquemment aux commentateurs médiévaux, notamment à Accurse, Bartole de Sassoferrato, Balde d'Ulbaldis, Paul de Castro et Nicholas Tudeschi, pour documenter les cas pratiques qu'il étudie et restituer leurs solutions de droit, avant de signaler ce qui lui semble conforme à la raison ou ce qu'il faut abandonner²³. Il cite souvent aussi les humanistes Lorenzo Valla et Luis Vives, et ses contemporains théologiens (Conrad Summenhart, Cajetan, Jean Mair, Thomas Fisher, Jean Eck) et juristes (Alphonso de Castro, Francisco de Vitoria, et Domingo de Soto).

Mais il a aussi une très bonne connaissance des travaux de l'humanisme juridique. Ainsi peut-on déduire son orientation vers la finalité pratique du droit de son utilisation récurrente d'André Alciat, qui figure dans tous ses textes²⁴. Il l'utilise pour valider ses conclusions²⁵, pour présenter d'autres facettes de ce qu'il étudie, pour approfondir un sujet, et plus rarement pour signaler son désaccord en expliquant pourquoi son raisonnement ne lui semble pas juste²⁶. Il renvoie de même fréquemment à Guillaume Budé pour nourrir ses analyses et développer le sens des solutions juridiques qu'il discute²⁷. Il se réfère de même aux travaux d'Antonio Vacca, d'Ulrich Zasius,

21. Voir la préface des *Regulae Peccatum. De regul. Iuris libri 6 Relectio*, Lyon, Sebastianus Honoratum, 1560, p. 3. Il se réfère souvent au Livre III du *De Officiis* de Cicéron et à la *Politica* d'Aristote. Voir aussi *Regulae Peccatum, op. cit.*, p. 141.

22. Voir par exemple Covarrubias, *Regulae peccatum, op. cit.*, L. II, chap. 11, p. 267, où il explique pourquoi la distinction entre le droit naturel primaire et le droit naturel secondaire reprise par Baltole n'est pas conforme à la raison.

23. Ainsi, dans les *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 9, p. 231 : « Unde moris antiquissimi fuit ut qui homicidium perpetrassent, si cum in externam urbem profugissent, ad poenam expositulati non dederentur his, ad quos facinus admissum, eiusque ; utilio pertinebat, ut permitteretur iniuriam pssis pignerandi potestas, quam androlepsiam Graeci vocant. Mementi huiusce rei Budeus in annotationibus § eventus, ss. De poenis, quo in loco scribit quas vulgo Barbare dicimus repraesalias, Latine dici possi pignerationes : quemadmodum, et eas appellat summus Pontifex in cap. I de iniuriis, in 6, vel Clarigationes, ut visum est Hermolao. »

24. Voir par exemple Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, où il figure dans tous les chapitres.

25. Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 5, p. 138.

26. « Ego sane quantum ad rei veritatem et certitudinem ipsam falsam esse censeo quod Alciat adnotavit, communemque sententiam probo. Nam cum hostes contrarii sibi sunt, contraria iura necesse est habeant ; quorum unum iustum sit, alterum vero iniustum. », Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 10, p. 267-268.

27. « Sic iurisconsultus appellat iusta haereditatem in 1. 3, sq procosio eamque legitime, ac plenissimo iure obueniât : quod eleganter Budaeus ibi explicat. Sic et Hispani iusta vestem dicimus, qua ita corpori apta sit, ut nihil ei desit ad ipsius corporis mensuram. Sed hic dictionem ista adsuminus pro eo quod rationi, iuri, et aequitati, ac iustitias convenit. Et Alciat. I.2 paradox. Cap. Ult. Censt, bella utrinque posse licita esse. » Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 11, p. 261. Voir aussi *ibid.*, III, 14, p. 348-355.

de François Connan, de Jacques Cujas et de François Hotman²⁸. Il n'est pas étonnant, à la lumière de sources aussi riches et prolifiques, que Covarrubias ait profondément élargi la matière du droit et son traitement.

Une autre marque de son travail réside dans son recours exclusif à la « droite raison » pour distinguer ce qui appartient à la règle de droit et ce qui lui est étranger. L'usage de la raison est pour lui le seul outil permettant de construire un raisonnement juridique valide²⁹. Les *Discours* de Cicéron et de Démosthène, Tiraqueau et les *Lois* de Platon, apparaissent ainsi à côté des Écritures saintes et du *Digeste* dans l'exposition des décrétales papales ; la raison les convoque pour commenter les lois canoniques³⁰. Les différents textes sont tous placés sur le même plan. Son refus d'instaurer une différence substantielle entre les sources du droit le conduit à étudier précisément les différentes origines des compétences juridiques et à séparer les domaines qu'elles instituent. Comme nous le reprendrons ci-dessous, il est l'un des premiers à distinguer conceptuellement ce qui est de l'ordre du spirituel et ce qui compose l'ordre laïc. En séparant les compétences juridiques du pape de celles du pouvoir temporel, il dégage l'autonomie de la société civile par rapport à la puissance ecclésiastique³¹. On peut dire avec Reibstein qu'il initie avec Vazquez de Menchaca l'école du droit naturel « laïc » qui se développera avec Grotius au XVII^e siècle³².

28. Voir par exemple le chapitre 9 des *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, p. 216-249.

29. Ainsi de l'utilisation qu'il en fait dans ses *Variarum ex iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum libri III*, Salamanque, Andreas Portonariis, 1552 : « Secundo non obstat ratio, quam deduximus ex cap. Ult. De jurid. In 6 non enim sequitur », p. 38 ; « quarto eandem partem improbat ratio, ni fallor, stais urgens. Nam ex praecedentibus constat, meliorationes etiam iure pignoris et hypotehecas obligatas esse » (p. 55) ; « Tertio, hinc apparet manifesta ratio, cuti us istud percipiendi decimas laicis competere non possit » (p. 112) ; « Sed et haec ratio infirma quibusdam apparet, primo quia hic institutus, qui non susceptis liberis religionem prositetur, idem habitus est ex his bonis, sive sit locus fideicommisso, sive non » (p. 131) ; « tota etenim eorum responsorum ratio ex eo deducitur, quod nec praesumatur foeminam praemottuam, nec superitirem fuisse » (p. 187) ; « Ad idem facit naturalis ratio, quae dictat, cuilibet licitum esse et permissum libere de propriis rebus disponere. Nam si iure getnium libera testandi facultas declarata est, ea et iure naturali competit » (p. 306), où l'on aurait attendu « loi naturelle », mais où Covarrubias utilise la « raison naturelle » ; « Quae tandem ratio mihi non satis sufficiens videtur » (p. 541) ; « Hinc etiam deducitur ratio ad pragmaticam constitutionem Ioannis Regis Secundi » (p. 643). Nous référencerons dans la suite ce texte, dans cette édition, par *Variarum Resolutionum*.

30. Covarrubias, *Clementinae, si furiosus, de homicidio. Relectio cap. Quamvis pactum, de pactis*, Lyon, Haeredes Iacobi Iuntae, 1558, f^o 251-329.

31. Covarrubias, *Regulae Peccatum*, II, 9, p. 216.

32. E. Reibstein, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrecht*, *op. cit.* ; F. Carpintero, *loc. cit.*, p. 146.

Comme pour l'humanisme juridique, le droit n'est plus résumé pour lui dans le *corpus iuris romanorum*. Il procède à une historisation du droit en étudiant le droit romain en rapport avec la société romaine de son temps³³. Une autre de ses initiatives dans l'argumentation juridique est la prise en compte des aspects anthropologique et sociologique du droit, que l'on retrouvera chez Hopper³⁴. Les normes juridiques ont beau être dégagées par la raison, elles n'en sont pas moins dépendantes des coutumes propres aux peuples considérés. Pour dégager les règles devant prévaloir dans l'ensemble des sociétés civiles de son temps, il procède à une comparaison des différentes législations sur un même fait dans plusieurs contextes socio-historiques, dégage ce qu'elles ont toutes en commun, et rend compte de leurs variations en étudiant leurs bases culturelles³⁵.

Une dernière marque de l'humanisme rationaliste est la dépendance du raisonnement juridique envers l'empirie. Contrairement aux juristes privilégiant la systématisation du droit, Covarrubias maintient que le droit doit partir des cas pratiques livrés par l'expérience, et non s'épuiser dans des abstractions inutilisables dans la pratique³⁶. Ses analyses entretiennent un rapport dialectique avec le réel, qui lui en fournit toujours la matière. Ainsi traite-t-il des contrats, du testament ou du mariage, qu'il situe dans leur contexte historique, mais dont il parvient à dégager le statut juridique valant pour toute société civile. Il préfigure ainsi l'attitude que Gentili opposera peu de temps après aux protagonistes du *mos gallicus*, expliquant que le droit doit garder une emprise sur le réel et de ce fait considérer d'abord les cas particuliers dont il faut ensuite extraire les règles de droit³⁷.

II. Les défis sociopolitiques du XVI^e siècle et la théorisation du droit

Covarrubias correspond à la figure du théoricien qui n'a pas peur de se confronter aux problèmes de son temps, et qui propose de trouver

33. Voir par exemple Covarrubias, *Variarum resolutionum*, *op. cit.*, L. I, chap. 1, p. 2 et s.

34. F. Carpintero, *loc. cit.*, p. 167.

35. Il compare ainsi les législations sur le blasphème et le faux témoignage chez les Grecs, les Romains, les Français, le droit napolitain, l'Espagne, les Turcs. Voir Covarrubias, *Quamvis Pactum. De pactis*, *op. cit.*, I, 2, f^o 16-20.

36. V.L. Perena, *Diego de Covarrubias y Leyva, maestro de derecho internacional*, Madrid, 1957, p. 164-168.

37. A. Gentili, *De iure belli libri tres*, Hanovre, Guill. Antonius, 1598, I, p. 4-5. Il examine dans cet ouvrage les diverses questions relatives au droit diplomatique et au droit de la guerre à partir de la culture humaniste, du droit romain et des pratiques des Etats de son époque.

des solutions juridiques aux conflits qui le traversent. Son œuvre a d'autant plus d'importance, dans la jonction entre savoir et pratique, qu'il jouissait à son époque d'une forte estime auprès de l'empereur et des responsables politiques. Ses enseignements, dont il tire ses ouvrages, traitent de questions d'actualité qu'il étudie en dégagant les éléments de doctrine qui lui permettent d'en juger suivant le droit. Il aborde dans son œuvre tous les thèmes centraux de la philosophie du droit, proposant une théorie générale de l'État, réfléchissant à la signification de la justice et aux moyens de l'instaurer au sein de la société humaine, précisant les différentes juridictions et magistratures de l'institution politique, ou encore conceptualisant le pouvoir politique et l'autorité ecclésiastique. Ses principaux apports à la pensée juridico-politique ressortent de ses analyses sur la pratique de l'esclavage par l'empire espagnol, sur le conflit de compétences entre le pouvoir impérial et l'autorité papale, et sur l'exercice de la juridiction politique, que nous reprendrons successivement.

A. La controverse sur la pratique espagnole de l'esclavage envers les peuples amérindiens

La découverte du Nouveau Monde est l'un des événements centraux du xvi^e siècle, qui conduit à un bouleversement des forces géopolitiques des nations européennes et à une transformation de leur situation intérieure³⁸. Elle engendre très rapidement des questionnements sur le statut de ces territoires nouvellement découverts et sur celui des peuples amérindiens qui, par l'étrangeté de leurs coutumes, mettent au défi l'idée d'unité de l'humanité. Par une bulle de donation, Alexandre IV avait accordé en 1493 à Ferdinand et à Isabelle un *dominium* sur ces terres, que les Lois de Burgos de 1513 venaient encadrer. Mais avec la conquête du Mexique et du Pérou en 1520 et 1531, la main d'œuvre disponible pour exploiter les terres découvertes devient largement insuffisante, et la pratique de mise en esclavage se répand sur l'ensemble des colonies espagnoles. Un décret royal de 1530 avait interdit tout futur esclavagisme des Indiens, sous n'importe quel prétexte. Il est révoqué en 1534 sous les pressions, mais face au scandale provoqué par la situation chez les universitaires espagnols, l'interdiction est renouvelée par les Leyes Nuevas de 1542, qui disposent que le propriétaire d'esclaves doit faire valoir son bon droit avant de l'exercer.

38. Pour les aspects historiques de la conquête espagnole des Amériques, voir P. Chaunu, *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, Paris, PUF, 1969 ; S. Zavala, *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, Emecé editores, 1944.

C'est dans ce contexte houleux que Juan Ginés de Sepúlveda demande, en 1544, l'autorisation de faire publier son ouvrage *Democrates secundus, sive De justis causis belli apud Indium*, ou *Democrates alter*, où il défend l'idée que, les Indiens étant esclaves par nature, la guerre de conquête de l'Amérique par l'Espagne est légitime. Ce sont plus précisément les mœurs des Indiens qui justifient selon lui l'intervention des forces espagnoles et leur réduction au statut de serfs (*servitus*)³⁹. Leurs mœurs impies et leur non respect de la loi naturelle contraignent les nations civilisées à un devoir moral envers eux. Par le moyen de la juste guerre, les Espagnols doivent « établir un *imperium* sur ceux dont ils ont la charge, de sorte que les barbares – une fois leur licence pécheresse supprimée, leurs coutumes contre la loi naturelle déracinées, et une exhortation prolongée à une vie plus humaine par une forme civile de gouvernement – soient maintenus raisonnablement dans les limites de leurs vertus⁴⁰ ». Les mœurs des peuples amérindiens sont selon Sepúlveda la preuve de leur infériorité naturelle, car, « qu'est-ce qu'être par nature sujet de l'*imperium* d'un autre si ce n'est être *natura servuum* ? »⁴¹. « Ceux dont la condition naturelle commande qu'ils obéissent aux autres doivent être soumis par la force des armes s'ils refusent l'*imperium* des seconds, et aucun autre recours n'est laissé »⁴². D'après l'angle de lecture choisi par Sepúlveda, la conquête espagnole est une chance pour ces peuples qui vont ainsi bénéficier des exemples de vertu et de prudence des nations civilisées et embrasser un mode de vie plus humain⁴³.

Ces thèses sont à l'époque loin d'être partagées par l'ensemble des lettrés. De telles positions sont jugées scandaleuses, et soulèvent de vives oppositions chez les membres des universités de Salamanque et d'Alcaza, en particulier. La polémique qu'elles suscitent conduit le Conseil royal de Castille, sur demande du roi, à composer

39. « Ce que j'affirme et ce que j'ai écrit, en résumé, est que la conquête des Indiens – assujétir ces barbares, leur extirper leur idéologie, les forcer à observer la loi naturelle même contre leur volonté, et ensuite leur prêcher l'Évangile sans violence et avec la douceur chrétienne – est à la fois juste et sain. », J. Ginés de Sepúlveda, « Propositiones temerarias, escandalosas y heréticas que noto el doctor Sepúlveda en el libro de la conquista de Indias », in A.M. Fabié, *Vida y escritos de don Fray Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1879, tome 2, p. 336.

40. J. Ginés de Sepúlveda, « Democrates, sive de convenientia disciplinae militaris cum christiana religione dialogus », *Opera*, Cologne, 1602, tome 4, p. 238.

41. J. Ginés de Sepúlveda, *Democrates alter* (A. Losada éd.), Madrid, 1951, p. 21.

42. *Ibid.*, 19.

43. *Ibid.* Voir J.A. Fernandez-Santamaria, *The state, war and peace. Spanish Political Thought in the Renaissance 1516-1559*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, p. 209-230.

une commission de théologiens pour examiner l'ouvrage. En novembre 1547, le recteur de l'université de Salamanque, don Martin de Figueroa, convoque des juristes et théologiens des deux universités, dont Covarrubias, qui se prononcent contre l'impression de l'ouvrage en Espagne en juillet 1548.

Dans sa *Leçon sur les Indiens* de janvier 1539, Vitoria avait déjà condamné la conquête espagnole en montrant que les Indiens composaient une société civile organisée, qu'ils possédaient de ce fait un véritable pouvoir public et privé, et qu'à ce titre ils étaient propriétaires de leurs terres⁴⁴. Covarrubias prolonge ces analyses en considérant la question à un niveau encore inférieur : peut-on légitimement considérer que certains hommes seraient esclaves par nature ? Ses leçons publiques forment des documents importants pour l'histoire de cette controverse. Dans un premier manuscrit (*De iustitia belli adversus indos plurimum solent adduci : sed aliquot breviter tractare libet*) correspondant à un cours de 1547-1548 sur la conquête de l'Amérique, il réfute les théories de la naturalité de l'esclavage en soutenant à l'inverse que les hommes sont tous libres par nature⁴⁵. Il argumente son propos en se référant au droit romain, à la philosophie grecque, aux saintes Écritures, à Thomas d'Aquin et à Jean de Torquemada. Il reprend la question d'une soi-disant servitude de nature dans ses œuvres postérieures, et condamne très clairement cette thèse : « la liberté est de droit naturel, et les hommes naissent par nature libres »⁴⁶. C'est d'ailleurs ce que prouve le fait que l'esclavage ait une histoire, comme le démontre la tentative augustinienne de le concilier avec la liberté naturelle. Les servitudes ne sont donc pas de nature, mais introduites par le droit humain comme une conséquence légitime de la conquête.

Concernant la conquête espagnole sur laquelle on lui demande de se prononcer à l'occasion de l'étude du *Democrates alter* de Sepúlveda, sa position est très nette, et conforme aux règles de droit encadrant la guerre. Il existe effectivement, dans le strict cas des guerres, un droit de conquête de la nation triomphante envers celle qui a été vaincue. Mais la situation en terre amérindienne est bien différente, puisqu'il

44. F. de Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre* (trad. M. Barbier), Droz, 1966, p. 32.

45. Voir V.L. Perena, *op. cit.*, p. 62.

46. « Primum equidem libertas in hunc sensum est iuris naturalis, et natura homines liberi nascebantur. [...] omnes homines natura liberos nasci. », D. de Covarrubias, *Regulae peccatum*, *op. cit.* II, §11, p. 273 ; « Est vero personarum libertas iuris naturalis secundo modo accepti : quia ius naturale servitutem non induxit, nec etiam libertatem prohibuit : imo liberos omnes homines creavit. », *ibid.*, p. 275.

n'y a pas eu guerre entre les Espagnols et ces nations, qui ont été tout simplement envahies. Les premiers ne disposent en conséquence aucunement d'un droit de conquête à leur égard⁴⁷. Quant à la bulle alexandrine justifiant la maîtrise du pouvoir espagnol sur ces terres, elle est invalide, parce que le pape ne dispose pas de la compétence de légitimer l'exercice du pouvoir temporel⁴⁸. Les peuples occidentaux n'ont donc aucun droit sur les territoires amérindiens, ni sur leurs habitants.

B. La controverse sur les domaines de compétence de l'empereur et du pape

Une autre source récurrente de conflits venait au xvi^e siècle de la concurrence entre l'autorité papale et le pouvoir politique, et en particulier celui de l'empereur, qui pouvait revendiquer une juridiction sur de vastes territoires. Les relations entre le pape et l'empereur n'avaient pas été particulièrement heureuses durant le règne de Charles Quint. Les tensions ont été encore plus vives entre Philippe II et Pie IV, puis Pie V, en particulier sur des questions de juridiction sur les nouvelles terres découvertes, sur la vie intellectuelle et religieuse du peuple espagnol et sur les terres rattachées à l'empire. Philippe II utilisait la possibilité d'instaurer des droits de patronage laïcs pour garder sous contrôle les œuvres cléricales qui se développaient sur les territoires amérindiens. Paul IV s'était opposé à un octroi trop large de ce droit aux laïcs, et les papes suivants conservaient la même défiance face aux nominations impériales, perçues à juste titre comme une volonté du pouvoir séculier de mettre la main sur l'ensemble des institutions coloniales⁴⁹. L'empereur jouait en outre sur le pouvoir que lui donnait l'Inquisition pour étendre son contrôle sur ses dominions et sur l'église espagnole. La condamnation de Carranza en 1559 par l'Inquisition avait conduit à une longue et violente altercation avec Pie IV, Philippe II affirmant qu'il était du droit de l'Inquisition, et non de Rome, de juger les prélats de l'Église⁵⁰. L'empereur maintenait en outre une forte emprise sur

47. D. de Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, Francfort, Nicolai Baffaei, 1573, p. 251.

48. *Ibid.*, p. 207.

49. B. Jeanne, « Les Etats pontificaux face à Philippe II, marge ou centre alternative de la Monarchie catholique ? Retour sur les fondements juridiques, politiques et pragmatiques d'un empire conjoncturel », *Astérian*, n° 10, 2012.

50. J.H. Elliot, *Imperial Spain, 1469-1716*, Penguin Books, 1990, p. 229.

l'institution ecclésiastique de Naples, Sicile et Milan. Suite aux réformes ecclésiastiques engagées par le cardinal Borromée, gouverneur de Milan, de violents conflits de compétence avaient divisé le gouvernement espagnol et l'Église. En 1567 avait éclaté une crise non résolue par la nomination en 1571 d'un nouveau gouverneur de Milan, Don Luis de Requesens⁵¹. L'extension des compétences impériales à des domaines théoriquement extérieurs à leurs fonctions était ressortie encore une fois validée de ce nouveau rapport de force.

La source de ces crises à répétition était assez évidente. Les deux autorités revendiquaient chacune des attributions qui se chevauchaient, engendrant ainsi des conflits de compétence. Covarrubias entreprend en conséquence d'étudier précisément les prérogatives du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel pour résoudre conformément au droit ces tensions incessantes.

Il commence par préciser le champ d'exercice des deux pouvoirs en en recherchant l'origine, le mode d'organisation et les fonctions. Il montre qu'ils diffèrent quant à leurs sources : le pouvoir de l'Église découle immédiatement de Dieu, qui l'a donné à Pierre et à ses successeurs⁵², alors que le pouvoir du roi ou empereur lui est transmis par élection de son peuple, ou par succession héréditaire par droit de primogéniture⁵³. Le pape a d'autre part une autorité suprême sur toute la hiérarchie cléricale. Il détient seul le droit de gouverner la république des chrétiens. Le roi, quant à lui, possède aussi l'intégralité du pouvoir politique, mais il délègue certaines fonctions à d'autres acteurs. Les villes, cités ou places fortes sont ainsi gérées par des délégués, qui possèdent une partie du pouvoir de juridiction⁵⁴. La finalité de leurs pouvoirs n'est de même pas similaire. Le pouvoir ecclésial doit protéger l'intégrité du peuple chrétien. La fin visée par le pape est surnaturelle : il doit veiller au salut des âmes qui lui sont

51. J.H. Elliot, *Europe divided, 1559-1598*, Blackwell Publishers, 1968, p. 107.

52. « potestas Ecclesiastica in hoc ab civili et saeculari potestate differt, quod ea non est immediatem penes totam Rempubliam : sed fuit ab ipso Deo Iesu, Petro, ut Principi, et Apostolis caeteris, eorumque successoribus concessa. », Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, *op. cit.*, L. I, c. 1, p. 3.

53. « Nam haec potestas supernaturalis est, in finemque supernaturalem tendit : et ideo iure naturali non potest alicui competere. [...] Reges autem quia ab suis regnis potestatem recipiunt, non est cur ab uno omnes dependant, nec id nature fieri posset commedem. [...] Deum ita genus humanum instituisse, ut ad ordinem, et finem naturalem, potestatem communitati dederit, non uni : in ordine autem ad finem supernaturalem, potestatem uni delegaverit, non communitati. », *Ibid.*

54. « Ex quibus apparet, appellandum esse à delegato ad delegantem, quoties non tota, nec omnis iurisdictiono delegata est, sed eius pars, vel species », Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, *op. cit.*, I, 4, p. 25.

confiées. Le pouvoir séculier doit à l'inverse être orienté vers les biens matériels de ses sujets. Il est chargé de fournir aux hommes tout ce dont ils ont besoin pour vivre, et de protéger leur existence contre les menaces intérieure et extérieure.

En conséquence, « le pouvoir temporel est distinct du pouvoir spirituel »⁵⁵. Les deux autorités ne possèdent pas les mêmes compétences, et ne peuvent se prononcer sur les questions ne relevant pas de leurs prérogatives⁵⁶, en particulier sur les peines infligées par l'autre juridiction⁵⁷. L'Inquisition n'a donc pas compétence pour juger les prélats de Rome. En revanche, tous les citoyens sont redevables devant la juridiction séculière, même le clergé s'il commet une faute de droit commun⁵⁸. Et la justice ecclésiastique ne peut atteindre les laïcs s'ils ne commettent pas d'infraction à sa juridiction. Seule l'hérésie peut constituer un crime⁵⁹.

Une autre des difficultés soulevées par la conjoncture géopolitique de l'époque consistait à savoir si le pape ou l'empereur pouvait revendiquer un pouvoir sur l'ensemble de la Terre, et en particulier sur les peuples amérindiens nouvellement découverts. Le *dominium* conféré par la donation d'Alexandre IV à l'empire espagnol était-il légal ?

Une partie de la question est résolue. Le pape ne pouvant légitimer une juridiction temporelle, il n'est pas autorisé à accorder un *dominium* au souverain. La bulle de donation n'est donc pas conforme au droit. Il ne possède d'autre part aucun attribut lui permettant de se déclarer le maître du monde. Le pape exerce sa juridiction sur la république chrétienne, possède le pouvoir de remettre les péchés,

55. « Temporalis potestas ab spirituali distincta est », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 9, p. 246.

56. C'est pourquoi Covarrubias critique le régime constitutionnel anglais, qui ne sépare pas les deux autorités et altère de ce fait leur conduite : « Qua ratione consuetudo Anglorum, apud quos clerici quicumque, etiam coniugati in sacris constituti coram iudice seculari litigare coguntur super actionibus realibus mixtis, et personalibus tantum, mihi non satis iusta, et rationabilis videtur nisi moderamen aliquod publica institutione ad iustitiae modum obtinuerit : et ideo merito ab iuris Pontificiis professoribus reprobat. » (*Quaestionum Practicarum*, *op. cit.*, I, 31, p. 205).

57. « Tunc plane non poterit iudex ecclesiasticus, laici bona propria capere autoritate, nec ipsius condemnati personam ad rei iudicare executionem, imo potius auxilium iudicis secularis ad hunc executionem inuocare. », Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, *op. cit.*, I, 4, p. 54.

58. « non posse iudicem Ecclesiasticum in carcerem proprium mittere, nec capere laicum pro criminis alicuius punitione, quae ad ipsum pertineat, excepto haeresis crimine. », *ibid.*

59. In causis criminalibus, « cum in civilibus clerici coniugati non sint exempti ab iurisdictione iudicis saecularis. », *ibid.*, I, 31, p. 207.

d'excommunier, de prêcher les Évangiles, mais pas de punir les infidèles, ni de légitimer la mise sous tutelle de certains peuples⁶⁰. L'empereur n'est pas plus autorisé à réclamer un droit de juridiction et de protection sur tous les peuples⁶¹. En effet, ce pouvoir ne pourrait venir que du droit divin, du droit naturel ou du droit humain⁶². Le droit divin est transmis directement par Dieu au pape, et par le droit naturel Dieu a confié l'autorité politique à la communauté, qui le transmet au roi élu. Les peuples n'ayant pas conjointement élu l'empereur, il ne possède pas de juridiction sur l'ensemble de la Terre⁶³. Personne ne peut contester aux peuples leur droit d'élire un prince et de s'y soumettre⁶⁴. L'histoire permet à Covarrubias de justifier sa thèse. Même dans le cas de l'empire romain, dit-il, les innombrables nations rassemblées restaient libres et n'étaient pas aliénées à l'empire⁶⁵. L'empire romain n'exerçait en outre pas une juridiction universelle, puisqu'il coexistait avec la puissance perse.

C. La théorisation covarrubienne du pouvoir séculier

L'entrée dans la première modernité est marquée par la territorialisation progressive de l'autorité politique et les divisions au sein des royaumes, qui conduisent les théoriciens à repréciser la nature et l'étendue du pouvoir monarchique. Luther avait défendu au début du XVI^e siècle une conception absolutiste du pouvoir, seule capable selon lui de remédier à la perversion irrémédiable de l'humanité

60. « Ius habet summus Pontifex praedicandi legem Evangelicam, non tamen iurisdictionem nec spiritualem, nec temporalem : nisi ea ex parte, qua earum usus necessarius sit, ne Christianae religionis iniuria ab infidelibus fiat. », *ibid.*, c. 38, p. 242. Covarrubias parvient à la même conclusion que Vitoria (*Leçons sur les Indiens, op. cit.*, p. 58), mais il est plus explicite sur les attributions du pape.

61. « His tamen, ni fallor, probatur conclusio, qua constanter afferimus, imperatorem non esse totius mundi dominum etiam quo ad iurisdictionem et protectionem. », *ibid.*, p. 251 ; « Imperator, utcumque sit legitime electus, et per summum Pontificem confirmationis corona insignitus, nec quo ad dominium, nec quo ad iurisdictionem, aut protectionem, totius orbis dominus est. », *ibid.*, I, 37, p. 234.

62. Covarrubias ne développe pas complètement ce point, qui avait déjà été exhaustivement traité par Vitoria (*Leçons sur les Indiens, op. cit.*, p. 38-45), dont il considère certainement les résultats comme acquis.

63. « Etenim si Imperator quo ad iurisdictionem dominus est totius et universi orbis id non alia ratione contingit, quam quod haec potestas à nature ipsa, vel lege divina, aut humana, vel à Christi vicario, maximoque Pontifice tradita fuerit. Nullum autem ius ex his Caesari, aut Imperatori universi orbis iurisdictionem tribuit igitur. Imperator non est totius orbis dominus. », *ibid.*, II, 37, p. 236.

64. *Ibid.*, p. 228.

65. « Quasi expressim in ibi concessum sit, esse in orbe innumeras nationes, quae liberae sint à Romanorum, et Caesarum Imperio, et iurisdictione, protectioneque. », *ibid.*, p. 235.

consécutive au Pêché en contraignant les hommes à faire le bien ⁶⁶. Les auteurs de la seconde scolastique, qui défendaient l'idée d'un exercice du pouvoir conforme au bien de la république, s'étaient violemment opposés à cette thèse ⁶⁷. Ils soutenaient à l'inverse que la raison restait l'opérateur central de la praxis humaine, et que les hommes tissaient naturellement des relations avec leurs semblables. Dieu n'a pas, selon eux, directement transmis le pouvoir politique au prince, mais l'a donné au peuple, qui le transfère à la personne du monarque. La société civile n'est en conséquence pas une création du pouvoir ; l'inverse serait bien plutôt vrai, ce qui oblige le prince à rendre compte du mandat qui lui est confié à son peuple.

Conformément à la tradition de son ordre, Covarrubias considère que l'homme est social par nature. Dieu lui a donné la faculté de se conserver et de résister aux forces contraires à sa vie, mais il ne peut l'exercer qu'en vivant avec ses semblables. Parce qu'ils ne peuvent se protéger s'ils restent épars à la surface de la Terre, leur instinct les pousse à vivre ensemble et à constituer des sociétés civiles ⁶⁸. À l'origine, tous les biens étaient communs ⁶⁹. Mais la multiplication des peuples a rendu nécessaire d'ériger des *dominii* et de partager les territoires. La société humaine ne peut se conserver sans une structure gouvernementale qui l'organise, se porte garante de sa protection et préserve le respect de l'ordre public. Elle doit donc instaurer une institution politique. Covarrubias reprend la thèse de la translation du pouvoir, commune aux auteurs de la seconde scolastique : c'est au peuple que Dieu a donné le pouvoir politique, qui choisit librement de le transmettre au roi qui lui convient ⁷⁰. Par la raison naturelle, le

66. M. Luther, « De l'autorité temporelle et des limites de l'obéissance qu'on lui doit », *Oeuvres*, Genève, Labor et Fides, 1958, tome 4, p. 31.

67. F. de Vitoria, *De la loi* (trad. G. Demelemestre), Cerf, 2013, p. 58.

68. « Etenim aucore Aristoteles, *Pol. lib. 1, c.2*. Homo animal est omni ape, omnique animanti gregali civilius : atque ideo est homo natura ipsa sociale animal longem magis, quam apes, formicae, grues, et eiusmodi genera, quae gregatim aluntur, gregatimque se tuentur. At cum Deus ipse per naturam dederit rebus singulis facultatem se conservandi, suisque resistendi contrariis, quantum ad incolumitatem salutis, nec homines facultatem hanc exequi dispersi potuissent, instinctus eisdem adjectus est gregatim vivendi, societatemque civilem constituendi. », Covarrubias, *Quaestionum practicarum, op. cit.*, I, 1, p. 2.

69. À l'origine, « omnia erant communia. Sed postea conueniens fuit fieri dominiorum distinctionem lege humana, idque ratione naturali factum fuisse ex eo apparet, quod utili valde Reipublicae sit. », Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 11, p. 274.

70. « Civilis etenim potestas naturae, et Dei ordinatio est, ad humanum conuictum, et humani generis conservationem necessaria omnino. Nam etiamsi Respublicae et populi ius habuerint naturali ratione creandi principes, et reges, quia tamen hoc fecerunt divinitus eruditi, publica haec ac civilis potestas, Dei ordinatio dicitur. [...] Haec tamen intelligenda sunt in hoc quidem sensu, quod civilis potestas ab Deo procedat mediate, quippe quae ab ipsamet

peuple institue des princes et des rois. Le pouvoir civil réside par le droit de nature et des gens dans la communauté, qui se choisit par élection ou consensus un gouverneur. Ce dernier détient donc son pouvoir médiatement de Dieu par l'intercession de son peuple.

Mais Covarrubias est plus précis que ses prédécesseurs sur la question de la dépendance du prince envers ses mandants. Il avance que le pouvoir politique a initialement son origine dans le peuple, qui le transmet volontairement au monarque ⁷¹. Le détenteur du pouvoir doit être élu par son peuple, soit directement, soit par transmission de droit de primogéniture ⁷². Si le peuple ne constitue pas immédiatement ou médiatement l'autorité en place, celle-ci est tyrannique et ne doit pas être obéie ⁷³. La république possède donc, par l'instruction tirée de la lumière naturelle d'origine divine, la capacité de détenir le pouvoir civil, qu'elle transfère au roi, aux dignitaires et autres magistrats qui érigeront le régime de la république ⁷⁴ : « A la vérité, les rois et les princes ont à l'origine été créés par les suffrages des peuples du monde » ⁷⁵. L'institution politique dépend du droit de nature et des gens possédés par le peuple et du pacte qui s'instaure entre lui et son gouverneur ⁷⁶. Covarrubias renforce sa thèse en étudiant l'histoire de

Republica mediante lege naturae, electione, aut consensu populorum constituatur.», Covarrubias, *Quaestionum practicarum, op. cit.*, I, 1, p. 6.

71. Il avance ici une position qui sera approfondie par la suite par les monarchomques, tel Théodore de Bèze qui, dans son ouvrage *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, 1574, défend la thèse selon laquelle c'est le peuple qui établit le souverain, et qu'il détient le droit de le renverser s'il ne respecte par les devoirs de sa charge.

72. Covarrubias prend l'exemple de la Castille : « In Castellana republicae, tota civilis potestas et iuridictio penes ipsum solum regem est, ab eoque derivatur in alios. Hoc plane cuilibet manifestum erit, si diligenti usus collectione perceperit ex proxime traditis civilem potestatem et iuridictionem, quae iure ipso naturalis et gentium penes rempublicam, id est, apud ipsam populorum, et hominum societatem, existit, in hoc regni Castellani principatu, vel expresso, vel tacito reipublicae totius consensu ab initio electione deinde observatissima ab octingentis annis consuetudines gentilitiae successionis, ac primogenii iure translatae esse. Sed et legibus regis haec eadem conclusio constat. » (*Variarum Resolutionum, op. cit.*, III, 4, p. 498).

73. « Huius vero civilis societatis, et Reipublicae rector ab alio quam ab ipsamet Republica constitui non potest iustem, et absque tyrannide. Si quidem ab ipso Deo constitutus non est, nec electus cuilibet civili societati immediatam Rex, aut princeps. », Covarrubias, *Quaestionum practicarum, op. cit.*, L. I, c.1, p. 6.

74. « Caeteris vero gentibus Deus ipse ab ipso naturae iure liberam fecisse videtur potestatem sibi Principes, Reges, et magistratus constituendi. Ergo quaelibet Respublica divinitus naturae lumine erudita civilem potestatem, quam habet, potest, et debet alium, vel alios transferre, qui Regum, Principum, Consulium, aut aliorum magistratuum titulis ipsius communis regimen suscipiant. », *ibid.*, p. 3.

75. « Reges vero et Principes ab origine mundi populorum suffragiis creabantur. », *ibid.*, p. 4.

76. « Temporalis potestas, civilisque iuridictionio, tota, et suprema, penes ipsam Republicam est : idcirco is erit Principis temporalis, omnibusque superior Reipublicae

la société romaine et en montrant que l'empereur romain lui-même détenait son pouvoir impérial par translation de celle du peuple romain, qui l'instituait dans ses fonctions ⁷⁷.

Une fois désignés, les rois portent la responsabilité suprême du gouvernement de la république. Leur élection leur confère une autorité supérieure à toutes les autres magistratures publiques. Ils sont au service de leur peuple, doivent répondre à ses besoins, le protéger en repoussant les puissances extérieures qui veulent lui nuire et en exerçant un pouvoir coercitif sur ceux qui se comportent mal ⁷⁸. Pour ce faire, ils possèdent l'intégralité du pouvoir temporel et de la compétence de juridiction civile. C'est à eux que revient le droit de légiférer, et de décider s'ils veulent déléguer des fonctions politiques ou exercer seuls le pouvoir ⁷⁹. Mais là encore, Covarrubias précise que le pouvoir politique doit certes être suprême pour pouvoir s'exercer sans être concurrencé par d'autres puissances, qu'il dispose bien d'une liberté d'action, mais que cette dernière n'est en aucun cas une licence. Le roi fait les lois dans l'intérêt de la république, il consulte les affaires publiques et délibère sur la meilleure façon de les traiter ; dans le cas contraire, il est un tyran et perd son autorité ⁸⁰.

Covarrubias fait en outre remarquer que la diversité des tâches incombant au pouvoir politique justifie un partage des compétences au sein de la république ⁸¹. Il est conforme à la raison que le prince

regimen habiturus, qui ab eadem Republica fuerit electus, et constitutus, quod ex natura rei iure ipso gentium, et natura constat, nisi humanus ipse conuictus pactione aliud induxerit. », *ibid.*, p. 2.

77. « Ego vero etsi nequaquam contendam, hanc huius nominis, et appellationis rationem veram esse : cum et Augusti tempore non de Rege, (nomen enim istud maximo erat odio apud Romanos) sed de uno Principe constituendo ageretur : attamen opinor legem à populo Romano latam fuisse, tunc de hac potestatis et Imperii translatione : ac posse eam legem Regiam dici, quod ea lata fuerit de uno Principe in Romana Republica designando : ut olim Reges ab ipso populo constituebantur. », *ibid.*, p. 4.

78. « Hujus conclusionis nos obiter meminimus in *Regul. Peccatum, II, 6*, eiusque probatio ex eo constat, quod [temporalis potestates] ab ipsa natura homines ita constituti sunt : ut nisi humanus intellectus caecutiât plane percipiant lumine naturali, in quavis hominum civili societate, quae ad tutelam generis humani conducit omnino, constituendum esse necessario gubernationem quemdam, penes quem sit illius societatis regimen et cura : eumque posse ab alio, quam ab ipsa societate constitui. », *ibid.*, p. 2.

79. Le roi possède la « tota civilis potestas, reipublicae iurisdictio, in ferendis legibus, in mero, ac misto Imperio denique exercenda. », *ibid.*

80. Il faut en effet différencier « cuncta libera, et absoluta voluntate, ac libidine acturus » (*Ibid.*, p. 6) : la première est propre au roi, la seconde au tyran.

81. Covarrubias ne reprend pas les dénominations espagnoles des très diverses magistratures alors en exercice en Espagne, mais sa distinction des différents niveaux de juridiction indique qu'il raisonne sur la base d'un Etat pluriel, comme l'Espagne de son temps. Les quatre provinces de Castille, d'Aragon, de Catalogne et de Valence avaient des patrimoines séparés, gouvernés par des législations distinctes. Leur structure politique

n'exerce pas seul les fonctions gouvernementales. Covarrubias distingue en effet au sein de la république trois formes de *dominium*, qui confèrent à ses acteurs le pouvoir, le droit et la faculté de faire un usage propre des objets qui leur sont soumis. La première est le *dominium* de droit universel, relatif aux intérêts de la république dans son ensemble, qui est détenu par le prince. Le deuxième est le *dominium* de juridiction et de protection détenu par une localité territoriale, comme les villes, les châteaux, les places fortes et les provinces. Le troisième est le *dominium* particulier qui ne relève que des personnes privées⁸².

Covarrubias est l'un des premiers à distinguer juridiquement ce qui relève du domaine public et ce qui appartient en propre au *dominium* privé. Le pouvoir n'a pas autorité sur l'ensemble des secteurs de la république ; certains relèvent de la stricte sphère privée. Il précise ce point important en prenant l'exemple du droit de pâture. Personne n'a de *dominium* sur les pâturages publics⁸³. Les villes, les cités, les châteaux et les oppidums possèdent tous un pâturage public pour leurs besoins pratiques, mais personne n'y a de droit particulier : son utilisation relève de l'intérêt général, comme de nourrir les bêtes de la ville, et il leur est attribué⁸⁴. En revanche, les agriculteurs ont, en tant que personnes privées, un *dominium* privé sur leurs terres⁸⁵. Ils

était étagée. Le roi figurait bien au sommet de la pyramide, mais les seigneurs, comtes et barons avaient droit de juridiction sur leurs vassaux, avec une forte présence du pouvoir seigneurial et un ensemble d'autres corps possédant des privilèges. Il existait des cités libres et des villes sous juridiction noble ou ecclésiastique. Chaque région avait ses administrations. Pour la Castille, le Conseil de Castille était la magistrature la plus puissante, mais les municipalités avaient aussi leur Conseil (Conseil des *regidores*), qui avaient des fonctions administratives et judiciaires. Les *corregidores* faisaient le lien entre elles et le gouvernement central. Voir J.H. Elliot, *Imperial Spain*, *op. cit.*, p. 84 et s.

82. « Sunt quidem distinguenda tria dominia, quorum quodlibet ab altero differt : dominium iurisdictionis ; dominium locorum pertinentium ad universitatem iure universitatis ; dominium particulare, quod pertinet privatis personis. Dominium iurisdictionis et protectionis, personae eam iurisdictionem habenti cohaeret. » *Le dominium locorum* « pertinentium ad universitatem, est dominium ipsius universitatis, quod poteste contingere absque iurisdictione circa alicuius castri, civitatis, et provinciae territorium, et eius terminos. » Mais ils n'ont pas de droit sur ce qui revient au « domino particulari privatorum, qui possunt habere intra hoc dominium universale, dominium particulare agrorum », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 10, p. 246.

83. « Illud sanè prae caeteris est observandum, quod dominus alicuius civitatis, villae, vel castri habens in his locis iurisdictionem civilem, etiam et criminalem, nullum habet ex hoc iure dominium in pascuis publicis illius territorii intra quod iurisdictione utitur, et uti potest. », Covarrubias, *Quaestionum practicarum*, *op. cit.*, I, 37, p. 244.

84. *Ibid.*, p. 250.

85. « Qui iure absque ullo privilegio potest esse privatus. Ergo herba est istius domini, cuius est ille ager. Conducunt et ad hoc omnes leges probantes, omnes fructus non tantum industriales et civiles, sed et naturales ad dominum agri pertinere, de quibus alias tractavimus. », *ibid.*, p. 246

détiennent à leur endroit une maîtrise totale, qui n'autorise aucune revendication extérieure. Ils ont le droit d'en disposer comme ils l'entendent, en y faisant paître leurs animaux, en cultivant des fruits et des légumes, ou en produisant du vin, et cette maîtrise est exclusive. Les autres membres de la république n'ont pas le droit d'utiliser leurs terres, d'user de ses ressources, ni d'en récolter les produits ⁸⁶.

Concernant l'administration de la république, le prince détient un *dominium* absolu sur l'ensemble des sujets concernant la république dans sa globalité. Son pouvoir se traduit par des mesures générales appliquées sur tout le territoire. Mais il prend ses décisions entouré de la Chancellerie royale et du Conseil du roi, qui le conseillent et travaillent en relais avec les Conseils des autres grandes municipalités.

D'autre part, l'administration des localités ne relève pas de son *dominium*. Les villes, places fortes ou provinces possèdent en effet un *dominium* local qui leur confère un droit propre de juridiction. Il leur permet d'instaurer des magistratures, un ordre de droit et de subvenir en partie à leurs besoins ⁸⁷. L'empereur est théoriquement chargé de composer leurs autorités locales administrative et judiciaire, mais s'il n'y pourvoit pas, les populations ont le droit de les instituer par elles-mêmes ⁸⁸. Certaines sont des membres de la noblesse, d'autres prennent la forme de comices ou d'assemblées ⁸⁹. Ces communes assez autonomes disposent aussi d'un collège de Magistrats (*collegium Decurionum*) formé de membres élus confirmés par le roi, qui exerce

86. « Igitur eo tempore, quo privatus aependentes habet fructus, vel vites, aliasque arbores, quibus nocet animalium pastus, non licet cuis quam in eum agrum animalia mittere ad pascendum. », *ibid.*, p. 247.

87. « Certum est, totam civilem potestatem et iurisdictionem apud Regem esse, ab eoque in singulis totius regni civitatibus, villis, castris et oppidis exercendam fore [...]. Secundo hinc apparet, posse in his Castellae regnis iurisdictionem alicui nobili competere, et ab eo in aliquo territorio, aut villa, vel oppido exerceri speciali iure, privilegiis videlicet ab Principe concessi, vel praescriptionis iuxta leges Regias vim et auctoritatem obtinentis. [...] Tertio deducitur inde, posse ab Rege speciali privilegio et titulo iurisdictionem, merum, ac mistum imperium alicui concedi in aliqua civitate, villa, vel oppido, aut territorio exercendum. », *ibid.*, I, 1, p. 8.

88. « Quod si Rex ipse negligeret, aut omitteret, iudices, et magistratus in civitates, aut populo mittere, ac destinare, tunc sanè donec rex iudices ordinarios mittat, populus ipse, eiusque nomine decurionum collegium iudices poterit eodem lodo constituere, ac creare. », *ibid.*

89. « Tertio deducitur inde, posse à Rege speciali privilegio, et titulo iurisdictionem, merum, ac mistum imperium alicui concedi in aliqua civitate, villa, vel oppido aut territorio exercendum. [...] Sic sanè vulgo dicimus, hoc castrum habet iurisdictionem : cum nulli communitati, aut civitati subditum est, quodad primam causarum criminalium, et civilium cognitionem : tametsi haec ipsa iurisdictione exercenda sit per Regium praefectum, aut sanè per aliquem nobilem, Ducem, Comitem, aut Marchionem, qui eiusdem loci dominus sit. », *ibid.*, I, 1, p. 8-9.

l'administration et l'exécution de la justice ordinaire et des affaires publiques de la commune ⁹⁰.

III. La doctrine covarrubienne du *ius gentium*

Une inséparable dualité traverse l'émergence des États-nations européens. La territorialisation du pouvoir, adjointe à une meilleure organisation des institutions politiques et de leur action sur la société, apparaît conjointement à la résurgence des conflits entre puissances européennes. Les conflits récurrents entre l'Espagne et la France, ceux qui traversaient l'Italie, divisée entre les colonies espagnoles, les possessions pontificales, les villes-cité et les potentats italiens, la question des dominions des terres du sud comme Alger ou Grenade, les territoires germaniques écartelés entre les princes protestants et catholiques, divisés entre les sujets restés fidèles à l'empereur et au pape et les réformés, les Pays-Bas espagnols contestant la tutelle impériale et déclenchant un conflit qui gagnera tout le nord de l'Europe et ne sera résolu qu'avec les traités de Westphalie de 1648 : sur tout le xvi^e siècle, la guerre est concomitante à la genèse des États européens.

L'omniprésence des conflits sur la scène européenne permet de comprendre pourquoi la guerre figure comme un thème central de réflexion chez les auteurs de la seconde scolastique espagnole. La juste guerre peut être comprise comme une forme du pouvoir coercitif visant à imposer le respect, par chaque État, du *ius gentium*. Aucune puissance ne surplombant celle des nations, la violation des règles propres à l'humanité répartie en nations par un État justifie l'entrée en guerre des autres contre lui. Le développement de la diplomatie permanente est l'une des nouveautés politiques de la Renaissance, qui permettait de résoudre certains conflits larvés et de gagner une meilleure connaissance des intentions des autres nations ⁹¹. Lorsqu'un différend ne se résout pas par la voie diplomatique, le conflit devient inévitable. Mais l'état de guerre ne signifie pas la mise entre parenthèse de toute règle de droit. Une partie essentielle des travaux des théologiens et juristes de la seconde scolastique consiste très précisément à dégager les normes encadrant l'entrée et la tenue des guerres.

90. « Rerum publicarum quietem satis idonei erant administrationi, et executioni iustitiae iudices ordinarii ab ipso Decurionum collegio electi ad Regis confirmationem. », *ibid.*, p. 23.

91. A.D. Ortiz, *The Golden Age of Spain, 1516-1659*, Basic Books Inc. publishers, 1971, p. 43.

Comme nous allons le voir, Covarrubias ne figure pas comme un initiateur ou un novateur, dans l'analyse du *ius gentium* sollicité par la guerre ; il ressort plutôt comme celui qui approfondit et formalise plus précisément les distinctions opérées par ses prédécesseurs. En revanche, on lui doit d'avoir dégagé la branche du *ius gentium* spécifiquement dévolue à tous les types de contrats pouvant unir les hommes, sur laquelle nous reviendrons brièvement.

A. Les sujets et la finalité du *ius gentium*

Covarrubias rend compte de la formation des nations par la sociabilité naturelle des hommes. Les hommes sont naturellement des êtres sociaux. Le droit naturel les conduit à prendre soin les uns des autres et à contracter entre eux pour subvenir à leurs besoins. Cependant, au XVI^e siècle, la référence au droit naturel a perdu son sens univoque. Certains théoriciens, comme Connan, soutiennent que les animaux n'ont pas part au droit naturel parce qu'il n'y a de droit que pour ceux qui peuvent le revendiquer, ce que ne savent faire les animaux, qui ne parlent pas et n'ont pas accès à la raison⁹². D'autres, comme Vitoria, maintiennent, conformément à la tradition, que le droit naturel est commun aux animaux et aux hommes⁹³. Covarrubias remarque pour sa part que la faculté rationnelle des hommes doit nécessairement changer l'appréhension de cette normativité naturelle. Il pose en conséquence une différence dans la façon dont elle dirige les animaux et les hommes. Il maintient que le droit naturel régit l'ensemble du règne des vivants. Matériellement, il est commun à tous les êtres vivants. Mais formellement, il n'appartient qu'aux hommes, parce qu'il sollicite la raison et qu'eux seuls

92. « Iam videamus num aliter et fortasse uerius hac de re dici possit. Nam multa sunt in istis quae partim falsa videantur esse, partim sunt ad explicandum difficillima : quod absurdum existimetur bestias hominibus societate iuris coniungere, quia nonnulla habeant eius et in gignendo et in educando simulachra. Nam ista ratione oportebat eas facere et pietatis et disciplinae et omnis denique ; virtutis participes, cum earum rerum similitudinem quandam habeant, et mea quidem sententia maiorem, quam iuris et iustitia. [...] Ad bestiarum inter se, aut cum homine ipsis nulla vitae societas esse potest, neque iuris igitur nulla communio. [...] At hominum coniunctio ut seruetur, oratione fuit opus. Quapropter Tullius huius hominum consociationis magnus et necessarium vinculum esse dicit orationem, quae docendo, dicendo, communicando, discrepando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali societate. », F. Connan, *Commentariorum iuris civilis tomus prior et posterior*, Paris, J. Kerver, 1553, L. I, VI, f^o 17-18.

93. F. de Vitoria, *De Iustitia. Commentarium in Secunda Secundae, qq. 57-61 (1535)*, in *Comentarios del Maestro Francisco de Vitoria a la Secunda Secundae de Santo Tomas* (V. Beltran de Heredia éd.), vol. IV, tome 3, Salamanque, Biblioteca de Teologos Espanoles, 1945, q. 57, a. 2, p. 11.

peuvent en dégager rationnellement les principes⁹⁴. Les animaux suivent les préceptes naturels par instinct et inclination naturelle, tandis que les hommes les suivent par la lumière naturelle de la raison⁹⁵. Ainsi, les premiers s'accouplent par instinct, alors que les seconds encadrent la relation conjugale par une législation appropriée⁹⁶. Formellement, il n'y a de droit naturel que pour les hommes car eux seuls savent ce qu'est une norme.

Pour Covarrubias, le droit des gens a été inventé par les hommes du fait de l'incomplétude du droit naturel. Comme Domingo de Soto, il remarque que ce dernier ne régule que ce qui est de l'ordre du nécessaire, et que les autres ordres de réalité, comme ce qui relève des besoins ou de l'utilité, lui échappent⁹⁷. Ce pour quoi il a été besoin de créer un autre droit, le *ius gentium*, spécifiquement dévolu aux intérêts des hommes et des peuples. En corrigeant Vitoria, qui remplace dans la définition du *ius gentium* donnée par Gaius *homines par gentes*⁹⁸, Covarrubias reprend d'abord textuellement le jurisconsulte romain, en disant qu'il s'agit d'un ensemble de normes dégagées par la raison naturelle et reconnues par consensus par tous les hommes, à quoi il rajoute qu'elles ont été déduites et instituées au fil du temps en fonction de leurs besoins⁹⁹. La répartition en nations s'effectuant

94. « Nihilominus idem Cardinal (Torquemada) [...] respondet, ius naturale quodad rationem iuris, brutis minime convenire, sed procedere ab natura speciali, quae est ipsa ratio : sed ius naturale quantum ad actus etiam brutis competere : et sic, ut ipsius verbis utar, ius naturale formaliter sumptum, id est, quoad rationem hominibus tantum convenit : materialiter vero, id est, quoad actus, etiam brutis commune est : scilicet quoad maris et foeminae coniunctionem, filiorum educationem, et similia ; atque ita interpretatur *dicto loco 1, et ius natuale* ut tandem Deus ius naturale materialiter omnia animalia etiam bruta docuerit : formaliter tamen ipsos homines tantum : quibus rationis cognitio tradita est. », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, II, 11, p. 275.

95. *Ibid.*, p. 274.

96. Covarrubias la détaille dans son *Epitome de Matrimonio*, Francfort, 1573. Voir E. Ruiz-Galvez Priego, *Statut socio-juridique de la femme en Espagne au XVI^e siècle. Une étude sur le mariage chrétien faite d'après l'épître De matrimonio de Diego de Covarrubias y Leyva, la législation royale et les moralistes*, Didier Erudition, 1990.

97. D. de Soto, *De iustitia et iure*, Lyon, Bartholomé Honoratum, 1582, L. III, q. 1, a. 3, f^o 70.

98. « On appelle droit des gens ce que la raison a établi entre tous les peuples (gentes). », F. de Vitoria, *Leçons sur les Indiens*, *op. cit.*, p. 82.

99. « Et tamen ius gentium naturale quidem dicitur, dum id non alia ratione ab naturali distinguitur quam quod illud omnibus animantibus etiam brutis conveniat, hoc solis sit hominibus commune. Unde deducitur hoc ius gentium hominibus, et sic animantibus ratione praeditis naturale esse. Idem apparet evidentius auctoritate Caii iurisconsulti *in l. omnes populi, de iustitia et iure*. Quod vero, inquit, naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes homines peraeque custoditur, vocaturque ius gentium : quasi quo iure omnes gentes utuntur. Eadem verba Iustitiani, inquit : quae sunt iuris gentium naturalis ratio dictat : puta ex propinquo habentia aequitatem : inde est quod non indigent aliqua speciali institutione, sed ipsa naturalis ratio eam instituit. », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, p. 282.

pour des raisons pratiques d'utilité, elle n'altère pas cette union juridique entre les hommes, de sorte qu'ils restent liés par le *ius gentium* par delà leur inscription dans une nation particulière. L'humanité vivant répartie au sein de communautés distinctes, le *ius gentium* est aussi nécessairement utilisé par toutes les nations. Une partie du droit des gens s'exerce en conséquence dans le champ des relations entre les nations. Mais en ré-axant le droit des gens sur les hommes, Covarrubias dégage aussi une autre sphère de pertinence de la notion, que l'on ne retrouve pas chez les théoriciens antérieurs du *ius gentium* : il dégage un droit propre aux relations privées des hommes distinct de l'ordre juridique des États particuliers ¹⁰⁰.

Covarrubias avance une seconde raison à l'invention du droit des gens, qui le rapproche de théoriciens tels Alfonso de Valdés et Juan Luis Vives, concevant la genèse de la société politique comme une conséquence du péché, le pouvoir politique et le droit devant servir à faire cesser l'anarchie entre les hommes ¹⁰¹. Covarrubias inscrit le droit naturel dans le temps ; il devient le droit propre à l'humanité avant le péché. De ce fait, il ne peut plus être appliqué *stricto sensu* à cause de la malice des hommes. Avec la Chute, le mal s'est immiscé entre les hommes, des guerres injustes sont nées, et il a été nécessaire d'introduire un autre droit pour contrer ces mauvaises tendances ¹⁰². Il a fallu adjoindre au droit naturel, « per additionem » ¹⁰³, le droit des gens. Ce dernier correspond en conséquence aussi à l'ordre juridique conforme à la seconde nature des hommes, qui oblige à introduire des servitudes absentes du droit naturel. Les hommes sont ainsi tous libres par nature, mais les conflits entre les peuples les ont contraints à légitimer l'emprisonnement ou l'aliénation ¹⁰⁴. Si, pour ses prédécesseurs, une règle du *ius gentium* contredisant le droit naturel ne

100. Nous y reviendrons ci-dessous.

101. J.A. Fernandez-Santamaria, *The state, war and peace*, *op. cit.*, p. 40.

102. « At hinc non sequitur, hodie omnes liberos natura nasci : cum aliis legibus praeter naturales utamur : idque maxime sit utile reipublicae, ad reprimendam hominum maliciam. Nam, ut auctor est Augustinus *in dict. cap. 15 servitus* lege humana iustissime est statuta in poenam peccati, quod bello committitur iniusto », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 11, p. 275.

103. « atque ita per additionem inducitur servitus contra ius naturale », *ibid.*, p. 277. « Ex principiis naturae intelligo ius gentium elici, non quidem absolutem et praecisem, sed naturali ratione adhibita ; quod alibi diligentius tractari potest, id etenim tantum hoc loco admonemus deceptionem in contractu conditionis contingentem, quo casu ea sit naturali rationi contraria, et commutativae iustitiae deroget ; atque ideo injustum efficiat contractum, nullo pacto divi posse iure gentium, vel inductam vel probatam fuisse ; unde illa interpretation, qua verbum illud naturaliter, sic explicatur ac si dictum fuerit gentium iure probari nequit. », Covarrubias, *Variarum Resolutionum*, *op. cit.*, L. III, cap. 4, p. 306.

104. Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 11, p. 280.

pouvait être considérée comme valide, Covarrubias avance qu'un autre critère doit être ajouté avant de la disqualifier, celui de sa signification au regard de comportements humains et internationaux injustement belliqueux. Seule la droite raison peut juger de son bien-fondé. Malgré son apparente contradiction avec le droit naturel, Covarrubias défend la thèse selon laquelle le droit des gens ne s'oppose pas au droit naturel, mais qu'il le complète. Il constitue une adaptation du contenu normatif à une réalité imparfaite¹⁰⁵. Le droit des gens a précisément pour fonction d'introduire de l'ordre au sein de situations où l'irrationalité pourrait l'emporter sur la règle juste.

Cette fonction permet à Covarrubias de résoudre l'ambiguïté que la tradition avait maintenue relativement à la nature du *ius gentium*, tantôt rapproché du droit naturel, tantôt relié au droit positif¹⁰⁶. Vitoria n'avait pas tranché la question, en soulignant dans certains textes sa naturalité, et dans d'autres sa positivité¹⁰⁷. Covarrubias soutient à l'inverse qu'il ne peut être que positif, parce que les peuples l'ont créé pour une fin déterminée, qui est de répondre à leurs différents besoins et à leur utilité. Il n'est pas absolu, comme le droit naturel, mais relatif à ce qui convient au lien entre les hommes¹⁰⁸. Le *ius gentium*, que Covarrubias dénomme aussi « droit de la société

105. « Servitutum institutam esse contra primam naturae intentionem : quia natura prima intentione tendit ad perfectiora : at servitutum esse secundum naturam iuxta eius secundam intentionem. Natura etenim prima intentione intendit, ut quis sit bonus : eius vero secunda intentio est, quod si quis non fuerit bonus, sed malus, ipsiusque legis naturalis rationem pravis moribus contempserit, puniatur quidem. Si servitus secundum naturam instituta est ad puniendum peccantem ; et licet iure naturae non sit in specie haec poena definita, sed in genere : ius gentium, et humanum potius ex secunda naturae intentione definire poenam istam servitutis in hac specie. », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 11, p. 276.

106. Pour Gaius, le *ius gentium* s'identifie au *ius naturale* compris comme relevant strictement de la nature humaine (Gaius, *Dig.*, 1, 1, § 9), alors qu'Ulpien l'oppose au droit naturel (Institutes, I, 2). Dans le *Traité des lois* (*Somme de théologie*, I^a-II^{ae}, q. 90-108), Thomas d'Aquin place le droit des gens au sein du droit humain, comme le droit positif, alors que le *Traité du droit* (*Somme de théologie* II^a-II^{ae}, q. 57-80), il note que le droit des gens peut être décrit comme naturel relativement à ses conséquences.

107. Dans sa *Leçon sur les Indiens*, *op. cit.*, Vitoria dit que la liberté de mouvement issue du droit des gens découle du « droit naturel de société et de communication » ; le droit des gens « est du droit naturel ou dérivé du droit naturel » (*Leçon sur les Indiens...*, § 161, p. 82). Mais dans ses *Commentarium in Secunda Secundae*, qq. 57-61, *op. cit.*, il précise (q. 57, a. 3, p. 12) que le droit des gens « n'est pas équitable *per se*, mais par un décret humain rationnellement établi » ; c'est pourquoi il « doit plutôt être intégré au droit positif qu'au droit naturel ».

108. « Unde ius naturale auctore Thoma ab iure gentium distinguitur, quod procedit ab naturali ratione non absoluta, sed quae alterius utilitatem vel quod conueniens sit respiciat. », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, p. 282. « Hoc pertinet quod Thomas [...] distinguit ius gentium, quod quidem ratione naturali hominibus tantum competit, et id quidem naturale esse asseverat, non secundum absolutam sui considerationem, sed secundum quid, id est, ut est conueniens et utile humani conuictui. » *Ibid.*, p. 180.

humaine »¹⁰⁹, comprend l'ensemble des normes qui unissent juridiquement les hommes. Il correspond plus précisément encore à l'ordre des hommes « qui veulent vivre conformément à la raison »¹¹⁰. Il institue, régule et protège les relations entre les membres des différents peuples et entre les nations. Les divers biens ont ainsi fait l'objet de convoitises communes qui ont engendré des conflits ; pour préserver la paix sociale, il a été nécessaire d'introduire le *dominium*, puis de réguler les échanges par la vente, la location et l'usufruit. De même, l'*hubris* a provoqué des guerres injustes, ce qui a nécessité de les encadrer par le droit et d'inventer la servitude et la manumission¹¹¹.

L'opérateur central de ce droit est la « droite raison », ou la « raison naturelle », qui est l'attribut propre de l'humanité. En fonction de leurs besoins ou de leur convenance, tous les peuples sont en mesure de reconnaître les normes qu'ils doivent se donner pour instaurer un ordre dans les relations interhumaines et internationales. Ces règles communes sont inscrites dans l'histoire. Elles sont progressivement dégagées par la raison, et adoptées par consensus entre tous les peuples¹¹². En conséquence, aucun homme ne peut en être exclu. Au XVI^e siècle, il existait plusieurs communautés inclusives dont on pouvait être exclu. On pouvait être banni de son royaume, et ne plus bénéficier de sa protection juridique, de même qu'on pouvait être excommunié, exclu de la communauté chrétienne, et craindre pour le salut de son âme. Mais on ne peut exclure de la communauté humaine aucun homme, par définition. Les hérétiques et les Gentils font ainsi aussi nécessairement partie de cette communauté de droit, ce qui leur confère les mêmes droits et obligations que n'importe quel individu ou peuple¹¹³.

109. « iure humanae societatis », *ibid.*, II, 9, p. 222.

110. « Idem Ulpianus sicut, et Justinianus probat, ubi Theophilus id partius explicat scribens, ius gentium esse, quo omnes homines, aut saltem hi, qui ratione volunt vivere, utuntur. », *ibid.*

111. « Nam si quis perpendat exempla et casus, qui per iurisconsultos sub *titu. de iust. et iur.* iuri gentium tribuuntur, plane fatebitur ea non esse iuris naturalis, sed humani, nec procedere necessario ab primis iuris naturalis principiis in universum, nec frequentius : tametsi ab ratione propter Reipublicae utilitatem vario temporum successu deducantur et instituantur, vel instituta sint fere omnium hominum consensu. Bella etenim non sunt iuris naturalis, nec manumissiones, nec servitutes, nec dominiorum distinctio, nec venditiones, aut locationes, quae omnia iurisconsulti iuri gentium tribuenda esse palam responderunt. », *ibid.*, II, 11, p. 272. Remarquons qu'étant donnée la place centrale du *ius gentium* dans les relations interhumaines, il aurait semblé pour le moins incongru à Covarrubias de le réserver aux seuls Etats.

112. « Ius gentium derivatur ab iure naturali, commune omnium gentium consensu constitutum est » *Ibid.*, p. 283.

113. Covarrubias, *Reguale Peccatum, op. cit.*, II, 10, p. 252.

B. Typologie de la guerre juste

La première branche du *ius gentium* régule les relations entre les nations dans les situations ordinaire et extraordinaire. En situation de paix, les souverains sont tenus de respecter leurs engagements et de veiller à la préservation de la paix intérieure et extérieure. L'état de guerre, abordé par Covarrubias suivant la tradition de la guerre juste, résulte d'une atteinte à l'intégrité d'un État, à la paix nationale ou internationale, ou au bien de l'humanité. En reprenant les sources classiques, Vitoria avait déjà montré que la guerre n'était pas interdite par la loi de l'Évangile¹¹⁴ ; Covarrubias ne revient pas sur la question de sa licéité. Il l'aborde de même sous le versant classique de la guerre juste. Chaque conflit met aux prises un adversaire ayant le droit avec lui et un autre qui le viole dans une de ses dimensions. La guerre est justifiable en raison, permettant l'identification de celui qui est en tort face au droit et que la violence doit contraindre à respecter¹¹⁵.

L'apport de Covarrubias au thème de la guerre apparaît dans la typologie qu'il en propose et dans son analyse. Il précise pour commencer que la guerre ne rentre pas dans la catégorie des conflits interhumains. Les rixes privées, les querelles entre factions ou les oppositions au sein de la population n'appartiennent pas au registre de la guerre¹¹⁶. Elle oppose deux ou plusieurs nations, et ne peut être déclarée que par le détenteur légitime du pouvoir. Puis il formalise précisément les circonstances de guerre. Il distingue trois catégories de guerres justes : les guerre défensive, vindicative, ou punitive¹¹⁷. La forme classique de guerre défensive est celle menée en réponse à une agression extérieure, lorsqu'une nation est attaquée par une autre puissance publique. Une nation peut aussi engager des combats relevant de l'état de guerre contre ceux qui commettent des homicides, des vols ou des crimes, tels les pirates ou les brigands¹¹⁸.

114. Vitoria, *Leçons sur les Indiens*, *op. cit.*, p. 113-115.

115. C. Nadeau, J. Saada, *Guerre juste, guerre injuste. Histoire, théories et critiques*, PUF, 2009, p. 20.

116. « Igitur praecipue ad belli iustitiam primo necessaria est auctoritas Principis, qui bellum indicere possit. [...] Habet autem ius indicendi bellum Princeps, qui superiorem neminem habet in eius principatu. », Covarrubias, *Regulae Peccatum*, *op. cit.*, II, 9, p. 225.

117. « Caeterum, ut rationem iusti belli in summa habeamus, observandum est, bellum esse vel defensivum, vel vindicativum, vel punitivum. », *ibid.*, II, 10, p. 256.

118. « Adhuc etenim modum repraesaliae quotidie permittuntur, ut si qua ex gente latrones, aut piratae, vel quicunque alii homicidia, rapinas aliave scelera perpetraverint, iniuriam damnumue intulerint. », *ibid.*, p. 223-224.

La guerre vindicative, deuxième forme de guerre juste, ne peut avoir lieu qu'entre puissances publiques¹¹⁹. Elle traduit une revendication de droits qui n'ont pas été honorés. Elle correspond aux guerres que les nations déclenchent contre une autre puissance pour faire respecter les termes d'un accord, d'un traité ou d'une concession. Comme il n'existe pas de puissance supérieure à celle des princes, personne ne peut les contraindre à tenir leurs engagements. Lorsqu'ils n'honorent pas leur parole, seule la guerre peut les y obliger. La guerre vindicative est entreprise en vue de reprendre des biens acquis par la violence par des ennemis, de regagner des territoires dont la nation avait le *dominium* et qui lui ont été injustement enlevés, ou de garder un droit de passage sur certains territoires et qui lui a été supprimé¹²⁰. Sa finalité est de faire respecter les différents engagements juridiques pris par les souverains les uns envers les autres. Cette forme de guerre est assez clairement comprise par Covarrubias comme un moyen d'imposer le respect du droit des gens et d'assurer la stabilité mondiale. Si l'on ne peut totalement s'en remettre à la bonne foi du prince pour ne pas violer les termes de ses traités, on peut du moins espérer que la crainte d'une guerre constituera une menace suffisante pour l'y obliger.

Quant à la guerre punitive, Covarrubias précise qu'elle n'est pas à proprement parler une guerre, parce qu'elle est menée par l'autorité publique contre des personnes privées qui refusent d'obéir ou qui s'insurgent contre elle¹²¹. Ce type d'usage de la violence publique se justifie par l'importance et la gravité des désordres publics occasionnés par les citoyens qui ne reconnaissent pas la république comme unique source de commandement. On comprend bien à quoi Covarrubias fait référence, dans une Europe à feu et à sang, où les divisions confessionnelles morcèlent les royaumes en mettant en concurrence plusieurs formes d'autorité, et où les potentats locaux jouaient de leur puissance pour faire valoir leurs prétentions. Il réaffirme pourtant la spécificité exclusive du pouvoir détenu par le prince par l'autorité du peuple, seul habilité à s'exercer légitimement. Ceux qui refusent

119. *Ibid.*, p. 256.

120. « Quinta etiam ex ratione iniuriae illatae traditus iusta belli causa, cum quis alium impedit, ne per aliquam provinciam transeat, etiam propriam impediens, modo transitus ille innoxius futurus sit. [...] Nam cum transitus innoxius, qui iure humanae societatis debetur, negatus fuerit, iuste neganti bellum infertur. », *ibid.*, p. 222.

121. « Tertia proponitur belli causa, contumacia seu rebellio iniquè recusantis Imperium, cum subditi adversus Principem insurgunt, nec volunt ei obedire, et si fuerint ab illo saepe admoniti. », *ibid.*, p. 220 ; « Punitivum vero proprie bellum non est, cum id ad executionem Iurisdictionis, et Imperiis pertineat contra subditos. », *ibid.*, p. 256.

d'obéir au détenteur légitime de la puissance publique portent atteinte au bien collectif de la république, ils ne commettent pas simplement un délit, mais un crime. Contre ceux qui refusent de reconnaître la force contraignante de la loi, il n'est d'autre ressource que le conflit armé chargé d'imposer le respect de l'ordre national.

Il ressort de cette typologie que la différence de religion, l'agrandissement du territoire national, la gloire personnelle ou l'intérêt du prince, sont exclus des causes légitimes de guerre¹²². Ni le pape ni l'empereur n'ont le droit de déclarer la guerre à un peuple pour cause d'hérésie ou de paganisme¹²³. Rien ne légitime l'invasion des terres amérindiennes, ni la poursuite des croisades contre la puissance turque. Il n'est pas non plus permis aux princes de revendiquer des terres habitées par des infidèles qui n'ont jamais été sous *dominium* chrétien. Ces derniers sont en effet membres de l'humanité, et Dieu a permis à toute créature rationnelle d'avoir un *dominium* sur les choses par le *ius gentium*. L'objet de la croyance religieuse ne peut retirer aux hommes leur *dominium*, qui est de droit humain¹²⁴. Tous les peuples possèdent la maîtrise de leurs territoires s'ils l'ont acquis légitimement, quels que soient leur foi et leurs mœurs¹²⁵. Les Turcs, les Gentils et les Sarrazins sont liés aux peuples chrétiens par le droit des gens comme les autres nations. Ils sont en conséquence tenus aux mêmes droits et devoirs, et donc obligés de respecter leur parole, les conventions et les engagements pris¹²⁶. Et s'il est une critique de Covarrubias à l'encontre de ces peuples, ce n'est précisément pas à

122. *Ibid.*, p. 120-121.

123. « Caeterum non est hic praetermittendum, an Imperator Christianorum, iure valeat bellum indicere infidelibus, ex eo quod eidem totius orbis domino, et omnium in profanis et temporalibus Principi parere recusant. » Covarrubias, *Reguale Peccatum, op. cit.*, p. 226.

124. « Ergo ex eo solum quod Saraceni sint, et infideles, non geretur iustem adversus eos bellum. Item hoc probatur : nam infidelitas non privat infideles dominio, quod habent iure humano, vel habuerunt ante legem Evangelicam in provinciis et regnis, quae obtinent. », *ibid.*, II, 10, p. 252.

125. « Contra infideles qui retinent terras quae numquam fuerunt in dominio Christianorum, non licet Papae nec infidelibus quidem indicere bellum. [...] Principatus inquit (Innoc.), possessiones et dominia rerum possunt esse penes infideles. Ipse enim Deus creator omnium et universorum ab initio omnia subiecit rationali creaturae. Et haec furerunt donec iure gentium distincta fuerunt dominia rerum. Itaque quae ab initio in nullius bones fuerunt, concessa sunt occupandi. [...] Super homines autem nullus ante ius gentium habet dominium. », Covarrubias, *Clementinae, si furiosis, de homicidio. Relectio cap. Quamvis pactum, de pactis, op. cit.*, p. 752.

126. « et sane controversiam istam existimamus distinctione quadam dirimi omnino posse. Siquidem fides iuxta duplicem sensum hac in parte conventionibus accedere poterit. Aut etenim adfumitur pro fide humana, quam et Gentiles, Turci, ac Saraceni servare tenentur iure naturali gentium : item pro fide nobilitatis, quae eam significant fidem, quam nobiles prae caeteris in humanis conventionibus praestare solent, et debent. », *ibid.*, p. 42.

l'égard de leur différence confessionnelle, mais de leur manquement au respect des règles du droit des gens, dont ils font bien peu de cas alors qu'ils les partagent théoriquement avec les autres nations ¹²⁷.

D'autres circonstances sont données qui justifient le droit de guerre pour des raisons confessionnelles, qui peuvent cependant être rattachées aux trois formes générales distinguées. Comme le permet la guerre vindicative, le prince peut légitimement faire la guerre aux infidèles qui occupent des provinces anciennement sous juridiction et sous *dominium* chrétiens ¹²⁸. Il est aussi légitime de mener des guerres punitives contre les infidèles qui persécutent les chrétiens ¹²⁹, ou contre ceux qui, sujets d'un royaume chrétien, refusent d'obéir à ses lois ¹³⁰, comme c'est le cas pour n'importe quel sujet attentant à la vie de ses semblables ou refusant d'obéir à sa puissance publique. Mais si le prince peut légitimement combattre les hérétiques qui refusent d'obéir à sa juridiction, il ne peut attaquer ceux qui ne relèvent pas de sa juridiction, ni ceux qui ne sont pas sujets d'un prince chrétien. Les guerres contre les infidèles relèvent donc plus généralement du droit de guerre classique, sans marquer d'exceptions ou de cas particuliers.

C. La branche contractualiste du *ius gentium* au fondement de la société humaine

La seconde branche du *ius gentium* prend en charge les différentes formes de contrats par lesquels les hommes peuvent s'unir, et sans lesquels la société humaine ne pourrait pas s'établir. Covarrubias mentionne les tutelles, les associations, la fiducie, les mandats, ventes, locations, contrats de louage et achats, soit toutes les situations où il est besoin d'un outil juridique pour encadrer les relations humaines, comme dans le cas des échanges commerciaux, des transferts de biens ou de la formation de communautés associatives, caritatives ou

127. « Ego sane video maximam esse discriminis causam inter bella Romanorum, et ea, quae Christiani adversus infideles, qui nos undique impetunt, gerimus. Quorum quidem infidelium aggressiones, non possunt aliqua ex parte esse licitae : nec itidem defensiones : cum provincias Christiani nominis tyrannice et perfide, ac crudeliter occupaverit. Quamobrem nisi aliud lege humana statutum in specie sit, opinor erga Christianos captos ab Turcis, vel Saracenis non esse servandas leges Romanorum, quae de captivis apud hostes loquuntur ; nec esse necessarias fictiones legis Corneliae et postliminii : quamvis in his quae possint in favorem cedere captivorum, aequissimum sit, imo omni ex parte iustum, easdem leges servari. Nec enim reipub. Christianae convenit, praeter ipsam captivitatis afflictionem, damnum aliud, aut detrimentum Christianis apud Saracenos, aut Turcas captivis irrogari. », Covarrubias, *Regulae Peccatum, op. cit.*, II, 11, p. 288.

128. *Ibid.*, II, 10, p. 255.

129. *Ibid.*

130. *Ibid.*, p. 256.

autres. La formalisation de ces interactions par le droit est essentielle à la vie sociale, parce qu'elle permet de stabiliser les relations humaines, de les assurer en en certifiant la légalité. En encadrant les différentes formes d'échanges entre les hommes, la branche contractualiste du *ius gentium* constitue la source des liens humains les plus forts et les plus importants dont la société a nécessairement besoin pour pouvoir s'établir et se développer¹³¹.

Ces échanges régulés par le droit sont une manifestation de la liberté humaine. De même que les hommes sont libres de disposer librement des biens dont ils ont le *dominium*, ou d'en autoriser l'*usus* par quelqu'un d'autre, par exemple, de même relève-t-il de leur liberté d'attester leur volonté de transmettre leurs biens à un héritier par testament, ou d'en faire l'usage qu'ils désirent¹³². La capacité d'user de ses biens suivant le libre arbitre et de garantir une modification de *dominium* par la voie contractualiste ouverte par le *ius gentium* doit être reconnue comme un des moteurs de la vie sociale, ce que confirme le fait que la faculté de contracter ne s'oppose pas au droit naturel. Comme elle appartient à l'homme en tant que tel, et non seulement à l'homme en tant qu'il habite au sein d'une nation particulière, cette branche du *ius gentium* a autorité sur le droit civil particulier.

Une autre raison expliquant pourquoi les hommes peuvent encadrer leurs échanges par la branche contractualiste du *ius gentium* sans passer par leur législation nationale est qu'ils ne résident pas forcément toujours au sein de leur nation d'origine, ou qu'ils ne s'associent pas obligatoirement avec des membres de leur république¹³³. Pour

131. « Et profecto id in causa fuit, quod hi contractus, qui nominatim ab iurisconsultis bonae fidei consentur, magis quam alii essent ad humanum conuictum, et societatem necessarii : sine quibus humana societas consistere nequit. [...] fideique bonae nomen (inquit Cicero *de offic.*) Scaevola existimabat manare latissime : idque de versari in tutelis, associationes societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur. », Covarrubias, *Clementinae, si furiosis, de homicidio. Relectio cap. Quamvis pactum, de pactis, op. cit.*, p. 451.

132. « libertas testandi hominibus iure gentium, et naturali competit, quibus probatur, militem iure gentium absque solemnitatibus iuris civilis testantem, posse etiam deportatum libere instituere haeredem. Ad idem facit naturalis ratio, quae dictat, cuilibet licitum esse et permissum libere de propriis rebus disponere. Nam si iure gentium libera testandi facultas delata est, ea et iure naturali competit. », Covarrubias, *Variarum resolutionum*, L. III, cap. 6, p. 306.

133. « Quia nemo potest in testamento suo cavere garantire, ne leges in eo locum habeant, sed universae leges variationem testamentiis usque ad ultimum vitae finem concedunt. Juris gentium concedentis liberam facultatem deambulandi in voluntate usque ad extremum vitae terminum irrita, ac invalida iudicari debet. Quod neque privilegio Principis ita restari quis potest, ut leges suo testament locum non habeant ; nequit Princeps sine justa causa testandi facultatem tollere. », Covarrubias, *In quartum Decretalium librum epitome. Item in tit. De Testamentis et Constitutione Bonicadii VIII*, Lyon, Haeredes Jacobi Juntae, 1558, L. I, f° 214.

couvrir le vaste champ des relations que peuvent entretenir les hommes, il est besoin d'un droit indépendant des législations civiles particulières. Dans le cas des testaments, par exemple, si la législation en vigueur était celle relative à la nationalité du testateur, les personnes résidant à l'étranger, soumises à une autre législation civile, ne pourraient pas transmettre leurs biens à leurs proches sous une forme légale assurée. Il faut donc reconnaître que l'origine du droit de succession est le *ius gentium*, même s'il s'exprime dans la forme du droit civil¹³⁴. Le prince ne peut pas interdire ces contrats, ni les invalider s'ils sont légalement accomplis¹³⁵. La liberté de mouvement assurée par le *ius gentium* justifie une législation universelle prenant en compte le fait que les hommes contractent sans dépendre du droit civil local, et dont la supériorité normative a en outre valeur contraignante pour les législateurs nationaux.

Gaëlle DEMELEMESTRE
Chargée de recherche,
Institut d'Histoire de la Pensée Classique (UMR 5037)

134. « ubi probat, testamentum origine esse iuris gentium, sed in forma iuris civilis », *ibid.*, L. I, c. 2, § 3.

135. Pour une comparaison avec la façon dont l'humanisme historiciste aborde cette question, voir X. Prévost, *Jacques Cujas (1522-1590), Jurisconsulte humaniste*, Genève, Droz, 2015.

