

Le traité international comme figure du contrat

Le jeu de l'honneur sous les contrats
dans la doctrine du droit des gens

par Gregory LEWKOWICZ

En 1898, le juriste T. E. Holland écrivait que « le droit des gens n'est rien d'autre que le droit privé "écrit grand". Il est l'application à des communautés politiques des idées juridiques qui furent originalement appliquées aux relations entre individus »¹. La formule ramasse en quelques mots une conception largement partagée. Elle est d'ailleurs supportée pas plusieurs études sur les emprunts du droit international public au droit privé² ou, plus généralement, au droit romain³. En ce sens, l'analogie entre le traité international et le contrat de droit privé n'a rien de surprenant. Elle constitue même un cas d'application d'une méthode bien à propos, voire nécessaire⁴, pour compléter les règles du système international jugées « sous-développées » par des dispositions empruntées à une branche du droit plus affermie tel que le droit des contrats. Aussi, dans une réflexion sur le contrat, il peut paraître surprenant de s'intéresser à la copie plutôt qu'à l'original en espérant trouver dans la première des éléments intéressants pour repenser le second.

1. « The Law of Nations is but private law "writ large". It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to relations between individuals ». HOLLAND, T.E., *Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1898, p. 152.

2. Voir surtout LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies in International Law : with Special Reference to International Arbitration*, London, Longmans, Green & co., 1927.

3. Voir *inter alia* LESSAFFER, R., « Argument from Roman Law in Current International Law », *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 25 et s.

4. Sur la nécessité pour le droit international public d'emprunter des règles à d'autres branches du droit, voir en particulier le plaidoyer de Lauterpacht dans LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in the International Community*, New York, Garland, 1973, spécialement p. 431 et s.

Dans cette contribution, nous avons toutefois fait le pari qu'une analyse de la réflexion des auteurs du droit des gens sur la force obligatoire des traités était susceptible d'apporter quelques lumières sur la philosophie du contrat. En effet, pour la philosophie politique et juridique, le traité international n'est pas une figure du contrat parmi d'autres. Il en constitue, comme nous nous attacherons à le montrer dans un premier temps, une figure éminente. La réflexion des auteurs du droit des gens à son sujet conduit également directement aux limites des théories de l'obligation contractuelle. Dès le XVII^e siècle, le traité international est en effet l'exemple même d'un contrat qui, à première vue, lie par sa seule force, sans garantie extérieure. La curiosité de ce phénomène oblige aussi les auteurs du droit des gens à développer une théorie de l'obligation contractuelle empruntant des voies inhabituelles. Alors que nous avons été habitués à penser que la modernité s'accompagnait d'un passage du statut au contrat¹ et de la logique de l'honneur à celle de l'intérêt, les auteurs du droit des gens nous invitent, comme nous l'analysons dans un deuxième temps, à repenser le jeu de l'honneur sous les contrats en trouvant dans le premier la véritable source du caractère obligatoire des seconds. Pourquoi finalement ne pas envisager, en lieu et place d'une logique de remplacement de la loi de l'honneur par la loi civile, une logique de superposition où l'honneur et la réputation continuent de jouer leur rôle sous les contrats et à l'ombre de la loi. Tel est du moins l'invitation lancée au lecteur dans cette contribution.

□ 1 LE TRAITÉ INTERNATIONAL COMME FIGURE ÉMINENTE DU CONTRAT

Concevoir le traité international comme une figure éminente du contrat suppose de prendre quelques distances avec la formule de T. E. Holland. On a en effet beaucoup glosé sur le caractère fondamentalement analogique des représentations modernes des relations internationales² et du droit international³. On a toutefois moins souvent mesuré à quel point l'idée d'un état de nature interindividuelle tendanciellement guerrier puisait sa source dans le spectacle très concret des relations entre Souverains et mis en exergue le parti d'un pan important de la philosophie politique et juridique d'imaginer l'individu comme un État en petit avant de penser l'État comme un individu en grand. En toute hypothèse, un tel pas de côté serait pourtant justifié.

L'historien de la philosophie Richard Tuck nous rappelle ainsi, dans un ouvrage consacré aux droits de la guerre et de la paix, que l'œuvre de Grotius a, la première, organisée le transfert du *ius gladii* depuis le magistrat civil vers

1. Voir la contribution de Jean-François Kervégan dans le présent volume.
2. Voir *inter alia* SUGANAMI, H., *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
3. Avec notamment les thèses relatives à la primitivité du droit international. Voir sur ce point VIRALLY, M., « Sur la prétendue "primitivité" du droit international » in VIRALLY, M., *Le droit international en devenir : essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, coll. « IJHEI », 1990, p. 91-101.

les individus¹. On mesure mal aujourd'hui la curiosité d'une telle opération par laquelle un droit appartenant traditionnellement aux communautés politiques, ou au mieux au *pater familias*, se voit conférer à toute personne. Toutefois, lorsque John Locke procède, plus tardivement, à la même opération, il ne peut s'empêcher d'admettre qu'il s'agit bien là d'une « doctrine très étrange »². Si l'on en juge par sa généralisation dans la philosophie moderne, et aussi étrange soit-elle, cette opération semble pourtant nécessaire au développement d'une conception résolument moderne de l'individu. L'assimilation de l'individu et de la figure du Souverain constitue en effet le chemin suivi par la philosophie pour définir les conditions modernes de l'autonomie du sujet. Plus que toute autre branche de la philosophie, la doctrine du droit naturel moderne porte les traces de l'avènement de ce sujet hissé à la hauteur du Souverain.

Ce rapprochement nécessaire entre l'individu et le souverain n'est nullement aussi évident que chez Hobbes et, singulièrement, dans sa conception de l'état de nature. En raison des présupposés philosophiques de sa démarche, la définition la plus complète possible de la notion d'état de nature constitue, pour l'ensemble de sa théorie du droit naturel, un objectif fondamental. Cette notion commande en effet l'ensemble des développements de l'œuvre. Aussi, compte tenu du caractère particulièrement original de sa conception des rapports interindividuels naturels, Hobbes se devait-il de répondre à ses détracteurs qui lui reprochaient notamment d'avoir surestimé la peur comme moteur de l'action des individus dans leurs relations préciviles. C'est à cette fin que Hobbes est contraint d'invoquer, à plusieurs occasions dans son œuvre, des manifestations empiriques de l'état de guerre généralisé que sa conception de l'état de nature, aussi hypothétique soit-elle, suppose. On sait à quel point la référence à la situation des Amérindiens a été importante dans l'élaboration moderne d'une conception sécularisée de la nature humaine³ et Hobbes mentionne, lui également, la situation en Amérique pour rendre plus vraisemblable sa conception particulière de l'état de nature⁴. Toutefois, l'argument le plus probant⁵, qui se construit progressivement dans l'œuvre du philosophe, procède directement de la comparaison entre les rapports interindividuels et les relations entre Souverains. Dans une formule du *Leviathan* présente dans toutes les éditions, Hobbes indique en effet que :

1. TUCK, R., *The Rights of War and Peace : Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 81 et s.
2. LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, II. 9.
3. Voir *inter alia* PAGDEN, A., *The Fall of Natural Man : The American Indians and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Iberian and Latin American Studies », 1986.
4. HOBBS, TH., *Leviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, trad. TRUCAUD, F., Paris, Sirey, 1971, p. 125.
5. La nature probante de l'argument ressort, *a contrario*, du soin que met, par exemple, un auteur comme Pufendorf à démontrer, contre Hobbes, que l'état des sociétés civiles dans leurs relations mutuelles n'est pas un état de guerre. De cela, il tire la conclusion que l'état de nature interindividuel ne peut se concevoir, lui non plus, comme un état de guerre. Voir PUFENDORE, S., *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, trad. BARBEYRAC, J., Amsterdam, H. Schelte, 1706, L. I. I, chap. 2.

« même s'il n'y avait jamais eu aucun temps où les particuliers fussent en état de guerre les uns contre les autres, cependant à tous moments les rois et les personnes qui détiennent l'autorité souveraine sont à cause de leur indépendance dans une continuelle suspicion, et dans la situation et la posture des gladiateurs, leurs armes pointées, les yeux de chacun fixés sur l'autre »¹.

Cette comparaison est loin d'être l'expression d'un argument facile. Au contraire, Hobbes a, au fil de ses travaux, progressivement construit les conditions de cette comparaison en révisant notamment sa théorie du droit des gens de 1620 à 1651 afin de faire coïncider le droit des gens et le droit naturel. Ainsi, en 1620, les « *Discours of Laws* » dans les *Horae Subsecivae* reprennent encore la distinction tripartite classique issue du *Digest* entre droit naturel, droit des gens et droit civil. Cette tripartition ne convient toutefois pas à Hobbes en ce qu'elle tend à soumettre les individus et les nations à des règles différentes. Aussi, Hobbes est-il conduit à revoir son cadre théorique afin d'assimiler le droit des gens au droit naturel. David Armitage a bien montré comment progressivement, avec les *Elements of Law* en 1640 puis le *De Cive* en 1642 et enfin le *Leviathan* en 1651, Hobbes finit par identifier purement et simplement le droit des gens au droit naturel². Cette absorption du droit des gens par le droit naturel est la modification technique qui permet à Hobbes de construire de manière cohérente l'interchangeabilité, *mutatis mutandis*, de la figure du Souverain et de celle de l'individu.

Particulièrement saillante et construite chez Hobbes, les exemples de cette assimilation de l'individu et du Souverain pourraient être multipliés. Il n'est toutefois guère besoin de proposer ici une étude systématique des chassés croisés entre sujet et Souverain qui s'opèrent dans la philosophie moderne. Pour notre propos, il nous suffit en effet de souligner cette tendance de la philosophie moderne à envisager l'individu comme un État en petit avant de penser l'État comme un individu en grand. Prendre cette manœuvre en considération conduit forcément à relativiser le caractère unilatéral de la fameuse « *analogie domestique* » à laquelle les penseurs modernes auraient eu recours pour penser les relations internationales. L'état de nature est au moins autant l'image peu réaliste d'une société où chaque individu est supposé revêtir les habits et les capacités des communautés politiques que la description hypothétique des relations préciviles entre les hommes qui se superposent adéquatement aux rapports interétatiques. Il reste que les relations interétatiques sont le seul exemple empirique sérieux avancé par les auteurs modernes pour nous montrer ce que ce serait qu'un état de nature véritable. Dans le même sens, on serait fondé à dire que c'est seulement lorsque les États se mettent à contracter qu'ils nous donnent l'image de ce que serait une société véritablement fondée sur des contrats. Pour ce motif, le traité international est concep-

1. HOBBS, TH., *Leviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, trad. TRICAUD, F., Paris, Sirey, 1971, p. 126.

2. Voir sur cette évolution ARMITAGE, D., « Hobbes and the Foundations of Modern International Thought » in BRETT, A., TULLY, J., *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 219-235.

tuellement, du moins pour la philosophie, une figure éminente du contrat. Il est en effet la réalisation empirique de la figure la plus pure du contrat que la philosophie puisse envisager : un contrat dont la force obligatoire ne semble provenir que de lui-même. Aussi, si on a pu dire de manière générale que les rapports internationaux constituent « *une manière de test pour la philosophie politique trop souvent restrictivement centrée sur les rapports des citoyens et de leur État* »¹, il est certain que le traité international constitue un banc d'essai particulièrement intéressant pour les conceptions philosophiques du contrat.

□ 2 DU TRAITÉ INTERNATIONAL À LA PHILOSOPHIE DU CONTRAT

Si le traité international est une figure éminente du contrat, il faut bien reconnaître que le corpus philosophique traditionnel ne s'y est pas véritablement intéressé. Il s'agit moins selon nous d'une véritable absence d'intérêt à son sujet que du résultat d'un grand partage opéré progressivement entre, d'une part, les textes qui appartiennent à bon droit au *corpus philosophique* et qui concernent principalement les relations à l'intérieur de l'État et, d'autre part, ceux qui concernent les rapports internationaux qui appartiendraient plutôt à l'histoire doctrinale du droit international ou à l'histoire intellectuelle de la diplomatie². Aussi faut-il prendre le risque de sortir des frontières disciplinaires fixées par la tradition pour trouver les textes pertinents d'une réflexion sur le traité international.

Même en prenant ce risque, encore faut-il choisir les textes les plus appropriés. On ne trouvera en effet pas, ou peu, de réflexions spécifiquement dédiées au traité international avant le XVII^e siècle³. Cette situation s'explique notamment par le fait qu'antérieurement les traités sont juridiquement des contrats

1. BESNIER, J.-M., « Le droit international chez Kant et Hegel », *Archives de philosophie du droit*, t. 32, Sirey, 1987, p. 85.

2. On sait à quel point la tradition fait des choix parmi les auteurs mais également parmi les matières qui appartiennent légitimement, ou non, à la philosophie. Depuis une cinquantaine d'années, plusieurs recherches importantes ont été réalisées sur l'historiographie de la philosophie et sur les choix que les histoires de la philosophie opèrent. Dans cette perspective, il serait fort intéressant et fort à propos en raison du développement actuel de « philosophies des relations internationales » et de « philosophies du droit international » de réaliser une étude sur les modalités historiques de ce grand partage dont nous faisons ici l'hypothèse. Pour les travaux sur l'historiographie, voir *inter alia* BRAUN, L., *Histoire de l'histoire de la philosophie*, Paris, Ophrys, 1973; GUEROUULT, M., *Histoire de l'histoire de la philosophie*, Paris, Aubier, 1983-1988, 3 t.; SANTINELLO, G. et al. (ed.), *Storia delle Storie Generali della Filosofia*, Brescia, La Scuola, puis Roma/Padova, Antenore, 1979-2004, 5 t.

3. Sur ce point, voir LESAFFER, R., « The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law », *Journal of the History of International Law*, vol. 2, 2000, p. 179-198, spéc. p. 185-186. Il faut toutefois noter l'exception du traité de Martinus Garatus Laudensis « *De confederatione, pace et conventionibus principum* » datant du XV^e siècle. Sur ce traité, voir WIFFELS, A., « Martinus Garatus Laudensis on Treaties » in LESAFFER, R. (ed.), *Peace Treaties and International Law in European History : from the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 184 et s.

entre Princes et non entre des entités politiques¹. Ils ressortissent dès lors, si l'on peut s'exprimer ainsi, au régime général du droit des contrats². Au demeurant, et certainement jusqu'au XVII^e siècle, les souverains s'engagent, du point de vue de la pratique de ratification, moins par la signature des traités que par des serments³. Ainsi, à titre d'exemple, le Traité d'Arras de 1482 dispose que les parties « jureront solennellement sur le précieux Corps de Notre Seigneur, sur le fust de la vraie Croix, Canon de la Messe, ou Saints Évangiles ». La raison de cette pratique du serment est simple à concevoir. Depuis le décret Gratien, les parjures sont, *ratione peccati*, sous la juridiction des tribunaux ecclésiastiques et ainsi susceptibles de conduire à l'excommunication. Fidèles en cela à la doctrine de Tomas d'Aquin⁴, ces tribunaux ne sont toutefois pas fondés à demander l'exécution forcée des choses jurées mais peuvent seulement poursuivre la promesse non tenue vis-à-vis de Dieu. Malgré cette limite, cette compétence des tribunaux ecclésiastiques a néanmoins permis à l'Église de jouer longtemps le rôle de garante des serments et donc des traités. Ceux-ci ne sont toutefois pas seulement jurés sur Dieu. Ils peuvent l'être également sur l'honneur ou le code de la chevalerie comme, par exemple, le Traité d'Ancenis de 1468, juré « en bonne foi et Parole de Prince ». Toujours est-il que, sous une forme ou une autre, les traités connaissent jusqu'au XVII^e siècle une garantie, un Tiers gardien des promesses, clairement identifiable.

Ils ne deviennent l'objet d'une réflexion spécifique que suite à l'effondrement progressif de cette sorte d'unité chrétienne, parfois mentionnée dans les traités comme « *Respublica Christiana* » ou « *Res Christiana* », sous l'effet tant de la réforme que de la multiplication des traités avec les infidèles, antérieurement qualifiés, de « *impium foedus* »⁵. La disparition d'un Tiers garant clairement identifiable remet ainsi sur le métier la question de la force par laquelle les traités lient. Celle-ci est d'autant plus préoccupante qu'elle se pose au moment même où les relations contractuelles entre les Souverains se densifient comme en témoigne le développement des grandes collections systématiques des traités dès le milieu du XVII^e siècle⁶. Dans cette remise en cause complète de l'ancien droit des gens, le traité international devient un cas difficile pour la réflexion sur le droit et la doctrine doit élaborer de nouvelles bases pour la théorie des obligations internationales. Aussi, il nous semble que ce sont dans les travaux des auteurs du XVII^e et du XVIII^e siècle que naissent, dans le chef des juristes eux-mêmes, des propositions fondamentales sur ce qui fait, finale-

1. Voir GREWE, W.G., *The Epochs of International Law*, trad. BYERS, M., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2000, p. 360-362.

2. Voir toutefois ce qui est dit dans MERON, T., « The Authority to Make Treaties in the Late Middle Ages », *The American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, p. 1 et s.

3. Voir sur ce point et sur les développements suivants LESSAFFER, R., « The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law », *loc. cit.*

4. Voir D'AQUIN, T., *Somme Théologique*, II, IIae, Q.110.

5. Cette qualification porte sur l'ensemble des traités avec les infidèles à l'exception des traités commerciaux. Sur la question des « *impium foedus* », voir *inter alia* VISMARA, G., *Impium Foedus. Le origini della « Respublica Christiana »*, Milan, Giuffrè, 1974.

6. Voir NUSSBAUM, A., *A Concise History of the Law of Nations*, New York, The Macmillan Co., 1947, p. 139 et s.

ment, qu'un traité lie. Il ne nous revient pas de rendre compte ici de l'ensemble de ces propositions. Nous nous contenterons d'examiner la réponse formulée au sortir du XVII^e siècle par un praticien du droit des gens, Cornelius van Bynkershoek (1673-1743), à la question du fondement du caractère obligatoire des traités et de mettre en évidence son caractère typique dans la littérature sur le droit des gens.

Juge hollandais éminent et juriste prolix, Cornelius van Bynkershoek a contribué de manière importante au développement du droit international, et notamment du droit de la mer et de la neutralité, par la publication d'ouvrages portant sur des questions techniques de droit international¹. L'orientation essentiellement pratique des travaux du juriste hollandais ne favorise pas chez lui l'élaboration d'une théorie générale du droit des gens. Au contraire, en règle générale, van Bynkershoek assume, sans chercher à le démontrer, que le droit des gens est complètement fondé sur le consentement. Selon ses propres termes, il n'y a de droit des gens que celui « basé sur le consentement tacite des participants volontaires »². Aussi, qu'il ait à connaître de questions de droit de la mer dans le *De Domino maris dissertatio* (1702), de questions relatives au droit d'ambassade et aux immunités diplomatiques dans le *De Foro Legatorum* (1721) ou de questions générales de droit public dans le *Quaestionum juris publici libri duo* (1737), c'est toujours à l'aune de la volonté des Souverains que le juriste hollandais entreprend d'examiner les règles du droit des gens. De ce point de vue, il s'inscrit typiquement dans le mouvement de subjectivation des droits qui touche la doctrine majoritaire du droit des gens depuis Grotius³.

En 1737, malgré son peu d'inclination pour les développements strictement théoriques, le juriste hollandais est toutefois contraint de porter ses vues plus loin qu'il n'en a l'habitude devant la question importante, qui préoccupera la doctrine encore longtemps, de la clause *rebus sic stantibus*. Le problème soulevé par cette clause est celui de savoir s'il existe une exception générale tacite à l'obligation de respecter les traités lorsque survient un changement fondamental de circonstances. En l'absence d'une instance impartiale capable d'évaluer l'existence ou non d'un tel changement, le risque de la clause *rebus sic stantibus* – qu'on appellerait sans doute aujourd'hui la théorie de l'imprévision – est de ruiner le droit des traités en admettant, *de jure*, que ceux-ci ne lient qu'aussi longtemps que chaque volonté qui les a fait naître persiste. L'enjeu de la réfutation de cette clause est fondamental pour van Bynkershoek qui y voit un enjeu non seulement doctrinal mais également politique. En effet, il s'agit selon lui, ni plus, ni moins, que de verrouiller les portes du droit des gens au machiavélisme et à la « *ratio status, un monstre à plusieurs têtes auquel presque*

1. Sur la contribution de van Bynkershoek au droit international, voir AKASHI, K., *Cornelius van Bynkershoek : His Role in the History of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.

2. VAN BYNKERSHOEK, C., *De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali liber singularis*, trad. LANG, G.J., Buffalo, William S. Hein & co., 1995, p. 107 (notre traduction).

3. Voir sur ce mouvement, BAUER, D., « The Importance of Medieval Canon Law and the Scholastic Tradition for the Emergence of the Early Modern International Legal Order » in LESSAFFER, R. (ed.), *Peace, Treaties and International Law in European History : from the Late Middle Ages to World War One*, op. cit., p. 198 et s.

aucun prince ne résiste »¹. Contre la contamination du droit des gens par les fausses maximes du chapitre XVIII du *Prince* de Machiavel, van Bynkershoek est ainsi conduit à expliciter les raisons fondamentales pour lesquels les traités lient et pour lesquels les Princes doivent s'empêcher de ruser et, pour reprendre la formule du secrétaire Florentin, « d'user de la bête et de l'homme »².

La première proposition du chapitre dix du deuxième livre de l'ouvrage de 1737 annonce immédiatement la règle générale « *Pacta privatorum tuetur Jus Civile, pacta principum bona fides* » : Les contrats privés sont garantis par le droit civil alors que les traités le sont par la bonne foi³. Il importe de mesurer la portée de la proposition. Il ne s'agit pas d'indiquer simplement que les traités doivent être exécutés de bonne foi. Ceci est vrai également, et le juriste hollandais le sait bien, des contrats en général. La bonne foi a pour le droit des traités très précisément la même fonction que le droit civil pour le droit des contrats. Elle est par conséquent hissée au rang de fondement du caractère obligatoire des traités. Van Bynkershoek poursuit :

« Entre plusieurs nations indépendantes, il n'y a pas de contrainte légale parce que les lois ne s'appliquent pas aux affaires internationales et que la seule source de contrainte réside dans la loi. Mais la bonne foi et l'utilité publique requièrent que les promesses entre les nations soient respectées et à ces deux qualités il faut attribuer autant de force qu'aux obligations avec la plus haute validité. En fait, aucune obligation n'a plus de poids que celle qui repose exclusivement sur l'*animi magnitudine*. Cette vertu orne tous les Princes et leur commande et, si elle s'éteint, il est impossible d'éviter que l'ensemble de l'État tombe dans la désorganisation »⁴.

Autrement dit, si la bonne foi est le fondement du caractère obligatoire des traités, la grandeur d'âme en est la gardienne. Connaisseur des philosophes romains du portique, van Bynkershoek réhabilite ainsi l'ancienne vertu stoïcienne de la *magnitudo animi*⁵ pour fonder la foi des traités. Il faut toutefois être attentif aux inflexions qu'il fait subir à cette vertu. Elle n'apparaît plus ici comme une vertu héroïque liée à la constance et à la force de caractère. Elle est réinterprétée, concession sans doute inconsciente du juriste hollandais à l'esprit florentin, à la lumière de l'opinion et de la réputation. La violation des traités entame, explique van Bynkershoek, la réputation du souverain et « une fois partie, ne revient jamais »⁶. La grandeur d'âme est ainsi largement dépendante

1. VAN BYNKERSHOEK, C., *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, trad. FRANK, T., Buffalo, William S. Hein & co., 1995, p. 190 (notre traduction).
2. MACHIAVEL, N., *Le Prince*, trad. FOURNEL, J.-L., ZANCARINI, J.-C., Paris, PUF, 2000, p. 151.
3. VAN BYNKERSHOEK, C., *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, op. cit., p. 190 (notre traduction).
4. *Ibid.*, p. 191 (notre traduction).
5. On sait à quel point la grandeur d'âme est tenue en estime dans la philosophie stoïcienne. Van Bynkershoek la mentionne ici en évitant soigneusement de faire droit à sa réinterprétation chrétienne. Sur la grandeur d'âme dans la pensée du portique, voir KNOCHÉ, U., « Magnitudo animi. Untersuchungen zu Entstehung und Entwicklung eines römischen Wertgedankens », *Philologus*, Suppl. Bd. 27, 1935, 1-88. Sur la réinterprétation chrétienne de la notion, voir GAUTHIER, R.A., *Magnanimité, l'idéal de la grandeur dans la philosophie païenne et la théologie chrétienne*, Paris, Vrin, 1951.
6. VAN BYNKERSHOEK, C., *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, op. cit., p. 192.

du regard des tiers et, en particulier, de celui des autres Souverains qui tireront, pour le futur, les conséquences d'un Prince qui viole la foi des traités ou, pour reprendre une expression courante dans les traités de droit des gens du XVIII^e siècle, dont la foi ne vaut guère mieux que la « *foi carthaginoise* »¹. Aussi ne faut-il pas lire dans le propos de van Bynkershoek l'expression nouvelle d'une doctrine du for interne. La grandeur d'âme ne se construit pas dans un rapport de soi à soi. Elle est au contraire, selon une réinterprétation à bien des égards typique de la pensée moderne², la résultante plus ou moins stable des regards des tiers. En ce sens, elle rejoint chez le juriste hollandais la notion, aux résonances *a priori* peu modernes, d'honneur.

Une étude plus approfondie montrerait qu'une telle analyse rencontre plus que des échos dans les grands traités du droit des gens rédigés entre le XVII^e et le XIX^e siècle. Tout d'abord, d'un point de vue général, l'assimilation de l'opinion à la garantie ultime du droit est un lieu commun de la littérature du droit des gens. Au XVII^e siècle, Grotius écrit que Dieu a « *délégué deux juges qui interviennent aux choses humaines et que ne peut fuir le plus heureux des coupables : la conscience et l'opinion* »³, deux siècles plus tard Heffter indique encore que « *la loi des nations est privée d'un pouvoir judiciaire mais c'est l'opinion publique qui lui sert d'organe et de régulateur* »⁴. Le caractère exemplaire du propos de van Bynkershoek ne se limite toutefois pas à cette conception générale. Le détail des arguments présentés dans la littérature du droit des gens à l'appui de la foi des traités suit également souvent le mouvement général de l'analyse du juriste hollandais. Pour ne mentionner qu'un exemple particulièrement éloquent, lorsque Vattel aborde, une vingtaine d'années après la publication des « *Quaestionum juris publici libri duo* », la question de la force obligatoire des traités, il retrouve lui aussi le vocabulaire de la *magnitudo animi*, de la gloire et de l'honneur. Positivement, il n'y a pour Vattel rien de si glorieux pour un Prince que « *la réputation d'une fidélité inviolable à sa parole. [...] Cette grandeur d'âme nationale est la source d'une Gloire immortelle; elle fonde la confiance*

1. Voir, *inter alia*, *ibid.*, p. 191 ainsi que BURLAMAQUI, J.J., *Principe du Droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chatelain, 1751, t. 2, p. 138. « La parole royale doit donc être inviolable et sacrée; mais il y a tout lieu de craindre, que si les Princes ne sont pas plus attentifs là-dessus, bientôt cette expression ne dégénère dans un sens tout opposé, et de la même manière qu'anciennement, la Bonne foi carthaginoise se prenait pour la Perfidie ».

2. Un ouvrage reste à écrire sur la réinterprétation proprement moderne de la grandeur d'âme contre laquelle s'insurge, par exemple, un Louis-Antoine Caraccioli en 1762 qui y voit un grave travestissement de la doctrine de l'Église et le signe d'une société guidée seulement par la mode et la poursuite de fins terrestres. Voir CARACCIOLI, L.-A., *La grandeur d'âme*, Liège/Bruxelles, J.F. Bas-sompierre et J. Vandenberghe, 1762. Une telle recherche permettrait notamment de comprendre comment cette réinterprétation a pu constituer les bases d'une éthique sociale totalement séculière. Voir en ce sens SOLOMON, G., « Hume on "Greatness of Soul" », *Hume Studies*, vol. 26, 2000, p. 129-142. Voir également, mais au départ de la question de l'honneur chez Montesquieu, SPECTOR, C., *Montesquieu : Pouvoir, richesse et société*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 2004, p. 37-143.

3. GROTIUS, H., *De la liberté des mers*, trad. COURTIN, A., Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1990, p. 663-664.

4. HEFFTER, A.W., *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin, Verlag von E. H. Schroeder, 1844, § 2 (notre traduction).

des Nations, et devient ainsi un sûr instrument de puissance et de splendeur »¹. Le propos de Vattel reproduit la logique des réflexions de van Bynkershoek. Vattel passe en effet insensiblement de la bonne foi à la grandeur d'âme puis à sa mesure par la réputation. De la sorte, la *magnitudo animi* n'est pas, ici non plus, l'expression d'une force de caractère mais bien celle d'une qualité sociale qui produit des effets pour le futur et est jaugée par le regard extérieur de l'opinion. La violation des traités trouve donc aussi, négativement, sa sanction dans la réputation car, explique Vattel, « l'infamie doit être le partage de quiconque viole la foi »².

Quelles conclusions faut-il tirer de cette remarquable constance de vue des penseurs du droit des gens sur le traité international ? Celui-ci ayant perdu au XVIII^e siècle tout Tiers garant clairement identifiable, ces penseurs se trouvent face à des contrats dont la force obligatoire, à la différence des contrats entre particulier, ne semble pouvoir provenir que d'eux-mêmes. Ils sont ainsi directement confrontés à la question la plus fondamentale de la philosophie du contrat : pourquoi la parole lie-t-elle ? La réponse qu'ils formulent, en analysant le respect des traités et la bonne foi à l'horizon de l'opinion et de l'honneur, nous oblige à prendre nos distances avec certaines représentations trop évidentes du contrat. Résumée en une formule, la leçon des auteurs du droit des gens, analysée ici dans les travaux de van Bynkershoek et de Vattel, est que la parole lie parce que les autres nous observent et plus nous sommes observés, plus nous sommes tenus de la respecter. Aussi, le contrat n'est jamais seulement une relation bilatérale, il suppose toujours un tiers qui, lorsqu'il n'est pas institué, peut aussi bien être décrit sous la forme diffuse de l'opinion.

Dans son traité des délits et des peines, Beccaria nous avait appris que l'honneur disparaissait des sociétés politiques libres parce que « l'autorité des lois rend inutile au citoyen la recherche de l'estime des autres »³. Au mieux, pouvait-il jouer un rôle révolutionnaire dans les monarchies de despotisme limité en remplaçant « pour un moment le sujet dans l'état de nature » et en rappelant « au maître le souvenir de l'ancienne égalité »⁴. En un sens, les auteurs du droit des gens, confrontés à la société internationale, c'est-à-dire, au prototype et au modèle de ce que la pensée moderne a envisagé sous la notion d'état de nature, ne font que corroborer les dires de l'auteur italien. La loi de l'honneur doit bien suppléer l'absence d'une loi civile et conférer au contrat entre Souverains sa force obligatoire. La leçon des auteurs du droit des gens doit toutefois être comprise de manière plus radicale. L'existence d'une loi civile faisant du contrat la loi des parties ne sert que d'arrêt à la réflexion sur la force obligatoire du contrat. Si on cherche à passer au-delà, c'est-à-dire à faire de la philosophie du droit, on peut développer toute sorte de théories de l'obligation contractuelle et l'histoire de la philosophie du contrat nous en offre d'ailleurs de nom-

1. VATTEL, E., *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, L. II, §163.

2. *Ibid.*, L. II, § 220.

3. BECCARIA, C., *Traité des délits et des peines*, trad. MORELLET, A., Philadelphie, 1766, p. 105.

4. *Id.*

breuses¹. Il reste que, au banc d'essai des relations internationales et confrontés au cas difficile des traités, la seule réponse des auteurs du droit des gens est que la force obligatoire du traité, et par extension du contrat, procède ultimement, non pas de la bonne foi², mais de l'honneur et de la réputation. Ils nous invitent ainsi, à rebours d'idées trop évidentes sur l'obligation contractuelle, à envisager le jeu de l'honneur sous les contrats et à repenser le contrat à l'aune de la réputation.

Dans une note de bas de page à son ouvrage désormais classique sur la doctrine de la guerre juste, Peter Haggenmacher indiquait, en relation à la justice au Moyen Âge, que « une étude approfondie, mais combien difficile pour une époque qui ne le ressent plus de la même façon, resterait à faire sur le rôle éminent du sentiment de l'honneur dans les relations politiques et surtout belliqueuses au Moyen Âge et jusque dans les temps modernes »³. À notre connaissance, celle-ci n'a pas encore vu le jour. Toujours est-il que la leçon des auteurs du droit des gens nous indique qu'une telle étude devrait avoir un spectre plus large et comporter un chapitre sur le contrat. Il se pourrait bien en effet que si la parole engage, ce soit toujours aussi – malgré la relativité du droit des contrats – par rapport aux tiers et sur l'honneur. L'honneur et la réputation continuent peut-être de jouer leur rôle sous les contrats et à l'ombre de la loi. Telle pourrait bien être la leçon de la doctrine du droit des gens à tous ceux qui souhaitent repenser le contrat aujourd'hui.

1. Sur l'histoire de la philosophie du contrat voir notamment GORDLEY, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

2. Même si la référence des internationalistes à la bonne foi demeure, encore aujourd'hui, une constante. Voir KOLB, R., *La bonne foi en droit international public*, Paris, PUF, 2000.

3. HAGGENMACHER, P., *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, p. 78, note 115.