

Première partie
Le débat médiéval et ses prolongements à l'époque moderne

1. « *Legatio dicitur officium* »

Nous allons avant tout questionner la nature de la fonction de l'ambassadeur telle qu'elle a été élaborée par la doctrine du *ius commune* médiéval. Ce qui nous intéresse, c'est de comprendre la manière selon laquelle elle a été conceptualisée comme une fonction publique et, par conséquent, a été de plus en plus attirée dans la sphère d'influence du pouvoir public. Cette réflexion, comme nous allons le montrer, a été menée depuis la fin du XII^e siècle en prenant appui sur les notions, tirées des sources justiniennes, d'*officium* et *munus legationis* : c'est pourquoi, nous commencerons par quelques considérations préliminaires consacrées à éclairer leur champ sémantique (§ 1). Après cela, nous analyserons l'emploi que les juristes en ont fait à propos de l'ambassadeur, de la fin du XII^e à la fin du XV^e siècle, en essayant de mettre en lumière le rôle que ces notions ont joué dans l'élaboration du statut juridique de l'ambassadeur, à savoir le statut d'une figure appelée à exercer une fonction publique (§ 2). Enfin, par un bref déplacement à la première époque moderne, nous chercherons à montrer la contribution que la notion d'*officium* a apportée à la définition non seulement du statut juridique de l'ambassadeur, mais aussi de son statut professionnel (§ 3). Sur la base de ce premier examen conceptuel, nous pourrions ainsi en venir, dans le prochain chapitre, à une analyse plus détaillée des différents aspects qui participent à la définition de l'*officium legati*, ainsi qu'à une rapide, mais nécessaire, confrontation de la doctrine juridique avec la pratique diplomatique de l'époque.

1.1 Le champ sémantique d'*officium* et *munus*

Avant de nous arrêter sur les définitions formulées dans notre littérature, où l'ambassade (*legatio*) est désignée comme un *officium* et *munus publicum*, il convient de signaler qu'une telle qualification, adoptée par la doctrine juridique, a fait l'objet d'une critique formulée à plusieurs reprises par Riccardo Fubini qui, dans ses études sur la diplomatie florentine aux XIV^e et XV^e siècles, a reconnu là le « fruit de superpositions éclectiques et arbitraires » ainsi qu'un usage « impropre et ambivalent » du mot *officium*, visant essentiellement l'« élévation et ennoblissement [...] de la fonction

diplomatique » et donc relevant d'un procédé « de nature rhétorique »¹. Par son analyse, Fubini a montré que ce n'est qu'au cours du XV^e siècle que l'on peut parler de la mise en place d'une véritable discipline normative considérant l'activité de l'ambassadeur comme une activité politique à part entière, tout comme ce n'est qu'à la fin de ce siècle que les statuts de cités comme Florence et Venise en viennent à définir l'ambassade comme un *officium*².

Or, l'insistance de la littérature juridique sur l'*officium* et sur le *munus legationis* peut bien sûr être considérée en partie comme un artifice rhétorique contribuant à élever la dignité de l'ambassadeur ; il faut toutefois, à notre avis, souligner en même temps un autre aspect, que Fubini mentionne sans pourtant le développer lorsqu'il observe qu'une telle élévation « répondait à l'exigence de définir, au-delà de typologies maintenant archaïques, la pratique diplomatique courante »³. C'est là à notre avis le point essentiel : les emprunts lexicaux au droit romain relèvent en fait d'une tentative de cerner du point de vue juridico-doctrinal un phénomène perçu comme nouveau dans la vie politique contemporaine, déjà à la fin du XII^e siècle. Analyser ces emprunts et évaluer leurs conséquences signifie moins s'attarder sur des « strictes définitions doctrinales, maintenant figées » et étrangères au domaine « politique »⁴, qu'analyser un dispositif conceptuel en mesure d'attirer la fonction de l'ambassadeur dans la trame doctrinale du *ius commune* et de la doter d'un statut juridique déterminé. Le fait que dans la législation des communes italiennes, même au début du XV^e siècle, l'ambassade ne soit pas qualifiée explicitement d'*officium* et *munus publicum* (et conséquemment, qu'elle ne soit pas encore clairement perçue comme une charge publique) ne fait pas disparaître l'effort mené en cette direction par les juristes, qui bien avant l'intervention des statuts communaux ont cherché à définir la nature publique de l'ambassade. Plutôt, ce que l'on ne doit pas oublier, c'est qu'il s'agit, dans cette réflexion,

1 Voir surtout R. Fubini, « *Diplomazia e governo in Firenze all'avvento dei reggimenti oligarchici* » (1987), in Id., *Quattrocento fiorentino. Politica, diplomazia, cultura*, Pacini, Pisa 1996, p. 32-33.

2 Voir R. Fubini, « *Diplomazia e governo* », op. cit., *passim*, et Id., « *Diplomacy and government in the Italian city-states of the fifteenth century (Florence and Venice)* », in *Politics and Diplomacy. The Structure of Diplomatic Practice, 1450-1800*, ed. by D. Frigo, Cambridge University Press, Cambridge 2000, p. 45-46.

3 Id., « *Diplomazia e governo* », op. cit., p. 32.

4 *Ibidem*.

d'un effort conceptuel, qui doit donc être pris comme tel : à savoir, comme le fruit d'une problématisation et non pas comme le reflet transparent de la réalité de l'époque.

Il semble donc indispensable de préciser le champ sémantique identifié par les notions d'*officium* et *munus*, qui apparaissent largement dans nos sources. Une question en effet se pose, si l'*officium* implique nécessairement l'exercice d'une juridiction : en ce cas la fonction de l'ambassadeur séculier ne pourrait point être qualifiée de cette manière, l'ambassadeur, par sa nature, agissant en dehors de la juridiction de son maître, auprès d'une cour ou d'une république "étrangère"⁵. Il en va tout autrement, on le sait bien, pour les légats pontificaux, titulaires par délégation d'une juridiction qui, au moins du point de vue spirituel, se veut étendue à la Chrétienté toute entière⁶ ; mais une telle définition du mot *officium* – si convenable qu'elle apparaisse lorsque l'on examine la littérature sur les légats apostoliques – rendrait en revanche incompréhensible la démarche des auteurs qui ont écrit au sujet des ambassadeurs séculiers, démarche qu'il serait réducteur de justifier simplement comme une reprise figée du lexique des sources justiniennes.

Le mot *officium* apparaît dans notre littérature à côté de termes qui lui sont contigus du point de vue sémantique – comme *munus* et, plus tard, *ministerium*⁷ – pour désigner la charge d'ambassadeur. Ce que nous voudrions mettre en relief ici, c'est que ces mots sont employés en latin pour

5 C'est l'un des arguments utilisés par Fubini contre la définition de l'ambassade comme *officium*, *ivi*, p. 29.

6 Pour quelques considérations en ce sens sur la diplomatie pontificale, voir *infra*, dans cette partie, chap. 3, § 1.

7 Le mot *ministerium* est employé dans notre littérature pour qualifier l'ambassade seulement à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle. Dante Alighieri, dans la *Monarchia*, pose l'équivalence du *legatus*, du *nuntius* et du *minister*, en les opposant tous au *vicarius* ; il semble pourtant utiliser le mot *minister* dans le but de souligner la faible valeur du *nuntius* (qui n'a aucune autonomie à l'égard de son mandant) par rapport au *vicarius* (qui en revanche est pourvu d'une juridiction) : « Unde sciendum quod aliud est esse vicarium, aliud est esse nuntium sive ministrum [...]. Nam vicarius est cui iurisdictionis cum lege vel cum arbitrio commissum est ; et ideo intra terminos iurisdictionis commissum de lege vel de arbitrio potest agere circa aliquid, quod dominus omnino ignorat. Nuntius autem non potest in quantum nuntius ; sed quemadmodum malleus in sola virtute fabri operatur, sic et nuntius in solo arbitrio eius qui mittit illum » (D. Alighieri, *Monarchia*, a c. di D. Quaglioni, in Id., *Opere*, vol. II, Mondadori, Milano 2014, III.6, p. 1290-1294). Sur la distinction *nuntius-legatus* voir *infra*, dans cette partie, chap. 3, § 2.

traduire le mot grec *λειτουργία*, à savoir un service public, ou une fonction publique, une prestation donc que des particuliers effectuaient en faveur de la communauté déjà dans la Grèce du V^e-IV^e siècle avant J.-C. D'après l'étymologie populaire, la *λειτουργία* était le travail (*ἔργον*) du peuple (*λαός*), un service accompli par le peuple à l'avantage du peuple même, un acte de bienfaisance publique accompli par un homme choisi, par le biais d'une procédure établie par la loi, parmi les membres les plus éminents de la communauté et destiné, après avoir accompli son service, à être honoré comme bienfaiteur public. Une *λειτουργία* pouvait impliquer aussi bien le paiement d'une somme d'argent que des actes de service personnel comme organiser des jeux publics, préparer un chœur pour les fêtes de la cité, acheter des céréales, armer et commander une trirème en cas de guerre, ou même (du moins dans le monde hellénistique) prêter son service dans une ambassade⁸. Par ailleurs, *λειτουργία* indiquait également le service cultuel et désignait la fonction du sacerdoce, comme en témoigne, en plus de quelques inscriptions épigraphiques du I^{er} et II^e siècles av. J.-C., l'Ancien Testament, où le verbe *λειτουργέω* et le substantif *λειτουργία* furent utilisés par les Septante pour traduire respectivement les mots hébraïques *šērēt* (« servir ») et *ʿābōdā* (« service/servitude ») ou plus généri-

L'expression « *minister[um] ambaxiatorum* » apparaît chez Bernard de Rosier (*Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 6, p. 8), mais ne semble pas avoir un poids significatif dans la littérature sur l'ambassadeur du XV^e siècle. De même, Conrad Braun, en 1548, emploie l'expression *nudum ministerium* pour indiquer l'un (le plus bas) des *officia legatorum*, à savoir l'*exequitio* : « Post officia Legatorum, quae in cognitione rerum versantur, de his quae ad exequutionem, & (ut dicitur) ad nudum ministerium pertinent, dicendum est » (C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., III.13, p. 137).

Le mot *minister/ministerium* semble donc indiquer l'ambassadeur dans la plénitude de ses fonctions seulement à partir de T. Tasso, *Il Messaggiere*, op. cit., f. 35r, qui distingue l'ambassadeur du roi de celui du tyran : « perché l'ambasciatore del re è ministro, ove quel del tiranno è servo » (ce passage manque dans la seconde rédaction), et de P. Aerodius, *Rerum ab omni antiquitate iudicatarum Pandectae*, op. cit., liber X, tit. XV, cap. 9, p. 106, d'après qui l'ambassadeur ne doit accepter aucun cadeau : « nam de publico Ministerio, nihil cuiquam praeter laudem bene administrati officii accedere oportet ».

8 Voir à ce dernier propos A. Bash, *Ambassadors for Christ. An Exploration of Ambassadorial Language in the New Testament*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1997, p. 66. En plus des études citées dans les notes suivantes, voir la synthèse récente de G. Agamben, *Opus Dei : archeologia dell'ufficio*, Bollati Boringhieri, Torino 2012, trad. fr. par M. Rueff, *Opus Dei : archéologie de l'office*, Seuil, Paris 2012, chap. 1, § 1.

quement « travail ») chaque fois qu'ils étaient employés au sens culturel, jusqu'à devenir des termes techniques⁹. On peut dire la même chose à propos du Nouveau Testament, bien que ce groupe sémantique ne soit pas très présent dans les textes qui le composent, dès lors qu'à l'époque de leur rédaction le culte chrétien n'était pas encore organisé¹⁰.

Dans le monde romain, le mot *λειτουργία* est traduit avant tout par *munus*, indiquant un ensemble de services publics, organisé surtout depuis la fin du II^e siècle après J.-C., dont les citoyens devaient s'acquitter face au *municipium*, et qui finit par entrer dans les compilations de Justinien. Cela revêt quelque importance dans la mesure où c'est à cette notion que les auteurs des traités sur l'ambassadeur vont se rattacher pour justifier la nature obligatoire de cette charge. Selon la classification établie par le juriste Arcadius Charisius (III^e-IV^e siècle), on distinguait à ce propos les *munera civilia* en *munera personalia* (à savoir des prestations d'activités impliquant l'habileté et l'énergie du citoyen mais sans aucune dépense de sa part – les frais étant pris en charge par les caisses des *municipia* –, parmi lesquelles était comprise la *legatio*), *munera patrimonii* (ceux qui impliquaient des charges réelles sur le patrimoine des citoyens) et *munera mixta* (qui comprenaient aussi bien le « *corporale ministerium* » que la relative dépense)¹¹. L'obligation, en principe, touchait tous les citoyens, mais un système d'exemptions était prévu, eu égard surtout au *munera personalia*, en

9 Voir H. Strathmann, s.v. « λειτουργέω, λειτουργία, λειτουργός, λειτουργικός », in *Theologisches Wörterbuch zum Neuen Testament*, in Verbindung mit zahlreichen Fachgenossen, begründet von G. Kittel, hrsg. von G. Friedrich, Band IV, Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart 1942, p. 224-229 (ainsi que, pour le judaïsme de langue grecque, p. 229) pour des notations plus précises.

10 Voir *ivi*, p. 232-235, et G. Agamben, *Opus Dei*, trad. fr. cit., chap. 1, § 3.

11 On doit se rapporter à ce propos au titre 50.4 (*de muneribus et honoribus*) du *Digeste*. La systématisation d'Arcadius Charisius distinguait justement les *munera personalia* (*Dig.* 50.4.18.1-17), les *munera patrimonii* (*Dig.* 50.4.18.18-25) et les *munera mixta* (*Dig.* 50.4.18.26-27) ; le dernier paragraphe, *Dig.* 50.4.18.28, synthétise les discours en disant que les *munera personalia*, *patrimonii* et *mixta* sont tous des *munera civilia seu publica*. En revanche, Hermogénien (III^e siècle) distinguait simplement entre les *munera personalia* et *patrimonii* (voir *Dig.* 50.4.1.3), comme l'avait déjà fait Ulpien (*Dig.* 50.4.6.3-5). Pour un examen du mot *munus* dans la doctrine juridique du I^{er} siècle avant J.-C. au début du III^e siècle après J.-C., voir F. Grelle, « *Munus publicum*. Terminologia e sistematica » (1961), in Id., *Diritto e società nel mondo romano*, a c. di L. Fanizza, « L'Erma » di Bretschneider, Roma 2005, p. 39-64 ; sur le champ sémantique très étendu du mot *munus*, voir en outre G. Pereira-Menaut, « Che cos'è un *munus* ? », *Athenaeum. Studi di letteratura e storia dell'antichità*, 92, 2004, p. 169-215.

raison du sexe (les femmes en étaient exonérées), de l'âge (on servait de 14 ou 25 ans à 70 ans), du nombre de fils (l'exemption regardait ceux qui avaient au moins 3, 4 ou 5 fils selon qu'ils résidaient à Rome, en Italie ou dans une province), ainsi que de la profession ou condition sociale des personnes concernées (par exemple les professeurs, les médecins, les philosophes, les vétérans de l'armée, les sénateurs, les décurions, les athlètes victorieux dans les jeux les plus importants et les prêtres n'étaient pas obligés de prêter ces services) ; plusieurs membres d'une maison, en outre, ne servaient pas en même temps¹².

À côté de *munus*, le latin connaît également *ministerium* pour traduire λειτουργία. Dans un sens général, ce mot paraît proche de *munus* et d'*officium*¹³, tout en étant parfois caractérisé par une acception servile¹⁴, mais dans un sens plus spécifique il est employé pour désigner en particulier la fonction liturgique : c'est en effet, à côté d'*officium*, le mot utilisé par Jérôme dans la *Vulgata*, de même qu'il est employé pour traduire λειτουργία dans la version latine de l'épître de Clément aux Corinthiens¹⁵. Même au Moyen Âge, par ailleurs, un dualisme existera entre le langage séculier – où *ministerium* indiquera un service, une charge ou un office exercé aussi bien à la cour que dans le monastère¹⁶ – et le langage théologique et canonique – dans lequel *ministerium* assurera la sacralisation de l'office sacerdotal, tant dans l'ecclésiologie que dans la liturgie¹⁷.

Quant au mot *officium*, il s'agit d'un terme particulièrement complexe à analyser, compte tenu du vaste champ sémantique qu'il recouvre. Il nous

12 Sur tout cela voir L. Neesen, «Zur Entwicklung der Leistungen und Ämter (munera et honores) im römischen Kaiserreich des zweiten bis vierten Jahrhunderts», *Historia*, 30, 1981, p. 203-235 ; F. Millar, «Empire and City, Augustus to Julian : Obligations, Excuses and Status», *The Journal of Roman Studies*, 73, 1983, p. 76-96 ; and N. Lewis, *The compulsory public services of Roman Egypt*, Gonnelli, Firenze 1997.

13 Voir E. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, typis seminariis, Patavii 1940, s.v. « ministerium », § 2 (« Universim est opera, munus, officium quodcumque ») et 3 (« De publicis muneribus, et officiis »).

14 Voir par exemple Sénèque, *De beneficiis*, III.18.

15 Voir G. Agamben, *Opus Dei*, trad. fr. cit., chap. 3, § 1.

16 Voir A. Blaise, *Dictionnaire latin-français des auteurs du moyen-âge. Lexicon latinitatis medii aevi, praesertim ad res ecclesiasticas investigandas pertinens*, Brepols, Turnhout 1975, s.v. « ministerium », ainsi que Ch. Du Cange, *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, L. Favre, Niort 1883-1887, s.v. « ministeria ».

17 Voir M.-D. Chenu, « *Officium*. Théologiens et canonistes », in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, 2 tomes, Sirey, Paris 1965, t. II, p. 838.

intéresse ici, en procédant d'une manière un peu schématique, d'en retenir trois acceptions. La première est celle qui prend appui sur l'étymologie du mot *officium*, peut-être dérivé d'*opificium*, à savoir d'*opus facere*¹⁸ (dans le même sens, Isidore de Séville disait, dans un passage célèbre, *officium ab efficiendo*)¹⁹, se référant donc à une action, à une activité, à un faire. C'est l'acception reprise plus tard par Thomas d'Aquin, selon lequel la notion d'*officium* « concerne l'action effective imposée par le rôle qu'on tient, ou le métier qu'on pratique dans la collectivité », donc une « fonction sociale » qui peut ou non être rattachée à une charge publique (il cite les exemples du maître et du juge), mais qui en tout cas est réalisée « au service des autres »²⁰. Deuxièmement, on le sait bien, il y a une acception éthique du mot *officium*, introduite par Cicéron au moment où il employa ce terme pour traduire le grec *καθήκον*, à savoir non pas un devoir moral au sens moderne, ni une obligation juridique, mais ce qui convient et est opportun selon les circonstances, ce que l'on s'attend d'une personne (ou d'une chose) eu égard à une situation donnée et aux dispositions de la nature²¹. Enfin, en troisième lieu, *officium* indique spécifiquement un devoir attaché à une fonction publique : dans la jurisprudence romaine en effet, déjà à partir de l'époque d'Auguste, puis surtout à l'âge des Antonins et des Sévères, dans le cadre de la "bureaucratisation" de l'Empire romain,

18 Voir E. Forcellini, *Lexicon*, op. cit., s.v. « officium » : « Sunt tamen, praecipue inter recentiores, qui ut ab *opificina* per syncopen *officina*, ita ab *opificium*, h. e. *opus facere*, nomen *officium* factum esse putant ».

19 Voir Isidorus Hispalensis, *Etymologiarum sive Originum libri 20*, instruit W.M. Lindsay, 2 tomes, Clarendon Press, Oxford 1911, tome I, VI.19.1 (mais la même étymologie avait été proposée par Ambrosius Mediolanensis, *De officiis*, ed. M. Testard, CCSL 15, Brepols, Turnhout 2000, I.9.26).

20 Voir M.-D. Chenu, « *Officium* », op. cit., p. 837 et 839 ; et Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, 3 vol., cura et studio P. Caramello, Marietti, Torino 1952-1962, II^a II^{ae}, q. 183, art. 3, ad secundum : « Officia distinguuntur proprie secundum actus qui referuntur ad alios, sicut dicitur doctor habere officium, vel iudex, et sic de aliis ».

21 Voir Diogène Laërce, *Vitae philosophorum*, VII.107-109. Voir en outre E. Forcellini, *Lexicon*, op. cit., s.v. « officium » : « Ceterum *officium* universim est id, quo quis vel quid pro natura sua fungi debet ; [...] quod quisque efficere debet, observata locorum, temporum et personarum ratione ; congruus actus uniuscujusque personae ; id, in quod quisque debet incumbere, ut ipsum pro loci, temporis et personae qualitate reddat effectum. Unde ex. gr. in familia bene instituta dicimus, omnes in officio esse oportere, id est agere quae debent, τὸ καθήκον ». Forcellini donne ensuite des exemples relatifs au membres du corps humain, aux animaux et aux hommes.

un véritable genre littéraire prit naissance, celui des livres *de officio* relatifs à nombre de charges publiques (consuls et proconsuls, questeurs, préteurs, *praesides provinciarum...*), dont certains, spécialement ceux d'Ulpien et de Paul, furent massivement employés dans le livre I^{er} du *Digeste* (titres 10-22)²². Il s'agit d'un genre assez hétérogène, tant par la structure que par les contenus des ouvrages concernés, et que l'on ne pourrait pas simplement ramener à ce que nous appelons aujourd'hui le droit administratif. Par *officium*, on entend dans ces textes à la fois la sphère de compétence d'un pouvoir spécifique, le domaine dans lequel la fonction du magistrat ou de l'officier en question est exercée, et les pouvoirs et devoirs qui lui sont rattachés, à l'intérieur d'un discours qui présente des aspects juridiques mais qui en même temps trace les contours d'une sorte d'éthique du service public²³. C'est en cette dernière acception qu'*officium* entre en étroite relation avec *munus*, n'étant en effet rien d'autre que la tâche, le devoir impliqué par la fonction que l'on remplit.

Dans le monde chrétien, on sait que le mot *officium* est introduit par Ambroise de Milan et son *De officiis*, où la communauté humaine est envisagée à l'instar d'un corps où chaque membre, dans sa diversité, est appelé à exercer un « *mutuum ministerium* » et se voit investi d'un « *officium* »²⁴. Ce mot se réfère donc en général à tout chrétien, en prenant par ailleurs une signification morale plus marquée par rapport au texte de Cicéron, dès lors qu'il s'agit non plus de ce qui convient selon les circonstances, dans une perspective toute mondaine, mais de l'expression d'un impératif moral transcendant ; et les passages où Ambroise s'adresse de manière spécifique aux ministres de Dieu ne manquent pas²⁵. Mais c'est

22 Sur ces textes, voir A. Dell'Oro, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Giuffrè, Milano 1960.

23 Quelques exemples relatifs au souci de ces textes pour l'intégrité morale des officiers dans F. Cancelli, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, Giuffrè, Milano 1958, p. 26-29.

24 Voir Ambrosius Mediolanensis, *De officiis*, op. cit., III.3.17-19.

25 Voir *ivi*, I.20.85s., où Ambroise demande ce qui peut « convenire ecclesiasticis et maxime ministrorum officiis » (§ 86), à savoir à ceux auxquels est confié le « *ministerium altaribus Christi* » (§ 88). On peut affirmer de toute façon que le mot *officium* garde d'ordinaire chez Ambroise une valeur générale ; même le titre sous lequel cet ouvrage a été connu pendant longtemps, *De officiis ministrorum*, se retrouve en réalité seulement dans les éditions les plus tardives. Voir M. Testard, « Étude sur la composition dans le "De officiis ministrorum" de Saint Ambroise », in *Ambroise de Milan. XVI^e Centenaire de son élection épiscopale*, éd. par Y.-M. Duval, Études augustiniennes, Paris 1974, p. 157-159 et 195.

Isidore de Séville, deux siècles et demi plus tard, qui avec son *De officiis ecclesiasticis* s'adresse de manière spécifique aux clercs en tant que ministres du corps ecclésiastique et donne au mot *officium* une signification éminemment ecclésiologique et liturgique²⁶. Les trois acceptions que nous avons indiquées plus haut se retrouvent ainsi regroupées, l'*officium* devenant une activité consistant en la réalisation d'une fonction connotée par une obligation morale. Avec Isidore, une tradition s'amorce portant le mot *officium* à s'affirmer comme la désignation générale de la pratique liturgique et de l'organisation institutionnelle de l'Église, surtout dans l'ample production de textes sur les offices divins aux XI^e-XII^e siècles, qui aboutit, à la fin du XIII^e siècle, au *Rationale divinorum officiorum* de Guillaume Durand²⁷. Cette tradition va de pair, surtout après la Réforme grégorienne, avec la naissance du droit canonique en tant que véritable ordre juridique

-
- 26 Voir Isidorus Hispalensis, *De officiis ecclesiasticis*, ed. C.M. Lawson, CCSL 113, Brepols, Turnhout 1989. Alors que le livre I^{er} est consacré à une description des *officia* au sens des activités liturgiques, le II^e porte sur la description des « sacratissimos ordines clericorum » et de chaque « ministerium ecclesiae », organisée selon un ordre hiérarchique précis de perfection décroissante, du prêtre jusqu'aux pénitents et à ceux qui de l'église ne font encore pas partie, à savoir les catéchumènes. Chaque figure est décrite à travers son origine biblique, les tâches liturgiques qui lui appartiennent et les qualités morales qui lui sont requises : des éléments qui participent tous à définir ce qui est appelé l'« *officium* », une fonction administrative précisément située à l'intérieur de la communauté ecclésiastique, qui répond à une vocation et impose des devoirs précis.
- 27 Cette tradition comprend par exemple les *De divinis officiis* de Rupert de Deutz, le *Gemma animae de divinis officiis* d'Honoré d'Autun, le *De sacramentis* et le *De claustro et anima* attribués à Hugues de Saint-Victor, la *Summa de ecclesiasticis officiis* de Jean Beleth et, plus tard, le *De sacro altaris mysterio libri sex* de Lotario di Segni (le futur Innocent III), la *Summa de officiis ecclesiasticis* de Guillaume d'Auxerre et surtout le *Mitræ de officiis* de Sicardo da Cremona, l'exposition la plus complète sur la liturgie latine avant la publication du *Rationale divinorum officiorum* de Durand. Quelques informations dans A. Davril et T.M. Thibodeau, « Préambule », in G. Durantus, *Rationale divinorum officiorum*, ed. A. Davril et T.M. Thibodeau, 3. vol., CCCM 140, Brepols, Turnhout 1995-2000, vol. I (1995), p. VII-XX : XVI-XVIII. Voilà la définition d'*officium* formulée par Guillaume Durand, qui recueille la tradition précédente spécialement isidorienne : « Est autem officium, secundum Ysidorum, proprius vel congruus actus uniuscuiusque persone secundum mores et leges civitatis vel institute professionis. Alia namque habent instituta monachi, alia canonici, alia eremite, et sic de reliquis. Et dicitur officium, secundum Ieronymum in libro *De officiis*, ab efficiendo, quasi officium ab efficio -cis, una litera in aliam propter decorem sermonis mutata. Unicuique etenim convenit suum efficere officium vel, secundum Ysidorum, officium

et avec une organisation institutionnelle et hiérarchique de l'Église, fondée sur la notion d'*officium*, qui à partir des études de Max Weber a été maintes fois indiquée comme l'un des modèles de l'organisation "bureaucratique" de l'État moderne²⁸.

La valeur à la fois institutionnelle et morale du mot *officium* est attestée en outre, même en dehors du domaine de l'Église, par la distinction opérée entre l'office et la personne de son titulaire, eu égard surtout aux rois, aux princes, aux juges et aux podestats²⁹. Il en va aussi de même, bien que plus tard, pour l'ambassadeur, par rapport auquel il faut en tout cas consi-

dicatur "ut quisque illa agat que nulli officiant, sed omnibus prosint" » (*Rationale divinatorum officiorum*, liber V, cap. II.1, *ivi*, vol. II (1998), p. 14). Sur les implications ecclésiologiques de la notion d'*officium* au bas Moyen Âge, voir Ch. Voigt-Goy, *Potestates et ministerium publicum. Eine Studie zur Amtstheologie im Mittelalter und bei Martin Luther*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, p. 7-44.

Au-delà des aspects concernant la pratique liturgique et l'organisation institutionnelle de l'Église, il convient en tout cas de rappeler également la portée éthico-politique de la notion d'*officium* dans la réflexion chrétienne du bas Moyen Âge. On a reconnu par exemple chez Jean de Salisbury la centralité de cette notion « dans le sens d'obligation ou de fonction avec un sens public et une connotation morale » (F. Lachaud, « La notion d'office dans la littérature politique en France et en Angleterre, XII^e-XIII^e siècles », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 153 (4), 2009, p. 1543-1570 : 1545).

- 28 Parmi les études récentes, voir à cet égard U. Wolter, « L'*Officium* en droit ecclésiastique médiéval : un prototype de l'administration moderne », in *Justice et législation*, sous la direction d'A. Padoa Schioppa, PUF, Paris 2000, p. 37-58 (qui rappelle les travaux de Weber, Hintze, Böckenförde et Le Bras) ; P. Napoli, « *Administrare et curare*. Les origines gestionnaires de la traçabilité », in *Traçabilité et responsabilité*, éd. par Ph. Pedrot, Economica, Paris 2003, p. 45-71 ; et C. Fantapiè, « L'amministrazione nella Chisa dal *Corpus iuris canonici* al *Codex* del 1917 », in *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, a c. di J. Wroceński e M. Stokłosa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 2012, p. 125-153. Sur la Réforme grégorienne comme le moment génétique de la « tradition juridique occidentale », voir H.J. Berman, *Law and Revolution : the Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge Mass. and London 1983, trad. fr. par R. Audoin, *Droit et révolution*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence 2002, qui par ailleurs dans l'introduction et dans la conclusion discute la démarche de Weber.
- 29 Voir à ce sujet M. Senellart, *Les arts de gouverner Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, Paris 1995, p. 143, ainsi qu'E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton University Press, Princeton 1957, trad. fr. par J.-P. Genet et N. Genet, *Les deux corps du roi* (1989), éd. sous la direction de P. Nora, in Id., *Œuvres*, Gallimard, Paris 2000, surtout p. 696-697, 730, 898-900, 913, 920, 964-965, 1180.

dérer que c'était dans les sources du droit justinien que la *legatio* était définie comme un *officium* et un *munus*, et que les juristes médiévaux utilisèrent à leur tour ces notions en raisonnant non pas sur l'exercice d'une juridiction de la part de l'ambassadeur, mais plutôt sur une série d'aspects concourant à définir sa fonction comme une fonction publique (sur lesquels nous reviendrons dans le prochain chapitre) : aspects qui dans ces notions trouvent leurs fondements conceptuels. Quant au contenu effectif des pouvoirs et des prérogatives de l'ambassadeur, nous verrons plus loin qu'il est établi en référence au concept non pas de *iusdictio*, mais plutôt de *procuratio* (et plus tard de *repraesentatio*) : pouvoirs et prérogatives qui ne sont pas déterminés une fois pour toutes, mais qui sont établis au cas par cas sur la base du mandat remis à l'ambassadeur. On pourrait alors penser qu'il vaudrait mieux qualifier l'ambassadeur de *commissaire* au lieu d'*officier* ; mais la notion de *commissaire*, bien qu'elle soit présente dans la législation de cités comme Florence au moins depuis le XV^e siècle³⁰, n'est élaborée par la doctrine juridique qu'à une époque bien postérieure³¹. En effet, ce ne sera que dans la seconde moitié du XVI^e siècle que Bodin, dans *Les six livres de la République*, en établissant la différence entre l'officier et le commissaire³², inclura – quoique non sans ambiguïté – l'ambassadeur dans la seconde catégorie, justement en raison du fait que son pouvoir est circonscrit aux termes de sa commission, qu'il ne

30 À Florence, dans les formulaires latins de la chancellerie de la seconde moitié du XIV^e siècle, l'instruction des ambassadeurs est appelée « commissio » ou « commissio et ambaxiata » : voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 33, ainsi que p. 67-68 pour l'époque des Médicis. Voir en outre, sur un plan plus général, W.J. Connell, « Il commissario e lo Stato territoriale fiorentino », in *Ricerche storiche*, 18 (3), 1988, p. 591-617, et l'étude récente de L. Piffanelli, « Entre crises territoriales et nécessité de négociation : jalons pour une analyse du *commissarius seu orator* (Florence, XIV^e-XVI^e siècles) », *Mélanges de l'École française de Rome – Moyen Âge*, 128 (2), 2016 (disponible en ligne à l'adresse <https://mefrm.revues.org/3241?lang=it>).

31 Voir à ce sujet les études d'O. Hintze, « Der commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte » (1910), in Id., *Gesammelte Abhandlungen*, I : *Staat und Verfassung*, hrgs. von G. Oestreich, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970, p. 242-274, ainsi que « Der Beamtenstand » (1931), in Id., *Gesammelte Abhandlungen*, II : *Soziologie und Geschichte*, hrgs. von G. Oestreich, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1964, p. 66-125.

32 Voir J. Bodin, *Les six livres de la République*, chez I. du Puis, Paris 1583, III.2, p. 372 : « L'officier est la personne publique qui a charge ordinaire limitée par edict. Commissaire, est la personne publique qui a charge extraordinaire, limitée par simple commission ».

peut pas dépasser³³. Cette distinction, par ailleurs, tout en étant accueillie par une bonne partie de la littérature politique postérieure, pas seulement française³⁴, ne le sera point dans les traités sur l'ambassadeur où, en revanche, l'ambassade sera presque toujours classifiée parmi les *officia*, bien que *sine imperio*. Dans ces textes, une fois établi que les « ambassadeurs » peuvent être envoyés par des États souverains, ce sera l'agent envoyé par les sujets à leur propre souverain qui sera qualifié de « commissaire », alors que le « député » sera l'agent envoyé par les souverains à leurs propres sujets³⁵.

-
- 33 Voir *ivi*, p. 387-388 : la « puissance des officiers [...] est toujours plus auctorisee & plus estendue que la commission : c'est pourquoy les edicts & ordonnances laissent beaucoup de choses à la religion & discretion des Magistrats [...] : mais les commissaires sont bien autrement obligés, & attachés aux termes de leurs commissions : & mesmement où il est question des affaires d'estat : comme es charges & commissions des Ambassadeurs, ou deputed pour negotier entre les Princes : les commissaires ne peuvent passer un seul traict de la leçon qu'ils ont par escrit [...] ». Or ce passage se trouve aussi, un peu abrégé, dans la version latine (I. Bodinus, *De republica libri sex*, apud I. Du-puys, Lugduni et venundantur Parisiis 1586, III.2, p. 269) ; il convient cependant d'ajouter que, dans cette version, au début de ce chapitre, Bodin inclut les « legati », qui n'étaient pas nommés dans le passage correspondant de l'édition française, parmi les officiers (« officiales, sive officarios ») dépourvus de la puissance de commander (« sine imperio »), aux côtés des « pontifices » et des « sacerdotes », par rapport auxquels, pourtant, dans l'édition française il avait écrit expressément qu'ils « sont personnes publiques, & beneficians plustost qu'officiers » (voir J. Bodin, *Les six livres de la République*, op. cit., III.2, p. 372, et Id., *De republica libri sex*, op. cit., III.2, p. 259).
- 34 En nous limitant à deux seuls exemples, voir Ph. de Béthune, *Le conseiller d'Etat*, op. cit., p. 338, et H. Arniseus, *Doctrina Politica*, op. cit., I.17, p. 399-406.
- 35 Voir par exemple A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., I.1, p. 1-2, qui distingue nettement entre deux définitions de *legatus*, l'une qui s'accorde avec la tradition romaine et implique l'exercice d'une juridiction, et l'autre qui en revanche caractérise l'ambassadeur non pas comme un « magistrat » ou comme le « député d'un magistrat », mais comme un envoyé dépourvu de pouvoir (« sine imperio ») ; on sait d'ailleurs qu'il connaissait l'édition latine des *Six livres de la République* de Bodin (voir A. Wijffels, « From Perugia to Oxford », op. cit., p. 68, note 30). Pour d'autres exemples, voir [J. Hotman], *L'Ambassadeur*, op. cit., éd. 1603, chap. 1, p. 4-5 ; H. Kirchnerus, *Legatus*, op. cit., éd. 1604, I.1, n° 18, p. 12-13 ; F. de Marselaer, *Legatus libri duo*, op. cit., éd. 1626, I.2, p. 6-7 ; Ch. Besoldus, *De Legatis, eorumque Jure*, op. cit., cap. 2, § 5, p. 15-16 ; A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.1, p. 4, et I.5, p. 109, 117, 130 et 134.

1.2 L'*officium* et le *munus legationis*

Un classement de la figure de l'ambassadeur à l'intérieur du champ sémantique que nous venons de décrire, nous le trouvons déjà dans les textes juridiques de la fin du XII^e siècle, notamment dans les *Summae trium librorum* de Pillio da Medicina et de Rolando da Lucca. Pillio entame en effet la partie de sa *Summa* sur le titre de *legationibus* du *Code* en affirmant que, après avoir exposé en général au sujet des *munera*, il en vient à parler en particulier des *legationes*, en instaurant une relation de genre à espèce entre les deux³⁶. La définition du *legatus* qu'il formule ne comprend pas, à vrai dire, une référence à notre champ sémantique et se soucie plutôt de le caractériser comme celui qui « voyage à cause d'une affaire de sa cité ou de sa province vers l'empereur ou un autre, par un décret des citoyens ou des provinciaux »³⁷. Une telle définition correspond d'ailleurs à la signification que le mot *legatus* avait dans les sources justiniennes, où le plus souvent il ne désignait pas un véritable ambassadeur, mais indiquait plutôt un fonctionnaire de droit interne ayant la tâche de relier les villes et les provinces au centre de l'empire³⁸. Néanmoins, Pillio fait allusion plus loin au « *mun[us] legationis* » à propos de l'élection des *legati* et de sa nature obligatoire³⁹, et peu après justifie la perte des privilèges pour

36 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 234, n° 1 : « Exposuimus de muneribus in genere, nunc de legationibus specialiter audiamus ». Sur la doctrine des *munera* chez Rogerio, Pillio, Rolando et Azon, voir S. Menzinger, « Verso la costruzione di un diritto pubblico cittadino », *ibidem*, p. CLX-CLXVII et CLXXXVI-CLXXXIX.

37 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 234, n° 3 : « Legatus dicitur qui gratia negotii sue civitatis vel provincie ad Principem vel alium, decreto civium vel provincialium peregrinatur, et de tali legato hic agitur ».

38 Voir F. Millar, *The Emperor in the Roman World (31 BC – AD 337)*, Duckworth, London 1977, chap. 7 ; A. Bash, *Ambassadors*, op. cit., p. 9 et 71 ; A. Gillett, *Envoys and Political Communication in the Late Antique West, 41-533*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 6, 9-10, et 22-23 ; et F. Hurlet, « Les ambassadeurs dans l'Empire romain. Les légats des cités et l'idéal civique de l'ambassade sous le Haut-Empire », in *Ambassadeurs et ambassades au cœur des relations diplomatiques. Rome – Occident Médiéval – Byzance (VIII^e s. avant J.-C. – XII^e s. après J.-C.)*, éd. par A. Becker et N. Drocourt, Centre de recherche universitaire lorrain d'histoire, Metz 2012, p. 101-126. Pour quelques exceptions, voir *Dig.* 50.7.18(17), qui concerne les immunités accordées aux « *legat[i] hostium* », et *Cod.* 4.61.8, où on parle de « *legat[i] gentium* ».

39 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 238, n° 42 : « In summa notandum est, quod sicut cetera munera per ordinem indicenda sunt, ita et legatio ;

l'ambassadeur qui reste sur place après la fin de sa mission sur la base du principe général selon lequel quand, en raison d'un *officium*, quelque privilège est attribué, une fois terminé l'*officium* le privilège lui aussi disparaît⁴⁰.

Il y a là bien peu d'éléments, et Rolando, pour sa part, ne semblerait pas nous en donner davantage. Il définit dès le début l'ambassade comme un « *munus publicum et personale* », de nouveau en référence à des questions relatives à l'élection du *legatus*, avec le renvoi aux passages du *Digeste* mentionnés plus haut sur la classification des *munera*⁴¹ ; et dans la suite de sa *Summa* l'on ne trouve qu'une seule occurrence du syntagme « *legationis munus* » et une autre de « *legationis officium* ». Cette dernière, pourtant, nous apparaît significative, car le juge italien dans ce passage explique que celui qui a été nommé ambassadeur, s'il ne fournit pas de bonnes raisons de justification, doit se charger de l'ambassade ; dès le moment de sa désignation il jouit en outre du privilège d'être considéré comme absent pour le service de la chose publique (« *rei publice causa* »), puisqu'il doit préparer tout ce qui est nécessaire à sa mission, « comme moi, Rolando, je le sais bien – explique-t-il –, ayant souvent travaillé comme ambassadeur pour ma patrie, Lucques, comme si j'avais été jeté dans un combat »⁴².

Or, la référence à la réalité italienne de l'époque apparaît importante parce qu'elle nous montre que le vocabulaire du droit romain n'a pas la seule fonction d'éclaircir le contenu des sources justiniennes, mais assume en revanche une fonction politique réelle. Au contraire de Rolando, Pillio

nec enim quis munere legationis fungi compellitur, nisi priores qui in curiam electi sunt fungantur ».

40 Voir *ivi*, p. 239, n° 45 : « Nam, cum propter aliquod officium tribuitur privilegium, finito officio expirat privilegio ».

41 Voir *ivi*, p. 239, n° 47 : « Et cum legatio sir munus publicum et personale [...] », avec allégation de *Dig.* 50.4.1 et *Dig.* 50.7.18.

42 Voir *ivi*, p. 240, n° 57 : « Suscipere autem videris legationem, nisi te excusaveris ex quo ad legationis officium fuisti creatus, ut deinde tempus tibi prosit ac si rei publice causa videaris abesse, ut ff. e. Legato [*Dig.* 50.7.6], quia exinde sollicitus es legationi necessaria parare, sicut ego Rolandus in hiis sum conscius, qui sepe pro mea patria Luca legatus velut in agone positus lavoravi ». Le passage du *Digeste* allégué précise que « legato tempus prodest, ex quo legatus creatus est, non ex quo Romam venit ». L'expression « *legationis munus* » est utilisée par Rolando un peu plus loin, *ivi*, p. 241, n° 64. Quelques références aux tâches diplomatiques remplies par Rolando se trouvent dans les notes (rédigées par V. Bagnai Losacco et F. Theisen) sur la « carrière publique » du juriste qu'on lit *ivi*, p. XXXVIII.

semble penser au *legatus* à partir du modèle justinien d'un député chargé de relier une cité ou une province à l'empereur⁴³. En dehors de l'Empire, il n'y a pas pour lui d'autre *respublica*, les cités, d'après les mots du *Digeste*, étant considérées comme des lieux privés⁴⁴ : leurs envoyés, alors, ne seraient pas de véritables *publici officiales* et ne devraient pas, en droit strict, bénéficier du privilège de la *restitutio in integrum* prévu par le droit romain à l'avantage de ceux qui étaient absents de leur domicile pour le service de la chose publique⁴⁵ ; ce n'est en fait qu'en vertu d'une extension modelée sur les clauses du préteur romain que Pillio finit par leur reconnaître le même privilège⁴⁶. La question du statut juridique de l'ambassadeur s'articule donc à la question de la nature publique ou privée des cités, qui était à cette époque résolue normalement de la même manière que

43 Voir aussi *ivi*, p. 235, n° 18 où Pillio écrit : « Ad Principem [*sc.*, à l'empereur] *legatio facienda est sive agat in Urbe sive in provincia* ».

44 Voir *Dig.* 50.16.15 : « Bona civitatis abusive “publica” dicta sunt : sola enim ea publica sunt, quae populi romani sunt », et *Dig.* 50.16.16 : « Eum qui vectigal populi romani conductum habet, “publicanum” appellamus. Nam “publica” appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit : civitates enim privatorum loco habentur ».

45 La *restitutio in integrum* était le droit de demander, dans certaines situations, l'annulation d'un effet juridique qui se serait produit au détriment d'une personne, en rétablissant le *status quo ante*. Elle était prévue en faveur des personnes absentes pour le service de la chose publique : voir *Dig.* 4.6.1 pr. et 1 où est reporté le texte de l'édit du préteur, qui énumère les situations dans lesquelles quelqu'un a le droit de bénéficier de ce privilège et se termine ensuite par une clause ouverte : « Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit ». La *restitutio in integrum* était établie en faveur des *legati* dans *Cod.* 2.53.1, que pourtant Pillio ne cite pas.

46 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 237-238 : « Item cum rei publice causa peregrinentur, omnia privilegia rei publice causa absentium sortiuntur. Refert tamen utrum pro civitate Romana, an pro civitate alia legatione fungantur : si pro civitate Romana, rei publice causa sunt absentes [...] ; porro, si pro alia civitate legati sunt, cum ceterae civitates illius respectu privatorum loco habeantur, ut ff. de v. si. l. Bona et l. Eum qui [*Dig.* 50.16.15 et 16], non sunt absentes causa rei publice, sed tamen eodem privilegio utuntur adiuti beneficio generalis clausule pretorianae si qua mihi iusta causa, ff. ex quibus causis maio. l. Sed et si per pretorem § Hec clausula [*Dig.* 4.6.26.2] et l. i. in fine [*Dig.* 4.6.1.1, cité en partie à la note précédente], ff. de acquir. her. Refert [*Dig.* 29.2.86] ».

Pillio⁴⁷, tandis que Rolando – malgré sa foi gibeline, attestée même par la dédicace de sa *Summa* à l’empereur Henri VI – est l’un des premiers juristes à avoir attribué la qualification de *respublica* non seulement à l’Empire, mais aussi aux cités⁴⁸. Une qualification d’autre part visée au XII^e siècle par quelques cités de la Toscane que Rolando devait très bien connaître, comme par exemple Pise – qui affirmait sa descendance de Rome, revendiquait la promulgation de ses *statuta* et prétendait s’attribuer une juridiction, aspirant donc, en dernier ressort, à l’exercice d’un pouvoir public –, ainsi que d’autres villes qui cherchaient la légitimation de leur autonomie dans une origine mythique remontant à la Rome ancienne⁴⁹. Pour énoncer un principe sur lequel Accurse devait montrer encore une certaine timidité⁵⁰, Rolando prend appui sur le droit justinien lui-même et utilise, contre les mots explicites du *Digeste*, le parallélisme entre la *civitas* et l’*ecclesia* présent dans le *Code* de manière à étendre à la cité le statut public des églises et, avec celui-ci, les prérogatives établies par Justinien en faveur de ces dernières, à partir de la fiction qui les assimilait à des mineurs : devant se charger des fonctions d’un tuteur, l’administrateur public était donc obligé d’agir dans l’intérêt exclusif de la cité comme

47 Voir par exemple Azo Porcius, *Summa*, op. cit., sur *Cod.* 2.50, f. 34[mais 33]rA-B : selon Azon le légat envoyé par une autre cité que Rome jouit du privilège de la *restitutio in integrum*, non pourtant parce qu’il est absent pour le service de la chose publique, mais en vertu des avantages prévus par l’édicte du préteur.

48 Voir à ce sujet E. Conte, « *Res publica*. Il modello antico, la politica e il diritto nel XII secolo », in *Iuris historia. Liber Amicorum Gero Dolezalek*, a c. di E. Conte e V. Colli, University of California at Berkeley, Berkeley 2008, p. 193-212.

49 Voir Id., « Rolando e il diritto pubblico nel XII secolo », in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. LXXI-LXXV et CXX-CXXIII.

50 Accurse manifeste parfois une opinion contraire à l’extension de la notion de *respublica*, voir par exemple la glose *publicum* sur *Dig.* 1.1.1.2 (« [...] Nec placet quod dicas publici appellationem ad alia loca referri quam Romanae civitatis »), ou bien la glose *in compluribus* sur *Dig.* 50.16.16 (« Quandoque enim contra [il donne des exemples...]. Sed improprie dicitur respublica in dictis legibus »). La glose *non absit* sur *Dig.* 4.6.26.9 donne les deux opinions l’une à côté de l’autre : « quia tantum Roma dicitur respublica : aliae vero civitates loco privatorum sunt : ut infra de verbo. signif. l. eum qui vectigal [*Dig.* 50.16.16]. Quandoque etiam quodlibet oppidum dicitur respublica : ut infra de publi. l. sed hi. § j. [*Dig.* 39.4.13.1] ». Dans la glose *rem publicam* sur *Cod.* 11.30.3, enfin, Accurse semble accueillir l’équivalence de la *civitas* et la *respublica* : « Romanorum, secundum quosdam. Vel verius aliarum civitatum ».

d'un sujet particulièrement protégé, tout comme l'économiste à l'égard de son église⁵¹.

On voit bien alors que le droit justinien, au XII^e siècle, n'est pas simplement un instrument au service de l'institution de l'Empire, mais, dans les mains des juristes italiens, il peut devenir également un outil formidable en faveur de la prétention des cités à l'autonomie, laquelle par ailleurs est revendiquée non pas contre l'Empire mais dans son intérieur, la *respublica romana* constituant le seul cadre institutionnel à l'intérieur duquel l'autonomie de la *respublica civitatis* pouvait recevoir sa légitimation et sa garantie⁵², selon un pluralisme qui caractérise de manière éminente l'expérience juridico-politique médiévale par opposition à celle de la modernité : une expérience dans laquelle se réalise non pas l'exclusion mutuelle de la souveraineté impériale et des autonomies locales, mais leur mutuelle intégration⁵³.

Tout cela révèle son importance dès que l'on considère que la reconnaissance de la nature publique des cités, et donc la construction théorique, au-dessus de leur support matériel, d'un sujet de nature publique, constitue une prémisse nécessaire pour conceptualiser la fonction de l'ambassadeur des cités comme une fonction politique à part entière. Tandis que Pillio et Azon, en effet, établissent une différence très nette entre les ambassadeurs qui servent Rome et ceux qui servent les autres cités – les premiers étant des fonctionnaires politiques immédiatement protégés par

51 Voir en particulier sa *Summa* sur le titre *de iure rei publicae* (Cod. 11.30) : « De quibusdam civitatibus supra tractavit, nunc de iure rei publice ; et quidem tractatur hic non de iure rei publice Romane, sed de iure rei publice cuiuslibet civitatis [...], licet civitates privatorum loco habeantur. [...] Precipue autem ut ecclesia iuветur ut res publica inde aperte sumitur, quia Iustinianus posuit in una parte ius divinum cum publico pertinente ad civitates, et in alia parte ius privatum, cum dixit “Ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio fiat etc.” [Cod. 1.2.23] ; si ergo pariter ea posuit, paria sortiantur auxilia, sicut supra dicitur [...] » (E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 314-315 et 321, n^{os} 1 et 52). Sur cette question voir encore E. Conte, « *Res publica* », op. cit., p. 207-210.

52 Voir E. Conte, « Rolando », op. cit., p. CXXI.

53 Voir en ce sens au moins P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2002 ; Id., « Modernità politica e ordine giuridico », in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 443-469 ; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 vol., Laterza, Roma-Bari 1999-2001, vol. 1 (1999), *Dalla civiltà comunale al Settecento*, chap. 1 ; D. Quaglioni, « Sovranità : un paradigma premoderno », in *Filosofia del diritto : concetti fondamentali*, a c. di U. Pomarici, Giappichelli, Torino 2007, p. 549-562.

des privilèges prévus par le droit strict, les autres n'ayant pas le même statut et ne jouissant de ces privilèges qu'en vertu d'une extension analogique – Rolando n'hésite point à citer l'exemple des missions qu'il a accomplies lui-même au bénéfice de sa « patrie », la commune de Lucques, lorsqu'il parle de « *legationis officium* » et, conséquemment, ne pose même pas la question d'une éventuelle limitation des privilèges aux seuls légats de la *civitas romana*.

À partir de la fin du XII^e siècle, commence donc à s'affirmer dans la pensée juridique, en conséquence de la conception des cités comme des sujets publics, l'idée d'une sphère d'activité politique qui leur est rattachée et se prolonge vers l'extérieur (et cela à côté de l'idée concurrente d'une sphère d'activité politique exercée à l'intérieur, à savoir le pouvoir de promulguer des statuts). Il est vrai néanmoins qu'à cette époque c'est surtout le droit canonique qui s'attache à définir le statut et le domaine de l'activité du *legatus*, entendu naturellement non pas comme un ambassadeur séculier, mais comme le légat du pape, avec toutes les spécificités que cela comporte. Nous avons rappelé plus haut que le *Decretum* ne comprenait pas de section portant explicitement sur les légats, l'emploi même du mot *legatus* étant très ample et non limitée aux seuls envoyés du pape, tandis que dans le *Liber Extra* il existe un titre *de officio legati* et le champ sémantique de ce mot va se restreindre considérablement jusqu'à devenir le terme technique par lequel on indique les légats du Siège apostolique⁵⁴. Une contribution importante en ce sens est donnée ensuite par les canonistes du XIII^e siècle et spécialement par Henri de Suse et Guillaume Durand qui, en dépit d'une définition générique de *legatus*, affirment vouloir se concentrer spécifiquement sur les légats envoyés par le pape à gouverner une province, et dont la fonction, tout comme dans le *Liber Extra*, est qualifiée par le mot *officium*⁵⁵. Durand en particulier, en introduisant son discours sur le *legatus*, parle de « *legatorum officium seu potestas* » et dit

54 Voir *supra*, Introduction, § 2, point a).

55 Voir H. de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De officio Legati*, col. 317, n° 1 (« Quis sit legatus ») : « Quicumque ab alio mittitur, legatus dici potest. ff. de leg. l. j. & 2. per totum [Dig. 50.7.1 et 2]. Unde legatus dicitur vicarius alieni muneris. ff. de leg. vicarius. & l. legatus [Dig. 50.7.14(13) et 13(12)]. [...] Hic tamen specialiter tractatur de legatis Apostolicae sedis quibus aliqua terra, seu provincia regenda committitur ». Voir en outre G. Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 1, p. 29B-30A, n° 1 : « Legatus est seu dici potest, quicumque ab alio missus est [...], sive a principe, vel a papa ad alios [...] sive ab aliqua civitate, vel provincia ad principem, vel ad alium, [...] sive

vouloir traiter « *de officio Legati* » pour s'interroger entre autres sur ce qui concerne cet *officium* ainsi que sur la « *iurisdictio, sive potestas* » qui lui est attribuée⁵⁶ ; ensuite, après avoir consacré le § 1 à la définition du légat, à ses immunités et aux critères qui président à son choix, le § 2 à sa désignation et aux documents qui fondent son pouvoir et le § 3 à la classification des *legati* (à savoir *legati de latere, constituti* ou *nati sive electi*), il en vient à analyser longuement la *potestas* et l'*officium* du légat (§ 4), son pouvoir d'octroyer des bénéfices (§ 5), les actes qui lui sont interdits parce qu'ils sont réservés au pape (§ 6), l'extension de sa juridiction (§ 7) et finalement les causes par lesquelles cette juridiction prend fin (§ 8)⁵⁷. Même un aperçu très rapide comme celui-ci montre bien la différence qui existe entre le légat apostolique et l'ambassadeur séculier – le premier, surtout quand il a le statut de *legatus de latere*, étant pourvu de pouvoirs absolument inconnus en dehors de la diplomatie pontificale, notamment en matière de *iurisdictio* et de concession de bénéfices. La réflexion menée par les canonistes ne peut donc pas nous aider pour comprendre la fonction remplie par l'usage des mots *officium* et *munus* en référence aux ambassadeurs des princes et des cités.

C'est pourquoi il convient de revenir au droit civil et de chercher à repérer d'autres éléments nous permettant de saisir la façon dont les juristes abordent cette question. Au XIV^e siècle ils qualifient souvent la légation d'*officium*⁵⁸ ; en particulier, Luca da Penne – après avoir écrit, au début de son commentaire sur le titre *de legationibus* du *Code*, que l'*officium lega-*

etiam a consule, [...]. Hinc est, quod legatus dicitur vicarius muneris alieni. ff. de leg. vicarius & l. legatus [Dig. 50.7.14(13) et 13(12)]. [...] Nos tamen hic principaliter de illo legatorum genere tractare intendimus, quibus a sede Apostolica certa provincia gubernanda mandatur ». La même définition est reprise avec plus ou moins de précision dans bien d'autres traités sur les légats du pape, comme ceux d'Andrea Barbazza, Nicolas Bohier, Jean Bruneau et Pietro Andrea Garbaro (voir *De legatis et legationibus tractatus varii*, op. cit., p. 42, 79, 82, 85).

- 56 Voir G. Durand, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, p. 29B.
- 57 Henri de Suse organise son discours, beaucoup plus bref que celui de Durand, selon le plan suivant : 1. *Legatus quis sit* ; 2. *Legatorum species quot sunt* ; 3. *Officio legati quid pertineat* ; 4. *Legatus quando exerceat suam iurisdictionem* ; 5. *Legatus in quo loco exerceat suam iurisdictionem* ; 6. *Iurisdictio legati qualiter finiat*.
- 58 Voir par exemple les commentaires de Bartolo sur Dig. 26.1.6.6 (« officium legationis », Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, 10 vol., apud Iuntas, Venetiis 1590, t. III, f. 68rA), sur Dig. 28.2.29.8 (« legationis officium », *ivi*, f.

tionis devrait être réservé aux juristes⁵⁹ – définit le contenu de cet *officium* (à savoir « établir l'amitié, l'alliance et la paix » entre le mandant et le destinataire, pourvu toutefois que ce dernier ne soit pas un homme inique)⁶⁰ et fait recours même au syntagme *legationis munus*, en référence aux *munera personalia* et à la nature obligatoire de cette charge⁶¹. Plus tard, vers la moitié du XV^e siècle, la rubrique *De legatis* du *Tractatus de principibus* de Martino Garati se révèle d'un grand intérêt pour notre propos. Le juriste de Lodi, en effet, dit clairement, dans la *quaestio* 4, que la légation est un office (« *legatio dicitur officium* »), bien qu'il précise immédiatement qu'il s'agit d'une affirmation parfois contredite par les statuts sur les officiers (ce qu'a confirmé Riccardo Fubini)⁶². À cet égard, on pourrait s'interroger sur le fait que le même *Tractatus de principibus* com-

96vA), sur *Dig.* 47.2.62.5 (« *officium legationis est munus necessarium* », *ivi*, t. VI, f. 118vB) et sur *Dig.* 50.7.9(8).2 (« *Nota quod legatus non debet attendere ad aliud quam ad officium legationis* », *ivi*, t. VI, f. 225rA). Pour beaucoup d'autres exemples relatifs à l'usage des expressions « *officium* » et « *munus legationis* » au XIV^e siècle, voir *infra*, dans ce chapitre et dans les deux chapitres suivants.

59 Voir Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63), p. 311B, n° 1.

60 Voir *ivi*, p. 313A, n°s 9-10 : « *Legatorum quidem officium est inter eum ad quem, & eum a quo mittuntur, amicitiam, societatem, pacemque firmare, 63 di. ego in fi. [c. 30 § 1, d. 63] & 1 Machab. ca. 9. Misit Ionathas legatos componere pacem [1 Maccabées 9.70], ut tamen circa haec tam per mittentem quam per ipsum legatum opportuna circumspectionis sapientia procedatur, ut cum iniquis talia nunquam fiant, cum his namque non unio, sed dissensio & separatio est tractanda* ».

61 Voir *ivi*, p. 320B, n° 35 : « *Legationis etiam munus publicum est, quod quis subire compellitur. ff. de muner. & honor. l. fin. § legati [Dig. 50.4.18.12] & not. s. de decurio. si quis decurio [Cod. 10.32.16]* ».

62 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 212vB : « *Legatio dicitur officium. l. j. ff. ex qui. cau. maio. [Dig. 4.6.1] & ibi Alberi[cus de Rosate] [mais c'est son commentaire sur la rubrique Dig. 4.6]. Propterea lex loquens de officio habet locum in legatione, quod nota quia vidi dubitari in statuto loquente de officiali* ». Alberico da Rosciate n'écrit pas explicitement que la légation est un *officium*, mais mentionne le privilège de la *restitutio in integrum* au bénéfice de l'ambassadeur qui est absent pour le service de la chose publique durant tout le temps de sa mission, pourvu qu'il n'anticipe pas son départ ou bien qu'il ne retarde pas son retour, et qu'il soit envoyé pour des affaires publiques : « *Contra ambasciatores maturius recedentes, & tardius venientes. [...] An ambasciatores civitatum, & municipiorum restitui debeant inf. eod. l. legatis [Dig. 4.6.8]. [...] Ille qui vadit in legatione proprij commodi causa non videtur abesse causa reipublicae. j. eod. l. non vere [Dig. 4.6.42]* » (Albericus de Rosate, *In Primam ff. Veter[is] Part[em] Commentarij*, Società dell'Aquila che si rinnova, Venetiis 1585 [réimpression chez A. Forni, Bologna 1974], f. 264vA-265rA, n°s 2, 3 et 11). Cette *quaestio* de Marti-

prend aussi une rubrique *De officialibus dominorum*, où l'extension du pouvoir et des fonctions des officiers entourant le prince est minutieusement décrite : quelle est la relation entre ces deux rubriques ? Pourquoi l'ambassadeur fait-il l'objet d'une partie autonome ? Ne doit-il pas être considéré comme un officier à part entière ? Ceci ne semble pas être l'opinion de Martino car, à bien voir, l'ambassadeur n'est pas complètement absent de la rubrique *De officialibus*. On y lit par exemple que le messager portant un message qui est cause de réjouissance publique doit recevoir une récompense⁶³, ou bien qu'un pouvoir général ne donne pas à l'ambassadeur la faculté d'accomplir des actes réservés au prince⁶⁴ ; Martino étend ensuite la portée d'un principe en matière de salaire, formulé pour les ambassadeurs dans la rubrique *De legatis*, à tous les officiers⁶⁵ ; deux *quaestiones* de la rubrique *De officialibus*, enfin, posent l'interdiction générale de cumuler plusieurs offices, qui dans la rubrique *De legatis* est nuancée à l'égard de l'ambassadeur⁶⁶. On peut donc affirmer que l'ambas-

no semble être rappelée par Pietro Del Monte lorsqu'il écrit : « Esse ambasiatorem est officium, C. ex qui. cau. ma. l. i [mais *Dig.* 4.6.1], quod no. ad statuta » (*Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé).

- 63 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de officialibus dominorum*, in *TUI*, t. XVI, f. 379[mais 279]rB, q. 20 : « Nuntius, qui portat ambasiatam publicae laetitiae, debet habere praemium ».
- 64 *Ivi*, f. 280rB, q. 91 : « In legatione generali principis non veniunt reservata principi [...] » ; ces mêmes mots se trouvent également dans le *Tractatus de Legatis*, *ivi*, f. 213vA, q. 39.
- 65 Dans le *Tractatus de Legatis*, *ivi*, f. 213rB, q. 23 : « Licet unus ex legatis decedat, tamen non accrescit alteri legato collegae salarium praecedentis. Barto[lus] in leg. j. C. de leg. lib. X [mais *Cod.* 10.65(63).2] » ; et dans le *Tractatus de officialibus*, avec l'allégation de la même source, *ivi*, f. 281vA, q. 112 : « Licet unus ex officialibus decedat, vel aliter officium non impleat, tamen salarium decedentis, vel non impleatis non accrescit illi, qui solus adimplevit ».
- 66 Voir *Id.*, *Tractatus de officialibus*, *ivi*, f. 279vA, q. 48 : « Nemo potest habere duo officia cum salario, in aut. de defen. civi. § nulla. [*Auth.* 3.2, § nulla = *Nov.* 15.2] & Ang[elus de Ubaldis] in l. fi. ff. de offi. asses. [*Dig.* 1.22.6] » ; et f. 280vA, q. 111 : « Non debet quis habere plura officia eodem tempore. l. j. C. quemadmo. civi. mu. indi. [*Cod.* 10.43.1] ». En revanche, dans le *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 213rB, q. 29 : « Consului in civitate Senarum, quod licet doctor legens non possit aliud officium exercere [...], tamen si princeps, vel populus liber, qui habet auctoritatem principis, eligat scienter doctorem legentem ad officium legationis, videtur dispensari : quia certa scientia principis aequiparatur clausulae non obstantibus, quando non tollitur ius tertii : Baldus in proemio feudorum XIII col. [Baldus de Ubaldis, *Lectura super usibus feudorum*, [s. n.], Venetiis 1500, Prohemium, f. 4rA] et Archidiaconus in c. si eo tempore, de rescript. lib. VI [c. 9, VI 1.3] ».

sadeur, d'après Martino, est bien loin d'être écarté des autres officiers et que, plutôt, le fait qu'il lui soit spécifiquement consacrée une entière rubrique du *Tractatus de principibus* ne fait qu'en accroître le prestige. Au-delà de la portée rhétorique que l'utilisation du mot *officium* peut avoir, il n'y a pas de doutes que pour le juriste de Lodi l'ambassadeur est le titulaire d'une charge publique, comme le montrent aussi d'autres *quaestiones* de la rubrique *De legatis*. Dans la numéro 20 nous trouvons en effet l'affirmation, très audacieuse eu égard à la doctrine juridique médiévale et pré-moderne, selon laquelle si un prince donne une procuration à un ambassadeur, l'action de mandat ne surgit pas entre eux, puisque le mandat (étant issu du domaine du droit privé) est un titre qui n'a pas lieu envers une « personne publique »⁶⁷. L'ambassadeur est donc une *publica persona*, appelée à une charge publique, et les pactes et capitulations qu'il conclut sont conséquemment, nous dit Martino, des « conventions publiques »⁶⁸.

Cette insistance sur le rôle public de l'ambassadeur séculier, on la trouve également dans l'*Ambaxiatorum Brevilogus*, le traité écrit quelque dix ans avant celui de Martino par Bernard de Rosier « pour que ce grand office ne devienne pas méprisable », comme il l'écrit lui-même⁶⁹ ; parmi les arguments utilisés à cet effet dans cet ouvrage, elle est même l'un des

67 Voir Id., *Tractatus de legatis*, *ivi*, f. 213rB : « Si princeps mandat legatum, non oritur actio mandati inter principem & mandatarium ; quia titulus mandati non habet locum in publica persona. I. si quis procuratorem C. de decur. [Cod. 10.32(31).34] & Alberi[cus de Rosate] in l. j. C. de eden. [Cod. 2.1.1] ». En fait, *Cod.* 10.32(31).34 se réfère aux décurions auxquels il est défendu, sous peine de l'exil, d'accepter une quelconque procuration (laquelle, de même que les travaux manuels, était considérée comme indigne d'un homme libre) ; Alberico da Rosciate, dans son commentaire sur *Cod.* 2.1.1, parle de l'*argentarius* en écrivant : « Et semper dic, quod nulla mandati actio competit contra argentarium ex mandato conficiendarum rationum, quia non facit gratis, sed ratione officii, ut ff. eo. l. praetor, § i [Dig. 2.13.4.1] & l. argentarius, § i [Dig. 2.13.10.1] & pro hoc, ff. manda. l. i [Dig. 17.1.1.4] » (Albericus de Rosate, *Commentarii in primam Codicis partem*, Società dell'Aquila che si rinnova, Venetiis 1586 [réimpression chez Forni, Bologna 1979], f. 69vB, n° 2). L'affirmation de Martino ne sera pas partagée par les auteurs de traités sur l'ambassadeur des deux siècles suivants, qui continueront à faire référence à l'*actio mandati* malgré l'affirmation du statut public de l'ambassadeur, voir *infra*, chap. 3, § 3, note 130.

68 Voir *ivi*, f. 213rA, q. 18 : « [...] pacta vel legatorum capitula sunt conventio publica ».

69 Voir B. de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., « Prohemium », p. 3 : (« [...] grande hoc officium ne vilescat »). Il s'agit d'un « grande officium » qui

plus importants. Le prélat languedocien désigne en effet l'ambassade comme un « *officium publicum* » qui non seulement donne excellence et honneurs à celui qui le remplit, mais vise « le bon gouvernement des hommes », de sorte que ceux qui sont chargés d'une telle tâche doivent l'accepter et la remplir jusqu'au but, et non pas la refuser sous quelques prétextes que ce soit. Les ambassadeurs, selon Rosier, s'attachent à poursuivre l'utilité commune et leur action produit plusieurs bénéfices à « l'avantage de la chose publique en général (*universe*) », bien qu'ils soient envoyés à des individus précis pour mener des affaires ponctuelles. Il n'y a pas de meilleure manière, plus rapide et plus heureuse, pour mener à bien les affaires dans des lieux et des régions différents, qu'y envoyer à cette fin des ambassadeurs dignes et experts : leur *officium* est large au point de comprendre des actions comme porter honneur et dévotion à Dieu tout-puissant en toute chose, apaiser les guerres, mettre d'accord ceux qui ne le sont pas, repousser les querelles, inciter à l'amitié, réfréner la colère et la vengeance, retenir les injures, adoucir les cœurs indignés, chasser la tristesse, apporter la joie, se conduire avec amour, montrer intégrité dans les œuvres et douceur et modestie dans les faits et dans les mots⁷⁰. De plus, c'est en raison de leur « *officium publicum* » et en tant que « *publice persone* », que les ambassadeurs sont protégés par le droit des gens et que l'on tend à leur faire confiance⁷¹, si bien que les privilèges dont ils bénéficient, quoiqu'ils assurent leur propre utilité (une utilité particulière), sont garantis par l'autorité publique, étant à la fois établis par le corps du droit écrit (civil et canonique), observés par la coutume et gardés en vertu du

par conséquent demande à traiter des affaires de première importance, voir *ivi*, cap. 4, p. 6.

70 Voir *ivi*, cap. 6, p. 7-8 : « *Ambaxiatorum officium publicum est, secum defferens hiis, quibus committitur, dignitatis excellenciam, et prerogativam honoris. Pertinet si quidem ad felix regimen humanum benemeritos et abiles ambaxiatorum officio deputare pro emergentibus utiliter promovendis, et si cum oneribus laboris utriusque hominis imponatur, equanimiter perferendum est, nec pretextu spiritualis ocij, status monastici, sanctimonie, leccionis, aut scolastice doctrine vel alterius probate accionis passim recusandum. Constat et enim ambaxiatores comunis utilitatibus insistere, per eos rei publice universe comoda plurima provenire, licet ad singulos et pro particularibus negocijs particulariter transmittantur* ».

71 Voir *ivi*, cap. 24, p. 24 : « *Fidem plenam super omnibus et singulis ambaxiatam eis commissam concernentibus una cum dependentibus et connexis exinde quicumque ambaxiatores habent de iure gentium et communi positivo, ad causam eorum officii publici, et publice persone existunt* ».

souci d'assurer la conservation de la *respublica communis*⁷². Travaillant « pour le bien et l'avantage commun », ils sont dignes de recevoir honneurs et révérence⁷³, tandis que ceux qui leur font obstacle vont à l'encontre du bien public, retardent la réalisation de la paix et de la tranquillité pour tous et nuisent davantage que ceux qui frappent et tuent les passants sur la voie publique : ainsi, ceux qui s'emparent de la personne d'un ambassadeur dans l'exercice de sa fonction, ceux qui le volent ou l'empêchent de remplir sa tâche doivent être punis selon les deux droits (le civil et le canonique) et encourir l'infamie perpétuelle en transmettant leur déshonneur à leur descendants⁷⁴.

Le sentiment que l'on tire de ce traité est que pour Rosier l'« utile » que l'ambassadeur s'attache à réaliser ne doit pas se mesurer seulement à l'échelle de sa propre communauté ou du prince qui l'a envoyé en mission : des expressions comme *respublica universe* ou *respublica communis* nous font bien voir qu'ici la *respublica*, loin de se restreindre dans les limites d'une communauté particulière, paraît plutôt s'élargir jusqu'à comprendre toute la *Christianitas*, voire « le monde entier » selon les mots du même Rosier, qui dans la conclusion de son traité revient encore une fois sur l'utilité générale de l'*officium* de l'ambassadeur (« *publice utile est officium ambaxiatorum* ») en la rapportant justement, sur le fondement aussi bien de l'évidence que de l'expérience, à l'échelle du « *tot[us] orbi[s]* »⁷⁵.

La même aspiration à une dimension ample et coextensive à l'entière Chrétienté des bénéfices provenant de l'activité de l'ambassadeur est par-

72 Voir *ivi*, cap. 26, p. 26 : « *Ambaxiatorum privilegia publica sunt auctoritate licet utilitate privata, quedam in corpore utriusque iuris positivi clausa, quedam moribus utencium observata, quedam rei publice communi conservacione retenta* ».

73 Voir *ivi*, cap. 25, p. 25 : « *Jure succursum est laborantibus pro re publica reverenciam et honores ab omnibus exhiberi debere, pariter et impendi, quatinus publice honorentur ab omnibus qui pro omnium vice bono comodoque communi laborant* ».

74 Voir *ivi*, cap. 27, p. 26 : « *Ambaxiatoribus pro utilitate publica laborantibus prebentes obstacula, bonum publicum impediunt, pacem et tranquillitatem maiorum minorum et mediocrium retardant, sicque magis nocent quam qui in strata publica confondiunt et trucidant transeuntes. Qui igitur ambaxiatores officium suum debite exercentes undecumque et a quibuscumque transmissos capiunt, depredant, et viam illorum impediunt, crimen grave committunt, et comuni utroque iure dampnantur, secundum utriusque hominis statum, infamiam perpetuam incurrunt, et transmittunt suis posteris innominiam publicam et dedecus* ».

75 Voir *ivi*, cap. 30, p. 28 et, à ce propos, R. Fubini, « L'ambasciatore », art. cit., p. 651.

tagée d'ailleurs par Martino Garati qui, s'il ne donne aucun élément à ce sujet dans la rubrique *De legatis*, laisse en revanche transparaître de la rubrique *De confederatione* l'idée selon laquelle cette activité doit viser l'objectif de la restauration de la paix au sein du monde chrétien. L'ambassadeur, à son sens, ne remplit pas un rôle inhérent à l'intérêt exclusif de la communauté qui l'envoie, car le but de la négociation, et donc de l'ambassade elle-même, est toujours celui de rétablir l'ordre juridique déchiré par le conflit. Au-delà de l'instabilité inscrite au cœur des événements politiques et de la crise du paradigme universaliste marquée par l'affirmation de princes et cités *superiorem non recognoscentes*, dont il est bien conscient⁷⁶, sa confiance dans la possibilité de regagner une unité (une unité toujours plurielle, pour ainsi dire, et intrinsèquement dynamique) ne disparaît pas complètement : il suffirait de rappeler à cet égard son exhortation aux princes pour qu'ils aiment la paix⁷⁷, l'affirmation selon laquelle il appartient au pape de faire la paix entre les princes chrétiens⁷⁸, ou le refus résolu des confédérations établies contre l'empereur ou le pape, en raison de leur rôle de garants suprêmes de l'ordre temporel et spirituel⁷⁹.

Tout autre est, pour autant, la perspective adoptée quelques décennies plus tard par le Vénitien Ermolao Barbaro, dont le *De officio legati*, rédigé en 1489, s'ouvre sur cette définition péremptoire : « la tâche de l'ambassadeur est d'obéir aux ordres de sa République ou de son Prince, avec diligence et à l'avantage de celui qui l'a nommé »⁸⁰. On notera ici l'usage du mot *munus*, par lequel Barbaro – contrairement aux juristes cités plus haut,

76 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 2, § 1.

77 La rubrique *De confederatione, pace, & conventionibus Principum* est publiée dans le *TUI*, op. cit., t. XVI, f. 302rB-303rB, mais nous utilisons l'édition établie par A. Wijffels in *Peace Treaties*, op. cit., p. 412-447 ; voir p. 427, q. 37 : « Principes debent diligere pacem nam Imperator Iustinianus habuit pacem cum Persis. I. in nomine Domini. C. de off. praefec. praeto. [Cod. 1.27.2]. Et Federicus cum Lombardis pacem in extravag. de pace Constan. in prin. [De Pace Constantiae, proh.]. Nam Princeps omnis debet recognoscere a Deo nostro Iesu Christo. I. i. in princ. C. de vete. iure enucle. [Cod. 1.17.1] ».

78 Voir *ivi*, p. 426, q. 34 : « Ad Papam pertinet pacem facere inter Principes Christianos gl[ossa pace] in cle. i. de iureiu. [2, Clem. 9.1] ».

79 Voir *ivi*, p. 438, q. 61 : « Confederationes non dicuntur iustae, neque ad bonum finem regulariter, quando fiunt contra Papam, vel Imperatorem. Ang[elus de Ubaldis]. in l. i. ff. quod cuiusque univ. nomi. in i. col. [Dig. 3.4.1] ».

80 E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 159 : « Legati munus est mandata Reipublicae suae vel Principis obire diligenter et ex usu eius, a quo legati nomen habuit ».

comme Pillio da Medicina, Rolando da Lucca ou Luca da Penne – ne semble pas vouloir se rapporter au système des *munera* romains et mettre par là en évidence la nature obligatoire de l'élection à la charge d'ambassadeur (ce qui par ailleurs à Venise, on le verra, ne constituait point une question de moindre importance), mais plutôt désigner dès la première ligne de son opusculum la nature même de cette charge, immédiatement reconduite à l'avantage de l'État. La distinction tracée par Rosier entre les affaires particulières, qui représentent le but immédiat de l'ambassadeur, et l'utilité commune, qui constitue au contraire son but ultime, médiat mais en même temps légitimant son action, va maintenant s'évanouir. Du reste, Barbaro le dit clairement : « la fin de l'ambassadeur est la même que celle des autres qui accèdent aux offices de la République ; qu'ils fassent, disent, délibèrent et pensent ce qui, d'après eux, vise la conservation et l'agrandissement de l'état de leur cité »⁸¹. Le domaine de l'activité de l'ambassadeur, et surtout de l'ambassadeur résident auquel Barbaro consacre son opusculum⁸², est de la sorte associé à celui des autres fonctions publiques et adressé sans hésitations à la poursuite de l'avantage de l'État⁸³ : « s'il vise tout cela et s'il se tourne entièrement en cette direction, l'ambassadeur ne se trompera jamais à la légère »⁸⁴.

Quant à l'obéissance aux ordres reçus (question que nous aborderons plus loin)⁸⁵, Rosier avait déjà avancé quelques conseils, en écrivant que l'ambassadeur devait s'assurer du contenu de son instruction avant son départ et que toutefois, face aux circonstances, il serait parfois contraint d'agir avec « discernement », sans pourtant jamais excéder ses pouvoirs⁸⁶. Barbaro pourtant va plus loin et identifie, pour la première fois, la tâche

81 *Ibidem* : « Finis legato idem est qui et caeteris ad Rempubicam accedentibus ; ut ea faciant, dicant, consulant et cogitent, quae ad optimum suae civitatis statum et retinendum et amplificandum pertinere posse iudicent ».

82 Voir *ibidem* : « De uno tantum genere legatorum dicemus [...] Non habet praefinitum aliquod tempus huiusmodi legatio ».

83 Voir en ce sens également R. Fubini, « La figura politica dell'ambasciatore negli sviluppi dei regimi oligarchici quattrocenteschi », in *Forme e tecniche del potere nella città (secoli XIV-XVII)*, Università di Perugia, Perugia 1980, p. 37 ; et Id., « L'ambasciatore », art. cit., p. 653.

84 E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 159-160 : « Hoc si spectaverit legatus et si huc totum se converterit, haud temere unquam labetur ».

85 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 4, § 2, et partie III^e, chap. 4, § 2.

86 Voir B. de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 7, p. 9 ; cap. 9, p. 10 ; cap. 18, p. 19 ; cap. 21, p. 22.

même de l'ambassadeur avec l'obéissance au mandat. L'établissement de la paix, de l'alliance et de l'amitié entre le mandant et le destinataire, qui chez Luca da Penne désignait le contenu de l'*officium legati*, est pour l'humaniste vénitien seulement l'une des « causes » possibles pour lesquelles on peut envoyer un homme en mission, non ce qui caractérise cet *officium* en dernier ressort⁸⁷. Dans la Venise de la fin du XV^e siècle, l'ambassadeur remplit une fonction clairement identifiée à l'exécution des ordres, bien sûr rapportés toujours aux circonstances, mais avec l'avertissement explicite que jamais il ne peut se réputer plus prudent que son maître et aller jusqu'à en modifier, au-delà des « mots », le « sens » même⁸⁸.

Dans ce petit texte, Barbaro nous semble mettre très bien en lumière la transformation profonde subie par la diplomatie tout au long du XV^e siècle, dans toute l'Italie du nord : une transformation liée étroitement à la dernière phase de la crise du modèle communal, en cours depuis longtemps, et à un usage nouveau de la diplomatie, menée souvent dans une forme irrégulière et par des agents et serviteurs officieux, plutôt que par de véritables ambassadeurs (« *legati* »), employés dans le but moins de communiquer des messages ou de régler des affaires dans un cadre juridique dominé par le *ius commune*, que de donner une légitimation à des gouvernements qui en étaient pour plusieurs raisons dépourvus, ou en tout cas d'en faire valoir les intérêts dans un contexte où le moins que l'on puisse dire c'est que la sphère des intérêts publics et la sphère des intérêts privés de leur chefs étaient imbriquées entre elles. Nous verrons plus loin quelques exemples de cet usage de la diplomatie dans l'Italie de la seconde moitié du *Quattrocento*, de même que nous envisagerons les liens existant entre la naissance de la diplomatie moderne et la formation de

87 Voir E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 159 : « Legati autem aut ad internuntiandum, aut ad pacem cum hoste componendam, aut ad foedus societatemve iungendam aut conservandam mittuntur. Causae sunt et aliae, sed illustriores et magis insignes hae sunt ».

88 Voir *ivi*, p. 160 : « Hoc amplius praestare debent legati, ut mandata ediscant et exsequantur, nunquam committant, ut se prudentiores iudicent », et à propos de sa mission à Milan Barbaro explique : « Tantum mutare sensum nolui, verba coactus sum novae rei superventu ». On rappellera que, comme nous l'avons dit *supra*, Introduction, § 2, point β), Barbaro écrivit cet opuscule au moins en partie dans le but de justifier son comportement en cette occasion et de répondre ainsi aux reproches qu'on lui avait adressés.

l'État⁸⁹. Cependant, nous pouvons affirmer dès maintenant que l'opuscule de Barbaro se propose comme le premier traité sur l'ambassadeur qui se situe en dehors du discours juridique traditionnel et considère l'ambassadeur non pas comme un agent au service de la *respublica universe*, mais comme un émissaire direct du prince ou de la cité qui l'envoie, dont il doit rechercher l'utilité. En faisant cela, il donne un sens nouveau au *munus* de l'ambassadeur et pose les prémisses pour une définition explicite de ce *munus*, et de l'*officium* qui lui correspond, comme une véritable « fonction (*functio*) » de la République de la part d'un autre humaniste bon connaisseur de la diplomatie vénitienne, Étienne Dolet⁹⁰.

Dès la fin du XII^e siècle, l'ambassade est donc définie comme un *officium* et un *munus publicum*. Si Martino Garati da Lodi manifeste des doutes par rapport aux *statuta* des communes italiennes, bien d'autres juristes utilisent cette définition comme si elle allait de soi. Du moins dans un premier temps, l'emploi de ces notions a certainement été fait sur la base des textes de droit romain qui qualifiaient de cette manière la tâche du *legatus*. Néanmoins, il s'agit d'un emprunt terminologique et conceptuel qui ne peut pas être réduit simplement à la plate répétition de formules abstraites et figées : même avant que le *munus* de l'ambassadeur soit identifié à une fonction de l'État, l'effort doctrinal des juristes apparaît clairement orienté dans la direction d'une pleine affirmation de sa nature publique, affirmation qui se nourrit de nombre d'éléments relevant de plusieurs aspects à la fois institutionnels et matériels de l'ambassade, dont nous nous occuperons d'ici peu, mais qui repose toutefois sur les notions d'*officium* et de *munus publicum* comme sur ses fondements conceptuels.

89 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 2, § 6, point a) pour les agents officieux ; partie II^e, chap. 1, § 1 pour le rapport entre la diplomatie et la formation des États.

90 Dolet semble utiliser le mot « *functio* » comme un équivalent de « *munus* » et d'« *officium* », consistant dans l'obéissance au mandat : voir É. Dolet, *De officio legati*, op. cit., surtout p. 64 (« His igitur perstrictis ad legati officium functionemque veniam »), p. 66 (« Itaque breviter sic legati officium demonstrabimus, scilicet quid in suscepto munere agere debbit » ; « Legati primo officium est, ut a quo legationem accipit, ab eodem probe mandatis oneratus discedat, quas instructiones vulgo vocant. [...] Fundamentum igitur legationis mandata sunt. In quibus et exequendis et exhauriendis totum versatur legati officium [...] »), p. 78 (« Legationis fundamentum caputque esse supra tradidimus illius quidem mandata, a quo legatio ipsa datur. In iis itaque prudenter efficiendis totum versabitur legati munus »).

1.3 « *Officium* » et « profession » au début de l'époque moderne

Comme nous venons de le voir, en dépit du tournant qui se produit à la fin du XV^e siècle, un élément décisif semble marquer l'emploi de ces notions, à savoir la référence à la nature publique de la charge d'ambassadeur et à l'utilité publique qu'il est appelé à promouvoir. Eu égard en particulier à la notion d'*officium*, nous pouvons maintenant évoquer brièvement l'impact que son emploi va produire au début de l'époque moderne. En effet, elle est à la base de la définition non seulement des aspects matériels et institutionnels de l'ambassade que nous verrons dans le chapitre suivant, et qui participent à constituer le statut juridique de l'ambassadeur, mais aussi des aspects qui, en quelque mesure déjà à partir du XIV^e siècle, mais surtout dès le XVI^e siècle, vont constituer son statut professionnel, et sur lesquels nous nous pencherons dans la troisième partie de ce travail. Tout en renvoyant à cette partie pour des précisions terminologiques à propos de la notion de « profession »⁹¹, nous pouvons affirmer d'ores et déjà qu'à l'époque qui fait l'objet de notre analyse, le mot « *officium* », dans le sillage de la littérature romaine et chrétienne *de officio*, a apporté d'abord une contribution décisive à l'élaboration de la signification chrétienne et moderne de l'idée de « profession » en tant qu'activité éthiquement valorisée et adressée au bien commun⁹² ; en posant à ses titulaires des conditions en termes de savoir et de compétence, en leur prescrivant des devoirs de service et de loyauté et, finalement, en faisant appel à une éthique spécifique de leur occupation, elle a ensuite joué un rôle fondamental pour l'élaboration doctrinale d'une identité professionnelle des fonctionnaires publics⁹³. L'*officium* attaché au *munus publicum* de l'ambassadeur a donc constitué une notion pivot dans l'élaboration du statut

91 Voir *infra*, partie III^e, le début du chap. 1.

92 Voir l'analyse historique du concept de « profession » proposée par T. Faitini, *Il lavoro come professione. Una storia della professionalità tra etica e politica*, Aracne, Roma 2016, chap. 3 et 4. Bien qu'il soit considéré comme issu du monde protestant, d'après les études de Max Weber sur la notion de « Beruf », le concept de « profession » a néanmoins des importantes racines dans le christianisme antérieur à la Réforme et dans le catholicisme de l'époque de la Contre-Réforme. Voir à ce propos *ibidem*, ainsi que C. Fantappiè, « La professionalizzazione del sacerdozio cattolico nell'età moderna », in *Formare alle professioni. Sacerdoti, principi, educatori*, a c. di E. Becchi e M. Ferrari, Franco Angeli, Torino 2009, p. 39-69.

93 Ainsi M. Santoro, « "Professione" : origini e trasformazioni di un termine e di un'idea », in *Corpi, « fraternità », mestieri nella storia della società europea*, a c. di D. Zardin, Bulzoni, Roma 1998, p. 128, note 28.

professionnel de l'ambassadeur, aussi bien que de nombre d'autres figures d'officiers publics et de serviteurs du prince⁹⁴. Compte tenu de ces prémisses, ce n'est pas un hasard si cette notion s'est imposée dans la littérature sur l'ambassadeur dès les *summae* juridiques de la fin du XII^e siècle et si son emploi s'est perpétué même au début de l'époque moderne⁹⁵. Ce qui a changé, c'est plutôt la détermination du contenu spécifique de cet *officium*, qui a été identifié tour à tour dans la négociation d'une affaire, la réalisation du bien commun, l'établissement de l'amitié et de la paix entre le mandant et le destinataire de l'ambassade, l'obéissance au mandat ou la poursuite de l'intérêt de son prince ou de sa République. La référence à cette notion, cependant, doit être considérée comme une donnée constante dans cette littérature, si bien que même dans des textes engendrés dans la pratique diplomatique, comme les relations des ambassadeurs vénitiens, lorsqu'une réflexion sur la nature de cette charge et sur ses tâches est proposée, aussi rapide soit-elle, c'est « *uffizio* » le mot qui est employé à cet effet⁹⁶.

À côté d'*officium*, l'on pourrait penser qu'un rôle important dans la professionnalisation de l'ambassadeur a été joué par le mot « art »⁹⁷, dès lors que l'éclaircissement de la *τέχνη* propre à un diplomate devrait offrir des éléments fort significatifs pour la définition de cette profession. Cependant, ce mot est pratiquement absent de notre littérature pour l'époque qui nous intéresse ici : le seul auteur qui l'utilise avec une certaine fréquence est Torquato Tasso, par ailleurs dans un sens apparemment très proche de celui

94 Voir *ivi*, p. 128.

95 Pour nous limiter à un seul exemple, de 1664, voir J. Howell, *ΠΡΟΕΛΠΙΑ-ΒΑΣΙΛΙΚΗ*, op. cit., The fourth, & last Section, containing a Discourse of Ambassadors, p. 178 : « This Discourse shall keep close the the Person of the *Ambassador*, and to the Nature of his Function, Office and Duty ».

96 Voir la relation de Rome de Bernardo Navagero (1558) : « Ho imparato nelle legazioni nelle quali per molti anni è piaciuto a Vostra Serenità servirsi di me che l'uffizio dell'ambasciatore è diviso in tre parti : nell'intendere ed avisare, nel che è necessaria la diligenza ; nel negoziare in che giova mirabilmente la destrezza, e nel riferire, ove il giudizio importa grandemente parlando delle cose necessarie ed utili e lasciando le vane e inutili » (*Relazioni degli ambasciatori veneti al senato durante il secolo decimosesto*, a c. d'E. Albèri, Società editrice fiorentina, Firenze 1839-1863, serie II, vol. 3, p. 366).

97 Sur l'évolution sémantique du mot « art », voir T. De Mauro, « “Arte” e il linguaggio della critica d'arte », in Id., *Senso e significato. Studi di semantica storica*, Adriatica editrice, Bari 1971, p. 333-392 : 366-384.

d'« *ufficio* »⁹⁸. Ainsi, son emploi, surtout à l'intérieur d'expressions comme « art de négocier » ou « art de la négociation », attestées déjà chez Bragaccia au début du XVII^e siècle⁹⁹, ne devient régulier que dans les traités, surtout français, parus au début du siècle suivant, comme ceux de François de Callières, d'Antoine Pecquet et de Gabriel Bonnot de Mably¹⁰⁰.

De même, on constate rarement l'usage du mot « profession (*professio*) », qui au Moyen Âge avait surtout le sens religieux de « profession de foi », bien que déjà dans le *Policraticus* de Jean de Salisbury il eût été employé à l'occasion pour indiquer toute activité dérivant de l'*officium* dicté à chacun selon sa position dans le corps social aux fins de la *publica utilitas*¹⁰¹. Une exception à ce propos est constituée par *Il libro del Cortegiano* de Baldassarre Castiglione, dont le prologue du livre I^{er}, dans une version manuscrite remontant aux années 1514-1515, s'arrête sur la naissance d'une nouvelle

98 Voir T. Tasso, *Il Messaggiere*, op. cit., éd. 1582, f. 27r : Tasso demande à l'Esprit de parler « del Messaggiere humano » en disant que « l'arte, e l'ufficio suo da te possa molto bene esser insegnata ». « Non voglio – ajoute-t-il peut après – [...] che tu gli infiniti casi, che possono [...] occorrere a gli Ambasciatori, riduca sott'arte, che questo sarebbe sciocco desiderio, & di cosa impossibile, ma a pieno da te mi terrei sodisfatto, se tu m'insegnassi quel che fosse l'Ambasciatore, & quel che l'ufficio, & il fin suo [...] » (nous soulignons). L'Esprit commence par répondre que « di tal arte trattò Hermonalo Barbaro, famosissimo Senatore in un suo libretto » (à savoir dans son *De officio legati*) ; plus loin, f. 28v, il définit l'« arte » de l'ambassadeur en disant qu'« ella altro non è, ch'un'arte di unire, e di conservare i Principi in amicitia » (nous soulignons). Plus loin encore, f. 30v, l'Esprit parle toutefois de l'« ufficio » de l'ambassadeur dans les mêmes termes : « l'ufficio di tutti [*sc.* les ambassadeurs] altro non è, che'l trattare accommodamento per unir gl'animi de' Prencipi, e'l fine essa unione de gli animi ; ufficio, e fine veramente oltra tutti gli altri civili nobilissimo » (nous soulignons). Pour la seconde rédaction, avec de très légères modifications, voir Id., *Dialoghi*, op. cit., p. 365-366 et 369 et 373.

Le mot « art » réapparaît chez de Vera, surtout lorsqu'il discute la définition de Tasso que nous venons de citer : voir J.A. de Vera y Çuñaiga, *El Enbaxador*, op. cit., discurso primero, f. 15v-16v.

99 Voir G. Bragaccia, *L'ambasciatore*, op. cit., III.10, p. 292 : « L'arte adunque delle trattationi di negotij presa in generale si può considerare in due maniere ».

100 Voir F. de Callières, *De la manière de négocier*, op. cit., p. 24, 68, 140 et 253 (éd. Waquet, p. 186, 195, 211 et 235) ; [A. Pecquet], *Discours sur l'art de négocier*, op. cit. ; G. Bonnot de Mably, *Des principes des négociations pour servir au droit public de l'Europe, fondé sur les traités*, [s. é.], La Haye 1757, spécialement p. 20-21 (il existe de ce texte une édition de 2001 avec introduction et notes de M. Belissa, Kimé, Paris 2001). Pour d'autres exemples relatifs au XVIII^e siècle, voir H. Kugeler, « *Le parfait Ambassadeur* », op. cit., p. 55, 69, 77 et 93.

101 Voir T. Fattini, *Il lavoro*, op. cit., p. 187-190.

« profession » dans la vie des cours italiennes, à savoir la profession de la « courtoisie »¹⁰². Bien que ce prologue ait été biffé dans la dernière rédaction du *Cortegiano*, le mot « profession » est en tout cas utilisé avec une grande fréquence dans le dialogue de Castiglione, avec différentes nuances sémantiques¹⁰³ ; qui plus est, la portée éthique et politique de cet ouvrage se manifeste justement dans la définition d'un profil professionnel spécifique de l'homme de cour qui, contrairement à ce qu'il en était auparavant, ne se réduit point à la seule « profession des armes »¹⁰⁴. Comme il a été observé, il s'agit ici – de même que dans la littérature des XVI^e et XVII^e siècles sur le secrétaire et d'autres figures de fonctionnaires – d'une tentative, accomplie par une classe d'hommes de culture, de trouver une légitimation auprès des princes, surtout comme pédagogues ou conseillers, à l'aide, d'une part, de l'exaltation rhétorique de leur rôle et, de l'autre, de la définition de leur activité comme une « profession » ayant besoin de règles et de principes : ils

102 Il s'agit du ms. Vat. Lat. 8204 de la Biblioteca apostolica vaticana ; voir le texte du prologue dans l'édition établie par U. Motta, *Castiglione e il mito di Urbino*, Vita e Pensiero, Milano 2003, p. 39 : « Però tra le altre cose che sono nate sono a tempi oltre gli quali noi habbian notitia, e non molto da' nostri secoli lontani, veggiamo essere invalsa questa sorte d'huomini che noi chiamiamo corteggiani, *della qual cosa quasi per tutta Christianità si fa molta professione*. Ché, come da ogni tempo siano stati gli principi e gran signori da molti servitori obediti, e sempre n'habbiano havuti de' più cari e meno cari, ingeniosi alcuni, alcuni sciocchi, chi grati per il valere ne l'arme, chi nelle lettere chi per la bellezza del corpo, molti per niuna di queste cause ma solo per una certa occulta conformità di natura, *non è però forsi mai per lo adietro, se non da non molto tempo in qua, fattase tra gli huomini professione di questa corteggiana, per dire così, e riduttasi quasi in arte e disciplina, come hora si vede* » (nous soulignons).

103 Sur la polysémie du mot « profession » dans le *Cortegiano*, voir D. Biow, *Doctors*, op. cit., p. 6-11.

104 Voir surtout B. Castiglione, *Il libro del Cortegiano*, op. cit., I.12 où on assiste au glissement du « cavaliere » au « cortegiano » ; et I.17, p. 44, où Ludovico de Canossa dit que « la principale e vera profession del cortegiano d[ev]e essere quella dell'arme », mais le courtisan faisant des armes son seul métier est ridiculisé immédiatement après. En I.44, p. 93, Ludovico affirme que le courtisan doit être « più che mediocremente istruito » dans les lettres, « almeno in questi studi che chiamano d'umanità ». Les chapitres II.23-24 montrent clairement que l'une des fonctions dont le courtisan peut être chargé est celle d'ambassadeur. Enfin, le livre IV finit par élever le courtisan au rôle de véritable conseiller du prince. Pour un examen de la figure du courtisan en tant que conseiller politique, voir D. Fedele, « Dire la vérité au prince : *Le livre du Courtisan* de Baldassarre Castiglione », in *Philosophie politique médiévale et naissance de la Modernité : Orient/Occident*, dir. par D. Ottaviani et M. Abbès, Garnier, Paris, à paraître.

cherchaient par là à se voir reconnaître une place de collaboration avec le pouvoir qui pût racheter leur position dépourvue de tout fondement institutionnel (dans les corporations des arts comme dans les universités)¹⁰⁵.

C'est ainsi dans le cadre de cette production littéraire que, dans la seconde moitié du XVI^e siècle, on parle par exemple de « profession » à propos de l'activité du secrétaire¹⁰⁶, et même du secrétaire d'ambassade, comme le montre l'*Informatione dell'offitio dell'ambasciatore* écrite par le Vénitien Marino Cavalli vers 1550¹⁰⁷. Quant à l'ambassadeur, le mot *professio* apparaît pour la première fois dans le traité de Conrad Braun, de 1548, mais par là le juriste allemand ne fait référence qu'à l'occupation exercée dans la vie par celui qui remplit temporairement cette charge¹⁰⁸. Bien plus intéressant nous semble à ce propos un autre texte – publié à Venise en 1572 par Girolamo Muzio, sous le nom de Mutio Iustinopolitano, dans un volume d'*Avvertimenti morali* – intitulé *Reggimento di Stato* : selon Muzio, la conservation de l'État oblige le prince à se servir uniquement des personnes expertes dans « son administration particulière », parmi lesquelles il cite notamment les conseillers, les secrétaires d'État et les ambassadeurs. Or, à de telles charges il faut élire non pas des « docteurs » ou des « chevaliers », mais des hommes qui ont « connaissance des choses pertinentes à l'État : et ceci – ajoute Muzio – est une doctrine, et une profession particulière, et à part »¹⁰⁹. Ce passage nous paraît précieux dans la mesure où il témoigne de la conscience d'un savoir spécifique qui appar-

105 Voir Ch.A. Fiorato, « Grandeur et servitude du secrétaire : du savoir rhétorique à la collaboration politique », in *Culture et professions en Italie (fin XV^e-début XVII^e siècles)*, Études réunies par Ch.A. Fiorato, Publications de la Sorbonne, Paris 1989, p. 166-167.

106 Voir A. Ingegneri, *Del buon segretario libri tre*, presso a Guglielmo Faciotto, Roma 1594, II, cap. 1, p. 34.

107 Voir M. Cavalli, *Informatione*, op. cit., p. 88 et p. 90.

108 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., II.12, p. 74 : « Cavere autem in primis debent Legati, ne in convivijis de rebus disserant, ad suam professionem non pertinentibus. Ita nec de Philosophia miles, nec de rebus bellicis disseret Philosophus [...] ».

109 Voir Mutio Iustinopolitano, *Avvertimenti morali*, appresso Gio. Andrea Valvassori, detto Guadagnino, Venetia 1572, *Reggimento di Stato*, p. 75 : « Hora pigliando la prima cosa, che proposta ho della conservazione delli stati, Dico che questa ha da havere la amministrazione sua particolare : nella quale entrano consiglieri, & secretarij di stato ; & in questi compresi sono gli ambasciatori, & cosi fatte persone. Al quale officio il Prencipe ha da considerare quali huomini egli habbia, o possa havere, che atti vi siano, & di quelli farne elette. [...] Che il consigliere

tient à l'ambassadeur, sinon exclusivement, du moins avec un nombre restreint de fonctionnaires qui sont appelés à participer à l'administration publique. Il est en tout cas le plus significatif que l'on peut trouver de l'usage du mot « profession » pour désigner l'activité de l'ambassadeur : après Muzio, en effet, l'on trouve chez Tasso deux occurrences du mot « *professione* » relativement à un nonce et à un ambassadeur de sa connaissance, mais sans que cette notion soit mise en valeur ou que sa portée soit explicitée de quelque manière que ce soit¹¹⁰.

Quelques années plus tard, l'ambassadeur figure lui aussi – aux côtés des tyrans et des ministres de Dieu, des prostituées et des médecins, des fossoyeurs, des bourreaux et des danseurs – dans le tableau ample et varié, comprenant plus de 500 métiers, dressé par Tommaso Garzoni dans sa *Piazza universale di tutte le professioni del mondo* : un catalogue encyclopédique où cette qualification n'ajoute rien à ce qui avait déjà été écrit au sujet de l'ambassadeur et, de surcroît, ne dit rien quant à la spécificité de son activité, aux qualités qu'il doit posséder et aux difficultés auxquelles il doit se confronter¹¹¹. Ainsi, ce n'est qu'à partir de la toute fin du XVII^e siècle que le mot « profession », à côté de « carrière » et de « métier », va être employé pour désigner cette activité : l'expression « profession d'ambassadeur », ou « de négociateur », devient à ce moment-là assez courante et finit souvent par remplacer le mot « office ». En 1680 Abraham de Wicquefort parle d'un côté de la « profession d'Ambassadeur & de Ministre »,

di stato non vuole esser eletto per esser nè dottore nè cavaliere ; ma per haver notitia di cose di stati : & questa è una dottrina, & professione particolare, & separata ». Sur l'émergence d'un savoir d'État dans la seconde moitié du XVI^e siècle, en particulier dans la littérature des *specula principum*, voir M. Senellart, « Justice et bien-être dans les Miroirs des princes de Osse et Seckendorff », in *Specula principum*, a c. d'A. de Benedictis, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1999, p. 243-265.

110 Voir T. Tasso, *Il Messaggiero*, op. cit., éd. 1582, f. 27v : « né men fortunato per la noscenza, c'hò del signor Ottavio Santa Croce, Nuntio di S.S. prudentissimo e gentilissimo Prelato, & che sostiene si alta professione con somma autorità, e splendore, & con essemplio di virtù, e di religion singolare. [...] Nè debbo tacere di due nobilissimi Cavaglieri Ferraresi, il Gualengo, & il Fiasco, ch'in questa nobilissima professione in servizio del lor Sereniss. Principe tanto si sono avanzati, che possono a più saggi, & più famosi d'Europa esser aguagliati » (pour la seconde rédaction, avec de très légères modifications, voir Id., *Dialoghi*, op. cit., p. 366-367).

111 Voir T. Garzoni, *La piazza universale di tutte le professioni del mondo* [1585], Einaudi, Torino 1996, discorso 83.

mais de l'autre utilise encore le mot « profession » pour indiquer, comme Braun, l'occupation de celui qui se trouve à remplir temporairement cette charge¹¹². Un emploi plus univoque de ce mot s'affirme néanmoins plus tard dans les traités de Chamoy et Callières, tous deux rédigés en 1697 : le premier utilise deux fois l'expression « profession du négociateur » et une fois « profession d'Ambassadeur »¹¹³, alors que le second, après avoir regretté que cette « profession » n'ait été « jusqu'ici trop négligée parmi nous » – la charge d'ambassadeur étant souvent remplie par des hommes de haute naissance mais sans expérience –, réclame la définition d'une conscience professionnelle nouvelle et spécifique pour le négociateur et déclare, dans des termes proches de ceux de Muzio, que

comme les qualitez & les connoissances necessaires à former de bons Negociateurs sont d'une très-vaste étenduë, elles suffisent pour occuper un homme tout entier, & leurs fonctions sont assez importantes pour faire une profession à part, sans qu'ils soient distraits par d'autres employis qui n'ont point de rapport à leurs occupations¹¹⁴.

Enfin, Antoine Pecquet parvient en 1737 à définir la « profession de négociateur » comme une véritable « carrière » au service de l'État à laquelle il faut être « préparé dès l'enfance » et qui peut durer toute la vie, d'autant plus qu'elle est désignée à ce moment-là par le recours, fort significatif, au mot « vocation »¹¹⁵ : un mot s'inscrivant dans la réflexion morale sur le « devoir d'état » qui connut un développement particulier, même par rapport aux occupations mondaines, dans la *precettistica* sur les « états de vie » de

112 Voir A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., II.1, p. 24, et I. 7 p. 162, à propos de Rubens : « Pierre Paul Rubens ne faisoit point de honte au Roy d'Espagne, ny par la consideration de sa naissance ny par celle de sa profession. L'une n'estoit ny vile ny abiecte, & l'autre ne servoit qu'à & à exprimer ses riches pensées bien plus heureusement, qu'il n'auroit pû faire dans un livre ».

113 Voir L. Rousseau de Chamoy, *L'idée*, op. cit., p. 17, 22 et 25.

114 Voir F. de Callières, *De la manière*, op. cit., chap. 5, p. 103, et chap. 21, p. 341-342 (éd. Waquet, p. 202 et 254).

115 Voir [A. Pecquet], *Discours*, op. cit., p. XIX, XXXIII, LVI et surtout 158-159. Bien que le mot « vocation » soit presque un *hapax* dans cet ouvrage (on le trouve à p. 13 et à p. 159), il apparaît plusieurs fois dans un autre texte de Pecquet, les *Pensées diverses sur l'homme*, surtout à propos de la « vocation des enfans » et parfois en connexion avec les mots « état » (au sens médiéval de *status*) et « profession » : voir Id., *Pensées diverses sur l'homme*, chez Nyon fils, Paris 1738, p. 60-62, n^{os} 36 et 38, ainsi que p. 137, n^{os} 81. Pour d'autres exemples relatifs à l'usage du mot « profession » au XVIII^e siècle, voir H. Kugeler, « *Le parfait Ambassadeur* », op. cit., p. 80 et 164.

l'époque de la Contre-Réforme, mais qui apparaît ici pour la première fois dans la littérature sur l'ambassadeur¹¹⁶.

La longue histoire et la présence continue du mot *officium* dans la littérature sur l'ambassadeur jusqu'à la fin du XVII^e siècle révèlent donc l'importance du rôle joué par la doctrine juridique médiévale et des efforts qu'elle a accomplis pour ramener la fonction et l'activité de cette figure à au domaine au pouvoir public. Il convient maintenant d'aller au-delà de l'analyse terminologique et d'examiner de plus près les différents aspects de l'*officium legati* thématés par cette doctrine.

116 Sur l'importance de la réflexion *ad status* de l'époque baroque et de ses antécédents à l'égard de l'évolution sémantique d'*officium* et de *professio*, voir C. Fantappiè, « La professionalizzazione », op. cit., p. 47-54, et T. Faitini, *Il lavoro*, op. cit., chap. 4.

2. *L'officium legati* et ses aspects

Il s'agit maintenant d'entrer un peu plus dans les détails de la doctrine médiévale sur l'ambassadeur, en examinant la façon dont elle pose un certain nombre de questions spécifiques : l'établissement des sujets titulaires du droit d'envoyer des ambassadeurs (ce que l'on appelle aujourd'hui le « droit d'ambassade », § 1) ; la nomination de l'ambassadeur (spécialement en ce qui concerne son caractère contraignant et les causes de justification admises, § 2) ; le conflit d'intérêts que l'ambassadeur doit éviter (c'est-à-dire le conflit entre l'intérêt public qui lui est confié et ses intérêts privés, ou ceux d'autres personnes, § 3) ; la rétribution et le dédommagement de l'ambassadeur (§ 4) ; ainsi que ses immunités et ses privilèges (§ 5) : ce sont là les questions principales qui participent à la définition du statut juridique de l'ambassadeur. Dans le dernier paragraphe, enfin, nous essaierons de problématiser ce statut par le biais d'une confrontation avec la pratique diplomatique italienne du XV^e siècle, en nous concentrant en particulier sur deux problèmes : d'un côté, nous montrerons l'existence d'une grande variété d'envoyés, qui ne sont pas tous susceptibles d'être ramenés au modèle de l'ambassadeur tracé par la doctrine juridique ; de l'autre, nous verrons que la poursuite de l'intérêt public dans les missions diplomatiques était un objectif qui, dans la pratique, était difficile à assurer, malgré les nombreuses interventions des statuts des cités italiennes à ce sujet. En dehors de toute prétention d'exhaustivité historique, nous voudrions par là mettre en lumière le rapport problématique et dialectique existant, quant à nos questions, entre la réflexion théorique et la dimension pratique (§ 6).

2.1 Le droit d'ambassade

Si l'on se demande qui, à la fin du Moyen Âge, possédait le droit d'entretenir des relations extérieures, et donc d'envoyer et de recevoir des ambassadeurs, la réponse ne peut certainement pas être l'État souverain : d'une part, il n'existait pas encore, de l'autre le nombre des sujets admis à envoyer des ambassadeurs était très étendu. Nous avons déjà rappelé que, dans l'univers tardo-médiéval, le pouvoir était distribué à plusieurs ni-

veaux : la société (mais l'on pourrait dire le cosmos entier) était conçue comme un ordre juridique hiérarchisé et unitaire, où une vie politique et sociale extrêmement riche et variée était organisée ; un ordre dont la longue crise se manifeste bientôt, se trouvant déjà au cœur de la réflexion sur le droit de guerre menée au début du XIV^e siècle, mais n'atteint sa plénitude que deux siècles et demi plus tard, lorsque le concept moderne de « souveraineté » devient le fondement d'une doctrine politique nouvelle. Le cadre institutionnel à l'intérieur duquel se déroulaient les rapports que nous appelons « diplomatiques », de la sorte, était souple, composite, stratifié, et comprenait des acteurs dotés de degrés d'autonomie si différents qu'ils ne peuvent pas être réduits à la dimension abstraite d'une définition omni-compréhensive et anachronique, se révélant donc bien distant du rigide schématisme qui caractérise la doctrine moderne¹. Il ne s'agit pas, alors, de poser la question du droit d'ambassade en termes de souveraineté, mais plutôt de suivre le chemin tracé par les juristes dans leur lente élaboration du phénomène diplomatique comme un phénomène public, et de donner quelques exemples de la complexité que la vie diplomatique pouvait présenter.

Bien que dès la fin du XII^e siècle, on l'a vu plus haut, la *civitas* commence à être assimilée à la *respublica* des textes justiniens, tout comme l'*officium* de l'ambassadeur commence à se voir attirer dans le domaine des fonctions publiques, une première réflexion sur le droit d'ambassade n'est pas entamée avant le XIV^e siècle, surtout dans les commentaires de Bartolo da Sassoferrato, qui sont repris et systématisés dans la littérature du siècle suivant. À vrai dire, une indication importante émergeait déjà de la *Summa* de Pillio da Medicina, là où il est affirmé que le mot « *legatus* » est employé « par excellence » à l'égard des envoyés des « puissances majeures », alors que les envoyés « des autres, bien qu'ils soient nobles », sont dits plutôt « *missi* » ou « *nuncii* »². Un peu plus tard, la *Glose* d'Accurse, précisait à son tour que celui qui est envoyé par une *civitas*, une *provincia*, une *ecclesia*, ou bien par l'empereur ou le pape, est appelé

1 Voir les références indiquées *supra*, chap. 1, § 2, note 53, ainsi qu'I. Lazzarini, *Communication and Conflict. Italian Diplomacy in the Early Renaissance, 1350-1520*, Oxford University Press, Oxford 2015, p. 27-29 (je remercie I. Lazzarini de m'avoir permis la lecture de son livre avant publication).

2 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 234, n° 7 : « Maximarum ergo potestatum nuncii per excellentiam legati nominantur, ceterorum vero et si nobilium nuncii a generali non recedentes vocabulo missi vel nuncii appellantur ».

« *legatus* », alors que celui qui est envoyé par des particuliers, quand bien même seraient-ils nobles, est dit « *nunci[us]* » ou « *miss[us]* »³. Cette distinction formulée par les deux juristes – une distinction semblable, quoique non identique – signale une première tentative de systématisation ; pour autant, elle ne fut apparemment pas adoptée dans les écrits postérieurs, si l'on considère la très large définition de *legatus* formulée par Guillaume Durand et reprise ensuite par nombre de canonistes encore au XVI^e siècle⁴. Le seul à suivre la *Glose*, sur ce point, semble être Gonzalo de Villadiego qui dans le préambule de son traité se rattache à la définition de Durand, mais plus loin, discutant des ambassadeurs séculiers, explique qu'« à proprement parler » le *legatus* n'est que l'envoyé de l'un des sujets énumérés par Accurse, tandis que les envoyés des particuliers sont dits plutôt « *nuntii vel missi* »⁵.

En tout état de cause, au-delà de la définition du mot *legatus*, la question du droit d'envoyer des ambassadeurs est abordée, quelque temps avant Villadiego, dans les textes de Bernard de Rosier et, surtout, de Martino Garati da Lodi. Le premier, en distinguant le rôle éminent des *ambaxiatores* (qu'il assimile aux *legati*) de celui de figures bien moins importantes, comme les *nuntii*, les *negociorum gestores* et les *procuratores*, écrit que les ambassadeurs sont envoyés « par les princes les plus anciens, par les communes des cités et par les trois états d'un pays ou royaume afin de traiter les affaires majeures »⁶ : une énumération qui, face au critère moderne de la souveraineté, ne se distingue pas par sa netteté, mais qui pro-

3 Voir la glose de *legationibus* sur *Cod.* 10.65(63), rubrica : « Et dicitur legatus qui a civitate, vel provincia mittitur ad principem, vel ad alium, ut hoc ti. [*Cod.* 10.65(63)]. Alias legatus proconsul [...]. Alias legatus ecclesie ad papam [...]. Alias qui mittitur a principe vel papa [...]. Privatorum licet nobilium ducuntur nuncij, vel missi ».

4 Voir *supra*, chapitre 1, § 2, note 55.

5 Voir G. de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., f. 258rB, et pars II, q. 5, f. 280vB, n^{os} 15-16.

6 Voir Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., Prohemium, p. 3 (« An differant et in quo legatio et ambaxiata ? Solum nomen hiis tribuit, quod in modo loquendi diversum, idem autem officium est ») et cap. 3, p. 5-6 (« Nuncios ad comunia mittere convenit omnibus, queque agibilia tractant negociorum gestores ; causas ad iudicia ducunt ipsi procuratores, firmatur et contractus cum sufficienti mandato. Sed maiores natu principes seculi, comune cuiusque civitatis, et tres status unius patrie sive regni mittere solent ambaxiatores pro causis maioribus, utilibus ipsis mittentibus, reique publice, principatui, sive regno aut comunitati, sive potestati ecclesiastice vel mundane »).

bablement n'aurait pas pu être plus précise en considération de la réalité historique de son temps⁷. Martino, quant à lui, aborde la question à plusieurs endroits par une réflexion remarquable en raison du parallélisme qu'il instaure entre le droit d'ambassade et le droit de guerre, des conventions et des représailles. Dans la rubrique *De legatis*, il écrit que « les chefs d'une cité sujette à un prince ne peuvent pas envoyer un ambassadeur à un autre prince sans la licence du premier »⁸. La *quaestio* 2 de la rubrique *De crimine laesae maiestatis*, suivant l'opinion de Bartolo, formule le principe complémentaire selon lequel « ceux qui envoient avec dol des lettres ou un messenger aux ennemis », évidemment sans l'autorisation de leur supérieur, « se rendent coupables du crime de lèse majesté. Et le messenger qui consciemment porte les lettres est puni lui aussi »⁹. Martino paraît donc établir deux critères alternatifs pour envoyer des ambassadeurs : soit ne pas être sujet à un autre pouvoir, soit obtenir l'autorisation de son supérieur. En songeant aux lieux où le juriste vécut et enseigna, ainsi qu'au dédicataire de son *Tractatus de principibus*, à savoir Philippe Marie Visconti, on peut penser que les *civitates* auxquelles il se réfère dans le *De legatis* sont les cités appartenant au domaine du seigneur milanais, comme Pavie, Lodi ou Brescia : leurs rapports extérieurs rentraient évidemment dans la politique de Visconti, de sorte qu'elles ne pouvaient traiter aucune affaire à leur compte sans le consentement du duc¹⁰ ; et cela sous peine de tomber dans le crime de lèse majesté lequel, jadis limité à l'empereur, est étendu par Martino à tout « *princeps superiorem non reco-*

7 Ainsi G. Mattingly, *Renaissance Diplomacy*, op. cit., p. 26.

8 Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 213rB, q. 25 : « Decuriones civitatis subditae principi non possunt mittere legatum ad alium principem sine licentia principis. I. fina. C. de legat. [Cod. 10.65(63).6] ». Dans son commentaire sur cette *lex*, Bartolo écrit : « Non debet mitti legatio ad principem nisi de voluntate consilij, & autoritate superioris » (Bartolus de Saxoferrato, *Lectura super tribus ultimis libris Codicis*, [s.é.], Mantua 1476, f. 29vB).

9 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de crimine laesae maiestatis*, in *TUI*, t. XI, pars I, f. 22vB, q. 2 : « Qui mittunt litteras vel nuntium hostibus dolose, incidunt in crimen lese maiestatis, & etiam nuntius scienter portans literas punitur [...] ». Bartolo avait formulé ce principe dans le commentaire sur *Dig.* 48.4.1, in *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 153vA, n° 8 : « Ultimo nota quod illi qui mittunt nuncium, vel literas hostibus incidunt in hanc legem [sc. la *lex Iulia maiestatis*] ».

10 Voir G. Soldi Rondinini, *Il Tractatus*, op. cit., p. 51.

gnosces », posé sur le même plan que l'empereur lui-même¹¹. La même formule, d'origine bartolienne, apparaît également dans la rubrique *De confederatione*, où il est dit que les ligues des barons ne sont pas valables si elles n'ont pas été autorisées par le prince, ce qui en revanche n'est pas vrai à l'égard de ceux qui ne reconnaissent pas de supérieur¹². De même, la *quaestio* 2 de la rubrique *De bello* affirme que « bien que celui qui prépare son armée sans en avoir reçu l'ordre de son supérieur commette le crime de lèse majesté, les princes et les cités d'Italie, qui ne reconnaissent pas de supérieur, peuvent préparer la guerre contre leurs sujets et leurs ennemis » ; ici par ailleurs, de même que dans la *quaestio* 4, Martino franchit une étape ultérieure, dès lors qu'il explique que ce comportement est admis également pour ceux qui reconnaissent un supérieur, si ce dernier n'est pas présent ou ne peut pas intervenir¹³. On pourrait poursuivre encore avec le *Tractatus de represaliis*, écrit quelques années après le *De principibus*, où il est dit que seul « celui qui ne reconnaît pas de supérieur peut accorder le droit de représailles » : en effet, elles sont en quelque sorte assimilables à une guerre juste, menée « pour que la justice ne dispa-

11 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de crimine laesae maiestatis*, op. cit., f. 22vB, q. 1.

12 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de confederatione*, op. cit., p. 421-422, q. 20 : « Barones civitatis tres vel plures si faciant ligam sine Principis maioris auctoritate, non valent tales conventiones. Inn[ocentius IV] in c. dilecta. extra de exces. prela. [c. 14, X. 5.31]. Quod limita. nisi non recognoscant superiorem, secundum Bar[tolum] in l. fi. ff.de colle. illici. [Dig. 47.22.4] & faciens ligam contra Imperatorem incidit in crimen lesae ma. l. i. C. ut armorum usus [Cod. 11.47.1]. Secus si contra alium ». Le commentaire de Bartolo sur Dig. 47.22.4 est particulièrement intéressant à ce propos, voir *Omnia, quae extant, opera*, cit., t. VI, f. 137rA, n^{os} 10-11 : « Item istae ligae quae fiunt inter civitates, & inter principes, & Barones non valent. Ita tenet Inn[ocentius IV] in d.c. dilecta, extra de exces. praela. [c. 14, X. 5.31]. Nec obstat l. non dubito. j. de cap. & postli. [Dig. 49.15.7] revera ubi dicitur, quod civitates invicem foederantur & colligantur, quia istud est verum quando civitates aliae non amice, vel libere federantur populo Romano habenti Imperium, sed plures civitates, vel plures Barones, qui essent sub uno Rege, domino, vel Principe, non possunt invicem facere illam federationem. Ista enim sunt sodalitia, & collegia prohibita, ut s. eod. l. j. [Dig. 47.22.1]. Et ex istis colligitur, quod civitates Tusciae, quae non recognoscunt de facto in temporalibus superiorem, possunt invicem simul foederari tanquam liberae. Sed plura castra, vel villae, quae essent sub una civitate, vel uno domino, hoc non possent, ut dictum est ».

13 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de bello*, in *TUI*, t. XVI, f. 324rA, q. 2 (« si Princeps non haberet copiam sui superioris ») et f. 324rB, q. 4 (« quando aliter superiorem copia, & defensio effectualis haberi non potest »).

raisse pas » ; mais « personne ne peut déclarer une guerre, sinon celui qui ne reconnaît pas de supérieur, ou bien celui qui en a eu la licence »¹⁴.

Qu'il s'agisse de droit d'ambassade, de conventions, de guerre ou de représailles, on voit bien que d'après Martino les acteurs admis à agir sur la scène politique sont donc des sujets de droit public parmi lesquels on compte en premier lieu les princes et les communautés politiques plus ou moins autonomes (*civitates, communitates, populus liber*)¹⁵, souvent identifiés par la formule « *superiorem non recognoscentes* », et deuxièmement une série d'acteurs de rang inférieur qui peuvent agir vers l'extérieur seulement à condition d'être pourvus de l'autorisation de leur supérieur. La condition de ne pas reconnaître de supérieurs, cependant, est assimilée à celle où le supérieur, en principe reconnu, est absent ou ne peut pas intervenir : en effet, comme il le précise dans la rubrique *De bello*, s'inspirant de la réflexion menée par Cino da Pistoia et Bartolo da Sassoferrato au sujet de la guerre et des représailles, selon Martino le supérieur ne peut donner son autorisation qu'à la condition d'être effectivement présent, à savoir à la condition d'être en mesure de contrôler le territoire sur lequel son pouvoir s'étend car, dans le cas contraire, l'impossibilité d'avoir recours à son intervention dispenserait l'inférieur du devoir de s'adresser à lui et lui consentirait d'agir sans autorisation¹⁶. La formule citée, chez les juristes du XIV^e et du XV^e siècle, doit donc être entendue dans un sens

14 Ce traité, écrit en 1452, est publié lui aussi dans le *TUI*, t. XII ; voir f. 279vB, n^{os} 8-9.

15 Comme l'a remarqué A. Wijffels, « Martinus », op. cit., p. 189, note 13, bien que la rubrique sur les ambassadeurs s'intitule *De legatis maxime principum* et se réfère donc de façon particulière aux princes, il ne manque pas pour autant de références occasionnelles aux *civitates* (q. 1, 17, 22), aux *communitates* (q. 6, 10) et au *populus liber* (q. 29 : « qui habet auctoritatem principis »).

16 Voir ci-dessus, note 13, les *quaestiones* où Martino allègue le commentaire de Bartolo sur *Dig.* 43.24.7.3, in *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. V, f. 148rB. Bartolo a de toute façon discuté plus en détail la question de la *copia superioris* dans son *Tractatus repraesalium*, *ivi*, t. X, q. 2, ad quintum, n^o 12, f. 121rA (mais aussi *ivi*, q. 1, ad secundum, n^o 6, f. 120rA et q. 3, ad secundum, n^o 3-4, f. 121rB). Il ne faisait ici qu'élargir aux plusieurs cas d'absence de l'empereur la réflexion menée auparavant par Cino da Pistoia qui, se référant explicitement à la *vacatio imperii*, avait déjà justifié la guerre défensive « in defectum superioris » dans son commentaire sur *Dig.* 1.1.5 (voir Cynus Pistoriensis, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima Commentaria*, impensis Sigismundi Freyerabendt, Francofurti ad Moenum 1578 [réimpression chez Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998], t. II, f. 4vA, n^{os} 3-4).

toujours relatif, pour indiquer un large éventail de situations différentes, juridiquement incertaines (d'où la distinction bartolienne entre les communautés *superiorem non recognoscentes de facto* ou bien *de iure*)¹⁷ et absolument irréductibles à l'univocité du concept moderne de souveraineté¹⁸. Ce dernier est donc un concept qui ne peut aucunement contribuer à éclaircir la complexité de cet univers politique, à partir d'une circonstance tout à fait ordinaire à l'époque comme l'échange d'ambassadeurs et la négociation d'accords entre un prince et ses propres vassaux, ou les cités qui lui étaient soumises : Martino lui-même admet une telle pratique dans la *quaestio* 434 de la rubrique *De principibus*, où il écrit que « le prince doit observer les conventions qu'il a faites avec ses sujets »¹⁹.

Celle-ci était en fait une pratique tout à fait courante à cette époque, comme le montre par exemple le cas des cités comprises dans les domaines de terre ferme de Venise qui, malgré leur condition d'autonomie partielle²⁰, envoyaient des ambassadeurs à la *Serenissima* pour les raisons les plus variées, normalement de caractère administratif, mais avec une telle fréquence que le Sénat et le Conseil des Dix furent contraints de limiter le nombre des visites et les salaires des envoyés, dans l'intérêt de la finance de ces mêmes cités²¹. Cela n'arrivait pas cependant seulement en Italie : en France, durant la guerre de Cent Ans, des ambassadeurs furent échangés et des conventions furent conclues par les rois français avec les monarques anglais, ces derniers étant cependant considérés non pas comme rois d'Angleterre mais comme leurs vassaux²² ; et, plus tard, Louis XI eut recours à la guerre aussi bien qu'à la négociation (à Conflans, en

17 Voir P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (110-1433)*, Giuffrè, Milano 1969, p. 251-258, et D. Quagliani, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Olschki, Firenze 1983.

18 Voir A. Wijffels, « Martinus Garatus », op. cit., p. 190.

19 J'utilise l'édition établie par G. Soldi Rondinini, *Il Tractatus*, op. cit., p. 181. Sur le « legal pluralism of this community of actors », voir A. Wijffels, « Martinus », op. cit., p. 190-191.

20 Voir C. Povolo, « Centro e periferia nella Repubblica di Venezia. Un profilo », in *Origini dello stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a c. di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1993, p. 207-221.

21 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 73.

22 Voir N. Offenstadt, *Faire la paix au Moyen Âge. Discours et gestes de paix pendant la guerre de Cent Ans*, Odile Jacob, Paris 2007, chap. 3 ; et J.-M. Mœglin, « À la recherche de la "paix finale" ». Guerre et paix dans les relations des rois de

1465, et à Péronne, en 1468) dans le cadre de la politique menée contre les barons rebelles de la *Ligue du bien public*²³.

Il existait par ailleurs des cités qui, bien que formellement sujettes à d'autres pouvoirs, jouissaient d'une autonomie telle qu'elles pouvaient conduire librement leur propre diplomatie : c'était le cas, par exemple, de Gênes, qui au cours du Quattrocento fut plusieurs fois soumise au domaine français ou milanais, tout en gardant durant cette période, à côté de l'autonomie à l'intérieur, sa propre diplomatie²⁴. Les *ordini* milanais de 1468 établirent même que, en vertu de l'excellence et de la réputation de cette ville, les ambassadeurs des Génois, « bien qu'ils [fussent] sujets », devaient recevoir les mêmes cadeaux que ceux des autres cités libres comme Sienne, Bologne et Lucca, ou de la confédération des Suisses²⁵. On pourrait considérer ensuite la « micro-diplomatie » conduite par les petits centres de pouvoir de la vallée du Pô, comme les branches mineures des maisons des Gonzague (qui gouvernaient Novellara, Castiglione et Guastalla) ou des Este (à Carpi)²⁶ ; et de même faisaient les *condottieri* italiens qui, dépourvus de tout statut public, menaient leur propre diplomatie, bien qu'ils ne fussent pas, dans la plupart des cas, des chefs de communautés territoriales²⁷, voire, parfois, les particuliers eux-mêmes, qui envoyaient des agents sans trop se soucier de leurs dénominations formelles²⁸. Il est vrai que, au cours du XV^e siècle, la règle s'était affirmée

France et d'Angleterre au XIV^e siècle : références normatives et pratiques politiques », in *Frieden schaffen und sich verteidigen im Spätmittelalter/Faire la paix et se défendre au Moyen-âge*, éd. par G. Naegle, Oldenbourg, München 2012, p. 51-82.

- 23 Voir R. Lesaffer, « Peace Treaties from Lodi to Westphalia », in *Peace Treaties*, op. cit., p. 15-16, et K.-H. Ziegler, « The influence of medieval Roman law on peace treaties », *ivi*, p. 151. Pour les XVI^e et XVII^e siècles, voir B. Barbiche, « Les traités conclus entre le roi de France et ses sujets rebelles (fin XVI^e – début XVII^e siècle) », in *Diplomatique et diplomatie : les traités (Moyen Âge – début du XVIII^e siècle)*, études réunies par O. Poncet, École des Chartes, Paris 2015, p. 91-103.
- 24 Voir A.K. Isaacs, « Sui rapporti interstatali in Italia dal medioevo all'età moderna », in *Origini dello stato*, op. cit., p. 127. Il en ira de même encore au XVI^e siècle, lorsque Gênes sera soumise au domaine espagnol, comme l'observera A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., I.4, p. 7.
- 25 Voir A. Maspes, « Prammatica pel ricevimento degli ambasciatori inviati alla corte di Galeazzo Maria Sforza », *Archivio storico lombardo*, 17, 1890, p. 149.
- 26 Voir D. Frigo, « Corte » op. cit., p. 19.
- 27 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 74.
- 28 Pour des exemples, voir *ivi*, p. 72.

dans la Curie romaine, surtout à l'occasion des ambassades pour la prestation d'obédience aux nouveaux pontifes, selon laquelle les acteurs politiques qui n'étaient pas considérés comme réguliers et indépendants n'étaient admis à s'y faire représenter que par des *procuratores* ou des *nuntii*, non par des *legati*. Mais, à cause des conflits qui se produisirent à cet égard, le pape finit par ne jamais refuser une ambassade, que, le cas échéant, il allait éventuellement différer ou recevoir à part, en privé²⁹.

La capacité à mener sa propre diplomatie de la part d'une communauté politique, en dernier ressort, relevait donc d'un problème d'effectivité du pouvoir³⁰, à savoir de capacité, de la part d'un chef politique, à exercer un contrôle plus ou moins étroit sur son propre territoire et à se faire reconnaître par les pouvoirs extérieurs. L'autorité de l'empereur étant de plus en plus dépourvue d'efficacité en dehors des territoires allemands, la condition de l'*auctoritas superioris* fut transférée dans le cadre des rapports entre un seigneur territorial et les territoires de son domaine, sans que cela n'exclût pour autant la possibilité d'envoyer des ambassadeurs pour tous ces acteurs qui, aussi peu autonomes qu'ils étaient en droit, étaient cependant à même, sur un plan d'efficacité, de le faire. Il est intéressant de relever, à ce propos, que la crise du paradigme universaliste devenait évidente surtout dans la littérature consacrée au domaine des relations extérieures (la guerre, les représailles, les conventions, les ambassadeurs) : chez Martino, par exemple, on observe une certaine différence entre l'éminence du rôle de l'empereur dans la rubrique *De principibus* (où il est appelé encore « *dominus mundi* » dans la *quaestio* 226, selon les mots célèbres de la *lex Rhodia de iactu*) et, au contraire, son évanescence dans les rubriques *De legatis*, *De confederatione* et *De bello*, dont la portée est moins théorique, tandis que l'autorité du pape, elle, est toujours affirmée avec décision et finit par se profiler comme la seule limite morale et juridique à l'instabilité provoquée par les guerres et les menées des princes séculiers³¹. On ne parle donc pas, on le voit bien, de souveraineté, bien que certainement, depuis le temps où Rolando da Lucca avait commencé à admettre le statut de *respublica* en faveur des *civitates*, celles-ci eussent acquis, dans la doc-

29 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, 3 tomes, Ernest Leroux, Paris 1892-1899, t. I (1892), p. 115-116.

30 « The diplomatic game was open to anyone who had sufficient power at his command to enter it », comme l'a écrit D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. VIII-IX.

31 Voir G. Soldi Rondinini, *Il Tractatus*, op. cit., p. 36 et A. Wijffels, « Martinus », op. cit., p. 191.

trine juridique, une autonomie qui au XV^e siècle apparaissait hors de question, inscrite comme elle l'était dans un processus désormais irréversible.

2.2 La nomination de l'ambassadeur

Dès les *Summae* de Pillio da Medicina et de Rolando da Lucca, à la fin du XII^e siècle, les juristes de *ius commune* énoncent une série de règles à l'égard de la nomination de l'ambassadeur sur la base des textes du droit justinien. Il s'agit de règles qui naturellement devraient être considérées toujours à côté d'autres sources, en premier lieu les statuts des cités, pour connaître le droit chaque fois réellement appliqué. Pourtant, le fait qu'une réflexion à ce sujet soit élaborée nous intéresse surtout afin de saisir la façon dont les juristes abordent la figure de l'ambassadeur comme une figure publique. Les aspects considérés sont assez nombreux et portent principalement sur la compétence de la désignation, sur les causes d'inéligibilité ou d'incompatibilité avec d'autres *officia*, sur l'effet contraignant de la nomination à cette charge (un point sur lequel on insiste particulièrement), sur les causes de justification admises pour ceux qui la refusent et sur les peines prévues pour les déserteurs. Tous les juristes n'abordent pas l'ensemble de ces points, mais la doctrine élaborée se révèle dans son ensemble assez unitaire et finit par se consolider au XV^e siècle dans les traités de Martino da Lodi et Gonzalo de Villadiego, ainsi que dans les entrées *ambaxiator* des *Repertoria* de Pietro Del Monte et Giovanni Bertachini (sur lesquels nous baserons notre exposé), qui recueillent le travail accompli par les juristes des siècles précédents, Bartolo au premier chef. La plupart des règles fixées dans ces textes par ailleurs, à quelques exceptions près, seront répétées dans les traités des siècles suivants.

La compétence de la nomination est l'un des aspects les moins considérés dans nos textes. Gonzalo de Villadiego aborde cette question en écrivant qu'elle doit être faite par le conseil de la cité (*consilium civitatis*), comme il en va pour les autres *officiales* et *syndici*. Le même principe est avancé par Giovanni Bertachini, pour lequel les chefs d'une cité ne peuvent pas envoyer des ambassadeurs sans y avoir été autorisés par le

conseil³². En fait, ceci était la solution la plus répandue dans la tradition communale italienne, où le podestat et le capitaine du peuple étaient le plus souvent privés des pouvoirs d'envoyer des ambassadeurs de leur propre initiative, celle-ci étant une prérogative des conseils en tant qu'émanation des groupes sociaux et des corporations³³ ; à partir des premières décennies du XV^e siècle, pourtant, l'émergence d'une autorité princière ou seigneuriale allait faire de la diplomatie une émanation directe de l'exécutif, le pouvoir de dépêcher les ambassadeurs étant de plus en plus concentré dans les mains d'organes politiques et administratifs plus restreints, au point que, eu égard au cas de Florence après 1458, Riccardo Fubini a parlé du passage de la représentation de la commune à la représentation du gouvernement (*reggimento*)³⁴.

Quant aux causes d'inéligibilité, les juristes utilisent normalement la *lex Sciendum* du titre *De legationibus* du *Digeste*, selon laquelle les débiteurs de la *respublica* ne peuvent pas être nommés ambassadeurs, une règle par-

-
- 32 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., pars II, q. 1, f. 279-rA, n° 3 (« Electio officialium, & sindicorum spectat de iure communi ad consilium civitatis, & ita tenet Bar[tolus] in d. l. 2 [Cod. 10.32(31).2] ») et I. Bertachinus, *Repertorium juris*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57vA (« Ambasiatores prioribus civitatis mitti non possunt sine autoritate concilij. Barto[lus] in l. quoties. C. de leg. lib. x. [Cod. 10.65(63).6] »). Les passages allégués de Bartolo peuvent être lus dans Bartolus de Saxoferrato, *Lectura*, op. cit., f. 17vA et 29vB.
- 33 Voir S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 27 et 29 ; D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 56-57 ; et surtout P. Gilli, « Ambassades et ambassadeurs », op. cit., p. 73-76. Pour un exemple, voir *I Brevi del Comune e del popolo di Pisa dell'anno 1287*, a c. di A. Ghignoli, Istituto storico italiano per il Medioevo, Roma 1998, liber I, rubrica XV (« De ambaxiatoribus »), p. 55-56. On peut observer de toute façon que d'après Jean de Viterbe, qui écrit vers 1234, alors que la nomination des ambassadeurs appartient normalement au conseil, quand il s'agit d'ambassadeurs qui doivent être envoyés au pape, à l'empereur ou à un autre destinataire éminent le *rector* doit se charger lui-même de l'élection pour éviter qu'au lieu d'hommes aptes et compétents le conseil ne choisisse des « amis » ou des « parents » (I. Viterbiensis, *Liber*, op. cit., cap. 123, p. 50A).
- 34 Voir pour Venise D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 57 (la compétence en matière d'ambassadeurs, originellement appartenant au *Maggior Consiglio*, au cours du XV^e siècle est de plus en plus transférée au Sénat et au Conseil des Dix). Pour Florence, voir R. Fubini, « La figura politica », op. cit., p. 44, 46, 49-50 (pour le début du XV^e siècle : la compétence passe des plus en plus à la Seigneurie et, pour les cas urgents, aux *Dieci di Ballia* où aux *Otto di guardia*) ; Id., « Diplomazia e governo », op. cit., p. 81 s. (pour l'époque médiévale).

fois présente également dans les législations communales³⁵. De même, ne sont pas admis à la charge d'ambassadeurs ceux qui n'ont pas le *ius postulandi*, à savoir le droit de réclamer en justice³⁶ : étant empêchés d'exposer en droit les besoins des particuliers, à plus forte raison sont-ils empêchés de s'occuper des affaires publiques. Martino da Lodi et Giovanni Bertachini posent en outre la question de l'incompatibilité entre l'*officium* d'ambassadeur et d'autres *officia*, spécialement s'ils sont rétribués, de nouveau en conformité avec les prévisions de la législation de cités comme Florence et Venise³⁷, en établissant pour autant une exception à l'égard des professeurs de droit qui non seulement pourraient être élus ambassadeurs, mais, d'après l'auteur du *Repertorium juris* (qui sur ce point s'en tient à l'opinion de Bartolo), auraient même le droit de cumuler les deux salaires³⁸.

L'aspect le plus important parmi ceux qui ont trait à la nomination de l'ambassadeur est de toute façon l'affirmation de la nature contraignante de la désignation à cette charge laquelle, une fois imposée, ne peut pas être

-
- 35 Il s'agit de *Dig.* 50.7.5(4).pr : « Sciendum est debitorem rei publicae legatione fungi non posse ». Voir déjà la *Summa* de Pillio, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 234-235, n° 10, et plus tard P. de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé, et Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., pars II, q. 3, f. 279vB, n° 10. À Florence et à Venise, les citoyens qui ne payaient pas les impôts étaient à l'origine exclus des charges publiques, mais des dispositions furent prises au XV^e siècle pour les admettre à la charge d'ambassadeur : souvent, en effet, ils devenaient débiteurs à dessein, afin d'éviter les charges publiques les plus lourdes, de sorte que la norme finissait par provoquer un dommage supplémentaire ; voir G. Vedovato, *Note sul diritto diplomatico della Repubblica fiorentina*, Sansoni, Firenze 1946, p. 25-26 ; D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 35 et 81 ; Id., « Newly Discovered Early Venetian Legislation on Ambassadors », in D.E. Queller-F.R. Swietek, *Two Studies on Venetian Government*, Droz, Genève 1977, p. 42-44, 55 et 85-87.
- 36 Voir *Dig.* 50.7.5(4).1, rappelé par Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., pars II, q. 3, f. 279vB, n° 10.
- 37 Voir G. Vedovato, *Note*, op. cit., p. 21, 47-48, 54-55, 58-59, 60-61 ; et D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 28-30.
- 38 Nous avons déjà cité les passages de Martino *supra*, dans le chapitre 1, § 2, note 66. I. Bertachinus, *Repertorium juris*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57vA écrit : « Ambasiator salariatus ob aliud officium ut quia erat doctor habens annum salarium debet habere utrumque salarium etiam pro tempore absentie ex quo fuit absens causa reipub. Bar[tolus] in l. iul. § fi. ff. ex qui. cau. ma. [*Dig.* 4.6.17.1] ». Dans son commentaire sur *Dig.* 4.6.17.1, Bartolo parle en général des *doctores absentes causa Reipublicae*, sans faire référence explicite à la charge d'ambassadeurs (*Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. I, f. 141vB).

refusée. Les juristes se réclament directement de la notion romaine de *munus* illustrée plus haut pour souligner ce point et, déjà à partir de Pillio da Medicina, font souvent référence au passage du *Digeste* témoignant de l'ordre établi dans les anciens *municipia* pour la prestation des *munera civilia*, en vertu duquel personne ne peut être obligé à rendre son service si celui qui le précède ne l'a pas rendu à son tour : un ordre qui doit être respecté sauf dans des cas exceptionnels, à savoir quand l'objet de la mission demande l'envoi d'un homme de condition particulièrement élevée, en fournissant ainsi à l'homme désigné pour la mission une cause de justification en vertu de laquelle il peut en être exonéré³⁹. Il existe d'ailleurs d'autres causes de justification, tirées toujours des sources justiniennes : en effet, sont déchargés des ambassades également le père de trois fils en bonne santé⁴⁰, celui qui a accusé publiquement quelqu'un et qui serait envoyé auprès d'un ami ou d'un familier de ce dernier (un principe étendu à l'avantage de celui qui serait dépêché auprès de son ennemi)⁴¹, ainsi que celui qui a déjà prêté service dans une légation et bénéficie par conséquent d'une exemption de deux ans⁴². Curieusement, on ne trouve dans les textes de cette période aucune mention de justifications relatives à la

-
- 39 Voir Pillio da Medicina, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 234-245, n^{os} 9-15, et p. 238, n^o 42 ; Rolando da Lucca, *ivi*, p. 239, n^{os} 47 ; Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., p. 320B, n^o 35 et commentaire sur *Cod.* 10.65(63).1, p. 321A ; Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 213rA, q. 17, et surtout Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, f. 279rB, q. 2, n^o 1 et f. 279vA, q. 3, n^o 4.
- 40 Voir Pillio da Medicina, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 235, n^o 11 ; Accurse, glose *pater trium* sur *Cod.* 10.65(63).1 ; Andreas Bonellus de Barulo, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63).1, p. 130 ; Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63).1, p. 321A ; Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, f. 279vA, q. 3, n^o 1.
- 41 Voir Pillio da Medicina, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 235, n^o 12 ; Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63).1, p. 321A ; Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, f. 279vA, q. 3, n^{os} 2-3.
- 42 À ce propos il y avait une contradiction dans les sources justiniennes : alors que *Cod.* 10.65(63).3 prévoyait l'exemption de deux ans uniquement pour les *legati* qui avaient été envoyés loin (on parle de « transmarina legat[i]o »), *Cod.* 10.41(40).2 et *Dig.* 50.7.9(8).1 disaient que l'exemption était valable pour tous les *legati*, sans égard à leur destination. Les juristes médiévaux cherchèrent à résoudre cette contradiction soit en faisant prévaloir l'un des deux principes sur l'autre, soit en rappelant uniquement *Cod.* 10.65(63).3, soit en distinguant deux situations différentes : alors que *Cod.* 10.65(63).3 accorderait uniquement aux *legati* qui sont

vieillesse, à la maladie ou bien aux difficultés financières ou familiales des élus, qui apparaissent dans notre littérature seulement plus tard⁴³, bien que de tels arguments dussent sans doute être utilisés communément afin d'éviter la mission imposée et pussent d'ailleurs être compris dans les notions de « nécessité » ou de « juste cause » qui permettaient à l'ambassadeur d'abandonner la mission sans crainte d'être puni⁴⁴. En revanche, on

allés loin une exemption de tous les *munera civilia*, tout *legatus* après sa mission, sans égard à la destination atteinte, jouirait d'une exemption de deux ans par rapport au seul *munus legationis*, conformément à *Cod.* 10.41(40).2 et à *Dig.* 50.7.9(8). C'est la solution avancée par Martino da Lodi sur la base du commentaire de Bartolo à *Cod.* 10.65(63).3 et 4. : « Legatio ad remotas partes tribuit vacationem ab omnibus muneribus civilibus, legatio vero de propinquo tribuit vacationem a munere per biennium ei, qui in legationem ivit » (*Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 213rB, q. 24). Nous ne sommes pas d'accord avec P. Gilli, « La fonction d'ambassadeurs dans les traités juridiques italiens du XV^e siècle : l'impossible représentation », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-âge*, 121 (1), 2009, p. 183, selon qui pour Martino la mission « ad remotas partes » donnerait l'exemption des *munera* « et cela définitivement », alors que la légation « de propinquo » donnerait une exemption de deux ans (dans le deux cas, pour Gilli, à l'égard de tous les *munera civilia*) : Martino en effet utilise le commentaire de Bartolo sur *Cod.* 10.65(63).3 qui présuppose le terme de deux ans, en écrivant : « Legatio a remotis tribuit vacationem ab omnibus muneribus civilibus ut hic. Legatio vero de propinquo tribuit vacationem a munere legationis per biennium » (*Lectura*, op. cit., f. 29rB).

Signalons enfin qu'une disposition de ce genre, à propos des ambassadeurs, était présente dans les statuts de cités italiennes comme Florence où Pérouse, où elle prenait toutefois la forme non pas d'un privilège, mais d'une interdiction de partir en mission plus d'une fois dans deux ans, au but d'éviter la formation d'un corps diplomatique spécialisé et de limiter l'autorité des élus à l'intérieur de la commune. Après avoir été sujettes à des dérogations (à Pérouse déjà à partir du XIII^e siècle) ainsi qu'à des modifications ayant pour but d'abrèger le terme prévu, ces normes finirent par disparaître dans la Florence du XV^e siècle, quand se manifesta une concentration de plus en plus évidente des missions aux mains d'un nombre très limité de familles. Voir à ce propos S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 22-24 ; R. Fubini, « La figura », op. cit., p. 47 ; Id., « Diplomazia », op. cit., p. 54 ; et P. Gilli, « De l'importance d'être hors-norme. La pratique diplomatique de Giannozzo Manetti d'après son biographe Naldo Naldi », in *Prêcher la paix et discipliner la société. Italie, France, Angleterre (XIII^e-XV^e siècles)*, éd. par R.M. Dessì, Brepols, Turnhout 2005, p. 418.

43 Voir par exemple le passage de Maggi cité ci-dessous, note 60.

44 Voir *infra*, dans ce §.

trouve l'avertissement selon lequel celui qui cherche à éviter la charge par le biais du paiement d'une somme d'argent ne doit pas être écouté⁴⁵.

Au-delà de ces causes de justification, les juristes admettent que l'ambassadeur puisse se faire remplacer en mission par son fils, tout en ajoutant que c'est le substitué, non le substitut, qui ensuite a le droit à l'exemption⁴⁶ ; ils discutent même la possibilité d'admettre la substitution d'un familier quelconque, mais à ce propos il ne semble pas qu'il y ait un accord entre eux⁴⁷, sauf si l'ambassade était imposée à un homme absent qui l'aurait acceptée gratuitement : dans ce cas, l'homme désigné pourrait se faire remplacer par n'importe qui⁴⁸. Comme le souligne Gonzalo de Villadiego, le substitut doit pourtant être un homme de qualité et habile pour la charge qu'il va remplir, toute négligence de sa part devant être imputée au substitué ; de plus, à celui-ci sont imputés même les délits éventuellement accomplis par le premier, à moins qu'il ne démontre avoir procédé avec la diligence nécessaire en choisissant son substitut⁴⁹. En dehors des causes de justification permettant de refuser la charge qui lui est imposée ainsi que de la possibilité de se faire remplacer, l'ambassadeur est obligé de s'acquitter de ses tâches, sous peine d'être considéré comme un déserteur et, par conséquent, d'être sévèrement puni⁵⁰.

45 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 3, n° 7.

46 C'est un principe établi déjà par Pillio et Rolando sur la base de *Dig.* 50.7.5(4).4, *Dig.* 50.7.8(7) et *Dig.* 50.7.14(13) (voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 238, nos 39-40 et p. 240-241, n° 58). Une exception est constituée par P. de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « ambasiator », non paginé : « Ambasiator non potest deputare substitutum, ut in dicta l. ii. [*Cod.* 10.65(63).2] ».

47 Luca da Penne, en utilisant par analogie les principes sur le jeûne établis dans la glose au *Decretum*, nie toute possibilité de remplacement au-delà du fils (*Commentaria*, op. cit., p. 320B, nos 35-36). Au siècle suivant, Giovanni Bertachini semble en revanche admettre pour l'ambassadeur la possibilité de se faire remplacer également par un frère (*Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB).

48 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, f. 279vA, q. 3, n° 8.

49 Voir *ibidem*, f. 279vA-B, q. 3, nos 8-9.

50 Pillio et Rolando, à la fin du XII^e siècle, distinguent déjà le cas de celui qui abandonne la mission volontairement du cas de celui qui en revanche est contraint de le faire par une nécessité (E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 236, nos 23, 25-26, et p. 241, n° 64). Presque trois siècles plus tard, voir Gonzalo de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., f. 279vA, q. 3, n° 6 (qui cherche à établir la peine pour celui qui refuse l'ambassade sans en être justifié à travers le recours à des règles prévues pour les magistrats et pour les tuteurs) et I. Bertachinus, *Repertorium juris*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57vA.

Comme nous l'avons dit plus haut, la nature obligatoire de cette charge est l'aspect le plus important parmi ceux qui sont abordés au sujet de la nomination de l'ambassadeur ; par ailleurs, il n'est pas seulement discuté par les juristes de *ius commune*, mais il fait aussi l'objet d'innombrables dispositions prises par les cités italiennes, où trouver des citoyens disposés à se charger d'une ambassade, avec tous les sacrifices en termes de temps et d'argent, ainsi que de peine et de dangers que cela impliquait, était réellement compliqué, au point que l'on devait recourir à la contrainte par le biais de fortes amendes et de l'exclusion des offices publics. Les cas les plus connus, encore une fois, sont ceux de Florence⁵¹ et de Venise, ce dernier étant particulièrement bien documenté grâce aux études de Donald Queller : contre l'image figée du mythe du service patriotique et désintéressé du patriciat vénitien, Queller a montré que les patriciens, sauf en cas de jeunes à la recherche d'avancement politique, d'hommes dotés d'une sensibilité particulière pour la chose publique ou de situations de danger extrême pour la République, cherchaient à tout prix à éviter les ambassades, en préférant obtenir des charges plus sûres et lucratives⁵². Une telle aversion était due au fait qu'une ambassade impliquait plusieurs conséquences désavantageuses, comme le retrait de la lutte politique dans la patrie, l'abandon des affaires familières pendant la période passée en mission et les coûts élevés qu'elle entraînait pour l'ambassadeur ; à tout cela s'ajoutaient les difficultés des voyages et les risques corrélatifs d'être volé, blessé, capturé, ou bien de compromettre sa santé, voire sa vie⁵³. Nous connaissons les plaintes fréquentes des ambassadeurs qui demandaient à être rappelés en avançant le manque d'argent, la maladie ou le mauvais état de leurs affaires à la maison ; malgré cela, ils étaient souvent contraints d'attendre leur successeur sur place. Ainsi Ermolao Barbaro, dans son traité, rapporte les difficultés rencontrées par le gouvernement vénitien lorsqu'il s'agit de remplacer son père, Zaccaria, à Rome et à

51 Voir G. Vedovato, *Note*, op. cit., p. 11-14 et 48 (ainsi que *Statuta populi et communis Florentiae [...] anno salutis MCCCCXV*, tome II, apud Michaellem Kluch, Friburgi [mais Florence] 1778, liber V, rubrica 226, p. 712). Voir aussi, quant à Pérouse, S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 50-52, qui mentionne des disposition en ce sens remontant à 1258.

52 En plus des ouvrages cités *infra*, voir la mise au point sur la question dans D.E. Queller, *The Venetian Patriciate : Reality versus Myth*, University of Illinois Press, Urbana 1986, chap. 5.

53 Voir Id., *The Office*, op. cit., p. 160-162.

Naples⁵⁴, difficultés qui pouvaient provoquer des retards de plusieurs mois aux ambassades, comme en témoignent les *Diari* de Marino Sanudo⁵⁵.

Les premières dispositions connues adoptées par Venise afin d'obliger les patriciens à accepter les offices publics (« *aliquo officio nostre curie vel servitio Venecie* ») remontent à 1185, alors que la première mention explicite des ambassades (*baiulus, missus*) se trouve dans une délibération de 1229 du *Maggior Consiglio*. La législation à ce sujet s'épaissit tout au long du XIII^e siècle en établissant des amendes et l'exclusion des offices publics, ainsi qu'en fixant la liste des causes considérées légitimes pour refuser une ambassade : une délibération de 1286, en ce sens, énumère la maladie de l'ambassadeur lui-même, ou bien celle de son père, de sa mère, de son épouse, de son enfant ou de son frère⁵⁶. Plus tard, sans doute en raison de la dépendance de Venise à l'égard du commerce pour sa vie économique, on arrive à excuser même les citoyens partant à l'étranger pour une entreprise commerciale – mais alors plusieurs patriciens vont profiter de cette loi, qui exige l'absence de la ville pour deux mois, en se transférant tout simplement à Murano pendant cette période⁵⁷. Le problème n'est donc point réglé, comme le montrent d'autres documents du XIV^e et du XV^e siècle dans lesquels les institutions vénitiennes déplorent la persistante insensibilité des patriciens : « la plupart refusent », dit le préambule d'une motion du Sénat non approuvée en 1389, et en 1443 le *Maggior Consiglio* dénonce encore une fois le grand préjudice et les périls auxquels la République est exposée à cause de ce mauvais comportement ; mais la situation, dans les trois derniers siècles de la *Serenissima*, est destinée à s'aggraver⁵⁸.

Cette législation, comme bien d'autres aspects de la diplomatie vénitienne, ne manquera pas d'être rappelée et de faire l'objet des éloges des auteurs des traités sur l'ambassadeur. Ottaviano Maggi sera le premier, en 1566, à l'évoquer dans son texte : tout en affirmant qu'il est bien d'accepter la nomination à la charge d'ambassadeur, car il appartient au bon citoyen de servir sa patrie même au détriment de son propre avantage⁵⁹,

54 Voir E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 159.

55 Quelques exemples dans M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. I, p. 341-342.

56 Voir D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 31-32.

57 Voir *ivi*, p. 33-39.

58 Voir Id., *The Office*, op. cit., p. 159-160.

59 Voir O. Magius, *De Legato*, op. cit., I.2, f. 9r-v.

après avoir loué les patriciens de Venise pour leur sollicitude en faveur de la République et leur engagement dans une tâche si lourde malgré les difficultés qu'elle comporte, il mentionnera également les dispositions adoptées par la *Serenissima* afin de soumettre à une évaluation sévère les justifications fournies par ceux qui, au contraire, refusent d'assumer la charge qui leur est imposée⁶⁰. Ainsi, grâce à la circulation de ce traité, le cas vénitien deviendra paradigmatique dans la littérature sur l'ambassadeur au XVII^e siècle où, à côté des normes tirées du droit romain, comme preuve du caractère obligatoire du *legationis munus*, seront allégués aussi les « très prudents décrets et statuts » de la République de Venise⁶¹.

2.3 Le conflit d'intérêts

Une autre question se pose à l'égard de la construction de la figure publique de l'ambassadeur, à savoir celle qui concerne le conflit d'intérêts : en raison de l'*officium* qu'il occupe, il est tenu, pendant toute la durée de sa mission, de laisser de côté ses intérêts personnels et d'éviter toute sollicitation de faveurs pour soi ou pour d'autres, en agissant, en revanche, dans le seul intérêt de celui qui l'a envoyé. À cette question se rattache l'autre, relative au droit de l'ambassadeur de retenir les cadeaux que, en suivant une coutume très répandue pas seulement dans le monde médiéval, le destinataire de la mission lui offre à la fin de sa mission. La réflexion juridique à ce sujet est entamée depuis la fin du XII^e siècle et, après avoir été très débattue par les commentateurs des XIII^e et XIV^e siècles, est re-

60 Voir *ivi*, f. 10r-v : « Nos quidem certe in hac florentissima Republica vidimus Senatores gravissimos, patriaque amicissimos onus legationum libentissime suscipisse, quamvis multis & necessitatibus premerentur, & domesticis difficultatibus laborarent. [...] Verum [...] omnium consensu, patrum, sapientissimorum virorum decretum approbandum, quo poena est in eos constituta, qui legationis munus obire aliquando nollent. Ac si quando evenit, ut aliqui morbo praepediti ; senectute confecti ; aut maximis distenti domesticis occupationibus, legationis munus obire minus queant ; legitimam eos in Senatu dare oportet excusationem, quam, si eidem Senatui illa satis iusta videatur, Patres accipere, aut semper, aut plerunque consueverunt : si vero non satis idonea, aut probabilis tantum sit, ei amplissimus Senatorius ordo obstare solitus est, praesertim si de eo, quem legatum decrevit, tanta sit hominum opinio, ut sit maxime sperandum, nihil esse, quod non illius virtute, atque prudentia effici possit ».

61 Voir par exemple H. Kirchnerus, *Legatus*, op. cit., éd. 1604, I.5, p. 184-185, n^{os} 11-14 ; et F. de Marselaer, *Legatus*, op. cit., éd. 1626, I.9, p. 32-33.

cueillie et systématisée dans les traités du Quattrocento, qui la transmettent, sans changements substantiels, à la littérature sur l'ambassadeur de l'époque suivante.

Dans leurs *Summae*, Pillio et Rolando se limitent à présenter les normes du *Digeste* qui imposent au *legatus*, pendant tout le temps de sa mission, de ne s'occuper que de la tâche qu'on lui a confiée, sans traiter d'autres affaires, que ce soit pour lui-même ou pour autrui, sauf s'il subit un tort ou une injustice, auquel cas il lui est permis de se défendre en justice ; ce faisant, ils donnent une solution que l'on peut trouver également chez Accurse et, à l'égard des légats pontificaux, chez Henri de Suse⁶². En prenant appui sur un autre passage du *Digeste* où, à propos d'un *legatus* qui a acheté une maison avant la fin de sa mission, on dit qu'il n'aurait pas transgressé cette interdiction⁶³, Pillio ajoute ensuite que cette dernière doit être entendue seulement en référence aux actions en justice, qui ne peuvent pas être proposées sans entraîner des obstacles à la mission : en revanche, « il n'est pas interdit [au *legatus*] de vendre, acheter et conclure d'autres affaires par lesquelles la légation n'est pas troublée »⁶⁴. Comme nous allons le voir, une distinction semblable va être adoptée même par les juristes du XIV^e et du XV^e siècles.

Un intérêt particulier pour cette question est attesté par Martino da Lodi, qui lui consacre la *quaestio* la plus longue de sa rubrique *De legatis* ; une *quaestio*, par ailleurs, entièrement calquée sur un *consilium* formulé

62 Voir Pillio da Medicina, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 235-236, n° 19 : « Agere debet legatus legationis tempore ad dumtaxat quod legatio postulat ; quippe in rem propriam vel alterius, nihil per se agere debet sine permissu imperiali, ut ff. e. Paul. § Paul. et l. Legatus et l. Is cui [Dig. 50.7.9(8) ; Dig. 50.7.11(10) ; Dig. 50.7.16(15)]. Excipitur tamen nisi damnum vel iniuriam patiantur de quibus etiam per se tempore legationis poterunt experiri, ut ff. e. Paulus respondit de eo et l. Legatus [Dig. 50.7.10(9) et 50.7.11(10)] ». Dans le même sens Rolando da Lucca, *ivi*, p. 239-240, n°s 51-52. Voir en outre Accurse, glose *agere potest* sur Dig. 50.7.11(10) et glose *suum negotium* sur Dig. 50.7.12(11).1, et Henricus de Segusio, *Summa aurea*, liber I, rubrica *De officio Legati*, op. cit., col. 317, n° 1.

63 Voir Dig. 50.7.13(12).

64 Voir Pillio da Medicina, in E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 236, n° 22 : « Haec quoque, scilicet ut legatus nihil legationis tempore agere debeat, intelligenda sunt in hiis que anfractus exposcunt iudiciarios et que facile non possunt citra legationis impedimentum obici. Namque vendere et emere et alia contrahere, per que legatio non impeditur, non prohibentur, ut ff. e. l. Legatus creatus [Dig. 50.7.13(12)] ».

par Angelo degli Ubaldi au siècle précédent, que le juriste de Lodi se limite à résumer. Le cas sur lequel le frère de Baldo était intervenu, et que Martino par souci de généralisation détache de son contexte d'origine, regardait un ambassadeur bolonais envoyé à Rome afin d'obtenir un vicariat et de traiter la paix avec le pape. Il avait rempli sa tâche avec succès, mais, puisqu'il avait obtenu également un bénéfice dans le diocèse de Bologne au profit de son fils (chez Martino, de son frère), on demandait si pour cela il devait encourir une peine, ordinaire ou extraordinaire, d'après le *ius commune*. Malgré l'existence de quelques arguments en faveur d'une réponse affirmative, Angelo finit par approuver la solution contraire, sur la base d'une distinction que Martino accueille à son tour : il est interdit à l'ambassadeur de traiter des affaires, pour soi ou pour d'autres, qui le détournent de sa mission, de façon à provoquer un dommage à la cité ou au prince qui l'a envoyé ; dans ce cas, l'ambassadeur sera passible d'une peine « extraordinaire »⁶⁵. Mais s'agissant d'une affaire par laquelle la mission n'est pas négligée ni un retard dommageable n'est accumulé, l'ambassadeur est libre de s'y intéresser, même en dehors de tout état de nécessité, comme au cas où il accepterait un héritage ou recevrait quelque chose en retour. Il lui est même permis de donner gratuitement une consultation à un ami, l'acte de conseiller pouvant être accompli sans aucun retard ou dommage pour la *respublica* (sans doute un référence à *Dig.* 50.7.9(8).2, où l'on parle du *legatus* qui conseille le préteur) ; cette même activité n'est pourtant pas permise si elle est exercée contre une rémunération, comme il arrive pour les consultations des avocats, des juristes et des médecins, lesquelles – précisent Angelo et Martino – sont payantes et prennent normalement beaucoup de temps⁶⁶.

Quelques décennies après Martino, Giovanni Bertachini et Gonzalo de Villadiego, tout en réaffirmant l'interdiction générale de gérer les *propria*

65 L'expression est tirée du *Dig.* 50.7.1 : « Legatus municipalis si deseruerit legationem, poena adficietur extraordinaria, motus ordine, ut plerumque solet ». Au Moyen Âge, la *poena extraordinaria* était celle dont la détermination était laissée au pouvoir d'appréciation du juge ; voir G. Diurni, s.v. « Pena criminale (diritto intermedio) », in *ED*, vol. XXXII (1982), p. 766-767.

66 Voir Angelus de Ubaldis, *Consilia*, typis Andreae Wecheli, sumptibus Sig. Feyrabend, Francofurti 1575, consilium 319, f. 223vA-B. Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 213rB-213vA, q. 35.

negotia établie dans le *Digeste*⁶⁷, posent une question un peu différente. Ils demandent en effet si l'ambassadeur qui, à côté de l'objet de sa mission, traite ses propres affaires est néanmoins considéré comme absent pour le service de la chose publique (ce qui lui permet de jouir du privilège de la *restitutio in integrum*) et s'il a le droit de recevoir le remboursement des frais engagés pour la mission. À ce dernier propos, Bertachini se rattache à une glose sur une décrétale recueillie dans le *Liber Extra* par laquelle Innocent III avait résolu un différend entre deux archidiacres de Chalon-sur-Saône au sujet des frais que l'un d'eux avait avancés pour se rendre à Rome et y traiter des affaires au nom du chapitre (encore une fois, donc, un cas issu de la pratique, à démonstration de l'importance réelle de ces questions). En effet, cet archidiacre en exigeait le remboursement, tandis que l'autre affirmait qu'en réalité il n'avait été chargé d'aucune affaire : étant excommunié, il ne pouvait même pas agir en justice, de sorte que son voyage à Rome était motivé plutôt par la nécessité de demander sa propre absolution. Le pape avait alors établi que le demandeur pourrait obtenir le remboursement à condition de prouver qu'il avait agi en vertu du mandat du chapitre et de démontrer qu'il était vraiment allé à Rome pour cette raison (« *propter hoc* »), à savoir pour y traiter les affaires du chapitre. Or, c'est justement la glose ordinaire sur les mots *propter hoc* que Bertachini allègue et utilise, en affirmant que l'on n'a pas le droit d'obtenir le remboursement des frais concernant tout le temps qu'on a employé en plus pour s'occuper de ses propres affaires⁶⁸.

Gonzalo de Villadiego, quant à lui, se rattache à la même glose ainsi qu'à une autre, tirée de l'appareil accursien, sur le passage du *Digeste* établissant que celui qui part en mission « pour ses propres affaires » n'est pas considéré absent pour le service de la chose publique. En discutant les privilèges dont l'ambassadeur bénéficie en vertu de son statut public, Villa-

67 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB (qui renvoie au commentaire de Bartolo sur *Dig.* 50.7.9(8).2, in *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 225rA) et Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., pars II, f. 279rB, q. 2, n° 7.

68 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57vA : « Ambasiator sua negotia expediens simul cum negotio publico non debet habere sumptus pro tempore quo plus retardaverit pro negotio suo. Gl[ossa *propter hoc*] est in c. cum pro causa in ver. cum propter hoc. de procu. [c. 6, X 1.38] ». L'exposé des faits peut être lu dans la *pars decisa* de cette décrétale.

diego rappelle ce passage⁶⁹ tout comme la question posée par Accurse dans sa glose, lorsqu'il demande :

Mais qu'est-ce qui se passe si l'ambassadeur est absent en partie pour le service de la chose publique, comme pour prêter un serment de fidélité, et en partie à son propre avantage, comme pour acquérir un fief ou pour se réconcilier avec l'empereur ? La *Glose* dit qu'il faut en juger selon ce qu'il visait principalement, et en cela beaucoup d'entre ceux qui jouissent d'un bénéfice ecclésiastique oppriment leur conscience parce qu'ils viennent à la Curie romaine principalement pour leurs propres affaires, à l'occasion de quelques négoces à traiter secondairement pour leurs églises, et prétendent obtenir les fruits de leurs bénéfices comme s'ils s'étaient absentés principalement en raison des affaires de leurs églises.

C'est à ce dernier propos qu'il allègue la glose *propter hoc* que nous avons citée⁷⁰.

La solution qui se profile apparaît donc modérée et, somme toute, pragmatique : une fois établi que l'ambassadeur doit remplir sa tâche avec la nécessaire diligence et qu'il n'a pas le droit de demander le remboursement des frais concernant le temps employé pour gérer ses propres négoces, l'interdiction de mêler ses affaires à la mission n'est pas absolue. Mais la différence qui existe entre les affaires publiques qui appartiennent à l'*officium legationis* et les affaires privées de l'ambassadeur ou d'un tiers est établie de manière rigoureuse, et cela pas seulement dans les textes juridiques. Même Ermolao Barbaro en effet, qui devait lui-même subir les graves conséquences de l'acceptation d'une charge prestigieuse que le pape lui octroya lors de son ambassade à Rome⁷¹, prescrit à l'ambassadeur de ne jamais parler avec le prince auprès duquel il se trouve d'autre chose que de l'objet de sa mission, en racontant, à cet égard, un épisode relatif à son ambassade à Milan, en 1488-1489. Lorsqu'il se trouvait à Pavie, les hommes de lettres allèrent lui rendre visite, et quand ils remarquèrent la considération que Ludovic Sforza lui témoignait, lui demandèrent qu'il les recommandât auprès du duc. Barbaro repoussa toute requête particulière en invoquant la sévérité des lois vénitienes qui de-

69 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., pars II, f. 280vB, q. 5, n° 17 : « Nec vere dicitur reipublicae causa abesse, qui sui privati negotii causa in legatione est, ut in l. non vere. eodem. titu. [Dig. 4.6.42] ».

70 Voir *ibidem*, avec un renvoi à la glose *propter hoc* sur c. 6, X 1.38, et à la glose *privati negotii* sur Dig. 4.6.42.

71 Voir *infra*, dans ce chapitre, le § 6, point β).

puis le XIII^e siècle défendaient toute forme de patronage⁷², mais promit de les louer tous publiquement. Ainsi le duc, qui l'écouta tisser l'éloge de ses hommes de lettres, sans pourtant qu'il demandât aucune faveur pour personne, en apprécia à la fois la rectitude et le désintéressement. D'où Barbaro, sans perdre l'occasion pour célébrer avec orgueil la conduite des ambassadeurs vénitiens, tire un avertissement général :

Cet éloge en particulier est rendu aux Vénitiens, qui ne veulent pas être redevables envers le prince, ni rien lui demander, ni jamais discuter avec lui sinon de la République. Qu'auprès de toi l'autorité, les prières ou l'amitié de qui que ce soit ne soient jamais tellement fortes que, pour elles, tu penses t'éloigner de la teneur de ce principe. Que les princes eux-mêmes témoignent de notre intégrité et innocence ; qui osera jamais l'ébranler ?⁷³.

Un cas particulier de conflit d'intérêts, comme nous l'avons anticipé plus haut, était posé par la coutume d'offrir aux ambassadeurs, même à ceux des ennemis, des cadeaux au moment où ils prenaient congé du destinataire de l'ambassade et faisaient retour chez eux⁷⁴. Les juristes médiévaux abordent fréquemment cette question à partir du récit d'une ambassade milanaise qui se trouve dans une *quaestio disputata* (la n° 131 de la *Collectio gratianopolitana*) attribuée à Placentin. On sait que la *quaestio* était un outil didactique très utilisé aux XII^e et XIII^e siècles, et la *quaestio disputata* en particulier consistait à faire débattre les étudiants sur un *casus*, proposé par le professeur, apparemment susceptible de solutions juridiques différentes⁷⁵. L'épisode au centre de celle qui nous intéresse maintenant concerne deux ambassadeurs milanais envoyés auprès de Manuel I^{er} Comnène, l'empereur byzantin, dans le but de lui demander une contribution pour la reconstruction de Milan, détruite par Frédéric Barberousse en 1162 (et finalement réédifiée en 1171). Les deux hommes choisis étaient également les consuls de la cité et, au début de leur consulat, avaient juré comme de coutume que, dans l'exercice de leur fonction, ils ne tireraient aucun avantage qu'ils ne rendraient à la commune. Ils se rendirent à

72 Voir *ibidem* au sujet de cette législation.

73 Voir E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 163-164.

74 Sur cette coutume, voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 202-204 ; N. Offensadt, *Faire la paix*, op. cit., p. 217.

75 Sur les aspects liés à l'enseignement voir A. Belloni, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Vittorio Kostermann, Frankfurt am Main 1989, partie I^{re}, chap. 3, et M. Bellomo, *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2000.

Constantinople et exposèrent leur affaire à Manuel ; celui-ci, quant à lui, prétendit qu'on lui prêtât fidélité, ce qu'ils se virent contraints de faire tout en sauvant pour autant l'honneur de la cité. Étant satisfait, l'empereur leur accorda cent livres d'or, mais trois jours plus tard, au moment de leur départ, il leur offrit douze autres livres d'or à titre de cadeau privé. Une fois retournés à Milan, les ambassadeurs remirent les cents livres, en gardant les autres ; comme ils les avaient obtenues à l'occasion de l'ambassade, toutefois, la commune exigea également la remise de celles-ci. La *questio* se termine alors en invitant les étudiants à dire s'ils étaient tenus de les remettre, en soutenant une des deux thèses⁷⁶.

Cet épisode était destiné à avoir un grand succès dans la littérature juridique postérieure, comme en témoignent au début du XIII^e siècle les *Quaestiones Sabbatinae* de Roffredo da Benevento et la *Magna Glossa*. Les *Questiones*, après avoir présenté une liste d'arguments *pro* et *contra* la remise des cadeaux à la commune, proposent deux distinctions : la première s'attache à savoir si les dons sont offerts aux ambassadeurs en considération d'eux-mêmes ou de leur cité – et en cas de doute Roffredo s'exprime en faveur de cette dernière –, alors que la seconde s'appuie sur le fait qu'ils soient offerts aux envoyés en tant qu'envoyés (identifiés par la fonction qu'ils exercent), ou bien en tant que personnes quelconques (identifiées par leur prénom)⁷⁷. Dans cette dernière distinction l'on peut

76 Voir A. Belloni, *Le questioni*, op. cit., p. 18 pour le texte de la *quaestio* et pour une hypothèse de datation de l'ambassade, qui aurait été faite entre 1167 (l'année dans laquelle les Milanais rentrent dans la ville) et 1171 (l'année de la reconstruction de Milan). Une traduction française de cette *quaestio* se trouve dans *Villes d'Italie. Textes et documents des XII^e, XIII^e, XIV^e siècles*, sous la dir. de J.-L. Gaulin, A. Jamme et V. Rouchon-Mouilleron, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 2005, p. 50.

77 Voir Roffredus Beneventanus, *Libelli iuris civilis, Libelli iuris canonici, Quaestiones Sabbatinae*, Anselmus Avenionensis, Avenione 1500 [réimpression Ex officina Erasmiana, Augustae Taurinorum 1968], p. 436B-437A. Dans la conclusion de la *quaestio* consacrée aux ambassadeurs milanais on lit : « In hac questione sine preiudicio melioris sententiae videtur mihi distinguendum cuius contemplatione donavit [Imperator] : ut si civita[tis] civitati quaeratur : si vero nunciorum nuncijs : ut ff. solu. mat. si vero [Dig. 24.3.64(65)] et ff. de vulg. substi. l. sed et si plures § in arrogato [Dig. 28.6.10.6]. In dubio praesumo civitati acquisitum : ut ff. de reb. dub. l. civibus [Dig. 34.5.2]. Vel posset distingui utrum dixerit nuncijs, et tunc civitati quia praeposuit appellativum : aut dixit Seio Ticio et Mevio, et tunc queritur nuncijs quia praeposuit proprium, ut ar. ff. de stipula. servo. l. si communis servus ita [Dig. 45.3.37] ».

entrevoir le raisonnement développé par la *Glose* accusienne quelques années plus tard⁷⁸. Considérons par exemple la glose *nomine* sur *Dig.* 3.3.46.4 : un passage portant sur le *procurator*, aussi bien *ad litem* qu'*ad negotia*, qui doit remettre à son *dominus* tout ce qu'il a obtenu, tant *principaliter*, en raison de l'affaire même qu'il a traitée, qu'*extrinsecus*, à l'occasion de cette affaire. Or, à ce dernier propos il est noté par Accurse que cela n'est vrai que s'il a touché la chose en tant que *procurator*, car si, au contraire, il l'a touchée en dehors de son activité (« *tanquam quilibet* ») il ne doit rien remettre à qui que ce soit : « et l'affaire des consuls milanais envoyés à l'empereur de Constantinople fut définie de cette manière ». On peut citer également la glose *quasi ad patronum* sur *Dig.* 24.3.64(65).5, à propos du mari qui, ayant affranchi un esclave dotal au nom de sa femme, comme gérant ses affaires, doit lui rendre tout ce qu'il a obtenu de cet affranchi, pourvu néanmoins qu'il ait touché cela en qualité de patron, non pas à titre de libéralité : « un argument pour l'affaire des ambassadeurs milanais auprès de l'empereur de Constantinople », note Accurse. Il paraît donc que selon l'auteur de la *Magna Glossa*, de même que selon Roffredo, la question des cadeaux offerts aux ambassadeurs doit être réglée en distinguant deux situations différentes, à savoir si ceux-ci reçoivent quelque chose en tant qu'ambassadeurs, donc dans l'exercice de leur fonction et comme des agents envoyés par quelqu'un d'autre, ou bien en tant que personnes quelconques, en dehors de l'activité qu'ils sont appelés à accomplir ; et le cas des ambassadeurs milanais est censé appartenir à cette seconde situation.

Les traités de Martino da Lodi et de Gonzalo de Villadiego font état du nombre de commentaires qui ont abordé cette question au XIV^e siècle⁷⁹, souvent en prenant appui sur l'épisode au centre de la *quaestio* proposée par Placentin, et nous montrent les transformations de l'opinion des juristes après la *Glose*. Martino, sur ce point, ne fait que continuer à suivre de près l'argumentation du *consilium* d'Angelo degli Ubaldi cité plus haut, où le Pérousin, après avoir donné sa solution au problème du conflit d'in-

78 De même que par Odofredo Denari dans son commentaire sur *Dig.* 24.3.64(65).5 : voir Odofredus, *Lectura super Infortiatum*, [s. é.], Lugduni 1552 [réimpression chez Forni, Bologna 1967], f. 16rB, selon lequel en cas de doute on présume que les ambassadeurs ont reçu les cadeaux « occasione legationis ».

79 Quant à Pietro Del Monte, il se limite à observer que « an donatum ambasiatoribus acquiratur ipsis vel mittenti, questio est vulgata », en renvoyant à plusieurs commentaires (*Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé).

térêts (qui implique également la possibilité de solliciter des faveurs ou des dons), passe à celui des cadeaux. Il mentionne alors d'un côté l'épisode des ambassadeurs milanais, et de l'autre celui (destiné lui aussi à devenir célèbre, nonobstant sa base documentaire très faible) de Bartolo da Sassoferrato qui en 1355, étant envoyé comme ambassadeur par la commune de Pérouse à Pise auprès de Charles IV, demanda et obtint de ce dernier, pour lui et pour ses descendants, le droit de porter un blason représentant un lion rouge avec deux queues sur un champ doré, ainsi que le titre, octroyé à tous les membres de cette ambassade, de *comes sacri palatii*⁸⁰. De plus, Angelo – qui n'est pas suivi sur ce point par Martino, lequel termine sa *quaestio* sur l'exemple de Bartolo – poursuit son *consilium* en mentionnant un autre cas, relatif à des nobles florentins envoyés à la Curie romaine, qui auraient sollicité et obtenu des bénéfices, et conclut en affirmant – assez significativement en relation à l'état de la pratique à son époque – que si tous les ambassadeurs qui acceptent des cadeaux ou des bénéfices devaient être punis, cela donnerait lieu à « bien de massacres » ; du reste, ajoute-t-il, ce qui est approuvé par l'usage ne doit pas être condamné⁸¹.

80 Voir Angelus de Ubaldis, *Consilia*, op. cit., consilium 319, f. 224rA. Bartolo raconte cet épisode et énumère les privilèges qui lui furent attribués par l'empereur (comme celui d'accorder la légitimation aux étudiants illégitimes de l'Université de Pérouse, à l'exception de ceux qui étaient descendants de personnes de haut rang, et celui de déclarer l'atteinte de l'âge légale de ceux qui n'avaient pas encore 25 ans, privilèges étendus aussi aux descendants de Bartolo qui obtiendraient le grade de docteur en droit) dans plusieurs endroits de son œuvre, mais il ne mentionne le blason dont parle Angelo que dans le préambule de son traité *De insigniis et armis*, que nous citons de l'édition *A Grammar of Signs. Bartolo da Sassoferrato's Tract on Insignia and Coat of Arms*, ed. by O. Cavallar, S. Degenring et J. Kirshner, University of California, Berkeley 1994, Appendix 1, p. 109, n° 3. La concession de ce blason – qui, contrairement aux autres privilèges mentionnés n'est confirmée par aucun document de l'époque – est mise en doute par les Éditeurs dans leur *Introduction*, où même le *consilium* d'Angelo degli Ubaldi est examiné (voir *ivi*, p. 7-24 et 39) ; voir également A. Bartoli Langeli et M.A. Panzanelli Fratoni, « L'ambasceria a Carlo IV di Lussemburgo », in *Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita : diritto, politica, società*, Atti del I Convegno storico internazionale (Todi-Perugia, 13-16 ottobre 2013), Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 2014, p. 271-332.

81 Voir Angelus de Ubaldis, *Consilia*, op. cit., consilium 319, f. 224rA : « Nonnulli etiam Florentini nobiles accedentes ad Curiam Apostolicam beneficia impetraverunt, & obtinuerunt. Si igitur essent omnes puniendi, multa iaceret strages, nec est reprobandum, quod moribus approbatur ».

On voit bien que l'exemple des ambassadeurs milanais n'est point similaire à ces derniers, dès lors qu'ils portent moins sur la possibilité de retenir les cadeaux offerts aux ambassadeurs que sur la possibilité, pour ceux-ci, de les solliciter et de les recevoir ; en ce sens, la seconde partie du *consilium* d'Angelo se révèle être le prolongement de la première, qui portait sur le conflit d'intérêts. En outre, la solution proposée par Angelo, et adoptée ensuite par Martino, apparaît à la fois plus simple et plus favorable à l'ambassadeur par rapport à la distinction fixée dans la *Glose* accursienne un siècle auparavant, puisqu'elle affirme en général le droit de l'ambassadeur à retenir ses cadeaux, sans distinguer s'il les a reçus en tant qu'ambassadeur ou en tant que personne quelconque⁸².

La prise de distance vis-à-vis de l'opinion formulée par Accurse est confirmée par Gonzalo de Villadiego, qui par ailleurs reconstruit sommairement le débat à ce sujet chez les commentateurs en nous permettant ainsi d'affirmer que cette opinion a été abandonnée sans doute vers la fin du XIII^e siècle. En effet, après s'être déclaré en faveur de la coutume d'offrir des cadeaux aux ambassadeurs⁸³, Gonzalo demande si à la fin, quelque chose de précieux ayant été offert à l'ambassadeur, cela est censé appartenir à lui-même ou bien à la cité qui l'a envoyé. Il commence alors par rappeler le cas des ambassadeurs milanais et son utilisation dans les deux passages d'Accurse cités plus haut, en reportant la distinction proposée dans la *Glose* : soit les cadeaux ont été remis aux ambassadeurs en considération de l'ambassade (« *intuitu legationis* »), auquel cas ils doivent le céder à la cité, soit ils leurs ont été remis en considération d'eux-mêmes (« *intuitu personarum ipsorum ambasiatorum* »), et dans ce cas ils ont droit à les retenir⁸⁴. Cela établi, pourtant, une troisième situation peut arriver, à savoir celle où l'on ne sait pas si les cadeaux ont été remis en considération de l'une ou des autres. À ce propos Gonzalo utilise le commentaire de Cino da Pistoia sur *Cod.* 6.2.22, qui à son tour suivait l'argumentation de Jacques de Revigny sur la même *lex* : le juriste français avait abandonné l'ancienne distinction en avançant une solution nouvelle, favorablement

82 Cela apparaît également dans deux autres *quaestiones* où Martino aborde le problème des cadeaux en donnant une solution favorable aux ambassadeurs ; voir *Tractatus de legatis*, op. cit., f. 212vB, q. 1 et f. 213rB, q. 22.

83 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 4, f. 280rA, n° 6.

84 Voir *ivi*, n° 8.

accueillie, à quelques exception près⁸⁵, par les juristes de l'époque suivante⁸⁶. Selon Revigny, en cas de doute on présume que les cadeaux ont été offerts aux ambassadeurs en considération de leur cité ; néanmoins, ils leur appartiennent et ne doivent pas être remis à celle-ci : en premier lieu, parce que les ambassadeurs sont des « *liberae personae* » capables d'acquérir, sans compter que dans ce genre de dons on ne doit faire référence à aucun autre, s'il n'est pas expressément indiqué. En second lieu, et ici nous retrouvons l'argument utilisé plus tard par Angelo degli Ubaldi, ils appartiennent aux ambassadeurs parce que ceci est la solution attestée par la coutume – un argument décisif pour Revigny, la présomption pour lui devant toujours être faite en faveur de ce qui se passe habituellement. Ainsi, d'après le juriste français, les dons ne sont à remettre à la cité que lorsqu'ils ont été offerts aux ambassadeurs expressément à cette fin⁸⁷.

Mais Gonzalo ne s'arrête pas là : il rappelle maintenant l'opinion de Bartolo, qui à son avis suivrait, et même radicaliserait, ce dernier principe, en écrivant que les cadeaux devraient « indistinctement » appartenir aux ambassadeurs⁸⁸. En réalité, à s'en tenir au commentaire du juriste de Sasoferrato, ce n'est pas tout à fait « indistinctement » que les cadeaux appartiennent aux ambassadeurs, car il précise que cela se passe à condition que le donneur ne les ait pas offerts en demandant expressément qu'ils

85 Luca da Penne, par exemple, dans son long commentaire sur *Cod.* 12.36(37).1, cite lui aussi l'opinion de Revigny, mais ne la suit pas, bien qu'il arrive enfin à une solution assez semblable (voir Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., f. 855rA-B, n^{os} 8-10, et D. Fedele, « The status », art. cit., p. 177-178).

86 À propos des « moderniores doctores » voir Bartholomaeus de Saliceto, *Lectura super toto Codice*, [s. é.], Lugduni 1485, sur *Cod.* 6.30.21, non paginé, selon lequel toutefois le premier juriste à avoir abandonné les distinctions courantes au XIII^e siècle, au profit d'une approche plus simple et plus favorable à l'ambassadeur, aurait été Guillaume de Cun ; mais ce dernier fut actif après Jacques de Revigny et mourut en 1336 (voir J. Krynen, s.v. « Cun (Cunh, Cugno, Cunho, de Cuneo) Guillaume de », in *DHJF*, p. 295A-296A).

87 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., f. 280rA, q. 4, n^{os} 8-9 (ainsi que Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, op. cit., f. 345vB ; et Petrus de Bellaperthica [mais J. de Revigny], *Lectura insignis et secunda super prima parte Codicis*, apud Galleotum du pre, Parisiis 1519 [réimpression chez Forni, Bologna 1967], f. 255rB).

88 Voir *ivi*, f. 280rA, q. 4, n^o 9 : « Bar[tolus] etiam in dicta l. si vero & l. qui proprio [Dig. 24.3.64(65).5 et Dig. 3.3.46.4] indistincte tenet donum cedere ipsis ambasiatoribus, pro quo dicit esse textum expressum, in l. socium qui in eod. § fin. ff. pro socio [Dig. 17.2.60.1] ».

soient remis à la commune, conformément donc à l'opinion de Revigny⁸⁹. Quoi qu'il en soit, Gonzalo ne va pas pour autant accueillir pleinement cette solution, dès lors qu'il rappelle une autre distinction – formulée par Giovanni d'Andrea dans sa *Novella in Sextum* – en vertu de laquelle il limite la portée du principe qu'il vient d'attribuer à Bartolo aux cas où la qualité elle-même du cadeau ne révèle pas manifestement l'intention du donneur de le céder à la cité et non à l'ambassadeur (dans le cas, par exemple, où il lui offrirait un lion)⁹⁰.

Si l'on voulait synthétiser ce long passage de Gonzalo de Villadiego, on pourrait donc affirmer que pour lui, surtout en vertu d'une coutume établie depuis longtemps, les cadeaux sont censés normalement appartenir à l'ambassadeur qui les reçoit, à moins qu'ils ne lui aient été offerts expressément pour son prince ou pour sa cité, ou bien que leur qualité ne témoigne indubitablement de cette même intention. Sa réflexion sur les cadeaux est la plus accomplie que l'on trouve dans les traités sur l'ambassadeur, du moins jusqu'à la fin du XV^e siècle, et élabore une solution qui dans les siècles suivants ne sera plus remise en discussion (au contraire, elle sera parfois argumentée à partir des mêmes textes des juristes des XIII^e-XV^e siècles)⁹¹. La question des cadeaux, en outre, sera parfois abordée dans les traités *De praesumptionibus* – ceux d'Andrea Alciato et, plus tard, de Giacomo Menochio par exemple⁹² –, qui, en dialogue avec les traités sur

89 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. I, f. 109rB (sur *Dig.* 3.3.46.4) ; t. II, f. 108vA (sur *Dig.* 17.2.60.1) et surtout t. III, f. 27vB-28rA (sur *Dig.* 24.3.64(65).5).

90 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de legato*, op. cit., f. 280rA, q. 4, n° 9 (avec un renvoi au commentaire qu'on lit dans la *Novella* de Giovanni d'Andrea sur c. 11, VI 2.15). Giovanni Bertachini accueille lui aussi cette distinction et affirme que bien d'autres canonistes l'ont adoptée à leur tour, notamment Niccolò de' Tedeschi, Domenico da San Gimignano et Pietro d'Anarano ; voir son *Reperitorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57rA.

91 Ainsi, par exemple, chez Conrad Braun (*De legationibus*, op. cit., IV.6, qui utilise, entre autres, Accurse, Cino da Pistoia, Bartolo, Niccolò de' Tedeschi et Bartolomeo da Saliceto) et Hermann Kirchner (*Legatus*, op. cit., éd. 1604, II.9, p. 576, n° 89, qui allègue Bartolo, Luca da Penne, Bartolomeo da Saliceto et Paolo di Castro).

92 Voir Andrea Alciatus, *Praesumptionum tractatus*, apud Iacobum Giuntam, Lugduni 1542 [mais I^{re} éd. 1538], regula I, praesumptio 18, n° 2, p. 89-90 ; et Iacobus Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis*, ex officina Francisci de Francis Senensis, Venetiis 1587, pars I, liber III, praesumptio 27, f. 134rA-134vA.

l'ambassadeur, manifesteront un certain intérêt pour les conditions permettant d'établir si, en absence d'une manifestation explicite de la volonté, on doit présumer que le don est adressé à l'ambassadeur ou bien, par le biais de celui-ci, à son seigneur⁹³. Même dans ces textes plus tardifs, cependant, il n'y aura pas de nouveautés significatives en ce qui concerne le profil juridique de la question considérée jusqu'ici. Les nouveaux aspects envisagés seront plutôt éthiques et politiques : une fois établi le droit de l'ambassadeur à retenir les cadeaux reçus, l'intérêt et le souci de nos textes se déplacera de la question de la propriété du cadeau à la formulation de quelques conseils pratiques pour l'ambassadeur. D'un côté, alors, on l'invitera à se montrer non pas avide, mais modeste, aussi bien envers le prince étranger qui lui offre les dons, qu'envers son propre prince, auquel il conviendrait malgré tout de les remettre par un geste de courtoisie, tout en s'attendant quand même à ce qu'ils soient immédiatement rendus, à l'exemple (très cité) des trois ambassadeurs romains dont parle Valère Maxime qui, de retour de leur ambassade auprès du roi Ptolémée, et même avant d'avoir rendu compte de leur mission, portèrent au trésor public les dons qu'ils avaient reçus, persuadés qu'aucun citoyen ne doit retirer d'une fonction publique d'autre avantage que la gloire de s'en être bien acquitté, tout en les recevant peu après en retour par la volonté du Sénat et du peuple⁹⁴. De l'autre côté, on insistera fortement sur l'attention que l'ambassadeur doit prêter afin de ne pas se laisser corrompre ou conditionner,

93 Par exemple A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., II.23, p. 91-92 critique Alciato et les « interpret[es] iuris civilis », selon lesquels il est permis aux ambassadeurs de retenir les cadeaux : il craint en effet que l'on puisse corrompre l'ambassadeur, comme il l'explique *ivi*, III.13. Plus loin, pourtant, il ajoute que, là où il n'y a pas ce danger, les ambassadeurs peuvent recevoir et retenir les cadeaux (*ivi*, III.20, p. 136-137) ; son argumentation est reprise (dans les deux sens et avec la référence à Alciato) par Ch. Besoldus, *De Legatis, eorumque Jure*, op. cit., cap. 6, § 5, p. 82-84. Menochio, dans le passage de son traité cité dans la note précédente, en plus de mentionner nombre de juristes du XIV^e et XV^e siècle, utilise aussi le *De legationibus* de Conrad Braun (notamment le chap. 6 du livre IV). Il est à son tour allégué par H. Setserus, *Legatus*, op. cit., assertio CCCVII, non paginé.

94 Voir Valère Maxime, *Factorum et dictorum memorabilium*, 4.3.9. Cet exemple, utilisé déjà par Luca da Penne dans son commentaire sur *Cod.* 12.36(37).1, est ensuite mentionné dans nombre de traités, depuis A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., III.13, jusqu'à G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., VI.16.

en compromettant tant sa mission que sa propre personne face à son seigneur⁹⁵.

On peut observer, en conclusion, que cette unanimité, à quelques nuances près, s'établit dans les traités sur l'ambassadeur non pas en accord mais, cette fois, en opposition à l'exemple illustre de la législation de Venise, qui depuis le XIII^e siècle était intervenue à plusieurs reprises pour interdire aux ambassadeurs vénitiens de retenir leurs cadeaux et leur enjoindre de les remettre à la République⁹⁶ : en principe, ceux-ci devaient être vendus aux enchères, mais normalement les ambassadeurs en demandaient la restitution dans la relation qu'il prononçaient à la fin de leur mission et souvent ils les obtenaient effectivement en retour à titre de remboursement des frais avancés en mission. Or cette législation, maintes fois citée dans les traités sur l'ambassadeur des XVI^e et XVII^e siècles, ne sera pas considérée, en dernier ressort, comme un modèle à suivre : même Ottaviano Maggi, généralement si enclin à célébrer la prudence politique de la *Serenissima*, manifestera en ce cas son penchant pour l'opinion commune⁹⁷, et les écrivains postérieurs ne manqueront pas de mentionner la sévérité vénitienne tout en gardant pour autant le sentiment, bien plus modéré, qui appartenait déjà aux juristes de *ius commune*.

2.4 La rétribution de l'ambassadeur

De même qu'à l'époque moderne, au Moyen Âge une mission diplomatique impliquait des coûts importants, pour le voyage de l'ambassadeur et pour son séjour à l'étranger ; elle impliquait également des risques, comme une maladie ou une agression de la part de brigands et malfaiteurs. Un problème majeur se posait, de la sorte, à l'égard de la rétribution de l'ambassadeur, du remboursement des frais qu'il engageait durant sa mission, et, le cas échéant, de la réparation des dommages qu'il pouvait subir dans l'exécution de sa tâche.

95 Nous reviendrons sur la corruption et le conditionnement *infra*, partie III^e, chap. 4, § 2, point *a*).

96 Voir *infra*, dans ce chapitre, le § 6.

97 Voir O. Magius, *De legato*, op. cit., I.1 f. 8r-v et I.2 f. 24r-v, où il expose sa thèse sans même faire référence à la législation vénitienne, qu'en revanche il évoque plus loin (*ivi*, II.2 f. 63v-65r[mais 64r]) à propos de l'interdiction à tout ambassadeur de Venise d'accepter quelque charge publique que ce soit de la part du destinataire de la mission.

À ce propos, il convient d'observer avant tout que, dans la doctrine de *ius commune*, le mandat – qui constituait le cadre de référence pour concevoir la représentation de l'ambassadeur⁹⁸ – est, à proprement parler, un contrat essentiellement gratuit : la stipulation d'un salaire en faveur du mandataire le transforme en un contrat d'activité (*locatio-conductio operis* ou *operarum*). Ce principe, établi dans le *Digeste*, est largement repris et réaffirmé au Moyen Âge aussi bien qu'à l'époque moderne⁹⁹. Dès la fin du XII^e siècle, pour autant, la gratuité en tant que condition essentielle du mandat est peu à peu mise en discussion : les écrits juridiques, aussi bien romanistes que canonistes, commencent à témoigner d'une certaine ambivalence à cet égard et avancent des solutions favorables à la rémunération du mandataire, l'antique devoir d'amitié évoqué par le *Digeste* se révélant toujours moins susceptible d'être concilié avec l'*officium procuratoris* tel qu'il est conçu par les juristes médiévaux¹⁰⁰.

Quant à l'ambassadeur, la possibilité qu'il soit pourvu d'un salaire, ou pour le moins d'un remboursement des frais engagés durant la mission, se fait jour dès la fin du XII^e et le début du XIII^e siècle. Pillio da Medicina, dans sa *Summa* sur les *Tres Libri*, se rattache au *Digeste* en rappelant le salaire ou les frais de route (*viaticum* ou *legativum*) auxquels avait droit le *legatus* romain à moins qu'il n'eût assumé sa charge gratuitement¹⁰¹, alors que Rolando da Lucca paraît utiliser un autre passage du *Digeste* là où il explique que, si l'ambassadeur meurt en mission, ce *legativum* ne doit pas être rendu au mandant mais il est hérité par ses ayants-droit¹⁰². Un peu plus tard, lorsqu'il illustre le principe selon lequel un *munus publicum* peut être imposé à quelqu'un avec ou sans une rétribution (*sumptus*), Ac-

98 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 3 et 4.

99 Voir *Dig.* 17.1.1.4 : « Mandatum nisi gratuitum nullum est : nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces : interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit ».

100 Voir P. Legendre, « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez le canonistes classiques » (1970), in Id., *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental*, Variorum Reprints, London 1988, p. 15 et 20-21, ainsi que L. Mayali, « Procureurs et représentation en droit canonique médiéval », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, 114 (1), 2002, p. 51.

101 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63), p. 238, n° 41 : « Item salarium sive viaticum quod legativum nuncupatur de publico consequuntur, nisi gratis legationem susceperint faciendam, ut ff. e. l. ii. § ult. [*Dig.* 50.7.3], ff. de mu. et ho. l. ult. § Hii quoque [mais sans doute *Dig.* 50.4.18.12] ».

102 Voir *ivi*, p. 241-242, n°s 64 et 70.

course utilise justement l'exemple de l'ambassadeur et affirme que les statuts des cités peuvent établir qu'il soit contraint d'accomplir sa mission à ses propres frais¹⁰³. Le manque d'une étude systématique à ce sujet des statuts communaux italiens nous empêche d'évaluer la portée réelle de cette éventualité ; il semble que, surtout dès la seconde moitié du XIII^e siècle, une rétribution forfaitaire *per diem* était prévue, du moins en principe, en faveur des ambassadeurs d'une cité comme Pérouse (où elle était différenciée selon la destination de l'ambassade), mais ailleurs, comme à Venise, un ambassadeur pouvait effectivement être envoyé en mission sans recevoir aucun salaire (dans le cas contraire, sa mesure dépendait là aussi de la destination de la mission, ainsi que de l'ampleur de la suite)¹⁰⁴.

Une réflexion plus approfondie à ce sujet se fait jour dans les textes juridiques du XIV^e siècle. Le principe selon lequel les ambassadeurs ont droit à un salaire paraît maintenant être présupposé, dès lors que les juristes se concentrent plutôt sur la discussion d'un certain nombre de règles qui, à l'occasion, peuvent limiter ou exclure son application. Alberico da Rosciate précise par exemple que les ambassadeurs n'ont pas le droit d'obtenir le remboursement de ce qu'ils ont dépensé au-delà du salaire qui avait été fixé¹⁰⁵ ; il explique aussi que s'ils font retour avant l'heure prévue, ou bien plus tard que prévu, ou s'il restent sur place pour mener leurs propres affaires, ils n'ont aucun droit au salaire pour le temps concerné¹⁰⁶.

103 Il s'agit de la glose *cum sumpto* sur *Dig.* 50.4.14.1 : là où le *Digeste* dit que « publicum munus dicitur, quod in administranda re publica cum sumpto sine titulo dignitatis subimus », Accurse précise : « vel etiam sine sumpto. Nam potest esse lex in civitate, ut quilibet faciat ambasiatam suo sumpto ».

104 Pour les statuts de Pérouse de 1279, voir S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 45-48, où l'Auteur observe que la rémunération prévue était tout à fait modeste. Pour Venise, voir D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 15 et Id., *The Office*, op. cit., p. 171-172. A Pise les *brevi* de 1287 établirent que « ambaxiatores Pisani comunis ituri pro factis Pisani comunis habeant et habere possint et debeant salarium de boni Pisani comunis ad provisionem antianorum ; quod salarium statuatur ab ipsis antianis ante quam electio fiat de dictis ambaxiatoribus », *I brevi*, op. cit., liber I, rubrica XV (« De ambaxiatoribus »), p. 56.

105 Voir Albericus de Rosate, *In Secundam ff. [= Digesti] Veter[is] Part[em] Commentarij*, Società dell'Aquila che si rinnova, Venetiis 1585 [réimpression chez A. Forni, Bologna 1977], sur *Dig.* 17.1.10.9, f. 118vB, n° 8 : « Quod si ambasiatores communes expendant ultra salarium eis statutum, quod non recuperant actio ».

106 Voir Id., *In Primam*, op. cit., sur *Dig.* 4.6.4, f. 265rB, n° 1 : « Et facit multum [sc. hoc caput edicti] contra ambasiatores, qui maturius recedunt, & tardius redeunt, vel stant pro negotiis suis, quod non debeant recipere salarium illius temporis ».

Selon Bartolo et Baldo, en outre, l'ambassadeur qui touche un salaire *per diem* a le droit de recevoir le paiement de toute la journée même s'il revient dans la matinée (« *in tertijs* »)¹⁰⁷, tandis que d'après Dino del Mugello et Baldo celui qui reçoit un salaire *per mensem* et revient après trois semaines est payé en proportion du temps qu'il a employé¹⁰⁸. Le frère de Baldo, Angelo degli Ubaldi, applique le principe du salaire « *pro rata temporis* » même au cas de l'ambassadeur qui meurt durant la mission, comme il apparaît de l'une de ses *addictiones* au commentaire de Bartolo sur le *Code*. Le juriste de Sassoferrato avait expliqué que, lors d'une mission confiée à deux ambassadeurs, si l'un d'entre eux meurt, le salaire de l'autre n'augmente pas quoiqu'il doive accomplir le travail tout seul ; à ce propos, Angelo écrit d'abord que cela est vrai seulement s'ils sont députés à un seul et même office, car s'il s'agit de deux offices distincts la solution est inverse, et ensuite que, contrairement à ce que nous avons vu chez Rolando, les héritiers de l'ambassadeur mort doivent rendre à la *respublica* la partie du salaire relative au temps dans lequel il n'a pas travaillé¹⁰⁹. Enfin, aussi bien Bartolo qu'Angelo affirment que si l'ambassadeur, au lieu de procéder par le droit chemin, fait des détours qui allongent son parcours, il n'a pas le droit de toucher son salaire pour les miles excédentaires (si celui-ci doit être calculé sur la longueur du chemin) ou bien pour le temps supplémentaire qu'il a employé¹¹⁰.

Une autre question qui retient l'attention des juristes concerne le droit de l'ambassadeur à obtenir la réparation des dommages subis durant la mission. La confrontation avec la discipline du mandat de droit privé est à ce propos explicitement établie. Le point de départ de toute réflexion est

107 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omia, quae extant, opera*, op. cit., sur *Dig.* 24.3.5, t. III, f. 6vA, n° 6, et Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, op. cit., sur *Cod.* 4.35.17, non paginé (« Numquid ambasiatori qui revertitur in tertijs debetur salarium totius diei an vero pro rata vide per Bar[tolum] in l. de divisione ff. so. ma. [Dig. 24.3.5] »).

108 Voir Dinus de Muxello, *Super infortiato et Digesto novo*, impensis Simonis Vincent, Lugduni 1513 [réimpr. Forni, Bologna 1917], sur *Dig.* 31.88.1, non paginé, et Baldus de Ubaldis, *Lectura super Infortiato*, op. cit., sur *Dig.* 31.88.1, non paginé.

109 On peut lire le commentaire de Bartolo avec l'*addictio* d'Angelo dans Bartolus de Saxoferrato, *Lectura super tribus ultimis libris Codicis*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63).2, f. 29rB.

110 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., sur *Dig.* 43.19.4.pr., t. V, f. 145rB, n° 1, ainsi que l'*addictio* d'Angelo in Bartolus de Saxoferrato, *Lectura*, op. cit., sur *Cod.* 11.2(1).5, f. 33rA.

constitué en effet par le principe établi dans *Dig.* 17.1.26.6, qui exclut toute forme de réparation en faveur du mandataire au cas où il aurait été pillé par des voleurs, aurait perdu quelque chose dans un naufrage ou aurait engagé des dépenses supplémentaires à cause d'une maladie survenue à lui-même ou aux siens, car « ces pertes doivent être attribuées au hasard plutôt qu'au mandat ». Pour autant, dans sa glose sur ce passage Accurse admet déjà une possibilité de dédommagement : après avoir observé que dans le contrat de société les choses se passent de manière différente – l'associé ayant le droit d'obtenir la réparation en vertu de la « fraternité » qui serait à la base de ce contrat –, il ajoute que même en faveur du mandataire cette réparation peut avoir lieu, sinon de strict droit, au moins « *de curialitate* »¹¹¹. Plus tard, dans la rubrique *de iudiciis* de son *Speculum iudiciale*, Guillaume Durand propose un cas portant sur un *nuncius* capturé sur la route par des brigands : est-ce qu'il peut agir contre son mandant pour qu'il le rachète, ou qu'il contribue au moins à sa libération ?, demande-t-il. Dans un premier moment, Durand donne une réponse négative, sur la base notamment du passage sur le mandataire de droit privé que nous venons de citer, mais ensuite il fait référence lui aussi à la règle prévue en matière de société comme à un argument en sens contraire. Pour résoudre la question, il propose alors une distinction efficace, fondée sur le principe du caractère obligatoire ou pas de l'office rempli par le messager (« *necessitas officii* ») et sur l'intérêt des parties à l'accomplissement du mandat : soit le *nuncius* s'était offert personnellement de partir et avait assumé sa tâche principalement pour le profit qu'il devait en tirer, auquel cas il doit s'imputer à lui-même le dommage subi et n'a pas le droit d'obtenir la réparation ; soit il ne s'était pas offert, mais il était parti à la commande, ou sur sollicitation pressante de son mandant et malgré sa dénonciation des dangers du voyage, auquel cas il n'y a rien qu'il doive se reprocher, tandis que son mandant est obligé de le dédommager ; enfin, si la mission concernait à la fois l'avantage du mandant et du mandataire, la solution la plus équitable est que la perte soit répartie entre les deux¹¹².

111 Voir la glose *mandato* sur *Dig.* 17.1.26.6 « Item secus est in actione pro socio etiam de huiusmodi periculis : ut j. ti. j. l. cum duobus § quidam [*Dig.* 17.2.52.4] & potest esse ratio, quia ibi est ius fraternitatis : ut eo. ti. l. verum j. rn. [*Dig.* 17.2.63]. Item nec hic § de curialitate debet servari ».

112 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum*, op. cit., liber IV, particula II, rubrica *De iudiciis*, § 3, p. 126B-127A, n° 5.

Cette distinction éclaire la question dans ses termes essentiels ; elle est adoptée d'ailleurs également par un autre juriste du XIII^e siècle, qui aborde le problème du dédommagement de l'ambassadeur de façon tout à fait similaire. C'est Bartolo da Sassoferrato qui nous en informe lorsque, dans son commentaire sur *Dig.* 47.2.62(63).5 (un passage où, dans la discussion d'un cas particulier, le dédommagement du mandataire est admis, contrairement à ce qui est établi dans *Dig.* 17.1.26.6)¹¹³, il discute un cas qui s'était produit à Bologne en 1328 et avait eu pour protagoniste Giovanni d'Andrea : ce dernier avait en effet été envoyé en ambassade par le cardinal légat Bertrand du Pouget (qui venait d'instaurer sa seigneurie sur Bologne) à la curie d'Avignon, mais lorsqu'il était sur la voie du retour, à Casteggio près de Pavie, il avait été capturé, dérobé et tenu prisonnier par les gibelins pendant huit mois, n'obtenant sa libération qu'après avoir payé un rachat de 4000 florins d'or. Une fois rentré à Bologne, il avait demandé à la commune le remboursement des dommages subis, requête qu'une commission de docteurs du *Studium* avait jugée légitime, quoique seulement « *de curialitate* », non de droit strict (en adoptant donc l'opinion d'Accurse citée plus haut)¹¹⁴. Or, Bartolo paraît ne pas être d'accord avec cette solution et se rattache à ce propos à l'opinion d'un juriste du siècle précédent, Giovanni Fagioli da Pisa, dont il dit utiliser les *additiones*¹¹⁵. D'un côté Giovanni aurait écrit que l'ambassadeur n'a aucun droit d'obtenir la réparation du dommage, en vertu de ce qu'établit *Dig.* 17.1.26.6 et du fait que, en recevant un salaire pour sa mission, il doit l'accomplir à ses frais et à ses risques¹¹⁶. De l'autre, il aurait cependant affir-

113 Voir *Dig.* 47.2.62(63).5, à propos du mandataire dérobé par l'esclave qu'il avait été chargé d'acheter, où apparaît le principe selon lequel « *nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse* ».

114 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 118vB, n° 2 et, sur cet épisode, A. Palmieri, « Un episodio della vita di Giovanni d'Andrea ed una vecchia questione di diritto », *Atti e Memorie della Regia Deputazione di Storia Patria per le Provincie di Romagna*, serie III, 25, 1907, p. 1-15, et O. Condorelli, « Giovanni d'Andrea e dintorni. La scuola canonistica bolognese nella prima metà del secolo XIV », *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 23, 2012, p. 91-145 : 99, 101 (note 27) et 114-115.

115 Les *additiones* de Giovanni Fagioli aux *libri legales*, qui relèvent de son activité didactique à l'Université de Naples, sont restées manuscrites : voir à ce sujet C. Bukowska Gorgoni, s.v. « Fagioli, Giovanni », op. cit., avec d'autres références.

116 Voir la suite du commentaire de Bartolo sur *Dig.* 47.2.62(63).5 (in *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 118vB, n° 2).

mé, d'après les mots de *Dig.* 47.2.62(63).5, que « personne ne doit subir un préjudice à cause de son propre office » et, surtout, il aurait souligné la nature tout à fait particulière de l' « *officium legationis* » qui, ayant un caractère obligatoire, ne peut pas être préjudiciable à son titulaire : voilà l'argument décisif, dans la mesure où c'est justement ce caractère obligatoire qui distingue la charge d'ambassadeur de celle d'un mandataire de droit privé, « dont l'*officium* est volontaire », et permet de mettre hors jeu la règle établie dans *Dig.* 17.1.26.6 en ouvrant la voie au dédommagement¹¹⁷. La distinction que, selon Bartolo, Giovanni aurait proposée en conclusion de son raisonnement, assez proche de celle formulée par Durand, acquiert alors un sens plus déterminé : si l'ambassadeur s'est procuré l'ambassade de sa propre initiative et pour son propre avantage (ce qui alors était possible, comme nous allons le voir, dans de nombreuses communes italiennes)¹¹⁸, il ne doit pas être dédommagé, de même que ne doit pas l'être un mandataire de droit privé ; si en revanche elle lui a été imposée par la commune, il doit recevoir de celle-ci la réparation des dommages subis en raison de la nature contraignante de son office. Le juriste pisan aurait enfin différencié la solution même selon la qualité des biens de l'ambassadeur endommagés durant la mission, en précisant que seuls les biens considérés comme nécessaires pour sa fonction peuvent être remboursés¹¹⁹.

Dans les décennies suivantes, les juristes de *ius commune* semblent s'en tenir aux distinctions proposées par Guillaume Durand et Giovanni Fagioli plutôt qu'au principe établi par Accurse. Iacopo Bottrigari écrit par exemple, au début du XIV^e siècle, qu'en cas de dommage les ambassadeurs ont le droit d'obtenir l'indemnisation de tous les biens qu'ils ont amenés avec eux à cause de leur ambassade et pour l'honneur de leur

117 Voir *ivi*, f. 118vB-119rA : « In contrarium, quia officium suum non debet esse sibi damnosum, ut hic [voir la citation de ce passage du *Digeste*, ci-dessus note 113], & s. quemad. testam. aper. l. sed si quis ex signatoribus [*Dig.* 29.3.7]. Praeterea officium legationis est munus necessarium l. j. § j. s. de mune. & ho. [*Dig.* 50.4.1.1] & l. munerum, § legati [*Dig.* 50.4.18.12]. Ergo non debet ei esse nocivum in aliquo. l. post legatum., § advocatum, s. de his q. ut ind. [*Dig.* 34.9.5.13] & l. cum postulassem, in fi. s. de da. infe. [*Dig.* 39.2.44.1]. Et per hoc videtur esse responsum ad omnia iura contraria, quae loquuntur de procuratoribus quorum officium est voluntarium ».

118 Voir *infra*, dans ce chapitre, § 6, point β).

119 Voir la suite du commentaire de Bartolo sur *Dig.* 47.2.62(63).5 (in *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 119rA).

commune, alors que cela n'a pas lieu pour les biens qui n'ont pas trait à l'ambassade ; de même, ils ont le droit de toucher leur salaire pour le temps de leur maladie et de se voir rembourser les frais engagés pour se soigner ; en revanche, s'ils sont allés s'amuser dans un autre endroit que celui où ils devaient se rendre, ils doivent s'imputer à eux-mêmes tout dommage éventuellement subi, tout comme si, en pouvant voyager par terre, ils ont voyagé par mer¹²⁰. Bartolo, nous venons de le voir, se rattache à l'opinion de Giovanni Fagioli contre la solution adoptée par les docteurs bolonais dans le cas concernant Giovanni d'Andrea. Dans son long commentaire sur *Dig.* 17.1.26.6, enfin, Baldo degli Ubaldi élabore une casuistique très minutieuse, finalisée à établir s'il y a ou il n'y a pas une faute de la part de l'ambassadeur pour ce qui lui est arrivé, mais il ré-affirme en tout cas en conclusion que l'admissibilité du dédommagement de l'ambassadeur prend appui sur la nature spécifique de son *officium*, défini comme un « *officium [...] necessarium* » et un « *munus [...] publicum* »¹²¹.

De cette manière, le *ius commune* finit par protéger les ambassadeurs mieux que ne le faisait la législation de plusieurs cités italiennes de l'époque. En effet, si à Pérouse le remboursement à l'ambassadeur des chevaux morts durant la mission était explicitement prévu déjà vers la moitié du XIII^e siècle¹²², à Venise la situation était bien moins favorable pour les représentants de la République : les autorités de la cité leur accordaient parfois, en plus de l'escorte diplomatique, une véritable escorte militaire en raison des dangers que les voyages comportaient, mais elles étaient très réticentes à assumer les risques financiers des missions¹²³. Des exceptions pouvaient être établies seulement pour garantir, dans certaines limites, une somme d'argent que les ambassadeurs étaient forcés d'emporter avec eux parce que, leur salaire n'étant payé normalement qu'après

120 Voir Iacobus Butrigarius, *In primam et secundam veteris Digesti partem*, typis Lipidi Fatij, Romae 1606 [réimpression chez A. Forni, Bologna 1978], sur *Dig.* 17.2.52.4, p. 209B-210A.

121 Voir Baldus Ubaldi, *In secundam Digesti Vet[eris] partem commentaria*, apud Iuntas, Venetiis 1586, f. 112vA-B.

122 Voir S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 49-50.

123 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 161.

leur retour, ils étaient contraints de partir avec tout l'argent nécessaire pour vivre et anticiper les frais de la mission¹²⁴.

À l'égard de ces frais, conformément à un principe clairement établi par la doctrine juridique¹²⁵, les cités pourvoyaient directement aux dépenses nécessaires pour le voyage des ambassadeurs, tant par terre que par mer, bien que le nombre des chevaux fût parfois l'objet d'une législation assez restrictive visant à limiter les coûts de l'ambassade¹²⁶. Les frais du voyage, d'autre part, constituaient souvent la dépense la plus importante des missions, dès lors que dans la pratique diplomatique de la fin du Moyen Âge, avant la naissance de la diplomatie résidente, les ambassadeurs étaient couramment hébergés ou défrayés par les princes et les Républiques qui les recevaient, s'il s'agissait d'alliés ou d'amis, ou bien d'ambassades d'apparat envoyées pour un événement particulier. Contrairement aux usages de Byzance, cependant, cette coutume ne constituait pas en Occident une norme observée toujours et partout de la même manière : auprès de la curie romaine, par exemple, aucun ambassadeur ou presque ne recevait ni logement ni défrai et même ailleurs le degré d'hospitalité pouvait varier grandement selon la qualité de l'ambassadeur et les rapports du destinataire avec son mandant¹²⁷ ; et Venise essaya depuis 1371 de limiter le défraiement des ambassadeurs étrangers en établissant un plafond annuel pour ce genre de dépenses, bien qu'avec un succès partiel¹²⁸.

124 Voir *ivi*, p. 173 et *Id.*, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 17 (« the diplomacy of Venice was conducted largely at the cost and the risk of private citizens ») et 24-25.

125 Voir par exemple Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63), p. 320B, n° 37.

126 C'est le cas à Venise, comme le montre D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 167. Dans la pratique diplomatique médiévale la dimension de l'ambassade, et par conséquent ses coûts, étaient souvent calculés à partir du nombre de chevaux nécessaires pour la mission : voir *ivi*, p. 185, note 61.

127 Voir à ce sujet M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 389 ; D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 164-165 ; F. Senatore, « *Uno mundo de carta* », op. cit., p. 141-144 ; et S. Péquignot, *Au nom du roi*, op. cit., p. 269. Les *ordini* de Milan de 1468 illustrent très bien la différence qui pouvait exister entre le traitement réservé à un *legatus de latere* et celui accordé aux ambassadeurs des petits duchés italiens : voir A. Maspes, « *Prammatica* », art. cit., p. 148-149.

128 Voir à ce propos, même pour des dispositions adoptées par la suite, D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 22 et 54, ainsi qu'*Id.*, « *Newly Discove-*

Cela dit, si l'on considère la littérature sur l'ambassadeur du XV^e siècle, on voit qu'elle ne fait que reprendre à ce sujet les principes déjà posés par les juristes du siècle précédent : Bernard de Rosier, Martino da Lodi, Pietro Del Monte, Giovanni Bertachini et Gonzalo de Villadiego réaffirment le droit de l'ambassadeur à recevoir un salaire – qui en cas de mort sera transmis aux héritiers, selon Martino et Gonzalo, comme le disaient le *Digeste* et Rolando da Lucca, tandis que pour Bertachini, de même que pour Angelo degli Ubaldi, il doit être restitué à la République – aussi bien qu'à obtenir la réparation de tout dommage subi durant la mission, avec toutes les limitations et les précisions établies dans les commentaires juridiques du XIV^e siècle¹²⁹. L'insistance avec laquelle on revient sur ces principes démontre quand-même que de telles questions n'étaient en aucun cas abstraites et scolastiques¹³⁰, mais jouaient un rôle fondamental à la fois pour les conditions matérielles dans lesquelles les ambassadeurs devaient exercer leurs fonctions et pour la conceptualisation de leur statut juridique comme un *officium* qui ne doit pas être nuisible à celui qui le remplit. Au reste, un témoignage de l'importance de cette réflexion nous est fourni, d'un côté, par un genre littéraire éminemment lié à la pratique comme les *consilia*, qui abordent ce sujet en utilisant largement les opinions des juristes médiévaux, et, de l'autre, par les traités sur l'ambassadeur eux-mêmes qui, encore au XVI^e et au XVII^e siècles, lorsqu'ils en viennent à la question du salaire et du dédommagement, ne cessent de faire référence à ces mêmes opinions¹³¹.

red », op. cit., p. 55-56 et 80-81. Quant au succès seulement partiel de cette législation, on sait par exemple que Philippe de Commynes en 1494-1495 séjourna à Venise pendant « huyt moys, deffrayé de toutes chouses », de même que « tous aultres ambassadeurs qui estoient la » (Ph. de Commynes, *Mémoires*, op. cit., t. I, VII.18, p. 590).

129 Voir Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 5, p. 7, et cap. 29, p. 28 ; Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., f. 212vB, q. 1 et 3, f. 213rA, q. 6 et 15, f. 213rB, q. 23 et 26, ainsi que f. 213vA, q. 36 et 37 ; Petrus de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé ; Ioannes Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB-57vA ; et Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 4, f. 279vB, n^{os} 1 et 3-4, ainsi que f. 280rA-B, n^o 10.

130 Ainsi en revanche B. Behrens, « Treatises », art. cit., p. 617.

131 Parmi les *consilia*, voir par exemple M.A. Natta, *Consiliorum sive responsorum*, ad signum concordiae, Venetiis 1584, t. I, consilium 168, f. 136rB-136vB ; et A. Cravetta, *Consilia sive responsa*, t. III, apud F. Zilettum Venetiis 1581, consilium 525, f. 329vB, n^o 2. Sur le statut et l'importance de ce genre littéraire voir au

L'avènement de la diplomatie résidente entraînera des transformations capitales dans la pratique diplomatique, lesquelles ne semblent pourtant pas produire des effets particulièrement incisifs sur notre littérature. D'un côté, en vertu du prolongement de la résidence à l'étranger et de ses exigences, le salaire de l'ambassadeur sera payé non plus à la fin de la mission mais durant son déroulement, au moins théoriquement à cadence régulière. De l'autre, l'usage d'héberger les ambassadeurs étrangers disparaîtra peu à peu, surtout en conséquence du fait que l'envoi d'un ambassadeur résident, dans les premiers temps, ne sera pas toujours réciproque : le destinataire, de la sorte, se limitera le plus souvent à prendre en charge les frais de la réception et des cérémonies les plus solennelles¹³². Malgré cela, cependant, à cette époque nos traités ne feront que réaffirmer les principes déjà établis par les juristes de *ius commune*, en mettant même un accent particulier sur la nécessité d'un salaire adéquat pour couvrir les énormes dépenses de l'ambassade¹³³.

2.5 Les immunités et les privilèges de l'ambassadeur

Les immunités et privilèges des ambassadeurs reconnus au XII^e siècle sont avant tout ceux qui sont établis dans les sources justiniennes à l'avantage des *legati*. Leur énumération se trouve déjà dans la *Summa Trium Librorum* de Pillio da Medicina, au titre de *legationibus*, qui commence par rappeler deux passages du *Digeste* destinés à être très souvent mentionnés dans la littérature sur l'ambassadeur des siècles suivants. S'agissant du

moins *Legal consulting in the civil law tradition*, ed. by M. Ascheri, I. Baumgärtner & J. Kirshner, Robbins Collection, Berkeley 1999. Dans la littérature sur l'ambassadeur, les ouvrages des juristes médiévaux sont largement utilisés par C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., IV.7 ; H. Setserus, *Legatus*, op. cit., assertiones CCCLXVI-CCCLXX et CCCLXXVI-CCCLXXXVI ; Ch. Besoldus, *De Legatis, eorumque Jure*, op. cit., cap. 6, § 3 et 4, p. 81 ; et G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.4, p. 53-54.

132 Pour quelques références à propos de cette évolution, voir *infra*, partie II^e, chap. 3, § 5, note 244.

133 Voir par exemple C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., V.6, p. 189 ; H. Kirchnerus, *Legatus*, op. cit., éd. 1604, II.2, p. 377, n° 38 ; J. Hotman, *De la charge*, op. cit., éd. 1613, chap. 4, p. 191 ; F. de Marselaer, *Legatus*, op. cit., éd. 1626, I. 30 ; A. Germonius, *De Legatis*, op. cit., III.17, p. 355 ; A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.20, p. 550-551 ; F. de Callières, *De la manière de négocier*, op. cit., chap. 6, p. 105 (éd. Waquet, p. 203).

premier, Pillio affirme que personne ne peut faire violence à un *legatus*, même s'il est envoyé par un ennemi, pendant tout le temps de sa mission, de sorte que – selon un avis que l'on fait remonter à Quintus Mucius Scaevola (II^e-I^{er} siècle avant J.-C.) – celui qui, contre le droit des gens, frappe un *legatus* subit la peine de la *deditio*, à savoir il est remis à ceux qui l'ont envoyé pour qu'ils exercent sur lui leur vengeance ; il appartient à eux, éventuellement, de ne pas l'accepter et de le laisser en liberté¹³⁴.

En second lieu, Pillio écrit que les *legati*, ne pouvant subir aucune violence, sont appelés « *sancti* » : un mot que, en suivant le *Digeste*, il fait dériver de *sagmina*, c'est-à-dire des herbes sacrées (appelées aussi *verbenae*) que les *legati* des Romains portaient comme un signe de leur condition, de même que les Grecs portaient le caducée¹³⁵. Or, on discute aujourd'hui à l'égard de cette étymologie, formulée par le juriste Marcianus dans la première moitié du III^e siècle après J.-C.¹³⁶, tout comme de la nature et qualité de ces herbes, de leur fonction apotropéenne (qui n'est témoignée que par le même Marcianus) et d'autres fonctions qu'elles pouvaient avoir dans la Rome archaïque, comme celle de « créer » le *pater patratus* (l'envoyé principal) lors des missions des féciaux, au moment où le *verbenarius* (son collègue) le touchait sur la tête avec les *verbenae*¹³⁷. Mais ce qui nous importe, c'est que sur la base de ce passage, rappelé par Pillio, les auteurs des traités sur l'ambassadeur vont par la suite toujours

134 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 236, n° 27 : « Illud precipuum tempore legationis legati beneficium habent a quoquam violari non debent, etiam si legati hostium fuerint, vel eorum quibus legatione durante bellum indicatum fuerit ; qui ergo contra ius gentium legatos pulsaverit, hostibus dari Quinti Mutii responso precipitur, quem si hostes non receperint, in libertate remanere lege lata statutum est, ut ff. e. l. ult. [Dig. 50.7.18(17)] ».

135 Voir *ivi*, p. 237, n° 28 : « Inde legati sancti nuncupantur, scilicet quia violari non debent a sagminibus, idest herbis quas Romanorum legati deferebant in signum, sicut Grecorum eas que ciricia nominantur, ut ff. de rerum di. Sanctum est [Dig. 1.8.8] ».

136 Cette étymologie devrait probablement être inversée : voir en effet S.P. Festus, *De verborum significatu quae supersunt, cum Pauli epitome*, edidit W.M. Lindsay, in aedibus B.G. Teubneri, Stutgardiae et Lipsiae 1997, s.v. « Sagmina », p. 424 : « Sagmina vocantur verbenae, id est herbae purae, quia ex loco sancto arcebantur a consule praetoreve, legatis proficiscentibus ad foedus faciendum bellumque indicendum ; vel a sanciendo, id est confirmando ». Voir à ce propos l'étude récente et bien documentée de G. Turelli, « *Audi Iuppiter* ». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Giuffrè, Milano 2011, p. 70-76 : 72..

137 Voir G. Turelli, « *Audi Iuppiter* », op. cit., p. 70-74.

qualifier l'ambassadeur de *sanctus* pour en affirmer l'inviolabilité, sans que les aspects les plus strictement étymologiques de la question posent aucune difficulté¹³⁸. C'était là d'ailleurs la signification spécifique de la catégorie juridique du saint (*sanctum*) dans la Rome ancienne, par rapport à celle du sacré (*sacrum*) et à celle du religieux (*religiosum*) : elle comprenait en effet « tout ce dont la violation était sanctionnée (*sancta*) d'une peine, et recevait ainsi, tout comme une loi, sa sanction (*sanctio*) »¹³⁹. À partir des murailles des villes, « prototypes des choses classées parmi les *res sanctae* »¹⁴⁰, cette catégorie comprenait aussi les tribuns de la plèbe (quiconque attentait à leur personne étant mis à mort), les traités (*foedera*) et, justement, les légats du peuple ; en somme, toute chose ou personne qui, même si elle n'était pas consacrée à un dieu, ne pouvait être violée sans qu'il en résultât une peine¹⁴¹. Ainsi la qualification de *sanctus*, à travers la référence au passage de Marcianus, contribue à définir la condition d'inviolabilité de l'ambassadeur ; la référence à l'opinion de Quintus Mucius Scaevola, quant à elle, permet de déterminer la peine pour l'infraction de cette condition, une peine qui consiste dans l'abandon du coupable à la vengeance des ennemis.

Après avoir établi l'inviolabilité de l'ambassadeur, Pillio poursuit son discours en mentionnant quelques privilèges relevant du droit civil. Le

-
- 138 Voir par exemple H. Setserus, *Legatus*, op. cit., assertiones CXXII-CXXIX, non paginé, qui utilisera l'un à côté de l'autre les passages de Marcianus et de Festus sans relever aucune contradiction dans les deux étymologies proposées, mais s'attachant uniquement à remarquer le caractère inviolable de l'ambassadeur.
- 139 Voir Y. Thomas, « De la "sanction" et de la "sainteté" des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité » (1993), in Id., *Les opérations du droit*, éd. par M.-A. Hermitte et P. Napoli, Seuil-Gallimard, Paris 2011, p. 91-92. Voir dans le même sens É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II. *Pouvoir, droit, religion*, Éd. de Minuit, Paris 1969, s.v. « sacer : sanctus », p. 187-192.
- 140 Voir Y. Thomas, « De la "sanction" », art. cit., p. 92 (cette image sera rappelée par F. Le Vayer, *Legatus*, op. cit., cap. 4, f. 9v).
- 141 Voir *ivi*, p. 92-93 et 95 pour l'exemple du *foedus*, très intéressant dès lors que, selon l'Auteur, par la procédure de *sancire foedus* « sont consacrés, livrés au dieu, l'animal immolé, bien sûr, mais surtout le coupable dont par anticipation on mime la mise à mort – le parjure tombera sous l'exécration du serment et sera frappé à son tour comme *sacer*. [...] Tel est précisément l'acte de *sancire* un traité : le rendre inviolable par le châtement du parjure. Et c'est pourquoi aussi le traité est *sacrosanctum* ». Comme déjà dans le passage de Le Vayer cité à la note précédente, on verra d'ici peu que même l'ambassadeur est qualifié de « *sacrosanctus* » dans nos textes.

premier est le *ius revocandi domum*, à savoir la faculté, que le droit romain accordait à ceux qui se trouvaient à Rome comme *legati*, ou pour y remplir d'autres fonctions publiques, de demander le renvoi devant le juge du lieu de leur domicile pour tout différend portant sur des affaires qu'ils avaient conclues avant d'être envoyés en mission, et, par conséquent, de subir le procès seulement une fois rentrés chez eux. En revanche, ils étaient soumis aux juges de Rome à l'égard des affaires conclues durant leur mission, où même des affaires conclues en précédence, si après la fin de leur mission ils prolongeaient à dessein leur séjour à Rome pour éviter le procès. On établissait enfin que, puisqu'ils ne pouvaient pas être appelés en justice, ils ne pouvaient même pas agir en justice à l'encontre d'un tiers et que, s'ils le faisaient, ils perdaient leur privilège ; une exception était tout de même prévue pour leur permettre de demander la réparation d'une injustice, d'un vol ou d'un dommage¹⁴². C'est à ce privilège que Pillio fait référence, lorsqu'il le mentionne au même titre qu'une série de limitations tirées toujours du droit justinien : il exclut donc le *ius revocandi domum* dans le cas où l'ambassadeur avait explicitement promis de s'acquitter de sa dette durant sa légation, ou bien si son procès avait débuté avant son départ en mission (auquel cas il doit se défendre par un procureur), ou bien encore si un retard peut apporter un préjudice aux intérêts des créditeurs¹⁴³. En dépit de ces exceptions, il s'agit là d'un privilège important et très souvent rappelé dans les écrits sur l'ambassadeur en faveur de la thèse selon laquelle l'ambassadeur ne peut pas être appelé à répondre en justice des dettes contractées pendant la mission tant que cette dernière n'est pas terminée.

En second lieu, Pillio mentionne le privilège de la *restitutio in integrum*, prévu dans les sources justiniennes au bénéfice de ceux qui étaient absents pour le service de la chose publique pendant toute la durée de leur mission. Nous avons déjà vu plus haut qu'en vertu de ce privilège on avait le droit de demander, dans certaines conditions, de rétablir le *status quo ante* par l'annulation d'un effet juridique produit à son détriment. De même, nous avons vu que tant Pillio que d'autres juristes (comme Azon) ne reconnaissent ce privilège, en principe, qu'aux *legati* de « Rome », à savoir de l'Empire, toutes les autres cités étant considérées à l'instar de lieux privés : ce n'est qu'en vertu d'une extension modelée sur les clauses

142 Voir *Dig.* 5.1.2.3-5.

143 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 237, n^{os} 29-33.

du préteur romain, qu'ils finissent par attribuer ce privilège à tous les ambassadeurs. Par la suite, la reconnaissance du statut public des cités va résoudre définitivement la question¹⁴⁴.

Enfin, à l'égard du moment où l'ambassadeur commence à jouir de ses privilèges – ce qui nous offre un élément pour déterminer le moment où il assume le statut de *legatus* –, Pillio, en se rattachant encore au *Digeste*, écrit que cela arrive dès sa nomination, et non pas à partir de son arrivée à destination¹⁴⁵.

Au début du XIII^e siècle, les canonistes commencent eux aussi à réfléchir sur la protection accordée à l'ambassadeur par le droit de gens, bien que, comme nous le verrons d'ici peu, les papes demandassent déjà depuis longtemps dans leurs bulles le respect de leurs légats empruntant souvent la formule évangélique « *qui vos spernit, me spernit* »¹⁴⁶. Une première indication à ce propos est fournie par le canon du *Decretum*, tiré des *Etymologies* d'Isidore de Séville, qui définit le *ius gentium* par l'énumération des institutions qui en font partie, parmi lesquelles il y a aussi le respect des ambassadeurs (« *legatorum non violandorum religio* »)¹⁴⁷. Dans sa glose sur le mot *legatorum*, Jean le Teutonique précise les peines auxquelles sont soumis ceux qui n'observent pas ce respect, aussi bien dans le droit canonique que dans le droit civil, en mentionnant dans le premier cas l'excommunication et, dans le second, la remise aux ennemis pour devenir leurs esclaves. Alors que pour la *deditio* il allègue le passage du *Digeste* vu plus haut et utilisé également par Pillio, à propos de l'excommunication il fait référence à deux autres canons du *Decretum*, l'un tiré d'un texte promulgué par Calixte II en 1123, lors du premier Concile du Latran, par lequel on avait décidé de priver de la communion chrétienne ceux qui s'emparaient des pèlerins ou de leurs biens et ceux qui importunaient les marchands en leur demandant le paiement de péages injustifiés ; l'autre d'une lettre d'Alexandre II qui portait spécifiquement sur les légats pontificaux et sanctionnait par l'excommunication tous ceux qui, en essayant de

144 Voir *supra*, chap. 1, § 2.

145 Voir E. Conte, S. Menzinger, *La Summa*, op. cit., p. 238, n° 36 (avec un renvoi à *Dig.* 50.7.6(5)).

146 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 3, § 1.

147 Voir c. 9, d. 1.

les entraver, étaient censés entraver la cause de Dieu et troubler l'état de l'Église¹⁴⁸.

Le concours des principes tirés aussi bien du *Digeste* que du *Decretum* se trouve ainsi fixé et la doctrine de l'époque suivante se limite à la reprendre et éventuellement à l'intégrer. Guillaume Durand, par exemple, évoque la *deditio* depuis les toutes premières lignes de sa rubrique *De legato*, juste après avoir donné sa définition du mot *legatus*¹⁴⁹ ; peu après, il affirme l'existence de l'immunité également au bénéfice des évêques et des prêtres, que le Christ lui-même a envoyés en ambassade dans le monde¹⁵⁰ ; enfin, il mentionne le respect des *legati* demandé par le canon *Ius gentium* et reproduit entièrement le passage de la lettre d'Alexandre II reporté par Gratien dans le *Decretum*¹⁵¹. Durand en vient ensuite aux privilèges du *legatus*, en mentionnant le *ius revocandi domum* avec ses limitations et en précisant que le *legatus* jouit du bénéfice du temps à partir du moment de sa nomination, non pas de celui où il arrive à destination¹⁵².

À cette époque, ce n'était d'ailleurs pas seulement la doctrine juridique qui exigeait le respect des ambassadeurs, la pratique témoignant en effet du même souci. Nous pouvons à ce propos mentionner deux cas qui, au XIII^e siècle, firent beaucoup de bruit. En 1208, Pierre de Castelnau, légat d'Innocent III en Occitanie, fut tué par les Albigeois tandis qu'il était en train de former une coalition de barons pour les traquer. Le pape répondit par l'excommunication, l'interdit et la libération des sujets du comte de

148 Voir la glose *legatorum* sur le même canon, in *Decretum Gratiani cum Glossis domini Johannis Theutonici [...] et annotationibus Bartholomei Brixienensis [...]*, [s. n.], Basileae 1512, f. 3rA : « Si quis legatum vel amicorum vel hostium impedit, secundum canones excommunicatur : ut xciiij dis. si quis [c. 2, d. 94], xxiiij q. iij. si quis [c. 23, C. 24, q. 3], secundum leges traditur hostibus ut sit servuus illorum, ff. de lega. l. ulti. [*Dig.* 50.7.18(17)] ».

149 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 1, p. 29B-30A, n^o 1 : « Sed & nuncios, quos apud nos hostes mittunt, legati dicuntur, quorum legatorum causa sancta res est. Nam si quis eos pulsaverit, hostibus, quorum legati erant, tradendus est, ut illorum servus efficiatur, ff. de legationibus l. fin. [*Dig.* 50.7.18(17)] ».

150 Voir *infra*, dans cette partie, chap. 3, § 1, note 42.

151 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 1, p. 29B-30A, n^o 3.

152 Voir *ivi*, § 4, p. 39B, n^o 53.

Toulouse, Raymond VI, de leur devoir de fidélité¹⁵³. Quelque trente ans plus tard, l'empereur Frédéric II, voulant se venger de l'excommunication que Grégoire IX lui avait infligée, refusa d'octroyer des sauf-conduits aux délégués au concile de Rome convoqué pour Pâques 1241 et chercha à en empêcher le déroulement, avec l'objectif de déposer le pontife. Il tâcha en outre de faire contrôler toutes les voies d'accès à la cité par terre et par mer, en offrant des récompenses pour chaque délégué capturé. Enfin, il saisit plus de cent personnes parmi les archevêques, les évêques, les *nuntii* et les procureurs des prélats, ainsi que les ambassadeurs des villes rebelles lombardes. Les contemporains furent choqués d'un tel comportement, qui allait à l'encontre de la coutume universellement observée, et dénoncèrent Frédéric comme un « second Néron » et un « second Hérode ». Saint Louis de France, pour sa part, demanda et procura même la libération immédiate de la délégation française, mais d'autres n'eurent pas cette chance. Aucune menace ou punition, dans ce cas, ne fit changer d'avis l'empereur : seule sa mort mit fin à la querelle¹⁵⁴.

Au XIV^e siècle, la question des immunités et privilèges des ambassadeurs est traitée par Luca da Penne dans son commentaire sur les *Tres Libri*, où l'on peut apprécier la large utilisation des sources canoniques et théologiques à côté des textes de droit romain. Luca commence en effet par affirmer que les ambassadeurs doivent être honorés de même que leur maître, ce dernier paraissant lui-même marcher par leur entremise ; dans le but de faire ressortir l'identification du prince et de son ambassadeur, il allègue alors, d'un côté, un canon du *Decretum* tiré du commentaire à l'épître à Tite où saint Jérôme revient sur les mots de l'Évangile « *qui vos spernit, me spernit* », et, de l'autre, le morceau d'une constitution de Théodose II portant sur le respect que l'on doit aux images et aux statues qui représentent l'empereur¹⁵⁵. De plus, Luca utilise un exemple biblique, celui de la guerre menée par David contre les Ammonites suite à l'humiliation infligée à ses ambassadeurs par Hanûn, pour affirmer le principe –

153 Voir D. Queller, *The Office*, op. cit., p. 176 et, pour une évaluation plus approfondie et plus récente de cet épisode, M. Meschini, *Innocenzo III e il negotium pacis et fidei in Linguadoca tra il 1198 e il 1215*, Bardi, Roma 2007, p. 534-548 et 679-686.

154 Voir D. Queller, *The Office*, op. cit., p. 182, et L. Frey & M. Frey, *The History of Diplomatic Immunity*, Ohio State University Press, Columbus 1999, p. 93-94.

155 Voir Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63), p. 320B, n^{os} 33-34.

jamais mis en discussion, depuis – selon lequel les injures faites aux ambassadeurs constituent une juste cause de guerre et peuvent être punies par ceux qui les avaient envoyés, auxquels les coupables, selon la règle vue plus haut, doivent être remis pour subir la punition qu'ils estimeront la plus appropriée : ces injures paraissent en effet avoir été portées contre eux-mêmes, explique Luca en alléguant des canons du *Decretum* référant au Christ les offenses subies par les prêtres et les légats pontificaux¹⁵⁶. Il peut donc lui aussi écrire, en conclusion, que les ambassadeurs sont *sancti* car leur violation est sanctionnée par le droit aussi bien civil que canonique¹⁵⁷.

L'identification du prince et de son ambassadeur que nous venons de relever est également illustrée par les juristes à travers la référence au crime de lèse-majesté, dont se rend coupable toute personne qui offense un ambassadeur. Bartolo da Sassoferrato, bien qu'il n'affirme pas expressément ce principe, offre un premier élément permettant de relier cette offense à la lèse-majesté dans son commentaire sur la *lex* qui ouvre le titre du *Digeste* consacré à ce crime, présenté comme proche du *sacrilegium* et défini comme une atteinte portée au peuple romain et à sa sécurité¹⁵⁸ ; en s'interrogeant sur la « *securitas* » dont parle le *Digeste*, il évoque alors le thème de la sécurité des ambassadeurs et de la punition prévue pour ceux qui la violent¹⁵⁹. Ce n'est pourtant que Baldo degli Ubaldi, peu de temps après, qui parle explicitement de « lèse-majesté » à propos de toute offense portée à un ambassadeur : une opinion fondée sur la constatation que celui-ci est l'« image de la République », au point que l'on pourrait même considérer comme *laesa maiestas* l'injure qui lui est faite à titre d'« inimitié privée », suppose Baldo, pourvu que l'offenseur sache qu'il est un officier public¹⁶⁰.

156 Voir *ivi*, n° 34.

157 Voir *ibidem*.

158 Voir *Dig.* 48.4.1.

159 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, f. 153vA, n° 2 ; voir aussi *ivi*, f. 164rB, n° 1, sur *Dig.* 48.8.3.6.

160 Voir Baldus Ubaldi, *In Decretalium volumen Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis 1595 [réimpression chez Bottega d'Erasmus, Torino 1971], sur c. 1, X 1.29, f. 101rB, n° 1 et f. 101vA, n°s 8-9 : « Iniuria que fit officiali pape dicitur fieri ipsi pape ut not. ff. de religio. l. ossa in fi. [*Dig.* 11.7.8.5] [...] Quaero quidam interfecit potestatem Perusii, utrum possit puniri pro rebelle civitatis ? Dicit Bartolus quod non, si propter privatam inimiciam interfecit, quia per hoc non est rebellis rei publice. Secus, si rebellando civitatem vel volendo rebellare ut ff.

Bartolo contribue par ailleurs à affirmer un autre principe important à l'égard de l'inviolabilité de l'ambassadeur, à savoir celui pour lequel il ne peut pas faire l'objet de représailles, ni dans le lieu de destination ni dans les pays qu'il doit traverser¹⁶¹. Par la suite, d'un côté Giovanni da Legnano étend cette protection aux biens des ambassadeurs¹⁶², et de l'autre Baldo, en discutant les privilèges de ceux qui sont absents pour le service de la chose publique, y inclut également les gens de la suite, pourvu qu'ils soient mentionnés dans le mandat¹⁶³. Malgré l'univocité de la doctrine juridique en ce sens, il faut pourtant observer que dans la pratique, quand des représailles étaient autorisées contre les citoyens d'un autre territoire, les ambassadeurs étaient parfois expressément exclus de cette mesure punitive, éventuellement pour une période établie : une telle coutume pourrait suggérer que, à défaut de ces précisions, la protection accordée aux ambassadeurs n'était pas toujours assurée¹⁶⁴. D'autre part, eu égard au lieu de destination de l'ambassade, Angelo degli Ubaldi souligne l'efficacité de l'inviolabilité même au bénéfice de celui qui, ayant été banni d'une ci-

de capti. I. hostes [Dig. 49.15.24] per Bartolum. Quid si occidit ambasatores civitatis ? Respondeo si pretextu officii tenetur crimine lese maiestatis illius rei publice, secus, si propter privatam inimicitiam. Vel dic indistincte scientem tantum nec distingo utrum propter publicam inimicitiam vel privatam ut ff. de religio. I. ossa in fi. [Dig. 11.7.8.5] quia imago rei publice est ». Sur le crime de lèse-majesté dans le *ius commune*, voir M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano 1974, surtout la partie III^e, ainsi que J. Chiffolleau, « Sur le crime de majesté médiéval », in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée*, École française de Rome, Rome 1993, p. 183-213.

- 161 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. I, sur Dig. 5.1.2.3, f. 151rA, n^{os} 1-2 et Id., *Tractatus repraesaliarum, ivi*, t. X, quaestio 7, ad septimum, f. 123vA, n^o 11. Sur les représailles, voir L. Tanzini, « Le rappresaglie nei comuni italiani del Trecento : il caso fiorentino a confronto », *Archivio storico italiano*, 167, 2009, p. 199-251.
- 162 Voir Giovanni da Legnano, *De Bello, De Repraesaliis et De Duello*, ed. by T.E. Holland, Oxford University Press, Oxford 1917, cap. 130, p. 161, et cap. 139, p. 165 (cette protection est limitée aux « res [...] necessaria[e] pro [...] ambasciata »).
- 163 Voir Baldus de Ubaldis, *Lectura super Infortiato*, [s. n.], Venetiis 1494, sur Dig. 27.1.41(44).2, non paginé : « Sicut ambasatores non possunt capi pro represaliis nec socii eorum intellige tamen quod si ex forma mandati debet habere duos socios et ipse duceret quattuor quod qui sunt supra numerum non habent immunitatem ».
- 164 Voir pour des exemples D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 178-179, et L. Frey & M. Frey, *The History*, op. cit., p. 93.

té, s'y rend pour remplir l'office d'ambassadeur¹⁶⁵, en étendant un principe que les canonistes avaient déjà affirmé au siècle précédent en faveur de l'ambassadeur excommunié adressé à Rome¹⁶⁶.

Enfin, comme l'établissent nombre de commentateurs du XIV^e siècle – parmi lesquels on peut rappeler Alberico da Rosate, Bartolo, Baldo et Bartolomeo da Saliceto – l'ambassadeur qui, après la fin de sa mission, retarde son retour en patrie perd les privilèges attachés à son statut¹⁶⁷.

Si nous nous déplaçons au siècle suivant, nous voyons qu'à ce sujet les traités sur l'ambassadeur plongent profondément leurs racines dans la doctrine que nous venons de résumer. Bernard de Rosier, comme nous l'avons vu plus haut, insiste sur le rôle des ambassadeurs dans la réalisation de l'utilité publique et justifie sur ce fondement les privilèges, les prérogatives, les honneurs, les faveurs et les immunités qui leur sont accordés, en se rattachant au canon du *Decretum* selon lequel, d'après le *ius gentium*, l'office des ambassadeurs est censé relever du domaine de la *religio*¹⁶⁸. Tous ces privilèges leur sont garantis par l'autorité publique et tiennent à trois régimes normatifs différents : avant tout, au corps du droit écrit, à l'égard duquel Rosier rappelle l'immunité des ambassadeurs et le *ius revocandi domum* ; ils tiennent ensuite à la coutume, en vertu de laquelle les ambassadeurs bénéficient de la sécurité de leur chemin (*securitas viae*) ainsi que des honneurs qui leur sont faits selon les pratiques en usage dans les cours ; enfin, ils tiennent à la conservation de la *respublica communis*, qui oblige à reconnaître à tout ambassadeur la sécurité et la liberté d'accès, de passage et de retour ainsi qu'à ne pas les entraver ou leur faire violence (un comportement qui mérite d'après Rosier la peine établie par « les deux droits », à savoir le civil et le canonique)¹⁶⁹.

Le droit d'accès et de passage libre et sûr est une question capitale pour Rosier, qui se penche assez longuement sur ce sujet dans deux chapitres de son traité. Dans le premier (le chapitre 23, *De securitate vie ambaxiatori-*

165 Voir Angelus de Ubaldis, *Lectura Authenticorum*, Baptista de Tortis, Venetiis 1489, f. 39vA : « No. istum tex. quod si bannitus Perusinus per commune Florentie vadat Florentiam pro ambasiata non potest ibi retineri pro banno ».

166 Voir Henricus de Segusio, *Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium*, apud Schotto, Argentini 1512, sur c. 38, X 2.20 § Quia vero, t. 1, f. 324vA.

167 Voir les commentaires de ces juristes sur *Cod.* 4.63.4.

168 Voir Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 6, p. 8 (« Propterea jus gencium horum officium religionem esse censuit [...] »).

169 Voir *ivi*, cap. 26, p. 26 et cap. 27, p. 26.

bus observanda), il affirme que la *securitas vie* a été établie par l'accord du genre humain tout entier, afin d'assurer aux ambassadeurs la sécurité de déplacement par terre et par mer sans aucune limitation : dénier ce droit de passage de la part de n'importe qui, ce serait un acte contraire à cet accord et au droit de gens, et signifierait porter atteinte à la chose publique ainsi qu'agir à l'encontre de tout droit et de toute raison¹⁷⁰. Dans la perspective adoptée par Rosier, l'ambassadeur doit bénéficier de la protection du droit de gens en tout lieu, à savoir non seulement dans son pays de destination, mais aussi dans tous ceux qu'il doit traverser pour l'atteindre. Cette approche, que nous avons vue présente même chez Bartolo, paraît très partagée dans la littérature sur l'ambassadeur, comme nous le verrons dans les pages suivantes, du moins jusqu'à la fin du XVI^e siècle, quand la crise de l'idée unitaire de la *Christianitas* sera telle que l'on finira par limiter cette garantie uniquement à l'égard du lieu de destination de l'ambassade. Déjà au Moyen Âge, pourtant, la pratique ne devait pas toujours se révéler conforme aux opinions des juristes¹⁷¹ : aussi, afin d'éviter qu'il tombe victime des soupçons d'un prince peu respectueux de ses prérogatives, Rosier conseille-t-il à tout ambassadeur devant transiter par un territoire quelconque d'envoyer à l'avance un courrier déclarant son intention (aussi bien que sa qualité d'ambassadeur de tel prince envoyé vers tel autre prince) et de s'acquitter convenablement de ses fonctions, sans s'immiscer le moins du monde dans les affaires intérieures du pays. Et bien qu'il exhorte le prince du lieu traversé à ne jamais refuser sans motif valable ce passage, dans la conclusion du chapitre Rosier admet lui-même que, en présence de soupçons très graves, il vaut mieux défendre le passage en avançant un prétexte quelconque, éventuellement en faisant en sorte que l'ambassadeur puisse obtenir ailleurs un libre passage¹⁷².

Pour l'ambassadeur, la situation la plus dangereuse était de toute façon celle où une guerre ouverte existait entre son prince et le prince destinataire de l'ambassade. Dans ce cas, abordé au chapitre 28 (*De salvo*

170 Voir *ivi*, cap. 23, p. 23.

171 Pour quelques observations sur la difficulté de garantir l'immunité aux ambassadeurs dans les pays qu'ils traversaient mais auxquels ils n'étaient pas destinés, voir G. Mattingly, *Renaissance Diplomacy*, op. cit., p. 235 ; P. Chaplais, *English diplomatic practice in the Middle Ages*, Hambledon and London, London-New York 2003, p. 219 ; L. Frey & M. Frey, *The History*, op. cit., p. 133 s.

172 Voir Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 23, p. 23-24.

conductu ambaxiatoribus non denegando), il ne reste qu'à demander, avant l'entrée dans le pays ennemi, un sauf-conduit qui garantisse la sécurité de l'ambassadeur. Il s'agissait essentiellement d'un document contenant l'ordre, donné par un chef politique à ses subordonnés, de laisser librement circuler et de protéger un certain étranger, éventuellement avec ses biens et les membres de sa suite. Il était requis par l'ambassadeur lui-même ou par son prince, normalement à travers un courrier, au gouvernement du pays qu'il devait traverser, et celui qui le violait, en attaquant l'ambassadeur protégé, se rendait coupable de lèse-majesté à l'égard du prince qui l'avait octroyé¹⁷³. Par ailleurs, le sauf-conduit se différenciait, au moins en théorie, du passeport, ou lettre de passage (*lettera di passo*), qui était en revanche un document délivré par le même prince qui envoyait l'ambassadeur, pour en certifier l'autorité, en assumer la protection et demander qu'il fût bien traité¹⁷⁴. Or, Rosier exhorte tout ambassadeur, avant d'entrer dans le pays ennemi, à demander un sauf-conduit ; le prince à qui il est requis, pour sa part, ne doit pas le refuser et, qui plus est, une fois le document octroyé, doit toujours le respecter rigoureusement, d'autant plus

173 Un point sur lequel les commentaires insistent particulièrement est le fait que lorsque la faculté d'entrer en toute sécurité dans un lieu a été donnée, la faculté d'en sortir dans les mêmes conditions doit être garantie elle aussi, comme l'affirme Bartolo et Angelo degli Ubaldi dans leurs commentaires sur *Dig.* 47.12.5. Ce point deviendra particulièrement important dans l'évaluation de deux cas célèbres à l'intérieur de la littérature sur l'ambassadeur (et pas seulement), à savoir ceux de Giampaolo Baglioni et du cardinal Alfonso Petrucci da Siena, tous les deux trompés par Léon X qui, après leur avoir donné un sauf-conduit, les fit arrêter et tuer. Sur ces épisodes, voir les études d'A. Ferrajoli, *La congiura dei cardinali contro Leone X*, Sede della Società alla Biblioteca Vallicelliana, Roma 1919 (pour le cas d'Alfonso Petrucci) et de M. Gattoni, *Leone X e la geo-politica dello Stato Pontificio*, chap. 6 (pour Alfonso Petrucci) et 7 (pour Baglioni). Sur l'utilisation des sauf-conduits dans la diplomatie médiévale, voir enfin l'étude de M. Kintzinger, « *Cum salvo conductu*. Geleit im westeuropäischen Spätmittelalter », in *Gesandtschafts- und Botenwesen im spätmittelalterlichen Europa*, hrsg. von R.C. Schwinges und K. Wriedt, Jan Thorbecke Verlag, Ostfildern 2003, p. 313-363.

174 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 46 s. (avec des exemples) et P. Prodi, *Diplomazia*, op. cit., p. 91. Il existait aussi des sauf-conduits octroyés par le prince destinataire de la mission afin de permettre à l'ambassadeur de retourner dans son pays, voir F.L. Ganshof, *Histoire des relations internationales*, publiée sous la direction de P. Renouvin, *Tome premier : Le Moyen-Âge*, Hachette, Paris 1953, p. 276.

s'il s'agit de l'ambassadeur d'un ennemi puissant, car cette forme de respect ne fera qu'accroître son honneur et sa réputation¹⁷⁵.

Un dernier aspect qui mérite d'être souligné, dans la réflexion de Rosier, tient à la détermination des limites de l'immunité diplomatique. On a déjà dit que le privilège du *ius revocandi domum* ne concernait que les faits antérieurs à l'assomption de la charge d'ambassadeur, et non pas ceux qui se passaient durant l'accomplissement de la mission. Dans le même sens, Rosier insiste sur le fait que la protection accordée à l'ambassadeur par le droit des gens implique le respect, de sa part, de ce qui est propre à sa fonction, à savoir la promotion de la paix et de l'utilité publique : tout comme l'ambassadeur agissant dans ces limites reçoit honneurs et protection, celui qui les dépasse, s'adonnant aux excès, ne doit point s'étonner qu'on le punisse pour ce qu'il a fait, conformément aux principes de la raison, du droit et de la nature¹⁷⁶.

Après Rosier, la discussion au sujet des immunités et privilèges de l'ambassadeur est reprise par Martino da Lodi, Pietro Del Monte, Giovanni Bertachini et Gonzalo de Villadiego. Selon Martino, les ambassadeurs bénéficient de l'immunité afin qu'ils puissent se rendre en toute sécurité même chez les ennemis¹⁷⁷. Comme le précise Villadiego, pourtant, cette immunité ne concerne que les délits commis avant l'assomption de la charge d'ambassadeur (quoique même dans ce cas elle puisse subir des exceptions)¹⁷⁸, tandis que tout délit commis par l'ambassadeur durant sa mission peut être immédiatement poursuivi, la responsabilité de l'ambassadeur en matière pénale étant affirmée de façon très claire¹⁷⁹. Sur le plan

175 Voir Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 28, p. 27.

176 Voir *ivi*, cap. 21, p. 21-22.

177 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 18, f. 213rA.

178 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 5, nos 3-7, f. 280vA, où Gonzalo formule également une série d'exceptions, en mentionnant la possibilité, pour la contrepartie de l'ambassadeur, de demander une caution ou bien même d'agir dans le cas où un retard pourrait nuire de manière irréparable à ses intérêts.

179 Voir *ivi*, n° 3, f. 280vA : « Nam & si legatione durante relinquant [mais il faut lire *delinquant*], coguntur iudicium suscipere, ut in d.l. non alias § legati [Dig. 5.1.24.1] ». Ce même principe avait déjà été formulé dans Dig. 5.1.24.1 et dans la glose *dummodo ante legationem contraxerint* sur Dig. 5.1.2.4.

du droit civil, le même privilège est rappelé par l'évocation du *ius revocandi domum*, dans les limites dont nous avons déjà parlé¹⁸⁰.

D'autres privilèges sont ensuite énumérés à l'avantage des ambassadeurs. Martino parle par exemple de la faculté d'expulser des auberges les clients de condition vile afin de les accueillir, quand il n'y a pas d'autre façon convenable de leur faire de la place¹⁸¹. En adoptant une opinion d'Angelo degli Ubaldi, il mentionne ensuite la possibilité, pour les ambassadeurs, de faire leur testament selon le « droit romain » (comprenant par là aussi les *iura propria*, à savoir les mœurs et les statuts de leur propre cité) même lorsqu'ils se trouvent chez des ennemis de l'Empire, qui pour cette raison ont perdu tout ce qui relève des *iura civilia*¹⁸². De même, l'ambassadeur n'est pas tenu de constituer un procureur dans un procès en cours, s'il doit bientôt revenir ; dans le cas contraire, il a le droit à se faire représenter et défendre dans le procès¹⁸³. L'ambassadeur n'est par ailleurs pas obligé de payer les impôts dans le pays où il remplit sa fonction à l'égard de tous les biens qui se rapportent à l'exercice de sa mission¹⁸⁴. Enfin, il jouit du privilège de la *restitutio in integrum*, mais – comme le souligne Gonzalo de Villadiego – seulement lorsqu'il s'agit d'une mission portant sur les intérêts publics, dès lors que l'ambassadeur étant à l'étranger pour ses propres affaires ne peut pas être dit absent pour le service de la chose publique¹⁸⁵.

Quant à l'inviolabilité de l'ambassadeur, Martino l'affirme de manière très claire : l'offense qu'on lui fait, écrit-il, est censée avoir été faite à son

180 À ce sujet, voir surtout Gonzalo de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 5, f. 280rB-280vA, n^{os} 1-2, et Ioannes Bertachini, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB.

181 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 2, f. 212vB.

182 Voir *ivi*, q. 21, f. 213rB (et Angelus de Perusio, *Lectura super Prima Infortiati*, exarata per Georgium Regnault, Lugduni 1545, sur *Dig.* 28.1.13.1, f. 17vA). Voir également, chez Martino, la q. 7, f. 213rA, où le juriste de Lodi rappelle le commentaire de Bartolo da Sassoferrato sur cette même *lex* (auquel fera référence également Pietro Del Monte), où on lit que les ambassadeurs en mission auprès des ennemis de l'Empire peuvent faire testament selon les mœurs de leur propre cité (Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. III, f. 84vB, n^o 3).

183 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 28 et 30, f. 213rB.

184 Voir *ivi*, q. 16, f. 213rA, et Ioannes Bertachinus, *De Gabellis, Tributis, et Vectigalibus*, in *TUI*, t. XII, pars septima, f. 65vA, no 4.

185 Voir Gondissalvus de Villadiego, pars II, q. 5, n^o 16-17, f. 280vB.

prince¹⁸⁶. De même que Del Monte et Villadiego, il qualifie l'ambassadeur de *sanctus* (en raison de la sanction établie pour tous ceux qui l'offensent) et tout crime contre lui de *sacrilegium* (selon la définition de la lèse-majesté dans le *Digeste* vue plus haut)¹⁸⁷. Bertachini et Villadiego affirment ensuite qu'il jouit de la *securitas*, en vertu de laquelle personne ne peut l'offenser impunément¹⁸⁸ ; ils excluent en outre toute forme de représailles à l'égard tant de l'ambassadeur, que de ses biens et des membres de sa suite, et cela aussi dans les pays qu'ils doivent traverser, selon ce qu'avaient dit Bartolo, Baldo et Giovanni da Legnano au siècle précédent¹⁸⁹. Pour autant, Pietro Del Monte observe à ce propos que dans la pratique ce principe n'est pas toujours observé, et exhorte ainsi l'ambassadeur à se munir dans tous les cas d'un sauf-conduit¹⁹⁰. Eu égard à la peine établie pour ceux qui offensent un ambassadeur, on se réclame toujours de la *deditio* établie dans *Digeste* 50.7.18(17), à laquelle on ajoute parfois la *lex* ouvrant le titre consacré à la *lex Iulia maiestatis*, à savoir celle que Bartolo avait déjà commentée en faisant expressément référence à la violation de la *securitas* des ambassadeurs. Martino et Pietro Del Monte, pour leur part, évoquent également la condamnation prévue par la *lex Iulia de vi*

-
- 186 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 19, f. 213rA-B : « Iniuria illata nuntio principis dicitur illata principi. gloss[a *delegati*] in capitul. cum olim magister, de offi. delegat. [c. 33, X 1.29] ».
- 187 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 31, f. 213rB : « Legati dicuntur sancti. Ang[elus] in leg. ij. § legatus ff. de iudi. [Dig. 5.1.2.3] », ainsi que q. 38, f. 213vA : « Legati appellantur sancti & inferentes eis iniurias incidunt in sacrilegium, ut l. j. ff. de leg. [mais Dig. 50.7.18(17)] hoc no. Ang[elus] in l. consensisse § legatis ff. de iud. [Dig. 5.1.2.3] ». Voir également Petrus de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé.
- 188 Voir Ioannes Bertachini, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57rB, et Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 5, n° 10, f. 280vB.
- 189 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 31, f. 213rB ; Ioannes Bertachini, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57rA et, plus amplement, 57vA-B ; et Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars II, q. 5, n° 2, f. 280rB.
- 190 Voir Petrus de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé : « Ambasiator etiam carens salvoconducto non potest capi tempore ambasiatie sue, glo[ssa, mais *casus*] in l. qui a latronibus ff. de testa. [Dig. 28.1.13] & no. in l. ii. § legat. ff. de iudi. [Dig. 5.1.2.3]. Facit tex. i. l. fi. ff. de legati. [Dig. 50.7.18(17)], ubi habetur quod a iure communi habent immunitatem a represaliis et a bello indicto. Vide late per Ange[lus de Ubaldis] in d. § legat. [Dig. 5.1.2.3]. Quia tamen ista non servantur, cautius est habere salvumconductum ».

publica contre ceux qui frappent ou commettent une injustice à l'égard des *legati* ou des membres de leur escorte, en rappelant ainsi encore une fois la nature publique du statut de l'ambassadeur¹⁹¹. Le canon établissant l'excommunication, au contraire, n'est pas mentionné dans ces traités, peut-être en raison du fait qu'il est censé ne concerner, de manière spécifique, que les légats pontificaux ; cela n'empêche pourtant pas qu'il soit rappelé dans les traités des siècles XVI^e et XVII^e siècles, à partir de ceux de Conrad Braun et d'Ottaviano Maggi¹⁹².

À propos, enfin, des limites chronologiques dans lesquelles l'ambassadeur est admis à bénéficier des immunités et des privilèges découlant de son statut, on fait coïncider le *terminus a quo* avec la nomination de l'ambassadeur et le *terminus ad quem* avec son retour en patrie, de façon à comprendre non seulement le temps de la mission, mais aussi celui des préparatifs et des voyages d'allée et de retour du lieu de sa destination. Il n'en reste pas moins que, comme l'avaient déjà affirmé Alberico da Rosate, Bartolo, Baldo et Saliceto, si l'ambassadeur prolonge son absence ou son voyage de manière frauduleuse après la fin de la mission, ces immunités et privilèges disparaissent et, à partir du moment où il aurait dû revenir chez lui, il ne jouit plus d'aucune protection¹⁹³.

2.6 Confrontation à la pratique

Dans ces deux premiers chapitres, nous avons examiné la réflexion menée par les juristes de *ius commune* sur quelques aspects regardant l'ambassade et la figure de l'ambassadeur. Nous sommes partis de la critique, avancée par Riccardo Fubini, de l'usage de la notion d'*officium* à l'égard de l'ambassade dans les textes juridiques du XV^e siècle, en essayant de

191 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 5, f. 213rA : « Si quis verberasset, vel iniuriam fecisset legatis principis, vel comitibus legatorum, teneatur l. Iulia de vi publica : sed in alio privato secus, text. not. in l. lege Iulia in fin. ff. ad leg. Iul. de vi publi. [Dig. 48.6.7] » ; Petrus de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé.

192 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., IV.2, p. 153, et O. Magius, *De legato*, op. cit., l.1, f. 3r.

193 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 11, f. 213rA, et q. 33, f. 213rB ; P. de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé ; I. Bertachini, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB-57vA ; et Gondis-salvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., q. 5, n° 13, f. 280vB.

montrer en revanche sa nature de notion pivot en mesure de fonder, avec l'autre notion, celle de *munus publicum*, une conception de l'ambassadeur et de sa fonction comme une figure et une fonction publiques, élaborées par ailleurs à travers la prise en compte de nombre d'aspects que l'on pourrait qualifier de matériels ou institutionnels de l'ambassade, comme le droit d'ambassade, la nomination de l'ambassadeur, le conflit d'intérêts, la rétribution de l'ambassadeur ainsi que ses immunités et privilèges.

Or cet effort doctrinal ne reflète pas toujours d'une manière fidèle et neutre la réalité des ambassades tardo-médiévales, qui révèle au contraire une très grande complexité et une variété dont il convient maintenant de rendre compte, en fournissant quelques éléments concrets et ancrés dans la pratique diplomatique de cette époque. Naturellement, nous ne pourrions procéder que par "sondages", pour ainsi dire, sans aucune prétention d'offrir un cadre historique exhaustif et dans la seule intention de montrer, par le biais d'une confrontation à la pratique, la dimension problématique de certaines des questions abordées.

α) variété des figures diplomatiques

Considérons avant tout que l'ambassadeur séculier est une figure dont le statut, encore au XV^e siècle, apparaît assez incertain et évanescent, ne faisant pas l'objet de classifications précises. L'envoyé "officiel" coexiste à cette époque avec une foule d'envoyés "mineurs" ou de caractère officieux, dont les tâches parfois ne pourraient être définies comme « diplomatiques » qu'au sens très large mais qui, de toute façon, contribuaient activement à maintenir les rapports entre les diverses communautés politiques¹⁹⁴. Il y avait par exemple les hommes d'armes, les hérauts et les commissaires militaires qui entraient en action en cas de guerre, pour organiser des pourparlers ou des trêves, ou bien pour échanger des prisonniers ou des otages¹⁹⁵. Il y avait ensuite les marchands et les moines employés secrètement comme espions, ou bien chargés d'entamer une négociation à laquelle, pour différentes raisons, on ne jugeait pas opportun de donner un caractère officiel, et dont l'action ne pouvait être efficace que dans la mesure où elle restait dans l'ombre¹⁹⁶. D'une certaine importance

194 Voir aujourd'hui à ce propos I. Lazzarini, *Communication*, op. cit., chap. 2.

195 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. I, p. 428-438.

196 Voir *ivi*, p. 441 s.

étaient en outre les consuls qui, apparus lorsque les marchands italiens, au XII^e siècle, avaient commencé à se regrouper et à se donner une organisation juridique dans les cités commerciales du Levant, au fil du temps s'étaient répandus et avaient élargi le domaine de leur action au-delà des limites purement commerciales et judiciaires originelles, en jouant également un rôle important dans les rapports entre le gouvernement de leur propre pays et celui du territoire où ils remplissaient leur tâche et en devenant ainsi des porteurs de messages ou bien, à l'occasion, de négociateurs à part entière. Un cas très significatif, à ce propos, fut celui de Venise, si l'on songe au fait que les fonctions d'ambassadeur à Constantinople furent remplies pendant longtemps non pas par un véritable ambassadeur, mais par le *bailo*¹⁹⁷. Ces figures ne sont considérées dans les traités sur l'ambassadeur qu'à partir de la toute fin du XVI^e siècle¹⁹⁸, et d'une manière assez hâtive, le discours étant centré presque exclusivement sur l'ambassadeur en sa qualité "officielle" ; à l'égard des consuls, en outre, l'on peut observer qu'encore à la fin du XVII^e siècle ils seront définis simplement comme des « marchands » dépourvus des immunités et des privilèges caractérisant les « ministres publics »¹⁹⁹.

197 Voir *ivi*, p. 323-324, t. II, p. 33-34 et t. III, p. 293-298 ; D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 80-82 ; et puis les études plus récentes de J. Ulbert, « Introduction. La fonction consulaire à l'époque moderne : définition, état des connaissances et perspectives de recherche », in *La fonction consulaire à l'époque moderne. L'affirmation d'une institution économique et politique (1500-1800)*, éd. par G. Le Bouëdec et J. Ulbert, Presses Universitaires de Rennes, Rennes 2006, p. 9-20 ; de G. Poumarède, « Le consul dans les dictionnaires et le droit des gens : émergence et affirmation d'une institution nouvelle (XVI^e-XVIII^e siècles) », *ivi*, p. 23-36 ; et d'Id., « Consuls, réseaux consulaires et diplomatie à l'époque moderne », in *Sulla diplomazia*, op. cit., p. 193-218.

198 À partir du traité de C. Paschalius, *Legatus*, op. cit., éd. 1598, chap. 14 (dans l'éd. 1612, chap. 7).

199 Ainsi A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I,5, p. 132-133, pour lequel ils ne sont pas des « Ministres publics » mais des « marchands » ne jouissant que « des droits & des privileges, que la coutume attribue à cette sorte d'emplois ». Quelques années plus tard, F. de Callières, *De la manière*, op. cit., chap. 6, p. 119-120 (éd. Waquet, p. 206), tout en leur niant la qualité de « Ministres », admettra néanmoins qu'ils jouissent « de divers privilèges & de la sûreté publique que le droit des gens accorde aux Ministres » (c'est l'Auteur qui souligne) (voir dans le même sens L. Rousseau de Chamoy, *L'idée*, op. cit., p. 12) ; mais en 1721 C. van Bynkershoek, *De foro legatorum*, op. cit., cap. 10, p. 76 fera encore référence à Wicquefort à ce sujet. Sur la littérature consacrée au consul, voir P. Volpini, « La trattatistica sulla figura del console nella prima età moderna.

D'autres figures qui jouaient un rôle remarquable dans la diplomatie étaient les procureurs en cour de Rome et les cardinaux protecteurs. Les *procuratores* étaient les représentants, nommés depuis le début du XIII^e siècle auprès du Siège apostolique et à titre presque permanent, de rois, princes, municipes, archevêques, chapitres cathédraux ou ordres religieux, initialement chargés de défendre les intérêts de leurs mandants devant les tribunaux et l'administration pontificale²⁰⁰. Au fil du temps, ils étaient pourtant devenus de véritables agents qui essayaient de collecter, au bénéfice de leurs maîtres, des informations à l'intérieur de la Curie, de leur obtenir la faveur du pape et de devancer leurs éventuels rivaux²⁰¹. Ils jouissaient en outre de la protection accordée aux ambassadeurs par le droit des gens, si bien que certains traits qu'ils partageaient avec ceux-ci, en plus du caractère presque permanent de leur mission, ont amené quelques historiens à reconnaître dans leurs missions la préfiguration des ambassades résidentes²⁰². Au-delà de la pertinence d'une telle opinion, il n'en reste pas moins qu'ils se révélèrent des agents très actifs dans les relations entre la papauté et nombre d'institutions séculières ou ecclésiastiques : grâce à leur présence, comme il a été observé, « aucun gouvernement autre que la papauté, aux XIII^e-XV^e siècles, n'a disposé d'un tissu de relations aussi denses avec l'Europe »²⁰³.

Les cardinaux protecteurs, quant à eux, n'étaient évidemment pas non plus des ambassadeurs mais occupaient, par rapport à leur cour protégée, une situation officieuse, qui n'impliquait en principe aucun pouvoir spécifique mais plutôt une position honorifique dont le « principal effet consist[ait] à permettre de servir honnêtement une pension à un cardinal

Spunti di ricerca », in *Los cónsules de extranjeros en la edad moderna y a principios de la edad contemporanea*, éd. par M. Aglietti, M. Herrero Sánchez et F. Zamora Rodríguez, Ediciones Doce Calles, Aranjuez-Madrid 2013, p. 35-45 ; et M. Vec, « L'ambassade », op. cit., p. 517.

200 Voir S. Domínguez Sánchez, *Los procuradores de los reinos hispanos ante la curia romana en el siglo XIII*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de León 2007, qui à p. 25-26 date la présence de premiers procureurs espagnols dès 1215.

201 Voir A. Sohn, « Les procureurs à la curie romaine. Pour une enquête internationale », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, 114 (1), 2002, p. 373-374.

202 Voir notamment E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, trad. fr. cit., p. 853-854.

203 Ainsi A. Sohn, « Les procureurs », art. cit., p. 373.

influent »²⁰⁴. Les premières protections furent confiées à des cardinaux par les ordres religieux au XIII^e siècle, pour qu'ils veillassent à leurs intérêts. La première mention explicite d'une protection au bénéfice d'un État, en revanche, remonte à 1425, quand Martin V, en essayant de s'assurer le complet dévouement des cardinaux du Sacré Collège contre toute prise de position de leur part en faveur de telle ou telle puissance, leur défendit d'assumer la protection de quelque roi, prince, commune ou autre personne séculière que ce fût (ainsi que, pour les protecteurs d'un ordre religieux, de recevoir une rémunération pour leur service). La fonction de « cardinal protecteur des États ou des nations » (l'expression apparut en 1464) devait pourtant devenir un fait établi, nonobstant les tentatives de réformes esquissées sous Pie II, Alexandre VI et Adrien VI²⁰⁵. L'action du cardinal protecteur s'ajoutait à celle de l'ambassadeur et des cardinaux nationaux, et se révélait fondamentale dans toutes les occasions auxquelles l'accès était chose bien plus aisée pour un haut prélat que pour un ambassadeur, comme l'approche de la personne du pape ou la participation aux consistoires et aux congrégations cardinalices : c'était là surtout qu'il devait défendre les intérêts de son roi et les privilèges de son royaume, naturellement contre le paiement d'une récompense (pension, bénéfice ecclésiastique ou don)²⁰⁶. Parmi ses tâches, l'une des plus importantes était en outre celle de travailler à la constitution d'un parti qui, au moment du conclave, soutiendrait le candidat de son protégé : une fonction destinée à gagner de plus en plus d'importance, jusqu'à devenir l'enjeu de véritables batailles, aux XVI^e et XVII^e siècles, dans le cadre de la guerre, même diplomatique, qui allait opposer la France et l'Espagne²⁰⁷. Néanmoins, la qualité de « ministre public » devait être niée au cardinal protecteur, de même que la protection du droit des gens : comme l'écrit Wicquefort (le premier auteur à faire état de cette figure dans la littérature sur l'ambassa-

204 Ainsi M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. I, p. 327.

205 Voir pour tout cela O. Poncet, « Les cardinaux protecteurs des couronnes en cour de Rome dans la première moitié du XVII^e siècle : l'exemple de la France », in *La Corte di Roma tra Cinque e Seicento. « Teatro della politica europea »*, a c. di G. Signorotto et M.A. Visceglia, Bulzoni, Roma 1998, p. 462-465.

206 Voir *ivi*, p. 472-473.

207 Voir M.J. Levin, *Agents of Empire. Spanish Ambassadors in Sixteenth-Century Italy*, Cornell University Press, Ithaca and London 2005, p. 45, 56-57, 66, 69-72, 78-79, 125-126 et 150, ainsi que, plus en général, M.A. Visceglia, « Fazioni e lotta politica nel Sacro Collegio nella prima metà del Seicento », in *La Corte*, op. cit., p. 37-92.

deur), le cardinal protecteur « ne peut réclamer que l'autorité ou plustost l'intercession de la Couronne dont il protège les intérêts et ne se peut exempter de la juridiction du pape »²⁰⁸.

Pour notre propos, il est enfin important de considérer l'usage, dans la diplomatie du *Quattrocento* italien, d'un réseau d'agents et informateurs opérant en dehors de tout formalisme juridique mais fondamentaux pour garantir le succès de l'action politique de leurs maîtres. Les deux cas les plus étudiés, à ce propos, sont ceux de Francesco Sforza à Milan et des Médicis à Florence. Sforza, entré à Milan en mars 1450, essaya dans un premier temps de maintenir apparemment intactes les structures administratives des Visconti²⁰⁹ et de résoudre le problème des équilibres de pouvoir entre sa position et celle de l'ancienne classe dirigeante par l'affectation de tâches prestigieuses à l'aristocratie de la cité, ce qui lui permettait à la fois d'en utiliser l'expérience et les contacts et d'exhiber un facteur de continuité et de légitimité²¹⁰. En même temps, il créa une diplomatie parallèle, dans laquelle on a reconnu le développement d'une pratique qu'il suivait déjà lorsqu'il était un condottiere²¹¹, formée par des hommes de rang inférieur, mais qui lui étaient attachés par un lien de confiance très fort et qui, étant souvent employés dans les mêmes endroits que les autres, se voyaient confier les tâches politiquement les plus significatives : c'étaient les « serviteurs à cheval » (*famuli equitantes*), un corps non pas d'officiers mais d'hommes de confiance, pourvus d'un salaire à complète discrétion de Sforza et soumis directement à son contrôle, par le biais de la chancellerie²¹². Leurs tâches leur étaient confiées sans limites de temps déterminées, mais étaient révocables à tout moment, dans un contexte normatif caractérisé par une grande souplesse. En effet, ils ne faisaient pas l'objet d'une législation particulière : tout en partageant avec nombre de petits officiers (commissaires, capitaines, podestats, châtelains, référen-

208 A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.1, p. 9.

209 Sur la diplomatie des Visconti, voir en particulier G. Soldi Rondinini, « Ambasciatori e ambasceria al tempo di Filippo Maria Visconti (1412-1426) », *Nuova rivista storica*, 49, 1965, p. 313-344.

210 Voir P. Margaroli, *Diplomazia*, op. cit., p. 11.

211 Voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 20-21.

212 Sur les *famuli equitantes* voir les études de P. Margaroli, *Diplomazia*, op. cit. ; de F. Leverotti, *Diplomazia e governo dello stato. I "famigli cavalcanti" di Francesco Sforza (1450-1466)*, GISEM ETS ed., Pisa 1992 ; et de F. Senatore, « *Uno mundo de carta* », op. cit., chap. 1.

daires) un sens aigu de leur dépendance personnelle à l'égard de Sforza²¹³, à la différence de ceux-ci ils ne disposaient même pas d'un corpus officiel de normes définissant leur statut à l'intérieur d'un cadre juridique précis, leur nature n'étant en dernier ressort que celle d'un instrument aux mains du seigneur pour assurer son pouvoir sur le duché. De même, il n'existait pas de normes générales auxquelles ils devaient conformer leur conduite, de sorte que leur champ d'action et la mesure de leur liberté d'initiative étaient déterminés chaque fois selon l'importance de la matière, la qualité de la mission, la distance de la destination, les capacités de l'envoyé et la confiance que le seigneur avait en lui, à travers instructions, mémoires, dépêches et d'autres documents de la chancellerie²¹⁴. Seulement plus tard, une fois atteinte la consolidation du pouvoir de Sforza – grâce surtout à la légitimation obtenue par la voie diplomatique lors de la Paix de Lodi et de la Ligue italique (1454-1455), quand il fut reconnu comme le seigneur de Milan malgré l'insuccès de toute démarche faite auprès de l'empereur pour en recevoir l'investiture du duché –, ces serviteurs devaient être remplacés, dans les missions les plus prestigieuses, par des personnages plus qualifiés et dotés d'un statut officiel, désignés comme *ducali oratores*, tout en restant destinés aux affaires les plus délicates²¹⁵.

Un autre cas très significatif est celui de Florence, où depuis la fin du XIV^e siècle on a observé une prise de contrôle sur les ambassades de la part de la Seigneurie, à travers la chancellerie, qui au début du siècle suivant devait amener à une concentration du pouvoir aux mains du gouvernement et à un direct accréditement à l'extérieur du régime et de ses personnalités éminentes²¹⁶. Ce processus ne fit que se radicaliser après l'avènement des Médicis en 1434 et atteignit un point de non-retour dans les rapports entretenus par Cosme et Francesco Sforza, devenus l'apanage exclusif d'hommes de confiance des deux, comme Angelo Acciaiuoli, avec la marginalisation, en revanche, des représentants notables du régime,

213 Voir G. Chittolini, « L'onore dell'officialia », *Studi e fonti di storia lombarda*, 17-18, 1989, p. 5-55, qui, en plus de fournir un tableau des officiers « périphériques » du duché de Milan dans la seconde moitié du Quattrocento, étudie en particulier les caractéristiques de leur lien au seigneur sur la base des lettres qu'ils envoyaient de leurs sièges à Sforza ou aux secrétaires ducaux.

214 Voir F. Senatore, « *Uno mundo de carta* », op. cit., p. 52-54.

215 Voir *ivi*, p. 44 et F. Leverotti, *Diplomazia*, op. cit., p. 21 et 85. Sur la diplomatie comme un instrument de légitimation, voir *infra*, partie II, chap. 1, § 2.

216 Voir R. Fubini, « *Diplomazia* », op. cit., p. 49-50 et 54.

comme Neri Capponi et Giannozzo Manetti²¹⁷. « Rarement, comme dans les années compris entre l'avènement du duc Sforza et la pacification de 1455, la gestion de la diplomatie [à Florence] fut plus trouble, voire franchement illégale », a écrit Riccardo Fubini²¹⁸. Par ailleurs, durant les années soixante-dix au réseau diplomatique “officiel”, qui était déjà une émanation directe de l'exécutif, Laurent en surimposa un autre, contrôlé directement par le biais des canaux de la banque des Médicis²¹⁹ : il constitua alors les structures d'une véritable diplomatie personnelle, avec la mise en place d'une chancellerie privée modelée sur la chancellerie publique et active aussi bien dans la correspondance régulièrement entretenue avec les ambassadeurs officiels (tenus à s'adresser prioritairement au Magnifique) que dans celle, plus confidentielle, entretenue avec les envoyés officieux²²⁰. La maîtrise de la diplomatie “officielle” par ailleurs allait être garantie également par l'institution, en 1487, du secrétaire d'ambassade, non plus un serviteur personnel de l'ambassadeur, mais un fonctionnaire choisi et payé par le gouvernement dans le but, comme l'écrira Guicciardini, de contrôler son action²²¹. Ce fut par ces moyens que Laurent, nonobstant les insuccès initiaux et les risques courus surtout lors de la conjuration des Pazzi (1478), réussit à s'accréditer personnellement dans les rapports avec l'extérieur, à s'attribuer le rôle de médiateur dans le cadre politique italien et à dessiner cette « politique de l'équilibre », visant la préservation de l'alliance avec Milan et Naples, dont il allait être consi-

217 Voir *ivi*, p. 76 et 81 et plus en général, pour les rapports entre Cosme et Francesco Sforza, V. Iardi, « The Banker-Statesman and the Condottiere-Prince : Cosimo de' Medici and Francesco Sforza, 1450-1464 », in Id., *Studies in Italian Renaissance Diplomatic History*, Variorum Reprints, London 1986.

218 Voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 81-82.

219 Voir *ivi*, p. 91, avec des exemples.

220 Voir *ivi*, p. 91-92 ainsi que L. Boeninger, « Lorenzo de' Medici e gli ambasciatori », in *I Medici in rete. Ricerca e progettualità scientifica a proposito dell'archivio Mediceo avanti il Principato*, Atti del Convegno (Firenze, 18-19 settembre 2000), a c. di I. Cotta et F. Klein, Olschki, Firenze 2003, p. 143-151.

221 Voir F. Guicciardini, *Storie fiorentine*, a c. di A. Montevecchi, BUR, Milano 1998, cap. 9, p. 179 et 181 (« acìo che gli imbasciatori che andavano fuora non uscissino della voglia sua », Laurent ordonna que « a Roma, a Napoli, a Milano stessi fermo un cancelliere salariato dal publico, che stessi a' servigi dello imbasciadore vi risedeua, co' quali lui teneua conto da parte ed era avisato delle cose occorrente ») ; voir dans le même sens Id., *Dialogo del reggimento di Firenze*, a c. di G.M. Anselmi et C. Varotti, Bollati Boringhieri, Torino 1994, p. 58. Sur le secrétaire d'ambassade, voir *infra*, partie II^e, chap. 1, § 2, point β).

déré comme l'inventeur²²². Et l'on peut ajouter que ce dédoublement, tout en prenant des formes nouvelles, ne disparut même pas en 1494, après l'expulsion des Médicis et l'instauration de la République : comme il a été montré dans une étude sur le « chancelier Machiavel », à cette époque s'affirma la coutume, de la part de l'exécutif, de confier au chancelier (et secrétaire) des *Dieci di Balìa* la conduite des affaires politiques et diplomatiques les plus délicates, une coutume qui apparaissait extrêmement utile dans les cas où il fallait pouvoir compter sur des agents capables et sûrs auxquels confier des contacts informels ou attribuer des tâches, aussi officieuses qu'elles fussent, d'une grande importance stratégique²²³. Cet usage fut maintenu également après la création du gonfalonier à vie, en 1502 : en plusieurs occasions Pier Soderini se servit de Machiavel pour débrouiller les affaires diplomatiques les plus compliquées, en superposant son action à celle de l'ambassadeur en titre (nommé par le *Consiglio degli Ottanta*) lorsque ce dernier se révélait peu zélé eu égard aux exigences de l'exécutif, ou de toute façon distant des positions de la Seigneurie²²⁴. Le chancelier des Dix devait ainsi devenir un agent politique au statut ambigu, à mi chemin entre les rôles de l'ambassadeur et du fonctionnaire interne : un homme de confiance, encore une fois, un représentant de l'exécutif qui, à la différence du premier chancelier, auquel étaient commises les tâches les plus prestigieuses, comme les ambassades d'apparat, se voyait attribuer des travaux moins solennels mais certainement non moins importants, comme celui d'agir dans les coulisses de la diplomatie officielle²²⁵.

222 Voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 92 ; et Id., *Italia quattrocentesca. Politica e diplomazia nell'età di Lorenzo il Magnifico*, Franco Angeli, Milano 1994, p. 214-219 et 280-284. Voir aussi *infra*, partie II^e, chap. 2, § 2.

223 Voir A. Guidi, *Un segretario militante. Politica, diplomazia e armi nel cancelliere Machiavelli*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 45.

224 Voir *ivi*, p. 101-103 et *supra*, dans ce chapitre, § 4, note 132. Pour un exemple, voir les observations de C. Vivanti, in N. Machiavelli, *Opere*, op. cit., vol. II, p. 1825-1826 et 1828-1829, à propos de la mission de Machiavel à la cour impériale à fin décembre 1507.

225 Voir A. Guidi, *Un segretario*, op. cit., p. 96, 99 et 121-123.

β) intérêt public et intérêts privés

Si l'on aborde ensuite la question du conflit d'intérêts, on peut observer à peu près le même rapport entre la théorie et la pratique diplomatique. Nous avons vu que, depuis la fin du XII^e siècle, selon les juristes l'activité de l'ambassadeur doit être consacrée à l'objet de la mission et à la poursuite de l'intérêt public. Or, il convient de rappeler avant tout que l'autorité publique dans les communes italiennes était souvent partagée par plusieurs institutions, une pluralité qui reflétait la composition économique et sociale des réalités urbaines et la confrontation à leur intérieur de plusieurs factions. L'action politique menée par les arts marchands dans la Florence du XIV^e siècle, pour ne citer qu'un exemple, a été mise en lumière de façon claire²²⁶.

D'autres part, les cités envoyaient souvent des ambassades pour préserver les intérêts privés des citoyens, normalement des marchands qui demandaient le soutien public dans des procès entrepris à l'extérieur de la cité, des clercs en quête d'un avancement dans la Curie romaine, ou des particuliers qui voulaient négocier le rachat de prisonniers. Il s'agissait là, comme l'a écrit Fubini, de « l'une des causes principales de l'emploi d'ambassadeurs dans la société médiévale »²²⁷, au point qu'à Florence, dans le *Statuto del Podestà* de 1325, les normes sur la concession d'ambassades aux citoyens « pour leur avantage » précédaient celles sur les missions « pour le fait et l'utilité ou l'honneur de la Commune ». La distinction des deux types d'ambassades était d'ailleurs posée en considération de l'aspect qui, au fil du temps, devait de plus en plus se révéler problématique, à savoir celui de la couverture des dépenses par les caisses publiques²²⁸. En ce sens furent orientées les interventions d'abord de 1386, lorsqu'on imposa une limitation aux ambassades pour des causes privées, que l'on ne pouvait plus accorder sans l'approbation de la part de la majorité qualifiée de la Seigneurie et des Collèges²²⁹, et ensuite en 1415, quand

226 Voir P. Gilli, « Ambassades », op. cit., et A. Astorri, *La mercanzia a Firenze nella prima metà del Trecento*, Olschki, Firenze 1998, en particulier p. 152, 163 et 178-179.

227 Voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 26.

228 Voir *Statuti della Repubblica fiorentina*, editi da R. Caggese, vol. II, *Statuto del Podestà dell'anno 1325*, Ariani, Firenze 1921, liber I, rubrica 20, p. 60. De même, *ivi*, vol. I, *Statuto del capitano del popolo degli anni 1322-1325*, Tipografia Galileiana, Firenze 1910, liber II, rubrica 32, p. 115.

229 Voir R. Fubini, « Diplomazia », op. cit., p. 46 qui en fournit le texte en note 97.

cette disposition fut reprise et que des normes strictes sur les garanties pour la couverture des frais furent adoptées²³⁰. Il s'agissait de toute façon d'une préoccupation pas seulement florentine, mais attestée également à Pise et à Pérouse – où l'on établit dès la seconde moitié du XIII^e siècle que les coûts de ces missions devraient être supportés par le demandeur –, à Venise – où dès 1260 le *Maggior Consiglio* décida de limiter le recours à ce type d'ambassades aux frais de la République, sans toutefois en empêcher l'envoi aux frais des personnes intéressées – et dans d'autres villes italiennes²³¹. Dans les traités sur l'ambassadeur, à partir de celui de Conrad Braun (le premier à en faire mention), cette ambassade sera appelée, avec une expression tirée de Cicéron, « *legatio libera* » et l'envoyé dans ce cas sera qualifié non pas de vrai *legatus* mais de *tabellarius* ou de *nuncius privatus*²³².

Mais même au-delà de ces missions, explicitement conçues pour la protection d'intérêts privés, la question du conflit d'intérêts posait de vrais problèmes à cette époque. Nous avons rappelé plus haut la réprobation de Gonzalo de Villadiego contre ceux qui se rendaient à la Curie romaine pour y traiter des affaires personnelles sous le prétexte de s'occuper de leurs églises²³³. De même, Giovanni Bertachini, aussitôt formulé le principe selon lequel l'ambassadeur ne doit s'appliquer qu'à l'objet de l'ambassade, en laissant de côté tout le reste, ajoute : « mais cela aujourd'hui n'est pas observé »²³⁴. Et en fait, si l'on regarde la législation en la matière de quelques cités italiennes, on se rend compte qu'il y avait une difficulté réelle à faire respecter l'interdiction aux ambassadeurs de solliciter, pour eux ou pour d'autres, dons, bénéfices ou faveurs (naturellement non inclus dans leurs instructions) au détriment de l'objet de leur mission. La défense faite aux ambassadeurs d'accepter des cadeaux de la part du destinataire de leur mission, ou en alternative l'obligation de les remettre à la com-

230 Voir *Statuta populi*, t. II, op. cit., liber V, rubrica 222.

231 Voir, pour Pérouse, S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 30-31 ; pour Venise, D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 13 ; et pour d'autres exemples, relatifs à Pise, Padoue et Forlì, P. Gilli, « Ambassades et ambassadeurs », op. cit., p. 67-69, qui signale également le problème, pour les « dirigeants des villes », de « se trouver déstabilisés par une diplomatie parallèle ».

232 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., I.12, p. 12.

233 Voir *supra*, dans ce chapitre, § 3, note 70.

234 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB : « Ambasiator debet vacare solum circa expeditionem ambasiate, non circa alia. I. Paulus et ibi Bart[olus] ff. de legationibus [Dig. 50.7.9(8).2]. Sed hodie non servatur ».

mune après leur retour, sous peine d'une amende égale au double de leur valeur, est établie par les *Brevi del comune e del popolo di Pisa* de 1287²³⁵. Un décret du duc de Milan, daté 8 janvier 1397, constate que ses « *ambasciatores, nuncii et procuratores* » préfèrent souvent leurs propres intérêts à ceux du duché et leur interdit formellement de demander quelque bénéfice, privilège ou lettre que ce soit, pour eux-mêmes ou pour leurs fils, frères, neveux, parents, ou d'autres²³⁶. À Florence, les *Statuti del podestà* de 1325 établissent que toute demande de bénéfice ou de privilège, pour soi ou pour sa famille, est punie par une amende très lourde qui pourra être prélevée jusqu'aux petits-enfants du coupable – ce qui a été jugé comme la preuve d'une défiance envers toute stratégie d'emprise familiale sur la politique extérieure de la cité, puisque ce n'était pas un individu mais une famille entière qui se trouvait de fait concernée²³⁷. Ce principe est ultérieurement renforcé dans les Statuts de 1415, où un souci particulier est consacré à l'énumération des moyens par lesquels on peut informer la Seigneurie d'éventuelles contraventions et même la dénonciation anonyme est admise²³⁸.

Encore une fois, pourtant, le cas le plus connu est celui de Venise, où une longue série de dispositions fut adoptée au cours du XIV^e siècle à l'égard des grandes familles de marchands qui mêlaient leurs affaires privées aux missions qui leur étaient confiées, en défendant à plusieurs reprises aux ambassadeurs de la République de solliciter dons ou faveurs des seigneurs ou communes auprès desquels ils étaient accrédités. En 1375 un décret fut approuvé à l'égard de tous les citoyens vénitiens leur interdisant de recevoir de tout seigneur ou commune quelque provision, cadeau ou prêt que ce fût, sous peine de l'exclusion perpétuelle de tous les offices, bénéfices et conseils de Venise, en plus des autres peines déjà établies ailleurs²³⁹. Un autre décret de 1396 priva les ambassadeurs et les autres agents extérieurs de la République du privilège de faire des affaires, aussi

235 Voir *I brevi*, op. cit., liber I, rubrica XV (« De ambaxiatoribus »), p. 55-56. Plus loin, à la p. 56, on établit également la défense de solliciter n'importe quoi, pour soi ou pour d'autres, au-delà de ce qui fait l'objet de la mission.

236 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 392, note 3.

237 Voir P. Gilli, « De l'importance », op. cit., p. 415, ainsi que le texte du Statut dans *Statuti della Repubblica fiorentina*, editi da R. Caggese, vol. II, *Statuto del Podestà*, op. cit., liber I, rubrica 20, p. 61.

238 Voir *Statuta populi*, t. II, op. cit., liber V, rubrica 226, p. 713.

239 Texte édité par P. Molmenti, « Le relazioni tra patrizi veneziani e diplomatici stranieri », in Id., *Curiosità di storia veneziana*, Zanichelli, Bologna 1919, p. 39.

bien pour eux-mêmes que pour d'autres, dans l'endroit où ils exerçaient leurs fonctions. Une exception fut tout de même prévue en faveur des ambassadeurs qui avaient déjà des serviteurs gérant leurs activités sur place avant d'y être envoyés en mission : dans ce cas, il était permis aux facteurs de poursuivre leur travail, mais l'ambassadeur ne pouvait pas entrer dans une nouvelle entreprise²⁴⁰. En 1403 le *Maggior Consiglio* prohiba à tout citoyen de recevoir de n'importe quel seigneur ou commune des fiefs, provisions, prêts, salaires, procurations ou bien des terres ou maisons en location, ainsi que de devenir recteur, podestat, capitaine ou officier dans quelque endroit non sujet à Venise que ce fût – une disposition qui, comme le note Donald Queller, excluait les citoyens vénitiens également des bénéfices ecclésiastiques²⁴¹.

Rome était naturellement la destination qui posait les problèmes majeurs, les ambassadeurs dépêchés à la Curie romaine étant particulièrement enclins à y solliciter des bénéfices pour eux-mêmes, pour des parents ou pour d'autres. Dès 1238 le *Maggior Consiglio* s'était exprimé contre les envoyés à Rome qui recevaient des pétitions de la part de particuliers sans une permission spéciale²⁴² ; nombre d'autres dispositions s'ensuivirent au cours des siècles, parallèlement au développement de toute une législation visant à exclure les « *papalisti* » (à savoir les membres de la famille de ceux qui occupaient des positions ecclésiastiques) des séances des organes vénitiens où l'on discutait un sujet quelconque concernant le pape (« *aliquid de factibus papae* », comme le dit une disposition des Dix en 1411) et à éviter ainsi la propagation en Curie des décisions adoptées par le Sénat, par le *Collegio* et par le Conseil des Dix. Ainsi, le *Traité du gouvernement de la cité et seigneurie de Venise*, un texte anonyme publié par Paul-Michel Perret en 1896 et remontant selon Queller au début du XVI^e siècle, pouvait affirmer que

ausdiz ambassadeurs est deffendu sur grant payne de procurer quelque benefice par eulx ne par aultres sans expresse commission de la Seigneurie ; et,

240 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 206-207.

241 Texte édité par P. Molmenti, « Le relazioni », op. cit., p. 40-42. Voir en outre D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 205-206 où on lit que ces dispositions furent renouvelées aux années 1482 et 1483.

242 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 206, qui explique que plus tard, en quelques cas exceptionnels, des ambassadeurs furent admis à solliciter des prébendes ou bénéfices, mais seulement en qualité de personnes privées, non pas comme ambassadeurs.

qui plus est, pour oster l'occasion de faire le contraire, il est ordonné par loix que nul qui a quelque parent en certain degré lymité, lequel parent soit prestre ou religieux, ne peut aller en ambassade devers le pape ; et les degrez sont celux cy, c'est assavoir, grant pere, pere, filz, filz de filz, freres, freres de pere et filz de freres²⁴³.

Mais le caractère répétitif lui-même de cette législation démontre bien les difficultés qui entravaient l'application des interdictions prévues, tout comme la poursuite de l'intérêt public durant les missions.

Un cas très célèbre, à cet égard, fut celui d'Ermolao Barbaro, qu'Innocent VIII nomma patriarche d'Aquilée le 6 mars 1491, alors qu'il était ambassadeur de Venise à Rome, sans avoir consulté les autorités de la République (comme la coutume l'exigeait) et même – d'après ce que Barbaro affirma ensuite dans sa défense, aussi invraisemblable que cela puisse apparaître – à l'insu de l'intéressé²⁴⁴. L'acceptation de Barbaro, quoique sous réserve de l'avis favorable de la *Serenissima*, irrita fortement le gouvernement vénitien, qui au bout de quelques semaines destitua l'humaniste de sa charge d'ambassadeur, lui ordonna de renoncer au patriarcat et proposa à sa place Nicolò Donà (l'homme que le Sénat avait choisi comme patriarche avant de connaître la décision du pape), en entamant un conflit avec la Curie qui entraîna l'arrêt des paiements des dîmes et le blocage des rentrées du patriarcat. Le 22 mars, le Sénat vénitien rejeta par quelques voix une motion qui prévoyait le bannissement et la confiscation des biens pour Zaccaria Barbaro au cas où il n'aurait pas réussi à convaincre son fils à renoncer au patriarcat dans 20 jours. Le 26 mars en revanche une motion fut approuvée enjoignant à Ermolao de rentrer immédiatement à Venise, sous la menace d'une peine pécuniaire et de ne plus jamais pouvoir rece-

243 Voir *Traité du gouvernement de la cité et seigneurie de Venise*, in P.-M. Perret, *Histoire des relations de la France avec Venise du XIII^e siècle à l'avènement de Charles VIII*, H. Welter, Paris 1896, t. II p. 289. Sur la législation produite, surtout au XV^e siècle mais avec peu de succès, contre les « papalisti », voir G. Del Torre, « Ecclesiastici e segreti di stato nella Venezia del Quattrocento », in *Venezia. Itinerari per la storia della città*, a c. di S. Gasparri, G. Levi et P. Moro, Il Mulino, Bologna 1997, p. 131-158.

244 Voir B. Figliuolo, *Il diplomatico*, op. cit., p. 133-136. R. Fubini, « L'ambasciatore », art. cit., p. 661 observe que déjà au moment de son départ de Venise la rumeur circulait que l'intention de Barbaro était de « clericar », comme le reporte le chroniqueur Domenico Malipiero. Le Conseil des Dix avait décidé de soumettre à une inspection sa correspondance et celle de sa famille, contre laquelle les Barbaro s'étaient prémunis en confiant leurs lettres aux courriers milanais, avec le consentement de Ludovic Sforza.

voir des bénéfiques dans les domaines de la République²⁴⁵. Barbaro, quant à lui, était soumis à des pressions intolérables, dès lors que sa renonciation, qui semble avoir été faite en avril, fut repoussée par le pape ; lorsque son substitut, Girolamo Donà, arriva à Rome à la fin du mois, il décida donc d'y rester en exil, en se consacrant aux études. Il y mourut deux ans plus tard, le 24 ou 25 juillet 1493, frappé par la peste²⁴⁶. Cet épisode, grâce surtout au profil biographique de Barbaro tracé par Paolo Giovio dans ses *Elogia virorum litteris illustrium*, était destiné à devenir une référence obligée dans les traités sur l'ambassadeur des XVI^e et XVII^e siècles, qui dans la mort en exil de l'humaniste devaient voir l'exemple le plus remarquable de la sévérité vénitienne en matière d'acceptation de dons et bénéfiques par un envoyé en mission²⁴⁷.

Tout cela, nous semble-t-il, montre que dans la réalité historique la figure de l'ambassadeur existait sous différentes formes qui n'étaient pas réductibles à un seul modèle – celui désigné dans les sources juridiques par le mot *legatus* et caractérisé par l'attribution d'un *officium* et d'un *munus publicum* – et que la poursuite de l'intérêt public – à propos de laquelle les *iura propria* de Florence et Venise montraient une rigueur bien majeure que ne le faisait le *ius commune* – se révélait dans la pratique une tâche souvent inaccomplie. Il y a donc des difficultés à reconnaître dans l'ambassadeur une figure conçue dans un sens rigide public (du moins, de la manière dont nous concevons aujourd'hui la sphère du public) si l'on regarde la pratique diplomatique des XIV^e et XV^e siècles, difficultés qui par ailleurs devaient exister encore deux siècles plus tard, comme en témoignent le clientélisme et le patronage caractérisant la diplomatie d'État dynastiques et patrimoniaux d'Ancien régime tels que l'Espagne et le Du-

245 Voir B. Figliuolo, *Il diplomatico*, op. cit., p. 138-139 où sont reportés des morceaux des dépêches écrites par les ambassadeurs de Mantoue et de Milan à Venise, qui blâment l'excessive sévérité des lois vénitiennes et prennent parti pour Barbaro.

246 Voir *ivi*, p. 140-142 ; à p. 142 Figliuolo explique que finalement, après la mort de Barbaro, Alexandre VI nomma patriarche d'Aquilée Nicolò Donà, en mettant fin ainsi au conflit avec la *Serenissima*.

247 Voir Paulus Iovius, *Elogia virorum litteris illustrium*, in Id., *Elogia virorum illustrium*, curante R. Merzaggi, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1972, XXXVI, p. 67-68.

ché de Savoie²⁴⁸. De plus, comme nous le verrons plus loin, l'apparition de la diplomatie résidente va représenter elle aussi un problème pour les auteurs des traités sur l'ambassadeur (pas seulement pour les juristes), qui, à quelques exceptions près, continueront pendant longtemps à considérer de manière privilégiée l'ambassadeur « extraordinaire », tout en regardant l'ambassadeur résident (ou « ordinaire ») comme une figure mineure et en quelque sorte irrégulière, voire suspecte, située en dehors du cadre institutionnel (quelque faible qu'il fût) de la tradition, et cela malgré l'intérêt inlassable avec lequel ses fonctions seront examinées²⁴⁹. Cela ne signifie pas, cependant, que la réflexion juridique ne doit être envisagée que comme un exercice académique et détaché de la réalité : à travers une terminologie et des règles qui, certainement, trouvaient leur cadre de référence dans les textes justiniens, les juristes cherchaient à attirer dans une sphère de légitimité une pratique qui souvent n'y rentrait guère, voire pas du tout. Le discours juridique, en ce sens, est certainement loin d'épuiser la complexité de la réalité de cette époque (ce qui d'ailleurs pourrait être dit pour n'importe quelle autre époque), mais peut fournir, par ses lacunes et ses insistances elles-mêmes, une trace des problèmes que cette réalité soulevait.

248 Pour l'Espagne, voir H. von Thiesen, « Switching Roles in Negotiation. Levels of Diplomatic Communication between Pope Paul V Borghese (1605-1621) and the Ambassadors of Philip III », in *Paroles de négociateurs : l'entretien dans la pratique diplomatique de la fin du Moyen Âge à la fin du XIX^e siècle*, études réunies par S. Andretta, S. Pèquignot, M.-K. Schaub, J.-C. Waquet et Ch. Windler, École française de Rome, Rome 2010, p. 151-172, et, plus amplement, Id., *Diplomatie und Patronage. Die spanisch-römischen Beziehungen 1605-1621 in akteurszentriert Perspektive*, Bibliotheca academica Verlag, Epfendorf/Neckar 2010. Pour le Duché de Savoie, voir T. Osborne, *Dynasty and Diplomacy in the Court of Savoy. Political Culture and the Thirty Years War*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

249 Voir *infra*, partie II^e, chap. 1, § 3, ainsi que partie III^e, chap. 2, § 2 et 3.

3. La représentation diplomatique

À côté des notions d'*officium* et de *munus*, il en existe une autre qui remplit un rôle capital dans la conceptualisation juridique de la fonction diplomatique au Moyen Âge, et qu'il nous faut maintenant analyser : c'est la notion de *représentation diplomatique*¹. Précisons dès maintenant que le mot *repraesentatio/praesentare* apparaît assez tard dans les traités sur l'ambassadeur : c'est pourquoi nous chercherons ici à suivre le chemin d'une notion exprimée à travers l'histoire par plusieurs mots, à commencer par des expressions qui désignent la fonction vicariale, comme *vices gerere*, ou bien *personam alicuius gerere, sustinere* ou *tenere*. Nous allons donc nous demander où la notion moderne de *représentation diplomatique* a pris naissance, par quelles voies tortueuses la pensée juridique en a dessiné peu à peu les contours, et de quelle manière elle a été utilisée comme une notion-clef à même de définir les fonctions de l'ambassadeur. Pour ce faire, nous commencerons par donner quelques éléments à propos de l'élaboration de cette notion dans les documents de la diplomatie pontificale, par rapport à laquelle il existe au moins une analogie thématique (§ 1). Contrairement à l'ambassadeur séculier, le légat du pape est pourtant un véritable agent pourvu d'une juridiction déléguée et répondant à des exigences de gouvernement du territoire ; c'est pourquoi, en ce qui concerne la détermination des pouvoirs de négociation de l'ambassadeur, le cadre de référence adopté par les juristes est plutôt celui du droit privé, où cette notion a fait l'objet d'une réflexion approfondie, qui a fini par délimiter le rôle et les pouvoirs de deux figures distinctes (le *nuntius* et le *procurator*) et qu'il nous faudra analyser (§ 2). Enfin, nous en viendrons à la littérature sur l'ambassadeur de la fin du Moyen Âge et aux références qu'elle fait à ces modèles (§ 3), avant d'entrer dans les détails des pouvoirs de négociation de l'ambassadeur au chapitre suivant.

1 Sur le concept de « représentation », voir H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London 1967 ; H. Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Duncker & Humboldt, Berlin 2003⁴ ; et S. Schaede, *Stellvertretung : Begriffsgeschichtliche Studien zur Soteriologie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

3.1 La représentation dans la diplomatie pontificale

Des allées et venues d'envoyés de l'évêque de Rome sont attestées dès les tout premiers siècles de notre ère : au reste, le concile de Sardique, en 343, lui reconnaît formellement le droit de légation. Depuis le V^e siècle les lettres des papes expriment en toute clarté la nature et la fonction des missions confiées aux légats. Célestin I^{er} vers 430 écrit par exemple, se référant au patriarche d'Alexandrie : « nous avons délégué notre fonction à mon saint frère Cyrille, à cause de la distance par mer ou par terre » ; et quelque temps plus tard : « nous seront présents en la personne de ceux que nous avons envoyés »². Lors du deuxième concile d'Ephèse, appelé par Théodose II en 449, Léon I^{er}, qui n'y participe pas, envoie trois légats en écrivant : « j'ai envoyé mes frères, l'évêque Jules et le prêtre René, et mon fils le diacre Hilaire, qui suffiront à prendre ma place dans une affaire de cette nature » ; il parle plus tard de ces hommes comme de ceux qu'il a envoyés « d'après de [lui] à [sa] place »³. Le même pape manifeste également un soin particulier pour maintenir à la cour de Byzance un homme de confiance, vue la place que l'empereur occupait alors dans la vie de l'Église, et inaugure la pratique, institutionnalisée par Agapète en 536, d'envoyer à la cour impériale des apocrisiaires⁴.

Un moment décisif pour le développement de la diplomatie pontificale et la spécialisation des fonctions des légats est constitué de toute façon par la Réforme du XI^e siècle et par l'effort de centralisation romaine amorcé par Alexandre II et poursuivie par Grégoire VII : c'est à cette époque que

2 Voir respectivement *PL* 50, col. 497 (« [...] vicem nostram, propter marina vel terrena spatia, ipsi sancto fratri meo Cyrillo delegavimus [...] ») et *ivi*, col. 511 (« nostram praesentiam in his quos misimus exhibemus »). Voir P. Blet, *Histoire de la Représentation Diplomatique du Saint Siège des origines à l'aube du XIX^e siècle*, Archivio Vaticano, Città del Vaticano 1982, p. 18.

3 Voir respectivement *PL* 54, col. 783 (« fratres meos Julium episcopum, et Renatum presbyterum, et filium meum Hilarum diaconem misi, qui ad vicem praesentiae meae pro negotii qualitate sufficerent ») et *ivi*, col. 802 (« [...] per fratres nostros [...] quos ex latere meo vice mea misi [...] »). Voir P. Blet, *Histoire*, op. cit., p. 20.

4 On a même prétendu reconnaître dans les apocrisiaires les précurseurs des ambassadeurs permanents, notamment A. Pieper, *Zur Entstehungsgeschichte der ständigen Nuntiatoren*, Herder'sche Verlagshandlung, Fribourg-en-Brigsau 1894, p. 2. Voir à ce propos les observations critiques de P. Blet, *Histoire*, op. cit., p. 35, 39-51, 67-72. Sur la diplomatie pontificale du haut Moyen Âge, voir aujourd'hui l'étude de K.R. Rennie, *The Foundations of Medieval Papal Legation*, Palgrave Macmillan, New York 2013.

la diplomatie commence à se révéler comme un puissant instrument aux mains de la papauté pour lui assurer un contrôle de plus en plus contraignant sur les églises locales⁵. Aussi, Pier Damiani est envoyé en France par Alexandre II en 1063 avec une lettre adressée aux évêques français où le pape affirme que, comme il ne peut pas aller vers eux, étant occupé par les multiples affaires des églises, il a pris soin de leur destiner un homme tel que, après lui, « il n'y a personne qui possède une autorité supérieure à la sienne » ; un homme qu'il qualifie de son « œil » et de « soutien immobile du Siège Apostolique (*noster est oculus et apostolicae sedis immobile firmamentum*) ». « Nous – continue le pape – lui avons donc confié notre place avec plein pouvoir (*vicem nostram pleno jure*), en sorte que tout ce que, avec le secours de Dieu, il aura statué en ces régions, sera tenu pour décidé et confirmé (*in ratum teneatur et firmum*), comme s'il avait été promulgué par une sentence issue de notre propre résolution » : les évêques, quant à eux, sont invités à l'accueillir par une digne dévotion, comme s'il s'agissait de la personne même du pape, et à obéir humblement à ses décisions, pour la révérence qu'ils portent au bienheureux Pierre, le « prince des apôtres »⁶. Cette lettre non seulement témoigne du niveau atteint par la définition de la fonction vicariale, présentée aux destinataires de la légation comme une véritable identification du pape et de son légat, mais aussi contient le premier exemple connu, dans une lettre diplomatique, d'une clause *de rato*, à savoir de l'affirmation, de la part du mandant, qu'il tiendra pour confirmé tout ce que son légat aura promulgué⁷. Les lettres de Grégoire VII manifestent la même tendance : son intention d'affirmer sa volonté par le biais de ses légats y est exprimée à plusieurs occasions. En 1073, peu après son élection, dans une lettre à Vratislav II de Bohême qui accompagne l'envoi de deux légats, Grégoire déplore la négligence de ses propres prédécesseurs à l'égard du Siège Apostolique, une insouciance manifestée par leur renonciation à se servir des légations dans ce pays, de sorte que certains, là-bas, ont estimé cette pratique comme quelque chose

5 Voir W. Ullmann, *The growth of Papal Government in the Middle Ages*, Routledge, New York 1970³, p. 291-292 ; I.S. Robinson, *The Papacy 1072-1198 : continuity and innovation*, Cambridge University Press, Cambridge et al. 1990, chap. 4 ; et K.R. Rennie, *Law and Practice in the Age of Reform. The Legatine Work of Hugh of Die (1073-1106)*, Brepols, Turnhout 2010.

6 Voir PL 146, col. 1295-1296, et P. Blet, *Histoire*, op. cit., p. 93.

7 Ainsi R. Schmutz, « Medieval Papal Representatives : Legatus, Nuncius, and Judges », *Studia Gratiana*, 15, 1972, p. 448. Sur la clause *de rato* nous reviendrons *infra*, dans le prochain chapitre.

de nouveau et d'étranger à la tradition, et sont allés jusqu'à mépriser les légats⁸. Deux ans plus tard, il statue dans le *Dictatus Papae* que, lors d'un concile, le légat du pape préside sur tous les évêques présents, même s'il est de rang inférieur, et qu'il peut prononcer contre eux une sentence de déposition⁹. De plus, en juin 1077 il écrit au doge et au peuple de Venise que l'autorité du pape, voulue par Dieu, est « représentée » et « exercée » dans le monde par l'« administration vicariale » de ses légats, qui pour cette raison doivent faire l'objet d'une révérence pareille à celle due au bienheureux Pierre, le prince des apôtres, et au pape lui-même¹⁰.

À côté des mots *vicarius* et *vicem*, les lettres de Grégoire VII désignent donc la fonction des légats apostoliques au moyen du verbe *repraesentare*, dont l'objet est normalement l'*auctoritas* du pontife, parfois en union avec sa *caritas*¹¹. Dans ce contexte, le verbe *repraesentare* désigne moins une représentation diplomatique telle que nous pourrions l'imaginer qu'une véritable délégation de juridiction : en ce sens, les légats apostoliques ont été définis comme une « figure-clef dans le bras administratif du gouvernement papal », ou comme le « lien administratif le plus important entre la papauté et les églises locales »¹². On s'aperçoit ici de la portée tout à fait spécifique que la juridiction déléguée revêt dans la diplomatie pontificale, à la différence de ce qui se passe dans la diplomatie séculière : les actes accomplis par les légats ne sont pas des actes de négociation mais, très souvent, des actes de pouvoir dans lesquels l'*auctoritas* du pape lui-même

8 Voir *Das Register Gregors VII*, hrsg. von E. Caspar, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin 1920 [réimpr. Monumenta Germaniae Historica, München 1990], t. I, I.17, p. 27 ; la même négligence est déplorée dans une lettre de 1077 adressée « regibus, comitibus ceterisque principibus Hispaniae », *ivi*, t. I, IV.28, p. 346.

9 Voir *ivi*, t. I, II.55a, p. 203.

10 Voir *ivi*, t. I, IV.26, p. 341 : « [...] eum de sinu nostro misimus, utpote per quem nostra apud vos sollicitudo et a domino Deo nobis concessae potestatis auctoritas vicaria dispensatione representatur et geritur ».

11 Voir par exemple *ivi*, t. I, II.40, p. 177 : « [...] nostra vobis representetur auctoritas » ; *ivi*, t. II, V.2, p. 349 : « aliquem [...] per quem commissa nobis [...] repraesentetur auctoritas » ; *ivi*, t. II, VI.21, p. 433 : « legati[o] nostr[a] [...] per quam vobis caritas nostra representatur et auctoritas » ; et *ivi*, t. II, VII.6, p. 467 : « [...] per quem nostram vobis auctoritatem representari cognoscitis ». Cette expression se trouve déjà dans une épître de Grégoire le Grand recueillie dans le *Decretum* (c. 1, d. 94) : « [...] uni eidemque personae omnia committamus, ut ubi nos praesentes esse non possumus, nostra per eum, cui praecipimus, repraesentetur auctoritas. [...] ».

12 Voir R. Schmutz, « Medieval Papal Representatives », art. cit., p. 450 et 456-457.

se trouve exprimée. Ce n'est pas par hasard que quelques lettres accompagnant l'envoi de ces légats reportent la formule – tirée des mots initiaux du *Livre de Jérémie*, où le Seigneur s'adresse au prêtre en le chargeant de la tâche de prophète des nations – selon laquelle leur mission consiste à « arracher et renverser, [...] exterminer et démolir, [...] bâtir et planter »¹³ : une « formule classique », comme elle a été définie¹⁴, pour indiquer la très large étendue des pouvoirs des légats, et entrée depuis le XIII^e siècle aussi bien dans les grands traités sur les légats apostoliques, comme celui de Guillaume Durand¹⁵, que dans le *Liber Sextus* de Boniface VIII¹⁶. Dans le même sens, la capacité du légat à représenter l'*auctoritas* du pape et à la projeter jusqu'aux dernières limites de la Chrétienté est mise en parallèle par les canonistes avec les fonctions de nombreux officiers romains (le *proconsul*, le *praeses* et le *rector provinciae* et d'autres, bien plus que le *legatus*) chargés d'administrer les provinces de l'Empire. Ce parallélisme, implicitement proposé déjà par Jean de Salisbury dans son *Policraticus*¹⁷, devient un lieu commun, quoique discuté de différentes manières, chez les

-
- 13 Voir *Jérémie*, 1.10 et *Das Register Gregors VII*, op. cit., t. II, V.2, p. 350 : « [...] misimus ad vos hunc fratrem nostrum [...], cui et vicem nostram in vobis commisimus, ut ea quae ad ordinem sacrae religionis pertinent rite exsequens, iuxta prophetiae dictum, evellat et destruat, aedificet et plantet [...] ».
- 14 Voir Th. Bœspflug, « La représentation du pape au Moyen Âge. Les légats pontificaux au XIII^e siècle », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, 114 (1), 2002, p. 63.
- 15 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 4, n° 1, p. 33A : « Quia missus est [legatus] & constitutus super gentes provinciae sibi decretae : ut evellat vitia, & dissipet malos : aedificet virtutes, & plantet bonos : ut in constit[utione] Clemen[tis] papae quarti eod. tit. ex parte [c. 2, VI 1.15] & ex. de maio & obed. solitae. circa medium. s. §. qualiter [c. 6, X 1.33] ». Durand est d'ailleurs très clair sur la fonction et les pouvoirs du légat apostolique, et cela dès le début de sa *rubrica De Legato*, § 1, p. 29B : « Nos tamen hic principaliter de illo legatorum genere tractare intendimus, quibus a sede Apostolica certa provincia gubernanda mandatur ». Pour d'autres définitions semblables, voir R.C. Figueira, « The Medieval Papal Legate and His Province : Geographical Limits of Jurisdiction », *Apollinaris*, 61, 1988, p. 823.
- 16 Voir c. 2, VI 1.15 (où est recueillie, en 1298, la décrétale de Clément IV citée à la note précédente par Guillaume Durand).
- 17 Voir Joannes Saresberiensis, *Policraticus sive De Nugis Curialium et Vestigiis Philosophorum libri VIII*, 2 vol., ed. C.I. Webb, Oxford University Press, Oxford 1909, V.15 : à la fin de ce chapitre, consacré à la *religio* des *proconsuli*, *praesides* et *ordinarii iudices*, Jean de Salisbury mentionne le cas de Gaufréd de Chartres qui, lors de sa légation en Aquitaine, n'accepta pas de cadeaux. Voir à ce propos R. Schmutz, « Medieval Papal Representatives », art. cit., p. 454, note 38.

canonistes du XIII^e siècle, qui prennent largement appui sur le droit romain afin d'illustrer les caractères du légat pontifical – une figure pas nouvelle dans la pratique mais sur laquelle la doctrine commence à peine à réfléchir, à l'aide d'un matériel juridique très riche et abordé de manière « éclectique », comme il a été écrit, à travers la sélection, parmi une variété d'offices, des prérogatives et des pouvoirs estimés comme les plus appropriés, en dehors de tout souci d'historicisation¹⁸.

La légation se révèle en somme un outil administratif et politique utilisé par le pape dans le but de partager ses tâches de gouvernement sous sa supervision directe, par l'entremise d'agents dépendant directement de lui et qui lui permettent de rendre opérative sa juridiction, même au niveau local, dans toute la Chrétienté. Les lettres papales incluent souvent l'argument selon lequel Dieu a confié au pape le gouvernement du monde chrétien (voire l' « *universal[is] regim[en]* », comme s'exprime Grégoire VII)¹⁹, mais celui-ci, ne pouvant pas être présent partout au même moment en raison des limites que la nature lui impose, est obligé de se faire représenter par des agents. Cet argument, évoqué dans la lettre d'Alexandre II, citée plus haut, qui accompagne l'envoi de Pier Damiani, est utilisé à plusieurs occasions par le même Grégoire VII²⁰ et devient, dès la fin du XII^e siècle, comme l'a montré Bernard Barbiche²¹, un thème récurrent dans les préambules des lettres de légation, au point qu'il apparaît même dans le modèle d'une lettre papale reporté par Guillaume Durand dans sa *rubrica De Legato*²². Il parvient enfin à sa formulation théologique la plus accomplie dans une lettre d'Innocent III : une lettre où, par ailleurs, le fait

-
- 18 Voir sur ce point R.C. Figueira, « Decretalists, Medieval Papal Legation, and the Roman Law of Offices and Jurisdiction », *Res publica litterarum*, 9, 1986, p. 124 et p. 133 note 50. La décrétale de Clément IV citée ci-dessus à propos de la formule tirée du *Livre de Jérémie*, et qu'on lit dans c. 2, VI 1.15, témoigne bien de cette attitude des canonistes.
- 19 Voir *Das Register Gregors VII*, op. cit., t. I, II.51, p. 193 : « Nos equidem iam nunc non solumodo regum et principum, sed omnium christianorum tanto propensior sollicitudo coartat, quanto ex universali regimine, quod nobis commissum est, omnium ad nos causa vicinius ac magis propriae spectat ».
- 20 Voir *ivi*, II.40, p. 177, et t. II, V.2, p. 349.
- 21 Voir B. Barbiche, « Diplomatie, diplomatique et théologie : les préambules des lettres de légation » (2002), in Id., *Bulla, Legatus, Nuntius. Études de diplomatique et de diplomatie pontificales (XIII^e-XVII^e siècle)*, École des Chartes, Paris 2007, p. 147-156.
- 22 Voir Guilielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 2, n° 2, p. 30B.

d'avoir recours aux légats à cause des limites physiques de la personne du pontife amène au renversement par lequel les légats sont eux-mêmes significativement qualifiés des « membres du corps » du pape²³.

Cette métaphore, qui dans une constitution des empereurs Arcadius et Honorius désignait les sénateurs romains²⁴, avait commencé à être utilisée à l'égard du collègue des cardinaux depuis le XII^e siècle, au fur et à mesure que leur dignité et leur rôle dans l'élection du pape gagnaient en importance²⁵. À partir d'Innocent III, et puis grâce surtout à la glose ordinaire de Bernardo da Parma sur le *Liber Extra* et au commentaire du même recueil rédigé par Giovanni d'Andrea²⁶, ainsi qu'aux ouvrages d'Henri de Suse et de Guillaume Durand²⁷, elle commence à désigner en un sens spécifique

23 Voir *Die Register Innocenz' III.*, 1. Band, bearbeitet von O. Hageneder und A. Haidacher, Böhlau Nachfolger, Graz-Köln 1964, n° 345, p. 515-516 : « Licet commissa nobis a Domino potestatis ecclesiastice plenitudo univervis Christi fidelibus nos constituerit debitores, statum tamen et ordinem conditionis humane non possumus ampliare, qui juxta verbum Dominicum ad staturam nostram nec cubitum unum valemus adicere vel simul in diversis locis existere – in unius tamen corporis unitate – vel ad remota quelibet in ictu oculi transvolare possumus et cum Abacuch exuli Danieli deposito in lacu leonum per nos ipsos cibi consolationem afferre ac messoribus nichilominus ministrare [voir *Daniel*, 14.35]. Quia vero lex id humane conditionis non patitur nec possumus in persona propria gerere sollicitudines universas, interdum per fratres nostros, qui sunt membra corporis nostri, ea cogimus exercere que, si commoditas ecclesie sustineret, personaliter libentius implemremus. Cum autem omnes unum corpus simus in Christo, singuli autem alter alterius membra, sic per singulos, cum oportet, iniuncte nobis sollicitudinis onera dispensamus, ut dum alter alterius onera supportarit, a singulis lex Christi laudabiliter impleatur. [...] ». Voir à ce propos B. Barbiche, « Diplomatie », op. cit., p. 150-151.

24 Voir *Cod.* 9.8.5.pr.

25 Voir J. Leclerc, « *Pars corporis papae...* Le Sacré Collège dans l'ecclésiologie médiévale », in *L'homme devant Dieu. Mélanges offerts au père Henri de Lubac*, vol. II : *Du Moyen Age au siècle des Lumières*, Aubier, Paris 1964, p. 184. Sur cette métaphore voir aussi B. Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge University Press, Cambridge 1955, p. 95 et 108-117.

26 Voir la glose *commissam* de Bernardo da Parma sur c. 9, *X* 1.30 (*Decretalium Gregorij noni liber accuratissime emendatus*, Joh. Arnerbach, Jo. Peter, Joa. Frobenius, Basileae 1511, f. 70rA) ; et Johannes Andreae, *In Secundum Decretalium librum Novella*, apud Haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis 1612, sur c. 4, *X* 2.24, f. 184rB, n° 3 (avec un renvoi à *Cod.* 9.8.5).

27 Voir Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De officio Legati*, col. 317, n° 2, et Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 3, n° 1, p. 31B.

les légats apostoliques, selon une définition qui sera en usage encore au XVII^e siècle²⁸. C'est à travers cette image que s'instaure, dès la première moitié du XIII^e siècle, un lien de plus en plus étroit entre la dignité du cardinal et la fonction du légat *de latere*, cette dernière étant peu à peu réservée aux seuls membres du Sacré Collège, tandis que les légats non-cardinaux sont censés appartenir à une classe différente et dotée de pouvoirs plus restreints. Nous sommes ici aux origines, pour le moment incertaines et flottantes, de la classification des légats en *legati de latere*, *legati missi* (ou *constituti*) et *legati nati* (ou *electi* ou *creati*), élaborée sur la base de l'interprétation de deux décrétales, l'une de Grégoire IX et l'autre d'Innocent IV, portant sur le pouvoir des légats d'absoudre ceux qui avaient été excommuniés pour avoir fait violence à un clerc et sur leur pouvoir de conférer des bénéfices²⁹. C'est grâce à ce travail que la classe des *legati de latere* est associée aux membres du Sacré Collège en vertu de leur proximité au pape : une proximité que Bernardo da Parma exprime justement à travers la formule selon laquelle ils seraient les « membres du corps » du pontife³⁰. À partir de cette affirmation Henri de Suse et Guillaume Durand vont ensuite répondre à la question « combien d'espèces de légats existent ? » par la tripartition que nous avons mentionnée, en distinguant, parmi les légats envoyés par le pape, les *legati de latere* des *legati missi* ou *constituti* en vertu de leur dignité cardinalice et de l'extension de leurs pouvoirs, tandis que les *legati nati* ou *electi* ou *creati* ne sont pas nommés par le pape, leur office étant annexé à la dignité qu'ils possèdent dans leur propre église³¹.

On voit que la conceptualisation de la représentation dans la diplomatie pontificale s'articule à d'importantes questions d'ecclésiologie, sur le fondement d'une conception qui relève, en dernier ressort, de la théologie de la mission. La définition du pape comme le chef (*caput*) du corps de l'Église renvoie en effet, on le sait bien, à la doctrine du corps mystique et à la définition de la suprématie pontificale. Nous ne pouvons évidemment pas reconstruire ici le débat entre ceux qui reconnaissaient dans le pape

28 Voir par exemple G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., VI.7, p. 597-598.

29 Voir à ce propos l'étude remarquable de R.C. Figueira, « The Classification », art. cit., p. 211-228.

30 Voir la glose *commissam* de Bernardo da Parma sur c. 9, X 1.30.

31 Voir Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De officio Legati*, n° 2, col. 317-318 ; et Gulielmus Durandus, *Speculum iuridiale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 3, p. 31B.

lui-même le chef de l'Église et ceux qui, au contraire, affirmaient qu'il n'était, à cet égard, que le vicaire du Christ, celui-ci étant le véritable *caput Ecclesiae*. Nous nous limitons plutôt à citer un passage d'Anselme d'Havelberg qui, dans la première moitié du XII^e siècle, en argumentant en faveur de cette seconde solution, montre de manière très claire le lien existant entre la doctrine de la fonction vicariale du pontife et la doctrine du corps mystique :

L'apôtre l'a dit : «le chef de l'Église, c'est le Christ ; le chef du Christ, c'est Dieu» [*Éphésiens*, 5,23 ; 1 *Corintiens*, 11,3]. Mais le Christ, le chef de l'Église, en montant au ciel a commis sa place (*vicem suam*) sur la terre à Pierre, le prince des apôtres. Pierre, en suivant les traces du Christ vers le martyre, se subrogea Clément comme vicaire (*sibi vicarium subrogavit*), et ainsi les Pontifes romains, substitués l'un après l'autre à la place du Christ, sont sur la terre le chef de l'Église, dont le Christ est le chef au ciel. Ne veuillez donc pas faire deux chefs, ou plus encore, dans un seul et même corps de l'Église : car dans un corps quelconque, c'est une chose indécente, difforme, monstrueuse, contraire à la perfection et voisine de la corruption³².

Or, tout comme le pape est le chef du corps de l'Église en substitution du Christ, les cardinaux en sont les membres en substitution des apôtres, auxquels Jésus dit : « Celui qui vous écoute m'écoute, celui qui vous rejette me rejette, et celui qui me rejette rejette celui qui m'a envoyé »³³, « Qui reçoit celui que j'envoie me reçoit, et qui me reçoit reçoit celui qui m'a envoyé »³⁴, « Comme le Père m'a envoyé, moi aussi je vous envoie »³⁵. Les apôtres, d'ailleurs, devaient être les représentants du Christ auprès des fidèles, ou mieux ses véritables « ambassadeurs », auxquels après l'Ascension appartenait le titre de « vicaires du Christ » : on n'oublie pas en effet qu'*ἀπόστολος* signifie « envoyé », « ambassadeur », « messenger »³⁶. Saint

32 Anselmus Havelbergensis episcopus, *Dialogi*, l. III, cap. 12, in *PL* 188, col. 1225. Voir à ce propos M. Maccarrone, *Vicarius Christi. Storia del titolo papale*, Lateranum nova series, Roma 1952, p. 99, ainsi que, plus en général, E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, trad. fr. cit., p. 794-802 et B. Tierney, *Foundations*, op. cit., p. 132-153.

33 *Luc*, 10,16.

34 *Mathieu*, 10,40 ; voir aussi *Jean*, 13,20.

35 *Jean*, 20,21. Voir en général à ce propos E. Cothenet, s.v. « Mission et missions », I. *La mission dans l'Écriture*, in *Dictionnaire de spiritualité ascétique et mystique : doctrine et histoire*, fondé par M. Viller et al., Beauchesne, Paris 1937-1995, t. 10 (1979), col. 1349-1371.

36 Voir M. Maccarrone, *Vicarius Christi*, op. cit., p. 11 et 23, ainsi qu'A. Bash, *Ambassadors*, op. cit., p. 105 s.

Paul, ou l'auteur des lettres qui lui sont attribuées, se définit « ambassadeur » à plusieurs occasions, le plus souvent en employant des expressions appartenant au champ sémantique du mot grec « πρεσβύτης (ambassadeur) »³⁷. Mais il y a plus encore : Jésus lui-même, ainsi que le montrent les passages cités des Évangiles, est à son tour l'envoyé du Père, et est défini à plusieurs reprises, depuis Paul et les pères de l'Église, comme le « médiateur (*mediator*) » entre Dieu et les hommes³⁸, le « vicaire (*vicarius*) » et le « représentant (*repraesentator*) » du Père³⁹, ou le « messenger (*nuntius*) » et l'« ambassadeur (*legatus*) » du Seigneur⁴⁰. Il existe en somme un principe d'articulation structurelle du pouvoir institutionnel, fondé sur la notion de la représentation vicariale, que l'on pourrait se figurer comme une « chaîne » descendant, maillon après maillon, de Dieu au Christ, aux apôtres, au pape et aux autres évêques, plus tard aux cardinaux, et qui comprend également les prêtres, eux aussi définis « vicaires du Christ » par Jean de Salisbury, les décrétistes et Guillaume Durand⁴¹. Ce dernier, en particulier, utilise à ce propos plusieurs passages du *Decre-*

-
- 37 Voir 2 *Corinthiens*, 5.20, où Paul parle au pluriel, si bien que la fonction d'ambassadeur du Christ pourrait appartenir à tous les chrétiens : « pro Christo ergo legationem fungimur » (sur ce passage voir A. Bash, *Ambassadors*, op. cit., p. 87-116). Voir en outre *Éphésiens*, 6.20 : « pro quo legatione fungor » (sur ce passage voir *ivi*, p. 130-134).
- 38 Voir 1 *Timothée*, 2.5 (un passage utilisé souvent par Augustin, voir par exemple *De civitate Dei*, XI.3.2) ; et *Hébreux*, 8.6, 9.15 et 12.22.24.
- 39 Voir Tertullianus, *Adversus Praxean*, cap. 24, in Id., *Opera*, pars II, *Opera montanistica*, ed. E. Kroymann and E. Evans, CCSL 2, Brepols, Turnhout 1954, p. 1194-1195 et, sur ce passage, S. Schaede, *Stellvertretung*, op. cit., p. 47-48 et 179-183.
- 40 Irénée de Lyon définit Jésus comme le « Patris nuntius » (*Contre les hérésies*, éd. critique par A. Rousseau et L. Doutreleau, tome II, Les éditions du Cerf, Paris 1974, III.16.3, p. 298) ; Lactance comme « legatus et nuntius » (*Institutiones divines. Livre IV*, éd. par P. Monat, Les éditions du Cerf, Paris 1992, IV.25 et IV.29, p. 204 et 242).
- 41 Voir Joannes Saresberiensis, *Policraticus*, op. cit., V.2, p. 282, qui parle toutefois de « vicaires de Dieux » : « Quis enim sanctitatis ministros Dei ipsius vicarios esse ambigit ? ». Voir en outre c. 35, C. 3, q. 3 (*tractatus de penitentia*), d. 3 : « [...] quos Christus vicarios suos in ecclesia constituit », où la glose *vicarios* précise : « sacerdotes etiam simplices » (*Decretum Gratiani*, op. cit., f. 369vB). Voir en outre c. 19, C. 33, q. 5, où on lit que « episcopus habet personam Christi » et que celui-ci « vicarius Domini est » ; la glose *personam* ajoute : « id est quilibet sacerdos » (*ivi*, f. 381rA). M. Maccarrone, *Vicarius Christi*, op. cit., p. 106, n. 87 cite un passage de la *Summa decretorum* d'Uguccione dans le même sens : « Ubi ergo sunt illi qui dicunt quod solus papa est vicarius Christi ? Quoad plenitudinem po-

tum au début de sa *rubrica De Legato*, dans le but d'affirmer que, tout comme les légats apostoliques, même les évêques et les prêtres sont inviolables, puisqu'ils remplissent la fonction de « légats du Christ » : « les évêques aussi remplissent la fonction de légats du Christ, d'où celui qui les persécute est dit persécuter le Christ. De même, les prêtres sont les légats du Christ, d'où le tort qui leur est fait regarde le Christ, qui les a envoyés en ambassade »⁴² ; un principe rappelé également, au siècle suivant, par Alberico da Rosciate⁴³.

Ce fondement théologique, que nous nous sommes limités à rappeler très sommairement, se manifeste à l'occasion en toute sa portée dans les lettres de légation des papes. Grégoire VII et Pascal II ont recours parfois au passage de l'Évangile de Luc cité ci-dessus, dans le but de souligner l'inviolabilité des légats pontificaux ou bien de donner une plus grande autorité à leur parole en la référant directement au Christ⁴⁴ ; il existe pourtant des formulations bien plus explicites en ce sens, dans les lettres d'Innocent III, d'Innocent IV et, plus tard, de Clément V, où par ailleurs le modèle du Christ qui envoya dans le monde ses disciples est expressément invoqué et imité par les papes en raison de leur impossibilité, comme nous l'avons vu plus haut, d'être présents en tout lieu au même moment⁴⁵.

testatis verum est, alias autem quilibet sacerdos est vicarius Christi et Petri ». Voir enfin Gulielmus Durantus, *Rationale*, op. cit., vol. I (1995), liber II, caput 10, n° 11, p. 169 : « sacerdotes vicem gerunt Christi [...]. Mediatores enim sunt inter Deum et homines ».

- 42 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 1, p. 30A, n° 2 : « Episcopi quoque Christi legatione funguntur, unde qui eos persequitur, Christum persequi dicitur. vij. q. j. omnis, qui [c. 36, C. 7, q. 1]. Item sacerdotes legati Christi sunt : unde illorum iniuria ad Christum pertinet, cuius legatione funguntur, ut xxj. distinct. in novo [c. 2, d. 21] ij. q. v. habet hoc proprium in fi. [c. 6, C. 2, q. 5] ij. q. vij. accusatio in fi. [c. 15, C. 2, q. 7] ».
- 43 Voir Albericus de Rosate, *Dictionarium juris, tam civilis, quam canonici*, apud Guerreo fratres et socios, Venetiis 1573 [réimpression Bottega d'Erasmus, Torino 1971], s.v. « legatus », p. 419B : « Legatione Christi funguntur omnes Episcopi & sacerdotes : ideo honorandi vij q. j. omnis [c. 36, C. 7, q. 1] ».
- 44 Voir *Das Register Gregors VII*, op. cit., t. I, I.17, p. 27 ; II.40, p. 177 ; et III.10, p. 265. Voir en outre Pascal II in *PL* 163, col. 122, qui définit ainsi son légat en Allemagne : « summi capituli membrum, et Ecclesiae oculum, frater videlicet nostrum G. Constantiensem episcopum, qui vos de salute vestra plenius poterit informare, de tenebris ad lucem reducere: cujus vocem qui audit, illum se, credat audire, qui dicit : “Qui vos audit, me audit, et qui vos spernit, me spernit” ».
- 45 Voir c. 17, X 3.39 ; *Les registres d'Innocent IV (1243-1254)*, éd. par É. Berger, 4 vol., Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, Paris 1884-1921,

Nombre de ces lettres, comme celles d’Innocent IV et de Clément V que nous venons de citer, présentent par ailleurs un autre élément d’intérêt, à savoir l’opposition entre la *plenitudo potestatis* du pape (qui reflète la condition de Jésus, *rex excelsus*) et l’action des légats qui, tout comme les disciples du Christ, collaborent *in partem sollicitudinis* et exercent une autorité et une responsabilité toujours partielles (à partir de leurs limitations géographiques). Là aussi nous rencontrons une formule célèbre et ancienne, utilisée depuis Léon I^{er} pour désigner la délégation d’une juridiction extraordinaire à un évêque consubstantiel vicairie pontifical dans une certaine région⁴⁶. Si plus tard sa portée est étendue pour indiquer en sens général les rapports entre le pape et les évêques, et le rôle de ces derniers, il n’en reste pas moins qu’elle apparaît dans nombreuses lettres de légation pour dénoter la position hiérarchique et l’ampleur des pouvoirs des légats pontificaux⁴⁷. On pourrait même s’interroger sur le lien qui existe entre cette formule et la métaphore du corps mystique, les deux étant explicitement associées dans l’ecclésiologie du XIII^e siècle, comme le montrent Innocent III et Guillaume Durand, chez lesquels la *plenitudo potestatis* est dite résider dans le *caput* du corps de l’Église, tandis que la *sollicitudo*

vol. 2, p. 124-125, n° 4729 ; et surtout *Regestum Clementis papae V ex vaticanis archetypis*, 8 tomes, cura et studio monachorum Ordinis S. Benedicti, ex typographia Vaticana, Romae 1882-1892, t. II (1885), n° 2274, p. 174 (« Ipse [sc. Christus] quidem sibi commisit in regione peccaminum officium legationis exercens in universum mundum discipulos, quos elegerat, destinavit, ut omni predicarent evangelium creature, vicarium suum instruens nonnunquam alios eius exemplo in partem sollicitudinis advocare, ubi officii sui debitum corporalis absentia solvere prohiberet. Licet enim sit nobis potestatis plenitudo commissa, fines tamen humane possibilitatis excedere non valemus, ut dum in parte una iniunctum nobis officium exercemus, illud alibi presentialiter exequamur, quia lex humane conditionis non patitur personam eandem simul in diversis partibus creditam sibi personaliter exequi potestatem, nec etiam patitur ius nature corpus unum eodem tempore locis pluribus comprehendere. Unde [...] ad ipsos interdum personas ydoneas dirigimus vice nostra, per eas residuum sollicitudinis quam ad presentes personaliter gerimus dispensando »).

46 Sur cette notion, voir J. Rivière, « *In partem sollicitudinis*. Évolution d’une formule pontificale », *Revue des sciences religieuses*, 5, 1925, p. 210-231 ; A. Marchetto, « “In partem sollicitudinis... non in plenitudine potestatis”. Evoluzione di una formula di rapporto primato-episcopato », in *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, cur. R.J. Castillo Lara, LAS, Roma 1992, p. 269-298 ; et P. Napoli, « *Administrare* », op. cit., p. 55-58.

47 Voir par exemple le modèle de lettre de légation cité par Guillaume Durand, *supra*, dans ce §, note 23.

appartient aux *membra*, qui la reçoivent du premier⁴⁸. De telles images contribuent sans doute à exprimer la fonction propre des légats comme celle d'agents envoyés sur place afin de rendre effectif le gouvernement du pape, comme s'ils étaient un véritable prolongement du corps du pontife (son « œil », comme l'écrivent Alexandre II, Pascal II et bien d'autres)⁴⁹ vers les périphéries de la Chrétienté. Les légats vont se révéler du reste un instrument très ductile aux mains du pape, grâce au fait que l'ampleur de leur pouvoir va être déterminée chaque fois selon les exigences spécifiques du cas⁵⁰. La supervision du pontife, quant à elle, s'exprime de plusieurs manières : avant tout par la qualification du légat (*de latere* ou bien *missus*, avec les conséquences vues plus haut) et par la formulation du mandat, ensuite par son pouvoir d'approuver l'action du légat ou bien de la rejeter, par la possibilité qu'il concède de faire appel auprès de lui contre les sentences que le légat a prononcées, et même, plus simplement, par une quelconque injonction faite au légat à tout moment⁵¹. Enfin, le pape peut gouverner son ample territoire à travers l'action des légats sans compromettre sa juridiction en raison d'un certain nombre de pouvoirs qui lui sont réservés et ne sont pas compris dans la notion de *generalis legatio* ou de *generale mandatum*, mais nécessitent éventuellement l'octroi d'un mandat spécial ; et l'on a observé que, chez les canonistes du XIII^e siècle, la liste de ces *reservata* ne cesse de s'allonger⁵². Il existe donc des limites à la représentation pontificale, ou mieux pourrait-on dire

48 Voir Innocentius III, *Sermo III in consecratione Pontificis maximi*, in *PL* 217, col. 658 ; et Gulielmus Durantus, *Rationale*, op. cit., liber II, caput 1, n° 17, p. 126-127.

49 Voir par exemple les lettres d'Alexandre II et de Pascal II citées *supra*, dans ce §, notes 6 et 44. Voir à ce propos C. Zey, « Die Augen des Papstes. Zu Eigenschaften und Vollmachten päpstlicher Legaten », in *Römisches Zentrum und kirchliche Peripherie. Das universale Papsttum als Bezugspunkt der Kirchen von den Reformpäpsten bis zu Innozenz III*, hrsg. von J. Johrendt und H. Müller, Walter de Gruyter, Berlin-New York 2008, p. 77-108.

50 Voir R. Schmutz, « Medieval Papal Representatives », art. cit., p. 450-451.

51 Voir R.C. Figueira, « “Legatus apostolicae sedis” : the Pope’s “alter ego” According to Thirteenth-Century Canon Law », *Studi Medievali*, 27 (2), 1986, p. 543-550.

52 Voir R.C Figueira, « Papal Reserved Power and the Limitations on Legatine Authority », in *Popes, Teachers, and Canon Law in the Middle Ages. Essays in Honour of Brian Tierney*, ed. by J. Ross Sweeney & S. Chodorow, Cornell University Press, Ithaca-N.Y.-London 1989, p. 191-211 qui analyse très soigneusement la doctrine des canonistes à cet égard en se proposant de dresser une liste des pou-

qu'il n'existe même pas un concept unitaire de représentation, différentes situations étant déterminables au cas par cas avec une grande souplesse et en considération de plusieurs éléments⁵³. Ce qui apparaît certain, c'est qu'à partir de la Réforme grégorienne les légats constituent un instrument pour étendre le contrôle de la papauté sur les églises locales, en suscitant des polémiques qui finissent par impliquer même les canonistes, aux prises avec l'interprétation des décrétales fixant l'extension de la juridiction des légats⁵⁴.

À la lumière de tout cela, nous pouvons conclure qu'il est possible d'identifier, dans la pratique de la diplomatie pontificale ainsi que dans la réflexion menée à ce propos par les canonistes, l'une des lignes de force en mesure d'éclaircir l'essor de la notion de « représentation » dans le domaine qui fait l'objet de notre étude : bien que le mot *repraesentatio/ repraesentare* n'apparaisse qu'assez rarement, les thèmes que nous avons évoqués nous semblent s'articuler de manière à fournir les éléments essentiels pour une conceptualisation de la représentation du pape au moyen de ses légats. Dans cette conceptualisation, il n'y a pas que la fonction vicariale *stricto sensu* à isoler, le sentiment d'une *identification* du pape et de son légat sur le plan symbolique y occupant elle aussi une place centrale. Le légat en effet, nous l'avons vu dans plusieurs lettres citées plus haut, est envoyé « d'auprès le pape » et est considéré comme étant un « membre de son corps » ; on doit lui obéir comme s'il était le pape lui-même⁵⁵ ; de même, les textes du XIII^e siècle demandent qu'il soit honoré et respecté comme le pape, dont il tient la place, affirment que tout ce qu'il fait est censé avoir été fait par le pape lui-même⁵⁶ et postulent son droit de porter les *insignia apostolica*, dès lors qu'il est appelé à rendre présent le pape

voirs réservés au pape chez les décrétalistes (on peut voir le tableau dans l'Appendice 2, p. 206-208) ; par exemple, les *reservata* sont 16 chez Jean le Teutonique, au début du XIII^e siècle, alors qu'il deviennent 89 chez Guillaume Durand.

53 Voir Th. Bœspflug, « La représentation », art. cit., p. 70-71.

54 Voir le cas étudié par K. Pennington, « Johannes Teutonicus », op. cit., p. 194.

55 Voir *Das Register Gregors VII*, op. cit., t. I, II.40, p. 177 ; III.10, p. 265 ; IV.26, 341 ; et t. II, V.2, p. 349.

56 Voir la glose *que de causa* sur c. 9, C. 2, q. 5 : « [...] & idem honor ei [sc. legati] exhibendus est sicut pape xciiij di. c. ult. [c. 26, d. 93] et ff. de offi. praefec. praetor. l. unica in fi. [Dig. 1.11.1] » (*Decretum Gratiani*, op. cit., f. 135vA) ; Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De officio Legati*, col. 317, n° 2, à propos des *legati de latere* : « nec credendum, quod aliter iudicent quam ipse Papa faceret, j. de appell. novit. [c. 43, X 2.28] ff. de offic. praesid. l. I [Dig. 1.18.1] [...] »

par l'exhibition des signes qui caractérisent son rôle (comme le manteau rouge, les chaussures dorées ou un cheval avec les rênes blanches)⁵⁷. Cette identification – toujours sujette à des limitations et restrictions de la part des canonistes, le légat *n'étant pas* vraiment le pape mais se limitant à le *représenter* – se révèle néanmoins importante et trouvera une correspondance dans la diplomatie séculière de la fin du Moyen Âge et de la première époque moderne, lorsque les ambassadeurs, en plus de représenter leur maître dans les négociations qu'il mènent, devront le rendre en quelque sorte présent sur la scène de la cour et dans le cérémonial que l'on y observe⁵⁸.

3.2 La représentation dans le droit privé

L'historiographie juridique a abordé, pendant longtemps, le thème de la représentation en se posant le problème de repérer le moment génétique de la représentation dite « parfaite » – à savoir celle où le représentant est habilité à agir au nom et pour le compte du représenté, de sorte que celui-ci est engagé par les actes conclus entre le représentant et le tiers, tout effet juridique se produisant directement dans sa sphère juridique –, moment génétique qui a été souvent attribué à la doctrine canonique du XIII^e siècle⁵⁹. Or, il convient de préciser dès maintenant que, au delà de ce que nous dirons dans les pages suivantes au sujet de la concurrence entre le droit civil et canonique dans la création de la doctrine de la « représentation » en droit privé (le verbe *repraesentare* et ses dérivés n'apparaissant

et tanquam Papa honorandus est. 93 dist. c. fin. [c. 26, d. 93] 94 dist. c. 1 [c. 1, d. 94] » ; et Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 1, n° 3, p. 30A : « Honorandus autem est legatus, & nuncius Apostolicae sedis, ac benigne tractandus, tanquam domini Papae vicem gerens. [...] Unde sedes Apostolica honoratur in eius honore », et § 4, n° 52, p. 39B : « et idem honor illi [legati] exhibendus est, sicut et papae [...] et ipse facere dicitur, quod eius legatus facit ».

57 Voir R.C. Figueira, « “Legatus” », art. cit., p. 565-572, et R. Schmutz, « Medieval Papal Representatives », art. cit., p. 455-456.

58 Voir *infra*, partie II^e, chap. 4.

59 Voir les observations critiques formulées déjà par A. Padoa Schioppa, « Sul principio della rappresentanza diretta nel Diritto canonico classico », in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law* (Toronto, 21-25 August 1972), ed. by S. Kuttner, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 1976, p. 107-131.

jamais dans la terminologie du droit romain des obligations)⁶⁰, la notion moderne, universelle et unitaire de « représentation parfaite », fondée uniquement sur le consentement du représentant et du représenté et détachée de toute forme de subordination du premier par rapport au second, présuppose l'existence d'un certain nombre de conditions qui au Moyen Âge ne pouvaient pas exister, à partir d'une théorie générale du contrat fondée sur un appareil dogmatique comprenant des notions, comme le sujet de droit et l'autonomie de la volonté, que seule l'école moderne du droit naturel, avec Grotius, Pufendorf et Wolff, et sur la base d'une réflexion menée dans le cadre de la seconde scolastique, devait peu à peu construire⁶¹. Au lieu de questionner l'origine de la représentation parfaite comme notion unitaire, nous allons donc chercher à reparcourir quelques étapes du processus par lequel les civilistes et les canonistes des XII^e-XIV^e siècles ont conceptualisé l'action au nom d'autrui dans plusieurs domaines et dans différentes situations, à partir des règles établies par les sources justiniennes sur la procuration et le mandat. Dans ce processus, le droit canonique joua bien sûr un rôle important, ne serait-ce que parce que l'Église, comme on l'a vu, se présentait comme un édifice juridique fondant son existence même sur la notion d'action *alieno nomine* ; non moins important fut cependant le rôle du droit civil, dans lequel le mot *repraesentatio* fut utilisé, pour la première fois, pour désigner au sens technique la fonction vicariale.

Dès les débuts, les juristes médiévaux se trouvaient face à une contradiction existante dans les sources justiniennes entre, d'un côté, l'affirmation, formulée dans plusieurs passages, d'une interdiction générale de toute action au nom d'autrui (« *alteri stipulari nemo potest* », selon les mots d'Ulpien dans *Dig.* 45.1.38.17) et, de l'autre, nombre de situations (à partir de celles identifiées par un titre entier du *Code*, 2.12 de *procuratoribus*) où la substitution d'une personne à une autre, en justice ou dans la conclusion d'un contrat, était admise et pouvait se réaliser par l'entremise d'intermédiaires aussi bien libres que sujets au pouvoir (*potestas*) du mandant. Sans entrer dans les détails d'une histoire qui, même aujourd'hui,

60 Voir H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 152.

61 Voir *ivi*, p. 164-165, et P. Cappellini, s.v. « Rappresentanza (diritto intermedio) », in *ED*, vol. 38 (1987), p. 451. Sur la théorie des contrats dans la seconde scolastique, et plus en général dans la pensée juridique des XVI^e-XVII^e siècles, voir W. Decock, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012.

fait l'objet d'un débat très riche entre les spécialistes⁶², rappelons simplement qu'à l'origine il existait dans le droit romain un rapport d'autorité en vertu duquel, à l'intérieur de la famille, le *pater* donnant un ordre à l'une des personnes sujettes à sa *potestas*, celle-ci allait accomplir des actes immédiatement productifs d'effets dans la sphère juridique du premier. Avec la transformation de la société romaine, d'agricole et pastorale qu'elle était à ses débuts, à marchande et commerciale, d'autres personnages commencèrent à être employés. Dans un premier temps ceux-ci provenaient tout de même de la communauté familiale (c'était surtout le cas des affranchis), puis, quand les seules forces intérieures à la *domus* ne suffisaient plus, des personnes étrangères à la famille du *dominus negotii* furent employées : des personnes auxquelles le *dominus* ne pouvait pas ordonner, mais éventuellement autoriser la réalisation d'une activité⁶³. Ainsi Cicéron – l'auteur de la définition du *procurator* la plus ancienne que nous connaissons – tout en réaffirmant la connexion encore existante entre le *procurator* et le *libertus*, écrit néanmoins que même un quelconque homme libre peut être appelé *procurator*⁶⁴. D'où l'élargissement des possibilités d'action par l'entremise d'autrui, qui toutefois n'a jamais été conceptualisée en sens unitaire dans le droit romain.

Bien qu'Irnerio eût accueilli et réaffirmé l'interdiction générale d'action *alieno nomine* dans toute sa portée⁶⁵, dès la moitié du XII^e siècle les ju-

-
- 62 Voir à ce sujet, parmi les études récentes, M. Miceli, *Studi sulla « rappresentanza » in diritto romano*, vol. I, Giuffrè, Milano 2008 ; G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza (Corso di diritto romano)*, Giuffrè, Milano 2008 ; *Agire per altri. La rappresentanza negoziale, processuale, amministrativa nella prospettiva storica*, Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a c. di A. Padoa Schioppa, Jovene, Napoli 2010, p. 1-392 ; et J.E. Rodríguez Diez, *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*, WLP, Oisterwijk 2016.
- 63 On peut penser surtout au champ d'application de l'*actio exercitoria* et de l'*actio institoria*, ainsi que de l'*actio ad exemplum institoriae actionis*, illustrées dans les *Institutes* de Gaius (4.71) et dans le *Digeste* (14.1 et 3), qui comprenait non seulement les cas où les agents étaient des *subiecti*, mais aussi ceux où ils étaient des *liberi*.
- 64 Voir Cicéron, *Pro Caecina*, 57 et, à ce propos, G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini*, op. cit., p. 204, et M. Miceli, *Studi*, op. cit., p. 119-120.
- 65 Il avait écrit, dans la glose *erit danda* sur *Dig.* 3.3.27.1 : « generale est ex alterius stipulatione alteri accionem non queri » (E. Besta, *L'opera d'Irnerio*, [s. n.], Torino 1896 [réimpression Forni, Bologna 1980], p. 42).

ristes vont s'occuper plus en détail des difficultés que les sources justiniennes offrent à ce sujet et commencent à problématiser la question en cherchant le moyen de résoudre l'antinomie. Une réflexion est menée alors 1. sur la définition du sujet représentant (le *procurator*), calquée dans la plupart des cas sur *Digeste* 3.3.1.pr. (« le procureur est celui qui gère les affaires d'un autre qui l'en a chargé »), d'où l'on tire également la distinction entre le procureur général (*omnium rerum*) et spécial (*unius rei*) qui, parce qu'ils sont des procureurs *ad negotia*, se distinguent à leur tour du procureur *ad litem*, chargé de représenter une partie dans un procès ; 2. sur sa spécificité par rapport à d'autres figures, comme l'avocat (qui ne représente pas mais assiste et conseille la partie dans un procès) et le syndic (qui représente non pas des individus, mais des collectivités) ; et 3. sur ses rapports avec le mandant (l'office du procureur étant gratuit et volontaire)⁶⁶. Un premier effort de systématisation, en ce sens, est attesté par les parties des *Summae Codicis* portant sur le titre *de procuratoribus*, dans lesquelles, en particulier à partir de Rogerio, une sorte de grille analytique est établie, suivie comme un canevas par les juristes de l'époque suivante, visant une interprétation globale du phénomène de la représentation⁶⁷.

Dès le XII^e siècle, le même problème relatif à la définition du procureur, de son rôle et de ses rapports au mandant se pose dans le droit canonique. La réflexion sur ce thème se focalise dans un premier temps sur l'interprétation d'un canon du *Decretum* qui reporte une constitution d'Otton I^{er} contenant la formule d'un serment que l'empereur avait prêté en 962 au pape Jean XII par personne interposée⁶⁸. Immédiatement frappés par ce passage, le décrétistes établissent, depuis les premières *Summae* et les premiers appareils de gloses, qu'« il est permis de prêter serment par personne interposée (*per interpositam personam iurare licet*) » et que le serment, en ce cas, est prêté sur l'âme des princes, de sorte que si ceux-ci

66 Voir L. Mayali, « Procureurs », art. cit., p. 48-50 où l'on trouve plusieurs exemples relatifs à la très large diffusion de la définition qu'on lit dans *Dig.* 3.3.1.pr. ; une définition qui est cependant remise en discussion par Henri de Suse, tant à l'égard de la défense faite aux entités collectives de se servir d'un procureur (une défense qui semble être impliquée par l'usage du mot « domini »), qu'à l'égard de la nécessaire gratuité du mandat (établie par *Dig.* 17.1.1.4 : « *mandatum nisi gratuitum nullum est* »).

67 Voir B. Pasciuta, « La rappresentanza processuale nell'età del diritto comune classico », in *Agire per altri*, op. cit., p. 497-498.

68 Voir c. 33, d. 63 : « *Tibi domino Iohanni papae ego rex Otto promittere et iurare facio [...]* ».

ne l'observent pas ce sont eux qui tombent dans le crime de parjure, non pas le procureur⁶⁹. Quelques années plus tard, vers 1190, Ugucione, en commentant ce canon dans sa *Summa decretorum*, observe que « souvent quelqu'un prête un serment par l'entremise d'un autre, comme le font d'habitude surtout les princes et les grands vassaux ; et ce sont ceux sur l'âme desquels on jure qui sont obligés, non pas ceux qui jurent sur leur âme ; et ceux-là sont tenus d'observer le serment, non pas ceux-ci », répondant donc de manière affirmative à la demande « quelqu'un peut-il obliger l'âme d'un autre ? »⁷⁰. La même opinion est adoptée par Jean le Teutonique dans son apparat de gloses sur le *Decretum* – qui distingue sur cette base la fonction du procureur de celles de l'économe et du syndic, le premier étant le seul à être admis à prêter un serment sur l'âme de son maître⁷¹ – et est attestée dans la pratique diplomatique de cette époque⁷² ; les sources de la fin du XIII^e siècle, telles que le *Speculum iudiciale* de Guillaume Durand et le *Liber Sextus*, précisent par ailleurs que la prestation d'un serment fait partie, tout comme la transaction ou la conclusion d'une paix, des actes qui nécessitent un mandat spécial ou du moins comprenant la clause de la *libera administratio*, tandis que le procureur muni d'un simple mandat général n'est pas admis à les accomplir⁷³.

Les canonistes se penchent également sur une autre question importante pour la pratique diplomatique, celle du mariage par procuration⁷⁴, comme le montre au tout début du XIII^e siècle une glose de Jean le Teutonique sur un passage du *Decretum* tiré du *De Patriarchis* d'Ambroise : on y reporte

69 Voir A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., p. 112 qui cite, en note 14, quelques décrétistes de la seconde moitié du XII^e siècle.

70 Voir *ivi*, p. 112.

71 Voir *Decretum Gratiani*, op. cit., glose *et iurare* sur c. 33, d. 62, f. 70vA-B, et glose *de praesenti* sur c. 32, C. 17, q. 4, f. 248rA, ainsi que L. Mayali, « Procureurs », art. cit., p. 53.

72 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 47-48, et *infra*, dans cette partie, chap. 4, § 3.

73 Voir Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula III, rubrica *De procuratoribus*, § 1, n^o 4, p. 205B-206A et c. 4, VI 1.19 (« [...] Procurator quoque absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causae administratio libere sit concessa ») ; d'autres références dans D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 47, note 144. Sur la *libera administratio*, voir *infra*, dans cette partie, chap. 4, § 2.

74 Voir en général A. Kradepohl, *Stellvertretung und kanonisches Eherecht*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1939 [réimpression chez Verlag P. Schippers N.V., Amsterdam 1964].

l'épisode de Rébecca qui, arrivée dans le Néguev, vit Isaac se promener dans la rue et demanda au serviteur qui l'accompagnait qui était cet homme ; quand le serviteur lui répondit que c'était son propre maître, elle comprit qu'il était l'homme auquel elle était amenée comme épouse, et ainsi pris son voile et se couvrit⁷⁵. Bien que, d'après le texte de la *Genèse*, Rébecca ne fût pas encore la femme d'Isaac (ils devaient se marier immédiatement après), Jean prend appui sur le fait qu'Ambroise l'appelle « *uxor* » pour inférer que les deux étaient déjà mariés et utilise ce passage comme un argument en faveur de la thèse selon laquelle « un mariage peut être contracté entre des absents qui ne se sont jamais vus » ; thèse tout de suite limitée au cas où les époux se connaissaient déjà, en vertu de leur renommée ou de n'importe quelle autre raison, car le mariage ne peut pas être contracté entre des absents qui ne se connaissent point. À ce stade, une difficulté surgit pourtant d'une maxime alléguée par Jean, selon laquelle le consentement matrimonial est donné, même en absence de la poignée de main, « de cœur et de bouche » : or, comment est-il possible, demande-t-il, que des personnes absentes puissent donner leur consentement de vive voix ? En expliquant de manière très claire le mécanisme de la représentation, il écrit alors que les époux sont censés consentir « de bouche » quand leurs procureurs donnent le consentement en leur nom⁷⁶. Ainsi défini, le mariage par procuration va être approuvé officiellement par l'Église dans les deux siècles suivants : c'est ce que montrent bien deux décrétales, l'une d'Innocent III⁷⁷, et l'autre de Boniface VIII. Cette dernière, en particulier, se soucie d'établir les trois conditions pour la validité du mariage, à savoir : 1. le procureur doit être pourvu d'un mandat spécial ; 2. l'exécution du mandat doit être accomplie personnellement par le procureur, à moins qu'il existe une prévision spéciale en sens contraire ; 3. le consentement du mandant doit subsister au moment où le mariage est

75 Voir c. 8, C. 30, q. 5 (l'épisode fait référence à *Genèse*, 24.64-65).

76 « [...] Argumentum contrarium ex. de spon. duo. duobu. ibi corde et ore et si non stringit manum etc. Sed dic quod ore dicuntur consentire : cum procuratores eorum nomine consentiunt » (glose *uxor* sur c. 8, C. 30, q. 5, in *Decretum Gratiani*, op. cit., f. 328rB). La maxime citée par Jean apparaît aussi dans le *Decretum*, comme une *palea* tardive (voir c. 51, C. 27, q. 2), mais il fait sans doute référence ici à c. 1, *Compilatio prima*, 4.4 (= c. 1, X 4.4). Tant dans le *Decretum* que dans la *Compilatio prima* elle est attribuée à Augustin, mais en réalité elle a été formulée par Anselme de Laon (voir H.J.F. Reinhardt, *Die Ehelehre der Schule des Anselm von Laon*, Aschendorff, Münster 1974, p. 81 et 83).

77 Voir c. 14, X 3.32.

contracté, de sorte que s'il révoque le procureur avant l'accomplissement de l'acte, le mariage est invalide même si ni le procureur ni l'épouse n'étaient au courant de la révocation⁷⁸.

Les cas que nous venons de présenter sont sans aucun doute des exemples de représentation parfaite : tant les effets du serment que ceux du mariage se produisent directement dans la sphère juridique du représenté. Il est plus difficile, en revanche, d'évaluer la portée réelle de deux règles établies dans le *Liber Sextus*, au titre de *regulis iuris*, à savoir la numéro 68 (« ce que l'on peut faire par soi-même, on peut le faire par l'entremise d'un autre ») et la numéro 72 (« celui qui agit par l'entremise d'un autre, c'est comme s'il agissait de lui-même »). Bien qu'elles aient été rappelées souvent, depuis Savigny et Gierke, au sujet de la représentation parfaite au Moyen Âge, elles semblent plutôt constituer de simples indications de principe au sujet de toute action *alieno nomine*. Comme l'a montré Padoa Schioppa, les commentaires contemporains au *Liber Sextus* montrent en effet que ces règles ne furent pas perçues comme novatrices : la numéro 68 fut interprétée au sens d'une réaffirmation du droit de nommer un procureur (y compris aux cas de prestation d'un serment ou de mariage), alors que la numéro 72 fut ramenée principalement à l'hypothèse des délits accomplis par personne interposée⁷⁹. La présence de ces deux règles dans le titre de *regulis iuris* témoigne en tout cas du fait que l'action *alieno nomine* était à cette époque un thème au centre de la réflexion juridique.

Les civilistes, quant à eux, semblent avoir abordé le problème de la représentation à partir de la discussion sur l'acquisition de la propriété ou de

78 Voir c. 9, VI 1.19. Les principes juridiques qui disciplinent le mariage par procuration seront rappelés par Conrad Braun selon lequel « vetustissimi omnium Gentium moris est, ut Sponsalia & Matrimonia per Legatos petantur, atque contrahantur. Quem non solum Patres in vereti Testamento observarunt, ut de Abraam & alijs Patriarchis, Sacrae literae testantur [avec allégation de *Genèse* 24] : sed etiam Gentes custodierunt » ; à ce propos il citera l'exemple des ambassades envoyés par Romulus afin de favoriser des alliances et l'inter-mariage (Tite-Live, *Ab Urbe condita*, I.9). Il reportera ensuite les formes du droit pour contracter des fiançailles et le mariage, d'après Henricus de Segusio, *Summa Aurea*, op. cit., liber IV, rubrica *De sponsalibus & matrimoniis*, col. 1236, n° 6 (« Qualiter contrahantur ») et affirmera que « ad eundem modum hodie quoque Principes plerunque per Legatos Sponsalia & matrimonia contrahere solent ». Enfin, il ajoutera que le mariage demande une procuration spéciale, en se rattachant à la glose *uxor* que nous venons de citer (C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., III.14, p. 143-145).

79 Voir A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., p. 124-126.

la possession par l'entremise d'un procureur. Vers la moitié du XII^e siècle, Martino Gosia se propose de trouver une solution aux contradictions présentes dans les sources justiniennes, mentionnées plus haut, entre des passages qui admettent l'acquisition directe en faveur du mandant du bien acheté par le représentant et d'autres qui, en revanche, demandent que le bien lui soit livré par celui-ci au moyen d'une tradition (*traditio*)⁸⁰. En partant de la différence entre le procureur *omnium rerum* et le procureur *unius rei* et en utilisant un passage du *Digeste* qui défendait au premier d'aliéner des choses appartenant à son maître à défaut d'un mandat spécial⁸¹, il écrit qu'un mandataire général ne peut valablement ni aliéner ni acquérir des choses pour son maître : dans les deux cas, il a besoin d'un mandat spécial. Martino établit donc une distinction permettant de recomposer la contradiction entre les passages qui admettaient l'acquisition de la possession et de la propriété par l'intermédiaire d'un mandataire et ceux qui ne l'admettaient pas : le premier groupe de textes se rapporte au mandataire spécial, alors que le seconde concerne le mandataire général⁸². Cette distinction est enrichie peu après par un autre juriste, peut-être Rogerio, qui, sur la base d'autres passages du *Digeste* mettant en relief le rôle décisif de l'intention ou volonté (*animus, mens*) du *tradens* et de l'*accipiens* pour l'acquisition d'une chose en faveur du mandant⁸³, va proposer une sous-distinction à l'égard du mandataire spécial. Si une chose lui est remise, il peut en effet se présenter trois cas différents, à savoir : 1. le *tradens* et l'*accipiens* veulent que la possession et la propriété de la chose soient acquises au mandant de l'*accipiens* ; 2. l'un des deux seulement le veut ; 3. aucun des deux ne le veut. Dans le premier et le deuxième cas, selon Rogerio, le mandant devient immédiatement le possesseur et le propriétaire de la chose remise à son mandataire, tandis qu'au troisième cas il ne le devient qu'après que le mandataire lui a livré la chose : l'acquisition

80 Voir H.F.W.D. Fischer, « Les doctrines des romanistes du Moyen Âge sur l'acquisition de la possession et de la propriété par l'intermédiaire d'un mandataire », in *Symbolae ad jus et historiam antiquitatis pertinentes Julio Christiano Van Oven dedicatae* (*Symbolae Van Oven*), éd. par M. David, B.A. van Goningen et M. Meijers, Brill, Leiden 1946, p. 362-363.

81 Voir *Dig.* 3.3.63.

82 Voir H.F.W.D. Fischer, « Les doctrines », op. cit., p. 364, qui reporte les sources faisant référence à cette opinion de Martino.

83 Voir *Dig.* 41.1.37.6, *Dig.* 41.2.1.19 et *Dig.* 41.2.1.20, ainsi que H.F.W.D. Fischer, « Les doctrines », op. cit., p. 365-366.

immédiate au mandant, en somme, a lieu pourvu qu'au moins l'un des deux le veuille⁸⁴.

Or ces distinctions ne sont pas pareillement accueillies par la doctrine de la fin du XII^e-début du XIII^e siècle, au contraire : la plupart des juristes s'oppose à celle de Martino, de sorte que la *Summa Codicis* d'Azon, qui fait état du débat mené jusqu'à ce moment, la rejette tout en gardant celle qui remonterait à Rogerio. Indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un mandat général ou spécial, ce qui relève c'est uniquement l'intention du *tradens* et de l'*accipiens* au moment de la remise du bien⁸⁵. La même opinion est exposée par Accurse dans plusieurs endroits de sa *Magna Glossa*⁸⁶ ; dans sa glose « nihil agit » sur *Inst.* 3.19(20).4, par ailleurs, le juriste bolonais en revient à l'interdiction générale des actions *alieno nomine* en dehors des cas où le représentant se trouve sous la *potestas* du mandant et, en qualifiant les cas contraires d'exceptions (il en énumère seize), critique l'opinion de Martino qui aurait erronément renversé le rapport règle-exception en admettant le principe général de la représentation⁸⁷.

Par la suite, ce sont les juristes d'Orléans qui reviennent sur cette question et remettent en discussion la distinction portant sur l'intention du *tradens* et de l'*accipiens*. Dans son commentaire sur *Code*, 7.32.1 (« il y a déjà quelque temps, on a établi en raison aussi bien de l'utilité que du droit, que la possession peut être acquise à une personne même à son insu,

84 Voir *ivi*, p. 366-367. Fischer écrit en note 22 que l'attribution de cette distinction à Rogerio (« R. ») se trouve dans la glose *acquiritur* d'Accurse sur *Dig.* 41.2.1.20 et dans le commentaire de Paolo di Castro sur le même passage ; il ajoute pourtant n'avoir rien trouvé à ce sujet dans les écrits qui portent le nom de Rogerio.

85 Voir Azo Porcius, *Summa*, op. cit., sur *Cod.* 7.32, f. 162rB et, pour d'autres références, H.F.W.D. Fischer, « Les doctrines », op. cit., p. 368.

86 Voir *ivi*, p. 368-369, et G.P. Massetto, « La rappresentanza negoziale nel diritto comune classico », in *Agire per altri*, op. cit., p. 412-413. En particulier, voir la synthèse d'Accurse dans sa glose *adquiritur* sur *Dig.* 39.5.13.

87 Il convient d'observer que, parmi ces exceptions, il y en a une qui regarde le juge, le notaire et toute *publica persona* : « Item fallit in iudice, vel notario, et simili persona publica : ex quorum pactis, et stipulationibus alteri quaeritur, ut ff. rem. pup. sal. for. l. 2 et 3 et 4 j. respons. [*Dig.* 46.6.2-4] et in auth. de exec. et iis qui § i [*Auth.* 7.7 § 1 = *Nov.* 96.1] et in auth. de haered. ab int. § ex iis colla. IX [*Auth.* 9.1 § ex his = *Nov.* 118.5] ». Bien que l'ambassadeur ne soit pas explicitement mentionné, on peut se demander s'il est compris lui aussi dans cette qualification. D'après l'analyse de G.P. Massetto, « La rappresentanza », op. cit., p. 416-422, il paraît pourtant que la doctrine de *ius commune* n'ait voulu faire référence qu'aux stipulations faites par le notaire, surtout dans le domaine judiciaire.

par l'entremise d'une personne libre [...] »), Cino da Pistoia explique que, d'après Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche, au cas où il n'y aurait que la volonté d'un seul entre le *tradens* et l'*accipiens* d'acquérir le bien au mandant, il faudrait derechef différencier deux situations : si elle appartient au *tradens*, le mandant l'acquiert immédiatement ; mais si elle n'appartient qu'à l'*accipiens*, le mandant ne l'acquiert pas, de sorte qu'il devra la recevoir des mains de son représentant⁸⁸. Par ailleurs, Pierre de Belleperche, dit Cino, se rattache à l'ancienne distinction de Martino Gosia lorsqu'il affirme que ce n'est que le procureur spécial qui peut acquérir la chose directement au mandant, tandis que le procureur général n'a pas le même pouvoir ; et il ajoute à ce propos que, bien que les sources justiniennes parlent de *procurator specialis*, on devrait parler plutôt d'un *nuntius*⁸⁹. Qu'est-ce que cela signifie ?

Pierre de Belleperche ne fait ici que superposer à la distinction de Martino une autre distinction, présente déjà dans les textes de droit romain, selon laquelle le *nuntius* est un simple messenger, un intermédiaire dépourvu de toute autonomie, voire une lettre vivante, alors que le *procurator* est une personne qui parle et agit en son nom propre, bien que dans l'intérêt et pour le compte d'autrui⁹⁰. Les juristes médiévaux, Placentin, Azon, Accurse et Durand au premier chef, avaient alors qualifié le *nuntius* de « pie (*pica*) »⁹¹ et d'« instrument (*organum*) », en écrivant qu'il prend la place d'une lettre et qu'il n'est que la voix même de son mandant, dont il se li-

88 Voir Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, op. cit., f. 440vB, n° 1. Cino ajoute *ivi* que pour Pierre de Belleperche cette sous-distinction s'applique au transfert de la propriété, non pas de la possession : dans ce dernier cas, en effet, la volonté de l'*accipiens* suffirait, tandis que dans le premier il faudrait aussi la volonté du *tradens*. Voir encore H.F.W.D. Fischer, « Les doctrines », op. cit., p. 371-373, qui toutefois ne pose pas le problème, que nous allons aborder maintenant, de la distinction entre le *procurator* et le *nuntius*.

89 « [...] Unde iura, quae dicunt, quod per procuratorem domino quaeritur, debent intelligi per procuratorem, hoc est per nuncium [...] » (Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, op. cit., f. 441rA, n° 2).

90 Un certain nombre de passages de droit romain établissent une équivalence entre l'envoi d'une lettre et l'envoi d'un *nuntius* et distinguent celui-ci du *procurator* : voir par exemple *Dig.* 2.14.2.pr. ; *Dig.* 18.1.1.2 ; *Dig.* 29.2.25.4 et *Dig.* 3.3.1.1. L'action *per nuntium* est opposée en outre à l'action *per alium* dans *Dig.* 36.1.38.pr. et dans *Cod.* 4.50.9, comme le rappelle A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., p. 113, note 16.

91 Depuis l'Antiquité la pie est considérée comme un oiseau « humana imitans verba » ; au Moyen Âge ce *topos* est repris par nombre d'auteurs, parmi lesquels rap-

mite à répéter les mots⁹². Cette absence totale d'autonomie qui le caractérise fait que Pierre de Belleperche considère le *nuntius* comme la figure la plus appropriée pour remplir la fonction d'acquérir la propriété d'une chose à son mandant de manière directe, sans devenir lui-même le propriétaire de la chose qu'ensuite il devrait remettre au *dominus*. « Il existe une différence entre le *nuntius* et le *procurator* – écrit Cino en reportant l'opinion du juriste français –. En effet, le *procurator* conçoit ses mots en sa propre personne, et il acquiert la chose immédiatement à lui-même, bien qu'ensuite il la cède au *dominus*. Au contraire, le *nuntius* conçoit ses mots en la personne de son mandant, et il acquiert la chose immédiatement à ce dernier ». C'est donc la *conceptio verborum* qui permet d'établir la différence entre les deux : dans le contrat conclu par le premier, c'est lui-même qui est censé négocier avec le tiers ; dans le contrat conclu par le second, c'est le *dominus*. Or, d'après Pierre de Belleperche, le *procurator* ne peut pas agir de la même manière qu'un *nuntius*, à moins qu'il ne dispose d'un mandat spécial l'habilitant à acquérir un bien déterminé pour son mandant : lorsque les sources justiniennes disent que le mandant acquiert un bien immédiatement par l'entremise de son procureur, il faut alors lire « par l'entremise de son *procurator*, à savoir de son *nuntius* »⁹³.

pelons Dante Alighieri, qui à ce propos utilise la similitude du miroir qui « représente » (à savoir *reproduit*) les corps qu'on lui pose devant (D. Alighieri, *Convivio*, a c. di G. Fioravanti, in Id., *Opere*, vol. II, op. cit., III.7.9-10, p. 426). On rappellera que pour Dante le *nuntius* est un simple « minister » qui « quemadmodum malleus in sola virtute fabri operatur » (voir *supra*, dans cette partie, chap. 1, § 1, note 7) : bien qu'il ne le qualifie pas de « pica », le passage cité du *Convivio* semble lui convenir parfaitement.

- 92 Voir Placentinus, *Summa Codicis*, [s. n.], Moguntiae 1536 [réimpression Bottega d'Erasmus, Torino 1962], sur *Cod.* 4.50, p. 181 : « In summa quoque notandum est, quod est dictum per nuncium emptionem contrahi, opertere intelligi : non ut nuncius contrahat, sed ut per nuncium is eam contrahat, qui misit nuncium. Est enim nuncius velut pica & organum, & vox mittentis, qui potest capere capiat » ; Azo Porcius, *Summa*, op. cit., sur *Cod.* 4.50, f. 95vB ; Accurse, glose *potes* sur *Cod.* 4.50.6 ; Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula III, rubrica *De procuratore*, § 4, p. 221B-222A, n° 5, et, en général, D.E. Queller, « Thirteenth-Century Diplomatic Envoys : Nuncii and Procuratores » (1960), in Id., *Medieval diplomacy*, op. cit.
- 93 Voir Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, op. cit., f. 441rA, n° 2.

Tout cela fait l'objet d'une réflexion nouvelle de la part de Bartolo da Sassoferrato⁹⁴. En commentant *Digeste*, 39.5.13, il revient sur le débat autour de la volonté du *tradens* et de l'*accipiens* relativement à l'acquisition immédiate du bien transféré au mandant et commence par accueillir, sur ce point, la solution des juristes d'Orléans reportée par Cino da Pistoia⁹⁵. En second lieu, il pose une autre question, en se demandant ce qui se passe lorsque l'intention du *tradens* et de l'*accipiens* ne se manifeste pas, l'un remettant la chose sans rien dire et l'autre ne faisant pas savoir qu'il agit en mandataire de quelqu'un. Il présente à ce propos quelques cas et cherche à proposer des solutions à même de résoudre le doute. Pour éviter toute incertitude, il invite en tout cas les parties, lorsque la chose est remise à un procureur, à être claires et à employer des formules précises, par lesquelles elles stipulent explicitement que le *tradens* a l'intention de transmettre la propriété ou la possession de la chose au *dominus* de l'*accipiens*⁹⁶. Enfin, Bartolo explique que, lorsqu'il acquiert un bien directement à son *dominus*, sans aucun passage intermédiaire, le procureur remplit un « nu ministère (*nudum ministerium*) » : il agit en somme de même que s'il était un *nuntius*, comme l'avait dit déjà Pierre de Belleperche ; mais alors que ce dernier s'était rattaché à Martino Gosia – en affirmant que seul le procureur spécial est admis à acquérir une chose directement au *dominus* comme s'il était un *nuntius* –, Bartolo généralise cette conclusion, en suivant l'opinion la plus partagée qui, comme nous l'avons vu, avait repoussé la distinction de Martino entre le *procurator generalis* et *specialis*⁹⁷.

Bartolo revient plus en détail sur la différence entre le *procurator* et le *nuntius*, dans son commentaire sur *Dig.* 41.3.15.pr., un texte fondamental car il s'agit d'une sorte de grand traité sur la *fictio iuris* inséré au milieu de

94 La question de la nécessité de la *traditio* est de toute façon abordée aussi par d'autres juristes ; voir par exemple ce qu'écrit G.P. Massetto, « La rappresentanza », op. cit., p. 409 ; voir aussi *ivi*, p. 415-416 pour des juristes postérieurs à Bartolo.

95 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. V, f. 56vB, n° 5.

96 Voir *ivi*, n° 6.

97 « Tamen utroque casu procurator praestat nudum ministerium, quia directo quaeritur domino, non autem primo procuratori, & per eum domino, ut d.l. quid meo. § si procurator [*Dig.* 41.2.18.pr.] » (*ibidem*). Bartolo avait fait référence à cette opinion de Pierre de Belleperche un peu plus haut, *ivi*, f. 56vA, n° 5.

son interprétation d'une *lex* en matière d'usucapion⁹⁸. Une fois établie une classification d'ensemble, la *fictio* pouvant être *inductiva* (qui constitue une réalité nouvelle), *privativa* (qui fait disparaître une réalité existante) ou bien *translativa* ou *extensiva* (qui transforme une façon d'être dans une autre), c'est à l'intérieur de cette dernière classe qu'une distinction est élaborée entre les fictions « d'un temps à un autre », « d'une personne à une autre », « d'une chose à une autre » et « d'un lieu à un autre » : voilà l'architecture du discours de Bartolo, où l'action *alieno nomine*, et donc l'attribution du fait d'une personne à une autre personne, est présentée comme le cas de *fictio translativa de una persona ad aliam personam* par excellence⁹⁹. En abordant ce sujet, Bartolo commence par distinguer les questions de fait de celles de droit : si l'on envisage une question de pur fait, il faut forcément avoir recours à une fiction, puisqu'il est impossible que le fait d'une personne soit le fait d'une autre personne. Il en va de même pour les questions qui comprennent le fait et le droit, dans la mesure où l'on ne considère que les éléments de fait. Mais quant à celles qui sont de pur droit, ou bien qui sont de fait et de droit, si l'on ne les considère que sous la perspective du droit (en demandant, par exemple, qui est touché par les effets d'un acte juridique), pour savoir si l'action *alieno nomine* implique vraiment une fiction ou pas, on doit tenir compte de la différence existante entre le *nuntius* et le *procurator*¹⁰⁰. En fait, d'un point de vue juridique, celui qui agit par l'entremise d'un *nuntius*, par exemple en vendant quelque chose ou en concluant un contrat, agit à proprement parler personnellement. Quant au *procurator*, en revanche, il faut distinguer deux situations différentes, à savoir s'il accomplit « un acte naturel », en prenant possession d'une chose, ou bien « un acte civil », en concluant un contrat. « Au premier cas, que ce soit un *procurator* ou un *nuntius* c'est le

98 Sur la fiction et, en particulier, sur ce commentaire de Bartolo voir F. Todescan, *Diritto e realtà : storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova 1979, p. 107-125.

99 Signalons ici que, comme l'a montré H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 132-148 de manière convaincante, la doctrine de la « persona ficta sive repraesentata » élaborée à partir la première moitié du XIII^e siècle ne présente aucun élément d'où on puisse déduire le sens de la fonction vicariale dans une acception spécifiquement juridique : « repraesentare » signifie plutôt, dans ce contexte, « former », de sorte que l'expression « unum corpus repraesentare » est l'équivalent de l'autre, « unum corpus facere ».

100 Voir Bartolus de Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. V, f. 96vA, n^{os} 56-57.

même, car le *procurator* remplit toujours un nu ministère, [...] quoi qu'en dise Pierre de Belleperche. [...] Ainsi, si un *procurator* ou un autre acquiert la possession d'une chose à mon nom, par son entremise je la possède personnellement et réellement, non pas en vertu d'une fiction »¹⁰¹. Au second cas, en revanche, la solution est opposée : comme l'acte civil est fondé principalement en la personne du *procurator* qui le conclut (car ce dernier conçoit ses mots en sa propre personne) et seulement dans un second temps la chose qui en fait l'objet est transférée de celui-ci au *dominus*, on dira ici que le *dominus* paraît agir en vertu d'une fiction ou d'une interprétation¹⁰².

On voit que la différence rigidement établie par les glossateurs entre le *procurator* et le *nuntius* devient chez Bartolo plus nuancée, pour des raisons qui tiennent au *modus acquisitionis* : il existe des situations où même le procureur, général ou spécial, peut agir en véritable représentant et acquérir la chose directement au *dominus*. Comment peut-on cerner ces situations ? Contrairement à ce qu'il est établi dans la doctrine moderne de la représentation, au Moyen Âge il n'existe aucun critère général. Dans le commentaire que nous venons de citer, Bartolo utilise la distinction entre les « actes naturels » et les « actes civils » ; ailleurs il propose à son tour une énumération des exceptions à la règle qui interdit toute action *alieno nomine*¹⁰³. Mais il nous apparaît surtout intéressant de nous arrêter sur un autre commentaire, où Bartolo explique que quand il est question de droits « si personnels, qu'ils ne peuvent pas être transférés du *procurator* au *dominus* », ceux-ci sont toujours acquis directement par le *dominus* sans aucun passage intermédiaire. Cela se passe, par exemple, lorsque le procureur prête un serment au nom de son maître : bien qu'il conçoive ses mots en sa propre personne, il oblige par là l'âme du mandant (un acte pour lequel, on l'a vu, il a tout de même besoin d'un mandat spécial). De même,

101 Voir *ivi*, n^{os} 57-58 : « [...] est differentia inter nuncium, & procuratorem, nam ille qui facit per nuncium, seu per ministrum, ipse proprie facit [...]. Et imo dixi, & dico, quod si procurator, vel alius nomine meo mihi acquirit possessionem, ego per eum & proprie, & vere possideo, non secundum fictionem [...] ».

102 Voir *ivi*, n^o 60 : « Si vero loqueris de his quae per actum civilem quaeruntur, & fiunt tunc, quia in persona procuratoris principaliter fundatur, cum verba in sua persona concipiat, & de eo in dominum transeat, vel per cessionem, vel utiliter ex aequitate, oportet hic dici, quod dominus facere videtur ex fictione, seu interpretatione, ut plene no. in d.l. multum [*Cod.* 4.50.6] ».

103 Voir le commentaire sur *Dig.* 45.1.38.20, *ivi*, t. VI, f. 18vA, n^o 3, où Bartolo discute la position de Cino da Pistoia et de Guillaume de Cun.

cela se passe dans les cas de mariages par procuration : il est évident, écrit Bartolo, que l'épouse ne devient pas la femme du procureur, qui devrait ensuite la céder au *dominus*, mais devient immédiatement la femme de ce dernier. Enfin, en troisième lieu, cela se passe également dans les cas d'acquisition de la possession, « où le procureur remplit un nu ministère et acquiert par conséquent la chose directement au *dominus*, tout comme un *nuntius* ». Dans tous ces cas, « le procureur représente la personne du *dominus* directement, de même que le *nuntius* » : voilà l'apparition du syntagme *personam (alicuius) repraesentare*, qui désigne au sens technique l'exercice de la fonction vicariale directe, alors que les formules traditionnelles (telles que *personam alicuius gerere, agere, suscipere, tenere, ou sustinere*) indiquaient d'une manière générique toute action entreprise dans l'intérêt d'autrui, ou même la condition de celui qui porte un masque, joue un rôle ou remplit une fonction déterminée¹⁰⁴. Par l'usage de ce syntagme, Bartolo exprime alors la qualité tout à fait spécifique de la liaison existante entre le représentant et le représenté – à savoir la substitution vicariale, le fait de prendre la place d'une autre personne laquelle agit à travers son substitut –, qui à son avis caractérise de manière spécifique le *nuntius* et ne peut être étendue à d'autres figures qu'à travers une référence à celui-ci (« *sicut nuncius* »)¹⁰⁵. Au moment où Bartolo écrivait, ce syntagme, au sens de « rendre quelqu'un présent », avait déjà été utilisé parfois dans le cadre du droit processuel, tout comme il avait été employé, avec des acceptions différentes, dans le langage de la liturgie et de l'ecclésiologie¹⁰⁶ ; il était paru même dans la réflexion au sujet de la représentation, mais sans assumer à la fois une portée si générale et une signification si précise¹⁰⁷. En fait, Bartolo a été le premier à s'être servi de ce syntagme comme d'une expression technique pour désigner en général la représenta-

104 Voir *ivi*, sur *Dig.* 39.2.13.13, t. V, f. 28rB-28vB, n^{os} 3 et 15 : « [...] in his, quae adeo sunt personalia, quod ex persona procuratoris non possunt transire in dominum, procurator repraesentat personam domini directo, sicut nuncius [...] ».

105 Voir à ce propos H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 159.

106 Voir *ivi*, p. 159-160 et 166-170.

107 Avant Bartolo, ce syntagme avait été employé par Pierre de Belleperche à propos du *servus*, pour lequel, comme nous l'avons dit, déjà le droit romain prévoyait la possibilité d'agir directement pour son *dominus* : « interpretatione iuris eadem persona est servus cum domino [...] : tunc [servus] repraesentat personam domini » (Petrus de Bellapertica, *Lectura Institutionum*, apud Haeredes Simonis Vincentii, Lugduni 1536 [réimpression A. Forni, Bologna 1972], sur *Inst.* 1.8, p. 200, n^o 10).

tion au sens d'une action produisant un effet légal immédiat dans la sphère juridique d'un autre. Il ne faut pas oublier, cependant, que l'exercice d'une fonction vicariale directe reste, à cette époque, une éventualité exceptionnelle, limitée à un certain nombre de cas particuliers.

Par ailleurs, il nous semble que dans de telles situations on n'assiste pas, du moins selon Bartolo, à l'intégration d'une « unité fictive du représentant et du représenté »¹⁰⁸, car le juriste, nous venons de le voir, exclut explicitement la réalisation d'une fiction juridique, laquelle caractérise plutôt les situations où le *procurator* opère de manière indirecte ; et cela bien que dans un autre commentaire il invoque explicitement l'« identité des personnes » du représentant et du représenté¹⁰⁹. De même, puisque le verbe *repraesentare*, lorsqu'il est employé en référence à la fonction vicariale directe, désigne chez Bartolo de manière spécifique l'activité du *nuntius*, ou bien celle du *procurator* agissant à la manière du *nuntius*, il nous semble que, dans une discussion de la « représentation » dans le *ius commune* médiéval, il n'est pas possible d'écarter la figure du *nuntius* de la discussion en s'appuyant sur l'argument selon lequel, en raison de son manque d'autonomie, on devrait le qualifier de simple porte-parole, incapable, du point de vue juridique, de traiter les affaires de son mandataire¹¹⁰. Le langage des sources juridiques indique expressément que le *nuntius* « représente » son mandant et le fait de manière éminente, à un point tel que, lorsque le *procurator* jouit des mêmes pouvoirs de représentation, Bartolo nous informe qu'il agit « *sicut nuncius* ».

Ce même emploi du mot *repraesentare* se trouve ensuite dans de nombreux passages de Baldo degli Ubaldi¹¹¹ ; parmi ceux-ci, nous allons considérer, en conclusion, le commentaire sur *Code*, 4.50.6, et en particu-

108 Ainsi H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 164.

109 Voir le commentaire de Bartolo sur *Dig.* 45.1.38.20, *ivi*, t. VI, f. 18vA, n° 3, où le juriste, en reprenant les exceptions formulées par Guillaume de Cun à la règle qui interdit toute action *alieno nomine* écrit : « Fallit primo, ubi est personarum identitas, ut filius, vel servuus, qui sunt eadem persona cum domino, & patre [...] ».

110 C'est ce que fait même A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., lorsqu'il écrit, à p. 108, que « è da tener ferma la distinzione tra rappresentante e nuncio [...]. Il rappresentante non è il nuncio poiché non si limita a dichiarare all'altra parte la volontà del suo dominus, ma tratta gli affari del dominus con un margine di discrezionalità ».

111 Voir à ce propos H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 160-163 ; et R. Fränkel, « Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 27, 1912, p. 289-391.

lier sur la partie finale de cette *lex*, où il est dit que le mari ne peut pas acquérir un bien au nom de sa femme et que, s'il le fait, personne d'entre eux ne devient propriétaire : ni le mari, parce qu'il ne voulait pas acheter pour lui, ni la femme, parce qu'il ne pouvait pas acheter pour elle (une solution que la *Glose* justifiait en vertu du principe « *alteri stipulari nemo potest* »). Or, Baldo conteste cette solution sur la base du fait que le contrat de vente est un contrat consensuel et peut donc être conclu par l'entremise d'autrui. Le problème, pour lui, est de savoir si le mari, dans le cas en examen, avait un mandat de sa femme pour faire l'achat et en a respecté la forme, ou bien s'il n'avait aucun mandat ou en avait un mais il n'en a pas respecté la forme : par exemple, écrit Baldo, il était pourvu d'un mandat pour conclure le contrat en tant que *procurator*, en son nom, et il l'a fait en tant que *nuntius*, au nom de sa femme. Au premier cas, en dépit des mots du *Code*, le contrat conclu par le mari est valable et entraîne une obligation. Au second cas, en revanche, le contrat est invalide, « car l'acte du faux *nuntius* ne peut pas être ratifié après coup » : et le fait que, d'après les mots du *Code*, le mari ait acheté le bien « au nom de la femme (*nomine ipsius*) » et non pas en son propre nom, atteste qu'il a agi comme un *nuntius*, non comme un *procurator*¹¹². On voit que dans la formulation de cette solution Baldo revient sur la différence entre le *nuntius* et le *procurator* : il explique qu'en l'absence de mandat, le *procurator* accomplit tout de même un acte qui existe et peut être ratifié après coup car il « donne la substance » au contrat par lui-même, quoiqu'agissant comme procureur. Au contraire, le *nuntius* privé du mandat n'est même pas une « personne » ou un « sujet » car il ne conçoit rien en soi, mais porte dans sa bouche le mot du *dominus* : en effet, quand un contrat est conclu par l'entremise d'un *nuntius*, ce sont les *domini* qui lui donnent naissance et c'est leur consentement qui doit subsister ; mais puisqu'il n'y a pas de mandat, il n'y a même pas de consentement¹¹³. Alors que trois éléments contribuent à donner la substance à un contrat – à savoir la personne (eu égard à la capacité), la volonté (eu égard au consentement) et le pouvoir –

112 Voir Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, [s. n.], Venetiis 1490, non paginé (c'est le § qui commence par les mots « nunc venio ad tertium dictum »).

113 *Ibidem* : « si nuntio deficit mandatum non reperitur ibi persona sive subiectum sed in procuratore invenitur persona quia procurator substantiat contractum in se licet procuratorio nomine. Sed nuntius nihil in se concipit sed portat in ore suo verbum domini. [...]. Sed ubi non est mandatum non est consensus ergo nihil potest ratificari ».

dans le faux *nuntius* ces trois éléments manquent : « il conçoit ses mots en une personne qu'il ne représente pas, il annonce la volonté de quelqu'un qui n'existe pas, et enfin par rapport à lui il ne veut rien et par rapport à un autre, de manière directe, il ne peut rien » ; c'est pourquoi, il est impossible que, dans cette condition, il puisse conclure un contrat valable¹¹⁴. Voilà l'apparition du verbe *repraesentare* : le *nuntius* privé du mandat parle en nom d'une personne qu' « il ne représente pas ». Il est donc dépourvu de la capacité d'agir. De plus, il est même une « *impossibilis persona* » : tout simplement, du point de vue juridique il n'existe pas et ses actes n'ont aucun effet. Ce ne serait que par le mandat, en effet, qu'il pourrait exister comme un sujet qui parle et agit au nom d'un autre. Tandis que le faux *procurator* qui conclut un contrat réalise, malgré tout, un acte valable (de sorte que, à défaut de ratification, il acquiert la chose pour lui), le faux *nuntius*, dans la même situation, ne réalise rien du tout¹¹⁵.

Après cette discussion, lorsque, un peu plus loin, Baldo reprend la distinction traditionnelle selon laquelle le *procurator* conçoit ses mots en sa propre personne tandis que le *nuntius* n'est qu'une pie et un instrument, on comprend mieux ce que cela veut dire : de même que la pie parle non pas « de son propre chef (*a se*) », mais « à travers elle (*per se*) », pareillement le *nuntius* ne dit rien « de son propre cœur » et « par son industrie », mais c'est le *dominus* qui parle en lui et à travers lui. En cela il diffère du *procurator*, qui en revanche agit « de son propre cœur » et « par son industrie », bien que dans l'intérêt du *dominus*¹¹⁶. En fixant de manière schématique et efficace l'opposition entre ces deux figures prises au sens idéal et en dehors de toute possibilité de confusion (contrairement à Bartolo et à son *procurator* qui peut agir « *sicut nuntius* »), Baldo écrit alors que le *nuntius* peut, en dernier ressort, être reconnu par trois éléments : première-

114 *Ibidem* : « unde cum tria habeant substantiare contractum, scilicet persona quantum ad habilitatem, voluntas quantum ad consensum et potestas, in falso nuncio haec tria desunt quia nec est persona nec voluntas nec potestas. Ipse concepit verba in persona quam ipse non representat et voluntatem illius annunciat que non est, et in se nihil vult et in alio directo non potest quare resultat omnino impossibile ».

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem* : « [...] Sicut enim picha loquitur per se et non a se et sicut organum non habet sonum ex se ita nuntius proprio animo et propria industria nihil loquitur, sed dominus loquitur in ipso et per ipsum. Et in hoc etiam differt a procuratore quia procurator plerumque ex proprio animo et propria industria facit quanquam nomine domini ».

ment, par la forme du mandat, si celui-ci le désigne comme un *nuntius* ; deuxièmement, par la *conceptio verborum*, s'il conçoit ses mots en la personne de son *dominus* ; troisièmement, par le *modus acquisitionis*, s'il acquiert la chose par voie directe au *dominus* et si donc ce dernier dispose immédiatement de l'*actio directa* contre le tiers qui a contracté avec le *nuntius*. Au cas du *procurator*, ces trois éléments se présentent de manière opposée¹¹⁷.

Au XIV^e siècle, ainsi, le débat sur la représentation, sur la distinction *procurator-nuntius* et, plus généralement, sur l'action *alieno nomine* se révèle très riche, aussi bien dans le droit civil que dans le droit canonique. Bien sûr, la question du rapport entre la vieille interdiction et ses exceptions n'est pas résolue (elle ne le sera d'ailleurs toujours pas au XVI^e siècle)¹¹⁸. Si l'on regarde les statuts des cités de l'Italie du Nord et du Centre, on s'aperçoit cependant de l'importance tout à fait extraordinaire que la reconnaissance de l'efficacité immédiate d'une stipulation faite par l'entremise d'une autre personne a dans la vie économique et dans la pratique juridique dès la fin du XIII^e siècle. Baldo lui-même, ou plus probablement son neveu Sigismondo, nous en donne un témoignage dans son *De materia Statutorum*, où il évoque le manque de précision des statuts de Pérouse à ce sujet, qui permettent d'agir en représentation d'une autre personne bien au delà des limites établies par le *ius commune*¹¹⁹. Le frère de Baldo, Angelo, en abordant dans un de ses *consilia* une norme des statuts florentins admettant l'acquisition directe du droit en cas de stipulation faite au moyen d'un notaire, explique à son tour qu'une telle norme est formulée dans le but de favoriser ceux au nom desquels une promise (*sti-*

117 *Ibidem* : « ex tribus autem cognoscitur nuntius. Primo ex forma mandati, si mandatum est ei ut mutuo [*sic*, mais il faut lire *nuntio*] ; secundo ex conceptione verborum, si continentur verba directo in persona domini. Tertio ex modo acquisitionis si acquirit domino directa via directam actionem. Et ex tribus cognoscitur procurator scilicet ex forma mandati si habet mandatum tanquam procurator et ex conceptione verborum si concipit verba in propria persona ad utilitatem domini et ex modo acquisitionis si acquirit utilem actionem via obliqua et non directam actionem immediate ».

118 Voir G.P. Massetto, « La rappresentanza », op. cit., p. 436 et 447.

119 Voir *ivi*, p. 396 et, pour d'autres références, p. 456-460 (où Massetto souligne l'existence d'une grande différence entre la discipline fixée par les statuts et la doctrine de *ius commune*), ainsi que R. Fränkel, « Die Grundsätze », art. cit., p. 296-298. Pour la doctrine et la pratique de la première époque moderne, voir M. Caravale, « Il mandato *ad negotia* nella dottrina della prima età moderna », in *Agire per altri*, op. cit., p. 535-591.

pulatio) a été reçue, pour qu'ils puissent acquérir directement leur droit, c'est-à-dire sans besoin d'un passage ultérieur, de la même manière que le *ius commune* prévoit lui aussi des cas d'acquisition directe. Or, parmi ces cas, Angelo mentionne non seulement l'action du tuteur et du notaire, rappelée déjà par Accurse dans sa *Glose*¹²⁰, mais aussi celle du « *syndicus* » et de l'« *actor universitatis* » : des titres par lesquels, comme nous allons le voir, on identifie souvent les ambassadeurs des cités dans la pratique diplomatique des XII^e-XIV^e siècles¹²¹. Il est temps alors de revenir à l'ambassadeur pour montrer toute l'importance de la réflexion dont nous avons essayé de rendre compte dans ces pages pour la conceptualisation de sa fonction de représentant d'un prince ou d'une République : ce qui, nous l'espérons, justifiera notre détour dans la doctrine du droit privé aux yeux des lecteurs.

3.3 La représentation dans les traités sur l'ambassadeur

Après ces observations, forcément rapides, sur la « représentation » aussi bien dans la diplomatie pontificale que dans la doctrine du droit privé, voyons maintenant quelle est la façon dont les textes sur l'ambassadeur séculier abordent cette même question et dans quelle mesure ils vont se servir d'éléments élaborés dans ces deux domaines. D'un côté, la diplomatie pontificale, en dépit de ses spécificités structurelles, constitue un modèle

120 Voir ci-dessus, note 87. Albericus de Rosate, *In Secundam ff. [= Digesti] Novi partem Commentarij*, Società dell'Aquila che si rinnova, Venetijs 1585 [réimpression A. Forni, Bologna 1982], sur *Dig.* 45.1.38.17, f. 35rA-B, n^{os} 19-24 avait à son tour analysé des situations où « per publicas personas potest actio acquiri alteri », en mentionnant entre autres le « tutor municipum » et « ali[i] legitim[i] administrator[es] ».

121 Voir Angelus de Ubaldis, *Consilia*, op. cit., consilium 73, f. 48rA : « In statuto Florentino cavetur, quod ex stipulatione notarij quaeratur ius, & actio solum illi, cuius nomine stipulatus fuerit : & absque alia cessione. [...] Quod dicta actio & ius sine cessione quaeratur, facit : quia dicta provisio statutaria per modum beneficij & gratiae emanavit. Providet enim istis, quorum nomine stipulatio recipitur, ut eisdem sine cessione quaeratur : sicut providet ius commune in quibusdam casibus, in quibus alteri per alterum quaeritur utilis sine cessione, cum tamen stipulatur tutor aut notarius, rem pupilli salvam fore, aut aliquod aliud ad officium suum spectans, aut syndicus, vel actor universitatis, ut patet ex coniunctione ff. de consti. pecu. l. eum, qui § si actori [*Dig.* 13.5.5.9], ff. de adop. l. non aliter [*Dig.* 1.7.18] & l. his verbis [*Dig.* 1.7.19] ».

important, tant sur le plan de la pratique que sur celui de la théorie, ne serait-ce que pour le fait qu'elle se développe amplement dès le XI^e siècle et qu'elle trouve une thématique ample et cohérente au moins depuis les ouvrages d'Henri de Suse et de Guillaume Durand. Ainsi, au XIV^e siècle, l'entrée « *legatus* » du *Dictionarium juris tam civilis, quam canonici* d'Alberico da Rosciate est consacrée exclusivement aux légats apostoliques¹²² ; un siècle plus tard Martino da Lodi, bien que le titre lui-même de sa rubrique *De legatis maxime principum* indique qu'il s'agit là d'ambassadeurs séculiers, ne manque pas d'aborder des questions portant sur les légats pontificaux et d'établir des parallèles entre les deux¹²³ ; Gonzalo de Villadiego se penche sur ces derniers dans la première partie de son *Tractatus de legato*, qui en constitue les quatre cinquièmes ; et Conrad Braun, en 1548, se rattache explicitement à la théologie de la mission dans un long passage de son traité – en affirmant que, à côté du *mandatum*, la *missio* est indispensable à une ambassade, de telle sorte qu'il ne peut y avoir aucune ambassade sans elle¹²⁴ – et établit par là un parallèle destiné à connaître un très grand succès dans la littérature sur l'ambassadeur sécu-

122 Voir Albericus de Rosate, *Dictionarium*, op. cit., s.v. « *legatus* », p. 419A-B.

123 Voir Martinus Laudensis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 8, 13, 14, 33 et 34, f. 213rA-B.

124 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., I.5, p. 11-12 : « Adeo autem ad Legationem necessaria sunt missio & mandatum, ut sine his nulla Legatio esse possit : Prophetæ Legati sunt Dei, quod & ipsi de se aliquoties testantur. Christus patris : Apostoli autem & eorum successores, Christi. Hi autem omnes missi sunt. Nam quos Deus prophetas dedit : hos & misit [...]. Misit & pater unigenitum filium suum Christum [...]. Eo quoque pertinent hæc & similia : Quid credit in me : non credit in me, sed in eum qui me misit : Qui videt me, videt eum qui misit me : Sermonem quem audistis non est meus, sed eius qui me misit patris : Qui misit me verax est : qui misit me, mecum est [*Jean*, 12.44-45 et 48, ainsi que 8.29]. Similiter Christus quos elegit Apostolos : hos & ad prædicandum misit, & dedit illis potestatem curandi infirmitates, & ejiciendi daemonia. Quod & post Resurrectionem testatur dicens : Sicut misit me pater, & ego mitto vos [*Jean*, 20.21]. Nec quisquam in Ecclesia prædicare potest, qui non idem sit missus. Nam (ut Apostolus inquit) quomodo prædicabunt nisi mittantur [*Rom.*, 10.15] [...] Qui autem missi non sunt, hi non Prophetæ, non Apostoli, non Legati Christi, sed pseudoprophetae, & pseudoapostoli appellandi sunt. [...] Et eodem modo, humana Legatio sine missione esse non potest, adeo ut Legatis, nisi se missos esse literis probaverint, non credatur, ut posthac docebimus. Sed nec sine mandatis Legatio esse potest. Christus cum mandato a patre missus est, quod ipse testatur, cum apud Ioannem ait : Ego ex meipso non sum, sed qui misit me pater : ipse mihi mandatum dedit, quid dicam & quid loquar [*Jean*, 12.49]. Item. Sicut mandatum

lier¹²⁵. De l'autre côté, la doctrine du droit privé, avec la distinction *nuntius-procurator*, offre un cadre de référence conceptuel important pour la détermination des pouvoirs de négociation de l'ambassadeur. Tout en renvoyant au chapitre suivant pour une discussion plus détaillée de ces derniers, nous nous limitons pour l'instant à examiner l'emploi de la distinction *nuntius-procurator* dans les écrits sur l'ambassadeur – tandis que l'introduction, dans cette littérature, du mot *repraesentatio/repraesentare*, avec ses effets décisifs sur la nouvelle définition du statut de l'ambassadeur depuis la fin du XVI^e siècle, sera abordée plus loin¹²⁶.

Avant d'en venir à l'emploi de la distinction *nuntius-procurator*, nous voudrions néanmoins envisager brièvement un aspect qui, à notre avis, mérite d'être considéré à l'égard de l'ambassadeur et de l'*officium* qu'il est appelé à exercer. Il convient en effet de rappeler le fait que, comme c'était le cas déjà dans le droit romain, la représentation trouve au Moyen Âge sa raison d'être moins à l'intérieur d'un rapport fondé sur l'autonomie des parties et sur leur volonté, qu'à l'intérieur d'un rapport, en dernier ressort, hiérarchique : représentation donc, si l'on veut, constituée moins d'éléments subjectifs que d'éléments objectifs. Cela a été relevé eu égard au domaine de la liturgie et de l'ecclésiologie, où *persona* pouvait devenir l'équivalent de « charge » ou « office », l'emploi synonymique des mots *persona* et *dignitas* (souvent utilisé comme équivalent d'*officium* dans le langage de l'Église) étant attesté au XIII^e siècle, de sorte que l'expression *personam sustinere* (« jouer un rôle ») pouvait être employée au sens de

mihi dedit pater, ita facio [Jean, 14.31]. Et Paulus alijque Apostoli aliquoties dicunt, Evangelium se non ab homine, sed a Christo accepisse, & alijs nunciare [Gal., 1.12] ». Voir également l'Épître dédicatoire, non paginée.

125 Pour quelques exemples, voir A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., I.3, p. 5 ; Ch. Varsevicius, *De legato*, op. cit., p. 270-271, 300 et 312-313 ; C. Paschalius, *Legatus*, op. cit., éd. 1598, cap. 3 (dans l'éd. 1612, cap. 10, augmenté) ; H. Setserus, *Legatus*, op. cit., assertio XLVI, non paginé ; F. de Marselaer, *Legatus*, op. cit., éd. 1626, I.3, p. 9-10, et I.20, p. 68 ; J.A. de Vera y Çuñiga, *El Enbaxador*, op. cit., discurso primero, f. 33v (les apôtres comme ambassadeurs), et discurso segundo, f. 106r (on parle de « Christo Enbaxador de su Padre, i [de] su carta de creencia ») ; G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.3, p. 34 ; A. Germonius, *De Legatis*, op. cit., I.9 ; Ch. de Benavente y Benavides, *Advertencias*, op. cit., cap. 1, p. 9-10 ; H. Conringius, *Disputatio Politica De Legatis*, op. cit., thesis III. Voir aussi *infra*, partie III^e, chap. 1, § 3, point α), à propos de l'ange comme modèle de l'ambassadeur.

126 Voir *infra*, partie II^e, chap. 4, § 3.

« remplir une certaine fonction »¹²⁷. Nous avons vu dans le premier paragraphe de ce chapitre que le principe d'articulation structurelle du pouvoir dans l'Église prend appui sur l'exercice de la fonction vicariale, remplie par chaque « membre » de ce « corps » mystique à l'intérieur d'une hiérarchie établie. Une telle objectivité est attestée en particulier dans les discussions sur l'efficacité sacramentelle, l'*ex opere operato*, et sur la définition d'une sphère d'action que l'on peut bien qualifier d'*instrumentale*¹²⁸. Or, sans vouloir établir une relation directe avec le langage de l'ecclésiologie, qui nécessiterait des approfondissements bien plus importants, on pourrait néanmoins s'interroger sur la nature de la représentation assurée par l'ambassadeur, laquelle consiste, elle aussi, dans l'exercice d'une fonction, à savoir dans une activité accomplie en vertu non pas de la rencontre de deux volontés autonomes, mais d'une situation qui s'avère objective : le « mandat » reçu par l'ambassadeur, comme nous le verrons plus en détail au chapitre suivant, est, à proprement parler, une « procuration » qui prend la forme d'une lettre ou en tout cas d'un acte unilatéral adressé à l'envoyé, non pas celle d'un contrat entre celui-ci et son mandant ; et on rappellera que la nomination de l'ambassadeur est vue dans les traités et dans la législation des cités italiennes comme toute autre chose qu'un acte nécessitant le consentement de l'élu. À l'intérieur de cette conception objective, le domaine de la *repraesentatio* (cerné par les mots *minister* ou plus souvent, dans le langage séculier, *nuntius* et *procurator*, mais aussi *persona*) et celui de l'*officium-munus* finissent donc, en quelque sorte, par se croiser.

En venant maintenant aux écrits sur l'ambassadeur, nous avons vu, au chapitre précédent, que Martino da Lodi exclut que l'*actio mandati* puisse naître entre le prince et son ambassadeur, dès lors que la matière du

127 Voir H. Hofmann, *Repräsentation.*, op. cit., p. 157-158.

128 Voir par exemple Thomas d'Aquin, *Summa Theologiae*, op. cit., pars IIIa, q. 64, a. 8, ad secundum, et pars IIIa, q. 82, a. 2, ad secundum. Le problème de l'*opus operatum* a été posé dans la pensée chrétienne depuis le III^e siècle ; sa première formulation doctrinale, ainsi que l'opposition des deux expressions « *ex opere operato* » et « *ex opere operantis* » est faite remonter à Pierre de Poitiers (XII^e siècle), mais la distinction entre *opus operatum* et *opus operantis* n'est fixée définitivement que par le Concile de Trente ; voir à ce sujet J. Lligadas Vendrell, *La eficacia de los sacramentos : "ex opere operato" en la doctrina del Concilio de Trento*, Pontificia Università Gregoriana, Roma 1983, et G. Agamben, *Opus Dei*, trad. fr. cit., chap. 1, § 9-11.

mandat ne s'applique pas aux personnes publiques¹²⁹. Cette position, très nette dans l'affirmation du statut public de l'ambassadeur, se révèle, quant à la question du mandat, tellement audacieuse qu'elle est tout à fait isolée dans la littérature sur l'ambassadeur, où la référence au mandat est pratiquement omniprésente : l'analogie, très souvent établie, entre l'ambassadeur et le mandataire de droit privé est faite explicitement à l'égard de l'*actio mandati* par nombre d'auteurs, parmi lesquels nous pouvons rappeler Conrad Braun, Ottaviano Maggi et Gasparo Bragaccia¹³⁰, et le mandat/procuration est considéré comme l'un des documents essentiels pour l'ambassadeur, puisqu'au cas où il en serait dépourvu, il n'aurait aucun pouvoir de négocier, en étant limité, par sa lettre de créance, à la seule fonction de porte-parole. Du reste, l'importance de la distinction entre le *procurator* et le *nuntius* dans la pratique diplomatique du Moyen Âge a été amplement montrée par Donald Queller lorsqu'il a éclairci les différentes fonctions attribuées, du moins en principe, au *nuntius* (porter un message, établir un canal de communication entre des chefs politiques, échanger de l'argent, transmettre une protestation ou une déclaration de guerre...) et au *procurator* (avant tout, négocier une alliance, une trêve ou n'importe quel autre traité en vertu du mandat, sans besoin des réunions des chefs politiques ou d'une longue succession de messages entre les *nuntii* et leurs mandants pour obtenir l'approbation de chaque acte conclu)¹³¹. Queller a mis par ailleurs en évidence la manière tout à fait souple, voire incorrecte, dont cette distinction était utilisée dans les documents relevant de la pratique diplomatique : en dépit de la précision par laquelle, depuis Placentin, on avait fixé les traits de ces deux figures, au XIII^e siècle il arrivait souvent que pour désigner un envoyé l'on cumulât une série de titres différents et peu compatibles entre eux, quant à leur signification technique, comme *ambassador*, *orator*, *procurator*, *commissarius*, *syndicus*, *actor*, *factor*, *negotiorum gestor* et *nuncius specialis*, parfois même en y ajoutant une clause ouverte, pour ainsi dire, du type « quel que soit le nom par lequel il puisse mieux être appelé (*quo nomine melius dici potest*) »¹³². Il faut donc tenir compte de la diversité existante entre l'approche assez ri-

129 Voir *supra*, dans cette partie, chap. 1, § 2, note 67.

130 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., III.4, p. 97 ; O. Magius, *De legato*, op. cit., I.1 f. 18r ; et G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.7, p. 77.

131 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 14-25 et 42-52.

132 Voir *ivi*, p. 34 ; d'après Queller, une telle clause devint commune dans les mandats vénitiens.

guide des définitions doctrinales et la réalité de la pratique de l'époque. La doctrine elle-même d'ailleurs, dans le droit canonique et processuel surtout, arriva à reconnaître et, en partie, à accepter cette redondance et imprécision terminologique, en affirmant que, dans l'interprétation des documents, l'intention doit l'emporter sur la lettre : selon la provocation d'Henri de Suse, devenue célèbre dans la littérature postérieure, « il est clair que nous n'attribuons pas une grande force aux noms, car quoiqu'il soit appelé *procurator*, *syndicus*, ou *oconomus*, ou âne, ou même si aucun nom n'est exprimé, cela n'a pas d'importance, pourvu que l'intention de la personne qui le constitue soit évidente »¹³³. Dans le même sens, les *ordines iudicarii* de juristes comme Grazia Aretino ou Egidio Foscararii expliquent que de telles distinctions n'étaient pas observées d'ordinaire¹³⁴.

Il n'en reste pas moins que la distinction entre le *nuntius* et le *procurator* fut gardée et même développée par les juristes de *ius commune* (nous avons vu les exemples de Pierre de Belleperche, Bartolo et Baldo dans le paragraphe précédent), en finissant aussi par être accueillie dans les traités sur l'ambassadeur, et notamment dans l'*Ambaxiatorum Brevilogus* de Bernard de Rosier – qui distingue l'emploi des mots « *nuncius* » et « *procurator* » de celui du mot « *ambaxiator* », désignant spécifiquement les agents d'un nombre restreint de sujets envoyés pour traiter des affaires majeures¹³⁵ –, le *Repertorium* de Giovanni Bertachini – qui se limite sur ce point à renvoyer le lecteur aux commentaires de quelques juristes du siècle précédent¹³⁶ – et surtout dans le *Tractatus de legato* de Gonzalo de Villadiego qui, en revanche, développe plus longuement son discours et aborde plusieurs questions. En effet, après avoir parlé du *nuntius* en tant que porteur de messages et de lettres (en s'interrogeant sur ce qui se passe lorsqu'il ne les remet pas au destinataire, ou bien qu'il les ouvre ou les perd)¹³⁷, Gonzalo en vient à la fonction la plus problématique du *nuntius*, celle qui concerne la conclusion de contrats : bien qu'il soit dépourvu de

133 Voir Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De Procuratoribus*, n° 2, col. 385. Sur cette affirmation, voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 34 et plus en général p. 58-59 et 120-121, et L. Mayali, « Procureurs », art. cit., p. 46-47.

134 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 34 et 58, et B. Pasciuta, « La rappresentanza », op. cit., p. 522-525.

135 Voir le passage cité *supra*, dans cette partie, chap. 2, § 1, note 6.

136 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57vA.

137 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars III, q. 1, f. 281rA-B, n°s 1-12.

toute autonomie, il peut en effet transmettre le consentement de son maître et conclure un contrat déjà entièrement formé. À ce propos, en prenant appui sur le principe selon lequel un contrat consensuel peut être conclu entre des absents au moyen d'une lettre ou d'un *nuntius*¹³⁸, Gonzalo souligne – comme le faisait le *Liber Sextus* à propos du *procurator* chargé de contracter un mariage (un cas où le *procurator*, d'après Bartolo, agit « *sicut nuncius* ») – que, puisque le *nuntius* ne peut rien faire de lui-même, au cas où il serait révoqué, même sans en avoir eu aucune notice, tout acte qu'il a accompli serait invalide¹³⁹. En s'en tenant encore à l'opinion de Bartolo, le juriste écrit que, en raison de sa qualité de porte-parole, le *nuntius* ne peut jamais être « général » (à savoir, chargé par un mandat général) : au moment où il accomplit un acte spécifique sur la base d'un mandat général, il n'est plus en effet un simple « instrument » mais agit de lui-même, au-delà de ce que son maître a explicitement établi. C'est pourquoi – en référence à la pratique, évoquée plus haut, de cumuler plusieurs titres dans les mêmes documents – les formules « quotidiament employées » dans les mandats, comme « quelqu'un a nommé cette personne son *procurator*, *actor*, *factor* et *nuntius specialis* », n'ont pas d'effet eu égard à la qualification de *nuntius*, sauf pour les actes qui sont expressément précisés. D'autre part, si quelqu'un qui est nommé *procurator* agit tout comme s'il était un *nuntius*, en prétendant produire des effets directement dans la sphère juridique de son maître, son acte est invalide, dès lors que, comme nous l'avons vu, ce qu'un *nuntius* accomplit en dehors du mandat ne peut même pas être ratifié après-coup¹⁴⁰. Une fois ces prémisses posées, Gonzalo en vient alors à la définition du *nuntius* et du *procurator*, qu'il reprend tout simplement de la formulation schématique proposée par Baldo dans son commentaire sur *Cod.* 4.50.6, citée au paragraphe précédent¹⁴¹. Malgré sa prise somme toute faible sur la réalité, cette distinction, issue du

138 Voir *ivi*, f. 281rB, n° 13.

139 Voir *ivi*, n° 16.

140 Voir *ivi*, n°s 17-18, f. 281rB-281vA. Gonzalo renvoie ici au commentaire de Bartolo sur *Dig.* 13.5.14.3, qu'il utilise largement, et au commentaire de Baldo sur *Cod.* 4.50.6. Pourtant, en ce qui concerne toute la première partie de ce passage, Baldo avait soutenu la thèse contraire : il avait en effet critiqué expressément le passage de Bartolo utilisé par Gonzalo, en affirmant que le *nuntius* peut bien être nommé au moyen d'un mandat général. Gonzalo adopte donc la classification de Baldo, mais il se réfère à Bartolo quant à la qualité du mandat qui confère au *nuntius* ses pouvoirs.

141 Voir *ivi*, n°s 19-21, f. 281vA.

droit privé, reste tout de même un critère général en mesure de fournir un bon modèle explicatif de la fonction représentative de l'ambassadeur, s'appuyant sur la qualité de l'envoyé et sur l'extension de ses pouvoirs. C'est à l'examen de ces pouvoirs que nous allons maintenant nous consacrer.

4. Les documents diplomatiques et le pouvoir de négociation de l'ambassadeur

Dans le domaine de la négociation et de la conclusion de traités, accords, trêves et alliances, le problème central qui se pose concerne la tension existant entre la « représentation » au sens d'une simple personnification du mandant par un intermédiaire agissant comme un instrument, et la capacité autonome de l'intermédiaire à accomplir des actes juridiques contraignants pour son maître et pour le compte de celui-ci. Notre objectif est de nous interroger sur l'étendue des pouvoirs de l'ambassadeur, laquelle n'est pas fixée une fois pour toutes en termes généraux, mais dépend, à chaque fois et pour chaque mission, de ce qu'établissent les documents qui sont au fondement de l'ambassade, c'est-à-dire la lettre de créance, la procuration (ou mandat ou pouvoirs) et l'instruction. Dans le premier paragraphe, nous allons envisager ces documents en cherchant à expliquer en quoi ils consistent et en quoi ils se différencient ; le deuxième sera consacré à la discussion, très riche dans la littérature sur l'ambassadeur, au sujet de la détermination du pouvoir de négocier et de ses limites par des clauses qui peuvent être insérées dans la procuration ; le troisième portera enfin sur la nature de la ratification et sur sa nécessité eu égard à la validité des accords conclus par les ambassadeurs, ainsi que sur les questions posées à ce sujet par le rapport, et le possible conflit, entre la procuration et l'instruction secrète. Pour l'instant, nous laisserons de côté les conseils les plus spécifiquement éthiques et politiques formulés à l'égard de l'ambassadeur engagé dans une négociation, sur lesquels nous nous attarderons dans la troisième partie de cette recherche.

4.1 Les documents sur lesquels se fondent le statut de l'ambassadeur et son pouvoir de négociation

Aucune liste des documents diplomatiques ne peut être dressée sans qu'elle ne souffre les limites d'une énumération quelque peu abstraite et désincarnée, ces documents ayant chacun une histoire différente et étant attestés à partir d'époques variées. Chaque chancellerie employait des formes propres à elle et pouvait par ailleurs utiliser, selon que les occa-

sions l'exigeaient, des documents qui ne relevaient pas de l'une des catégories habituelles, ou qui intégraient les caractéristiques de deux ou plusieurs des documents conventionnels¹. De même, la littérature sur l'ambassadeur, malgré ses tentatives d'établir des distinctions plus ou moins claires, étale une terminologie flottante et pas toujours uniforme, qui peut rendre hasardeuse tout essai de systématisation trop rigide. La typologie documentaire n'étant pas établie par aucune loi ou convention explicite, c'est néanmoins à la pratique diplomatique et à sa problématisation dans les traités qu'il faut s'adresser, tout en considérant que, par leur nature même, les documents les plus solennels, tels que les créances, les procurations ou les sauf-conduits, étaient forcément similaires, et donc immédiatement reconnaissables, dans toute l'Europe et restèrent relativement inchangés pendant des siècles². Dans les pages suivantes, nous allons nous concentrer sur les documents qui concernent spécifiquement le statut de l'ambassadeur et son pouvoir de négocier, alors que d'autres pièces de cette typologie seront abordées ailleurs³.

α) la lettre de créance

L'existence de lettres missives comprenant des clauses de recommandation ou de confiance à l'égard d'un ambassadeur est attestée dès l'Antiquité ; depuis le IX^e siècle, la propagation de l'alphabétisation aurait posé de manière toujours plus évidente le problème des dangers liés à l'interception des lettres, de sorte que l'on aurait commencé à les sceller par le sceau de l'expéditeur, selon une pratique qui devait devenir commune après le XIII^e siècle⁴.

1 Pour des considérations méthodologiques en ce sens, voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 110.

2 Voir F. Senatore, « *Uno mundo de carta* », op. cit., p. 173-184 ; 174 et S. Péquignot, *Au nom du roi*, op. cit., p. 24. Sur la documentation diplomatique, en plus des études citées dans les notes suivantes, voir en général A. Reumont, *Della diplomazia italiana dal secolo XIII al secolo XVI*, Barbera, Firenze 1857, p. 139-165 ; M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 87-154 ; et P. Prodi, *Diplomazia*, op. cit., p. 77-87.

3 Notamment, le sauf-conduit et le passeport *supra*, chap. 2, § 5, ainsi que les dépêches et les relations *infra*, partie III^e, chap. 2, § 2.

4 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 12-16.

La créance était une lettre envoyée d'un chef politique à un autre, donc un document au caractère à la fois personnel – s'adressant à un destinataire précis – et formel – étant écrit en latin, daté, scellé et signé par l'expéditeur, et se composant de formules génériques plus ou moins universellement adoptées. Elle était normalement très brève et d'une forme simple : elle indiquait avant tout les noms et les titres aussi bien de l'expéditeur (*inscriptio*) que du destinataire (*intitulatio*), dans un ordre qui variait selon le rang des parties et la volonté de l'expéditeur de s'en tenir aux normes de l'étiquette. La conformité ou la dérogation à ces normes, en effet, pouvait se révéler importante pour manifester son amitié ou bien son hostilité au destinataire, dès lors que – surtout dans les lettres de défiance ou aux cas de titres disputés – l'absence dans l'*intitulatio* de l'un de titres (réels ou prétendus) de ce dernier pouvait être perçue comme un affront délibéré⁵. La lettre contenait ensuite une clause qui notifiait au destinataire l'envoi de l'agent (ou des agents) et lui demandait de lui (leur) faire pleine confiance, en le priant de croire à ce qu'il(s) lui aurai(en)t dit tout comme si c'était l'expéditeur lui-même qui parlait de sa propre bouche : dans la variété des formes qu'elle pouvait prendre, celle-ci était la clause essentielle, le cœur même de la lettre de créance. Une clause de recommandation, par ailleurs, était parfois comprise : l'agent pouvait alors y être qualifié de « vraie voix » de l'expéditeur, qui lui aurait placé dans la bouche ses propres mots, l'aurait pleinement informé de son intention ou lui aurait ouvert son esprit⁶. Si l'ambassade consistait en deux envoyés ou plus, la lettre établissait en outre un *quorum*, en stipulant par exemple de faire pleine confiance aux trois envoyés ou à deux parmi eux : c'était une précaution pour l'éventualité où l'un ou plusieurs des envoyés fussent empêchés d'atteindre la destination de l'ambassade, à cause d'une maladie, d'une capture ou d'un autre obstacle imprévisible⁷. De plus, la lettre pouvait donner un bref aperçu de l'objet de la communication, en laissant à l'envoyé la tâche de fournir tous les détails de bouche à oreille ; mais elle offrait rarement des renseignements précis, de façon à éviter tout danger au cas où elle devrait tomber dans de mauvaises mains⁸. Enfin, la *salutatio*

5 Voir *ivi*, p. 49-50 et 102-103 pour des exemples, ainsi que D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 111 et 197.

6 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 177, et D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 112.

7 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 181.

8 Voir *ivi*, p. 178.

était gouvernée par les mêmes principes vus à propos de l'*inscriptio* et de l'*intitulatio*⁹.

Au Moyen Âge, de même que par la suite d'ailleurs, la créance était le seul document nécessaire, celui qui constituait l'ambassadeur et sans lequel aucun envoyé, en principe, n'était admis. C'est elle qui attestait le statut de l'ambassadeur, l'autorisait à parler au nom de son mandant et lui donnait titre à jouir de ses prérogatives. Un ambassadeur pouvait même recevoir plusieurs lettres de créance, une pour chacun des chefs politiques qu'il allait visiter, s'il s'agissait d'une ambassade circulaire¹⁰, ou bien pour chacun des personnages importants qu'il lui fallait rencontrer dans la cour à laquelle il était destiné¹¹ ; une fois la mission accomplie, en outre, il était parfois pourvu par son destinataire d'une « contre-créance » adressée à son propre maître¹². Ce caractère nécessaire de la créance est amplement attesté dans la pratique¹³ et affirmé à plusieurs reprises dans les sources juridiques, bien qu'une exception soit établie, apparemment dès le début du XIII^e siècle, à l'égard des légats *de latere*. Nous pouvons à ce propos nous rapporter à un canon du *Decretum* (c. 3, d. 97) introduit par Gratien avec l'énonciation de la règle selon laquelle, en défaut d'une lettre signée, il n'était pas d'usage pour l'Église romaine de recevoir des légations, de quelque endroit qu'elles vinsent. Or, il est à remarquer qu'en réalité la lettre de Nicolas I^{er} reportée dans ce canon, tout en affirmant cette coutume de l'Église, informait le destinataire que son envoyé avait été accueilli et qu'on lui avait fait confiance bien qu'il fût dépourvu de sa lettre, pour le respect que l'on portait à lui et à la gravité de son agent. Dans sa glose, Jean le Teutonique réaffirme d'un côté la règle générale¹⁴, mais de l'autre accueille l'exception, en lui donnant par ailleurs un sens tout particulier : il l'entend en effet au bénéfice des seuls légats cardinaux qui, lorsqu'ils sont bien connus dans une province, doivent être crus sans besoin d'aucune lettre, surtout quand il n'arrive jamais qu'ils s'absentent de

9 Voir *ivi*, p. 50.

10 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 107.

11 Voir *ivi*, p. 367.

12 Voir *ivi*, t. III, p. 363, et F. Senatore, « *Uno mundo de carta* », op. cit., p. 174, note 43.

13 Voir les exemples reportés par P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 24-26.

14 Voir la glose *nobilissimus* (« Sine litteris non est adhibenda fides legatis ») et la glose *signatis* (« oportet ergo legatus exhibeat litteras legationis sue ad hoc ut credatur ei »), in *Decretum Gratiani*, op. cit., f. 101rB.

Rome si ce n'est pour une légation¹⁵. C'est la solution accueillie par Henri de Suse et discutée par Guillaume Durand – qui énonce la règle générale et mentionne l'exception comme un usage admis par l'opinion de « certains » dont la validité, à son avis, doit être limitée aux actes compris dans les pouvoirs ordinaires d'un légat, à savoir ceux qui ne demandent pas un mandat spécial¹⁶ –, avant de devenir un lieu commun dans les commentaires juridiques du XIV^e siècle¹⁷ et, plus tard, dans la littérature sur l'ambassadeur. À cet égard, Martino da Lodi et Pietro Del Monte rappellent uniquement l'exception¹⁸, Giovanni Bertachini ne fait que réaffirmer la règle et l'exception telles qu'elles avaient déjà été illustrées précédemment¹⁹, alors que Gonzalo de Villadiego se penche plus longuement sur ce sujet car, en plus de rappeler les principes connus²⁰, il aborde également des questions telles que la perte de la créance et les moyens de preuve admis pour démontrer son existence²¹, la validité des actes accomplis par un

-
- 15 Voir la glose *nihilominus* (« Ergo et cardinali qui bene notus est in aliqua provincia credendum esset sine literis: maxime cum non contingat cardinalem unquam abesse nisi legationis causa »), *ivi*, f. 101vA.
- 16 Voir Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De recusatione iudicis delegati*, n° 6, col. 316, et Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 4, f. 35rA, n°s 14-16.
- 17 Voir par exemple Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., sur *Cod.* 10.65(63).5, p. 323B-324A, n°s 1-2, qui, sur la base du canon cité, étend la portée de l'exception même aux ambassadeurs de l'Empereur (« legat[us] Papae vel principis ») ; Bartolus de Saxoferrato, *Lectura*, op. cit., f. 18rB, f. 29vB et f. 54rA (sur *Cod.* 10.32(31).16, *Cod.* 10.65(63).6 et *Cod.* 11.74(73).2) ; et Baldus Ubaldi, *In Decretalium*, op. cit., f. 114rA-B, n°s 1-2, sur c. 31, X 1.29.
- 18 Voir Martinus Laudendis, *Tractatus de Legatis*, op. cit., q. 8 et 34, f. 213rA-213rB ; et Petrus de Monte, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », non paginé (qui revient trois fois sur ce principe).
- 19 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 57rA-57vA.
- 20 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars I, q. 6, f. 260rA-B, n°s 14-19 sur les légats apostoliques ; et pars III, q. 1, f. 281vB, n° 38 sur les *nuntii*, où Gonzalo précise que parfois l'on peut faire confiance même à un *nuntius* dépourvu de lettre de créance : « [...] non esse credendum nuncio sine literis, nisi ageretur de modico praeiudicio, tunc enim crederetur nuncio, dummodo esset notus, et discretus secundum eum ». Dans les lignes suivantes, n° 39, Gonzalo fait état aussi de l'usage selon lequel le *nuntius*, au lieu d'une lettre de créance, pouvait montrer un signe quelconque de son maître, comme un anneau ou un couteau.
- 21 Voir *ivi*, pars I, q. 6, f. 260rB-260vA, n°s 22-26 (un argument par ailleurs déjà abordé par Jean le Teutonique dans sa glose *nihilominus* sur c. 3, dist. 97, et par Guillaume Durand dans son *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 4, p. 35A-B, n° 17).

faux légat apostolique²² et la nécessité, pour l'ambassadeur pourvu d'une lettre de créance, de prêter aussi un serment pour qu'on lui fasse confiance (nécessité qu'il exclut en suivant l'opinion de Bartolo da Sassoferrato)²³. Les traités sur l'ambassadeur des XVI^e et XVII^e siècles ne feront, sur ce point, que reprendre cet ancien débat en insistant sur la nécessité de la lettre de créance, considérée – éventuellement en alternative à la procuration – comme le document fondateur du statut public de l'envoyé.

À la lumière de cela, on comprend pourquoi les ambassadeurs pourvus d'une simple créance orale étaient caractérisés par un statut ambigu. Par exemple, on pouvait dépêcher un ambassadeur sans lettre de créance à un gouvernement qui n'était pas reconnu, comme il arriva en 1460 à l'envoyé de Charles VII auprès du dauphin, ou bien en 1466 à l'envoyé de Louis XI auprès du comte de Charolais (qui s'en montra très offensé)²⁴. Une autre raison pour ne pas adresser des lettres écrites tenait à la volonté d'un gouvernement d'envoyer un agent semi-officiel ou officieux, ou de le faire agir comme s'il était une personne privée, de manière à éviter des dangers qui pourraient le menacer, ou bien à lui permettre de mieux mener des affaires secrètes²⁵. Nombre de situations pouvaient se vérifier où un agent informel n'était pourvu d'une créance écrite qu'au moment de conclure la négociation : un cas particulier en ce sens, arrivé au début du XVI^e siècle et devenu vite célèbre, fut celui du Vénitien Andrea Gritti qui en février 1512, lorsque Brescia fut prise par les Français, suite à une brève période durant laquelle les troupes de la Sainte-Ligue semblaient avoir vaincu toute résistance, fut capturé et conduit à Pavie, puis à Milan et enfin à Lyon où, auprès de Louis XII qui cherchait la paix avec les Vénitiens, il « jou[a] davantage le rôle d'ambassadeur que de prisonnier », comme l'écrit Guicciardini²⁶. Wicquefort rappellera cet épisode lorsqu'il écrira que les lettres de créance « ne sont pas si absolument nécessaires, que

22 Voir *ivi*, pars I, q. 6, f. 260vA, n° 27-29 où Gonzalo critique l'opinion de Guillaume Durand – qui, prenant appui sur le principe « *cummunis error facit ius* », avait argumenté en faveur de la validité des actes du fausse légat (voir *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 4, p. 35B, n° 18) – et soutient la thèse contraire.

23 Voir *ivi*, pars III, q. 1, f. 281vB, n° 34 (avec renvoi au commentaire de Bartolo sur *Dig.* 46.1.24(25)).

24 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 109.

25 Pour des exemples, voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 114.

26 Voir F. Guicciardini, *Storia d'Italia*, presentazione critica e note di E. Mazzali, introduzione di E. Pasquini, 3 vol. Garzanti, Milano 2006, X.10 pour la prise de

quelquefois on ne puisse estre Ministre Public sans cela : mais c'est ce qui arrive tresrarement », en mentionnant, parmi d'autres, l'exemple d'Andrea Gritti qui parut à la cour française « non en prisonnier, mais presque comme Ambassadeur »²⁷. On lui fit de temps en temps des propositions, qu'il communiquait au Sénat vénitien, et une fois le projet négocié, le Sénat envoya en France le Secrétaire du Conseil de Dix « & le chargea de lettres de creance pour Gritti : qui pourtant ne pourroit s'en servir, s'il ne jouïssoit d'une entiere liberté. Le Roy ayant sceu l'intention du Senat, mit Gritti en liberté, dès que le Secretaire fut arrivé. Ce fut alors qu'il prit la qualité d'Ambassadeur en vertu de la lettre de creance, & qu'il conclut & signa le traité, qu'il avoit negocié estant prisonnier de guerre, & non comme Ministre ». Gritti, de la sorte, ne devint véritablement un « ambassadeur » qu'après la remise des lettres de créance : « pour parler plus juste, il faut dire, qu'il n'avoit point negocié ; mais qu'en escoutant les propositions qu'on luy faisoit, & en les escrivant au Senat, il avoit donné lieu à la negociation qui se fit à Venise, & qui l'acheva [sic] depuis en France »²⁸.

β) l'instruction

Au haut Moyen Âge il était d'usage d'envoyer des ambassadeurs avec rien plus qu'une lettre de créance et un message oral pour le destinataire. Un danger menaçait pourtant cette pratique : l'oubli. À la fin d'un voyage long et fatigant, un ambassadeur pouvait ne plus rappeler tous les détails de son message, souvent long et complexe. Dans une société presque entièrement orale et analphabète, il n'y avait pas de remède sûr contre un tel danger, sauf l'envoi d'une ambassade composée de deux ou plus personnes chargées de livrer conjointement le même message. Ce n'est qu'à l'époque carolingienne que remonte le premier document écrit mentionné par Pierre Chaplais, à savoir la portion survécue d'un *capitulare* de 785 pour les envoyés de Charlemagne à Adrien I^{er} contenant les mots exacts

Brescia, et XI.9, p. 1227 pour le passage cité (trad. fr. par L'Atelier de traduction du CERPPI sous la direction de J.-L. Fournel et J.-C. Zancarini, *Histoire d'Italie*, 2 tomes, Paris, R. Laffont, 1996, p. 858 pour le passage cité).

27 Voir A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.15, p. 356-357 et 363.

28 Voir *ivi*, p. 363-364 ; voir aussi p. 367 et p. 372 où Wicquefort revient sur le principe selon lequel ce sont « les lettres de creance » qui « donnent le caractere au Ministre ».

qu'ils devaient prononcer devant le pape : à ce moment, on se serait rendu compte que le seul moyen fiable d'assurer la communication précise d'un message était de le mettre par écrit²⁹. De tels documents furent utilisés, par la suite, aussi bien pour rappeler aux ambassadeurs le message qu'ils avaient à reporter (écrit dans son entièreté ou bien, pour les discours plus longs, en grandes lignes) que pour les fournir d'un résumé des propositions à faire durant une négociation : il s'agissait donc d'un aide-mémoire, formulé à la troisième personne à la manière d'un *memorandum* ou *memoriale*³⁰. Cette pratique resta tout de même assez exceptionnelle jusqu'au XIII^e siècle, l'instruction étant donnée normalement en forme orale ; en Italie, les premiers exemples connus d'instructions écrites sont vénitiens, ainsi que le montre le document adressé en 1197 par le doge Enrico Dandolo aux ambassadeurs vénitiens envoyés auprès de l'empereur de Constantinople³¹. Dès le XIII^e siècle, l'usage de la forme écrite se répandit largement, bien que la pratique d'envoyer des ambassadeurs avec des simples instructions orales ne disparût pas complètement³², et les instructions commencèrent à comprendre non seulement le contenu du message ou des propositions à livrer, mais aussi quelques conseils plus spécifiques sur la manière de se comporter ou bien de répondre, ou ne pas répondre, à des questions particulières, par exemple en sollicitant à l'occasion l'ambassadeur à parler de son propre chef, en tant que personne privée et non pas en tant qu'ambassadeur, de façon à ne pas engager son maître³³.

Les instructions (ou « *commissioni* », comme elles étaient souvent appelées en Italie)³⁴ n'étaient donc pas, en principe, des documents juridiquement nécessaires à la mission, ni n'avaient le caractère formel et public

29 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 17 et 47-48.

30 Voir *ivi*, p. 199.

31 Voir *Aspetti e momenti della diplomazia veneziana*, Mostra documentaria, 26 giugno-26 settembre 1982, Helvetia, Venezia 1982, p. 18B-19A. D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 122 observe néanmoins que « the Venetians may have employed written instructions much earlier, for the Venetian archives, quite magnificent from the fourteenth century, provide very scanty materials prior to the thirteenth ».

32 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 192, et D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 122-123.

33 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 203-208 et, pour un exemple vénitien de 1463, P.-M. Perret, *Histoire*, op. cit., t. I, p. 410-411.

34 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. II, p. 131 ; A. Reumont, *Della diplomazia*, op. cit., p. 139 ; et R. Fubini, « *Diplomazia e governo* », op. cit., p. 33.

des créances ; de même, elles ne conféraient aucun pouvoir à l'ambassadeur, mais se limitaient à l'instruire sur la manière de parler ou de se conduire, ou bien l'informaient des limites qu'il devait observer et des conditions auxquelles il pouvait avancer dans une négociation. C'est pourquoi, elles étaient destinées uniquement aux yeux de l'ambassadeur, comme le démontre le fait que, le plus souvent, elles étaient écrites en langue vulgaire³⁵. Il n'en reste pas moins que, apparemment à partir du XV^e siècle, les ambassadeurs commencèrent à être invités par leur contrepartie à exhiber leur instruction : sa teneur, après tout, devait montrer plus rapidement que toute autre chose si un accord était réellement possible. Montrer l'instruction, pour autant, signifiait aussi, pour l'ambassadeur, révéler les concessions extrêmes qu'il était autorisé à faire, en mettant ainsi en danger l'efficacité de sa stratégie de négociation. Bien sûr, il n'y avait aucune obligation à montrer les instructions : c'est un point sur lequel mêmes les traités, depuis le *Brevilogus* de Rosier, insistent avec décision ; mais ce geste pouvait être perçu comme une manifestation d'amitié et faciliter, par conséquent, la conduite de l'affaire. On commença donc à fournir les ambassadeurs de deux instructions, l'une ostensible et conçue pour être montrée ou même remise à la contrepartie en gage de confiance, l'autre secrète, à garder jalousement et à ne jamais mentionner, contenant les directives réelles pour les envoyés³⁶.

L'emploi d'instructions secrètes devait par ailleurs poser des problèmes à l'égard de leur rapport aux procurations, dont nous allons bientôt parler. D'un point de vue strictement juridique, elles n'avaient aucun effet sur les relations entre le mandant et le destinataire de l'ambassade, le premier étant en principe obligé de respecter l'accord conclu par son agent dans les limites des pouvoirs fixés par la procuration, même en violation de l'instruction. Cette question se révélait néanmoins particulièrement délicate à cause du fait que, comme le précisent les traités sur l'ambassadeur, tout

35 Voir G. Mattingly, *Renaissance Diplomacy*, op. cit., p. 35-36.

36 Voir *ivi*, p. 36 et D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 125-126. À plus forte raison, la même question se posait aussi pour les procurations qui, elles, devaient forcément être montrées à la contrepartie, comme nous allons le voir : de différentes procurations furent alors remises aux ambassadeurs, à montrer ou ne pas montrer selon le tour que prenait la négociation. Pour un exemple en ce sens, voir I. Le Bis, « Pratique de la diplomatie. Un dossier d'ambassadeur français sous Charles IV (1400-1403) », *Annuaire-Bulletin de la Société de l'Histoire de France*, 1985-1986, p. 104 ; voir en outre D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 121-122 et 214 ; et P. Prodi, *Diplomazia*, op. cit., p. 81.

envoyé était tenu non seulement de s'assurer d'avoir bien compris son instruction – en sollicitant, pour éviter toute doute, des éclaircissements oraux qu'il était bien de recevoir directement du prince³⁷ –, mais aussi de l'observer de manière très rigoureuse. Une oscillation linguistique jamais tout à fait dépassée entraînait en outre une confusion de l'instruction avec la procuration, avec pour conséquence que l'instruction pouvait finir par être désignée comme le document le plus important de l'ambassade, ainsi que le montrent les traités d'Ermolao Barbaro et d'Étienne Dolet, en accord d'ailleurs avec la législation très sévère édictée à ce sujet par des cités comme Venise³⁸. Dans ces conditions, le conflit des prescriptions contenues dans l'instruction et dans la procuration pouvait donner lieu à des situations de grande incertitude³⁹.

γ) la procuration

Parmi les documents mentionnés jusqu'ici, la procuration est sans doute le plus récent. Bien que, depuis le haut Moyen Âge, des instructions écrites ou orales pussent définir les limites de l'action d'un ambassadeur – comme le montrent les mots de Liutprand, évêque de Crémone, dans sa relation de 968 sur l'ambassade accomplie à Byzance pour négocier le mariage entre le fils d'Otton I^{er} et la belle-fille de Nicéphore Phocas⁴⁰ –, il paraît qu'avant le XII^e siècle la diplomatie n'a connu d'autre moyen pour assurer la confiance des envoyés que les lettres des créances et la crédibilité dont ils étaient pourvus eux-mêmes. Comme le destinataire, dans le cas d'une négociation, devait être convaincu du fait que le mandant approuve-

37 Ce conseil est clairement formulé déjà par Bernardus de Rosergio, *Ambaxiatorum Brevilogus*, op. cit., cap. 8 et 9, p. 10.

38 Barbaro semble utiliser le mot latin « *mandatum* » en sens ample pour désigner aussi l'instruction : sa définition du « *legati munus* », à savoir « *mandata Reipublicae suae vel Principis obire diligenter et ex usu eius, a quo legati nomen habuit* » (E. Barbaro, *De officio legati*, op. cit., p. 159), tout en identifiant la signification ultime de l'office de l'ambassadeur à l'obéissance aux ordres reçus, ne semble pas se limiter au sens technique de « procuration ». Dolet, pour sa part, établit explicitement l'équivalence entre « *mandata* » et « *instrucciones* » (*De officio legati*, op. cit., p. 66 et 78). Au sujet de la législation vénitienne voir *infra*, dans ce chapitre, § 2.

39 Sur ce problème, voir *infra*, dans ce chapitre, § 3.

40 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 18-19.

rait l'œuvre de ses ambassadeurs, ceux-ci étaient choisis généralement parmi des hommes d'une telle dignité et stature politique, et avec des liens si étroits avec le gouvernement de leur pays, que leur action ne pouvait manquer d'être ratifiée : on utilisait à ce propos, pour les désigner, des expressions comme *credibiles personae*, *credibiles legati* ou bien *probabiles vires*, ainsi que le montrent plusieurs documents des siècles X^e et XI^e⁴¹. Ce n'est qu'entre le XI^e et le XII^e siècle que le passage du *legatus credibilis* au *legatus instructus* se réalisa, selon la signification que l'expression *persona instructa* avait, au moins depuis le VII^e siècle, dans les formulaires de droit privé, et en particulier dans le domaine de la représentation processuelle, à savoir celle d'un représentant dûment constitué au moyen d'une procuration écrite : donc, un véritable procureur⁴².

D'après Gaines Post, l'emploi de procureurs dans la diplomatie séculière se serait propagé à partir de l'Italie du Nord, suite à ce que l'on appelle la renaissance juridique médiévale⁴³. Dans un premier temps, on aurait produit des documents en quelque sorte hybrides, à savoir des lettres de créance comprenant une clause *de rato* par laquelle l'expéditeur promettait qu'il allait s'en tenir fermement à ce que les envoyés feraient pour son compte. C'est le cas, par exemple, de la mission accomplie à Venise en 1201 par Geoffroi de Villehardouin et ses collègues pour le compte des chefs de la quatrième croisade, à savoir les comtes de Champagne, de Flandre et de Blois, afin de traiter les modalités du transport de l'armée des croisés vers le Levant : les comtes ayant décidé d'envoyer les meilleurs hommes qu'ils pourraient trouver et de leur donner le « plain pooir [...] de faire toutes choses, autretant con li seignor », six hommes furent choisis (deux pour chacun des comtes) et dotés de lettres de créance dans lesquelles les mandants déclaraient qu'ils « tendroient ferm ce que cil six feroient par toz les porz de mer, en quelque leu que il alassent »⁴⁴. Il s'agissait là, dans la substance, d'une (très ample) procuration incorporée

41 Voir des exemples *ivi*, p. 56-57.

42 Voir *ivi*, p. 58-59 et, pour d'autres références au droit processuel, H. Hofmann, *Repräsentation*, op. cit., p. 110-115.

43 Voir G. Post, *Studies in medieval legal thought : public law and the State, 1100-1322*, Princeton University Press, Princeton 1964, p. 106.

44 Voir sur cet épisode D.E. Queller, « L'évolution du rôle de l'Ambassadeur : les pleins pouvoirs et le traité de 1201 entre les Croisés et les Vénitiens » (1961), in Id., *Medieval diplomacy*, op. cit., p. 479-501, et Geoffroi de Villehardouin, *La Conquête de Constantinople*, Librairie de Firmin Didot frères fils et c., Paris 1872, p. 10.

dans les lettres de créance, ce dont même le doge Enrico Dandolo, dans la réponse qu'il leur donna lors de l'audience de créance, se montra bien conscient⁴⁵. Grâce à ces pouvoirs, ce furent les ambassadeurs qui, en toute autonomie, décidèrent de se rendre à Venise et de négocier avec le gouvernement de la *Serenissima* la fourniture des navires pour la croisade ; et, une fois l'accord établi et rédigé, chaque groupe de deux envoyés prêta serment sur l'âme des mandants en l'enregistrant sur un blanc que ceux-ci avaient préalablement scellé à cet effet⁴⁶.

Il existe aussi néanmoins, dès la fin du XII^e siècle, des exemples de véritables procurations dans la forme de lettres adressées non pas au destinataire de la mission, mais à l'ambassadeur lui-même. C'est la forme qu'elles vont garder par la suite, et qui nous fait préférer le mot « procuration » au mot « mandat » – bien que les deux termes, selon une approche qui était déjà celle des sources justiniennes, fussent utilisés par les juristes médiévaux de manière interchangeable. On peut citer à cet égard la procuration, avec pleins pouvoirs, donnée par l'empereur Frédéric Barberousse à l'évêque d'Asti et à deux autres envoyés, tous chargés de négocier et de conclure un traité de paix avec les rebelles de la Lombardie : c'est sur la base de ce document, comprenant la clause selon laquelle « tout ce que vous accepterez, nous aussi l'accepterons, et tout ce que vous confirmerez par votre promesse ou serment, nous le tiendrons pour valable et le mettrons en œuvre », que les envoyés conclurent à Piacenza, en Avril 1183, le traité ratifié ensuite par l'empereur à Constance⁴⁷. Depuis le XIII^e siècle, la pratique va sanctionner cette solution, à savoir la remise d'une procuration distincte de la lettre de créance conférant à l'ambassadeur des pouvoirs plus ou moins étendus dans la conduite de l'affaire qui lui est confiée⁴⁸.

Peu à peu, même la forme et les éléments constitutifs de la procuration sont pris en compte par la doctrine juridique, qui depuis longtemps déjà

45 Voir Geoffroi de Villehardouin, *La Conquête*, op. cit., p. 12 : « Et li dux lor respont : “Signor, je ai veues vos lettres ; [...] vostre signor sont [...] nos mandent que nos creons ce que vos nos direz, et tenront ferm ce que vos ferez [...]” ».

46 Voir D.E. Queller, « L'évolution », art. cit., p. 496.

47 « [...] plenam vobis nostre auctoritatis potestatem conferentes, ut quecumque vos acceptaveritis, nos quoque acceptemus, et que promissione vel iuramento firmaveritis, nos rata habeamus et exequamur » (voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 61-62 et, pour d'autres exemples, *ivi*, p. 60-63, ainsi que D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 28-29).

48 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 61-62 et 65-66.

connaissait une ample utilisation des *procuraciones ad litem* dont font état nombre de *summae* notariales⁴⁹. Un premier texte envisagé est une décrétale écrite par Grégoire le Grand en novembre 602, insérée, à la première place, dans le titre *de procuratoribus* du *Liber Extra*, et dont le sommaire affirme que « celui qui n'est pas pourvu d'un mandat régulier ne peut pas être reçu comme étant le procureur d'un autre »⁵⁰. Le cas qui en faisait l'objet était assez simple : l'évêque de Salone – selon lequel un prêtre et un *defensor* avaient agi en son nom sans son autorisation – demandait au pape de reconnaître l'invalidité des actes qu'ils avaient accomplis ; en raison de la circonspection qu'un tel cas demandait, Grégoire affirmait ne pas faire confiance à des envoyés pourvus d'une simple lettre de créance et, afin de discuter et décider la question, invitait l'évêque à lui dépêcher un envoyé pourvu d'un mandat en bonne et due forme (« *istruct[a] [...] person[a] cum mandato legaliter facto* »). À partir de ce texte, la glose ordinaire de Bernardo da Parma sur le mot *mandato* se propose d'établir les éléments que tout mandat doit présenter : ce sont le nom du mandant, la cause pour laquelle il constitue un mandataire, et la clause selon laquelle il ratifiera tout ce que ce mandataire aura fait⁵¹ ; dans une autre glose, sur une décrétale appartenant au même titre, Bernardo énumère à nouveau ces éléments, auxquels il ajoute le nom du procureur et l'indication du juge devant lequel le procureur est nommé⁵². Il en résulte ainsi les éléments nécessaires pour une procuration diplomatique : les noms du mandant et de l'ambassadeur, le but de la mission (à savoir la *causa*), le destinataire de l'ambassade et la clause *de rato*⁵³. Cette dernière, déjà utilisée dans la diplomatie pontificale au XI^e siècle – comme le montre la bulle d'Alexandre II de 1063 citée au chapitre précédent qui en contient le premier exemple connu⁵⁴ –, était devenue d'emploi courant dans la diplomatie séculière après la moitié du XII^e siècle, dans un premier temps à l'intérieur même des lettres de créance et ensuite dans de véritables procurations conçues comme des documents autonomes⁵⁵.

49 Pour quelques références, voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 116, note 39.

50 Voir c. 1, X 1.38 : « Non auditur quis tanquam alterius procurator, nisi habeat mandatum legitime factum ».

51 Voir la glose *mandato*, c. 1, X 1.38 (*Decretalium Gregorij noni liber*, op. cit., f. 81-rA).

52 Voir la glose *mandato procuratoris*, c. 13, X 1.38 (ivi, f. 83vA).

53 Pour d'autres références voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 116-117.

54 Voir *supra*, chap. 3, § 1, notes 6 et 7.

55 Voir P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 60.

Or, la distinction entre la lettre de créance et la procuration que nous avons tracée n'est pas toujours très claire dans la pratique diplomatique tout comme, souvent, dans les ouvrages sur l'*ars dictaminis*⁵⁶. La doctrine juridique cherche pourtant à établir à cet égard un partage net, sur la base du reste d'une distinction dont faisaient état les sources justiniennes entre le mandat et la lettre de recommandation, surtout au sujet des remises d'argent⁵⁷. Ainsi, en commentant un passage du *Code* établissant que quelqu'un qui prête une somme au nom d'un autre à un tiers qui lui présente des lettres de celui-ci a la faculté d'exercer l'*actio mandati* envers n'importe lequel des deux, la *Glose* d'Accurse précise que cela est vrai uniquement s'il s'agit de lettres par lesquelles le mandant le *chargeait* d'emprunter au tiers de l'argent, non de lettres par lesquelles il se limitait à le lui *recommander*⁵⁸.

Encore une fois, pourtant, c'est à Bartolo da Sassoferrato que l'on doit la formulation la plus répandue des caractères qui distinguent la créance d'une procuration, une formulation destinée à être reprise, par la suite, par Baldo degli Ubaldi et par Bartolomeo da Saliceto, ainsi que, parmi les auteurs de traités sur l'ambassadeur du XV^e siècle, par Gonzalo de Villadiego et Giovanni Bertachini. En commentant la *lex Lucius* du titre de *fideiussoribus et mandatoribus* du Digeste, où le cas est présenté d'un tel Lucius Titius qui se fait garant par lettre d'un prêt fait à son frère par un tiers, Bartolo aborde la question des lettres de créance et de leur efficacité. Parfois, dit-il, les lettres de créance sont très générales, comme par exemple : « Faites pleine confiance au porteur de ces lettres en tout ce qu'il vous dira de ma part ». Sur ce fondement, l'envoyé ne pourra rien faire en préjudice de l'expéditeur, car celles-ci sont des lettres de recommandation, de même que si elles disaient que le porteur est une personne fidèle et que l'on peut lui faire confiance : en principe, donc, elles n'obligent pas celui qui les a écrites, à moins que le caractère général de ces lettres ne soit spécifiée par la qualité des personnes concernées (par

56 Voir *ivi*, p. 66 pour un exemple significatif.

57 Voir *Dig.* 17.1.12.12 (« Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo : “rogo te, commendatum habeas sextilium crescentem amicum meum”, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est ») et *Cod.* 4.26.13.1-2.

58 Voir *Cod.* 4.35.7 avec la glose *si litteras*, qui dit : « publicas vel privatas quibus mandavit ut crederes ei pecuniam, non ut commendatum eum haberes, ut ff. e. l. si vero § cum quidam [*Dig.* 17.1.12.12] & s. quodcum. eo. l. ultim. [*Cod.* 4.26.13.2] ».

exemple si l'envoyé était le *factor* ou l'*institor* de l'expéditeur dans une certaine affaire, car alors il semble demander que l'on lui fasse confiance à l'égard de cette affaire en particulier), ou bien que l'expéditeur n'invite le destinataire à faire pleine confiance à l'envoyé en assumant expressément les risques et les périls⁵⁹. D'autres fois – poursuit Bartolo – ces lettres sont plus spécifiques, comme par exemple : « Faites pleine confiance au porteur de ces lettres, qui est entièrement informé de notre intention », ou bien : « Faites-lui pleine confiance eu égard à cette affaire ». Dans ce cas aussi, explique-t-il, il faut faire attention, car il est demandé uniquement que l'on croie à ce que le porteur reporte, non pas que l'on conclue un contrat avec lui. C'est une chose en effet que de croire à un messenger, laquelle n'implique aucune disposition ; c'en est une autre que de conclure un contrat avec lui : dans ce cas, le supposé mandant n'est point obligé, car l'envoyé a excédé le cadre de ses pouvoirs⁶⁰.

Il est clair alors que pour que l'envoyé puisse traiter des affaires et conclure des accords, il faut que cela soit expressément établi par une procuration⁶¹ : c'est là le cœur de cette doctrine, accueillie comme nous l'avons dit par Baldo et ensuite par Bartolomeo da Saliceto, qui distinguent nettement les *littere commendaticie* ou *credentie* – sur la base desquelles on ne peut pas obliger le *dominus* – du *mandatum*, le seul acte qui peut autoriser son envoyé à l'engager⁶². Gonzalo de Villadiego, quant à lui, reproduit le commentaire de Bartolo en se limitant à y apporter de très légères modifications⁶³ ; rappelons de toute façon que pour lui la procuration doit expressément qualifier l'envoyé de *procurator* pour que celui-ci soit admis à négocier au nom de son maître, la qualification de *nuntius* – comme nous l'avons vu au chapitre précédent – étant considérée sans effets pour tout acte qui demande l'exercice d'une quelconque auto-

59 Voir Bartolus a Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VI, sur *Dig.* 46.1.24(25), f. 67vA.

60 Voir *ivi*, f. 67vA-B « [...] aliud enim est credere referenti, quia hoc nullam dispositionem continet, aliud est contrahere. Si ergo cum tali, aliquis celebretur contractus, non obligat mandantem, quia excessit fines mandati, ut s. man. l. diligenter [*Dig.* 17.1.5], & quod no. de procuratoribus l. qui procuratorem, in prin. [*Dig.* 3.3.57] & j. de sol. l. hoc iure [*Dig.* 46.3.86] ».

61 C'est ce que Bartolo précise un peu plus loin, *ivi*, f. 67vB.

62 Voir les commentaires de ces juristes sur *Cod.* 4.26.13.

63 Voir Gondissalvus de Villadiego, *Tractatus de Legato*, op. cit., pars III, q. 1, f. 281-vA, n^{os} 28-31.

nomie de la part de l'envoyé⁶⁴. Enfin, Giovanni Bertachini, en abandonnant les mots *nuntius* et *procurator* enracinés dans le langage du droit privé, rapporte explicitement tout ce discours à l'ambassadeur en écrivant, en ouverture de son entrée « Ambasiator », que celui-ci « ne peut pas conclure un contrat au nom de son supérieur en vertu des lettres de créance », dès lors que, pour ce faire, il a besoin d'une procuration⁶⁵.

On le voit bien, la doctrine du droit privé représente un modèle fondamental pour l'élaboration conceptuelle de la figure de l'ambassadeur et de ses pouvoirs : il apparaît évident qu'aux nouveaux problèmes posés par les exigences de communication et négociation des communautés politiques, les juristes répondent à travers l'adaptation analogique d'un appareil conceptuel issu du droit privé. Et si les traités du XV^e siècle puisent amplement dans cette doctrine, le parallélisme avec le droit privé est explicité même par les traités des siècles suivants. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, d'après Conrad Braun, de même que personne n'écoute un *procurator* dont il n'a d'abord vu le mandat, ou reçu la confiance et la caution de celui qu'il représente, et de même que personne ne croit le *nuntius* qui n'a pas présenté ses lettres de commission, pareillement les ambassadeurs, s'ils ne montrent pas les lettres de leurs mandants, soit sont écoutés à contrecœur (ce qui finit par compromettre leur mission), soit sont renvoyés à leurs maîtres sans avoir accompli leur mission : en effet, les ambassadeurs qui n'ont pas de mandat sont souvent suspects⁶⁶. Braun distingue alors le mandat, qui implique pour lui une clause *de rato*, de l'instruction, avec ses prescriptions relatives surtout à la conduite de l'ambassadeur, des lettres de créance et de recommandation, adressées au destinataire de l'ambassade, qui en soi ne donnent à l'ambassadeur aucun pouvoir de négocier⁶⁷. Plus tard, Charles Paschal, pour lequel le mandat est « l'âme de l'ambassade », écrit qu'il faut certainement qu'on impose à l'ambassadeur ce qu'il doit dire et ce qu'il doit faire ; c'est pourquoi, de

64 Voir *supra*, chap. 3, § 3.

65 Voir I. Bertachinus, *Repertorium*, op. cit., s.v. « Ambasiator », f. 56vB : « Ambasiator non potest contrahere nomine superioris sui vigore literarum credentie. Bar[tolus] in l. Lucius circa medium ver. et hic adverte ff. de fideiussio. [Dig. 46.1.24(25)] ».

66 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., I.8, p. 17 (un passage repris plus tard dans H. Kirchnerus, *Legatus*, op. cit., éd. 1604, I.7, n^{os} 4-6, p. 223).

67 Voir *ivi*, I.11, p. 23.

même que pour les affaires domestiques des particuliers, on a inventé les mandats pour les affaires publiques des princes et des Républiques⁶⁸.

Dans ces textes, la correspondance analogique entre le *procurator* et l'ambassadeur pourvu du mandat semble témoigner du fait que c'est la procuration qui est considérée comme le document essentiel de l'ambassade, le seul qui donne à l'ambassadeur, avec la capacité à négocier, la plénitude de ses pouvoirs. Une oscillation existe à ce propos entre l'évaluation de l'importance de la procuration et de la créance : dans le *Legatus* de Frederik van Marselaer, par exemple, bien que la comparaison avec le procureur de droit privé soit proposée, il est dit que le mandat, en soi, ne produit aucun effet lorsque l'ambassadeur est dépourvu de la lettre de créance (appelée ici « *fidei tessera* »), par laquelle celui qui l'envoie demande au destinataire de lui faire confiance⁶⁹. La variété des opinions est grande à ce propos, et il arrive même de lire que « les lettres de créance des princes ont la force du mandat, et obligent le prince qui les écrit. Car bien que certains juristes estiment que les lettres de créance n'obligent pas celui qui les a écrites, à cause de leur aspect trop général voire obscur, néanmoins quand celui-ci dit “faites-lui pleine confiance à mon égard”, ou il utilise des expressions semblables, il faut affirmer le contraire »⁷⁰. Mais ceci ne paraît pas être un sentiment très partagé. Pour conclure cette brève énumération, limitons nous à rappeler qu'Abraham de Wicquefort, en s'en tenant à l'opinion traditionnelle, pour ainsi dire, affirme que les lettres de créance, comme nous l'avons vu plus haut, « donnent le caractère » à l'ambassadeur, alors que le « Pouvoir » remplit une autre fonction :

Le Pouvoir, à l'égard de l'Ambassadeur, n'est autre chose que ce qu'une procuration est à l'égard d'un particulier. [...]. Le Pouvoir est une pièce essentielle de l'Ambassade, lors qu'il faut faire ou conclurre un traité, ou bien négotier une affaire particuliere & importante, de l'execution de la quelle on a interest de s'assurer de part & d'autre⁷¹.

68 Voir C. Paschalius, *Legatus*, op. cit., éd. 1598, cap. 17, p. 108-109 (mais la phrase « *mandatum est anima legationis* » est ajoutée depuis l'éd. 1612, cap. 21, p. 99).

69 Voir F. de Marselaer, *Legatus*, op. cit., éd. 1626, II.6, p. 210 : « *Mandatorum tamen nulla penes Legatos sine hac fidei tessera, sine his litteris, auctoritas est* ».

70 Voir G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.7 p. 70, qui, à propos des « juristes » évoqués, allègue le commentaire de Bartolo sur *Dig.* 46.1.24(25) et les commentaires de Baldo et Bartolomeo da Saliceto sur *Cod.* 4.26.13.

71 A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.16, p. 377.

Nous reviendrons encore sur le rapport entre le droit privé et le droit public dans l'élaboration du droit des gens moderne. Sur la base de ce qui a été dit jusqu'ici, nous pouvons cependant dès maintenant nous interroger sur la nature de ce rapport, en considération de la « grande ambiguïté de propos » qui, à cet égard, a été attribuée aux juristes médiévaux. En particulier, en lisant les commentaires juridiques on resterait « confondu par l'incertitude de l'objet décrit ou, plus exactement, par le fait que les juriconsultes ne distinguent pas entre ce qui relève de la mission diplomatique émanée d'une autorité politique et la mission de *procurator* ou de *nuncius*, qui est certes accomplie par un *publicus officialis*, mais qui porte sur des questions que l'on pourrait qualifier de droit privé »⁷². Or, il nous semble qu'un tel jugement doit être remis en question. Avant tout, le *procurator* ou *nuntius* chargé d'affaires de droit privé, dans les textes que nous avons examinés, n'est point un *publicus officialis*, mais, simplement, un procureur ou un porte-parole : le statut de *publicus officialis* n'est concerné que lorsqu'il s'agit d'une mission confiée par une autorité politique à un envoyé qui va la représenter, ce qui bien sûr implique une référence au modèle du *procurator* ou du *nuntius* de droit privé, mais implique également une série de questions d'ordre différent, dont nous avons essayé de rendre compte plus haut en parlant de l'*officium* et du *munus legationis*. En second lieu – au-delà du fait que la distinction entre le droit public et le droit privé telle que nous l'entendons aujourd'hui est bien plus rigide qu'elle ne l'était chez les juristes médiévaux, pour lesquels ce dualisme relevait moins d'un partage disciplinaire que d'une différente orientation méthodologique dans l'étude d'un objet, le droit, conçu tout de même en sens unitaire⁷³ –, il n'est point question d'« incertitude de l'objet décrit », nous semble-t-il, mais plutôt de cadre conceptuel de référence : la réflexion en matière de représentation dans le droit privé a constitué le modèle à même d'offrir des notions (comme *nuntius*, *procurator*, *mandatum*, et bien d'autres) par lesquelles on a pu conceptualiser l'étendue des pouvoirs de l'ambassadeur, de même que deux notions tirées du droit public (*officium* et *munus*) ont fourni le modèle pour conceptualiser la nature de sa charge.

72 Voir P. Gilli, « La fonction », art. cit., p. 177.

73 Voir F. Calasso, « *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico* » (1943), *Annali di storia del diritto*, 9, 1965, p. 57-87 ; M. Stolleis, *Geschichte*, trad. fr. cit., chap. 1 ; et J. Krynen, « Introduction », in *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII^e-XVIII^e siècle)*, sous la dir. de J. Krynen et M. Stolleis, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 2008, p. 3.

4.2 Le pouvoir de négociation et ses limites

À la lumière de ce que nous avons vu dans les pages précédentes, le problème du pouvoir de négociation et de ses limites ne se pose que pour un envoyé pourvu d'une procuration, la simple lettre de créance ne donnant, en principe, aucun pouvoir en ce sens. Nous allons donc nous pencher de manière plus spécifique sur la procuration, sur sa typologie et sur les clauses qui peuvent être utilisées pour modifier son étendue, du Moyen Âge à de l'époque moderne. La réflexion juridique à ce sujet se révèle très riche et complexe, à tel point qu'il apparaît fort difficile d'en faire une synthèse ; on pourrait éventuellement observer un déplacement de son objet au cours du temps. Dans un premier moment – qui coïncide avec l'époque des glossateurs et des commentateurs, dont la doctrine est reprise au XVI^e siècle par Conrad Braun et Ottaviano Maggi –, la discussion porte en effet sur le pouvoir de l'ambassadeur de conclure des actes contraignants pour son prince : puisque l'accomplissement de nombre de ces actes requiert un mandat spécial, on s'interroge sur la possibilité d'obtenir le même résultat en ajoutant certaines clauses à un mandat général. À partir de la seconde moitié du XVI^e siècle, notamment des *Decretorum libri* d'Ayrault, la perspective semble changer, dès lors que ce sont plutôt les marges de liberté de l'ambassadeur par rapport aux ordres reçus qui vont se retrouver au centre du débat, eu égard surtout aux cas où il est pourvu d'un mandat spécial. Nous verrons pourtant que les termes de la discussion restent ceux qui ont été fixés par la doctrine médiévale du *ius commune*.

Un premier élément significatif de cette discussion, comme on le voit déjà, consiste dans la distinction du mandat en général et spécial : un procureur général ne pouvait normalement pas aliéner les biens de son mandant, remettre une dette, prêter ou recevoir un serment, conclure un contrat, régler un différend au moyen d'une transaction ; en fait, comme il a été écrit, « il est assez difficile de percevoir ce qu'un procureur général pouvait faire et qui serait d'une grande importance pour la diplomatie »⁷⁴. Le même pouvoir attribué par un mandat spécial était toutefois accordé, selon la doctrine juridique, par l'apposition à un mandat général d'une clause particulière donnant au procureur la *plena potestas* ou, comme on

74 D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 35-36, avec nombre de sources aux notes 64-67.

l'appelait aussi, la *libera administratio*. Gaines Post a montré que cette équivalence – établie dès la fin du XII^e siècle par Rogerio et accueillie par Azon, Accurse et d'autres⁷⁵ – finit par devenir commune, étant adoptée dans une décrétale de Boniface VIII⁷⁶ et reprise même par Bartolo. C'est lui qui expose cette doctrine de manière systématique, à partir de la question « quand peut-on affirmer que quelqu'un possède la *plena potestas* ? ». Sa réponse est très claire :

Certains répondent : lorsqu'il a un mandat spécial. D'autres disent, comme la *Glose* : lorsqu'il a la *libera administratio* ; à ce propos, tu dois observer que c'est la même chose que de dire "je t'accorde la *plena administratio*" et "je t'accorde la *libera administratio*". En outre, le même pouvoir est impliqué, peut-être, par la formule communément employée : "qu'il puisse faire tout ce que peut faire son maître", de sorte que par cela il semble que la *libera administratio* est attribuée⁷⁷.

Baldo degli Ubaldi ne fait que reprendre et réaffirmer cette doctrine⁷⁸.

De leur côté, les canonistes discutaient eux aussi, depuis le XIII^e siècle, les effets de la clause *de rato* et se demandaient si elle attribuait au procureur la *plena potestas*, en entraînant les mêmes effets juridiques que les autres formules indiquées⁷⁹. L'opinion affirmative, admise selon Queller dans la pratique⁸⁰, paraît confirmée au XIV^e par Francesco Tigrini⁸¹ aussi bien que par son élève Bartolo, qui semble présupposer l'attribution de

75 Voir G. Post, *Studies*, op. cit., p. 93 s. pour toute cette question.

76 Voir c. 4, VI, 1.19.

77 Bartolus de Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VII, sur *Cod.* 2.12(13).10, f. 67rA-B, n^{os} 1-3.

78 Voir Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, op. cit., sur *Cod.* 2.12(13).10, non paginé, et Id., *Super prima Digesti veteris*, per Andreas de Thorresanis de asula, Venetijs 1504, sur *Dig.* 4.4.25.1, f. 263rA.

79 L'équivalence est affirmée par Jean le Teutonique dans la glose *procuracione vel ratihabitacione* sur c. 2, *Compilatio IV*, 3.13 (= c. 8, X 3.36) : « Notare vult differentiam inter literas procuratorias et literas de rato : nam ubi aliquis simpliciter constituitur procurator licet generaliter constituatur, transigere non potest [...] ». Comme l'a montré A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., p. 122, note 47, Bernardo da Parma, dans la glose sur cette même décrétale, après avoir reporté la glose de Jean sans en citer l'auteur, ajoute pourtant un passage où il soutient une thèse différente, selon laquelle il n'y a aucune différence entre le mandat et la *littera de rato* (voir *Decretalium Gregorij noni liber*, op. cit., f. 226vA). En fait, d'après Bernardo tout mandat doit contenir la clause *de rato*, voir *supra*, § 1, notes 51 et 52.

80 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 119-120.

81 Voir Bartolus de Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VII, sur *Cod.* 2.12(13).10, f. 67rB, n^{os} 4-5, « Antiqua lectura » : « Quaero nunquid per haec ver-

pleins pouvoirs lorsqu'il écrit que la clause *de rato* ne peut pas être limitée par des formulations comme « je promets de tenir pour ratifié tout ce que mon procureur aura *légitimement* accompli », car, sous cette forme, elle est censée n'avoir aucune valeur⁸².

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, une telle question n'était point abstraite ou simplement théorique, car la détermination des pouvoirs accordés à un mandataire à travers la formulation de sa procuration permettait d'établir si son action se situait en dedans ou en dehors des limites qu'on lui avait imposées et, par conséquent, si le mandant serait personnellement obligé ou pas par le contrat conclu par son agent. On doit évaluer dans le même sens les nombreux passages où les juristes affirment la nécessité de l'observance scrupuleuse du mandat⁸³. Ainsi, Henri de Suse demande au procureur de s'en tenir au mandat avec la plus grande diligence, plus encore que celle qu'il a l'habitude d'user dans ses propres affaires⁸⁴. Bernardo da Parma, en glosant une décrétale d'Innocent III à propos d'un *procurator* qui, pourvu seulement d'un mandat général, se serait engagé à remettre un différend de son mandant à un arbitrage, écrit que le procureur agissant au-delà des limites du mandat accomplit un acte invalide⁸⁵. De même, Bartolo et Baldo, dans les passages cités ci-dessus à propos de la définition de la *plena potestas*, réaffirment l'obligation pour tout

ba promitto firmum, ratum, gratum, & acceptum, &c. videatur concessa libera administratio. [...] hoc satis aequipollere videtur [...] Fran[ciscus] Tigr[inus] ». Sur l'attribution à Tigrini, sur la base de sa signature, de plusieurs commentaires qualifiés d'« Antiqua lectura » dans l'œuvre de Bartolo, voir P. Peruzzi, « Prime note sulla vita e l'opera scientifica di Francesco Tigrini da Pisa », *Studi medievali*, 31, 1990, p. 853-899.

- 82 Voir Bartolus de Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. I, sur *Dig.* 3.3.25, f. 104rB, n° 3. L'invalidité d'une telle limitation avait déjà été affirmée par Jean le Teutonique et Bartolomeo da Brescia dans leurs gloses sur le mot *canonicae* dans c. 5, C. 21, q. 1 : voir *Decretum Gratiani*, op. cit., f. 257rA. Voir aussi, plus tard, Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, op. cit., sur *Cod.* 2.12(13).10, non paginé, à la fin du commentaire.
- 83 La même nécessité était affirmée dans les statuts des villes italiennes : quelques exemples dans P. Gilli, « Ambassades et ambassadeurs », op. cit., p. 82-83.
- 84 Voir Henricus de Segusio, *Summa aurea*, op. cit., liber I, rubrica *De Procuratoribus*, col. 392, n° 11-12.
- 85 Voir la glose *finis mandati excesserit* sur c. 9, X 1.43, qui allègue *Dig.* 17.1.5 (selon lequel « diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt : nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur »).

procurator d'observer les limites du mandat⁸⁶ ; Baldo précise en outre que, aussi large qu'elle soit, la formule par laquelle on attribue la *plena potestas* n'habilite jamais le *procurator* à faire don des biens de son mandant ou à les gaspiller, ni à accomplir un quelconque délit⁸⁷. Même dans le commentaire de Luca da Penne sur les *Tres libri Codicis* le respect du mandat est considéré comme essentiel. Le juriste couple à ce propos quelques principes juridiques à un récit, tiré de Valère Maxime et très utilisé, depuis, dans la littérature sur l'ambassadeur, portant sur le *casus belli* des guerres de Pyrrhus, à savoir l'outrage fait par les Tarentins aux *legati* romains en 281 av. J.-C. : bien que le vêtement de l'un d'eux, en effet, ait été souillé de la façon la plus ignoble, pour éviter de s'écarter des ordres qu'ils avaient reçus ils ne répondirent pas un mot à cet affront et se contentèrent de faire connaître l'objet de leur mission. Il en découle, selon Luca, que l'ambassadeur doit toujours se limiter à traiter les affaires qu'on lui a confiées, sans rien y ajouter de sa part⁸⁸.

Au siècle suivant, les textes juridiques de Martino, Del Monte, Bertachini et Villadiego n'abordent pas le problème de l'obéissance au mandat, auquel en revanche consacre une certaine attention Ermolao Barbaro. Son discours ne relève pourtant pas d'une approche juridique et n'envisage pas la question des limites que l'ambassadeur rencontre lors d'une négociation, de sorte qu'il est difficile, sur ce point, d'évaluer exactement la portée de son discours. Ce qui apparaît indubitable, c'est que Barbaro n'ignorait certainement pas le sentiment des magistratures vénitiennes à l'égard des ambassadeurs trop entreprenants : suite à nombreux incidents diplo-

86 Voir Bartolus de Saxoferrato, *Omnia, quae extant, opera*, op. cit., t. VII, sur *Cod.* 2.12(13).10, f. 67rA, n° 1 (qui allègue *Dig.* 17.1.5), et Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, op. cit., sur *Cod.* 2.12(13).10, non paginé (qui allègue la glose ordinaire *finis mandati excesserit* sur c. 9, X 1.43).

87 Voir Baldus de Ubaldis, *Lectura super Codice*, op. cit., sur *Cod.* 2.12(13).10, non paginé (« Nunquam tamen in his verbis includitur donatio vel dilapidatio [...] item nunquam includitur delictum »), ainsi qu'*ivi*, sur *Cod.* 6.60.1, non paginé.

88 Voir Lucas de Penna, *Commentaria*, op. cit., p. 318A, n° 28 : « Septimo caveat [legatus] ut a forma sibi iniuncti mandati non recedat. extra de res. rip. inter caetera [c. 4, X 1.3], sed mandatum ipsum debet in omnibus custodire. ff. man. diligenter [*Dig.* 17.1.5] & l. si quis pro e. [*Dig.* 17.1.46] & integraliter s[upra] mand. l. cum mandati [*Cod.* 4.35.12], ita quod fines eius non praetereat. Unde Valerius lib. 2 c. de institutis antiquis. Legati a senatu Tarentum [...] » (l'épisode est tiré de Valère Maxime, *Dictorum factorumque memorabilium*, II.2.5, et est discuté par Ch.L.H. Barnes, *Images and Insults. Ancient Historiography and the Outbreak of the Tarentine War*, F. Steiner, Stuttgart 2005).

matiques⁸⁹, le Sénat était intervenu en 1478 pour déplorer l'usage (qualifié de « très mauvais et très nuisible ») des ambassadeurs qui, sans aucune révérence, prétendaient s'estimer plus sages que leurs supérieurs et osaient entreprendre des affaires qui ne leur étaient pas demandées, ainsi que parler et répondre au-delà de (ou même contrairement à) ce qui était prescrit dans leurs mandats. Cette pratique était maintenant défendue sous peine de la privation des ambassades pour toujours et des offices et bénéfices publics pour cinq ans, et de la punition la plus sévère que les *avogadori de Comun* estimassent d'infliger au transgresseur⁹⁰. Nous ne savons pas si ce décret, que le *Traité du gouvernement de la cité et seigneurie de Venise* semble rappeler, au début du XVI^e siècle⁹¹, utilise le mot « mandat (*mandatum*) » au sens technique de « procuration » ou bien comme un synonyme d'« instruction » ; mais si l'on considère que, ainsi que l'affirme Donald Queller, les ambassadeurs vénitiens étaient parfois pourvus de pouvoirs même dans leur « *commissione* »⁹², on peut apprécier aussi bien la gravité du comportement des ambassadeurs concernés que la conséquente irritation des magistratures de la République.

Au XVI^e siècle, en plus de demander à tout envoyé le respect de la procuration, Conrad Braun revient sur la distinction entre les mandats généraux et spéciaux (qu'il appelle « libres » et « définis ») et sur la définition de la *plena potestas* de l'ambassadeur. Il se rattache au débat médiéval tout en ayant expressément pour but la détermination des pouvoirs non plus d'un procureur de droit privé, mais d'un véritable diplomate. Pour ce faire, il explique que les mandats libres sont habituellement confiés à propos des affaires qui ne peuvent être autrement décidées et tranchées que sur place, par des personnes présentes, comme il arrive au médecin, qui ne peut pas prescrire le temps du repas ou du bain par des lettres, mais doit « toucher la veine »⁹³. Le juriste allemand insiste particulièrement, avec quelques exemples, sur l'impossibilité qu'il y a parfois de donner un conseil à l'avance ou de loin, et rappelle à ce propos un cas ancien, se ré-

89 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 106-107.

90 Voir Id., *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 45 et 116. La législation vénitienne, sur ce point, n'était pas exceptionnelle : une règle semblable se trouve dans les *Statuti* de Pérouse de 1342, voir S. Angelini, *La diplomazia*, op. cit., p. 38.

91 Voir *Traité du gouvernement*, op. cit., p. 289.

92 Voir D.E. Queller, *Early Venetian Legislation*, op. cit., p. 45.

93 Voir C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., I,9, p. 19 : « Sunt autem duorum generum mandata, quae ad expedienda negocia publica Legatis dantur : quaedam enim sunt libera, quaedam definita, & certis quibusdam terminis conclusa ».

férant aux dix ambassadeurs envoyés par le Sénat romain, après la fin de la guerre contre Antiochos, au début du II^e siècle av. J.-C., avec un « pouvoir si plein » pour terminer les affaires, que c'était comme s'ils avaient été pourvus de mandats spéciaux pour chaque affaire traitée. « Les grands princes ont coutume de faire de même aujourd'hui dans les grandes affaires », écrit-il, « de telle sorte qu'ils confient à leurs ambassadeurs la faculté de pouvoir suppléer même aux choses qui ne sont pas comprises dans leurs mandats »⁹⁴. Braun établit à ce propos un parallèle avec les affaires des particuliers, pour lesquelles on confie parfois

des mandats libres selon la qualité des affaires à traiter, ce qui arrive quand on concède de façon générale à quelqu'un la *libera administratio* des affaires. Dans ce cas, en effet, l'envoyé est censé avoir un mandat plein pour traiter toutes les affaires que son maître pourrait lui-même traiter, même celles qui exigeraient un mandat spécial. Mais quant à ces mandats libres, si le mot "libre" ou un équivalent n'est pas tacitement ou expressément inclus, aussi généralement qu'ils aient été conçus, ils ne seront cependant jamais étendus aux affaires qui requièrent un mandat spécial. C'est pourquoi l'on a dit à bon droit que le procureur, aussi général qu'il soit, ne contracte aucune obligation s'il n'a pas un mandat lui conférant la *libera potestas*⁹⁵.

Sans rien expliquer relativement à la manière dont la *libera administratio* (ou *potestas*) pourrait être « tacitement » incluse dans le mandat – une éventualité exclue par les juristes de *ius commune*⁹⁶ –, Braun en vient ensuite aux mandats définis, à savoir ceux par lesquels quelque chose de résolu a été donné à exécuter à un ambassadeur, comme par exemple déclarer une guerre. En fait, il existe à son avis deux sortes de mandats définis : l'une, quand l'affaire à traiter est dénommée, mais sans qu'il soit indiqué par quels moyens l'ambassadeur doit opérer ; l'autre, au contraire, lorsque l'on prescrit l'affaire précise, la façon de la traiter et même les termes à employer⁹⁷.

94 Voir *ivi*, p. 19-20 (trad. fr. cit., modifiée, p. 73). Voir en outre Tite-Live, *Ab Urbe condita*, XXXVII.55-56 qui à propos de ce cas parle de « libera mandata », mais non pas de « plena potestas ».

95 *Ivi*, p. 20 (trad. fr. cit., légèrement modifiée, p. 74).

96 Voir par exemple Baldo degli Ubaldi sur *Dig.* 3.3.60 : « In tex. ibi generali non facta mentione libere. Oportet enim quod fiat mentio, quia libera nunquam praesumitur concedi, ut j. de pecul. l. quam tuberonis § alia [*Dig.* 15.1.7.1] ubi. tex. no. est » (Baldu de Ubaldis, *Super prima Digesti veteris*, op. cit., f. 218vB).

97 Voir C. Brunus, *De Legationibus*, op. cit., I,9, p. 20-21.

Voilà la classification des mandats proposée par Conrad Braun, qui reste donc proche de celle formulée déjà par les juristes médiévaux (largement allégués d'ailleurs dans les *marginalia* de son traité). Une démarche semblable est adoptée peu après par Ottaviano Maggi, sauf pour ce qui concerne les allégations, dont son traité est presque entièrement dépourvu⁹⁸. Les choses, en revanche, vont changer dès la parution des *Decretorum libri VI* de Pierre Ayrault, en 1573. En définissant le *munus* des ambassadeurs comme le respect du mandat (« *legatorum hoc praecipuum munus, ne mandata egrediantur* »), Ayrault s'interroge sur l'efficacité des clauses qui pourraient en étendre la portée. Il pose toutefois le problème de manière différente par rapport aux juristes précédents : il n'est pas question, maintenant, de discuter l'efficacité d'une clause apposée à un mandat général qui permettrait à l'ambassadeur d'accomplir des actes contraignants pour son maître et nécessitant un mandat spécial. Pour Ayrault, le problème est d'évaluer la portée d'une clause qui donnerait à l'ambassadeur une plus grande liberté, en lui permettant d'aller au-delà des limites explicitement établies par son mandat. Il se réfère donc non pas aux clauses citées plus haut (*plena potestas, et libera administratio*), mais à une autre clause, qu'il tire du *De falsa legatione* d'Eschine et qui accorde aux ambassadeurs le pouvoir d'accomplir « tout ce qu'ils pourr[ai]ent faire en plus d'une manière profitable » : en fait, dit Ayrault, cette clause ne fait référence qu'à ce qui n'est pas expressément compris dans le mandat, alors qu'elle ne permet pas aux ambassadeurs de modifier ce qu'il prescrit⁹⁹. Dans un mandat spécial, de la sorte, son inclusion accorde à l'ambassadeur le pouvoir de traiter des affaires non prévues ; tout ce qui a été expressément établi, en revanche, doit être rigoureusement respecté. C'est pourquoi, conclut Ayrault en se référant à un récit de Claudius Aelianus, les ambassadeurs athéniens envoyés en Arcadie furent condamnés à mort pour avoir suivi durant leur retour un itinéraire différent

98 Voir O. Magius, *De Legato*, op. cit., I.2, f. 16r-v, qui semble avoir bien présente l'argumentation de Conrad Braun, mais, au lieu de « *libera administratio* », utilise l'expression « *liber[a] [...] facultat[is] rerum gerendarum* ».

99 Voir P. Aerodius, *Decretorum libri VI*, op. cit., éd. 1573, liber VI, titulus XVI, cap. 1, p. 701 : « *Itaque fines mandati excedere non licebat, & quanquam in Legationibus haec novissima clausula apponebatur, legati quicquid praeterea utiliter poterunt, agunt, inquit Aeschines de falsa legatione, tamen ad ea pertinebat, quae non mandata essent nominatim* ». Voir aussi Eschine, *De falsa legatione*, 104.

de celui qu'on leur avait imposé, quoique, sous d'autres égards, ils eussent pleinement rempli leur mandat¹⁰⁰.

Ces brèves observations semblent avoir joué un rôle très important dans la littérature sur l'ambassadeur. Après Ayrault, la discussion laisse le plus souvent de côté la *libera administratio* et se concentre sur la clause tirée d'Eschine et sur ses effets. Cela relève sans doute de la tendance qu'il y a dans la réflexion humaniste à prendre appui sur les sources historiques. Le cas des envoyés athéniens, par exemple, devient lui aussi un *topos* à même de rappeler aux ambassadeurs les risques qu'ils courent lorsqu'ils s'écartent, fût-ce de manière minime, des mandats reçus, tout comme un autre cas, tiré, lui, d'Aulu-Gelle : c'est l'histoire de l'ingénieur qui, ayant été chargé par Publius Crassus Mucianus de procurer le mât le plus gros d'un navire pour l'utiliser en guerre comme béliet et étant un grand expert en la matière, considéra le mât mineur comme le plus adapté à cette fin et envoya celui-ci à son supérieur ; lequel, après avoir constaté ce qui était arrivé, convoqua le pauvre ingénieur et, sans vouloir entendre raison aucune, le fit déshabiller, battre et fouetter à mort¹⁰¹.

À ce dernier récit se rattache Félix La Mothe Le Vayer, qui, en développant un parallèle explicite avec le procureur de droit privé, approuve la punition de l'ingénieur car, comme Ayrault, il exclut que l'ambassadeur puisse altérer les ordres reçus, même en présence de la clause mentionnée¹⁰². Jean Bodin, quant à lui, s'attarde sur l'efficacité de la clause d'Eschine et l'interprète de manière bien plus restrictive que ne le faisait Ayrault, en se référant à la distinction des mandats généraux et spéciaux. En effet, pour lui une telle clause n'attribue pas à l'ambassadeur le pouvoir d'accomplir n'importe quel acte non prévu dans le mandat, dès lors que dans la négociation d'un traité elle « s'étend » uniquement « aux obliga-

100 Voir *ibidem* (et Claudius Aelianus, *De Varia Historia*, VI.5).

101 Voir Aulu-Gelle, *Noctes Atticae*, I.13.11-13, un épisode introduit dans ce débat par B. Castiglione, *Il libro del Cortegiano*, op. cit., II.24 qui insiste sur la nécessité pour tout « courtisan » envoyé en ambassade de bien considérer la « nature » de son prince avant d'évaluer l'opportunité de s'écarter de son mandat.

102 Voir F. Le Vayer, *Legatus*, op. cit., cap. 11, f. 27v-28r. à propos de la négociation : « [...] legatus omnem movebit lapidem, non modo ut quod e republica erit, sed etiam quod sibi praescriptis verbis mandatum est perficiat [...]. Hoc ergo sibi perpetuo legatus ob oculos ponat, legationis, negotiorumque gestorum rationem esse reddendam. Quod si in privatorum negotiis, mandatarius tenetur si mandati fines excesserit, quid rogo futurum putamus, de procuratore & negotiatore totius reipublicae, si fines legationis etiam occasione rei melius gerendae excesserit ? [...] ».

tions & resolutions [...] accessoires de moindre importance » ; au contraire, « s'il est question de transiger, ou quitter quelque droit », l'ambassadeur a besoin d'un « mandement special, veu mesmement qu'és moindres affaires des particuliers, un procureur ayant mandement general, avec pleine & entiere puissance, ne peut neantmoins rien donner, quitter, aliener, transiger, ny deferer, ny referer le serment à personne, sans charge speciale »¹⁰³.

D'autres traités font néanmoins état d'une approche différente : Alberico Gentili, par exemple, mentionne cette même clause en sens contraire par rapport à Bodin, comme si elle devait accorder à l'ambassadeur « le plus large pouvoir d'action (*amplissima potestas [...] agendi*) », selon des exigences dictées par les circonstances particulières du cas¹⁰⁴. Contrairement à ce qu'affirmait Ayrault, lorsqu'une telle clause est apposée, on peut selon Gentili accepter même une attitude souple à l'égard du mandat de la part de l'ambassadeur ; en cela, il rejoint pour un moment Torquato Tasso (d'après qui, dans une perspective étrangère à tout discours juridique, l'ambassadeur peut parfois s'écarter des mandats reçus)¹⁰⁵, qu'il avait en revanche critiqué durement à ce sujet au chapitre précédent¹⁰⁶. Cependant, Gentili ne va pas jusqu'à attribuer à l'ambassadeur le pouvoir d'agir de son propre chef sans aucun contrôle, dès lors qu'il précise qu'aucun ambassadeur, quel que soit le pouvoir dont il est investi, ne peut faire ce qu'il veut sans l'autorisation de son prince : si quelque chose arrive à l'encontre des attentes de tous, l'ambassadeur devra s'abstenir de donner libre cours à son autorité et, surtout quand le retard n'entraîne aucun danger, devra écrire à son prince et attendre de nouvelles instructions¹⁰⁷.

Une opinion semblable est adoptée par Jean Hotman. À son avis, l'ambassadeur pourvu d'un « pouvoir limité » est forcé de s'en tenir rigoureusement à son mandat : il vaut mieux pour lui obéir « que [...] courir risque d'estre desavdoüé » par son maître. Tout autre semblerait être la situation lorsque l'on parle « *de libero mandato* », comme il arrive quand on em-

103 J. Bodin, *Les six livres de la République*, op. cit., III.2, p. 388.

104 Voir A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., III.17, p. 128 (trad. fr. cit., modifiée, p. 254).

105 Voir T. Tasso, *Il Messaggiere*, op. cit., f. 34r-v : lorsqu'il reporte les messages des princes, l'ambassadeur n'est pas obligé d'utiliser les mots exacts qu'on lui a confiés, mais, afin de réaliser son but d'établir l'amitié entre eux, il doit savoir les changer tout en gardant leur sens.

106 Voir A. Gentilis, *De legationibus*, op. cit., III.16, p. 125-127.

107 Voir *infra*, partie III^e, chap. 4, § 2, point α), note 71.

ploie la clause d'Eschine, laquelle donnait aux ambassadeurs « toute liberté de traiter, faire & conclure ce qu'ils iugeoient estre utile pour le service de leurs Souverains »¹⁰⁸. Comme Paschal avant lui, Hotman établit même un parallèle entre la figure de l'ambassadeur pourvu de « plein pouvoir » et celle du dictateur romain, au « pouvoir » et à la « volonté » duquel jadis on remettait toute chose dans une situation de danger pour la république¹⁰⁹. Mais, finalement, ce n'est pas vraiment de « plein pouvoir » que l'on discute ici, comme on le déduit de la suite de son discours : en effet, dès lors que, apparemment à cause de l' « envie » et de la « calomnie » auxquelles tous « les hommes constituez en grandes charges » sont sujets, « nostre Ambassadeur – précise Hotman – fera bien sagement de ne conclure rien sans le commandement de son Maistre [...] : sinon, & que l'affaire ne souffrist remise, en communiquer avec deux ou trois des plus entendus serviteurs qu'ait son Maistre au païs où il est. Car venant l'affaire à baster mal, il evitera le reproche de l'avoir fait seul & sans conseil »¹¹⁰. C'est la solution adoptée également par Christoph Besold : bien qu'il soit pourvu d'un mandat « libre » comprenant les pleins pouvoirs, l'ambassadeur fera mieux d'éviter toute initiative personnelle et de se renseigner auprès de son gouvernement¹¹¹.

Une autre clause, proche de celle tirée d'Eschine et probablement assez employée dans la pratique diplomatique de l'époque, est à l'origine d'une vive discussion au sein de la doctrine juridique allemande, et ce pas seulement au sujet de l'ambassadeur. Le débat paraît avoir été amorcé par Andreas Gail dans l'édition de 1586 de son ouvrage *De pace publica*¹¹² : au milieu d'une discussion portant sur le devoir des capitaines d'obéir aux ordres reçus en guerre (où l'exemple de l'ingénieur chez Valère Maxime est lui aussi allégué), Gail affirme que le capitaine qui ne remplit pas le mandat de son chef suprême en considération des besoins et d'une cause survenue que le chef ne connaissait pas au temps de la guerre ne doit pas être puni. Il prend appui à cet effet sur un passage du *Digeste*, notamment

108 Voir J. Hotman, *L'ambassadeur*, op. cit., éd. 1603, chap. 2, p. 52-54.

109 Voir *ivi*, p. 55 (et C. Paschalius, *Legatus*, op. cit., éd. 1598, cap. 50, p. 319).

110 Voir *ibidem*.

111 Voir Ch. Besoldus, *De Legatis, eorumque Jure*, cap. 7, § 4, p. 88 (qui renvoie à Braun et Hotman). Mais sur Besold voir *infra*, dans ce §.

112 Voir A. Gaill, *De pace publica et eius violatoribus, atque proscriptis sive bannitis imperii libri duo. De pignorationibus liber unus*, apud Ioannem Gymnicum, Coloniae Agrippinae 1586, I.4, p. 42-43, n^{os} 29-30. Ce passage n'est pas présent dans la première édition de cet ouvrage, paru en 1578.

la *lex Si hominem* du titre *Mandati vel contra*, qu'il nous semble utile de présenter dès lors que c'est de son interprétation que dépendent tant l'opinion de Gail que la critique de ses adversaires. Le cas relève encore une fois du droit privé et porte sur un homme qui a reçu un esclave de son maître pour l'affranchir ; l'affranchissement lui ayant été ensuite défendu par le procureur général du maître, on demande si ce dernier peut intenter contre lui l'action du mandat, au cas où il l'aurait quand même affranchi. La réponse qu'on lit dans le *Digeste* fait dépendre la solution de l'existence d'une « juste cause » pour laquelle le procureur aurait défendu l'affranchissement : par exemple, s'il avait appris que l'esclave avait commis un faux dans les comptes qu'il avait rendus, ou qu'il avait cherché les moyens d'attenter à la vie de son maître, le possesseur est soumis à l'action du mandat s'il n'a pas respecté la sommation du procureur. Mais si le procureur n'avait aucune juste raison de s'opposer à l'affranchissement de l'esclave, le possesseur ne sera point soumis à cette action¹¹³. De cette *lex*, Gail tire le principe selon lequel un procureur général, agissant pour une cause survenue que son maître ignorait, peut excéder les limites du mandat et modifier ce que celui-ci lui avait spécifiquement ordonné¹¹⁴. Le même principe, alors, doit être observé à l'égard de l'ambassadeur qui, dans la même situation, peut dépasser les limites de son mandat pour l'utilité de son maître, surtout – ajoute Gail – si ce mandat, après des prescriptions spécifiques, comprend la clause générale qui dit : « pour tout le reste, nous nous en remettons à ta prudence et à ton discernement »¹¹⁵.

Cette clause aurait donc l'effet de garantir à l'ambassadeur la possibilité d'excéder les limites d'un mandat – que l'on suppose être spécial (ou « défini ») – en raison des circonstances concrètes dans lesquelles il agit. Bien qu'elle soit adoptée par Jeremias Setzer¹¹⁶, Georg von Schönborner¹¹⁷ et, en dehors de l'Allemagne, par Joannes a Chokier¹¹⁸, l'opinion de Gail ne

113 Voir *Dig.* 17.1.30.

114 Voir A. Gaill, *De pace publica*, op. cit., I.4, p. 42, n° 29.

115 Voir *ivi*, p. 43, n° 30 : « Haec diligenter pro Legatis, Oratoribus, & Commissarijs Principum observanda sunt, quod ex causa nova, quae committentem latebat, quandoque ex tempore, pro re nata, limites mandati sui pro utilitate, & in rem Domini excedere possint, maxime si mandato, vel instructioni, ut vocant, generalis illa clausula inserta sit : Reliqua tuae prudentiae, & discretioni committimus ».

116 Voir H. Setserus, *Legatus*, op. cit., assertiones DCCCXXXI-DCCCXXXII, non paginé.

117 Voir G. von Schönborner, *Politicorum libri VII*, op. cit., III.29, p. 326.

118 Voir J. a Chokier, *Tractatus de Legato*, op. cit., chap. 35, p. 82.

devient pourtant pas majoritaire dans les traités sur l'ambassadeur, surtout après la critique à laquelle elle est soumise par Hermann Kirchner. Après avoir distingué les ambassadeurs en *legati liberi* (à savoir ceux qui sont pourvus de la « *liber[a] [...] potestas* » de dire et faire tout ce qu'ils estiment opportun selon les exigences du cas) et en *formularii* (pourvus, au contraire, d'un mandat défini)¹¹⁹, Kirchner se penche sur les limites du pouvoir de l'ambassadeur fixées par le mandat. Laissant de côté les mandats « absolus » et « entièrement libres », ce n'est qu'aux mandats spéciaux qu'il s'intéresse, lesquels selon lui doivent être respectés scrupuleusement¹²⁰. Son opinion, à ce propos, est que l'ambassadeur ne doit rien changer de ce qui lui a été ordonné, même lorsque l'occasion et les circonstances conseillent d'agir autrement, et même lorsque le mandat inclut l'appendice disant : « nous nous en remettons à ta prudence, à ta loyauté et à ton jugement pour tout le reste »¹²¹. Ces mots, pour lui, n'attribuent pas à l'ambassadeur le « pouvoir général » d'un « mandat libre », dont il pourrait user, selon sa propre volonté, pour modifier ou annuler ce qui lui a été imposé, mais permettent uniquement que – la façon d'agir et les détails de l'affaire ne pouvant pas être prévus exactement, ou bien les circonstances offrant des meilleures conditions par rapport à celles qui avaient été envisagées – l'ambassadeur, une fois évaluées avec prudence les occasions et les solutions possibles, puisse s'appliquer avec toutes ses forces pour atteindre le but fixé dans son mandat¹²². La portée de la clause citée se restreint en somme aux préceptes qui la précèdent et ne regarde que ce à quoi elle est attachée : ainsi, si elle est attachée à un mandat spécial, elle est spéciale elle aussi et ne donne point à l'ambassadeur le pouvoir de traiter l'affaire selon sa propre volonté ou de modifier ce qui a été spécifiquement prescrit (de même qu'elle ne le donne pas à un procureur privé)¹²³. Kirchner se lance alors dans un commentaire de la *lex Si hominem*, utilisée par Gail, afin de démontrer que, dans le cas qui en fait l'objet, le procureur

119 Voir H. Kirchnerus, *Legatus*, op. cit., éd. 1604, I.2, n^{os} 31-35, p. 30-31.

120 Voir *ivi*, II.6, p. 479, n^{os} 16-18 ; dans les lignes suivantes Kirchner fait quelques exemples, parmi lesquels il y a celui tiré de Valère-Maxime, p. 480-481, n^{os} 19-26.

121 Voir *ivi*, p. 482, n^{os} 29-30 : « Nihil itaque ex sese posse neque debere in mandatis praescriptis vel corrigere legatum, etiamsi occasio & res aliud suadeat, liquido constat : neque tum quidem, quando haec appendix instructioni adjuncta : *Caetera prudentiae, fidei & iudicio tuo committimus* ».

122 Voir *ivi*, p. 482-483, n^{os} 30-31.

123 Voir *ivi*, p. 483, n^{os} 31-34.

a agi en toute conformité à son propre mandat, en protégeant, comme tout procureur général doit faire, l'intérêt de son mandant vis-à-vis d'une situation qui pouvait lui nuire : ce n'était pas à lui en effet que son maître avait demandé d'affranchir l'esclave, mais à un tiers. L'interprétation de Gail, de la sorte, est erronée et aucune possibilité pour l'ambassadeur d'excéder les limites de son mandat ne peut être déduite de cette *lex*¹²⁴. Se trouvant dans des circonstances qui le forceraient à agir à l'encontre de ce qui est établi dans son mandat, il vaudra mieux pour l'ambassadeur écrire à son prince et attendre de nouveaux renseignements, voire s'en retourner sans avoir accompli sa tâche¹²⁵.

On observe donc, vers la fin du XVI^e - début du XVII^e siècle, une tendance à interpréter les mandats (du moins, les mandats « définis ») de manière rigoureuse nonobstant l'insertion de clauses qui pourraient suggérer l'attribution d'une plus grande liberté, dans le but de limiter la sphère d'autonomie de l'ambassadeur et, conséquemment, son pouvoir d'obliger son prince au-delà des limites que celui-ci a imposées. Cette tendance se manifeste surtout dans les textes d'auteurs allemands, comme, déjà avant Kirchner, Eberhard von Weyhe¹²⁶, et, après lui, Matthias Bortius¹²⁷ et Joannes Gryphiander¹²⁸. Quant à Christoph Besold, il s'inscrit lui aussi dans ce courant, bien qu'il accorde une place, comme Paschal l'avait fait auparavant, à l'existence de situations tout à fait exceptionnelles où la nécessité impose d'agir même au-delà de ce qui est prescrit¹²⁹. De telles situations sont également admises par Frederik van Marselaer qui cepen-

124 Voir *ivi*, p. 483-484, n^{os} 34-38.

125 Voir *ivi*, p. 486-487, n^{os} 43-48 : « Praestat enim nihil omnino agere, & re infecta domum reverti, quam aliud agere, quam praescripti ratio ferat. [...] Nam cum sua cuique committere justum sit [...] certe moderator & arbiter alienae voluntatis legatus esse non debet ».

126 Voir Durus de Pascolo [*sc.* Eberhard von Weyhe], *Aulicus Politicus*, in *Speculi aulicarum atque politicarum observationum*, procurante Lazaro Zetznero, [s. l.] 1599, définitions 38-40, p. 185-186.

127 Voir M. Bortius, *De Legationibus & Legatis*, op. cit., thesis VIII, f. 118r.

128 Voir J. Gryphiander, *De legatis*, op. cit., conclusio IX, f.271r-v.

129 Voir Ch. Besoldus, *De Legatis, eorumque Jure*, op. cit., cap. 7, § 3, p. 86 : « Quaeritur hic ; An Legatis certi mandati fines transgredi licitum fiet ? Negant id recte perquam multi », parmi lesquels il cite Kirchner, Hotman et von Weyhe, en mentionnant ensuite les exemples tirés d'Aelianus et de Valère Maxime, ainsi que *Dig.* 17.1.5. Il ajoute pourtant au § 4, p. 88 : « Quae omnia, etsi vera sint, tamen ab hoc vero, flectendum ad aliud, non minus verum : quoties nempe mutantur, & hinc progignuntur eae necessitates, quae non expectant nova jussa, & consilia

dant, tout en laissant à l'ambassadeur une marge d'action bien étendue en cas de nécessité, garde néanmoins le principe de la stricte obéissance au mandat, en se rattachant à Kirchner (quoique sans le mentionner) quant à l'interprétation de la clause discutée par Gail¹³⁰. Et même Grotius n'admet aucune liberté lorsque l'ambassadeur est pourvu d'un mandat spécial¹³¹.

Si l'on considère combien ces traités insistent sur la prudence de l'ambassadeur et sur sa capacité à agir en fonction des circonstances¹³², on ne peut s'empêcher de considérer la position de l'ambassadeur comme très difficile, voire « malheureuse », ainsi que la définit le Carolus Scribani, pris comme il est dans la tenaille d'une dialectique jamais résolue entre le devoir d'agir dans des circonstances données pour protéger au mieux l'intérêt de son prince, et le devoir d'obéir le plus rigoureusement possible aux ordres que celui-ci lui a donnés¹³³. Une telle dialectique émerge clairement des discussions très riches que l'on trouve à ce sujet dans des traités comme ceux de Gasparo Bragaccia et d'Abraham de Wicquefort, d'où

sera. Quippe quae sunt mortalem supra provisum, & quae dexteritati, fideique relinquuntur Legatorum. Paschalius, *hic* [*sc. Legatus*] *cap.* 57 [dans l'éd. 1612 ; mais dans l'éd. 1598, c'est le chap. 59] ». Il en vient ensuite aux « duorum generum mandata » (pour lesquels il utilise C. Brunus, *De legationibus*, op. cit., I.9) et, à propos des « libera mandata », ajoute : « Ac porro cui data sunt libera mandata, ijs is vinculis adstringitur omnino, quae validissima sunt viro bono ; fidei nempe & pudoris. Paschalius, *hic* [*sc. Legatus*] *cap.* 58 [éd. 1612 ; dans l'éd. 1598, c'est le chap. 50], Albericus Gentilis, *hic* [*sc. De legationibus*] *libr.* 3 *cap.* 17 ».

130 Voir F. de Marselaer, *Legatus*, op. cit., éd. 1626, II.4, p. 197-200 (dans la 1^{re} édition, *KHPYKEION*, op. cit., II.4, p. 116-119, ce passage est beaucoup plus bref et la discussion de la clause en question est encore plus proche de celle de Kirchner).

131 Voir H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, op. cit., éd. 1625, II.16.21, p. 352 : « Atque hinc solvenda est celebris illa quaestio quae et apud Gellium est de mandato, an impleri possit non per idem, sed per aliud aequè utile, aut utilius quam erat id quod mandator praescripserat. Id enim ita demum licet si constat quod praescriptum erat, non praescriptum fuisse sub speciali sua forma, sed sub consideratione generaliore quae aliter quoque obtineri possit ». L'éd. de 1631 ajoute un passage qui restreint davantage les pouvoirs de l'ambassadeur : « Caeterum ubi de eo non satis constat, retinendum est quod apud Gellium eo loco legitur, dissolvi imperantis officium, siquis ad id quod facere iussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat » (Id., *De iure belli ac pacis*, op. cit., éd. 1631, II.16.21, p. 260).

132 Voir *infra*, partie III^e, chap. 4, § 2.

133 Voir C. Scribani, *Politico-christianus*, op. cit., I.26, p. 342 : « negare non possim, miseram fere Legatorum conditionem esse [...] ».

il est impossible de tirer des règles d'action claires et bonnes pour toutes les occasions¹³⁴. Quoi qu'il en soit, si nous nous en tenons à la question juridique du mandat et de ses limites (ce qui nous importe le plus, maintenant), le point essentiel du débat est celui qui porte sur la nature du mandat (« défini » ou « libre ») et sur la mesure de liberté qu'il accorde à l'ambassadeur : lorsqu'il s'agit d'un mandat spécial, nos textes, en se rattachant à la discipline du droit privé, exigent normalement qu'il soit respecté de la manière la plus rigoureuse.

4.3 La ratification des traités

La discussion sur les limites imposées au pouvoir de négociation de l'ambassadeur révèle toute sa portée problématique lorsque l'on songe aux difficultés et à l'embarras causés à un gouvernement vis-à-vis de sa contrepartie par une action menée par son ambassadeur au-delà des ses pouvoirs et par la conséquente nécessité de désavouer les actes qu'il a négociés. Nos traités posent en effet de manière unanime le principe selon lequel le prince est tenu de respecter tout accord conclu par son ambassadeur dans les limites des pouvoirs qu'il lui avait attribués¹³⁵. Il y a néanmoins à cet égard deux questions sur lesquelles nous voudrions nous interroger et qui sont en quelque mesure liées entre elles : la première porte sur le rapport entre la procuration et l'instruction secrète¹³⁶, pour savoir si un accord né-

134 Voir G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.7, et A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., II.5.

135 C'est un principe posé déjà par Guillaume Durand à l'égard du pape, in Gulielmus Durandus, *Speculum iudiciale*, op. cit., liber I, particula I, rubrica *De Legato*, § 4, p. 39B, n° 52. Voir en outre Martino da Lodi, selon lequel « contractum non potest Princeps infringere nisi ex causa, quia licet Deus subiecerit leges principibus, non tamen subiecit contractus [...] » (*De confederatione*, op. cit., q. 5, p. 414).

136 Dans les traités, dès la moitié du XVI^e siècle, apparaît très souvent la distinction entre les *mandata manifesta* et les *mandata occulta*, qui reproduit, pour la procuration, la duplication décrite plus haut à propos de l'instruction (voir *supra*, dans ce chapitre, § 1, point β)). Nous avons déjà mentionné la difficulté qu'il y a souvent à tirer de ces textes une classification claire et univoque des documents diplomatiques. En ce qui nous concerne ici, la distinction décisive est celle entre le mandat au sens technique de « procuration » (un document public qui attribue le pouvoir de négocier) et tout autre document (soit il un *mandatum occultum* ou une instruction secrète) destiné uniquement aux yeux de l'ambassadeur.

gocier conformément à l'une mais au-delà des limites fixées par l'autre est contraignant pour le prince ; la seconde porte sur l'existence et sur la nature d'une procédure de confirmation des traités, après leur conclusion, visant à les rendre productifs d'effets juridiques (une procédure que le droit privé, en principe, ne connaissait pas)¹³⁷.

Contre une opinion traditionnelle soutenue, parmi d'autres, par Maulde-La-Clavière et Harold Nicolson¹³⁸, Donald Queller et, plus tard, Pierre Chaplais ont avancé la thèse selon laquelle dans la diplomatie médiévale il pouvait bien arriver que, dans des circonstances données, l'ambassadeur accomplît des actes immédiatement contraignants pour son prince, selon le modèle de droit privé, de sorte que la ratification de ses actes de la part de celui-ci n'était point nécessaire afin de garantir leur validité et efficacité. Cela devait arriver quand la procuration comprenait la clause *de rato* (ou même, peut-être, une autre clause équivalente attribuant à l'envoyé la *plena potestas* ou la *libera administratio*), dont l'effet aurait été de rendre l'acte conclu par l'ambassadeur immédiatement productif d'effets juridiques et susceptible d'exécution : en d'autres mots, cette clause aurait impliqué une sorte de ratification à l'avance de tout acte accompli dans les limites établis par la procuration. Dans le cas contraire, à savoir quand un ambassadeur ne disposait pas de ces pouvoirs, la ratification de tout acte accompli était indispensable afin de le rendre obligatoire, de même que lorsque le traité négocié par des ambassadeurs munis de pleins pouvoirs prévoyait expressément la ratification de la part des chefs politiques qui

137 Dans sa réflexion au sujet de la représentation en droit privé, Baldo parle souvent de « confirmation (*ratificatio*) » à l'égard de la régularisation d'un acte accompli par un faux *procurator*, à savoir par un *procurator* dépourvu du mandat. Cela n'est pourtant qu'une reprise et une discussion de la règle selon laquelle *ratihabitio mandato comparatur* : par sa confirmation, le *dominus* ne fait qu'accueillir après-coup dans sa propre sphère juridique les effets de l'acte accompli par le faux *procurator*. Voir à ce propos son commentaire sur Cod. 4.50.6 cité *supra*, chap. 3, § 2, notes 112 s. On pourrait d'ailleurs rappeler la glose *procurator* sur Dig. 46.8.12.1 : « in falso [procurator] exigitur ratihabitio : in vero non. Nam cogimur habere ratum, ut s. de procura. l. non solum. circa prin. [Dig. 3.3.39.1] » ainsi que des sources antérieures. Pour une discussion de la *ratificatio* dans la doctrine du droit privé, voir G.P. Massetto, « La rappresentanza », op. cit., p. 425-432, et P. Legendre, « Du droit privé », op. cit., p. 13-14.

138 Voir M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. III, p. 196, et H. Nicolson, *The Evolution of Diplomatic Method*, Constable, London 1954, p. 41.

les avaient envoyés¹³⁹. D'après Queller, la pratique de conclure des traités ayant un effet immédiat se serait répandue dès le XIII^e siècle, avec l'essor de la procuration, et aurait été assez commune, surtout en dehors de l'Italie, également au XV^e siècle, comme le montre le petit nombre de ratifications présentes dans les archives, si on le compare au nombre total de traités négociés¹⁴⁰. Par ailleurs, la ratification de la part du prince en personne pouvait être accomplie même quand elle n'était pas nécessaire d'un point de vue strictement juridique : par exemple, lorsque l'on voulait attribuer à l'accord une plus grande certitude, surtout si le statut social de l'ambassadeur qui l'avait négocié n'était pas très élevé (la répudiation, dans le cas contraire, étant tout à fait improbable). Une autre raison pour ratifier un accord tenait à l'exigence de donner une plus grande publicité ou une solennité toute particulière aux résultats d'une négociation. Il existait même la pratique de renouveler la ratification d'un accord déjà en vigueur depuis longtemps, voire de la renouveler périodiquement : évidemment, il ne s'agissait là de rien de plus qu'une manifestation de sa propre bonne foi. Dans toutes ces situations, donc, le caractère juridiquement superflu de la ratification n'empêchait pas l'existence d'autres raisons pour lesquelles elle pouvait apparaître souhaitable¹⁴¹.

Une telle thèse se situe dans le sillage des recherches menées, vers le milieu du siècle dernier, par John Mervin Jones au sujet des pleins pouvoirs et de la ratification, en précisant les conclusions à l'égard de la fin du Moyen Âge. Jones a en effet étudié le moment de rupture représenté par les Révolutions américaine et française dans l'histoire de la conclusion des traités : auparavant, en cas d'attribution de pleins pouvoirs à l'envoyé diplomatique, la ratification aurait été obligatoire (bien qu'il ne s'agisse que de la reconnaissance d'un acte déjà obligatoire en soi), alors qu'après elle serait peu à peu devenue un acte tout à fait libre et discrétionnaire, par lequel les Parlements auraient rendu valable un accord qui, jusqu'à ce moment-là, n'aurait entraîné aucun effet juridique¹⁴². Selon Queller, l'obligation, quoique simplement formelle, de ratifier un traité conclu par un plé-

139 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 209-211 ; P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 60-61..

140 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 213.

141 Voir *ivi*, p. 214-222, et P. Chaplais, *English diplomatic practice*, op. cit., p. 61 et 71.

142 Voir J.M. Jones, *Full Powers and Ratification : A Study in the Development of Treaty-making Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge 1949.

nipotentielle, telle que Jones l'a décrite pour l'Ancien régime, ne serait que le produit d'une évolution historique des XVII^e et XVIII^e siècles : à la fin du Moyen Âge, en revanche, dans nombre de cas la ratification n'aurait pas été un passage obligatoire, tout en étant néanmoins, comme on l'a vu, souhaitable pour plusieurs raisons¹⁴³.

Or, bien que les nombreux cas tirés de la pratique diplomatique et présentés par Queller et Chaplais à l'appui de leur thèse paraissent tout à fait convaincants, du point de vue de la doctrine juridique médiévale la question nous semble être moins tranchée ; en particulier, l'absence d'une réflexion accomplie à ce sujet rend difficile une évaluation approfondie. Comme l'a relevé Antonio Padoa Schioppa à propos des canonistes du XIII^e siècle, les sources juridiques de cette époque n'affirment pas de manière nette le principe selon lequel la clause *de rato* instituait un lien direct et exclusif entre le mandant et le tiers qui avait négocié avec le mandataire ; le débat sur les effets de cette clause était riche et portait sur la nécessité de son inclusion dans un mandat pour qu'il fût valable¹⁴⁴, aussi bien que sur son équivalence avec d'autres clauses attribuant au mandataire la *libera administratio* et la *plena potestas* (qui à leur tour, comme nous l'avons vu, loin d'impliquer forcément la représentation parfaite, ne faisaient qu'élargir l'éventail des pouvoirs du mandataire)¹⁴⁵. Ce n'est qu'à une époque plus tardive que ces clauses finissent par assurer la naissance d'une obligation directement à l'égard du mandant. À ce propos, les seules références aux ambassadeurs que nous avons repérées se trouvent dans le *consilium* d'Angelo degli Ubaldi cité plus haut – qui mentionne le « *syndicus* » et l'« *actor universitatis* » à côté du notaire et du tuteur parmi les sujets qui, en raison de leur office public, sont admis à agir en produisant des effets directement dans la sphère juridique d'autrui¹⁴⁶ –, ainsi que dans les commentaires sur le passage du *Digeste* auquel Angelo renvoie dans ce *consilium* – qui à son tour accorde à l'« *acto[r] municipii* » le pouvoir de conclure un contrat produisant directement des effets juri-

143 Voir D.E. Queller, *The Office*, op. cit., p. 209.

144 Voir *supra*, dans ce chapitre, § 1.

145 Voir *supra*, dans ce chapitre, § 2. Voir A. Padoa Schioppa, « Sul principio », op. cit., p. 120-122.

146 Voir *supra*, chap. 3, § 2, note 121.

diques pour le *municipium*¹⁴⁷. Sur un plan plus général, nous avons vu l'énumération, chez Bartolo, des situations spécifiques concernant de droits « si personnels, qu'ils ne peuvent pas être transférés du *procurator* au *dominus* »¹⁴⁸.

On rappellera que, parmi ces situations, il y avait aussi la prestation d'un serment : dans ce contexte, elle acquiert une importance toute particulière, dès lors qu'elle a été depuis l'Antiquité et pendant tout le haut Moyen Âge le seul moyen connu pour confirmer formellement un traité après sa conclusion. Dans cette cérémonie à caractère essentiellement religieux, qui a intéressé la quasi-totalité des traités conclus jusqu'au XIV^e siècle¹⁴⁹, les chefs politiques pouvaient engager personnellement leur foi ou bien faire prêter à leurs envoyés, dûment habilités, un serment ayant effet directement sur leur âme : nous avons vu, à ce propos, l'exemple de la mission accomplie à Venise par Geoffroi de Villehardouin et ses collègues, qui en 1201 prêtèrent serment sur l'âme de leurs maîtres en confirmant l'accord pour la fourniture des navires nécessaires à la croisade¹⁵⁰. Un effet non secondaire de cette procédure tenait au fait que l'exécution du traité ainsi confirmé était immédiatement attirée dans la sphère de la juridiction ecclésiastique¹⁵¹, sans besoin d'aucune prévision spécifique en ce sens, la rupture du serment constituant un péché grave qui justifiait l'intervention de l'Église dans les affaires temporelles. C'était le principe fixé par Innocent III dans une décrétale devenue célèbre non seulement dans le domaine du *ius foederis*, comme en témoigne la littérature consacrée à ce

147 Voir Dig. 13.5.5.9 et les commentaires sur ce passage de Bartolo, Baldo et Angelo. Ce dernier en particulier écrit : « Dictum est s. in § Iulianus de procuratore qui privatum gerit officium : hic de his qui publicum gerunt officium, qui possunt concipere verba solutionis directa in personam domini sui : dicendo constitui te mihi soluturum domino meo. In tex. ibi, municipium : Nota quod cuilibet universitati ex contractu sui administratoris competit actio sine cessione » (Angelus de Perusio, *Super secunda parte Digesti veteris*, impressum per Joannem Molyn alias Chambray, Lugduni 1534, f. 41rA).

148 Voir *supra*, chap. 3, § 2, note 104.

149 Voir M. Constant, « Les traités : validité, publicité », in *L'invention*, op. cit., p. 236-237.

150 Voir *supra*, dans ce chapitre, § 1, point γ) ; pour la réflexion des canonistes et des civilistes à ce sujet, voir *supra*, dans cette partie, chap. 3, § 2.

151 Voir N. Offenstadt, *Faire la paix*, op. cit., chap. 11 ; K.-H. Ziegler, « The influence », op. cit., p. 150 ; R. Lesaffér, « Peace treaties », op. cit., p. 24 ; et Id., « The Influence », art. cit., p. 464.

sujet¹⁵², mais plus en général dans le débat sur la séparation du pouvoir spirituel du temporel, dès lors qu'elle affirmait la *potestas indirecta in temporalibus* de l'Église *ratione peccati* : il s'agit de la décrétale *Novit ille* (c. 13, X 2.1), qui concernait justement un cas de rupture, de la part de Philippe II Auguste, d'un accord qu'il avait conclu et confirmé personnellement par serment avec son vassal Jean sans Terre, roi d'Angleterre¹⁵³. À côté de la prestation du serment, la procédure de confirmation des traités prévoyait normalement l'échange de documents signés et scellés dont la fonction, jusqu'au XII^e siècle, était simplement de mentionner la prestation du serment elle-même et d'en fournir la preuve. Dès le XIII^e siècle toutefois, parallèlement à la diffusion toujours plus large des procurations, ces documents commencèrent à acquérir une valeur de plus en plus importante, la ratification écrite devenant peu à peu l'acte essentiel dans la procédure de confirmation des traités, et le serment n'étant plus qu'une garantie ultérieure relevant du domaine du droit canonique, réservée, dès la moitié du XVI^e siècle, aux traités particulièrement solennels¹⁵⁴.

Nous revoilà alors à la ratification. Si pour le Moyen Âge il est difficile d'évaluer la pertinence de la thèse de Queller et Chaplais à cause de l'absence d'une réflexion envisageant spécifiquement ce sujet, quelques éléments en plus, en revanche, nous sont fournis par les textes du XVI^e et du XVII^e siècle. Un parcours à travers cette littérature nous est offert par la polémique engendrée à propos du « mémorable exemple de mauvaise foi » donné par Ferdinand le Catholique en 1503, pendant la guerre entre la France et l'Espagne dans le Royaume de Naples, lorsqu'il refusa de ratifier l'engagement pris en son nom par son gendre, l'archiduc Philippe, en-

152 Voir Martinus Laudensis, *De confederatione*, op. cit., q. 19, p. 421 (« Papa potest compellere Principes ad servandam pacem inter eos contractam. c. novit. de iud. [c. 13, X 2.1] »), et q. 22, p. 422 (« Crimen fractae pacis inter Principes pertinet ad iudicium Ecclesiasticum. Inn. in c. novit. de iud. [c. 13, X 2.1] »), mais aussi, dans les toutes premières décennies du XVII^e siècle, G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., III.1, p. 213 qui, en plus de la décrétale *Novit ille*, allègue le commentaire qu'en a fait Innocent IV.

153 Sur cette décrétale, voir M. Maccarrone, « Innocenzo III e la feudalità : “non ratione feudi, sed occasione peccati” », in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècles). Bilan et perspectives de recherches*, École française de Rome, Roma 1980, p. 457-514.

154 Voir R. Lesaffer, « Peace Treaties », op. cit., p. 23 et 25-26, ainsi que M. Constant, « Les traités », op. cit., p. 237-238.

vers la France¹⁵⁵. Guicciardini en a fait un récit assez détaillé dans sa *Storia d'Italia*, en écrivant que l'archiduc Philippe, une fois obtenu de ses beaux-parents « de larges pouvoirs et toute liberté (*ampia facoltà e libero mandato*) de conclure la paix avec le roi de France », s'était rendu, accompagné par deux ambassadeurs, auprès de Louis XII, qui l'avait accueilli avec magnificence et honneur s'agissant d'un jeune homme « promis aux plus hautes dignités parce qu'il était au premier rang dans la succession de l'Empire romain et des royaumes d'Espagne, avec tous les territoires qui en dépendaient ». Le 11 avril, après une négociation menée à Blois pendant quelques jours, la paix avait été conclue ; immédiatement après, elle avait été « solennellement rendue publique dans la cathédrale [...], et scellée par le serment du roi, et celui de Philippe, comme procureur des rois d'Espagne, ses beaux-parents »¹⁵⁶. Nonobstant la remise d'un « *libero mandato* », l'engagement d'un personnage de très haut rang (une *credibilis persona*, pourrait-on dire), la publication solennelle du traité par serment et même un commencement d'exécution de l'accord (au moins de la part du roi français), on envoya tout de même quelqu'un en Espagne pour donner la nouvelle de la paix et demander sa ratification : s'agissait-il d'un acte juridiquement nécessaire ou simplement souhaitable ? Guicciardini ne fournit pas une réponse nette, mais, de son récit, il semble qu'il était considéré comme nécessaire par Louis XII. C'était en tout cas une ratification que Ferdinand et Isabelle, quant à eux, n'étaient point pressés d'accorder : ils évitèrent pendant des semaines de donner une réponse, en « alléguant tantôt qu'ils n'étaient pas tout les deux au même endroit, comme cela était nécessaire puisqu'ils devaient établir conjointement les documents, tantôt qu'ils étaient très occupés par d'autres affaires », et en se réservant le plus longtemps possible le loisir de « prendre une décision selon l'issue des choses ». Vers la mi-mai, les troupes espagnoles obtinrent la victoire et entrèrent à Naples. Louis XII, s'estimant trompé,

se plaignit très vigoureusement auprès de l'archiduc, qui n'avait pas encore quitté Blois, en lui demandant de prendre les dispositions nécessaires s'il voulait conserver son honneur et rester digne de confiance ; et l'archiduc, qui n'était pas fautif, demandait très instamment réparation à ses beaux-parents, en leur reprochant par-dessus tout que les choses se fussent passées ainsi, de façon si infamante pour lui, aux yeux du monde entier.

155 M.A.R. de Maulde-La-Clavière, *La diplomatie*, op. cit., t. III, p. 219.

156 Voir F. Guicciardini, *Storia d'Italia*, op. cit., VI.15, p. 573-574 (trad. fr. cit., p. 407).

Forcés par leur gendre, qui ne voulait pas partir de Blois sans avoir réglé l'affaire, Ferdinand et Isabelle, décidés à « faire fi de la paix conclue », envoyèrent de nouveaux ambassadeurs « qui, après avoir négocié quelques jours, rendirent enfin manifeste que l'intention de leurs souverains n'était pas de ratifier ce traité de paix, qui avait été établi d'une façon qui n'était pour eux ni honorable ni sûre »¹⁵⁷. Ce qui nous importe le plus, pourtant, c'est l'argument utilisé par les rois d'Espagne afin de désavouer la négociation menée par un envoyé de très haut rang pourvu d'un « *libero mandato* » :

Lors d'une vive discussion avec l'archiduc, ils [*sc.* les ambassadeurs de Ferdinand] lui dirent que ses beaux-parents s'étaient beaucoup étonnés que, dans les clauses du traité, il eût outrepassé leur volonté ; car, bien que pour son honneur le mandat qu'il avait reçu lui donnât toute liberté et toute latitude (*mandato [...] libero e amplissimo*), il devait s'en tenir aux instructions qui avaient été définies (*istruzioni [...] limitate*). Ce à quoi Philippe répondait que ses instructions n'étaient pas moins libres que son mandat ; et même, que ses beaux-parents lui avaient l'un et l'autre expressément dit à son départ qu'ils désiraient et voulaient la paix par son entremise, et qu'ils lui avaient juré, sur les Évangiles et sur l'image du Christ en croix, qu'ils observeraient tout ce qui serait conclu par lui ; et, néanmoins, qu'il n'avait pas voulu utiliser une si ample et si totale liberté, si ce n'est avec le concours des deux hommes qu'ils avaient envoyés avec lui¹⁵⁸.

La question portait donc sur l'excès du mandat de la part de Philippe, ou mieux, le mandat étant « *libero* », sur l'excès des instructions (évidemment secrètes) qui accompagnaient le mandat ; et le fait que, après une victoire militaire éclatante, Ferdinand et Isabelle eussent recours à un argument juridique pour faire face aux accusations de mauvaise fois qu'on leur adressait – en soulevant un problème, celui du conflit entre le mandat et l'instruction, qui devait être traité dans la littérature sur l'ambassadeur de l'époque suivante – témoigne aussi du rôle que ce type d'argumentation, aussi sophistiquée fût-elle dans un cas pareil, jouait dans ce genre d'affaires. Il n'en reste pas moins que la manœuvre des rois espagnols, à cette occasion, ne réussit pas : en effet, Louis XII chassa leurs ambassadeurs en affirmant « que cela lui semblait chose [...] détestable et abominable que ces rois, qui se glorifiaient tant d'avoir acquis le titre de Catholiques, tinsent si peu compte de leur honneur, de la parole donnée, du ser-

157 Voir *Ivi*, VI.1, p. 585-586 (trad. fr. cit., p. 415-416).

158 *Ivi*, p. 586-587 (trad. fr. cit., p. 416).

ment et de la religion, et n'eussent aucun respect pour l'archiduc, prince si grand, si noble et si plein de vertu »¹⁵⁹.

Ce cas est rappelé quelques décennies plus tard par Jean Bodin, au moment où il se penche sur la nature du mandat et sur la façon la plus sûre d'obtenir la ratification des accords conclus par un ambassadeur. Dans le chapitre 6 du livre V de la *République*, consacré à la « seureté des alliances & traictés entre les Princes », le juriste d'Angers avertit qu'un point sur lequel les Princes se sont souvent trompés, et se trompent d'ordinaire, est qu'il ne faut rien négocier avec des ambassadeurs, députés ou lieutenants dépourvus de « charge spéciale » – dans l'édition latine de 1586, « *sine mandato singularum rerum amplissimo, & quammaxime fieri poterit, copiosissimo* », une expression qui semble vouloir exprimer à la fois le caractère spécial du mandat et la portée très large des pouvoirs qu'il attribue à l'ambassadeur¹⁶⁰. Quelque promesse de ratification que l'on fasse, en effet, il n'y a jamais pour Bodin aucune assurance, d'autant que le prince qui promet personnellement « demeure obligé de sa part », tandis que l'autre prince, celui qui promet par l'entremise de son ambassadeur, « demeure tousiours en liberté d'accepter ou reietter les conditions du traicté »¹⁶¹. Bodin demande donc un mandat spécial, avec des pouvoirs très larges et la clause *de rato*, par laquelle le prince s'oblige à accepter le traité conclu par son ambassadeur. Afin d'illustrer son opinion, il rappelle l'exemple de Philippe auprès de Louis XII : l'archiduc négocia en vertu d'une « commission bien ample, qu'il avoit de son beau pere » et qui contenait la promesse de Ferdinand de ratifier l'accord¹⁶². Une fois la paix conclue, ce dernier attendit pourtant « l'issue des affaires de Naples », où les Français furent vaincus, après laquelle il n'y eut « plus de nouvelles que Ferdinand ratifiast le traicté fait avec le Roy de France : s'excusant que l'Archiduc n'avoit pas eu charge speciale »¹⁶³. Selon Bodin, le reproche adressé à l'archiduc fut donc qu'il avait excédé son mandat dans la mesure où c'était un mandat général qui ne l'habilitait pas à engager ses mandants. La question n'est pas pour lui celle du rapport entre le mandat et l'instruction, mais plutôt celle de la nature même du mandat ; en effet, il

159 Voir *ibidem*.

160 Voir Jean Bodin, *Les six livres de la République*, op. cit., V.6, p. 818 (et *De Republica libri sex*, op. cit., V.6, p. 606).

161 Voir *ibidem*.

162 *Ibidem*.

163 Voir *ibidem*.

n'y a que le mandat spécial pourvu de la clause *de rato* qui donne toute assurance relativement aux effets contraignants, pour le prince, de l'accord conclu par son ambassadeur. Bodin poursuit alors en précisant qu'il faut pour le moins que dans la rédaction de l'accord « le temps soit prefix, dedans lequel la ratification se doive faire : avec clause resolutive à faute de ce faire : car en matiere d'estat, & de traictés entre les Princes & Republiques la ratification taisible n'est pas seure »¹⁶⁴. C'est pourquoi, la conclusion du raisonnement pose une alternative entre la remise d'un mandat spécial *ex ante* et la ratification expresse du traité *ex post* : le juriste angevin préconise en effet de « ne rien conclurre sans charge speciale, ou ratification expresse : car on n'a iamais faute d'excuses & subtilités, pour couvrir sa desloyauté »¹⁶⁵.

Le cas des rois Catholiques « qui ne voulurent pas s'en tenir à la paix conclue par leur gendre qui, cependant, avait pour cela le mandat le plus large », est abordé ensuite par Alberico Gentili dans son *De iure belli*¹⁶⁶. Comme Guicciardini, Gentili reproche à Ferdinand et Isabelle de s'être justifiés en se rapportant aux instructions « limitées » qu'ils auraient remises à l'archiduc. C'est une mauvaise façon de faire, à son avis, qui ne convient point à un roi : celui-ci devrait utiliser « une seule plume [et] une seule langue », tandis que les rois espagnols remirent à l'archiduc en même temps un mandat et des instructions en sens contraire et, de surcroît, inconnues à leur contrepartie. Comment pourrait-t-on établir des accords certains, demande Gentili, si l'on admettait cette façon de procéder¹⁶⁷ ? Le juriste italien affirme avec décision l'illégitimité d'une telle conduite et semble même suggérer qu'en cas de désaccord entre le mandat et l'ins-

164 *Ibidem*.

165 Voir *ivi*, p. 819.

166 Voir A. Gentilis, *De iure belli*, op. cit., III.14, p. 594 : « Ille casus habet minus dubitationis, quod catholici reges noluerint aliquando paci stare per generum initae : qui ad id tamen habebat mandatum amplissimum ».

167 Voir *ibidem* : « Sed reges respondebant, instructiones limitatas genero fuisse additas. Male : & contra illa, quae decent principem. *Semel locutus sum : Quod scripsi, scripsi : Unus calamus, una lingua : Immobiles, ut lapis angularis, ut polus in caelo, &c.* Horum autem catholicorum duo calami, duae linguae. Et, quod est intolerabilius, calamus ille instructionem, & lingua illa hosti ignara. Aut quod potest certum iniri foedus, si ratio ista recipitur ? ». Les mots soulignés (par le même Gentili) sont tirés d'un *consilium* de Filippo Decio (voir Ph. Decius, *Primum volumen consiliorum*, a Philippo Pincio Mantuano impressa, Venetijs 1523, consilium 286, f. 83rA-84rA : 84rA).

truction, d'autant plus si celle-ci est secrète, ce n'est qu'au premier qu'il faut faire référence pour établir l'extension des pouvoirs de l'ambassadeur. Mais il ne s'arrête pas là : immédiatement après, il ajoute en effet un autre bref exemple, tiré des *Commentaria* d'Enea Silvio Piccolomini et portant sur la promesse des ambassadeurs florentins relative à la contribution de leur ville pour la croisade. Quand le pape leur avait rappelé leur promesse, ils avaient répondu que, selon la coutume de la cité, elle ne devait pas être considérée valable tant que le Conseil ne l'aurait pas approuvée : un acte « honteux », comme le définit Gentili en reprenant les mots de Piccolomini, car « en quel mandat pourra-t-on croire, si l'on reçoit cet argument ? ». Toujours en suivant les *Commentaria*, il qualifie même d'« invalide » un mandat qui rend nécessaire la ratification des accords conclus¹⁶⁸. Par rapport à Bodin, Gentili paraît donc affirmer avec plus de décision l'opérativité immédiate des accords conclus en conformité avec le mandat et par conséquent leur caractère immédiatement contraignant à l'égard des princes concernés. À partir de ce moment, cette thèse est destinée à trouver dans la littérature juridique un consensus de plus en plus large, bien que, comme nous allons le voir, l'opportunité de procéder tout de même à la ratification des accords, en principe superflue, soit elle aussi souvent rappelée.

Le rapport entre le mandat et l'instruction secrète est repris et résolu de la même manière que Gentili, quelques années après lui, par Hugo Grotius qui, dans son *De iure belli ac pacis*, aborde par deux fois cette question. La première, dans le chapitre sur les promesses, à savoir dans une perspective qui relève moins du droit des gens que du droit privé et naturel, où il pose la question de la promesse faite par personne interposée. Selon Grotius, nous pouvons nous obliger par l'entremise d'un autre homme, pourvu qu'il soit manifeste que, en le choisissant, nous avons voulu en faire notre instrument, pour l'affaire particulière en question ou bien en vertu d'une procuration générale. Il peut arriver pourtant, dans ce dernier cas, que cet

168 Voir A. Gentili, *De iure belli*, op. cit., III.14, 594-595 : « Sic legati Florentini obligant se, & civitatem ex mandato, at ait civitas postea, illud de mandato ita fieri apud eos ex more : verum nihil esse antea ratum, quam magna probasset factum concio civitatis. Eccui poteris mandato credere, si ratio ista recipitur ? Aut res adeo necessaria vitae humanum, ut est usus procuratorum, de vita tolletur ? Contra hos Florentinos Pius secundus, turpe, mittere mandata invalida ; & turpius, eis uti. Verissime. Etsi nihil profecit papa » (trad. fr. cit., légèrement modifiée, p. 551-552). Voir les mots très durs écrits par E.S. Piccolomini, *I Commentarii*, a c. di L. Totaro, Adelphi, Milano 2004, IV.7, p. 660-662.

homme nous oblige tout « en agissant contre notre volonté qui n'est connue que de lui seul », puisqu'en fait il y a dans la procuration deux actes distincts de volonté à considérer : l'un, par lequel nous nous obligeons à ratifier tout ce que notre procureur fera dans un tel ordre d'affaires (à savoir, la clause *de rato*) ; l'autre par lequel nous l'obligeons envers nous à ne point agir si ce n'est en vertu de nos instructions, connues de lui et non des autres. Alors que le premier acte de volonté concerne le rapport du mandant au tiers, il semble que pour Grotius le second n'ait trait qu'au rapport entre le mandant et le mandataire, tandis qu'il est sans effets à l'égard du tiers qui a contracté avec le procureur. « C'est ce qu'il faut remarquer à propos des promesses faites par les ambassadeurs pour les rois – conclut-il en déplaçant son discours sur le plan du droit des gens –, en vertu de leurs lettres de procuration, mais en dehors de leurs instructions secrètes »¹⁶⁹ : un passage qui, significativement, dès l'édition de 1642 contient une note renvoyant à l'*Histoire d'Italie* de Guicciardini et aux *Historiae de rebus Hispaniae* de Juan de Mariana sur le cas de l'archiduc Philippe auprès de Louis XII¹⁷⁰. Plus loin, dans le chapitre du livre III portant sur les conventions des puissances subalternes dans la guerre, Grotius s'exprime de manière encore plus nette en affirmant le principe selon lequel « celui qui a chargé quelqu'un de conduire une affaire se trouve obligé, quand bien même celui qui a reçu ses pouvoirs a agi contre ses ordres secrets, pourvu que ce soit dans les limites de sa mission connue du public »¹⁷¹.

Malgré le conseil, souvent formulé à l'égard des ambassadeurs, de s'en tenir scrupuleusement aux termes de leur instruction secrète¹⁷², la thèse de Gentili et de Grotius va l'emporter, ainsi que le montrent non seulement l'ouvrage d'un philosophe et spécialiste du droit naturel comme Samuel von Pufendorf¹⁷³, mais aussi un traité sensible à la pratique bien plus qu'à toute argumentation doctrinale comme *L'Ambassadeur et ses fonctions*

169 Voir H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, op. cit., éd. 1625, II.11.12, p. 270 (trad. fr. cit., p. 326).

170 Voir Id., *De iure belli ac pacis*, op. cit., éd. 1642, II.11.12, p. 204 et 208.

171 Voir Id., *De iure belli ac pacis*, op. cit., éd. 1625, III.22.4, p. 771 : « Illud quoque ex supra a nobis dictis repetendum est, obligari eum qui praeponit etiam si praeponit fecit contra mandata arcana, intra limites tamen publicae functionis » (trad. fr. cit., p. 822-823).

172 Voir par exemple G. Bragaccia, *L'Ambasciatore*, op. cit., I.7, p. 70-71.

173 Voir S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, op. cit., III.9.2, p. 377-378, qui distingue de manière très claire l'excès du mandat (regardant le rapport entre le

d'Abraham de Wicquefort. Dès le chapitre consacré aux procurations, Wicquefort écrit à propos des pleins pouvoirs (c'est-à-dire les seuls pour lesquels le problème du rapport avec l'instruction se pose, dans tous les autres cas le prince se réservant toujours la décision de ratifier ou ne pas ratifier l'accord) que « le *pouvoir* ne doit point estre limité du tout, ny se rapporter à l'Instruction ; parce qu'estant conditionné, il ne seroit plus ce qu'on appelle *Pleinpouvoir* ». De même, s'il admet « que le Prince se peut reserver dans le *pouvoir* la faculté de ratifier », il ajoute pourtant que « en ce cas là le *pouvoir* n'est pas plein »¹⁷⁴ : comme il avait écrit quelques lignes plus haut, en effet, les pleins pouvoirs sont requis par les destinataires d'une ambassade pour « estre assureés, que ce qu'ils negotieront & traiteront avec les Plenipotentiaires, sera agréé & ratifié »¹⁷⁵. Les pouvoirs, de la sorte, ne sont pas toujours nécessaires : au contraire, « pour les affaires ordinaires, on n'a pas besoin d'un pouvoir spécial »¹⁷⁶ ; mais, lorsqu'ils sont accordés, en vertu d'une analogie avec la « procuration » de droit privé explicitement établie par Wicquefort, ils ne peuvent souffrir aucune limitation¹⁷⁷.

Cette question est abordée plus en détails dans le chapitre consacré à la ratification – une pratique, lit-on, qui a désormais remplacé la confirmation des traités par serment¹⁷⁸. Wicquefort commence par affirmer qu'en principe « la ratification n'est pas une partie essentielle du traité » et cela « non seulement parce que le traité est une piece commune & publique, & la ratification une piece privée & particuliere », mais aussi « parce que le traité ne laisseroit pas de subsister sans la ratification, si on estoit assureé,

prince et le tiers) et l'excès de l'instruction (regardant le rapport entre le prince et son ambassadeur), en en tirant des conséquences décisives à l'égard de la validité de l'accord conclu par l'ambassadeur : « si autem alicui dentur duplicia mandata, manifesta [...] & arcana [...] ; quaestio exurgere potest, an autorem suum obliget internuncius, si arcana mandata excedat, ita tamen ut intra id subsistat, quod manifesta prae se ferunt ? Id quod affirmandum est [...] ». Dans la seconde édition (*De jure naturae et gentium libri octo*, sumptibus Friderici Knochii, character Joannis Philippi Anraeae, Francofurti ad Moenum 1684, III.9.2, p. 447), Pufendorf ajoute l'allégation « *Autoris Anonymi Memoires touchant les Ambassadeurs* » : il s'agit des *Mémoires* de Wicquefort (sur lesquels voir *infra*, note 181).

174 Voir A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, op. cit., I.16 p. 382.

175 Voir *ivi*, p. 381.

176 Voir *ivi*, p. 379.

177 Voir *ivi*, p. 377.

178 Voir *ivi*, I.20, p. 554 : « [...] & comme ces serments ne se font plus, parce que la ratification y supplée, ces festins ne se font plus aussy ».

que le traité, & celui qui l'a fait, ne fussent point désavoués »¹⁷⁹. La ratification ne fait donc que confirmer un traité déjà en vigueur en vertu des pleins pouvoirs et n'a que la fonction d'assurer à une partie que l'autre ne la désavouera pas. D'un point de vue strictement juridique, elle n'est pas indispensable, bien que – ajoute Wicquefort – elle soit tout de même perçue comme nécessaire dans la pratique des relations entre les États :

Bien que la ratification ne soit pas une partie essentielle du traité, ny mesmes de la fonction de l'Ambassadeur, il semble pourtant, qu'elle soit devenue une dépendance nécessaire de l'un & de l'autre ; puis que c'est par elle que le traité reçoit sa dernière perfection, & que sans elle on ne peut pas s'assurer qu'il sera exécuté. [...] quoy qu'en cela on ne soit pas toujours fort exact ; pour la raison que je viens de marquer, que la ratification n'est pas de l'essence du traité, & n'en fait pas partie¹⁸⁰.

Ce n'est pas pour rendre l'accord conclu productif d'effets juridiques que l'on échange les documents de ratification ; c'est pour s'assurer de la bonne foi de sa contrepartie. Wicquefort insiste ainsi dans les lignes suivantes moins sur la nécessité de la ratification afin de rendre le traité exécutif, que sur l'obligation du prince de ratifier un traité conclu par son ambassadeur dans les limites des pouvoirs qu'il lui avait donnés (quoique en dehors de celles établies dans l'instruction secrète) :

Si l'Ambassadeur n'a pas excédé les termes de son pouvoir, bien qu'il ne soit point demeuré dans ceux de son instruction, le Prince est obligé de l'avoüer, & de ratifier ce qui a esté négocié en son nom, & en vertu de son pouvoir. La raison est ; parce que le Ministre, à qui le pouvoir est communiqué, & à qui on en donne une copie authentique, supposant que l'Ambassadeur, avec lequel il traite, est pleinement informé de l'intention & de la volonté de son maistre, & qu'il agit conformément à l'un & à l'autre, ne fait point de scrupule d'entrer en négociation & de conclurre avec celui, qui est porteur d'un plein pouvoir, & qui doit sçavoir quelle estendue son instruction luy donne. [...] Le Prince, qui ne se veut rien reprocher, ne peut refuser de ratifier le traité, que son Plenipotentiaire a fait & signé, à moins qu'il le désavoue hautement, & qu'il le punisse, pour avoir excédé son pouvoir. Il doit cette satisfaction, & quelque chose de plus au Prince que son Ministre a trompé, & il la doit à son propre honneur, qui ne luy permet pas de se dédire de la parole, qu'il luy a donnée dans le plein pouvoir. [...] Comme les loix Civiles obligent le particulier à ratifier ce que son mandataire a fait en vertu de sa procura-tion ; ainsi le Droit des Gens oblige le Prince à ratifier ce que son Ministre a

179 *Ivi*, II.15, p. 376.

180 *Ivi*, p. 378-379.

fait en vertu de son pouvoir : sur tout si le pouvoir est plein & absolu, sans clause & sans condition, qui le limite ou le restreigne¹⁸¹.

C'est à partir de ces prémisses que Wicquefort peut, parmi nombre d'autres exemples, rappeler l'« infidélité » de Ferdinand le Catholique (un roi qui « au travers de sa devotion n'avoit autre religion que son interest ») envers Louis XII et l'archiduc Philippe, lorsqu'il accusa ce dernier d'avoir « excédé son pouvoir » qui, quoique « tresample », était « limité par son instruction, laquelle il avoit ordre de suivre »¹⁸².

À travers Pufendorf et Wicquefort, cette doctrine se transmet à littérature juridique du XVIII^e siècle, où l'on observe une tendance de plus en plus accentuée à demander en tout cas la ratification des traités, quoique moins pour des raisons de principe que sur la base de la coutume et de l'exigence pratique d'assurer la confirmation explicite, de la part du prince, de l'action menée par son ambassadeur – confirmation qu'il est obligé de fournir, s'il ne prouve que son envoyé a excédé ses pouvoirs. En ce sens, aussi bien Cornelius van Bynkershoek¹⁸³, sur la base d'une évaluation attentive de la coutume, qu'Emer de Vattel¹⁸⁴, qui raisonne à partir des principes du droit naturel, témoignent d'une attitude en vertu de la-

181 *Ivi*, p. 380, 384, 385 (voir également L[e] M[inistre] P[risonnier] [= A. de Wicquefort], *Memoires*, op. cit., p. 581-582 et 588-589).

182 Voir *ivi*, II.15, p. 390-392.

183 Voir C. van Bynkershoek, *Quaestionum*, op. cit., II.7, p. 228 qui commence par affirmer : « Falleris, si putes, Legatum esse aliud quicquam, quam mandatarium Principis sui ». Après avoir distingué le « mandat publicum » de l'« arcanum », il demande à p. 229-230 quel rapport s'établit entre les deux. Il renvoie alors à Gentili et à Grotius, en prenant toutefois ses distances de leur opinion lorsqu'il pose le problème du rapport entre un mandat public, mais *général*, et un mandat secret *spécial* : dans ce cas, à son avis, c'est le mandat secret qui l'emporte. Le plus sûr est donc de ne considérer valable le traité conclu par un ambassadeur muni d'un mandat général qu'après sa ratification, selon l'opinion de Bodin (voir *ivi*, p. 231-232). Bynkershoek discute alors l'opinion de Wicquefort, selon laquelle la ratification ne serait pas nécessaire, en précisant qu'il faut à ce propos tenir compte de la coutume (« nam moribus censetur praecipua pars Juris Gentium »), qui témoigne en sens contraire. Il conclut donc à p. 234 : « Non immerito autem nunc Gentibus placuit ratihabitio, cum mandata publica, ut modo dicebam, vix unquam sint specialia, & arcana Legatus in scriniis suis servare solet, neque adeo de his quicquam rescribere possint, quibuscum actum est ».

184 Voir E. de Vattel, *Le droit des gens*, op. cit., t. II, II.12.156, p. 143-144, qui commence par formuler le principe général, tiré du droit naturel : « Les souverains traitent ensemble par le ministère de leurs procureurs, ou mandataires, revêtus de pouvoirs suffisans, & que l'on appelle communément plénipotentiaires. On peut

quelle, tout en étant réaffirmée la centralité du modèle du droit privé, la ratification formelle des traités est considérée comme indispensable pour se prémunir contre les inconvénients découlant d'une difformité entre l'instruction et le mandat et pour obtenir des assurances au sujet de leur exécution. Mais les *Précis du droit de gens moderne de l'Europe* de Georg Friedrich von Martens, parus l'année même de l'éclosion de la Révolution française, affirment encore que « ce qui a été stipulé par un subalterne en conformité de son plein-pouvoir devient à la rigueur obligatoire pour la nation du moment même de la signature, sans que sa ratification soit nécessaire » ; ce n'est que « par un usage généralement reconnu, que les conventions publiques [...] ne deviennent obligatoires que lorsqu'elles ont été ratifiées »¹⁸⁵.

Après tant de siècles, la représentation diplomatique dans le domaine de la négociation était encore ancrée dans un modèle qui trouvait ses premières formulations dans la doctrine du droit privé. Ce ne sera qu'au cours du XIX^e siècle qu'une nouvelle doctrine du droit international sera élaborée : une doctrine fondée sur des présupposés tout à fait différents, réservant aux Parlements la décision ultime, et complètement discrétionnaire, sur l'adhésion à un accord qui, quoique conclu, jusqu'au moment de sa ratification n'existera pas et ne produira aucun effet.

appliquer ici toutes les règles du droit naturel sur les choses qui se font par commission. Les droits du mandataire se définissent par le mandement qui lui est donné. Il ne doit point s'en écarter : mais tout ce qu'il promet dans les termes de sa commission & suivant l'étendue de ses pouvoirs, lie son constituant ». Immédiatement après, Vattel ajoute toutefois qu' « aujourd'hui, pour éviter tout danger & toute difficulté, les princes se réservent de ratifier ce qui a été conclu en leur nom par leurs ministres. Le *plein pouvoir* n'est autre chose qu'une procuration *cum libera*. Si cette procuration devoit avoir son plein effet, on ne sauroit être trop circonspect à la donner. Mais les princes ne pouvant être contraints, autrement que par les armes, à remplir leurs engagements, on s'est accoutumé à ne faire fonds sur leurs traités, qu'autant qu'ils les ont agréés & ratifiés. Tout ce qu'a conclu le Ministre demeurant donc sans force, jusqu'à la ratification du prince, il y a moins de danger à lui donner un plein pouvoir. Mais pour refuser avec honneur de ratifier ce qui a été conclu en vertu d'un plein pouvoir, il faut que le souverain en ait de fortes & solides raisons, & qu'il fasse voir en particulier, que son ministre s'est écarté de ses instructions ».

185 Voir G.F. von Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, chés Jean Chret. Dieterich, Gottingue 1789, tome I, II.1 § 31, p. 51.