

## I. ROZPRAWY

WIESŁAW LITEWSKI (Kraków)

### Consultatio ante sententiam

I. Uwagi ogólne. II. Struktura i funkcja consultatio ante sententiam. III. Postępowanie przy consultatio ante sententiam: A. Postępowanie przed sądem a quo. B. Postępowanie przed sądem ad quem.

#### I. UWAGI OGÓLNE

*Consultatio ante sententiam* był to akt pisemny sądu zawierający pytanie co do jakiejś wątpliwości prawnej i sprawozdanie w owej sprawie skierowane do sądu wyższego, który udzielał odpowiedzi mającej charakter wiążący. W pewnym okresie prócz wyjaśnienia kwestii prawnej sąd ów rozstrzygał równocześnie całą sprawę w formie wyroku. Wystąpienie z *consultatio* oparte było na postanowieniu sądu wydanym w toku procesu po wyjaśnieniu stanu faktycznego sprawy.

Termin *consultatio ante sententiam* nie występuje w źródłach i spotykamy się z nim tylko w nauce<sup>1</sup>. W źródłach natomiast znajdują się określenia: *consultatio (iudicis)*, *relatio*, *opinio* i *suggestio*. Zasadniczym terminem była *consultatio iudicis*<sup>2</sup> zwana też krótko *consultatio*<sup>3</sup>. Słowo

---

<sup>1</sup> Zob. np. T. Kipp, RE t. IV sv. *consultatio*, s. 1142 i n.; G. Scherillo, *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV sv. *consultatio*, s. 358; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, t. III, Bonn 1866, s. 294 i n.; Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. I, Leipzig 1881, s. 550, 577 i n.

<sup>2</sup> D. 49, 1, 1, 2; C. Th. 11, 30, 47.

<sup>3</sup> D. 49, 1, 1, 1; D. 1, 16, 6, 2; D. 4, 4, 11, 2; C. Th. 11, 30, 1 (= C. 7, 61, 1, 2); 6 (= C. 1, 21, 2); 8, 1; 34 pr; 35; 47; 55; C. Th. 11, 29, 3 (= C. 7, 61, 2); 4 (= C. 7, 61, 3); C. Th. 9, 19, 3; C. Th. 1, 2, 1 = App. Vis. 1, 24; C. 1, 14, 2; C. 3, 11, 5; C. 7, 45, 13; zob. też rubr. C. Th. 11, 30 i C. 7, 62; Coll. 1, 11, 2; Plinius, Ep. 10, 96. Czynność sądu polegającą na zwróceniu się z *consultatio* określano terminami *consultare* (D. 49, 1, 1, 2; C. 7, 62, 13) lub *consulere* (D. 49, 1, 1, 1; D. 1, 16, 6, 2; D. 4, 8, 32, 14; D. 25, 4, 1 pr; D. 36, 1, 56; D. 49, 14, 48 pr; D. 5, 1, 79, 1; D. 32, 96); por. też Gai 1, 53; C. Th. 11, 30, 5 = C. 7, 62, 13; C. Th. 11, 29, 1; 2 (= C. 7, 61, 1 pr); C. 7, 62, 34, 1; Nov. 82 c. 14; Plinius, Ep. 10, 29; 10, 58; 10, 81; 10, 96; 10, 110; Symmachus, Rel. 10, 29.

to oznaczało zgodnie ze swym starym znaczeniem<sup>4</sup> przede wszystkim zapytanie o radę. Nawet w tym czasie, gdy *consultatio* stała się instytucją prawną o określonym na wstępie charakterze, traktowano ją dalej jako zapytanie o radę (choć niewątpliwie *sui generis*), a na oznaczenie odpowiedzi używano między innymi terminu *consilium*<sup>5</sup>.

Do określenia omawianej instytucji służył także inny termin, wskazujący na sprawozdawczy charakter owego aktu sądowego, a mianowicie *relatio*<sup>6</sup>. Mówiono również o *opinio*<sup>7</sup> i *suggestio*<sup>8</sup>. Określenia te używane były promiscue z *consultatio*. Zdawano sobie jednak sprawę z tego, że wskazują one na różne treściowo części jednego aktu i dlatego w źródłach były one czasem traktowane nie jako synonimy, ale przeciwstawiano je sobie. I tak np. w C. Th. 9, 19, 3 mówi się o *consultationes relationesque*, a C. 1, 14, 2 zawiera charakterystyczne sformułowanie: *Impm. Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum. Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium per consultationem in communem — procerum auditorium introducto negotio statuissse —*.

Dwoista struktura nie występuje przy *consultatio* dokonanej po wniesieniu apelacji w systemie tzw. *appellatio more consultationis*. Wbrew bowiem nazwie *consultatio* sąd a quo nie zwracał się do sądu apelacyjnego z żadnym pytaniem prawnym, ale przysyłał jedynie sprawozdanie z przeprowadzonej przez siebie sprawy. Cel owej *consultatio* polegał jedynie na ułatwieniu rozpatrzenia sprawy przez sąd apelacyjny, którego zadanie bez niej byłoby znacznie trudniejsze wobec braku obowiązku ze strony sądów rzymskich wydawania wyroków łącznie z uzasadnieniem. Było to tym potrzebniejsze, że tzw. *appellatio more consultationis*, w przeciwieństwie do apelacji zwyczajnej, oparta była na zasadzie kontroli (nieograniczonej), a nie na systemie ponownego przepro-

<sup>4</sup> Walde - Hoffmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1938, sv. *consilium*.

<sup>5</sup> D. 5, 1, 79, 1; por. też D. 25, 4, 1 pr.

<sup>6</sup> Rubr. C. Th. 11, 29 (por. też rubr. D. 49, 1); rubr. C. 7, 61; C. Th. 11, 29, 4 (= C. 7, 61, 3); 5; C. Th. 11, 30, 8 pr; 11 pr; 31; 34, 1; 47; 54; C. Th. 1, 5, 4; C. Th. 1, 15, 2; 3; 8 (= C. 1, 38, 2); C. Th. 9, 19, 21 (= C. 9, 22, 22, 1); C. Th. 9, 19, 3; C. Th. 13, 9, 1 (= C. 11, 6, 2); C. 7, 62, 34; zob. też interp. ad C. Th. 2, 18, 1; także *Relationes Symmachusa*. Terminu *relatio iudicis* używa C. 12, 29, 3, 2 O od-3 = C. 7, 61, 2); 2 (= C. 7, 61, 1, pr); C. Th. 11, 30, 1 (= C. 7, 61, 1, 2); 5 (= C. 7, 62, 3 = C. 7, 61, 2); 2 (= C. 7, 61, 1, pr); C. Th. 11, 30, 1 (= C. 7, 61, 1, 2); 5 (= C. 7, 62, 13); 24; C. Th. 2, 18, 1 (= C. 3, 1, 3); C. Th. 1, 15, 2; 3; Nov. 115 praef. c. 2; Plinius, Ep. 10, 56.

<sup>7</sup> C. Th. 11, 30, 6; 8 pr; por. C. 7, 62, 6, 3.

<sup>8</sup> C. Th. 1, 15, 3; C. Th. 11, 29, 6; C. 7, 62, 34; C. 1, 4, 11; C. 1, 14, 12, 4; C. 1, 14, 2; C. 6, 61, 5; Nov. 115 c. 1; Nov. 125 praef. Mówiono także o *suggestere* (zob. np. C. Th. 11, 30, 11 pr); por. określenie *nuntiare* użyte w Nov. 113 c. 1 pr i Nov. 125 c. 1.



wadzenia całego postępowania. Sprawozdanie więc zawarte w *consultatio* pełniło właściwie funkcję uzasadnienia wyroku, choć obowiązek jego sporządzenia powstawał tylko wtedy, gdy została już złożona apelacja. W owej *consultatio* tkwi niewątpliwie geneza systemu uzasadniania wyroków.

Struktura więc i funkcja *consultatio ante sententiam* i *consultatio* w postępowaniu apelacyjnym była różna i tylko tok postępowania był podobny<sup>9</sup>. Tym ostatnim też tłumaczy się ich identyczna terminologia źródłowa oraz fakt, że pewne konstytucje cesarskie regulujące ów tok postępowania traktowały o nich obu<sup>10</sup>. Stąd też dla ich odróżnienia przyjęto w nauce na określenie interesującej nas instytucji termin *consultatio ante sententiam*.

Źródła do poznania *consultatio ante sententiam* są dwojakiego rodzaju: prawnicze i literackie. Wśród tych pierwszych zdecydowanie najważniejsze są konstytucje cesarskie, pochodzące prawie całkowicie z okresu poklasycznego. Ich *sedes materiae* stanowią tytuły: C. Th. 11, 29 (*De relationibus*) i C. 7, 61 (*De relationibus*). Prócz tego szereg konstytucji regulujących *consultatio ante sententiam* występuje także w innych miejscach, a szczególnie w C. Th. 11,30 (*De appellationibus et poenis earum et consultationibus*) i C. 7, 62 (*De appellationibus et consultationibus*). Juryści w swych pismach tylko całkiem wyjątkowo traktowali o problemach związanych z interesującą nas instytucją. Wynika to stąd, że w ogóle w niewielkim stopniu zajmowali się oni procesem kognicyjnym, którego regulacja była domeną rozporządzeń cesarskich.

Szereg cennych danych dostarczają nam listy Pliniusza Młodszego do Trajana z czasów namiestnictwa w Bitynii (111—112 r. lub 112—113 r.) oraz *Relationes* Q. S. Symmachusa z okresu jego urzędowania jako prefekta miasta (384—385 r.). Listy Pliniusza stanowią w ogóle najwcześniejsze znane nam źródła z zakresu *consultatio ante sententiam*. Zarówno Listy Pliniusza, jak i *Relationes* Symmachusa są nie tylko źródłem poznania norm regulujących interesującą nas instytucję,

---

<sup>9</sup> W związku jednak z odmiennością struktury i funkcji obu rodzajów *consultatio* istniały pewne różnice w toku postępowania. I tak w szczególności przy *appellatio more consultationis* nie wchodziło oczywiście w grę wydanie specjalnej *interlocutio* co do sporządzenia *consultatio*, jako że istniał już w tym kierunku obowiązek wynikający wprost z przepisów prawa. Inna różnica polegała na tym, że oczywiście sąd a quem nie przysyłał już sprawy do rozpatrzenia sądowi a quo, lecz sam wydawał zawsze wyrok. Istniały nadto jeszcze inne różnice, którymi nie będę się w tym miejscu bliżej zajmował.

<sup>10</sup> C. Th. 11, 29, 5; C. Th. 11, 30, 8; 5 (= C. 7, 13). Podstawą rozróżnienia w owych tekstach obu instytucji było z jednej strony „przrzeczenie” sporządzenia *consultatio (ante sententiam)*, a z drugiej złożenie apelacji (*more consultationis*).

ale także przykładami ich praktycznego zastosowania<sup>11</sup>. Jest to dla nas tym cenniejsze, że oba te źródła dzieli odstęp czasowy blisko 300 lat.

Nieduża ilość prawniczych źródeł klasycznych traktujących o *consultatio* nie może stanowić dowodu na twierdzenie o małym znaczeniu praktycznym tej instytucji. Brak zainteresowania się nią jurystów rzymskich wynika przede wszystkim stąd, że w ogóle w bardzo niewielkim zakresie zajmowali się oni opracowaniem procesu kognicyjnego. Jak widzieliśmy natomiast, często korzystał z *consultatio* Pliniusz<sup>12</sup>, który zresztą wyraźnie pisze w Ep. 10, 96: *Solemne est mihi, domine, omnia, de quibus dubito, ad te referre*.

Od samego zarania stanowiła *consultatio ante sententiam* instytucję postępowania kognicyjnego i taką też pozostała do końca, nie mając zupełnie zastosowania w postępowaniu formułkowym, gdzie program procesowy był nakreślony w samej formułce. Ta ostatnia ustalała kwestie prawne danej sprawy tak, że sędziemu w zasadzie pozostawało tylko zbadanie stanu faktycznego i wydanie wyroku. W wypadku zaś powstania nieprzewidzianych wątpliwości o charakterze prawnym, mógł on łatwo skorzystać z pomocy doświadczonych jurystów. W związku z tym nie spotykamy żadnych tekstów traktujących o *consultatio* w postępowaniu formułkowym, posiadamy natomiast szereg źródeł wskazujących wyraźnie na stosowanie jej w postępowaniu kognicyjnym, także w okresie prawa klasycznego<sup>13</sup>. Dodać tu należy, że przez cały okres swej historii występowała *consultatio* zarówno w sprawach cywilnych<sup>14</sup>, jak i karnych<sup>15</sup>.

Nie mamy żadnego tekstu wskazującego bezpośrednio na źródło po-

<sup>11</sup> Co do Symmachusa podkreślić należy, że aczkolwiek nie był on z wykształcenia jurystą, to jednak znał materiał prawny zawarty w konstytucjach cesarskich poczynawszy od Dioklecjana i dobrze orientował się w zagadnieniach procesowych (zob. co do tego A. Steinwenter, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt. (= ZSSZ 74, 1957, s. 1 i n.).

<sup>12</sup> Pliniusz nie był w tym zakresie wyjątkiem, choć niewątpliwie ze względu na swe dobre stosunki osobiste z Trajanem zwracał się do niego częściej od innych namiestników (zob. też Mayer-Maly, *Studia et documenta historiae et iuris* (= SDHI 22, 1956, s. 312 i n.)).

<sup>13</sup> Wymienić tu można *Listy* Pliniusza do Trajana. Zob. także D. 1, 16, 6, 2 (z dzieła Ulpiana *De officio proconsulis*); dotyczące spraw karnych D. 48, 15, 6 pr (z dzieła Callistratusa *De cognitionibus*).

<sup>14</sup> Pliniusz, Ep. 10, 110; C. Th. 11, 30, 1; 5 (= C. 7, 62, 13); 8 pr; 55; C. Th. 1, 5, 4. Co do spraw fiskalnych zob. C. Th. 11, 30, 8 pr. Dopuszczalne było korzystanie z niej także przez sędziów apelacyjnych (Pliniusz, Ep. 10, 81; Nov. 115 praef.). Wypadki te należy ściśle odgraniczyć od tzw. *appellatio more consultationis*.

<sup>15</sup> C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2; C. Th. 11, 2, 5; C. Ch. 11, 30, 24; Nov. Maiorani 7, 10; por. też Nov. 113 c. 1; co do okresu klasycznego zob. Pliniusz, Ep. 10, 29; 10, 96; Coll. 1, 11 §§ 1—3; D. 48, 15, 6 pr.

wstania owej instytucji. Przyjąć chyba należy, że wytworzyła się ona w praktyce, przede wszystkim na skutek zwracania się przez sądy do cesarza, cieszącego się szczególnie dużym autorytetem w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości jako najwyższa instancja sądowa, a zarazem organ prawotwórczy. Wskazywać wydaje się na to między innymi wypowiedź Pliniusza Młodszego w jego słynnym liście 10, 96 do Trajana: *Quis enim potest melius vel cunctationem meum regere, vel ignorantiam instruere?*<sup>16</sup>.

Z pytaniami do cesarza zwracali się zapewne głównie namiestnicy prowincji nie mogący z racji dużych odległości zasięgnąć w inny sposób rady cesarza ani też wybitnych uczonych prawników, z reguły nie przebywających stale w prowincjach. O tego rodzaju praktyce informują nas w każdym razie *Listy* Pliniusza Młodszego do Trajana, stanowiące najwcześniejsze znane nam źródło do poznania interesującej nas instytucji. Na istniejącą w praktyce tendencję zwracania się do cesarza nawet przez legatów wskazuje D. 1, 16, 6, 2. O *consultationes* ze strony *praeuratores* mówi D. 49, 14, 48 pr, a *proconsula* — Coll. 1, 11, 1.

Charakterystyczne jest, że nieliczne zachowane źródła z epoki klasycznej odnoszące się do *consultatio* z reguły wyraźnie związane są z praktyką prowincjonalną. Obok *Listów* Pliniusza do Trajana wymienić tu należy D. 1, 16, 6, 2 i D. 5, 1, 79, 1 (oba fragmenty pochodzą z dzieła Ulpiana *De officio proconsulis*); D. 49, 14, 48 pr; Coll. 1, 11, 1. Można także wspomnieć o pochodzącym ze stosunkowo wczesnego okresu rozwoju *consultatio* reskrypcie Piusa przytoczoną in extenso przez Ulpiana w D. 49, 1, 1, 1, który wydany został z okazji jakiejś sprawy z Tracji. Wprawdzie w samym reskrypcie nie ma mowy bezpośrednio o *consultatio*, ale Ulpian cytuje go w tym związku. Dodać tu jeszcze trzeba, że z okresu klasycznego nie posiadamy żadnego tekstu, o którym można by na pewno stwierdzić, że dotyczył *consultatio* z Rzymu czy Italii.

Jak wynika choćby z korespondencji Pliniusza Młodszego do Trajana, zwracano się do cesarza z zapytaniami w najrozmaitszych sprawach, nie tylko sądowych i nie tylko w trybie *consultatio ante sententiam*. Wprawdzie duża ilość i różnorodność wypadków referowanych przez Pliniusza tłumaczona może być jego dobrymi stosunkami z Trajanem, ale mimo to można przyjąć, że do cesarza zwracali się namiestnicy w sprawach ważnych i budzących wątpliwości, nie tylko w zakresie wymiaru sprawiedliwości.

Oczywista, że pierwotnie nie odgraniczano ściśle *consultatio ante*

<sup>16</sup> Zob. też wypowiedź Justyniana w C. 1, 14, 12, 4: — — *vel quis legum aenigmata solvere et omnibus experire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est* (por. też C. Th. 1, 15, 8).

*sententiam* od innych wypadków zapytań skierowanych do cesarza. Już jednak u Pliniusza widać, że mamy do czynienia z ową *consultatio* jako czymś specyficznym. Nie była ona jeszcze w pełni wykształconą instytucją i chyba nie stosowano jej powszechnie, skoro Pliniusz w Ep. 10, 31 powołuje się na przyznane mu prawo zwracania się z wątpliwościami do cesarza: *Salva magnitudine tua, domine, descendas oportet ad meas curas, cum ius mihi dederis referendi ad te, de quibus dubito* —.

## II. STRUKTURA I FUNKCJA CONSULTATIO ANTE SENTENTIAM

Na akt procesowy pisemny, w którym sąd zwracał się do sądu wyższego z *consultatio ante sententiam*, składały się dwa elementy, a to właśnie: zapytanie w wątpliwej kwestii prawnej oraz sprawozdanie o stanie sprawy ułatwiające udzielenie prawidłowej odpowiedzi<sup>17</sup>. Ta dwójstwo strukturalna znalazła swój wyraz, jak już widzieliśmy, także w określeniach służących na oznaczenie tej instytucji.

Poza tym co do sposobu sporządzania *consultatio* nie było żadnych ścisłych wymogów, prócz obowiązku zachowania formy pisemnej. Z natury rzeczy wynika, że sprawozdanie powinno zawierać dane prawdziwe i kompletne (*vera et universa*)<sup>18</sup>. Celem dokonania ich ewentualnego sprostowania lub uzupełnienia przez strony, uznano w pewnym okresie możliwość apelacji od *consultatio*, a następnie specjalną instytucję *preces refutatoriae* oraz umożliwiającą kontrolę obowiązek przesłania akt sprawy<sup>19</sup>. Sąd mógł, oczywiście, zwracając się z pytaniem prawnym wyrazić także swój pogląd i propozycję rozstrzygnięcia.

C. 7, 62, 34 pr. *Imp. Iustinus A. Demostheni praefecto praetorio* — — *sive additum sit eidem suggestioni, quod referenti placeat (dum id partibus per sententiae recitationem manifestum non fecit) sive nihil huiusmodi adiectum sit, sed simpliciter nostri numinis responsum expectat* —.

Z *consultatio* występowało tylko wtedy, gdy zaistniały wątpliwości

<sup>17</sup> Ta swoista struktura występuje już u Pliniusza; zob. np. Ep. 10, 29; 10, 31; 10, 58 (zob. też uzupełniające 10, 59); 10, 81 (zob. co do owego listu G. Sautel, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3, 1956, s. 423 i n.); 10—95 (zob. co do owego listu ostatnio T. Mayer-Maly, *SDHI* 22, 1956, s. 311 i n.); 10, 110. Nie wszystkie owe teksty dotyczyły postępowania cywilnego.

<sup>18</sup> C. Th. 11, 30, 11 pr; argumentum ex C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2; także C. Th. 11, 29, 4 = C. 7, 61, 3. Ta ostatnia konstytucja podkreśla, że obowiązek przesłania akt nie zwalnia sądu od dokonania wyczerpującego sprawozdania. Ono bowiem (a nie akta) ma stanowić dla sądu ad quem najważniejszy materiał do poznania sprawy.

<sup>19</sup> Bliżej o tym na następnych stronach.

w prowadzonej przez sąd sprawie<sup>20</sup>. W grę wchodziły wyłącznie wątpliwości co do prawa, a nie stanu faktycznego. Była to zasada obowiązująca przez cały czas istnienia instytucji *consultatio ante sententiam*. Jej najwcześniejszą ilustrację stanowią cytowane już kilkakrotnie *Listy* Pliniusza do Trajana<sup>21</sup>. Na stanowisku tym stanął zdecydowanie Hadrian w przytoczonym przez Callistratusa w D. 48, 15, 6 pr reskrypcie: *Callistratus libro sexto de cognitionibus — — Servos alienos qui sollicitaverint aut interceperint, crimine plagii, quod illi intenditur, tenetur nec ne, facit quaestionem: et ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re praesenti cognoscitur, sequi iudicem oportet — —*

Nie ulega wątpliwości, że w tekście reskryptu (i tekście Callistratusa) obok słowa *quaestionem* znajdowało się słowo *facti*. Występuje ono w scholii 1 ad B. 60, 48, 5, której autor przytacza brzmienie przedmiotowego reskryptu Hadriana. Po tym uzupełnieniu przytoczone przez cesarza uzasadnienie posiadać będzie rozsądny sens. Uzyskana będzie również zgodność z innymi tekstami dotyczącymi owego zagadnienia, z których zacytować można choćby D. 5, 1, 79, 1: *Ulpianus libro quinto de officio proconsulis. Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit*<sup>22</sup>.

Zasada występowania tylko z wątpliwościami prawnymi potwierdzona jest też tekstami poklasycznymi: C. 1, 14, 11; C. 1, 14, 12, 4; Nov. 113 c. 1 pr. Jej ilustrację praktyczną stanowią *Relationes* Symmachusa<sup>23</sup>.

Jak więc widzimy, bezpośrednim celem *consultatio ante sententiam* było wyjaśnienie wątpliwej kwestii prawnej, co miało oczywiście zapobiec wydaniu wyroku, który łatwo mógł się okazać wadliwy, skoro nawet sam sąd miałby wątpliwości co do jego słuszności. Konieczne byłoby wtedy zaskarżenie wyroku, z reguły w drodze apelacji, co powodowało z natury rzeczy przeciąganie się (nieraz znaczne) procesu i wzrost jego kosztów. Prócz tej szczegółowej funkcji posiadała *consultatio* także znaczenie ogólniejsze, w szczególności wtedy, gdy odpowiedzi udzielał cesarz. Przyczyniała się ona bowiem ogólnie do pod-

<sup>20</sup> Zob. co do tego Plinius, Ep. 10, 29; 10, 31; 10, 96; Symmachus, Rel. 40, 6; D. 5, 1, 79, 1; C. Th. 11, 29, 2 (= C. 7, 61, 1 pr); 5; C. 1, 14, 11; C. 1, 14, 12, 4; Nov. 82 c. 14; Nov. 113 c. 1 pr. Co do konkretnych przypadków wątpliwości zob. obok *Listów* Pliniusza i *Relationes* Symmachusa (w szczególności Rel. 19, o której bliżej Bethmann-Hollweg, o. c., t. III, s. 353 i n.); D. 4, 4, 11, 2; D. 49, 14, 48 pr; D. 4, 8, 32, 14; D. 32, 96; Coll. 1, 11, 2; Nov. 115 praef.

<sup>21</sup> Zob. w szczególności *Listy* cytowane w n. 3.

<sup>22</sup> Zdanie: *haec enim — — tribuit*, jest prawdopodobnie późniejszą niepotrzebną glosą. Nie ma go zresztą w B. 7, 5, 72.

<sup>23</sup> Zob. też Nov. 115 praef.

niesienia orzecznictwa i ujednolicenia praktyki sądowej w wątpliwych kwestiach prawnych. Wprawdzie prawnie odpowiedzi nie wiązały żadnego sądu w innych sprawach, ale jednak faktyczny autorytet ich, a zwłaszcza reskryptów cesarskich, był tak poważny, że wpływał ogólnie na orzecznictwo w zakresie interpretacji przepisów prawa.

*Consultatio ante sententiam* mogła pełnić swoje funkcje należycie tylko przy umiejętnym i przemyślanym korzystaniu z niej. W razie zbyt częstego i niepotrzebnego korzystania, właśnie *consultatio* mogła doprowadzić do przewlekłości postępowania, wzrostu kosztów procesu i nadmiernego obciążenia wyższych sądów, a zwłaszcza cesarza. Należało więc znaleźć szczęśliwy środek, co nie zawsze się jednak udawało. W praktyce uciekano się do *consultatio*, zwłaszcza w okresie poklasycznym, zbyt często. Pozostawało to z jednej strony w niewątpliwym związku z centralizacją administracji państwa rzymskiego w tym okresie, a z drugiej strony z ogólnym wówczas upadkiem kultury prawniczej. Z uwagi jednak na nadmierne obciążenie sądów, głównie cesarskiego, zwracali cesarze w swych konstytucjach uwagę, że należało uciekać się do zastosowania tej instytucji tylko w wypadkach uzasadnionych rzeczywistą potrzebą<sup>24</sup>. Zakazane było w szczególności korzystanie przez sądy z pretekstu *consultatio* celem przeszkodzenia powstaniu postępowania apelacyjnego<sup>25</sup>.

Decyzja, czy należy skorzystać z *consultatio*, należała wyłącznie do sędziego, który sam oceniał, czy zachodziła taka potrzeba<sup>26</sup>. Ewentualny wniosek jednej czy nawet dwóch stron nie miał żadnego znaczenia prawnego i można go było traktować jedynie jako zwrócenie uwagi sądowi na potrzebę wystąpienia z *consultatio*.

Aczkolwiek z jednej strony, jak widzieliśmy, istniała tendencja skierowana przeciw zbyt częstemu korzystaniu z *consultatio*, to jednak z drugiej strony podkreślano też konieczność uczynienia tego (wprawdzie zupełnie wyjątkowo). Przytoczyć tu należy tekst C. 1, 14, 11, dotyczący wątpliwości w zakresie stosowania nowych przepisów prawnych: *Impp. Leo et Zeno AA. Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis quam sententiae principalis auctoritas*.

Konstytucja ta była czymś odosobnionym<sup>27</sup>. Chociaż w tekście jej

<sup>24</sup> Zob. C. Th. 11, 29, 1; C. Th. 11, 29, 4 (= C. 7, 61, 3); por. także C. Th. 11, 30, 13.

<sup>25</sup> C. Th. 1, 5, 4; zob. także C. Th. 11, 30, 55; por. C. Th. 11, 29, 2.

<sup>26</sup> Źródła mówią najczęściej o *existimare* (Plinius, Ep. 10, 81; 10, 82; 10, 110); C. Th. 11, 30, 24; C. 1, 14, 12, 4; zob. też C. Th. 1, 15, 3 (Cum — *voluerint* —); Nov. 115 c. 2 (— *si voluerit* —); C. Th. 11, 29, 2 = C. 7, 61, 1 pr oraz Nov. 32 c. 14.

<sup>27</sup> Zob. jednak Nov. Maioriani 7, 10; por. C. Th. 11, 29, 4.



mowa jest o konieczności skorzystania z *suggestio*, to jednak praktycznie zależało to od woli danego sądu, czy zwróci się on z *consultatio*, czy też nie. Jego decyzja w tej materii nie mogła służyć jako podstawa ewentualnej apelacji od później wydanego wyroku<sup>28</sup>, ani też nie dawała stronie możliwości wniesienia specjalnego zaskarżenia<sup>29</sup>.

Problemem usunięcia skutków zbyt częstego korzystania z *consultatio ante sententiam* zajął się też Justynian. W tym celu wprowadził on reformę przepisów o właściwości sądu cesarskiego, polegającą na powoływaniu specjalnego trójosobowego sądu do rozpatrywania *consultatio* (C. 7, 62, 34). Nie dało to jednak widocznie spodziewanych efektów, skoro zdecydował się ostatecznie w 543 r. w Nov. 125 na zniesienie *consultatio ante sententiam* w odniesieniu do sądu cesarza<sup>30</sup>. Za wystarzczającą gwarancję należytego orzecznictwa uznana została apelacja<sup>31</sup>.

Nov. 125 mówi o zniesieniu *consultatio ante sententiam* tylko w odniesieniu do tych pytań, które skierowane były do cesarza<sup>32</sup>. Należy więc przyjąć, że w pozostałych wypadkach wolno było z niej nadal korzystać.

### III. POSTĘPOWANIE PRZY CONSULTATIO ANTE SENTENTIAM

W *Listach* Pliniusza brak jest danych co do szczegółowych przepisów regulujących dokładniej tok postępowania. Kwestie te nie były jeszcze zapewne bliżej sprecyzowane<sup>33</sup>. Nie mamy co do nich zresztą danych

<sup>28</sup> W okresie kiedy apelacja od późniejszego wyroku wydawanego na podstawie *consultatio* była dopuszczalna, mogła się opierać tylko na tym, że dane zawarte w *consultatio* były nieprawdziwe lub niekompletne (zob. D. 49, 1, 1, 1).

<sup>29</sup> Żaden tekst o tej możliwości nie wspomina. Z fragmentu Macera D. 49, 4, 3 wynika tylko dopuszczalność apelacji od samej *consultatio*, a nie od decyzji w przedmiocie wystąpienia z nią.

<sup>30</sup> Dopuszczalność *consultatio* uznana była wyraźnie jeszcze w Nov. 82 c. 14; Nov. 113 c. 1 pr i Nov. 115 praef., c. 2.

<sup>31</sup> Załączek tego poglądu występował już w konstytucji C. Th. 11, 29, 1, skierowanej przeciw zbyt częstemu korzystaniu z *consultatio*.

<sup>32</sup> Charakterystyczne jest, że w okresie późniejszym istniała jednak tendencja starająca się utrzymać nadal instytucję *consultatio ante sententiam* także w odniesieniu do sądu cesarskiego. Świadczy o tym sch.  $\mu\eta\omega\upsilon\epsilon\iota\nu\text{-}\gamma\alpha\lambda\eta\nu\acute{o}\tau\kappa\tau\alpha$  ad B. 7, 1, 18, odnosząca się do Nov. 125. Wbrew wyraźnemu brzmieniu tekstu justyniańskiego utrzymuje autor, owej scholli, że postanowienie Justyniana dotyczyło tylko wątpliwości co do kwestii faktycznych. Podkreślić jednak należy, że w Bazylikach tytuł C. 7, 61 (*De relationibus*) nie został przejęty.

<sup>33</sup> Charakterystyczne jest, szczególnie w wypadku przedstawionym w Ep. 10, 81, stwierdzenie Pliniusza, że czekał bezskutecznie wiele dni (bliżej ich liczby nie określając) na pismo jednej ze stron. Wskazuje to na fakt, że zagadnienie terminów nie było jeszcze wtedy ujęte w ścisłe normy prawne.

także z późniejszego okresu klasycznego. Być może, jest to wynik okoliczności, że istniejące wtedy przepisy nie zostały przejęte przez kompilatorów jako mniej odpowiednie od przepisów poklasycznych. Raczej należy jednak przyjąć, że w okresie klasycznym tok postępowania przy *consultatio ante sententiam* nie był jeszcze ściśle uregulowany. Zajmowano się jednak zagadnieniami związanymi z pojęciem tej instytucji, jak np. kwestią dopuszczalności apelacji od *consultatio* względnie od wyroku wydanego w oparciu o reskrypt. Już wtedy wszelako uregulowaniem tym zajmowały się przede wszystkim konstytucje cesarskie<sup>34</sup>. Rola jurysprudencji była tu niewielka<sup>35</sup>.

Z dokładnym uregulowaniem postępowania przy *consultatio ante sententiam* spotykamy się dopiero w rozporządzeniu Konstantyna Wielkiego, zawartym w C. Th. 11, 30, 1. Zawiera ono szereg przepisów dokładnie określających tok postępowania przy *consultatio ante sententiam*. W zasadzie też obowiązywała ona przez cały dalszy okres poklasyczny i niejednokrotnie powoływano się na nią<sup>36</sup>. Wprowadzone później uzupełnienia<sup>37</sup> i zmiany<sup>38</sup> miały jedynie drugorzędne znaczenie i nie zmieniły podstawowych zasad ustalonych w C. Th. 11, 30, 1. Jedyna poważniejsza reforma dotyczyła możliwości udania się zainteresowanych stron w pewnych wypadkach, celem przyspieszenia załatwienia sprawy, do sądu ad quem (przynajmniej cesarskiego)<sup>39</sup>. Pewne zmiany wprowadził też Justynian, przede wszystkim przez interpolację w C. 7, 61, 1 tekstu C. Th. 11, 30, 1.

#### A. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM A QUO

1. Wydanie postanowienia o wystąpieniu z *consultatio*. Pierwszym aktem procesowym związanym z omawianą instytucją było specjalne postanowienie sądu (*interlocutio*)<sup>40</sup> w przed-

<sup>34</sup> Obok cytowanej już konstytucji Hadriana (co do roli tego cesarza dla rozwoju postępowania reskryptowego zob. E. Andt, *La procédure par rescrit*, Paris 1920, s. 114 i n.) w D. 48, 15, 6 pr zob. także reskrypt Antonina Piusa przytoczony przez Ulpiana w oryginalne greckim w D. 49, 1, 1, 1.

<sup>35</sup> Wymienić tu trzeba wywody Ulpiana zawarte w D. 49, 1, 1, §§ 1 i 2 oraz Macera w D. 49, 4, 3.

<sup>36</sup> Zob. C. Th. 11, 30, 5 = C. 7, 62, 13; C. Th. 11, 30, 8 pr; 24.

<sup>37</sup> M. in. przez samego Konstantyna Wielkiego co do terminu obowiązującego przy przesłaniu *consultatio* wraz z aktami i *preces refutatoriae* do sądu wyższego (C. Th. 11, 30, 8 pr).

<sup>38</sup> Np. co do terminów obowiązujących przy przekazaniu stronom odpisu *consultatio* i dostarczeniu przez nie *preces refutatoriae*.

<sup>39</sup> Bliżej o tym na dalszych stronach.

<sup>40</sup> D. 49, 1, 1, 2; o *sententia* mówi C. Th. 11, 30, 8 pr. Nie wiadomo na pewno, czy decyzja w przedmiocie *consultatio* zapadała w postaci odrębnego postanowienia



miocie zwrócenia się z *consultatio*. Stanowiło ono czynność procesową wyodrębnioną wyraźnie z samej *consultatio*<sup>41</sup>. Zapadało z urzędu, a ewentualny wniosek strony nie posiadał znaczenia prawnego i mógł być traktowany tylko jako zwrócenie uwagi sądowi na potrzebę wystąpienia z *consultatio*. Zapadłe postanowienie nie podlegało zaskarżeniu.

Wątpliwości prawne mogły powstać w różnych okresach postępowania i dotyczyć różnych kwestii. W szczególności mogły to być takie wątpliwości, których rozstrzygnięcie, bez względu na to, czy szło w tym czy innym kierunku, pozwalało dopiero ustalić, w jaką stronę powinno pójść dalsze, nie skończone jeszcze postępowanie. Dopuszczenie jednak do korzystania z *consultatio* w tej sytuacji powodowałoby w praktyce duże obciążenie sądów ad quem i dlatego w prawie rzymskim się z nim nie spotykamy.

Mogły istnieć również takie wątpliwości, które po rozstrzygnięciu ich w pewnym kierunku powodowałyby zbędność dalszego postępowania. Jeśliby zaś rozstrzygnięcie poszło w innym kierunku, to konieczne było przeprowadzenie dalszego postępowania. Możliwe są tu dwa sposoby uregulowania. Wedle pierwszego należało doprowadzić postępowanie do takiego stadium, by ustalony był tylko stan faktyczny, dający podstawę do postawienia tego rodzaju pytania prawnego (by ewentualnie uniknąć niepotrzebnego postępowania przy rozstrzygnięciu idącym w pierwszym kierunku). Wedle drugiego sposobu należało przeprowadzić całe postępowanie tak, by w sprawie pozostawało tylko rozstrzygnięcie prawne. Prawo rzymskie stało przez cały okres istnienia instytucji *consultatio ante sententiam* na tym drugim stanowisku<sup>42</sup>.

już za Pliniusza, można jednak tak przyjąć z dużą dozą prawdopodobieństwa, skoro w Ep. 10, 81 pisze Pliniusz, że po powzięciu zamiaru zwrócenia się do cesarza polecił stronom dostarczenie *postulationes* na piśmie. Wydaje się, że zamiar ten uzewnętrzniał on wobec stron w formie osobnego postanowienia.

<sup>41</sup> Zob. co do tego D. 49, 1, 1, 2; teksty poklasyczne w związku z tą decyzją mówią o *pronuntiare* (C. Th. 11, 30, 1), *polliceri* (C. 7, 61, 1, 2), *spondere* (C. Th. 11, 29, 5), a najczęściej o *promittere* (C. Th. 11, 29, 2 = C. 7, 61, 1 pr; C. Th. 11, 30, 5 = C. 7, 62, 13; C. Th. 11, 30, 8 pr; 31; 34, 1; Symmachus, Rel. 23, 7; 40, 6).

<sup>42</sup> Już Pliniusz zwracał się do Trajana z wątpliwościami po przeprowadzeniu całego postępowania. Ilustrację tego stanowia np. Ep. 10, 29; 10, 31; 10, 58; 10, 81; 10, 96; 10, 110. W Ep. 10, 81 wyraźnie jest mowa o tym, że zostało mu tylko wydanie wyroku (— *nihil decernendum putavi, donec te consulerem de eo, quod mihi constitutione dignum videbatur* —). Sytuacja nie uległa zmianie w okresie poklasycznym, jak o tym świadczą między innymi: C. Th. 2, 18, 1 (por. interpr. ad h. 1. i C. 3, 1, 9); C. Th. 11, 30, 1; C. Th. 11, 29, 6. W C. Th. 2, 18, 1 (także w interpr. ad h. 1. i C. 3, 1, 9) zawarte jest wyraźne stwierdzenie, że sprawę należy wyjaśnić tak samo wszechstronnie, gdy się wydaje wyrok i występuje z *consultatio*. Cesarze zwracają w szczególności uwagę na obowiązek wysłuchania obu stron (C. Th. 11, 30, 1; C. Th. 2, 18, 1 i interpr. ad h. 1.; C. 3, 1, 9; C. Th. 11, 29, 6). Treść *consultatio* powinna

Ze zdecydowaniem się na skorzystanie z możliwości *consultatio* łączyło się oczywiście przerwanie przez sąd a quo zwykłego postępowania<sup>43</sup>. Sąd a quo zobowiązany był do przeprowadzenia całego postępowania. Niekiedy zachodzić mogła jednak potrzeba jego uzupełnienia, a w szczególności w związku z treścią rozstrzygnięcia prawnego. Były to jednak niewątpliwie wypadki wyjątkowe.

Aczkolwiek decyzja leżała w rękach sądu, to jednak z chwilą jej powzięcia był on zobowiązany, przynajmniej od czasów Konstantyna Wielkiego, do jej wykonania. Traktowano ją bowiem wówczas jak swego rodzaju wiążące przyrzeczenie sądu w stosunku do stron<sup>44</sup>. Dlatego też, przynajmniej od podstawowej konstytucji Konstantyna Wielkiego w C. Th. 11, 30, 1, był sąd zobowiązany do przesłania *consultatio*<sup>45</sup>. Wykonanie tego obowiązku było w późniejszym okresie gwarantowane sankcjami karnymi<sup>46</sup>. Całość postępowania mającego na celu przekazanie sprawy sądowi ad quem określona jest w C. Th. 11, 29, 5 jako *ordo servandorum*. O *consulti ordo* mówi się natomiast w C. Th. 11, 30, 11 pr.

Jeżeli mimo ciążącego na sądzie obowiązku nie dokonał on przesłania *consultatio* i zakończył postępowanie wydaniem wyroku, to nie mógł potem wykonać swej uprzedniej decyzji w przedmiocie wystąpienia z *consultatio*. Sąd nie potrzebował już odpowiedzi co do wątpliwych kwestii prawnych, jako że sam już je rozstrzygnął w wyroku. Ewentualny zamiar zwrócenia się wtedy z *consultatio* mógł być traktowany jako chęć odstraszenia stron od apelacji, zresztą bezskutecznego. Świadczą o tym: C. Th. 11, 29, 2<sup>47</sup> i C. Th. 11, 30, 13<sup>48</sup>.

2. Sporządzenie *consultatio*. Prawo nie przewidywało specjalnych terminów dokonania tej czynności. W grę wchodził jedynie termin do dostarczenia stronom odpisu *consultatio*. Rzeczą sądu było wtedy sporządzenie *consultatio* w obrębie tego terminu, tak by zmieściło się w nim także dostarczenie stronom jej odpisu.

---

zawierać przedstawienie całej sprawy (C. Th. 11, 29, 4 = C. 7, 61, 3). W przesłanych aktach powinien się znajdować cały materiał z przeprowadzonego postępowania.

<sup>43</sup> Pliniusz, Ep. 10, 31; 10, 96; 10, 110; zob. też 10, 81; także teksty przytoczone w n. 17. W okresie poklasycznym sąd a quo musiał przesłać całe akta sprawy (od czasów Konstantyna Wielkiego).

<sup>44</sup> Stąd też takie określenia, jak *promittere*, *spondere*, *polliceri* (zob. n. 41).

<sup>45</sup> W C. Th. 11, 30, 34, 1 używa się charakterystycznego określenia *relationis necessitas*.

<sup>46</sup> Bliżej o tym na następnych stronach.

<sup>47</sup> Por. też odpowiedni tekst C. 7, 61, 1 pr.

<sup>48</sup> Por. też C. 7, 62, 34 pr: — — *sive additum sit eidem suggestioni, quod referenti placeat (dum id partibus per sententiae recitationem manifestum non fecit —)*.

3. Dostarczenie stronom odpisu *consultatio*. Nie jest pewne, czy już w okresie klasycznym istniał obowiązek dostarczenia stronom odpisu *consultatio*. Tekst D. 49, 4, 3 sugeruje raczej odpowiedź negatywną: *Idem [Macer] libro secundo de appellationibus. Illud videamus, si, cum imperatori scriberetur, exemplum litterarum litigatorum editum sit* — —. Gdyby istniał obowiązek dostarczenia stronom odpisu *consultatio*, to jurysta nie zaznaczałby chyba tego jako wymogu dopuszczalności apelacji od *consultatio*. W *Listach* Pliniusza w ogóle nie ma wzmianki o dostarczeniu stronom odpisu *consultatio*. Zdaje się to wskazywać nie tylko na brak obowiązku dokonywania przez sąd owej czynności, ale także na brak praktyki idącej w tym kierunku. Istniała ona jednak już (choć nie wiemy na pewno, w jakim zakresie) przynajmniej za czasów Macera, jak o tym świadczy przytoczone D. 49, 4, 3.

Wedle podstawowej konstytucji Konstantyna Wielkiego przekazanej nam w C. T. 11, 30, 1 (=C. 7, 61, 1, 2<sup>49</sup>) istniał obowiązek dostarczenia<sup>50</sup> stronom odpisu *consultatio*<sup>51</sup>, który utrzymany został także w okresie późniejszym, aż do prawa justyniańskiego włącznie. Dawało to stronom, w wypadku uznania sprawozdania w *consultatio* za niekompletne lub fałszywe, możliwość wniesienia *preces refutatoriae*, co z kolei pozwalało sądowi ad quem łatwiej zorientować się w całej sprawie: C. Th. 11, 30, 1. *Imp. Constantinus A. ad Claudium Plotianum correctorem Lucaniae et Brittiorum* — — *ut si cui forte relatio tua minus plena vel contraria videatur, is refutatorias preces* — — *offerat* — —<sup>52</sup>.

Wedle tej samej konstytucji odpis *consultatio* nie był wręczany bezpośrednio stronom, ale składany do akt. Powinno to być dokonane w przeciągu 10 dni, obliczanych jako *tempus continuum* licząc od wydania postanowienia w przedmiocie wystąpienia z *consultatio*<sup>53</sup>. Justynian w C. 7, 61, 1, 2 wprowadził w to miejsce obowiązek natychmiastowego sporządzenia *consultatio* i złożenia do akt jej odpisu.

Wbrew ogólnej zasadzie niedopuszczalność *supplicatio causa pendente*, można było w myśl C. Th. 11, 30, 6<sup>54</sup> udać się do tego środka

<sup>49</sup> Zob. też C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2.

<sup>50</sup> W źródłach mówi się przeważnie o *edere* (D. 49, 4, 3; C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2; C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2; C. Th. 11, 29, 5); prócz tego jednak spotykamy określenia inne, jak: *exhibere* (C. Th. 11, 30, 8 pr) i *offerre* (C. Th. 11, 30, 1).

<sup>51</sup> W źródłach mówi się o *exemplum consultationis* (C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2; C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2); *opinionis* (C. Th. 11, 29, 5; C. Th. 11, 30, 8 pr); *relationis* (C. Th. 11, 30, 47); por. określenie *exemplum litterarum* w D. 49, 4, 3.

<sup>52</sup> Por. odpowiednie C. 7, 61, 1, 2.

<sup>53</sup> Obowiązywanie tej normy potwierdzone jest także w jednej z późniejszych konstytucji Konstantyna Wielkiego zawartej w C. Th. 11, 30, 8 pr; zob. też C. Th. 11, 29, 5.

<sup>54</sup> Por. odpowiednie C. 1, 21, 2.

w wypadku odmowy wydania odpisu *consultatio*. Niedostarczenie stronom odpisu *consultatio* we właściwym terminie uważano za akt zagrożony karą spadającą na osoby dopuszczające się *sacrilegium*. Dotyczyło to pierwotnie tylko sędziego<sup>55</sup>, a później także jego *officium*, które nie zwróciło mu uwagi na konieczność dokonania tej czynności<sup>56</sup>. Prawo justyniańskie nie przejęło tych przepisów<sup>57</sup>.

4. *Preces refutatoriae*. Już wcześniej odczuwano potrzebę umożliwienia stronom wypowiedzenia się na piśmie wobec sądu, do którego skierowana była *consultatio*. W *Listach* Pliniusza mowa jest o składaniu przez strony *libelli*<sup>58</sup>. Nieznana była Pliniuszowi nazwa *preces refutatoriae* czy *libelli refutatorii*. Z uwagi na to, że strony nie otrzymywały odpisu *consultatio*, nie występuje w *Listach* Pliniusza związek *libelli* z problemem fałszywych lub niekompletnych danych zawartych w *consultatio*. W Ep. 10, 81 mówi się, że *libelli* zawierały *postulationes* stron. Traktowano je jako część przesłanych ewentualnie akt.

Sąd nie miał obowiązku przyjęcia i przesłania *libelli* i, jak wynika w szczególności ze sformułowania Ep. 10, 59, zależało to od jego uznania: *Flavius Archippus per salutem tuam aeternitatemque petit a me, ut libellum, quem mihi dedit, mitterem tibi. Quod ego sic roganti praestandum putavi* — —<sup>59</sup>.

W związku z powyższym nie było również przepisów regulujących bliżej kwestię złożenia *libelli*, a w szczególności dotyczących terminów, dlatego też w Ep. 10, 81 mówi Pliniusz ogólnie o oczekiwaniu *per plurius dies* na złożenie *libelli*.

Instytucji *preces refutatoriae* nie znano jeszcze za czasów Sewerów, skoro przez Ulpiana uznana była możliwość apelacji od wyroku wydanego na podstawie reskryptu cesarskiego, na podstawie braku prawdziwych lub kompletnych danych w *consultatio*<sup>60</sup>. Macer uznawał nawet możliwość apelacji od *consultatio*<sup>61</sup>, co byłoby nie do pogodzenia z istnieniem *preces refutatoriae*.

Pierwszym historycznie tekstem wspominającym o *libelli refutatorii* jest C. 7, 62, 3 pochodzące od Dioklecjana. Ex professo mowa jest tam

<sup>55</sup> C. Th. 11, 30, 6.

<sup>56</sup> C. Th. 11, 29, 5.

<sup>57</sup> Por. w szczególności C. 1, 21, 2 (ex C. Th. 11, 30, 6).

<sup>58</sup> Ep. 10, 59; 10, 60; 10, 81.

<sup>59</sup> Z tekstu wynika wyraźnie brak obowiązku sądu a quo tylko do przesłania *libelli*. Z uwagi jednak na fakt, że *libelli* przeznaczone były dla sądu ad quem, jasne jest, że nie było również obowiązku przyjęcia ich przez sąd a quo, skoro nie istniał obowiązek ich przesłania sądowi ad quem.

<sup>60</sup> D. 49, 1, 1, 1.

<sup>61</sup> D. 49, 4, 3.

jednak nie o *consultatio ante sententiam*, ale o *appellatio more consultationis* i to tylko w specjalnym jej wypadku z zakresu spraw karnych. Możliwe jest oczywiście, że był to pierwszy historycznie wypadek, w którym powstała instytucja *preces refutatoriae*. Prawdopodobniejsze jest jednak, że genezę jej łączyć należy z *consultatio ante sententiam*. Za hipotezą tą przemawia fakt, że to właśnie *appellatio more consultationis* wzorowana była co do trybu postępowania na *consultatio ante sententiam*, a nie odwrotnie. Gdyby się stało na gruncie owej hipotezy, to być może okazałoby się, że twórcą instytucji *libelli refutatorii* przy *consultatio ante sententiam* był Dieklecjan, z imieniem którego łączą się zasadnicze zmiany w systemie procesowym. Brak zachowania jego postanowień w Kodeksie justyniańskim wytłumaczony byłby okolicznością, że kompilatorowie przejęli w tym zakresie późniejsze normy zawarte w rozporządzeniach Konstantyna Wielkiego.

Podstawowe wiadomości odnośnie do *libelli refutatorii*<sup>62</sup>, zwanych również *preces refutatoriae*<sup>63</sup>, czerpiemy przede wszystkim z zasadniczej konstytucji Konstantyna Wielkiego w C. Th. 11, 30, 1, powtórzonej z pewnymi zmianami w C. 7, 61, 1, 2. Sporządzane one mogły być<sup>64</sup> przez obie strony<sup>65</sup> wtedy, gdy sprawozdanie sądu zawarte w *consultatio* wydawało się im niekompletne lub niezgodne z prawdą. — *ut, si cui forte relatio tua minus plena vel contraria videatur, is refutatorias preces similiter tibi aput acta offerat intra dies quinque quam illi exemplum consultationis tuae obtuleris*<sup>66</sup>.

Niedozwolone było przytoczenie nowości, gdyż na stronach spoczywał ciężar wysunięcia i udowodnienia wszystkich twierdzeń i zarzutów już przed sądem a quo. Sąd ad quem nie miał możliwości sprawdzić prawdziwości nowości, gdyż nie przeprowadzał żadnego postępowania dowodowego: C. Th. 11, 30, 11 pr. *Idem [imp. Constantinus] A. ad Maximum. Post alia: Nemo in refutationem aliquid congerat, quod adserere intentione neglexerit. Quod quidem saepe fit industria, si, quod quis probari*

<sup>62</sup> C. Th. 11, 30, 8 pr; 24.

<sup>63</sup> C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2. Czasem mówi się w źródłach w skrócie o *refutatorii* (C. Th. 11, 30, 1; 11 pr; C. Th. 11, 29, 5; zob. nr 5 Krügera ad C. 7, 62, 6, 3) i *refutatio* (C. Th. 11, 30, 11 pr); por. również ogólne określenie *partium supplementa* u Symmachusa (Rel. 49, 4; 19, 10).

<sup>64</sup> Był to oczywiście ciężar, a nie obowiązek. C. Th. 11, 30, 24 mówi o obowiązku żądania tych *preces* przez sąd; chodziło tu jednak tylko o czynność sądu, która bynajmniej nie zmieniała ciężaru w obowiązek. Dokonanie tego wezwania przez sąd było natomiast jego obowiązkiem, którego uchybienie powodowało spadnięcie na sędziego infamii.

<sup>65</sup> C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2; C. Th. 11, 30, 24; Symmachus, Rel. 49, 4; zasada równości stron w zakresie oświadczeń stron na piśmie przestrzegana była też przez Pliniusza (zob. Ep. 10, 59; 10, 81).

<sup>66</sup> Por C. 7, 61, 1, 2; zob. także C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2.

*posse desperet, in praesenti disceptatione dissimulet, certum se esse revincendum, si commenticia et ficta suggesserit. Propter quod cogi etiam singulos ad substantiam litigii proficere arbitrantur, atque ea ratione urgeri, ut sciant sibi ex auctoritate legis istius non licere refutatoriis tale aliquid ingerere, quod aput iudicem non ausi fuerint publicare — —.*

*Preces refutatoriae* wedle cytowanego postanowienia Konstantyna Wielkiego w C. Th. 11, 30, 1 powinny być złożone<sup>67</sup> do akt<sup>68</sup> w ciągu 5 dni liczonych jako *continui*<sup>69</sup> począwszy od dnia dostarczenia przez sąd odpisu *consultatio*<sup>70</sup>. Termin ten obowiązywał w ciągu całego okresu poklasycznego<sup>71</sup> aż do Justyniana, który poprzez interpolację C. Th. 11, 30, 1 w C. 7, 61, 1, 2 nakazał niezwłoczne (*sine aliqua frustratoria dilatione*) składanie owych *preces refutatoriae*. W wypadku złożenia ich po terminie, nie zostawały one przyjęte, a akta sprawy wraz z *consultatio* przekazywano do właściwego sądu bez nich: C. Th. 11, 30, 1. — — *Nam quinque diebus transactis nec offerentem preces refutatorias litigatorem debebis audire, sed sine his, quoniam intra statutum tempus oblatae non sunt, gesta omnia ad nostram referre scientiam*<sup>72</sup>.

Niezłożenie *libelli refutatorii* było traktowane jako uznanie prawdziwości i kompletności sprawozdania. Wynika to z C. Th. 11, 29, 3 = C. 7, 61, 2: *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Viventium praefectum praetorio. Quippe tunc demum relationibus plena maturitas est, cum vel allegationibus refelluntur vel probantur adsensu*<sup>73</sup>.

5. Przesłanie *consultatio*, *preces refutatoriae* i akt sprawy. W wypadku należytego złożenia *libelli refutatorii* ciążył na sędzie obowiązek przyjęcia i przesłania ich do właściwego sądu ad quem<sup>74</sup> wraz z *consultatio* i aktami<sup>75</sup>. Była to następna faza postę-

<sup>67</sup> W źródłach mówi się przeważnie o *offerre* (C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2; C. Th. 11, 30, 8 pr; 24); Pliniusz mówił w odniesieniu do dostarczenia *libelli* przez strony o *dare* (Ep. 10, 59; 10, 81); podobnie Konstantyn Wielki w C. Th. 11, 29, 5.

<sup>68</sup> *Aput acta*.

<sup>69</sup> — — *et quinque, intra quos preces refutatoriae offerendae sunt, continuos debere servari* — —.

<sup>70</sup> C. Th. 11, 30, 24 zawiera nakaz żądania przez sąd pod rygorem infamii złożenia owych *preces*.

<sup>71</sup> Wyraźnie potwierdzony został w C. Th. 11, 30, 24.

<sup>72</sup> Por. Pliniusz, Ep. 10, 81.

<sup>73</sup> W świetle przepisów dotyczących postępowania przy *consultatio ante sententiam* strony mogły praktycznie wyrazić swój *adsensus* w stosunku do *relatio* właśnie przez nie wniesienie *libelli refutatorii*.

<sup>74</sup> W praktyce odbierał je personel kancelaryjny; w sądzie cesarza były to *scrinia*; zob. C. Th. 11, 30, 54; 65; konkretnie biorąc były to *scrinia epistularum* (E. Andt, o. c., s. 11).

<sup>75</sup> Prócz C. Th. 11, 30, 1 = C. 7, 61, 1, 2 zob. także C. Th. 11, 30, 11. W czasach

powania. Szczególnie często też podkreślano w źródłach poklasycznych obowiązek przesłania wraz z *consultatio* i *preces refutatoriae* akt sprawy zawierających cały materiał potrzebny do całkowitego wyjaśnienia sprawy<sup>76</sup>. Szczególnie charakterystyczny jest tu tekst C. Th. 11, 30, 35: *Idem [impp. Valentinianus et Valens] AA. ad Modestum praefectum praetorio. Cuncta instrumenta, quae iudiciis offeruntur, subiecta consultationi gesta continere debebunt. Sed et acta, quae sint ante habita, et monumenta transmittenda sunt, hisque adnectenda sunt testimonia vel confessiones partium et omnia huiusmodi, in quibus causa consistit et habere exitum videatur*<sup>77</sup>.

Cel przesłania akt był oczywisty. Chodziło o zapewnienie sądowi ad quem możliwości dokładnego zapoznania się z całą sprawą. Było to potrzebne dla sprawdzenia ewentualnych zarzutów stron zawartych w *preces refutatoriae*. Kontroli można było oczywiście dokonać także z urzędu. W okresie, kiedy sąd ad quem wydawał wyrok, przesłanie akt było jeszcze potrzebniejsze dla zaznajomienia się z całą sprawą. W przeciwnym bowiem wypadku sąd ad quem musiał się wstrzymać od wydania wyroku i przesłać sprawę z powrotem sądowi a quo. Wyraźnie mówi o tym C. Th. 11, 30, 9=C. 7, 62, 15: *Idem [imp. Constantinus] A. ad Severum vicarium. Ne causas, quae in nostram venerint scientiam rursus transferri ad iudicia necesse sit, instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus. Nam cogimur a proferenda sententia temperare, qui sanximus retractari rescripta nostra ad opiniones vel etiam relationes iudicum data non oportere, quoniam verendum est, ne his incognito negotio dirimatur adempta copia conquerendi. Quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint, indita actis vel subiecta non potueris inveniri*<sup>78</sup>. Brak przesłania więc kompletnych danych przedłożonych przez strony powodował nawet sankcję dla sędziego w postaci infamii.

Pierwszym znanym nam tekstem mówiącym o obowiązku przesłania

Pliniusza akta sprawy dołączone były tylko niekiedy i to nie w całości (Ep. 10, 58; zob. też 10, 59), co wskazuje na fakt, że zależało to od uznania namiestnika. Jeszcze za Dioklecjana nie było obowiązku przesłania akt, jak to wynika z C. 7, 62, 6, 3, dotyczącego *ex professo appellatio more consultatnionis*.

<sup>76</sup> Jak już o tym była mowa wyżej, za czasów Pliniusza przesłanie akt nie było obowiązkiem sądu. W praktyce czyniono tak jednak (zob. np. Plinius, Ep. 10, 58 i 10, 59). Sytuacja nie uległa zmianie w późniejszym okresie klasycznym (zob. przypis 75).

<sup>77</sup> Zob. także C. Th. 11, 30, 1; 5 (= C. 7, 62, 13); 6 (= C. 1, 21, 2); 8 pr; (= C. 7, 62, 15); 11 pr; 24; 31; C. Th. 2, 18, 1 (in fine) = C. 7, 61, 1, 1; C. Th. 11, 29, 4 (= C. 7, 61, 3); 5; C. 7, 61, 1; Symmachus, Rel. 49, 4. Przykłady dokumentów dołączonych do *consultatio* mamy już u Pliniusza, Ep. 10, 58.

<sup>78</sup> W tekście C. 7, 62, 15 brak jest zdania: *qui sanximus — oportere*.



wraz z *consultatio* i *preces refutatoriae* także akt, jest wielokrotnie cytowane już C. Th. 11, 30, 1. Nie zawierało ono jednak jeszcze terminu, w którym powinno to nastąpić. Brak ten uzupełnił Konstantyn Wielki w C. Th. 11, 30, 8 pr (319 r.), wprowadzając dwudziestodniowy termin wysłania akt, licząc od dnia zapadnięcia postanowienia w przedmiocie zwrócenia się z *consultatio*<sup>79</sup>. Wedle C. Th. 11, 30, 31 (363 r.) termin ów uległ przedłużeniu o dalsze 10 dni; postanowienie to utrzymane zostało także w C. Th. 11, 34, 1. Natomiast w C. Th. 11, 29, 5 (374 r.) nastąpił nawrót do normy Konstantyna Wielkiego. Prawo justyniańskie nie przewidywało żadnego ścisłego terminu wysłania akt.

Nieprzestrzeganie przepisów dotyczących przesłania akt uważano w pewnych konstytucjach za *sacrilegium*<sup>80</sup>, co powodowało kary związane z popełnieniem tego przestępstwa. Prócz tego znane były również kary grzywny (10 i 20 funtów złota)<sup>81</sup> i obowiązek uiszczenia sumy odpowiadającej wartości przedmiotu sporu<sup>82</sup>. Kary spadały nie tylko na sędziego<sup>83</sup>, ale także na *officium* i to niejednokrotnie w wyższym wymiarze<sup>84</sup>. Urzędnicy ponosili odpowiedzialność oczywiście tylko w wypadku niezwrócenia uwagi sędziemu na jego obowiązek przesłania akt<sup>85</sup>. Prawo justyniańskie nie przejęło tego systemu karnego.

Niezależnie od omówionych sankcji uznano również od Konstantyna Wielkiego (C. Th. 11, 30, 6)<sup>86</sup> prawo wniesienia *supplicatio* w wypadku odmowy przesłania akt.

Akta wraz z *consultatio* i *preces refutatoriae* przesyłane były drogą urzędową. Zachowały się nawet pewne przepisy porządkowe w tej materii. I tak np. według rozporządzeń Konstancjusza II<sup>87</sup> namiestnicy prowincji powinni przysyłać akta do cesarza za pośrednictwem *vicarii*. Istnieli również specjaliści urzędnicy (*geruli litterarum*), których zadaniem było przewożenie akt<sup>88</sup>. Sędziowie zwracający się z *consultatio*

<sup>79</sup> Słowa *ex eo die, quo fuerit quaestio terminata* odnoszą się do apelacji *more consultationis*.

<sup>80</sup> C. Th. 11, 30, 6 (nie według odpowiedniego C. 1, 21, 2); C. Th. 11, 29, 5.

<sup>81</sup> C. Th. 11, 30, 31; C. Th. 11, 30, 34, 1.

<sup>82</sup> C. Th. 11, 30, 8 pr; oszacowania dokonywał *rationalis*, na którego również spadała kara (*capitale supplicium*) w wypadku nieprzestrzegania przepisów obowiązujących go w tej materii.

<sup>83</sup> C. Th. 11, 30, 31; C. Th. 11, 30, 34, 1; C. Th. 11, 30, 6; C. Th. 11, 29, 5.

<sup>84</sup> Według C. Th. 11, 30, 31, i C. Th. 11, 34, 1 — 20 funtów złota groziło *officium*, a 10 sadowi, którego według C. Th. 11, 30, 34, 1 dotyczyła również infamia. C. Th. 11, 30, 8 pr mówi w ogóle tylko o karze na *officium*; por. jednak C. Th. 11, 30, 6; także C. Th. 11, 29, 5.

<sup>85</sup> C. Th. 11, 29, 5; C. Th. 11, 30, 34, 1.

<sup>86</sup> Por. odpowiednie C. 1, 21, 2.

<sup>87</sup> C. Th. 1, 15, 2; 3.

<sup>88</sup> C. Th. 11, 30, 31.

powinni przekazując akta owym urzędnikom zaznaczyć w nich datę dokonania czynności. Na skutek tego byli zwolnieni od odpowiedzialności za późniejszą zwłokę<sup>89</sup>.

Przesłanie akt drogą urzędową uzasadnione było niemożliwością pozostawienia dokonania tego żadnej ze stron. Interesy stron były bowiem sprzeczne i ta z nich, której by oddano akta celem ich przekazania sądowi ad quem, mogła celowo ich nie dostarczać przez dłuższy przeciąg czasu<sup>90</sup>.

#### B. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM AD QUEM

Jasną jest rzeczą, że *consultatio* powinna być skierowana do sądu wyższego. Istniały jednak dwa możliwe sposoby uregulowania. Można bowiem było przyjąć system zachowania toku instancji lub dopuścić system zwracania się do sądów wyższych z pominięciem toku instancji. W organizacji rzymskiego wymiaru sprawiedliwości chodziło w praktyce o sąd samego cesarza. Prawo mogło bądź dopuścić stosowanie tylko jednego z tych systemów, bądź nawet obu. W tym drugim wypadku wchodziła w grę ich konkurencja, której zasady mogły być różnie ustalone. W praktyce najprostsze jest pozostawienie wyboru sądowi a quo.

W prawie rzymskim spotykamy się z obu systemami w zależności od okresu historycznego jego rozwoju. W okresie klasycznym obowiązywała zasada, że sądem właściwym do udzielania odpowiedzi na *consultatio* był wyłącznie sąd apelacyjny, a więc sąd bezpośrednio wyższy w toku instancji: D. 1, 16, 6, 2. *Ulpianus libro primo de officio proconsulis. Legatos non oportet principem consulere, sed proconsulem suum, et is ad consultationes legatorum debebit respondere*<sup>91</sup>. Niedopuszczalne więc było w szczególności zwrócenie się wprost do cesarza z naruszeniem toku instancji. Jak jednak widać z przytoczonego tekstu, istniała już w okresie klasycznym taka tendencja. Wy tłumaczone to było dużym autorytetem, jakim cieszył się sąd cesarski, dlatego też *consultationes* do niego skierowane były najczęstsze w praktyce i o nich też wyraźnie mówiły z reguły źródła<sup>92</sup>. Znaczenie ich wzrosło szczególnie w okresie

<sup>89</sup> C. Th. 11, 30, 31.

<sup>90</sup> Inaczej było w prawie justyniańskim przy *appellatio more consultationis*, gdzie akta wręczano apelującemu, w którego interesie było w zasadzie szybkie załatwienie sprawy, gdyż mógł stracić środek prawny na skutek upływu czasu. Zob. C. 7, 63, 5, 2. Z uwagi na to dokonano interpolacji pewnych tekstów kodeksu teodozjańskiego (zob. np. C. 7, 62, 24 ex C. Th. 11, 30, 32 o C. 1, 2, 1 ex C. Th. 11, 30; 6).

<sup>91</sup> Prokonsul rozpatrywał apelacje od wyroków swego legata (D. 49, 3, 2). Zob. również D. 5, 1, 79, 1 mówiące o udzieleniu odpowiedzi na *consultationes* przez *praesides*.

<sup>92</sup> Zob. np. D. 49, 1, 1 §§ 1 i 2; D. 49, 4, 3; D. 4, 4, 11, 1; D. 4, 8, 32, 14; D. 49,

poklasycznym, tak że konstytucje cesarskie dotyczące *consultationes* zajmowały się właściwie regulacją tylko tego ich rodzaju. Sąd miał wprawdzie w zasadzie możność skierowania *consultatio* do właściwego sądu apelacyjnego<sup>93</sup>, ale uległa ona poważnym ograniczeniom.

Przede wszystkim wystąpiła tendencja do pozbawienia prawa udzielania odpowiedzi przez pewne sądy na rzecz sądu cesarskiego. Jej ilustrację stanowi C. Th. 1, 15, 8 (= C. 1, 38, 2) skierowane do prefekta pretorianów, w którym postanowiono, że *consultationes* dokonane przez *vicarii* powinny być skierowywane nie do prefekta, ale do cesarza. Wydanie owej konstytucji uzasadniano niemożnością rozstrzygnięcia pewnych wątpliwych kwestii przez prefekta pretorianów oraz względami na ambicje *administratores*, którzy mogli się czuć dotknięci odrzuceniem przez cesarza ich *consultationes*<sup>94</sup>. W rzeczywistości chodziło jednak zapewne przede wszystkim o ograniczenie nadmiernego powiększania się kompetencji sądowych prefekta.

Inne ograniczenie niższych (niż cesarza) sądów w zakresie rozpatrywania przez niego spraw wynikłych z wniesienia *consultationes* polegało na tym, że uznano możność zwrócenia się wprost do cesarza ze strony każdego sądu. Stało się to przynajmniej już za czasów Konstantyna Wielkiego, jak o tym świadczy choćby C. Th. 11, 29, 2 (= C. 7, 61, 1 pr), gdzie mowa jest o zwróceniu się do cesarza przez jakiegokolwiek sędziego<sup>95</sup>. Wynika to również z cytowanego już C. Th. 11, 30, 13, gdzie Konstantyn Wielki tylko wtedy nie uznaje możności zwrócenia się z *consultatio* do cesarza przez sądy niższe od sądu prefekta miasta, gdy została już złożona apelacja<sup>96</sup>. Oczywiście jest, że ten sposób uregulowa-

14, 48 pr; Coll. 1, 11 §§ 1—3; C. Th. 11, 29, 1; 2 (= C. 7, 61, 1 pr); 3 (= C. 7, 61, 2); 4 (= C. 7, 61, 3); 6; C. Th. 11, 30, 1 (= C. 7, 61, 1, 2); 5 (= C. 7, 62, 13); 8; 24; 34); 47; C. Th. 2, 18, 1 (zob. też interpr. ad h. 1.); C. Th. 1, 15, 2; 3; 8 (= C. 1, 38, 2); C. 6, 61, 5; Nov. 82 c. 14; Nov. 113 c. 1 pr; Nov. 115 praef.; por. też Nov. 125; *consultationes* do cesarza dotyczyły też cytowane już *Listy* Pliniusza do Trajana i *Relationes* Symmachusa.

<sup>93</sup> Zob. np. C. Th. 1, 15, 8 (= C. 1, 38, 2), z którego wynika, że dopuszczalne było zwrócenie się z *consultatio* przez *vicarii* do prefekta pretorianów. Co do *magister officiorum* możność udzielania przez niego odpowiedzi na skutek *consultationes* zaświadcza jest tekstem C. 12, 29, 3, 2. W C. Th. 1, 18, 1 (także w interpr. ad h. 1.; inaczej w odpowiednim C. 3, 1, 9) mowa jest tylko o możliwości *consultatio* do cesarza, co wynika jednak chyba tylko stąd, że był to w praktyce zdecydowanie najczęstszy wypadek.

<sup>94</sup> W C. 1, 38, 2 mamy pozostawiony tylko ten drugi motyw.

<sup>95</sup> *Si quis iudicium — nostram consulat scientiam —*; zob. też C. 7, 62, 34 pr; inaczej T. Kipp, RE t. IV sv. *consultatio*, s. 1143.

<sup>96</sup> Chodziło tam o niedozwoloną *consultatio post sententiam*, a nie o *consultatio* w związku z *appellatio more consultationis*.

nia zagadnienia wpłynął poważnie na zmniejszenie roli *consultatio* skierowanych do sądów niecesarskich.

Prawo justyniańskie przejęło system istniejący już wcześniej w okresie poklasycznym. Uznawało możliwość wystąpienia z *consultatio* do sądu bezpośrednio wyższego w toku instancji. Podkreślało ją nawet stosunkowo silnie, jak o tym świadczy C. 3, 1, 9, gdzie w miejsce zawartych w C. Th. 2, 18, 1 słów mówiących o *consultatio* do cesarza umieszczono sformułowanie: — — *sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit*<sup>97</sup>. W dalszym ciągu jednak największe znaczenie praktyczne posiadały *consultationes* skierowane do cesarza, do których mogły się uciekać wszystkie sądy niższe. Wyraźnie mówi o tym C. 7, 62, 34 pr, pochodzące zresztą nie od Justyniana, ale Justyna: *Imp. Iustinus A. Demostheni. Iubemus, si qua suggestio maioris vel minoris iudicis ad nostram referatur clementiam* — —<sup>98</sup>.

Możliwość zwrócenia się wprost do cesarza spowodowała oczywiście pewne niekorzystne skutki, a wśród nich także nadmierne obciążenie sądu cesarskiego. Z tych też względów w końcu zaczęto dążyć do zaradzenia temu stanowi rzeczy. Środkiem zaradczym było przekazanie przez cesarza Justyna rozpatrywania *consultationes* trójosobowemu sądowi, składającemu się z wysokich (także byłych) dostojników państwowych, który rozpatrywał sprawę w zastępstwie cesarza (C. 7, 62, 34)<sup>99</sup>. Natomiast w Nov. 82 c. 14, Nov. 113 c. 1 pr i Nov. 115 praef., c. 2 spotykamy się znów ze zwykłą *consultatio* do cesarza. Ostatecznie, jak już o tym była mowa, Justynian zdecydował się na jej zniesienie w Nov. 125.

Rozpatrywanie sprawy przez sąd, do którego skierowano *consultatio*, odbywało się na podstawie *consultatio*, *preces refutatoriae* i akt, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, a nawet wysłuchania stron. Postępowanie więc sądu ad quem opierało się na zasadzie pisemności i pośredniości. W stosunku do stron obowiązywał zakaz udania się do sądu (przynajmniej cesarskiego) pod rygorem zapłaty w złocie lub srebrze tytułem kary połowy wartości przedmiotu sporu na rzecz fiskusa: C. Th. 11, 30, 34. *Idem [impp. Valentinianus et Valens] AA. ad Symmachum praefectum urbi. Si quisquam ausus consultationem sequi circa limina palatii nostri comitatumve fuerit deprehensus, aestimatae litis,*

<sup>97</sup> Co do działalności w zakresie udzielania odpowiedzi na *consultationes* przez inne sądy poza cesarskim zob. D. 5, 1, 79, 1; C. 12, 29, 3, 2; C. 7, 45, 13 i C. 7, 62, 34 pr; zob. też sch. μένειν — γαλήνότητα ad B. 7, 1, 18.

<sup>98</sup> Zob. też ogólnie sformułowane C. 7, 61, 1 pr (= C. Th. 11, 29, 2); Nov. 82 c. 14; Nov. 113 c. 1 pr; Nov. 125. Pomieszczony poza *sedes materiae* tekst D. 1, 16, 6, 2 posiadał już tylko znaczenie historyczne.

<sup>99</sup> Zob. też C. 7, 45, 13.

*quae in controversiam venit, medietatem in auro atque argento fisci viribus inferre cogatur.*

W niedługi czas po wydaniu owej konstytucji, bo niewiele po upływie ponad 20 lat, sytuacja uległa zmianie o tyle, że można było udać się do sądu cesarskiego w wypadku, gdy nie było żadnej odpowiedzi w ciągu roku licząc od daty wysłania *consultatio*. C. Th. 11, 30, 47. *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio praefecto praetorio. Cum antea sit constitutum, ut consultationem iudicis ad comitatum sacrum missam litigatorum nemo sequeretur, hoc integra deliberatione sancimus, ut, si ad consultationem anno decurso non fuerit aliqua ratione responsum, litigatores quorum interest collectis omnibus gestis et ipsius relationis exemplis veniendi ad comitatum nostrae serenitatis habent liberam facultatem*<sup>100</sup>.

Od cesarza Justyna począwszy rozpatrzenie *consultatio* mogło się odbywać bez ograniczeń w obecności stron, przynajmniej jeśli chodziło o powołany przez cesarza specjalny trójosobowy sąd<sup>101</sup>.

W związku z faktem, że całe postępowanie było już przeprowadzone przed sądem a quo, istniały dwie możliwości załatwienia sprawy. Albo sąd ad quem ograniczał się do samego udzielenia odpowiedzi bez rozstrzygania procesu w formie wyroku, albo też sam wydawał wyrok. W tym ostatnim przypadku sąd ad quem musiał oczywiście posiadać materiał umożliwiający mu zapoznanie się z owym postępowaniem. Rzymskie prawo klasyczne stało na tym pierwszym stanowisku<sup>102</sup>. W okresie poklasycznym natomiast przyjęto drugi system<sup>103</sup>. Łączyło się to z faktem, że sąd ad quem miał wówczas do dyspozycji nie tylko spra-

<sup>100</sup> Zob. też C. Th. 11, 30, 54, gdzie znajduje się ciekawe teoretycznie wyjaśnienie stosunku nowej konstytucji do dawnej. Przepis ten obowiązywał również przy *appellatio more consultationis*, jak o tym świadczy C. Th. 11, 30, 66.

<sup>101</sup> C. 7, 62, 34 pr: — *sive praesentibus partibus, si hoc prospexerint, sive absentibus* —.

<sup>102</sup> Świadczą o tym choćby zachowane odpowiedzi Trajana na *consultationes* Pliniusza (zob. np. Ep. 10, 30; 10, 32; 10, 60; 10, 82; 10, 97; 10, 111); zob. także Coll. 1, 11, 3; D. 25, 4, 1 pr. O apelacji od wyroku wydanego przez sąd a quo na podstawie odpowiedzi cesarza mówi Ulpian w D. 49, 1, 1, 1 (por. C. 7, 62, 2).

<sup>103</sup> W związku z tym mówi się o *sententia* (C. Th. 11, 30, 9; C. 7, 62, 34 pr); także w konstytucji justyniańskiej C. 7, 45, 13. W tym ostatnim tekście występuje przeciwstawienie do *cognitionalis sententia*. Terminu *dispositio* używa C. 7, 62, 34 pr. Charakterystyczne jest sformułowanie w C. Th. 11, 30, 8, 1: — *si quando appellatione vel consultatione pendente vel post decisas nostris responsionibus causas* —. Wynika z niego, że odpowiedzi cesarza były decyzjami zarówno w wypadku apelacji (*more consultationis*), jak i *consultatio* (*ante sententiam*). Podnieść nadto należy, że gdyby chodziło o zwykłą odpowiedź, to w ogóle nie powstałby w C. 7, 62, 34 pr problem apelacji od niej. W D. 49, 1, 1, 1 chodziło w rzeczywistości o apelację od wyroku sądu a quo wydanego na podstawie udzielonej odpowiedzi.

wozдание sądu a quo i *preces refutatoriae*, ale także całe akta procesu, umożliwiające mu zapoznanie się z całą sprawą. Nie uważano więc za wystarczające do wydania wyroku oparcie się na samym sprawozdaniu sądu a quo.

Ten drugi system przyspieszał wprawdzie zakończenie procesu, ale z drugiej strony powodował duże obciążenie sądów ad quem. W związku z tym w prawie justyniańskim spotykamy się z nawrotem w pewnym zakresie do pierwszego systemu. Mianowicie wedle Nov. 82 c. 14 i Nov. 113 c. 1 pr cesarz ograniczał się jedynie do udzielenia odpowiedzi bez rozstrzygania całego procesu<sup>104</sup>, sądy niższe natomiast zobowiązane były do wydania wyroku<sup>105</sup>.

Właściwy do rozpatrywania spraw w trybie *consultatio ante sententiam* sąd udzielał odpowiedzi (*responsum*<sup>106</sup>, *responsio*<sup>107</sup>), którą niekiedy nazywano także radą (*consilium*<sup>108</sup>), co pozostaje w niewątpliwym związku ze znaczeniem terminu *consultatio* jako prośby o radę. Odpowiedzi udzielane przez cesarza wydawane były w formie reskryptów<sup>109</sup>. W odniesieniu do tych odpowiedzi, które były równocześnie wyrokami, występuje też termin *sententia*<sup>110</sup>.

Jest oczywiste, że udzielona odpowiedź przedstawiała dużą wartość

<sup>104</sup> Nov. 82 c. 14: *Si quod autem audientes iudices putaverint esse dubium, damus eis licentiam de his nuntiare nobis et consulere nos ut discant quae necessaria sunt, et ita quod agendum est explicent et faciant iusta simul rationabiliaque iudicia*; Nov. 113 c. 1 pr: *Si vero aliqua dubitatio iudici de aliqua fiat lege, nuntiet ad nostram potestatem, et a nobis expectet causae scriptam declarationem aut inter praestationem, et secundum eam decadat litem*. Wydaje się, że dla odróżnienia *consultatio* od innych sądów, gdzie następowało wydanie wyroku, używa Justynian w obu cytowanych tekstach terminu *nuntiare*.

<sup>105</sup> Poświadczono to mamy tylko co do trójosobowego sądu powołanego przez Justyna w C. 7, 62, 34 (zob. też C. 7, 45, 13), ale nie ulega wątpliwości, że dotyczyło to także pozostałych sądów.

<sup>106</sup> C. Th. 11, 29, 4 = C. 7, 61, 3; Th. 11, 30, 54; C. Th. 1, 15, 8; C. 7, 62, 34 pr; zob. też D. 49, 1, 1, 1.

<sup>107</sup> C. Th. 11, 30, 8, 1; o udzieleniu odpowiedzi mówiło się *respondere* (D. 5, 1, 79, 1). Charakterystyczne jest, że terminy owe występują także wtedy, gdy sąd ad quem rozstrzygnął już całą sprawę w formie wyroku.

<sup>108</sup> D. 5, 1, 79, 1; por. też D. 25, 4, 1 pr.

<sup>109</sup> C. Th. 1, 2, 1 = App. Vis. 1, 24; Coll. 1, 11 §§ 2 i 3; D. 25, 4, 1, 1; D. 49, 1, 1 §§ 1 i 2; D. 49, 4, 3. Mówi się też oczywiście o *rescribere*: C. Th. 11, 30, 11 pr; D. 49, 4, 3; D. 49, 14, 48 pr; D. 15, 4, 1 pr; D. 32, 96; D. 4, 8, 32, 14; D. 4, 4, 11, 2. Ogólnej nazwy *constitutio* użył Plinius, Ep. 10, 58; o *oraculum* mówią C. Th. 1, 15, 8; C. Th. 11, 30, 54. Bliżej o formach i funkcji reskryptów zob. E. Andt, o. c., s. 1 i n.

<sup>110</sup> C. Th. 11, 30, 8 pr; C. 7, 62, 34 pr; także C. 7, 45, 13, gdzie przeciwstawione są wyrokom wydanym w normalnym toku postępowania, określonym jako *cognitionales sententiae* (tak już glosa); zob. też termin *dispositio* w C. 7, 62, 34 pr.

jako wyjaśnienie wątpliwego zagadnienia prawnego i jako taka pełniła ważną funkcję podnoszenia poziomu orzecznictwa niezależnie od jej związku z daną sprawą. Mimo tego jednak nie posiadała prawnej mocy wiążącej w odniesieniu do innych spraw niż ta, w której była wydana. Zasada ta nie uległa zmianie także w okresie poklasycznym, do justyniańskiego włącznie, jak o tym świadczą: C. Th. 1, 2, 1 = App. Vis. 1, 24; C. 1, 14, 2; C. 7, 45, 13.

Z faktu powtarzania się jednak owych zakazów wynika, że w praktyce istniała odmienna tendencja. Nie ulega wątpliwości, że faktycznie sądy kierowały się reskryptami także w sprawach podobnych do tych, w których były wydane odpowiedzi.

Inna była jednak funkcja *consultatio ante sententiam* w sprawach, w których była sporządzana. Odpowiedź miała tu charakter wiążący (choć, być może, nie od samego początku praktyki zwracania się z *consultatio*). Tę nie budzącą wątpliwości zasadę mamy stwierdzoną źródłami w odniesieniu do reskryptów cesarskich <sup>111</sup>.

Nie posiadamy bezpośrednich dowodów źródłowych co do obowiązywania tej zasady w odniesieniu do niższych sądów. Wydaje się to jednak więcej niż prawdopodobne. Z uwagi na to, że właściwym sądem do udzielenia odpowiedzi na *consultatio* był sąd apelacyjny, jasną jest rzeczą, że w wypadku odwołania się do niego, zajmował on to samo stanowisko. Praktycznie więc sąd niższy wiązany był udzieloną odpowiedzią i wydaje się, że stało się to, jeśli nie od samego początku, to w każdym razie bardzo szybko, zasadą prawną.

Z kolei rozważyć należy problem zaskarżalności odpowiedzi. Jak długo nie była ona równocześnie rozstrzygnięciem całego procesu w formie wyroku, tak długo nie mogła być oczywiście przedmiotem zaskarżenia. Możliwość ta powstała dopiero wtedy, gdy w okresie poklasycznym *responsum* mogło być równocześnie wyrokiem. Wówczas w grę wchodziły ogólne zasady dotyczące zaskarżalności wyroków. W szczególności niedopuszczalna była apelacja od cesarza, będącego najwyższą instancją sądową w państwie <sup>112</sup>. Sama myśl o tym uważana była za absurdalną <sup>113</sup>. Problem pozytywnego zakazu apelacji od odpowiedzi mógł

<sup>111</sup> Obok cytowanych dopiero co tekstów C. Th. 1, 2, 11 = App. Vis. 1, 24 i C. 1, 14, 2 zob. Nov. 113 c. 1 pr (— *et a nobis expectet causae scriptam declarationem aut interpretationem, et secundum eam decidat litem*); por. też Nov. 82 c. 14; z okresu klasycznego przede wszystkim D. 49, 1, 1, 1.

<sup>112</sup> Dlatego też nieściśle mówi się w D. 49, 1, 1, 1 o *appellatio adversus rescriptum principis* (ściślej natomiast o apelacji *post rescriptum* w D. 49, 1, 1, 2). W rzeczywistości chodziło tam o zaskarżenie wyroku wydanego na podstawie reskryptu.

<sup>113</sup> Zob. C. 1, 14, 2 (— *nec ab aliquo retractentur* —); ogólnie co do niemożliwości apelacji od cesarza D. 49, 2, 1 pr (podejrzenia Beselera, ZSS 53,



powstać natomiast w odniesieniu do sądów niższych. W szczególności zakaz istniał w stosunku do trójosobowego sądu kolegiального powołanego przez cesarza Justyna: C. 7, 62, 34 pr. *Imp. Iustinus A. Demostheni praefecto praetorio — et tam disposito huiusmodi excellentissimorum iudicum omnimodo rata sit, nulli danda licentia provocationem contra eorum offerre sententiam vel aliam quamcumque dubitationem introducere.*

Aczkolwiek źródła o tym wyraźnie nie mówią, to jednak z ogólnych zasad wynika jasno, że w odniesieniu do pozostałych sądów apelacje (i inne środki zaskarżenia) były dopuszczalne.

Jest rzeczą oczywistą, że odpowiedź powinna być oparta na prawdziwych i kompletnych danych dotyczących sprawy. Istotne znaczenie posiadało tu więc sprawozdanie. Szczególnie ważne było ono wtedy, gdy nie stosowano jeszcze systemu przesyłania akt sprawy umożliwiających kontrolę sprawozdania. Jednak nawet po wprowadzeniu owego systemu zasadniczą, choć niewątpliwie mniejszą rolę w praktyce odgrywało nadal sprawozdanie<sup>114</sup>. Stąd też bardzo duże znaczenie posiada zagadnienie jego kontroli. Mogła ona być przeprowadzona zarówno na wniosek, jak i z urzędu. Ten ostatni wypadek mógł mieć w praktyce zastosowanie dopiero z chwilą wprowadzenia systemu przesyłania akt. Przedtem w grę mogła wchodzić jedynie kontrola na wniosek. Ta ostatnia została utrzymana, jak zobaczymy niżej, także po wprowadzeniu systemu przesyłania akt, choć w zmienionej formie.

Teoretycznie biorąc, można było kontrolę sprawozdania zostawić sądowi a quo, ale okazywało się to niecelowe ze względów praktycznych. Jeśli sąd złożył tego rodzaju wadliwe sprawozdanie, to nie budził już oczywiście odpowiedniego zaufania. Z reguły bowiem można by się do-

1933, s. 1, z uwagi na użycie słowa *stultus* są bezzasadne). Ogólnie o zakazie *impetrare* mówi C. Th. 11, 30, 8, 1.

Co do zakazu wnoszenia *supplicatio* lub *querimonia* zob. C. Th. 11, 30, 11 pr: — *Nam si plena, ut iubemus, adsertio per litigatorem in iudiciis exrecetur et integra instructio in consulti ordinem conferatur stabit ratum ac fidele, quod iudicia nostra rescriberint neque ullus querimoniae locus dabitur nec occasio supplicandi, ut convelli labefactarique iubeamus quae ad relationem eius sanximus, qui neque vera neque universa suggessit* —.

Tekstu nie należy rozumieć w ten sposób, że reskrypt mógł być zmieniony w wypadku braku prawdziwych lub kompletnych danych. Do dostarczenia ich bowiem służyło przesłanie akt wraz z sprawozdaniem zawartym w *consultatio* oraz *preces refutatoriae*. Uchybienia sądu w tym kierunku były przedmiotem *supplicatio*, a nadto zagrożone sankcjami karnymi.

Obok C. Th. 11, 30, 11 pr zob. także C. Th. 11, 30, 6 = C. 1, 21, 2 i C. Th. 1, 2, 3. O zakazie podniesienia jakiegokolwiek *dubitatio* mówi C. 7, 62, 34 pr. Co do sankcji karnych zob. C. Th. 11, 30, 6 = C. 1, 21, 2; C. Th. 11, 30, 8, 1.

<sup>114</sup> Wyraźnie podkreślone to jest w C. Th. 11, 29, 4 = C. 7, 61, 3.

mniemywać stronnictwo, a przynajmniej niedbalstwa. Z tego względu kontrolę powierzono sądowi ad quem.

W prawie klasycznym strony mogły powołać się na brak prawdziwych lub kompletnych danych sprawozdania tylko w drodze apelacji. Jej przedmiotem były: wyrok wydany przez sąd a quo w oparciu o uzyskaną odpowiedź oraz sama *consultatio*<sup>115</sup>. Oba te warianty były wzięte w prawie rzymskim pod uwagę. Najstarszy znany nam jurysta zajmujący się tym problemem, a mianowicie Ulpian (w D. 49, 1, 1, 1) opowiada się wyłącznie za tą pierwszą ewentualnością, powołując się na reskrypt Antonina Piusa zacytowany przez siebie *in extenso*: *Ulpianus libro primo de appellationibus* — —. *Verba rescripti ita se habent*: 'Εὰν ἐπιστείλῃ τις ἡμῖν ἀδιὰ καὶ ἀντιγράφων ἐμὲ ὅτι οὖν, ὑπάρξει τοῖς βουλομένοις ἐπικαλεῖσθαι πρὸς τὴν ἀπόφασιν. εἰ γὰρ διδάξαιεν ἢ ψευδῶς ἢ οἷκ' οὕτως ἔχειν τὰ ἐπεσταλμένα, οὐδὲν ὑφ' ἡμῶν εἶναι δόξη προδιεγνωσμένον, τῶν δὲ ἑτέρως ἔχουσιν τοῖς γραφεῖσιν ἀντελεσταλκότων.

Z uwagi na tę możliwość wykluczył Ulpian apelację od samej *consultatio*: D. 49, 1, 1, 2. *Ulpianus libro primo de appellationibus*. *Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione iudicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit principem se consultaturum, cum possit post rescriptum provocare.*

O dopuszczalności apelacji od wyroku wydanego w oparciu o reskrypt mówi też ogólnie jedna z konstytucji Aleksandra Sewera: C. 7, 62, 2. *Imp. Alexander A. Plariano*. *Novum quod postulas non est, quod, etsi rescripti mei auctoritas intercesserit, provocandi tamen facultas tibi non denegetur.*

Sprawa budziła pierwotnie pewne wątpliwości<sup>116</sup>, które wynikały stąd, że następowało starcie się dwóch zasad, a to ogólnej dopuszczalności apelacji od wyroków z zasadą mocy wiążącej reskryptów w sprawach, w których były one wydane<sup>117</sup>. Ostatecznie, jak widzieliśmy, przyjęto system polegający na możliwości wniesienia apelacji, z tym, że podstawą jej mógł być tylko fakt istnienia fałszywych lub niekompletnych danych przedstawionych w *consultatio*.

Żaden tekst nie mówi o kwestii dopuszczalności apelacji w wypadku

<sup>115</sup> W grę nie wchodziła natomiast sama odpowiedź. W D. 49, 1, 1, 1, 1 chodzi w rzeczywistości o apelację od wyroku wydanego przez sąd a quo na podstawie reskryptu, a nie od samego reskryptu (tak słusznie Orestano, *L'appello civile in diritto roma*, Torino 1953, s. 293 i n.; błędnie G. Scherillo, *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, s. 358). Apelacja miała charakter dewolutywny i nie mogła służyć jako środek zaskarżenia od decyzji cesarza.

<sup>116</sup> Wskazują na nie sformułowania Ulpiana w D. 49, 1, 1, 1: *quaesitum est; est enim quaesitum*.

<sup>117</sup> Aleksander Severus w przytoczonym C. 7, 62, 2 mówi o *rescripti auctoritas*.

wydania wyroku sprzecznego z treścią reskryptu. Wynika to stąd, że wówczas wchodziła w grę ewentualna nieważność wyroku, jako sprzecznego z przepisami prawa, a w szczególności z konstytucją cesarską, którą był reskrypt <sup>118</sup>.

Tego rodzaju rozwiązanie sprawy nie było jednak zbyt szczęśliwe, gdyż w wypadku wykazania wadliwości sprawozdania pozbawiało ono udzieloną odpowiedź przydatności w danej sprawie. Powstała więc tendencja, by jeszcze przed udzieleniem odpowiedzi strona mogła podnieść zarzuty przeciw sprawozdaniu. Jej pierwszym znanym nam przedstawicielem był Macer, uznający wbrew Ulpianowi <sup>119</sup> możliwość apelowania już od *consultatio* (mimo, że nie była to czynność procesowa o charakterze imperatywnym), choć w ograniczonym zakresie, a to tylko wtedy, gdy stronie doręczono odpis *consultatio*: D. 49, 4, 3. *Idem [Macer] libro secundo de appellationibus. Illud videamus, si, cum imperatori scriberetur, exemplum litterarum litigatorum editum sit neque is appellaverit et postea contra eum rescriptum sit, an appellare a litteris pridem sibi editis possit? quia qui tunc non appellavit, vera esse quae scripta sunt consensisse videtur: nec audiendus est, si dicat eventu rescripti sacri se sustinuisse.*

Wniesienie apelacji mimo pewnego niewątpliwego uproszczenia powodowało konieczność przeprowadzenia odpowiedniego postępowania dowodowego, co w konsekwencji doprowadzało do niepotrzebnego przedłużenia się procesu. Z tego też zapewne względu dotychczasowy stan rzeczy uległ zmianie przez zarzucenie w tym zakresie apelacji i wprowadzenie specjalnej instytucji *preces refutatoriae*.

Te trzy omówione sposoby przeciwstawienia się wadliwemu sprawozdaniu wykluczały się wzajemnie. I tak Ulpian uzasadniał niedopuszczalność apelacji od *consultatio* właśnie tym, że można było apelować od wyroku wydanego przez sąd a quo w oparciu o reskrypt. Przyjęcie przez Macera systemu zaskarżenia *consultatio* w drodze apelacji wykluczało możliwość wniesienia tego zaskarżenia przeciw wyrokowi wydanemu na podstawie owego sprawozdania. Aczkolwiek jurysta ten w cytowanym D. 49, 4, 3 *expressis verbis* mówi tylko o niemożności apelowania po terminie od *consultatio*, to jednak jasną jest rzeczą, że z dopuszczeniem apelacji od *consultatio* wykluczone było zaskarżenie przy pomocy tego środka wydanego później wyroku. W przeciwnym bowiem wypadku instytucja apelacji od *consultatio* pozbawiona byłaby praktycznie sensu. Za tezę tą przemawiają również słowa jurysty: *quia qui tunc non appellaverit, vera esse quae scripta sunt consensisse videtur.*

<sup>118</sup> C. 7, 64, 2; D. 49, 8, 1, 2; D. 42, 1, 32; D. 49, 1, 19.

<sup>119</sup> D. 49, 1, 1, 2.

Macer, nie mogąc przeciwstawić się wyraźnemu brzmieniu reskryptu Piusa, uznającego dopuszczalność apelacji od wyroku wydanego na podstawie reskryptu opartego na wadliwości sprawozdania, przyjął domniemanie, że strona nie wnosząc apelacji od *consultatio* uznała sprawozdanie za należyte.

Przyjęcie systemu *preces refutatoriae* wraz z przesłaniem akt wykluczało zarówno apelację od *consultatio*, jak i od późniejszego wyroku<sup>120</sup>, i dlatego nie mówi o niej żaden tekst poklasyczny.

Na analogicznym stanowisku stało również prawo justyniańskie. Zachowany w D. 49, 1, 1, 1 reskrypt Antonina Piusa zachował swe znaczenie tylko w stosunku do postępowania reskryptowego wszczętego przez *supplicatio* strony.

Wiesław Litewski (Kraków)

# CONSULTATIO ANTE SENTENTIAM

## Résumé

L'institution de *consultatio ante sententiam* n'a pas encore été suffisamment élaborée. La littérature du sujet se limite jusqu'ici, à vrai dire, à des vues synthétiques au caractère encyclopédique et à de courtes remarques dans les manuels de droit civil romain.

L'article est divisé en trois parties. Dans la première sous le titre de Remarques Préliminaires ont été traités certains problèmes généraux. En premier lieu ils concernent la terminologie. Dans les sources historiques l'institution qui nous intéresse se trouvait sous les termes de *consultatio* (*iudicis*), *relatio*, *opinio* et *suggestio*. Le terme de *consultatio ante sententiam* fut accepté par la science pour indiquer une différence entre elle et une *consultatio* à l'occasion de l'ainsi nommée *appellatio more consultationis*.

Ce qui est intéressant c'est la genèse de *consultatio ante sententiam*. A l'avis de l'auteur elle doit être recherchée dans la pratique, surtout par suite des cas où les gouverneurs des provinces s'adressaient à l'empereur. A l'origine il n'existait pas de stricte délimitation entre la *consultatio* et d'autres questions adressées à l'empereur. Mais déjà dans les Lettres de Pline le Jeune à Trajan ressortent certains traits caractéristiques essentiels pour la *consultatio*.

Les normes juridiques essentielles pour la *consultatio ante sententiam* étaient contenues dans les constitutions impériales, autant que en général celles qui concernaient le domaine de *cognitio extra ordinem*.

Dans la seconde partie de l'article c'est la structure et la fonction de *consultatio* qui sont sur le métier. Sa structure était dipartite. Elle contenait deux éléments: l'interrogatoire de la cour de justice et le compte rendu de l'état de la cause. La *consultatio* pouvait uniquement être mise en vigueur dans un cas juridique contentieux. Elle avait pour tâche de prévenir le prononcement de la sen-

<sup>120</sup> Co do tego ostatniego chodzi oczywiście tylko o te wypadki, gdy cesarz ograniczał się jedynie do udzielania odpowiedzi, nie wydając sam wyroku.

tence, qui pouvait facilement se montrer fausse, puisque la cour même avait des doutes. En plus la consultatio contribuait en général à rehausser le niveau de la jurisprudence et à l'uniformisation de la pratique judiciaire dans les questions législatives contentieuses. Mais l'emploi de consultatio nécessitait absolument une application très adroite et bien fondée. En pratique on l'appliquait trop souvent, ce qui provenait sans nul doute d'une part de la centralisation administrative de l'empire romain, et d'autre part était la suite du déclin progressif de la culture législative. C'est ce qui obligea en fin de compte Justinien à éliminer l'emploi de consultatio en rapport à la cour de justice impériale.

Au contraire de la consultatio ante sententiam, la consultatio au cours de l'appellation avait une structure uniforme, et comprenait uniquement le compte rendu de la cour de justice a quo tenant à une cause déjà réglée à son siège. Ce compte rendu remplissait en somme la fonction de la motivation de la sentence.

La troisième partie de l'article est consacrée à la procédure. Nous ne possédons presque aucune donnée en cette matière concernant l'époque classique, ce qui se laisse probablement expliquer par le fait que le cours de la procédure n'est pas encore strictement réglé en ce temps là. Par contre la constitution de l'empereur Constantin le Grand C. Th. 11, 30, 1 qui était en vigueur en principe durant toute la période ultérieure postclassique, contient des règlements exacts. Les suppléments et changements introduits plus tard avaient uniquement une importance secondaire.

La procédure de la consultatio ante sententiam se divisait en deux parties: la procédure devant la cour a quo et ad quem. La première commençait par la décision de déposer une consultation, ce qui dépendait absolument du bien vouloir de la cour. Cette arrêt était strictement séparé de la consultatio en soi. On pouvait le déposer uniquement après que toute la procédure probante avait été achevée.

Après la déposition de cette interlocutio la cour avait le devoir de préparer la consultatio et d'en fournir les copies aux deux partis. Ceux-ci avaient le droit d'intenter l'ainsi nommé *preces refutatoriae* (connu déjà de Dioclétien) qui contenait les objections contre la bonne foi du compte rendu. Il s'agissait surtout de soulever des objections contre la citation de données fausses et incomplètes. A leur tour la consultatio, les *preces refutatoriae* et les actes étaient envoyés à la cour ad quem. Au début c'était une cour d'appel. Durant la période postclassique on pouvait cependant s'adresser directement à l'empereur en éludant le cours des instances. La procédure devant la cour ad quem s'appuyait sur le principe de procédure par écrit et par intermédiaire. Ce n'est que plus tard qu'a on admis peu à peu les partis à y prendre part.

La cour ad quem compétente se limitait uniquement à la fonction de répondre. Mais dans la période postclassique elle prononçait même le jugement de la cause entière. Dans le droit de Justinien (et spécialement d'après Nov. 82 c. 14 et Nov. 113 c. 1) eut lieu en relation au tribunal de l'empereur un retour au système classique.

La réponse liait au sens juridique la cour a quo pour la cause donnée. Si cependant elle s'appuyait sur des données fausses ou incomplètes, on pouvait réagir contre elle. Le contrôle du compte rendu était au début exécuté sur requête en cour d'appellation de la sentence prononcée sur le fondement du compte rendu, mais plus tard par voie d'une appellation de la consultatio elle-même, et finalement par déposition des *libelli refutatorii*. L'emploi d'un de ces systèmes excluait la possibilité d'en recourir à un autre.

