

# LA PORTEE NORMATIVE DES *RESCRIPTA AD CONSULTATIONEM EMISSA* SOUS CONSTANTIN

---

Aude Laquerrière-Lacroix\*

## 1. Introduction

Le renouveau d'intérêt de la doctrine envers les sources du droit romain tardif a dégagé, en matière de rescrits, plusieurs champs d'enquête encore ouverts.

Ainsi, de récentes études invitent à revenir sur la portée normative des constitutions impériales aux IV et V<sup>e</sup> siècles pour redonner leur place aux rescrits impériaux, réponses écrites données par le Prince – ou en son nom – à la supplique d'un particulier ou bien à la question qui lui est posée par un magistrat ou un fonctionnaire, à l'occasion d'un litige ou en dehors de tout contentieux<sup>1</sup>.

En effet, après Dioclétien, les rescrits n'ont pas disparu du “panorama normatif” mais ont été régulièrement utilisés, même après l'essor, à partir de Constantin, des *leges generales*<sup>2</sup>.

D'après le *Code Théodosien* (CTh. 1.1.6 pr. (a. 435)), les commissaires de Théodore II devaient inclure les seules règles normatives de portée générale, les *editales generalesque constitutiones*<sup>3</sup>. Or, la plupart des textes du *Code* sont issus de lettres adressées à de hauts fonctionnaires (*epistulae*)<sup>4</sup>. Les commissaires ont vraisemblablement conservé la partie générale de la réponse du Prince. Tel serait le cas des rescrits en réponse à la

1 Voir en particulier, L. Maggio, “Note critiche sui rescritti postclassici 1. Il c.d. processo *per rescriptum*”, *SDHI*, LXI (1995), pp. 285-312, avec un rappel de la doctrine dominante pp. 285-286 et notes 1-7; Id., “Note critiche sui rescritti postclassici 2. L'efficacia normativa dei rescritti *ad consultationes* e dei rescritti *ad preces emissas*”, *AARC*, XIV, Napoli, 2003, pp. 359-380, spéc., pp. 359-360.

2 Cf. L. Maggio, “Note critiche sui rescritti postclassici 2” cit., p. 360; A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf, 2007, pp. 32-33.

3 Voir aussi, CTh. 1.1.5 (a. 429): *sacra generalitas, omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se*. Sur la question de la *lex generalis*, cf. A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., pp. 20-35, spéc., pp. 32 et 34; Id., “Observations on the *Theodosian Code Lex Generalis*, Validity of Laws”, *AARC*, XIV, Napoli, 2003, pp. 145-153.

4 Cf. A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., p. 23.

\* Professeur à l'Université de Reims.

*suggestio*<sup>5</sup> d'un fonctionnaire ou à la *consultatio* d'un magistrat<sup>6</sup>, point de droit soumis à la délibération de celui-ci<sup>7</sup>.

Nonobstant le changement terminologique débuté sous Constantin, une certaine continuité avec le Principat<sup>8</sup> s'observe encore au début du IV<sup>e</sup> siècle<sup>9</sup>. Comme l'a récemment souligné L. Maggio, à la *subscriptio* – réponse écrite à la demande d'un particulier (*libellus, prex*) et à l'*epistula* – réponse écrite à un magistrat, à un fonctionnaire chargé de la justice – se sont substituées les expressions *rescripta ad preces emissum* – les rescris en réponse aux suppliques de particuliers – et *rescripta ad consultationem emissum* – les rescris en réponse à la question d'un magistrat sur un point de droit controversé<sup>10</sup>. Or, cette distinction prend tout son sens sous l'angle de l'efficacité normative<sup>11</sup>.

L'étude se propose de revenir sur les textes Constantiniens en matière de rescris *ad consultationem emissum*. Ces rescris revêtent-ils une portée normative limitée à l'affaire à propos de laquelle le Prince a donné la solution de droit ou bien conservent-ils, comme à l'époque classique, la valeur de précédents, applicables par analogie, à des cas similaires<sup>12</sup>? La réponse du Prince constitue-t-elle encore une décision en interprétation laissant au juge requérant la maîtrise de sa sentence ou bien s'y substitue-t-elle<sup>13</sup>?

En la matière, Constantin semble avoir opéré un revirement en juin 318, suivi ensuite en Orient comme en Occident selon deux voies parallèles.

5 *Suggestio, onis*, f. suggestion, conseil.

6 En ce sens, A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., p. 11; pp. 22-23; A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio* nel regime delle impugnazioni tra il IV e il V secolo", *AARC*, XIV, Napoli, 2003, p. 334 et note 38.

7 *Consultatio, onis*, f, au sens de point soumis à une délibération, de question posée à un juriste.

8 Se reporter à J.-P. Coriat, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome, 1997; Id., "La technique du rescrit à la fin du Principat", *SDHI*, LI (1985), pp. 319-348.

9 Cf. F. Arcaria, *Referre ad Principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000; F. Pergami, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, pp. 4-8.

10 Sur la question, voir notamment, F. De Marini Avonzo, "I rescritti nel processo del IV e V secolo", *AARC*, XI, Napoli, 1996, pp. 29-39; A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., pp. 323-349 ainsi que les interventions de F. Arcaria (pp. 351-354) et de S. Giglio (pp. 355-358); L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit.; Id., "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit.; F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., spéc. pp. 4 sq. (bibliographie, pp. 3-4, notes 2-4); Id., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, spéc., pp. 447-462; Id., "Appellatio more consultationis", *SDHI*, LXIX (2003), pp. 165-183; J. Gaudemet, "Constitutions constantiniennes relatives à l'appel", *ZSS* 98 (1981), pp. 47-76; G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, Milano, 1983; F. Arcaria, *Referre ad Principem* cit., spéc., pp. 166-177.

11 L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., p. 287 et notes 8-10; Id., "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., p. 359.

12 Sous le Principat, le rescrit interprétatif s'impose au juge au regard du cas spécialement réglé mais surtout à valeur de précédent et en tant que tel entre dans le droit casuistique, objet de l'interprétation des juristes. Le pouvoir d'interprétation des juristes coexiste avec celui de l'Empereur à égalité d'autorité; cf. L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., pp. 361-364.

13 L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., p. 302 souligne qu'à l'époque classique, les *epistulae* n'ont jamais contenu la sentence définitive qui relevait toujours du juge requérant.

## 2. La *consultatio ante sententiam* avant juin 318

Deux extraits du *Code*, CTh. 11.29.1 et CTh. 11.30.1, sont, en général, considérés comme les deux fragments d'une même constitution Constantinienne, scindée par les commissaires de Théodore II sous deux titres: CTh. 11.30 *De appellationibus et poenis earum et consultationibus* et CTh. 11.29 *De relationibus*.

Cette constitution, de date incertaine, constituerait la première intervention de Constantin en matière de *consultatio ante sententiam*<sup>14</sup>.

Plusieurs arguments appuient cette hypothèse reconstructive: l'identité des inscriptions, celle du mois et du lieu d'émission, celle de l'année consulaire (*Constantino A. III et Licinio III consss.*), la proximité des dispositifs ainsi que les mentions *post alia* et *et cetera*.

En ce sens, la constitution d'origine devrait se lire dans l'ordre suivant: CTh. 11.30.1 puis CTh. 11.29.1.

CTh. 11.30.1: IMP. CONSTANTINUS A. AD CLAUDIUM PLOTIANUM CORRECTOREM LUCANIAE ET BRITTIORUM. Si in negotio civili cognitis utrisque actionibus pronuntiaveris te ad nostram scientiam relaturum, consultationis exemplum litigatoribus intra decem dies edi aput acta iubeas, 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. Iam dicationis tuae est omnia, quae aput te vel aput alios gesta fuerint in eo negotio, consultationi tuae cum refutatoris litigantis adnectere, ita ut scias et decem dies, intra quos edi consultationem oportet, et quinque, intra quos preces refutatoriae offerenda sunt, continuos debere servari. Nam quinque diebus transactis nec offerentem preces refutatoria litigatorem debebis audire, sed sine his, quoniam intra statutum tempus oblatae non sunt, gesta omnia ad nostram referre scientiam. Et cetera. *Dat. III kal. ian. Treviris Constantino A. III et Licinio III consss.*

CTh. 11.29.1: IMP. CONSTANTINUS A. AD CLAUDIUM PLOTIANUM CORRECTOREM LUCANIAE ET BRITTIORUM. Post alia. Super paucis, quae iuridica sententia decidi non possunt, nostram debes consulere maiestatem, ne occupationes nostras interrumpas, cum litigatoribus legitimum remaneat arbitrium a sententia provocandi. *Dat. VI kal. ian. Treviris, acc. VIII id. feb. Regio Constantino a. III et Licinio III consss.*

Or, comme l'a fort bien souligné F. Pergami<sup>15</sup>, il convient alors d'expliquer la différence entre les souscriptions: *Dat. III kal. ian. / Dat. VI kal. ian.* et l'omission dans CTh. 11.30.1 de la date de réception, *acc. VIII id. feb. Regio*.

S'il est vrai qu'un copiste peut facilement inter changer le III et le VI<sup>16</sup>, l'absence de mention de la date de réception suscite des interrogations.

<sup>14</sup> L'origine de cette procédure ne doit pas être recherchée dans une norme législative mais dans la pratique judiciaire qui s'est affirmée au cours du Principat, cf. A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 323.

<sup>15</sup> Sur ce point, cf. F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., pp. 9-11.

<sup>16</sup> En ce sens, F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., p. 9.

Si l'on suit les souscriptions au plus près, CTh. 11.30.1 aurait été émise à Trèves le 30 décembre 313 sous le troisième consulat de Constantin et Licinius et la date de réception omise correspondrait au consulat de 314 (*Volusiano et Anniano consss.*), tandis que CTh. 11.29.1 aurait été émise à Trèves le 27 décembre 312<sup>17</sup> et non pas en 313 (c'est-à-dire sous le deuxième consulat de Constantin et Licinius), puis reçue à Regium (Bruttium) le 6 février 313 sous le troisième consulat de Constantin et Licinius. Pour conserver la référence au troisième consulat de Constantin et Licinius et ne pas y voir d'erreur de copiste, il faudrait alors considérer que ces deux textes ne sont pas les fragments d'une même constitution mais deux fragments de deux constitutions adressées au même destinataire à un an d'intervalle et trouvés dans des archives différentes.

Dès lors, il conviendrait de lire séparément ces deux textes et dans l'ordre inverse.

D'abord, en 312, dans CTh. 11.29.1, Constantin précise au gouverneur (*corrector*) de la province suburbicaire de Lucania et Bruttium la différence entre la *consultatio ante sententiam* et la procédure d'appel<sup>18</sup>. Le juge ne doit consulter l'Empereur que dans les rares cas à propos desquels il ne peut rendre de sentence judiciaire. Dans ces rares cas de décision de renvoi au Prince, les parties ne peuvent exercer de voie de recours. Dans tous les autres cas, les parties conservent l'option légitime de faire appel. Ceci semble bien indiquer d'une part, que la consultation doit porter sur un point de droit rendant la sentence impossible à rendre pour le juge et d'autre part, qu'un appel *per consultationem* (ou *more consultationis*) n'est pas institué en tant que nouvelle forme d'appel, modelée sur la procédure de la *consultatio ante sententiam* et réservée à la compétence exclusive du tribunal impérial<sup>19</sup>. La procédure de *consultatio ante sententiam* fait figure de procédure autonome. Il s'agit d'une procédure préjudicelle émanant du juge<sup>20</sup>, distincte de l'appel de la sentence, laissé au libre choix des parties<sup>21</sup>. Cette procédure semble s'apparenter à un renvoi préjudiciel en interprétation<sup>22</sup>.

L'année suivante, fin décembre 313<sup>23</sup>, Constantin explique au gouverneur de Lucania et Bruttium, juge de premier degré, la procédure à suivre pour en référer en matière civile

17 F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., pp. 10-11 opte pour 312 mais aussi pour un unique texte (pp. 8-9). Selon l'auteur, un copiste aurait fait deux fois l'erreur de remplacer le II (deuxième consulat de Constantin et Licinus en 312: *Constantino A. ii et Licinio ii consss.*) par III (troisième consulat de Constantin et Licinius en 313: *Constantino A. iii et Licinio iii consss.*). Comp., A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 328 pour laquelle l'unique constitution daterait, sous certaines réserves, du 27 décembre 313.

18 Dans le sens d'une distinction claire entre ces deux procédures, cf. A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., pp. 331-332.

19 En ce sens, F. Pergami, "Appellatio *more consultationis*" cit., p. 165.

20 *Super paucis, quae iuridica sententia decidi non possunt nostram debes consulere maiestatem. cum litigatoribus legitimum remaneat arbitrium a sententia provocandi.*

22 Cf. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14552\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14552_fr.htm). *Contra*: L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., pp. 303-304. Pour l'auteur, la transmission de l'ensemble des pièces impliquerait que le Prince rende désormais la sentence définitive sur l'affaire qui lui serait ainsi entièrement déferrée au moyen d'un rescrit *ad consultationem*.

23 Le 3 novembre 313, Constantin reprenait encore la distinction de 312 sous l'angle de l'appel dans une constitution adressée au gouverneur de Bizacène, cf. CTh. 11.30.2: il est interdit de faire appel en cas de question préjudicelle (*praeiudicium*) ou lorsque la cause est pendante (*ante causam examinatam et determinatam*).

au Prince, juge suprême (CTh. 11.30.1)<sup>24</sup>. Le cas visé est précisé: il doit s'agir d'une affaire civile pour laquelle le juge a procédé à la *cognitio* des actions des deux parties et à l'issue de laquelle il a prononcé qu'il en ferait rapport au Prince. L'essentiel de la mesure Constantinienne concerne les délais de transcription de la copie de demande de consultation avant que le juge ne l'adresse au Prince qui y répondra ensuite par rescrit. Dans les dix jours du prononcé de sa décision d'en référer au Prince, le juge doit ordonner la publication dans les procès-verbaux judiciaires (*editio aput acta*) d'une copie de la demande de consultation (*exemplum consultationis*) pour que les parties puissent en prendre connaissance. Dans les cinq jours suivant l'exposé de la copie de demande de consultation, les parties peuvent, de manière similaire, exposer *aput acta* leurs suppliques de réfutation (*refutarias preces*). Alors, le juge adressera au Prince l'ensemble des actes de l'affaire en y annexant à la fois sa demande de consultation et les réfutations des parties. Le délai de cinq jours, offert aux parties, est un délai préfix (*quinque continuos*). Le délai écoulé, les parties s'exposent à une fin de non-recevoir et le juge doit adresser à l'Empereur tous les actes de l'affaire en y annexant sa seule demande de consultation.

Néanmoins, il semble que la distinction entre la procédure autonome de *consultatio ante sententiam* et la procédure d'appel n'ait pas été parfaitement comprise par Plotius Plautianus puisque Constantin doit en rappeler l'essentiel, en 315, au nouveau gouverneur de Lucania et Brittium, Rufinus Octavianus (CTh. 1.16.1): l'appel, interjeté par l'une des parties, suspend l'exécution de la sentence tandis que la décision du juge du premier degré est dévolue au juge d'appel<sup>25</sup>.

Le 13 août 316, Constantin revient sur la procédure de la *consultatio ante sententiam* dans une constitution probablement scindée par les commissaires de Théodose II en deux fragments (CTh. 11.30.5 et CTh. 11.30.6), comme le suggèrent l'identité d'inscription et de souscription ainsi que la mention *et cetera*. Le premier fragment, CTh. 11.30.5<sup>26</sup>, évoque très clairement la procédure de la *consultatio ante sententiam* dans les causes civiles et se présente comme le complément des dispositions antérieures, prises en 313 (*iuxta priora statuta*)<sup>27</sup>. L'Empereur confirme la nécessité pour le juge d'adresser l'ensemble des actes à la Cour impériale suivant l'usage en matière de formalités (*solemnitatis more expleto*)<sup>28</sup>. Dans le second fragment,

24 En Occident, la mesure de Constantin sera étendue aux causes délictuelles en 368, cf. CTh. 11.29.3.

25 Datée du 3 août 315 selon Th. Mommsen, *Proleg.*, p. CCXI, mais du 3 août 313 selon O. Seeck, *Regesten*, pp. 427, suivi par A. Chastagnol, *La Préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, Paris, 1960, pp. 29 sq. La mention du quatrième consulat de Constantin et Licinius nous fait pencher pour la date de 315.

26 CTh. 11.30.5 IDEM A. PETRONIO PROBIANO SUO SALUTEM. Ex illo tempore, quo in civilibus causis, quae inter privatos moventur, consulturum vel relaturum te esse promiseris vel appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint, nihil posthac tibi quodlibet speciale ac requisitum vel quibuscumque modis favoris gratiam praferens audiendum est, sed observandum, ut iuxta priora statuta sollemnitatis more expleto gesta ad comitatum omnia dirigantur. Et cetera. Dat. *id. aug. Arelato; proposita id. octob. Theveste Sabino et Rufino cons.*

27 CTh. 11.30.2 et CTh. 11.30.1.

28 Pour A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 334, ce fragment étendrait à l'appel l'application de la procédure *per consultationem*.

CTh. 11.30.6<sup>29</sup>, Constantin traite de la procédure d'appel puis de la *consultatio ante sententiam*. Le fragment commence par une interdiction générale: il est prohibé aux parties d'adresser directement des suppliques au Prince lorsque le litige est pendant (*supplicare causa pendente*) à moins que celles-ci n'en justifient la nécessité (*supplicandi necessitas*) pour vice de procédure. Les vices de procédure visés – le défaut de transmission de la copie de l'avis du juge (*opinionis exemplum*) ou celui de l'ensemble des pièces de l'instruction (*instructionis universae transmissio*) – font présumer que le juge fait obstruction à un éventuel appel en empêchant la constitution d'un dossier en ce sens<sup>30</sup>. Pour cette raison, le juge, dénoncé par la supplique et à l'origine de la *supplicandi necessitas*, risque d'être poursuivi pour sacrilège<sup>31</sup>. En dehors de ce cas précis, il est interdit aux parties, sous peine de sanction<sup>32</sup>, de présenter directement des suppliques au Prince pour obtenir un rescrit alors que le litige est pendant<sup>33</sup>, l'appel ne pouvant être interjeté qu'une fois la sentence prononcée par le juge inférieur.

La seconde partie du fragment vise précisément l'interdiction pour l'une des parties, au risque d'une sanction plus grave<sup>34</sup>, de recourir au patronage (*exquisito suffragio*) pour raviver le point de discussion (*quaestio*) qui a été réglé par rescrit ou sur demande du juge<sup>35</sup>. Aucune des parties ne doit faire intervenir la recommandation d'un tiers (*suffragium*) pour obtenir du Prince un privilège spécial qui remettrait en cause l'interprétation donnée au point litigieux. L'interprétation peut découler soit d'un rescrit interprétatif antérieur soit d'un rescrit en réponse à la demande du juge embarrassé par une obscurité du droit. Selon cette lecture, Constantin rappelle l'absence de validité des

29 CTh. 11.30.6 IDEM A. PETRONIO PROBIANO SUO SALUTEM. *Supplicare causa pendente non licet nisi forte ei, cui opinionis exemplum negatum est vel instructionis universae subpressa transmissio. Quo facto crimen iudicii sacrilegii imminebit, qui hoc commisso litigatori supplicandi necessitatem imponit: cui aliter supplicant dimidiae partis rei de qua agitur imponenda est multa, ut pro iudicis aestimatione fisco pretium inferat. Eo etiam, qui terminatam rescripto vel consultatione quaestionem exquisito suffragio refricare conabitur, quoniam maius crimen admittit, in omnem litis aestimationem protinus condemnando et sub sacramenti observatione omni venia deneganda, si quis contra haec supplicare temptaverit. Dat. id. aug. Arelato; proposita id. octob. Theveste Sabino et Rufino cons.; cf. F. Arcaria, *Referre ad Principem* cit., p. 169, note 31.*

30 Il convient de distinguer l'*opinionis exemplum*, copie de l'opinion du juge, requise dans le cadre de la procédure d'appel et *consultationis exemplum, relationis exemplum*, copie de la demande du juge sur un point de droit controversé.; cf. F. Pergami, "Appellatio more consultationis" cit., p. 173 qui n'identifie pas *opinio* et *relatio*.

31 Le juge peut être reconnu comme coupable du crime de sacrilège (*crimen sacrilegii*) s'il est vérifié qu'il a intentionnellement fait obstruction à l'appel, c'est-à-dire à l'intervention du Prince en tant que juge suprême.

32 L'auteur de la supplique encourt une peine d'amende égale à la moitié du montant du litige.

33 Dans la procédure de la *consultatio ante sententiam*, il est permis aux parties de présenter des suppliques de réfutation mais par l'intermédiaire du juge duquel peut, seul, émaner le renvoi au Prince.

34 Puisqu'il s'agit alors d'un *maius crimen* possible d'une amende égale à l'entier montant du litige.

35 *Eo etiam, qui terminatam rescripto vel consultatione quaestionem exquisito suffragio refricare conabitur.* A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336, s'appuie sur ce passage pour affirmer que la réponse du Prince prendrait désormais le caractère de sentence définitive.

rescrits *contra ius* prescrit le 29 août 315<sup>36</sup>. Il annonce, en même temps, la mesure qu'il prendra quelques mois plus tard: les obscurités du droit doivent s'interpréter à la lumière des rescrits interprétatifs des Princes, ayant valeur de précédents s'ils ont été obtenus avant le 3 décembre 316, et après cette date, seulement sous réserve de leur conformité aux lois publiques<sup>37</sup>.

Est-ce à dire que la réponse du Prince contienne la sentence définitive? Selon nous, il semble que le juge reste maître du litige et que le Prince veuille éviter les demandes intempestives. En cas de *consultatio ante sententiam* la réponse du Prince ne paraît pas contenir une sentence qui se substituerait automatiquement à celle du juge. Bien entendu, sur le point de droit litigieux, objet du rescrit, le juge est lié par la réponse du Prince mais ceci ne signifie pas que la réponse du Prince ait valeur de sentence définitive et que le juge ne puisse rendre sa sentence lui-même. Le juge paraît rester libre de sa sentence, ce qui ouvre ensuite la voie de l'appel<sup>38</sup>. Le tribunal impérial ne se substitue pas au juge en rendant lui-même la sentence définitive<sup>39</sup>.

Il semble que tel soit encore le cas le 7 février 318<sup>40</sup> (CTh. 11.29.2<sup>41</sup>). Le juge qui, pour mettre fin à ses doutes, en réfère au Prince doit surseoir à statuer en attendant la réponse impériale à sa demande de consultation. Mais, s'il a rendu sa sentence, le juge ne doit nullement, ensuite, faire craindre aux parties de faire appel de celle-ci par la promesse d'un rapport au Prince.

36 CTh. 1.2.2 IMP. CONSTANTINUS A. AD POPULUM. *Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent. Pp. iv. kal. sept. Romae, Constantino A. iv. et Licinio iv. caes. coss.*

37 CTh. 1.2.3 IDEM A. SEPTIMIO BASSO PRAEFECTO URBI. *Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporteat et liceat inspicere. Dat. iii non. decemb. Sabino et Rufino cons. (3 déc. 316).*

38 Dans le cas d'une *consultatio ante sententiam*, les parties ne semblent pas pouvoir faire appel de la décision de renvoi mais elles peuvent faire appel de la sentence du juge requérant. De même, dans le cas de la supplique d'un particulier entrant dans le champ de la disposition exceptionnelle (première partie du fragment), les parties ne peuvent faire appel de la sentence du juge inférieur. Le juge inférieur risque l'incrimination de sacrilège si les vices de procédures sont vérifiés, mais il n'a pas encore rendu sa sentence et les parties pourront, ensuite, faire appel.

39 *Contra*: L. Maggio, "Note critiche sui rescripti postclassici 1" cit., pp. 303-304 et note 60: à partir de CTh. 11.30.1 et 11.29.1, le Prince rendrait la sentence définitive. Pour A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336, c'est avec CTh. 11.30.6 que la réponse du Prince prendrait le caractère de sentence définitive.

40 En faveur de 318 plutôt que 319: O. Seeck, *Regesten* cit., p. 57 suivi par A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 331 et note 23.

41 CTh. 11.29.2 IDEM A. PROFUTURO PRAEFECTO ANNONAE. *Si quis iudicium duxerit esse referendum, nihil pronuntiet, sed magis super quo haesitandum putaverit, nostram consulat scientiam aut, si tulerit sententiam, minime postea, ne a se provocetur, relatione promissa terreat litigantes. Dat. iii id. feb. Sirmio Constantino A. v et Licinio c. consss.*

### 3. *La consultatio ante sententiam* à partir de juin 318

Constantin opère un revirement le 22 juin 318 dans une constitution adressée au vicaire Severus (CTh. 11.30.9<sup>42</sup>). Désormais, la réponse du Prince contient la sentence définitive<sup>43</sup>. Le mobile de la décision est clair: éviter que les affaires portées à la connaissance du Prince ne soient nécessairement portées en jugement une seconde fois devant le juge requérant<sup>44</sup>. Le tribunal impérial se substitue désormais au juge requérant pour rendre la sentence à sa place. Emanant du Prince, la sentence est définitive et sans appel<sup>45</sup>. Pour cette raison, le Prince doit avoir pleinement connaissance de l'ensemble de l'affaire et pouvoir mener à nouveau toute l'instruction. Les procès-verbaux judiciaires doivent ainsi renfermer toutes les pièces relatives à la phase d'instruction de l'affaire<sup>46</sup>, y compris le contenu des récitations des parties<sup>47</sup>.

Les rescrits *ad consultationem* obtenus avant le 3 décembre 316 continuent d'avoir valeur de précédent – les procès-verbaux judiciaires doivent inclure ceux qui ont été cités par les parties – mais en cas de doute, seul le Prince est habilité à trancher<sup>48</sup>.

La procédure assimilable à un renvoi préjudiciel en interprétation disparaît. Si le juge en réfère au Prince, le juge requérant perd la maîtrise du litige. Le Prince, seul interprète du droit et juge suprême, est alors seul à pouvoir statuer à titre définitif<sup>49</sup>.

42 CTh. 11.30.9 IDEM 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 lis incognito negotio dirimatur adempta copia conquerendi.* Quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint, indita actis vel subiecta non potuerint inveniri. *Dat. x kal. iul. Aquileiae Constantino A. v et Licinio c. cons.*

43 En ce sens, A.-M. Demicheli, “*La relatio-consultatio*” cit., p. 336 n. 42; p. 338.

44 *Ne causas, quae in nostram venerint scientiam, rursus transferri ad iudicia necesse sit.*

45 *adempta copia conquerendi.* Soit le juge rend une sentence susceptible d'appel soit, embarrassé par un point de droit litigieux, le juge *causa pendente* en réfère au Prince qui prononce une sentence définitive et sans appel. Le revirement de 318 ne remet pas en cause la distinction entre les procédures de la *consultatio* et de l'appel, cf. F. Pergami, “*Appellatio more consultationis*” cit., pp. 173-174. Les deux procédures distinctes peuvent conduire ensuite à une décision du Prince par rescrit comme le confirme CTh. 11.30.8.1 (29 mars 319): *appellatione vel consultatione pendente vel post decisas nostris responsionibus causas.* En ce sens, A.-M. Demicheli, “*La relatio-consultatio*” cit., p. 336 n. 42.

46 *instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus; ne lis incognito negotio dirimatur.*

47 *cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint.*

48 Relevons que Constantin présente précisément cette nouveauté comme la conséquence logique d'une disposition antérieure interdisant de revenir sur ses rescrits en réponse aux opinions ou même aux rapports des juges: *qui sanximus retractari rescripta nostra ad opiniones vel etiam relationes iudicum data non oportere.* Pour A.-M. Demicheli, “*La relatio-consultatio*” cit., p. 338 n. 49, il s'agirait d'une référence à CTh. 11.30.6. Selon nous, il s'agit ici de l'interprétation que donne Constantin de CTh. 1.2.3: *Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori* les *rescripta ante edictum propositum impetrata* visaient à la fois les rescrits en réponse à une *opinio* ou à une *relatio*; il est interdit d'y revenir s'ils ont été obtenus avant le 3 décembre 316, l'interdiction incluant les rescrits de Constantin lui-même.

49 Constantin confirme cette solution le 12 juin 321 dans une constitution scindée en deux fragments: CTh 2.18.1 et CTh. 11.30.

En 398<sup>50</sup>, Arcadius étend, pour l’Orient, le revirement de 318 à tous les rescrits *ad consultationem emissa* (CTh. 1.2.11<sup>51</sup>): tous perdent leur valeur de précédents, applicables, par analogie, à des cas similaires<sup>52</sup>; leur portée est strictement limitée à l’affaire pour laquelle ils ont été rendus et à condition que leur authenticité ait été prouvée<sup>53</sup>. Pour l’Occident, Valentinien III confirme, en 426, le revirement Constantinien (CJ. 1.14.2<sup>54</sup>)<sup>55</sup>.

## Abstract

This study aims to revisit the Constantinian texts concerning rescripts *ad consultationem emissa*. Do these rescripts have the value of precedents, applicable by analogy to similar cases, as they did during the classical period? Does the prince’s reply merely constitute an advisory opinion that will leave the judge in control of the case, or does it constitute the final judgment? In June 318 Constantine seems to have taken a definite decision – the judge loses control over the case as soon as he refers it to the prince; the prince, supreme authority and sole interpreter of the law, is then the only one to pass final judgment.

- 50 Dans le sens d’une césure en 398: L. Maggio, “Note critique sui rescripti postclassici 2” cit., pp. 364-367; A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., pp. 24-29; T. Honoré, *Law in the Crisis of Empire (379-455 A.D). The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford, 1998, p. 192 et note 28; p. 211 et note 233.
- 51 CTh. 1.2.11. IMP. ARCADIUS ET HONORIUS AA. EUTYCHIANO PRAEFECTO PRAETORIO. Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum his tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur. Et cetera. *Dat. viii id. decemb. Constantinopoli Honorio A. III et Eutychiano consss.* (6 déc. 398). Les Empereurs Arcadius et Honorius Augustes à Eutychianus, préfet du prétoire. Les rescripts en réponse à consultation, émis ou à émettre, doivent, à l’avenir, assister seulement ces affaires en justice pour lesquelles il sera prouvé qu’ils ont été rendus. Etc. *Donné le 8 des ides de décembre à Constantinople, sous le consulat d’Honorius Auguste pour la 4<sup>ème</sup> fois et celui d’Eutychianus.*
- 52 La disposition d’Arcadius en matière de rescripts *ad consultationem* a été prise pour l’avenir (*in futurum*). La mesure concerne, de manière générale, les rescripts en réponse à la demande d’un juge émis et à émettre.
- 53 Le questeur oriental étant très probablement un juriste (T. Honoré, *Law in the Crisis* cit., pp. 81-92: E563), le choix des termes est significatif, or le verbe *doceo, is, ere* signifie “enseigner” mais peut aussi prendre le sens rhétorique d’“instruire l’auditoire ou le juge”, de “prouver”. Si l’on opte pour ce second sens, Arcadius étend la mesure de décembre 318 en y incluant les rescripts *ad consultationem* obtenus avant le 3 décembre 316 tout en y ajoutant une dimension probatoire.
- 54 CJ. 1.14.2 IMPERATORES THEODOSIUS ET VALENTINIANUS AA. AD SENATUM. Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium per consultationem in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus vel quibuslibet corporibus aut legislati aut provinciae vel civitati vel curiae donavimus, nec generalia iura sint, sed leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum per subreptionem eliciti: et iudices, si dissimulaverint vel ulterius litigantem audierint vel aliquid allegandum admiserint vel sub quodam ambiguitatis colore ad nos rettulerint, triginta librarum auri condemnatione plectendi sunt. *D. viii id. nov. Ravennae Theodosio XII et Valentiniano II AA. consss.* (7 nov. 426).
- 55 Comp., T. Honoré, *Law in the Crisis* cit., p. 250 et note 25 et *supra*, note 53.