

Elena Marelli

IL TABELLIONATO IN ETÀ GIUSTINIANA (PARTE II). IL CONTROLLO DEI *TABELLIONES* SUL CONTENUTO DEI DOCUMENTI E L'EFFICACIA PROBATORIA DEGLI ATTI TABELLIONICI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei documenti. – 3. L'efficacia probatoria degli atti tabellionici. – 3.1. La *comparatio litterarum*. – 3.2. Il *tabellio* come testimone privilegiato. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

A completamento dell'indagine i cui risultati sono stati esposti in un recente contributo¹, nelle pagine che seguono terminerò l'analisi del *corpus* di norme applicabili ai *tabelliones* in età giustiniana procedendo, nell'ordine, a esaminare gli obblighi di verifica posti a carico del *tabellio* in relazione al contenuto dei suoi atti e ad analizzare l'efficacia probatoria riconosciuta a questi ultimi.

Come già precisato², l'indagine muove dall'esegesi delle costituzioni in vigore al tempo di Giustiniano: si tratta in parte di costituzioni emanate dall'imperatore stesso e in parte di costituzioni dei suoi predecessori recepite nel *Codex*. Sulla base della lettura coordinata di tali provvedimenti è possibile ricostruire lo statuto del tabellionato in età giustiniana.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ E. MARELLI, *Il tabellionato in età giustiniana (Parte I). La forma degli atti tabellionici e la personalità della prestazione del tabellio*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini online*, 1, 2022, 2, pp. 898-930. Per la bibliografia essenziale in materia di tabellionato rinvio, in particolare, a *ivi*, p. 899, nt. 3.

² E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 903-904.

2. *Il controllo dei tabelliones sul contenuto dei documenti*

A differenza di quanto rilevato studiando le norme riguardanti la forma degli atti tabellionici e l'esercizio dell'attività professionale del *tabellio*³, occorre innanzitutto osservare che non si rinvencono nella produzione legislativa di Giustiniano provvedimenti che si occupino *ex professo* di determinare gli (eventuali) obblighi gravanti sui *tabelliones* relativamente alla verifica del contenuto degli atti che sono incaricati di redigere.

Tale circostanza è significativa. È infatti evidente che Giustiniano, il quale ha ritenuto indispensabile disciplinare analiticamente le modalità di esercizio della professione, non ha avvertito come altrettanto essenziale dettare norme che impongano in modo sistematico ai *tabelliones* di sottoporre a un controllo di legalità il contenuto degli atti che redigono su richiesta dei privati. Sul punto, infatti, Giustiniano si è limitato a conservare la vigenza di costituzioni già emanate. La ricostruzione degli obblighi di verifica gravanti sui *tabelliones*, pertanto, deve necessariamente passare dall'esame di alcune costituzioni pregiustiniane conservate nel *Codex*.

Come si è avuto modo di osservare⁴, l'interessamento della cancelleria imperiale per il tabellionato conosce una significativa crescita a partire dai successori di Diocleziano. Le costituzioni che testimoniano questo crescente interesse, tuttavia, non hanno alcuna pretesa di sistematicità; esse, infatti, si limitano a regolare in modo occasionale alcuni specifici aspetti dell'attività professionale dei *tabelliones* e della loro condizione⁵.

³ Sul punto rinvio ai §§ 3 e 4. del mio precedente contributo (E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 904 ss.).

⁴ E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 902-903.

⁵ In merito alla condizione sociale dei *tabelliones* si segnala, in particolare, una costituzione emanata da Costantino nel 316 d.C.; il provvedimento si occupa della compatibilità tra la funzione di *tabellio* e la dignità di decurione. Tale costituzione – tramandataci in due parti anche da C. 10.32(31).15 e C.9.22.21 – vieta ai decurioni di svolgere l'attività di *tabellio*: C.Th. 12.1.3: *Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit eo, quod fuerit tabellio, cum*

Con riferimento al tema in esame – il dovere di controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei propri atti – devono esaminarsi, in particolare, quattro costituzioni del V secolo d.C. degli imperatori d'Oriente Leone I⁶ e Anastasio.

Leone I si occupa dei *tabelliones* in tre occasioni; si tratta di tre costituzioni finalizzate a vietare (e sanzionare) il compimento di alcuni specifici atti di alienazione a motivo dei beni che ne formano oggetto.

La prima costituzione ci è tramandata da C. 4.42.2⁷:

C. 4.42.2 (Imperator Leo): *Romanae gentis homines sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos nullatenus quo-*

et huiusmodi homines, si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim, quae decuriones a tabellionum officiis voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet.

Il divieto riguarda i soggetti che già rivestono la qualifica di decurioni: costoro non possono intraprendere l'esercizio della professione. I *tabelliones* in esercizio, invece, se idonei, non sono esclusi dalla chiamata al decurionato (*nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit*). Come espressamente chiarito dalla costituzione, infatti, l'incompatibilità non deve intendersi nel senso di impedire che un *tabellio* possa essere chiamato a ricoprire il ruolo di decurione, bensì nel senso di obbligare il *tabellio* chiamato al decurionato ad abbandonare la propria attività professionale per poter assumere la *dignitas* decurionale.

Affrontando proprio il caso del *tabellio* divenuto decurione, la costituzione chiarisce che l'ottenimento della nuova condizione non è ragione sufficiente per consentire al(l'ex) *tabellio* di sottrarsi alla *quaestio per tormenta* qualora, a motivo di un documento formato nel corso della sua cessata attività professionale, egli sia incorso nell'accusa di *crimen falsi*: C.Th. 9.19.1.1: *Nec vero is, qui ante fuerit tabellio, ad eludendam quaestionem super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripturae veritas, si res poposcerit, per ipsum debet probari auctorem.*

Al *tabellio* divenuto decurione è dunque precluso il godimento di una delle guarentigie proprie della sua (nuova) condizione. Si ritiene sia accettabile sottoporre il (fu) *tabellio* alla *questio* 'quoniam scripturae veritas ... per ipsum debet probari auctorem': nel processo finalizzato all'accertamento della veridicità di un atto tabellionico, la necessità di mettere a disposizione del giudice un (efficace) mezzo di ricerca della prova prevale sulle tutele processuali normalmente concesse ai decurioni.

⁶ Sulla legislazione dell'imperatore Leone si rinvia ad A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997.

⁷ La datazione è incerta. Secondo la dottrina prevalente l'emanazione dovrebbe collocarsi tra il 457 e il 465 d.C.

libet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus: poena gravissima statuenda adversus eos, qui hoc perpetrare ausi fuerint, tabellione videlicet, qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit, et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo.

È fatto divieto ai privati di concludere negozi finalizzati a trasferire la proprietà di eunuchi dotati di cittadinanza romana (*romanae gentis homines ... nullatenus quolibet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus*); tale divieto opera a prescindere dal luogo in cui sia avvenuta la riduzione alla condizione di eunuco (*sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos*). La violazione del divieto è sanzionata con una *poena gravissima* il cui contenuto non è però precisato dalla costituzione.

La pena comminata ai contraenti viene estesa da Leone I anche al *tabellio* (*tabellione videlicet*) che, nonostante il divieto, presti la propria assistenza professionale per la redazione di un atto di alienazione – a titolo di vendita o a qualsiasi altro titolo – rientrando nell’ambito di applicazione del provvedimento (*qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit*)⁸.

La fattispecie in esame rappresenta la prima ipotesi in cui i *tabelliones*, a motivo del loro coinvolgimento, sia pure ‘esterno’, in un negozio illecito, sono puniti con la medesima pena prevista per le parti del negozio. La norma fa sorgere indirettamente in capo ad essi un potere-dovere di rifiutare la propria prestazione professionale all’esito dell’esame della volontà negoziale delle parti: verificato il contenuto del negozio che è chiamato a documentare, infatti, il *tabellio*, al fine di non incorrere nella sanzione comminata dalla costituzione in esame, deve astenersi dal partecipare alla formazione del documento.

A distanza di pochi anni, nel 468 d.C., la cancelleria imperiale emana una nuova costituzione che pare imporre ai *tabel-*

⁸ Il medesimo trattamento sanzionatorio è inoltre previsto anche per colui che, partecipando alla negoziazione vietata, abbia percepito, a motivo di essa, una qualche rendita (*et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo*).

liones un dovere di verifica ancora più incisivo in quanto non limitato al contenuto dell'atto che sono chiamati a redigere – come nel caso appena esaminato –, ma addirittura esteso alle (illicite) intenzioni delle parti:

C. 11.54(53).1.pr (Imperatores Leo, Anthemius): *Si quis post hanc nostri numinis sanctionem in fraudem circumscriptio-nemque publicae functionis ad patrociniū cuiuscumque confugerit, id, quod huius rei gratia geritur sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem: tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptione plectendis, qui tamen scientes ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere: vicis etiam vel possessionibus ad patrociniā confugientium publico vindicandis.*

La *ratio* del provvedimento è il contrasto al fenomeno dei negozi (fittizi) conclusi tra soggetti appartenenti alla categoria degli *humiliores* e soggetti di rango più elevato allo scopo di consentire ai primi di sottoporsi al patrocinio dei secondi (*ad patrociniū cuiuscumque confugerit*): impinge nel divieto ogni negozio finalizzato in concreto alla realizzazione di tale scopo (*sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus*). La prassi – evidentemente diffusa in misura sufficiente da sollecitare l'attenzione del legislatore – è sanzionata in quanto fiscalmente elusiva (*in fraudem circumscriptionemque publicae functionis*).

La grave sanzione comminata è un chiaro indice della lesività percepita della condotta: non solo gli atti di alienazione posti in essere in spregio al divieto sono da reputarsi privi di effetto (*nullam habeat firmitatem*), ma i beni che ne formano oggetto sono destinati alla confisca (*vicis etiam vel possessionibus ad patrociniā confugientium publico vindicandis*).

La (minacciata) confisca dovrebbe rappresentare di per sé un efficace deterrente, sufficiente a scoraggiare la conclusione dei negozi vietati; per l'ipotesi in cui ciò non basti, tuttavia, la costituzione si premura di rendere concretamente difficoltosa per i privati la documentazione di tali negozi. Per farlo, la cancelleria imperiale estende la sanzione della confisca al

tabellio che, pur a conoscenza delle intenzioni delle parti (*qui tamen scient es ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere*), rediga l'atto portante la vendita o la donazione (*tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptioe plectendis*).

Da ultimo, Leone I si occupa dei *tabelliones* in una costituzione del 470 d.C. dedicata all'amministrazione dei beni ecclesiastici.

C. 1.2.14 (Imperatores Leo, Anthemius) *Iubemus nulli posthac archiepiscopo in hac urbe regia sacrosanctae ecclesiae praesidenti, nulli oeconomio, cui res ecclesiastica gubernanda mandatur, esse facultatem fundos vel praedia urbana seu rustica, res postremo immobiles aut in his praediis colonos vel mancipia constituta aut annonas civiles cuiuscumque suprema vel superstitis voluntate ad religiosam ecclesiam devolutas sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam ...*

2. *Ea enim, quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent vel posthac forte pervenerint, tamquam ipsam sacrosanctam et religiosam ecclesiam intacta convenit venerabiliter custodiri, ut, sicut ipsa religionis et fidei mater perpetua est, ita eius patrimonium iugiter servetur illaesum.*

Al fine di conservare integro il patrimonio ecclesiastico, si dispone che i beni – ed in particolare i beni immobili – di proprietà della Chiesa non possano formare oggetto di atti dispositivi (*nulli oeconomio ... esse facultatem fundos ... sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam*).

Si tratta di una *lex perfecta*: le alienazioni disposte in spregho al divieto sono infatti prive di effetti:

C. 1.2.14.4: *Praedia autem et in his omnia constituta ab ipsis clericis et temporalibus oeconomis cum fructibus seu pensionibus et accessionibus totius medii temporis vindicentur, ut tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.*

Accanto all'inefficacia, la costituzione prevede altresì specifiche sanzioni a carico dei soggetti che abbiano disposto il

negozio vietato, ovvero che abbiano partecipato alla sua documentazione:

C. 1.2.14.5: *Oeconomus autem, qui hoc fecerit, immo fieri passus fuerit vel in quacumque prorsus huiusmodi venditione seu donatione vel commutatione nisi ea quam praesenti lege concedimus, postremo in quacumque alienatione consenserit, commissa sibi oeconomatus administratione privetur deque bonis eius quodcumque exinde incommodum ecclesiae contigerit reformetur heredesque eius et successores ac posterius super hoc facto sive consensu competenti ab ecclesiasticis actione pulsantur.*

6. *His tabellionibus, qui huiusmodi contractuum vetitorum ausi fuerint instrumenta conscribere, irrevocabilis exilii animadversione plectendis.*

L'economus che, al di fuori delle ipotesi espressamente consentite (*nisi ea quam praesenti lege concedimus*), disponga di beni ecclesiastici, tanto a titolo oneroso quanto a titolo gratuito (*venditione seu donatione vel commutatione*), è punito con la perdita dell'incarico (*commissa sibi oeconomatus administratione privetur*) ed è responsabile, con il proprio patrimonio, per i danni cagionati (*bonis eius quodcumque exinde incommodum ecclesiae contigerit reformetur*).

La costituzione contempla espressamente l'ipotesi in cui la stesura dell'atto di alienazione vietato abbia coinvolto un *tabellio*. In tal caso, al *tabellio* è comminata la pena dell'esilio (*irrevocabilis exilii animadversione plectendis*).

Nelle tre costituzioni leonine si intuisce un evidente filo conduttore: le disposizioni in esse contenute, infatti, rivelano tutte la precisa volontà del legislatore di sanzionare i *tabelliones* che prestino la propria attività professionale per la documentazione di negozi illeciti. La sanzione – che generalmente ricalca quella comminata alle parti del negozio – ha il precipuo scopo di coinvolgere il *tabellio* nella responsabilità derivante dal negozio illecito⁹.

⁹ In questo senso, M. AMELOTI, *L'età romana*, in M. AMELOTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, pp. 24-25.

Ma non solo. Dal momento che il *tabellio* può sottrarsi alla sanzione solo rifiutandosi di redigere il documento, le costituzioni di fatto pongono a suo carico l'onere di ricusare la propria prestazione professionale laddove richiesto di ricevere atti contrari alla legge. La sanzione, dunque, ha una evidente duplice finalità: essa non esaurisce la propria funzione nella repressione della condotta del *tabellio*, bensì rappresenta uno strumento per il contrasto alla proliferazione dei negozi vietati. Data la minaccia della sanzione, infatti, sarà estremamente difficile per i privati trovare un *tabellio* disposto ad assisterli nella documentazione del negozio illecito.

Come è stato osservato in dottrina, per effetto delle costituzioni in commento si configura per la prima volta in capo ai *tabelliones* un vero e proprio «potere-dovere di controllo sulla negoziazione privata»¹⁰: i *tabelliones*, infatti, per stabilire se possono prestare la propria attività senza timore di incorrere in sanzioni, sono obbligati non solo a verificare che il contenuto del redigendo documento non impinga in divieti di legge, ma talvolta anche – come si è visto – ad accertarsi che le parti non siano mosse dall'unica comune (illecita) intenzione di aggirare detti divieti.

Nel solco tracciato dalla legislazione leonina si colloca una costituzione dell'imperatore Anastasio del 496 d.C.:

C. 8.54(53).32 (Imperator Anastasius): *Secundum divi leonis constitutionem donationes apud virum clarissimum magistrum census tantummodo insinuari praecipimus, huiusmodi forma in illis instrumentis observanda, quae in hac regia urbe confecta seu celebrata fuerint: nec concedi quemquam vel apud defensores seu magistratus aliarum civitatum vel in aliis quibuslibet locis praeter memoratum iudicium insinuare: scientibus tam his qui ad huiusmodi insinuationem pervenerint quam his qui eam susceperint nec non tabellionibus, quicumque testimonium suum non in competenti (ut dictum est) loco vel iudicio praebuerint, vicenarum librarum auri multa et alia gravissima indignatione se feriendos.*

¹⁰ M. AMELOTI, *L'età romana*, cit., p. 25.

La costituzione si propone di rafforzare l'obbligo di *insinuatio* degli atti di donazione introdotto dall'imperatore Leone I¹¹. All'uopo, essa stabilisce che il *tabellio* che ha documentato la donazione sia tenuto a verificare che le parti effettivamente provvedano all'adempimento presso il competente archivio (*in competenti loco*). Posto che l'*insinuatio* è prescritta per i soli atti di donazione stipulati nella capitale, l'obbligo in commento è ovviamente limitato ai soli *tabelliones* operanti nella città di Costantinopoli.

Il *tabellio* che non sorvegli la corretta esecuzione della *insinuatio* si espone, al pari delle parti che la richiedono (*his qui ad huiusmodi insinuationem pervenerint*) e dei funzionari che la ricevono (*quam his qui eam susceperint*), a una sanzione pecuniaria di venti libbre d'oro (*vicenarum librarum auri multa*).

Anche in questo caso, dunque, attraverso la minaccia di una sanzione il legislatore configura *de facto* un obbligo di sorveglianza in capo ai *tabelliones*. A differenza di quanto previsto nelle costituzioni leonine, però, il controllo, in questo caso, non ha ad oggetto il contenuto del documento, bensì il corretto espletamento delle formalità ad esso collegate. Come per le fattispecie sopra esaminate, tuttavia, anche in questa ipotesi la norma non ha una portata generale: essa, infatti, non fa sorgere in capo ai *tabelliones* un generico obbligo di sorveglianza circa la puntuale esecuzione di tutte le formalità successive alla redazione del documento, bensì si limita a contemplare uno specifico adempimento (la *insinuatio*).

Come accennato in apertura, Giustiniano ha conservato nel *Codex* le costituzioni di Leone I e di Anastasio, ma non ha ulteriormente legiferato in materia. Da tale circostanza può desumersi che il controllo sul contenuto degli atti tabellionici (e sulla corretta esecuzione delle formalità successive alla loro formazione) non fosse avvertito come una priorità nella

¹¹ La costituzione leonina citata nel passo in commento è del 459 d.C. ed è conservata in C. 8.53.30. Per una bibliografia essenziale in materia di *insinuatio* si rinvia a E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 905, nt. 15.

sua politica legislativa in materia di tabellionato¹². A motivo di ciò, nell'ambito della disciplina applicabile ai *tabelliones* in età giustiniana, il profilo in esame è senza dubbio quello che presenta il minor livello di sistematicità, non essendo di fatto mai stata superata – ma semplicemente conservata – la disorganica legislazione preesistente.

3. *L'efficacia probatoria degli atti tabellionici*

La volontà di procedere alla razionalizzazione della legislazione previgente emerge invece con chiarezza dall'esame delle norme in materia di efficacia degli atti tabellionici. Tale materia è espressamente disciplinata da Giustiniano con una costituzione emanata nel 538 d.C.: la Novella 73. Si tratta, in ordine cronologico, dell'ultimo provvedimento giustiniano in materia di tabellionato.

La costituzione – il cui ampio testo è articolato in nove capitoli¹³ – ha in realtà un contenuto che travalica la materia oggetto del presente contributo; essa, infatti, si propone di dettare una disciplina generale circa l'efficacia probatoria in giudizio dei documenti scritti¹⁴.

¹² Il disinteresse di Giustiniano può apparire di difficile comprensione. Tale considerazione, tuttavia, è inevitabilmente condizionata, per l'interprete, dalla conoscenza della successiva evoluzione, in età medioevale e moderna, della figura del *tabellio*-notaio. Nel potere-dovere imposto al *tabellio* dalle costituzioni di Leone I e di Anastasio, infatti, non può non ravvisarsi un'anticipazione, sia pure formulata con riferimento a specifiche (e limitate) fattispecie, di un principio cardine del notariato moderno: il principio del controllo di legalità.

¹³ La novella, come è stato autorevolmente osservato si caratterizza per una «contorta e prolissa formulazione» (M. AMELOTI, *Giustiniano*, cit., p. 5). Per ragioni di semplicità espositiva, nelle pagine che seguono sono riportati i soli passaggi sui quali è condotta l'esegesi.

¹⁴ Per la bibliografia in materia, si rinvia a M. TALAMANCA, v. *Documenti e documentazione (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 548-561. Con riferimento agli atti tabellionici, oltre ai contributi generali in materia di tabellionato già richiamati alla nota 1, si vedano in particolare J. P. LEVY, *L'autorité des instrumenta publice confecta d'après le Code et les Nouvelles de Justinien*, in *Études d'histoire du droit dédiés à M. Au-*

L'intervento legislativo è reso necessario dal fatto che, al tempo di Giustiniano, risultano ancora coesistere due opposti orientamenti in materia di efficacia probatoria dei documenti scritti: il primo – che attinge alle prassi orientali – riconosce al documento scritto un'efficacia probatoria vincolante, mentre il secondo – successivo, ma destinato a prevalere –, pur attribuendo un diverso peso alla prova scritta (rispetto a quella testimoniale), pone a carico di colui che produce in giudizio un documento l'onere di *imponere fidem*, ovvero sia di certificare l'autenticità del documento al fine di farne valere le risultanze¹⁵.

3.1. *La comparatio litterarum*

Le norme specificamente dedicate agli atti tabellionici sono contenute nel settimo capitolo della novella; tuttavia, per poterne apprezzare la peculiarità, è opportuno gettare uno sguardo d'insieme alla disciplina generale¹⁶.

Nov. 73: ΠΕΡΙ ΤΟΥ ΠΩΣ ΧΡΗ ΕΠΙΤΙΘΕΣΘΑΙ ΤΟ ΠΙΣΤΟΝ ΤΟΙΣ ΠΑΡΑ ΔΙΚΑΣΤΑΙΣ ΕΜΦΑΝΙΖΟΜΕΝΟΙΣ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟΙΣ.

(Ὁ αὐτὸς βασιλεὺς Ἰωάννη τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῶν ἱερῶν πραιτωρίων τὸ β', ἀπὸ ὑπάτων <ὑπάτῳ ὀρδιναρίῳ> καὶ πατρικίῳ).

guste Dumas, Annales de la Faculté de droit de Aix en Provence, n.s. 43, 1950, pp. 173-191 [= in ID., *Autour de la preuve dans les droits de l'antiquité*, Napoli 1992, pp. 155-173]; e A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho Romano*, in *Revista de Estudios Latinos*, 1, 2001, pp. 189-200.

¹⁵ Il primo orientamento trova espressione in una costituzione del 369 d.C. (emanata dagli imperatori Valentiniano e Valente), conservata in C.Th. 11.39.6. L'opposto orientamento – che, come si vedrà, è accolto e sviluppato da Giustiniano – è successivo e trova la prima affermazione 'generale' in una costituzione del 421 d.C. (C.Th. 2.27.1).

¹⁶ La costituzione, come chiarito al capitolo IX, trova applicazione solo nelle città (ταῦτα δὲ πάντα κρατεῖν ἐπὶ ταῖς πόλεσι βουλόμεθα). Nelle campagne, infatti, le contrattazioni si caratterizzano per una maggiore semplicità (ἐπειτοίγε ἐν χωρίοις, ἔνθα πολλὰ τὰ τῆς ἀπλότητός ἐστι) e vi è difficoltà a reperire soggetti che sappiano scrivere e possano assumere il ruolo di testimoni (καὶ οὐδὲ γραφόντων ἢ μαρτυρούντων πολλῶν εὐπορία); al di fuori dell'ambito cittadino, pertanto, continua a trovare applicazione la normativa previgente (τὰ μέχρι νῦν παρ' αὐτοῖς κρατοῦντα καὶ νῦν ἔστω βέβαια).

<Προοίμιον.> Ἴσμεν τοὺς ἡμετέρους νόμους οἱ βούλονται καὶ ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν γραμμάτων τὰς πίστεις διδοσθαι τοῖς συμβολαίοις, καὶ ὅτι τινὲς τῶν αὐτοκρατόρων, ἐπιπολασάσης ἤδη τῆς κακίας τοῖς νοθεύουσι τὰ συμβόλαια, τὰ τοιαῦτα ἐκάλουν, ἐν ἐκεῖνο σπούδασμα τοῖς παραποιοῦσιν εἶναι πιστεύοντες τὸ πρὸς τὴν μίμησιν τῶν γραμμάτων ἑαυτοὺς ὅτι μάλιστα ἐγγυμνάξουσιν, διότι μηδὲν ἕτερόν ἐστι παραποίησις εἰ μὴ τῶν ἀληθῶν μίμησις ...

Secondo la legislazione vigente (Ἴσμεν τοὺς ἡμετέρους νόμους οἱ βούλονται), ispirata al secondo degli orientamenti sopra citati, l'accertamento della veridicità di una scrittura (τὰς πίστεις διδοσθαι τοῖς συμβολαίοις) deve compiersi attraverso la procedura della *παραθέσις τῶν γραμμάτων* (*comparatio litterarum*)¹⁷, ovvero attraverso la comparazione tra la scrittura del documento da verificare e quella di un altro documento del quale sia (ragionevolmente) certa la riconducibilità al soggetto al quale vuole essere attribuita la paternità del primo documento.

L'efficacia concreta della procedura in esame, tuttavia, è fortemente compromessa dalla circolazione di documenti falsi. Osserva infatti Giustiniano che la diffusione su larga scala del fenomeno del falso documentale (ἐπιπολασάσης ἤδη τῆς κακίας τοῖς νοθεύουσι τὰ συμβόλαια) inficia inevitabilmente l'attendibilità degli esiti della *comparatio litterarum* essendosi i falsari

¹⁷ L'espressione latina è attestata in una precedente costituzione dello stesso Giustiniano, emanata nel 530 d.C. (C. 4.21.20); la Novella in commento, infatti, non rappresenta il primo intervento legislativo giustiniano in materia. In C. 4.21.20 Giustiniano si occupa di selezionare i documenti che possono validamente fungere da *scriptura ex qua*, ovvero sia da documento di raffronto; si tratta dei documenti pubblici (*instrumenta publica*), degli atti tabelionici (*instrumenta publice confecta, intrsumenta forensia*) e dei documenti privati (*chirographa*), questi ultimi purché redatti alla presenza di almeno tre testimoni. Sul punto, si veda M. AMELOTTI, *Giustiniano e la "comparatio litterarum"*, in *Novella Constitutio. Studies in honour of Nicolaas van der Wal*, a cura di J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, Groningen, 1990, pp. 1-7 [= ID., *Scritti giuridici, a cura di L. Migliardi Zingale*, Torino, 1996, pp. 213-221]. Per l'esegesi di C. 4.21.20 si rinvia inoltre a A.D. MANFREDINI, *Documento di comparazione e "comparatio litterarum": C. 4, 21, 20: "sive" o "sine"?*, in *Iuris vincula: studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 129-143.

specializzati proprio nell'imitazione delle grafie (πιστεύοντες τὸ πρὸς τὴν μίμησιν τῶν γραμμάτων ἑαυτοὺς ὅτι μάλιστα ἐγγυμνάξουσιν)¹⁸.

Al fine di motivare l'intervento legislativo, nel proemio si segnala la frequenza con cui controversie vertenti sul tema oggetto della novella sono sottoposte alla cognizione del tribunale imperiale. Di una in particolare tra queste, reputata paradigmatica delle criticità della *comparatio litterarum*, viene brevemente esposto lo svolgimento:

... ἐπειδὴ τοίνυν ἐν τούτοις δὴ τοῖς χρόνοις μυρίας εὐρομεν παραποιήσεις ἐν δίκαις πολλαῖς ὧν ἠκροασάμεθα, καὶ τι παράδοξον ἡμῖν ἐξ Ἀρμενίας ἀνέστη. προκομισθέντος γὰρ δοξὸν ἡμῖν ἐξ Ἀρμενίας ἀνέστη. προκομισθέντος γὰρ ἀμειψέως συμβολαίου καὶ τῶν γραμμάτων ἀνομοίων κριθέντων, ὕστερον ἐπεῖπερ εὐρέθησαν οἱ τῷ συμβολαίῳ μαρτυρήσαντες καὶ γράμματα ὑποθέντες καὶ ταῦτα ἐπιγνόντες, πίστιν ἐδέξατο τὸ συμβόλαιον καὶ τι παράδοξον ἐντεῦθεν ἀπήντησεν, ὅτι τὰ μὲν γράμματα ἄπιστα ὤφθη καίτοι γε ἐξετασθέντα, τὰ δὲ παρὰ τῶν μαρτύρων ἀπήντησεν σὺν ἀληθείᾳ, καὶ ταῦτα τῆς παρὰ τῶν μαρτύρων πίστεως δοκούσης εἶναι πως ἐπισφαλοῦς. ὁρῶμεν μέντοι τὴν φύσιν αὐτῆς πολλακῶς δεομένην τῆς τοῦ πράγματος ἐξετάσεως, ὅπου γε τὴν τῶν γραμμάτων ἀνομοιότητα πολλακῶς μὲν χρόνος ποιεῖ (οὐ γὰρ ἂν οὕτω γράψει τις νεάζων καὶ σφριγῶν καὶ γεγηρακῶς καὶ ἴσως καὶ τρέμων), πολλακῶς δὲ κἂν νόσος τοῦτο ποιήσεις, καίτοι τι ταῦτα φαμεν, ὅπου γε καλάμου τε καὶ μέλανος ἐναλλαγὴ τὸ τῆς ὁμοιότητος διὰ πάντων ἀκραφινὲς ἀφείλετο;

Si tratta di un giudizio, incardinato in relazione a fatti accaduti in Armenia, nel corso del quale *comparatio litterarum* e prova testimoniale determinano l'acquisizione al processo di risultanze contrastanti. Oggetto della vertenza è un atto di permuta (προκομισθέντος γὰρ ἀμειψέως συμβολαίου); in relazione all'autenticità di tale documento vengono sollevati dubbi in quanto non pare ricorrere la prescritta corrispondenza del-

¹⁸ La circostanza che la *comparatio litterarum* rappresenti troppo spesso una facile occasione per la commissione del *crimen falsi* è rimarcata anche in apertura di C. 4.21.20. Sulla repressione del falso documentale si rinvia a S. SCHIAVO, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano, 2007 (in particolare, con riferimento all'età giustiniana, si vedano pp. 59-116, 194-212 e 269-286).

le grafie (καὶ τῶν γραμμάτων ἀνομοίων κριθέντων). Sentiti i testimoni che avevano partecipato all'atto e l'avevano sottoscritto (ὑστερον ἐπέπερ εὐρέθησαν οἱ τῷ συμβολαίῳ μαρτυρήσαντες), tuttavia, il documento viene accettato come autentico (πίστιν ἐδέξατο τὸ συμβόλαιον).

Giustiniano rileva il paradosso rappresentato dal concreto prevalere di un mezzo di prova – la prova testimoniale – generalmente riguardato come non totalmente affidabile (ταῦτα τῆς παρὰ τῶν μαρτύρων πίστεως δοκούσης εἶναι πως ἐπισφαλοῦς) su un mezzo di prova – la *comparatio litterarum* – normalmente reputato risolutivo. Nel caso in esame, infatti, nonostante la scrittura del documento, all'esito della comparazione, pare non fornire prova di autenticità (ὅτι τὰ μὲν γράμματα ἄπιστα ὄφθη καίτοι γε ἐξετασθέντα), il giudice ritiene di poter comunque accertare la provenienza del documento sulla base delle dichiarazioni dei testimoni, in quanto giudicate veritiere (τὰ δὲ παρὰ τῶν μαρτύρων ἀπήνητησεν σὺν ἀληθείᾳ).

L'esposizione dello svolgimento della causa è l'occasione per evidenziare le criticità intrinseche della *comparatio litterarum*; criticità che, sommate alle difficoltà causate dalla diffusione dei documenti falsi, hanno indotto Giustiniano all'emanazione della novella in commento. Si osserva innanzitutto che la comparazione delle grafie sconta il limite rappresentato dalla inevitabile variazione della scrittura nel corso del tempo (ὅπου γε τὴν τῶν γραμμάτων ἀνομοιότητα πολλάκις μὲν χρόνος ποιεῖ): nessuno, infatti, conserva immutata la propria grafia, la quale subisce alterazioni, anche significative, a causa dell'invecchiamento (οὐ γὰρ ἂν οὕτω γράψειε τις νεάζων καὶ σφριγῶν καὶ γεγηρακῶς καὶ ἴσως καὶ τρέμων) o della malattia (πολλάκις δὲ κἂν νόσος τοῦτο ποιήσειε). L'efficacia della comparazione, inoltre, può essere inficiata dal diverso materiale scrittorio utilizzato per la redazione dei documenti esaminati (καίτοι τι ταῦτά φαμεν, ὅπου γε καλάμου τε καὶ μέλανος ἐναλλαγὴ τὸ τῆς ὁμοιότητος διὰ πάντων ἀκραϊφνὲς ἀφείλετο).

Muovendo da queste considerazioni Giustiniano rivaluta la prova testimoniale¹⁹ e introduce delle limitazioni al ricorso (indiscriminato) alla *comparatio litterarum*, stabilendo con chiarezza che tale mezzo di prova, pur non dovendo essere del tutto abbandonato, non è di per sé sufficiente e deve essere corroborato – ove possibile – dall’escussione dei testimoni²⁰. Così facendo, sia pure indirettamente, egli di fatto pone a carico dei privati che vogliano avere certezza di poter provare in giudizio l’autenticità di un documento l’onere di provvedere alla sua formazione con la partecipazione di almeno tre testimoni²¹.

Il declassamento della *comparatio litterarum* nella gerarchia dei mezzi di prova è confermato al capitolo III²²:

Nov. 73.3: Εἰ μέντοι τοιοῦτό τι συμβαίη ὅποιον ἐπ’ Ἀρμενίας ἐγένετο, καὶ ἕτερον μὲν ἢ παράθεσις τῶν γραμμάτων εἴποι ἕτερον δὲ αἱ μαρτυραὶ, τηνικαῦτα ἡμεῖς μὲν οἰόμεθα τὰ παρὰ ζώσης λεγόμενα φωνῆς καὶ μεθ’ ὄρκων ταῦτα ἀξιοπιστότερα τῆς γραφῆς αὐτῆς καθ’ αὐτὴν τυγχάνειν· πλὴν ἄλλ’ ἔστω τοῦτο τῆς τοῦ δικάζοντος ἀρχινοίας τε ὁμοῦ καὶ θεοφιλίας τὸ τοῖς ἀληθεῖσι μᾶλλον ἀντὶ τῶν τοιούτων πιστεῦσαι. ...

In caso di contrasto tra le risultanze della *comparatio litterarum* e quelle della prova testimoniale, queste ultime devono tendenzialmente prevalere. Le dichiarazioni dei testimoni, in-

¹⁹ L’escussione di (almeno tre) testimoni affidabili, se possibile, è senz’altro ammessa per provare l’autenticità del documento; è infatti sempre preferibile ampliare il novero dei mezzi di prova a disposizione delle parti: Nov. 73.1: ... εἰ γὰρ εὔροισεν καὶ τοιούτους τινὰς μάρτυρας οὐκ ἐλάττους τῶν τριῶν ἀξιοπίστους καθεστῶτας, οὐδὲ τὴν τοιαύτην ἀπαγορευόμεν πιστίν. οὐ γὰρ ἴνα συστῆλλωμεν τὰς ἀποδείξεις τίθεμεν τὸν νόμον, ἀλλ’ ἴνα καὶ εἶναι ταύτας ποιήσωμεν καὶ ἀσφαλῶς εἶναι.

²⁰ Nov. 73.2: ... οὐκ ἀποβλήτου παντελῶς καὶ τῆς τῶν γραμμάτων ἐξετάσεως οὐσίας, ἀλλὰ μόνης οὐκ ἀρκούσης, τῇ δὲ προσθήκῃ τῶν μαρτύρων βεβαιουμένης.

Come ribadito al successivo capitolo VI, il giudice non deve limitarsi ad accettare acriticamente gli esiti della *comparatio litterarum*.

²¹ La novella, muovendo dall’ambito ristretto del deposito e del mutuo, si allarga poi a tutti i contratti. I principi sopra riassunti sono contenuti nei capitoli I e II.

²² Come osservato da M. AMELOTI, *Giustiniano*, cit., p. 3, «con il radicalismo che spesso lo distingue Giustiniano muove guerra alla *comparatio litterarum*».

fatti, sono da reputarsi maggiormente degne di fede in quanto pronunciate sotto giuramento (τηνικαῦτα ἡμεῖς μὲν οἰόμεθα τὰ παρὰ ζώσης λεγόμενα φωνῆς καὶ μεθ' ὄρκων ταῦτα ἀξιοπιστότερα ... τυγχάνειν). Resta fermo, in ogni caso, il libero apprezzamento del giudice (πλὴν ἄλλ' ἔστω τοῦτο τῆς τοῦ δικάζοντος ἀγχινοίας τε ὁμοῦ καὶ θεοφιλίας τὸ τοῖς ἀληθέσι), il quale, alla luce delle circostanze concrete, conserva la facoltà di attribuire prevalenza alle risultanze della *comparatio litterarum* laddove paiano maggiormente affidabili.

Posto che la *comparatio litterarum* deve essere corroborata dalla prova testimoniale, Giustiniano, prima di passare a disciplinare gli atti tabellionici, si occupa del caso in cui i testimoni che hanno partecipato alla formazione dell'atto non siano in grado di partecipare al giudizio:

Nov. 73.7: Εἰ μὲντοι γε τελευτήσαιεν ἅπαντες οἱ μάρτυρες, ἢ καὶ ἄπεισι τυχόν, ἢ καὶ ἄλλως οὐ ράδιόν ἐστι τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων τῶν ὑπογεγραφότων πίστιν ἐπιθεῖναι, ...²³, ἀλλ' ἀνάγκη πάντως τὴν ἀντεξέτασιν τῶν γραμμάτων τῶν τελεσμάτων ἢ τῶν ὑπογραφάντων παραλαβεῖν, τηνικαῦτα προσήκόν ἐστιν ἰέναι μὲν ἐπὶ τὰς συγκρίσεις (οὐδὲ γὰρ παντάπασιν αὐτὰς ἀπαγορεύομεν), διὰ πάσης δὲ ἀκριβείας χωρεῖν, καὶ πάντως εἰ νομίσειεν αὐταῖς χρῆναι πιστεῦναι, καὶ ὄρκον ἐπάγειν τῷ προκομιζοντι, ὅτι μηδὲν συνειδῶς πονηρόν τῷ παρ' αὐτοῦ προκομιζομένῳ οὐδὲ τινα τέχνην περὶ τὴν σύγκρισιν γενέσθαι παρασκευάσας οὕτω χρῆται τούτῳ, ὥστε μῆτε ἀναιρεθῆναι τι παντελῶς καὶ διὰ πάντων τὸ ἀσφαλὲς τοῖς πράγμασι γενέσθαι.

Se tutti i testimoni dell'atto sono deceduti (εἰ μὲντοι γε τελευτήσαιεν ἅπαντες οἱ μάρτυρες) o sono assenti (ἢ καὶ ἄπεισι τυχόν) – e, conseguentemente, non è possibile raccogliere in giudizio le loro dichiarazioni – diviene inevitabilmente necessario ricorrere alla sola *comparatio litterarum* (ἀλλ' ἀνάγκη πάντως τὴν ἀντεξέτασιν τῶν γραμμάτων ... τῶν ὑπογραφάντων παραλαβεῖν). Del resto, come chiarito dalla stessa costituzione, la *comparatio litterarum* non è stata vietata (οὐδὲ γὰρ παντάπασιν αὐτὰς ἀπαγορεύομεν). Alla stessa soluzione si deve pervenire laddove vi si-

²³ L'inciso omissso concerne gli atti tabellionici e sarà esaminato in seguito.

ano circostanze che rendano inattendibili i testimoni (ἢ καὶ ἄλλως οὐ ῥᾶδιόν ἐστι τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων τῶν ὑπογεγραφότων πίστιν ἐπιθεῖναι).

La procedura di comparazione, essendo in questi casi l'unico mezzo di prova a disposizione del giudice, deve essere condotta con il massimo rigore (διὰ πάσης δὲ ἀκριβείας χωρεῖν). Il giudice, in particolare, deve esigere che la parte che ha esibito il documento presti giuramento dichiarando di non aver scientemente prodotto un documento non veritiero (καὶ ὄρκον ἐπάγειν τῷ προκομίζοντι, ὅτι μηδὲν συνειδῶς πονηρὸν τῷ παρ' αὐτοῦ προκομίζομένῳ) e di non aver posto in essere artifici finalizzati ad alterare gli esiti della comparazione (οὐδέ τινα τέχνην περὶ τὴν σύγκρισιν γενέσθαι παρασκευάσας)²⁴.

3.2. *Il tabellio come testimone privilegiato*

Nel quadro normativo sopra tratteggiato si inserisce la disciplina speciale in materia di atti tabellionici (τὰ συμβόλαια τὰ ἐπ' ἀγορᾶς συντελοῦμενα) alla quale è dedicato, come detto, il capitolo VII.

L'atto tabellionico deve essere ricevuto alla presenza di almeno tre testimoni (numero elevato a cinque in presenza di soggetti non letterati)²⁵; laddove vi sia necessità di provare in

²⁴ La necessità del giuramento ed il suo contenuto sono ripetuti anche oltre: Nov. 73.7.3: Εἰ δὲ οὐδὲν ἕτερον εὐρεθῆι πλήν τῆς παραθέσεως τῶν συμβολαίων, τὸ μὲν μέχρι νῦν κεκρατηκὸς προβαίνεται τὸ τὸν προκομίζοντα εἰς τὴν παρ' ἄλληλα κρίσιν τὸ συμβόλαιον ὁμνῦναι τὰ νενομισμένα· ἵνα δὲ τινα ἕλως τὸ πρᾶγμα λάβοι προσθήκην εἰς πλείονα τοῦ πράγματος πίστιν, καὶ αὐτὸς ὁ ταῦτα αἰτῶν γενέσθαι προσομνῦντο, ὡς οὔτε ἄλλης εὐπορῶν πίστεως ἐπὶ τὴν παρ' ἄλληλα κρίσιν τῶν συμβολαίων ἐλήλυθεν οὔτε τι περὶ αὐτὴν ἔπραξεν ἢ ἐμηχανήσατο, ὅπερ ὡς εἰκὸς δυνήθει τὴν ἀλήθειαν κατακρῦναι.

La parte che esibisce il documento deve giurare che ricorrono circostanze tali da rendere impossibile provarne l'autenticità attraverso uno strumento diverso dalla *comparatio litterarum* e di non aver fatto nulla per nascondere la verità.

²⁵ Sul punto, si veda E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 913-914. Non è un caso che le norme in materia di assistenza dei testimoni, pur concernendo la forma degli atti tabellionici, siano contenute nella costituzione dedicata all'ef-

giudizio l'autenticità del documento, tuttavia, il ricorso alla prova testimoniale segue alcune regole speciali:

Nov. 73.7.1: Ἐπί γάρ δὴ τῶν ἐπ' ἀγορᾶς συνταττομένων συμβολαίων, εἴπερ ὁ συμβολαιογράφος παρέλθοι καὶ μαρτυρήσειε μεθ' ὄρκου, εἰ μὲν οὐ δι' ἑαυτοῦ ἔγραψεν ἀλλὰ διὰ τινος τῶν ὑπουργούντων αὐτῷ, παρίτω κάκεινος, εἴ γε περίεστιν ἢ δυνατὸν ὅλως αὐτὸν ἔστιν ἐλθεῖν καὶ οὐδεμία τὴν αὐτοῦ πάροδον αἰτία κωλύει, ἢ νόσος τυχὸν ἰσχυρὰ ἢ τι τῶν περιστάσεων τῶν ἄλλων ἄπερ ἄνθρωποις ἀπαντᾷ εἰ δὲ καὶ ἀριθμητὴν ἔχοι τὸ συμβόλαιον, κάκεινος παραγινέσθω, ὥστε τρεῖς εἶναι τοὺς μαρτυροῦντας ἀλλ' οὐχ ἓνα. Εἰ δὲ οὔτε ἀριθμητὴς προσελήφθη τὸ τε συμβόλαιον αὐτὸς ἄπαν δι' ἑαυτοῦ γέγραφε τε καὶ ἐτέλεσεν ὁ συμβολαιογράφος, ἢ καὶ ὁ τοῦτο συγγράψας ἄπεστιν ἢ ἄλλως παρεῖναι οὐκ ἰσχύει, αὐτὸς μέντοι μεθ' ὄρκου τῷ οικείῳ τελέσματι μαρτυρεῖ, ὥστε μὴ τῇ συγκρίσει γενέσθαι χώραν, ἔστω καὶ οὕτω πιστὰ τὰ συμβόλαια. ἢ γάρ μαρτυρία καὶ παρὰ τῆς φωνῆς τοῦ τελέσαντος γινομένη καὶ τὸν ὄρκον ἔχουσα προσκείμενον ποιήσειεν ἂν τινα τῷ πράγματι ῥοπήν.

La novella in commento stabilisce che debbano (prioritariamente) fungere da testimoni il *tabellio* e, qualora coinvolti nella formazione del documento, i suoi collaboratori. Si tratta di testimoni che, a motivo del diretto coinvolgimento nella formazione del documento, si presume siano in grado di fornire al giudice indicazioni più precise circa il contenuto e la provenienza del medesimo.

Il primo soggetto chiamato a rendere dichiarazioni è ovviamente il *tabellio* (εἴπερ ὁ συμβολαιογράφος παρέλθοι καὶ μαρτυρήσειε μεθ' ὄρκου); egli, infatti, se ha svolto la propria attività nel rispetto delle prescrizioni contenute nella Novella 44²⁶, ha partecipato personalmente, dal principio alla fine, alla formazione del documento e, conseguentemente, ha piena contezza del suo contenuto. Anche il *tabellio*, al pari degli altri testimoni, deve prestare giuramento.

Qualora il *tabellio* abbia affidato la scritturazione dell'atto a un suo collaboratore (εἰ μὲν οὐ δι' ἑαυτοῦ ἔγραψεν ἀλλὰ διὰ τι-

ficacia probatoria dei medesimi. Come chiarito nel contributo qui richiamato, infatti, la presenza dei testimoni è richiesta proprio in vista dell'eventuale necessità di provare in giudizio il contenuto del documento.

²⁶ Sul punto, si veda E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., pp. 916-924.

νος τῶν ὑπουργούντων αὐτῷ) – sempre, beninteso, entro i limiti stabiliti dalla Novella 44 –, anche quest’ultimo, se reperibile e non gravato da specifico impedimento, dovrà prestare la propria testimonianza (παρίτω κάκεινος). Lo stesso vale anche per il contabile che abbia prestato assistenza al *tabellio* (εἰ δὲ καὶ ἀριθμητὴν ἔχοι τὸ συμβόλαιον, κάκεινος παραγινέσθω).

Nell’ipotesi di coinvolgimento dei collaboratori del *tabellio* nella formazione del documento controverso, è possibile, in alcuni casi, raggiungere il numero di tre testimoni (ὥστε τρεῖς εἶναι τοὺς μαρτυροῦντας ἀλλ’οὐχ ἓνα). La costituzione, tuttavia, si premura di chiarire che, laddove tale numero non venga raggiunto – perché, ad esempio, non vi sia stato l’intervento del ἀριθμητῆς – non occorre comunque dar luogo alla *comparatio litterarum* (ὥστε μὴ τῆ συγκρίσει γενέσθαι χώραν) per accreditare il documento.

Al *tabellio*, infatti, è riconosciuto lo *status* di testimone qualificato in grado, da solo, di *imponere fidem* all’atto di cui ha curato la redazione. In particolare, la sua testimonianza è reputata sufficiente tanto nel caso in cui abbia curato personalmente la scritturazione dell’atto (τὸ τε συμβόλαιον αὐτὸς ἄπαν δι’ἑαυτοῦ γέγραφέ τε καὶ ἐτέλεσεν ὁ συμβολαιογράφος), quanto nel caso in cui non sia possibile chiamare a testimoniare il collaboratore al quale era stata delegata. In quest’ultima ipotesi (ἢ καὶ ὁ τοῦτο συγγράφας ἄπεστιν ἢ ἄλλως παρεῖναι οὐκ ἰσχύει), il *tabellio* dovrà limitarsi a giurare di aver personalmente curato la *completio* (αὐτὸς μέντοι μεθ’ ὄρκου τῷ οικεῖῳ τελέσματι).

Stante la posizione peculiare riconosciuta al *tabellio* nella procedura finalizzata a provare l’autenticità di un atto tabellionico, occorre chiedersi come ci si debba comportare qualora non sia possibile escutere la sua testimonianza. Giustiniano si interessa espressamente del problema:

Nov. 73.3.2: Εἰ δὲ ὁ συμβολαιογράφος ἐτελεύτησε καὶ μαρτυρηθεῖη τὸ τέλοςμα ἐξ ἐτέρας παραθέσεως, εἰ μὲν καὶ οὕτως ἔχοι τὸν τε συντάξαντα τὸ συμβόλαιον περιόντα καὶ τὸν ἀριθμητὴν, παρίτωσαν κάκεινοι, εἴ γε ἐνδημοῖεν, καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἑκσαν κάκεινοι, εἴ γε ἐνδημοῖεν, καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν πληρώσεων τὸ γράμμα πίστιν καὶ τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων. Εἰ δὲ μηδεὶς τούτων εἴη, τηνικαῦτα γινέσθω

μὲν ἢ τῶν τελεσμάτων παράθεσις, μὴ μόνον δὲ ταῦτα πρὸς τοῦτο ἀρκείτω, ἀλλὰ καὶ αἱ τῶν ἄλλων τῶν ὑπογεγραφότων ἴσως ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων γραφαὶ κατεξεταζέσθωσαν, ὥστε ἐκ πολλῶν παραθέσεων τῶν τε τοῦ τελέσματος τῶν τε <τῶν> ὑπογεγραφότων ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων μίαν τινὰ συνάγεσθαι πανταχόθεν καὶ ἀποτελεῖσθαι πίστιν.

Se il *tabellio* che ha redatto il documento è venuto a mancare (εἰ δὲ ὁ συμβολαιογράφος ἐτελεύτησε), occorre rivolgersi alla *comparatio litterarum*²⁷; come già visto per la prova testimoniale, tuttavia, la peculiare natura dell'atto tabellionico impone alcuni correttivi alla procedura. Il raffronto delle scritture deve infatti effettuarsi tra la *completio* apposta al documento controverso ed altre *completiones* dal medesimo *tabellio* (μαρτυρηθεῖν τὸ τέλοςμα ἐξ ἐτέρας παραθέσεως). La costituzione inoltre prescrive che siano comunque sentiti come testimoni, se disponibili, il cassiere e il collaboratore che ha curato la scritturazione dell'atto (εἰ μὲν καὶ οὕτως ἔχοι τὸν τε συντάξαντα τὸ συμβόλαιον περιόντα καὶ τὸν ἀριθμητήν, παρίτωσαν κάκεινοι), così che le risultanze della comparazione possano essere corroborate dalle loro dichiarazioni (καὶ ἐχέτω καὶ τὴν ἐκ τῆς παραθέσεως τῶν πληρώσεων τὸ γράμμα πίστιν καὶ τὴν ἐκ τῶν μαρτύρων).

Solo qualora non sia possibile acquisire la testimonianza dei collaboratori del *tabellio*, pertanto, la *comparatio litterarum* diviene a tutti gli effetti l'unico strumento per accertare l'autenticità del documento (εἰ δὲ μηδεὶς τούτων εἴη, τηνικαῦτα γινέσθω μὲν ἢ τῶν τελεσμάτων παράθεσις). In tale ipotesi, Giustiniano prescrive un ampliamento dell'oggetto della comparazione: oltre alla *completio*, infatti, devono essere comparate anche le scritture dei collaboratori del *tabellio* (ἀλλὰ καὶ αἱ τῶν ἄλλων τῶν ὑπογεγραφότων ἴσως) e delle parti dell'atto (ἢ καὶ τῶν συμβαλλόντων γραφαὶ κατεξεταζέσθωσαν). Tale composita modalità di comparazione è infatti reputata maggiormente idonea ad as-

²⁷ L'ipotesi della morte del *tabellio* è contemplata, sia pure incidentalmente, anche dal primo paragrafo del capitolo VII: Nov. 73.7: ... μηδὲ ὁ συμβολαιογράφος περιεστὶν ὁ τελέσας (εἴ γε ἀγοραῖον εἴη) ὥστε μαρτυρησαί τοις ἐαυτοῦ, ἢ μηδὲ ἐνδημοίη ...

All'ipotesi della morte del *tabellio* è assimilata espressamente la sua assenza (ἢ μηδὲ ἐνδημοίη).

sicurare l'autenticazione del documento (ὥστε ἐκ πολλῶν παραθέσεων ... μίαν τινά συνάγεσθαι πανταχόθεν καὶ ἀποτελεῖσθαι πίστιν).

Alla luce dell'esame della Novella 73, è ora possibile comparare l'efficacia probatoria degli atti tabellionici con quella dei meri atti privati. Se per questi ultimi la *impositio fidei* passa per l'escussione di almeno tre testimoni (e, solo in caso di loro assenza o indisponibilità, può fondarsi sulla mera *comparatio litterarum*), l'autenticità dell'atto tabellionico può essere attestata in giudizio anche dal solo *tabellio* che ne ha curato la *completio* (dovendosi, come si è visto, ricorrere alla *comparatio litterarum* solo in caso di sua morte o altro impedimento a rendere testimonianza).

L'atto tabellionico, dunque, pur non avendo la forza propria degli atti pubblici²⁸, presenta un'efficacia probatoria rafforzata. In caso di contestazione circa il suo contenuto o la sua riconducibilità a un soggetto determinato, infatti, la procedura di validazione in giudizio può giovare delle norme speciali previste dalla novella commento.

4. Conclusioni

Le norme in materia di tabellionato in vigore in età giustiniana rappresentano, come si è avuto modo di illustrare, un *corpus* organico e tendenzialmente completo; esse, infatti, aspirano a disciplinare pressoché ogni aspetto dell'attività professionale dei *tabelliones*.

Il livello di sistematicità raggiunto dalla legislazione giustiniana non è tuttavia omogeneo. Da un lato, infatti, assistiamo all'emanazione di costituzioni che disciplinano in mo-

²⁸ Tale efficacia probatoria può essere ottenuta dall'atto tabellionico solo laddove le parti procedano alla sua *insinuatio*. In tal caso, come chiarito dalla stessa Novella 73, non è più necessario seguire la procedura ordinaria per *imponere fidem* al documento: Nov. 73.7.3: ... ὃν ἔξεστιν ἀπηλλάχθαι τοῖς συμβάλλουσιν, εἴπερ βούλονται καὶ ἑκάτεροι πρὸς τοῦτο συμβαῖεν τὸ ἐμφανῆ ποιεῖσθαι τὰ συμβόλαια καὶ κατατίθεσθαι [τε] ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων αὐτοὺς τοὺς συμβάλλοντας, ἵνα ἀπαλλαγεῖεν ἀγνωμοσύνης τε καὶ νοθείας καὶ παραποιήσεων καὶ ὅποσα ἄλλα κακὰ ἐπαυροῦντες τὸν παρόντα τίθεμεν νόμον ...

do strutturato ed estremamente esaustivo le modalità di esercizio dell'attività professionale, la forma degli atti tabellionici e la loro efficacia²⁹; dall'altro, invece, riscontriamo il mantenimento – scevro da ogni tentativo di sistematizzazione – delle costituzioni previgenti in materia di obblighi di verifica del contenuto degli atti³⁰. Tale diverso livello di sistematicità è verosimilmente da impuntarsi a una precisa scelta di politica legislativa: è infatti probabile che, in questa fase, il legislatore avverta come maggiormente urgente la disciplina degli aspetti formali della professione, reputando sufficiente la conservazione della preesistente normativa (occasionale) per quanto invece concerne il potere-dovere dei *tabelliones* di interessarsi al contenuto degli atti che sono chiamati a redigere.

In ogni caso preme sottolineare come l'esigenza di regolamentazione avvertita da Giustiniano – ed evidente nei provvedimenti da lui emanati in materia di tabellionato – non possa trovare la propria causa che nella natura degli interessi toccati dall'attività professionale dei *tabelliones*. Infatti, pur non essendo il *tabellio* un funzionario pubblico, vi è già in età giustiniana la chiara percezione che la sua attività professionale lambisca interessi di natura pubblicistica (relativi alla certezza dei traffici giuridici e della loro documentazione) e che, conseguentemente, vada regolamentata.

²⁹ Sul punto si vedano, rispettivamente, i §§ 4 e 3 del mio precedente contributo (E. MARELLI, *Il tabellionato*, cit., p. 904 ss.) ed il § 3 del presente.

³⁰ Sul punto si veda il § 2.

ELENA MARELLI, Il tabellionato in età giustiniana (parte II). Il controllo dei *tabelliones* sul contenuto dei documenti e l'efficacia probatoria degli atti tabellionici

Il contributo espone i risultati della ricerca condotta sulla figura del *tabellio* esaminando, in particolare, le costituzioni in vigore durante il regno dell'imperatore Giustiniano (527-565). Lo studio si concentra, da un lato, sulle costituzioni pregiustiniane che imponevano ai *tabelliones* di verificare la non contrarietà alla legge del contenuto degli atti che erano chiamati a ricevere (sanzionando quelli che prestassero la propria opera per la documentazione di negozi illeciti) e, dall'altro lato, esamina le disposizioni della Novella 73 in materia di efficacia in giudizio degli atti tabellionici.

Parole chiave: *tabellio*, notaio, età giustiniana.

ELENA MARELLI, *Tabelliones* in Justinian period (part II). The control of *tabelliones* on the content of documents and probative effectiveness of the notarial deeds

The paper presents the results of the research about the role of the *tabellio* examining, in particular, the imperial constitutions in effect under the reign of Emperor Justinian (527-565). The paper, on the one hand, focuses on the constitutions issued by Justinian's predecessors imposing on the *tabelliones* the obligation of verifying that the documents they were asked to draft were not against the law (and therefore punishing those of them who would cooperate in drawing up illegal agreements) and, on the other hand, it examines the provisions of Novel 73 regarding the evidentiary value of the documents drafted by a *tabellio*.

Key words: *tabellio*, notary public, Justinian period.