

G. CASSANDRO

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO COMUNE NELL' UNIVERSITA DI ROMA
GIUDICE EMERITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SUL PROBLEMA DELLA CONTINUITA

(Σελίδες 141—157)

SUL PROBLEMA DELLA CONTINUITA

Il problema della continuità è un problema generale della teoria storiografica, o, se volete, un problema generale del pensiero storico moderno. Questa è la sua *s e d e s m a t e r i a* e naturale; qui occorre, perciò, affrontarlo e risolverlo. Chi credesse possibile limitarne l'esame a questo o a quel settore, nel quale si specifica la storia dell'attività umana, ad esempio a quello dell'attività pratica, e, più particolarmente, a quello del diritto, correrebbe il rischio di non risolverlo esattamente, e l'altro connesso col primo, di dare della storia giuridica un'immagine deformata.

Considerato in questi termini il problema della continuità richiama l'altro del cambiamento. E' l'ombra che esso si porta appresso. Anzi, a ben guardare, fa tutt'uno con questo. Mi pare di non sbagliare, se affermo che intorno a codesta connessione il pensiero storiografico contemporaneo sia quasi affatto concorde (1). Dichiarazioni in questo senso si incontrano non soltanto negli scritti di coloro che fanno professione di teorici della storia, ma anche negli storici, che cercano di rendersi conto della natura e dei modi del loro operare. Il cambiamento in tanto acquista significato e s'illumina agli occhi dell'indagatore, in quanto si pone in relazione con quanto si conserva e continua: così tutto prende vita e movimento e tutto cangia e avanza e vive e sta in perpetuo travaglio, anche se poi codesto travaglio diventa, per dirla col Goethe, eterna pace in Dio il Signore. Detto diversamente, la vita degli uomini procede, tutto conservando e tutto insieme trasformando. Nel patrimonio dell'umanità, nulla va perduto di quanto fu creato di utile, di

1. Il problema è affrontato, a volte in termini assai vicini a quelli riferiti nel testo, da K. Jaspers, ma, ovviamente, nel contesto del suo pensiero storico percorso da tratti esistenzialistici, misticheggianti, simbolici e irrazionali che non consentono, ad avviso di chi scrive, di giungere ad una soluzione soddisfacente. E' appena il caso di aggiungere che qui non è possibile una discussione più approfondita. Cito l'edizione francese, che ho tra mani, di *Origine et sens de l'histoire*, Paris, 1954, spec. 289-94, 302-4.

buono, di bello, di vero: e portiamo dentro di noi il passato che trabocca e si riversa nel presente, che altrimenti non sarebbe comprensibile. Cantava Schiller: «Il sole di Omero, vedi, splende su noi ancora!». A che bisogna aggiungere che quel sole noi lo guardiamo con gli occhi nostri, non con quelli di Omero, ed esso splende, perciò, eguale eppur diverso!

Una recente riprova di questo inscindibile nesso tra continuità e cambiamento si ritrova nell' opera di uno storico inglese Geoffrey Barraclough (1), che, tutto inteso a dimostrare lo «stacco» che esisterebbe tra la cosiddetta età moderna e l' età contemporanea della quale egli va alla ricerca del *terminus a quo*, e che ora gli appare già nata ora che stia per nascere, ora legata alla precedente, ma da questa distinta da un periodo che egli definisce di transizione —, non può poi non affermare: «Va da sé che non esiste una netta divisione tra il periodo che chiamiamo «contemporaneo» e il «moderno» e in questo ci troviamo d' accordo con i sostenitori della continuità storica. Il nuovo è maturato sulle orme del vecchio». E ancora: «Questo significa — come dovrebbe attendersi ogni storico che abbia esperienza di analoghi mutamenti nel passato —, che il nuovo mondo non è nè separato con un taglio netto dal mondo dal quale è emerso, nè semplicemente una continuazione di questo: è un nuovo mondo con radici nel vecchio».

* * *

Il Croce, già nel 1916, enunciava questa verità nei termini seguenti: «La concezione della realtà come svolgimento è nient' altro che la sintesi delle due opposte unilateralità, di una costanza senza cambiamento e di un cambiamento senza costanza, di un' identità senza diversità, e di una diversità senza identità, perchè lo svolgimento è un perpetuo superare che è, insieme, un perpetuo conservare» (2).

1. Guida alla storia contemporanea, tr. it., Bari, 1972, 22, 28. Il problema dell' an e del quando nasca l' età contemporanea, che è a cuore dello storico inglese, ha molto interessato gli storici, segnatamente inglesi e tedeschi. Per me è un problema mal posto, perchè proposto in termini «oggettivi», risolubile cioè nella ricerca di una fantomatica cosa in sé che ad ogni momento ci sfugge. Viceversa, va posto come «questione storiografica» nel senso accennato, ma sufficientemente chiarito, nelle ultime pagine di questo scritto.

2. Teoria e storia della storiografia⁴, Bari, 1948, 72-3. E' inutile dire che il filosofo tornò a più riprese su questo punto fondamentale. Cfr. per tutte: La storia come pensiero e come azione⁴, Bari, 1943, 265, 267 e passim. In questo senso Cas-sandro, Storia e diritto. Un'indagine metodologica, Verona, 1966 (estr. dalla «Riv. di storia del dir. it.» XXXIX, 1936), 27-8.

Il problema è proposto qui in termini leggermente diversi: non è più parola di continuità e di cambiamento, ma di *s v o l g i m e n t o*, un termine che ricomprende gli altri due e fa tutt'uno con la storia. Di qui la vanità delle dispute intorno a quanto si conserva e a quanto si abbandona, a quanto continua e a quanto si trasforma, a quanto resta in vita e a quanto muore della vita —, che si incontrano così di frequente nella storiografia, segnatamente giuridica, e che sono conseguenza di un fraintendimento del modo di pensare esattamente il corso della storia e del suo svolgimento, dato che, una volta rotto quel nesso, i due termini diventano rami secchi e senza vita.

Il discorso che qui si fa è analogo all'altro che si conduce intorno ai concetti di progresso e di decadenza, perchè anche fra questi si pone un nesso dialettico, la decadenza essendo un momento eterno del progresso stesso ⁽¹⁾, una volta che ci si sia liberati dall'illusione nutrita nell'Ottocento, di un progresso continuamente ascendente. Ora, noi sappiamo per diretta esperienza che le cose non stanno così, che ad epoche di fulgore vengono dietro altre di decadimento e di fiacchezza morale, pur se queste ultime hanno una maggiore ricchezza o, piuttosto, complessità di vita, dato che, come videro il Ranke, e, dopo di lui il Croce e il Meinecke portano in sé risolti i problemi che affaticarono le precedenti ⁽²⁾. Giustamente il Goethe sostituì all'immagine di un progresso in linea retta, l'altra di un progresso a spirale. Svolgimento significa dunque vita, che perennemente si rinnova, non progresso nel senso di un continuo innalzarsi verso cime sempre più alte.

*
**

La riduzione del problema della continuità in quello dello svolgimento non significa che tutto sia con ciò chiarito del mondo della storia, che si spiega sterminato davanti ai nostri occhi. Intanto, il termine stesso di svolgimento è oggetto di discussione. Il Meinecke, in un saggio di una trentina di anni fa, che è parte della raccolta inti-

1. Cfr. Croce, *Conversazioni critiche*, V², Bari, 1951, 184-186: «Domandare se il mondo sia retto dalla legge del progresso, o se la decadenza finale lo aspetti, o la decadenza interrompa i suoi progressi è altrettanto ingenuo quanto domandare se la realtà sia vita o morte o vada verso la morte o sia di volta in volta distrutto dalla morte, quando si sa che in ogni attimo la vita è vita e morte, e non sarebbe vita, se non fosse morte».

2. Cfr. la mia Introduzione a F. M e i n e c k e, *Aforismi e schizzi sulla storia*, tr. it., Napoli, s. d., XXIX-XXX.

tolata Aforismi e schizzi sulla storia⁽¹⁾ scriveva che, laddove in passato si pensava che il concetto di svolgimento fosse la nota essenziale delle scienze storiche, si osservò poi che «un concetto di svolgimento unitario chiaramente definito e generalmente valido», non era applicabile alla storia. «Quel concetto, diceva, appare come un Proteo, al quale la formula magica di ogni nuovo teorico della storia fa assumere un'altra forma». Ma aggiungeva che ciò non autorizza ad espellere lo «svolgimento» dalla storia, tanto più poi quando, com'era, a suo avviso, accaduto al Gützmacher e allo Heussi, ci si foggia di esso un'immagine non adatta alla storia per rendersi così facile la critica e certa la vittoria².

Nel saggio citato, tuttavia, il Meinecke aveva sottoposto a esame le tesi sullo svolgimento storico enunciate dal Brandenburg, in uno scritto che vedo ricordato sovente anche dagli storici tedeschi del diritto. E, forse, tratto dal linguaggio adoperato dal suo avversario, si era impigliato nei termini propri della scienza biologica, quali ad esempio «ontogenesi» o «filogenesi», e aveva dato, così, al suo discorso un andamento che risentiva dell'intrusione nel campo delle scienze dello spirito, come le qualificano i tedeschi, di concetti che non sono propri di queste, come quelli di causalità e di condizione. Lo svolgimento storico gli appariva così, in definitiva, assai meno mosso e originale e creativo di quanto, se non erro, lo descriveva il suo stesso avversario, il quale, se mai, cadeva nell'eccesso opposto di guardare troppo l'uomo e poco l'umanità, troppo l'evento e troppo poco lo svolgimento, troppo l'individuale e poco l'universale. Scriveva, infatti, il Meinecke: «Di un vero svolgimento crediamo già di poter parlare dove s'incontra una connessione vitale continua, diretta a un fine, che può, per altro, mutare nella sua direzione finale, passare, cioè, da uno scopo ad un altro. Naturalmente ci deve essere poi un legame tra gli scopi precedenti e quelli successivi; (...) può anche non esserci alcun legame esterno, ma ci deve essere una connessione vitale, che testimoni una interna forza formatrice. Ci deve dunque essere una direzione rivolta a un fine e in qualche modo determinata dall'interno, anche se poi dipenda da influenze esterne e venga determinata insieme da queste; e una ininterrotta connessione vitale: non di più, non di meno chie-

1. Il titolo del saggio è «Una parola sullo svolgimento storico», e sta nell'o. c., a pp. 75-88.

2. o. c., 75-6. «Anche la nuova creazione è sempre nella storia; e, anche quando vi entri come rivoluzione, basta esaminarla a fondo per trovarla radicata in qualcosa del passato».

diamo per poter parlare di svolgimento» (1). Una definizione che risentiva, se non vado errato, anche se qui non molto esplicitamente, della visione meineckiana del mondo storico, come costituito di individualità personali e di individualità sovraperpersonali, ciascuna intesa come forma coniata secondo una particolare e propria legge, che ne determina in via principale la vita. Lo svolgimento umano — storico, com'egli lo definiva, si fonda sull'esperienza dell'individuo spirituale, ma le caratteristiche ritrovate in questo, si incontrano poi nella sfera sovraperpersonale della vita storica, nelle formazioni che, su suggestione hegeliana, chiamava dello spirito oggettivo. Comunità di ogni specie e grandezza, dalla famiglia allo Stato, anzi alle comunità della cultura e della religione, appartengono a questo mondo storico e tutte rappresentano individualità che si svolgono. Un'intera civiltà, anzi, è pur essa una individualità e lo è perfino la storia universale. Certo, così, egli rendeva più difficile spiegare lo svolgimento di queste individualità e i rapporti tra esse, ma riteneva di superare codesti ostacoli e impacci, ricordando come queste formazioni siano, esse pure, opere degli uomini; è la totalità degli individui che le incarnano, che le fanno progredire in avanti in un incrociarsi del personale e del sovraperpersonale. Nella storia delle comunità umane apparirebbero sempre intrecciati un particolare spirito che abita in esse e come tendenza le dirige e innumeri piccoli cangiamenti, ritorni, accrescimenti, diminuzioni, provocate dalle singole azioni mosse dal basso. Si svela in esse, insomma, una continuità che non si pone in maniera assoluta, dato che si congiunge con qualcosa che la conserva e insieme la muta nel fluire della vita. Anche le comunità sono forme coniate che l'uomo conduce più avanti.

Tuttavia, pure in questo intreccio, le individualità, specialmente quelle sovraperpersonali, obbediscono in primo luogo alla legge loro propria e corrono, a mio avviso, il rischio di trasformarsi in monadi alle quali l'accesso delle individualità resta precluso. Diventa, infatti, difficile comprendere come codesto intrecciarsi di leggi di vita individuali, di individualità di vario grado e valore che poi finiscono, addirittura, non si vede bene se fuse ovvero confuse, nella storia universale, anch'essa un'individualità sovraperpersonale, dotata di una sua legge vitale, si concili con la salvezza dell'ineffabile *individuum* che crea la vita e la storia.

Vero è che con parole, che mi è sempre caro rileggere, il Meinecke

1. o. l. citati.

diceva: «Svolgere se stesso è il carisma di ogni uomo. In ciò egli si sente beneficamente accompagnato dalla propria legge di vita, come dalle innumerevoli leggi di vita che gli giungono dal passato — le formazioni dello spirito oggettivo —, e tuttavia ha anche la coscienza della propria responsabilità, della sua libertà di scelta nell'azione, non certo sconfinata, ma che spesso lo rende felice, spesso lo tormenta». Ed aggiunge: «Se poi guarda fuori di sé, in alto, all'intera storia universale, potrà rendersi accessibile e comprensibile anche questa, soltanto se vedrà in essa, in una maggiore pienezza e in un più inestricabile intreccio, ciò che è più umano dell'uomo, l'individuale nel suo svolgimento»⁽¹⁾. Ma anche guardando così le cose, non mi pare si possa negare che la propria legge di vita e le leggi di vita del passato abbiano il sopravvento sulla libertà e spontaneità e imprevedibilità nel corso della storia. Era di impendimento, al Meinecke, a mio avviso, per giungere a una soluzione soddisfacente, la realtà che egli conferiva, oltre che alle individualità personali, alle anime — sostanza, in qualche misura anche alle altre, sovrapersonali; il che rende più difficile raffigurarsi quell'intreccio delle une con l'altre e quel raccogliersi poi di tutte nella individualità della storia universale: laddove la storia è un fittissimo intreccio x di azioni umane concrete e individue sulle quali bisogna spostare lo sguardo dalle «individualità» meineckiane, e in ciascuna delle quali si realizza la sintesi dell'universale e dell'individuale; ed ogni azione concorre al moto incessante del tutto; allo svolgimento della vita. E in codesto moto, in codesto svolgimento essa ad altra legge non ubbidisce, se non a quella della libertà, che, pur tra mille travagli e tra infinite sconfitte, finisce col prevalere ed è la luce che splende dalla storia e il mistero che in essa si celebra.

* * *

A guardare le cose da un altro punto di vista, quello, cioè, dal quale si pone lo storico del diritto, parrebbe che la continuità sia connotato peculiare della storia giuridica, o, quanto meno, in questa si ponga di forza alla ribalta. Non che gli storici giuristi, segnatamente i più recenti (ma si potrebbero recare esempi anche antichi), ignorino la verità fondamentale che è stata ragionata fin qui. Esattamente il Mitteis, ad esempio, sulle tracce dell'Aubin, afferma che la continuità è una categoria fondamentale valida per ogni aspetto della vita storica, e tale che

1. o. c., 87-88

richiama necessariamente l'altra del mutamento, giacchè soltanto dove c'è mutamento, è possibile conferire rilievo e significato alle forme durevoli (1). E il Betti afferma che durata e cambiamento stanno tra loro in rapporto dialettico e presuppongono qualcosa di duraturo, che nel nuovo completamente trapassa e pur resta identico a se stesso (2). Anche il Wieacker, quando parla in termini generali del problema, osserva come il concetto della persistenza nel cambiamento si incroci con l'altro di svolgimento, pur se non giunge, come a noi pare invece necessario, ad assumere il primo concetto nel secondo in un'unità che non è un semplice incrociarsi (3). E il Calasso, respinta l'idea di sopravvivenza, che gli sapeva di morte e di fantasmi, accoglie al posto di questa, l'altra della continuità che, pur senza gli indispensabili approfondimenti, vede tuttavia, per dir così, in maniera dinamica, stante che afferma che la storia costantemente assimila il passato nel senso che lo ricrea in nuove forme(4).

Ma pur fermi su queste posizioni di principio, l'attenzione degli storici del diritto si è portata precipuamente, se non quasi affatto sul problema del trapasso tra l'età antica e l'età che poi si chiamò e definì età media. Non che gli altri storici ignorassero o non trattassero questo problema, di regola posto in questi termini: vi fu una «cesura» tra età antica ed età media, o vi fu continuità? Morì del tutto il passato e un'età nuova s'iniziò? Ovvero, nonostante le invasioni, cosiddette barbariche, l'antico continuò a vivere e in che misura e in quali modi e sotto quali forme? E se ci fu un punto nel quale la frattura si verificò, dove segnarla sulla carta della storia? In quale secolo, in quale anno? A quale evento collegarlo? Interrogativi che, come sapete, agitarono a lungo la mente degli storici (e tuttavia l'agitano anche se non con l'antica veemenza) e ai quali, come anche sapete, furono date risposte varie e contrastanti; che non possono essere qui interamente esaminate, essendo sufficiente, in linea teorica, richiamarsi a quanto

1. Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar, 1947, 17-9.

2. Das problem der Kontinuität im Lichte der Rechtshistorischen Auslegung, Wiesbaden, 1957 (Institut für europäische Geschichte, Mainz. Vorträge), 30-2.

3. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Gottingen, 1952, p. 12-20, n. 5.

4. Pensieri sul problema della continuità con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana, «X Congresso intern. di sc. stor.» — «Relazioni», I, Firenze, 1955, 509-530, Ora in Storicità del diritto, Milano 1966, 261-286, dalla quale cito: 267 e 270, dove scrive: «...il problema della continuità, è il problema stesso della storia».

è già stato detto iniziando e al concetto di svolgimento al quale abbiamo fatto ricorso.

Tuttavia, com'è facile immaginare, nel campo della storia del diritto il problema si poneva in termini peculiari, per la presenza della compilazione di *leges et iura* ordinata da Giustiniano che faceva propendere piuttosto per una fondamentale continuità dell'antico diritto, quasi a riprova di un pensiero più generale espresso da molti storici del diritto (e non del diritto), giusta il quale il campo della storia giuridica è il campo di elezione della «continuità» intesa come «costanza», «permanenza», o «semi — permanenza». E sembrava che il nesso inscindibile di continuità — mutamento o il concetto unitario di svolgimento accolto a parole da costoro medesimi, venisse poi cortesemente licenziato.

Così il Mitteis, del quale si è visto di sopra come la pensasse al proposito, afferma, tuttavia, che la storia giuridica è chiamata ad arrecare contributi notevoli al concetto della continuità, stante che il diritto opera con forme, la cui capacità di durata è in grado dare luce ai più riposti nessi tra civiltà. E sottolinea la circostanza — sono sue parole —, che il materiale col quale la storia giuridica lavora offre un tesoro di forme e di istituzioni che hanno una particolare consistenza; e la forma di resistenza propria di esse resta intatta anche nelle crisi più gravi di civiltà e può, come le sostanze chimiche coloranti, aiutare a mettere in luce sepolte connessioni⁽¹⁾.

Il problema che nasceva (parlo dell'Italia) dalla presenza e dall'osservanza di norme e consuetudini germaniche, nonchè dal sorgere di un nuovo diritto, quello della chiesa, venne malamente risolto, configurando codesti tre diritti come elementi o fattori del diritto italiano e ci si affaticò in polemiche senza fine sulla parte che a ciascuno di essi spettasse in codesta loro funzione di progenitori del diritto nuovo. E quando, malgrado ogni sforzo, codesta paternità non fu possibile accertarla, si rintracciò o piuttosto si immaginò un altro elemento, il cosiddetto volgare, ora inteso quale degenerazione del diritto romano, ora quale reviviscenza di antichi diritti preromani sopravvissuti ai secoli della dominazione e della pace romana, pur quando l'*urbs* era diventata l'*orbis*, sulle tracce del pensiero non sempre rettamente inteso del Brunner e del Mitteis. Credo che, ormai, l'onda della teoria storiografica moderna sia passata su questa visione delle cose, mostran-

1. Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität in *Abh. der d. Ak der Wiss. zu Berlin*, Jahrgang 1947, Phil.-hist. Klasse, nr. 1, 3-4.

do come essa fosse conseguenza di una concezione della storia, che risentiva dello scientismo e del positivismo imperante a cavallo dei due secoli.

Anche nell'ambito della storia del diritto si formò, se non sbaglio, il concetto di recezione nel senso di accoglimento di un diritto in un altro diritto, con conseguenze che vennero variamente raffigurate. Il discorso su questo concetto è stato ed è molto intenso in Germania per le vicende della vita giuridica di quel Paese, ma non mancò nemmeno in Italia, dove si pose nei termini opposti, ma si è fatto meno aspro e appassionato da quando si è compreso che il cosiddetto processo di recezione non è mai a senso unico e una parte, anche quella che riceve, dà sempre qualche cosa all'altra, e soprattutto quando riceve, non riceve mai del tutto passivamente, ma tutto rielabora e trasforma in propria carne e in proprio sangue; e dopo che si sono sopiti, se non estinti, gli pseudo-ideali nazionalistici, che, nel campo della storia delle idee, non compiono nemmeno quella funzione pratica che soltanto può competere ad essi.

Eppure nei discorsi intorno alla «recezione» (assunto da concetto della storiografia giuridica a concetto generale della storiografia), l'ombra della continuità intesa come concetto valido e statico, e non dinamico, come abbiamo tentato di dimostrare, continua a proiettarsi.

Se posso citare ancora il Mitteis, «continuità significa in primo luogo (...) la trasmissione di cultura da un ambito culturale a un altro, il fenomeno della costanza di una cultura, nonostante il cambiamento del sostrato materiale di esso, in breve il trapasso di forme coniate nella loro peculiarità attraverso un mondo storico che cambia»⁽¹⁾. Lo stesso autore richiamandosi ancora una volta all'Aubin, afferma che nel problema della continuità quel che si può dire di più generale e comprensivo è che, sempre e dovunque c'è stata continuità, che dappertutto comunità vitali hanno trasmesso e lasciato beni culturali da esse creati ad altri popoli e comunità vitali; che dalle lontane origini la vita non è mai cominciata di nuovo sopra una *tabula rasa*; che la metà per lo meno della storia riposa sulla continuità e che senza di essa non esiste storia⁽²⁾. Per di più, una volta il problema inteso in questi termini,

1. Die Rechtsgeschichte, cit., 3.

2. Die Rechtsgeschichte, cit. 3-4. Sono questi pensieri, aggiunge il Mitteis, che devono guidare le ricerche intorno al passaggio dall'antichità al Medioevo, abbandonate, come sono state abbandonate, le spiegazioni «catastrofiche» di quell'evento.

accade che di questo incontro di civiltà e di questa trasmissione di cultura si son volute ricercare le leggi o, meno ambiziosamente, le forme e i modi mediante i quali si verificava, e le conseguenze che provocava sia in chi dava, sia in chi riceveva. Vi si provò il Mitteis⁽¹⁾ e sulle sue tracce, allargando il discorso, il Betti⁽²⁾. Ma si pose capo quasi sempre a generalizzazioni di fatti individui e concreti, e la verità loro fu nella verità di questi, non già nella pretesa di innalzarli a leggi o a forme costanti dello svolgimento storico e nemmeno, come concede il Mitteis, a «*empirisch feststellbaren Gesetzmässigkeiten*». E lo stesso è da dire delle affermazioni del Wieacker (come sempre assai fini e sottili), sui modi e le conseguenze dell'incontro tra popoli giovani (pastori e guerrieri) e il lascito di un antico popolo di agricoltori con un'organizzazione statale distrutta o esausta⁽³⁾. Sarebbe indispensabile, egli dice, stabilire le leggi che regolano questo incontro. Esso avverrebbe per gradi e si approfondirebbe man mano che ci si allontana nel tempo: la recezione di tecniche necessarie a una vita materiale più elevata (piantagioni; costruzioni in muratura), precede l'educazione dello spirito, e questa a sua volta sollecita nei popoli giovani creazioni originali. Alla scuola e all'apprendimento segue la nascita di una forma spirituale eterna che s'alimenta da un nuovo senso della vita. Apprendimento e sollecitazioni creatrici si dovrebbero seguire l'uno le altre, giacchè ai nuovi popoli mancano dapprima le esperienze spirituali con le quali adoperare l'eredità straniera come proprio mezzo di espressione. E questo duplice rapporto si incontrerebbe in tutti i settori della cultura europea, e dovunque si manifesterebbe la legge, che il Wieacker scopre come legge fondamentale, giusta la quale, con la distanza crescente dei nuovi creatori di cultura, diventa sempre più debole la persistenza materiale, laddove l'efficacia della forza spirituale sempre più si approfondisce e si irrobustisce. Senza codesto rapporto fondamentale non s'intenderebbe, prosegue il Wieacker, nemmeno il ritmo della scienza giuridica europea che poggia su una sempre più vasta comprensione dell'eredità romana, continuata pur nel nostro secolo. Così sarebbero stati assunti l'apprima elementi materiali (volgari)

1. Die Rechtsgeschichte, 13-14. Tutto questo è ragionato dal Mitteis in prevalente relazione con la cd. continuità germanica: un concetto che esatto non da respingere, quando vuol dire che non c'è mai recezione passiva, diventa più difficile da accettare quando codesta partecipazione dialettica si voglia sciogliere nei suoi termini e accertare in ciascuno di essi.

2. o. c., 32-4, 37-41

3. o. c., 19-20.

dell'Impero d'Occidente; la rinascenza del secolo XII avrebbe provocato l'incontro con la grande giurisprudenza conservata nel *Corpus iuris* di Giustiniano: un incontro che scosse gli animi e non dette più riposo. Con l'Umanesimo, infine, cominciano i tentativi di comprendere il diritto romano classico al di sotto delle fonti giustinianee, tentativi proseguiti con la scuola storica e conclusi metodicamente nell'età moderna con la Romanistica.

Ora, io non voglio certo respingere come affatto inutili questi schemi di sviluppo, o questa determinazione dei modi di trapasso di civiltà, nè la tentata delineazione delle «costanti» di questi incontri, che giovano a rinserrare, come s'è visto, in brevi tratti le linee di uno svolgimento grandioso. Ma sempre che questi schemi o quelle determinazioni che sono specifici della storia giuridica europea, non pretendano di acquistare validità generale e l'idoneità ad evocare il *deus absconditus* della storia; e sempre che si conservi consapevolezza dello scopo loro che è appunto quello di raccogliere i tratti singolari e irripetibili degli eventi storici sotto il manto di categorie e concetti generali, indispensabili, al certo, al pensiero storiografico, ma non in grado di appropriarselo, riducendolo a se stessi. Diversamente, in essi si cela, inavvertito o no, come s'è visto, il pericolo che vada sperduta la verità fondamentale: che la storia è sempre svolgimento e che si rompa il nesso unitario che in esso si costituisce tra continuità e cambiamento, conservazione e rivoluzione. Bisogna non lasciarsi illudere dal fatto che le forme e gli istituti giuridici ci sembrano durare quando tutto è mutato del mondo che li circonda, perchè codesta persistenza è soltanto apparente: già disse Herder che si tratta di formule e norme «il corpo delle quali sta in mostra da secoli, quando l'anima è da esso sfuggita da tempo». Nè è possibile distinguere, come distingue lo Steinwenter, il perdurare (*Fortleben*) dalla recezione, questa intesa come volontaria assunzione di valori giuridici stranieri, che ora iniziano una nuova vita nella comunità che li riceve; quella caratterizzata dalla circostanza che, nonostante cambiamenti nel potere politico, trasformazioni nella società, nella religione e via, le istituzioni giuridiche continuano a vivere⁽¹⁾. Una distinzione che lo stesso Steinwenter vanifica, quando dice che codesta persistenza di solito non dura; e che prima o poi le istituzioni tramandate sono assimilate, modificate o addirittura

1. *Das Fortleben der römischen Institutionen im Mittelalter*, «Atti del Congresso Int. di Sc. stor.» (Roma, 1955), già cit., Relazioni VI, 547-559, spec. 556-559.

eliminate. Cose tutte che si possono dire egualmente, come s'è accennato, della recezione. Anche gli istituti cosiddetti «recepti» vengono nel nuovo contesto storico nel quale si trovano a vivere, modificati, trasformati, o tacitamente o espressamente eliminati. La verità è che la storia giuridica in questo non si distingue dalle altre storie; e anch'essa è svolgimento, e svolgimento sempre creativo nel senso che la vita crea sempre nuova vita e le forme istituzionali che si ricevono o i beni culturali che si tramandano s'innestano nel nuovo corso del tempo e nel nuovo ambiente nel quale si ritrovano e qui acquistano un senso nuovo, un significato diverso, che, se si vuole, si può anche chiamare consapevole o inconsapevole fraintendimento. La storia è sempre *filia temporis*, ma anche *filia loci*.

* * *

Fu un errore della storiografia italiana — pare ora evidente — aver creduto suo compito di stabilire al luogo dell'effettivo corso storico, la parte del diritto romano che continuava a vivere nelle nuove genti e di aver a lungo combattuto sull'origine dall'antico diritto di questo o di quell'istituto, contro l'opposta tesi di una derivazione loro dal diritto germanico e di aver, poi, fatto ricorso al diritto volgare, come degenerazione del diritto romano, quando non come riesumazione di diritti italici pre—romani, per assegnargli la funzione di padre putativo, tutte le volte che quella ricerca di paternità non dava i frutti desiderati. Quel che veniva definito volgare, altre non era, invece, se non il diritto vivente, il diritto effettivo dell'alto medioevo, che faceva sentire la sua voce dai rozzi documenti negoziali o dagli imbarbariti testi giuridici o dalle leggi di quelli che lo Schupfer amava chiamare popoli nuovi.

Questo modo di porre i problemi della nostra storia giuridica era generato in parte da un male inteso spirito nazionale, dall'altra da una concezione, superata già ai primi del secolo, dal pensiero storicistico italiano, della storia come nesso di cause e di effetti e delle formazioni dello spirito oggettivo come di enti naturali, dei quali era necessario scoprire le regole che sovrintendevano alla nascita, svolgimento e morte. Ed ebbe anche la sua parte quel che il Bloch chiamava il mito delle origini. Pregiudizi positivistici, scientifici e altrettali, ora, voglio sperare, superati, ma dei quali purtroppo si sente a volte ancora risuonare l'eco. Ma di ciò ho discusso lugamente altrove, più volte, a cominciare

da una prolusione barese, vecchia ormai di oltre vent' anni⁽¹⁾, e a questi scritti mi sia consentito di fare rinvio.

Ma fu anche un errore, cagionato dalle medesime ragioni, quello della germanistica tedesca, che avvertí come una lacerazione nello sviluppo spontaneo del diritto tedesco, la recezione: sia quella avvenuta a detta del Mitteis, imperando gli Svevi in connessione coi grandi eventi del formarsi dei comuni cittadini, delle Crociate, delle riscoperta di Aristotele (che piú sinteticamente si indicano come Rinascenza del secolo XII), e sia quella che ha il suo sigillo nella legge imperiale del 1495 sul «Reichskammergericht» (Hauptrezeption); sia, infine, la terza, la cosiddetta *Nachrezeption* operata dal Savigny⁽²⁾, del quale sovente si è lamentata la scarsa fedeltà o l' infedeltà alla sua concezione del diritto come espressione dello spirito popolare. La verità è che l' evento, che va sotto il nome di rinascita del diritto romano, fu un grande evento europeo che s' inizia nel secolo XII e fa parte della nascita della cultura europea e del mutato rapporto del mondo medievale nei confronti dell' antichità. E se celebrò in Italia i suoi primi e maggiori trionfi trasse dal mutato clima culturale dell' Occidente i tratti suoi caratteristici e le ragioni del suo successo. Codesto evento consistè nella rielaborazione e nell' intendimento, che fu sovente, e non poteva non essere, fraintendimento, consapevole o inconsapevole, del *Corpus iuris* giustiniano, che il Mitteis ha definito argutamente una sorta, a sua volta, di recezione, un trapianto del diritto romano classico sul terreno dell' impero bizantino, consapevolmente adattato alla nuova realtà, mediante lo strumento delle interpolazioni. E quando dalla sfera della cultura, dove l' evento s' era celebrato, il diritto nuovo volle penetrare nella vita, il problema si pose con intensità diversa, ma medesimamente per l' Italia e per gli altri Paesi, nei quali esso era penetrato in forme e guise assai vari che non occorre qui ricordare; sicchè anche per l' Italia si può parlare di una recezione del diritto dotto nella vita delle città organizzate a comune, delle Signorie e degli Stati monarchici e feudali, che erano venuti svolgendo un loro originale ordinamento giuridico, secondo la particolare situazione storica di ciascuno. E codesta recezione avvenne, dove avvenne, in modi sempre diversi e con efficacia sempre diversa, ma mai senza la partecipazione degli uomini, che accettavano o respingevano il nuovo diritto e che aprivano un nuovo capitolo

1. Metodologia storica e storiografia giuridica, Bari, 1949. La prolusione fu pronunciata nel gennaio 1948.

2. Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 20-5.

dello svolgimento della loro vita associata. La Germania non si trovò in condizioni diverse dagli altri Paesi, anche se l'idea imperiale impedì di concepire il diritto romano come un diritto straniero e se, forse, rese più deboli le difese contro quella che poi fu malamente ritenuta una sorta di invasione. Non direi col Mitteis che la Germania non ebbe la forza di sopportare così grave peso, non fu in grado cioè di assimilare modificandolo il nuovo diritto⁽¹⁾.

La cultura tedesca era anch'essa cultura europea e si abbeverava alle medesime fonti, e aveva concorso e avrebbe concorso sempre di più allo svolgimento di questa cultura, parte essenziale e, nei suoi momenti alcionici, fondamentale di essa. La recezione, avvenuta, del resto, in un lungo periodo di tempo, non fu dunque un fatto che lacerò la vita storica del diritto tedesco, il suo organico svolgimento da un fantastico diritto originario comune dei popoli germanici, ma fu un arricchimento della sua vita spirituale, e fu anche opera sua, e non poteva aver luogo senza la sua partecipazione: ora positiva, ora negativa, sempre, in fondo, creatrice di nuova vita.

* * *

L'esame delle particolarità che è stato, come s'è visto tralasciato o appena accennato, può essere sostituito da alcune considerazioni conclusive, che serviranno anche a chiarire il senso di questo discorso. Lo studio del problema della «continuità» ci ha portato a vedere come lo svolgimento, concetto fondamentale della storia, la porti in sé in un rapporto dialettico. Ma anch'esso vive, come ogni altro concetto o idea storiografica, nell'individuale concreto. Occorre vederlo, cioè, in movimento volta per volta, se non si vuol correre il rischio di trasformarlo in un'astrazione. Sappiamo che la storia si svolge, ma compito dello storico è di cogliere questo svolgimento nei problemi concreti che spingono all'indagine. Occorre richiamare ancora una volta il concetto scoperto dal Droysen nel secolo scorso, e in questo elaborato e approfondito dallo storicismo italiano (Croce) e tedesco (Heussi, Ritter), giusta il quale non v'è storia senza problema. Chi non sappia porre la *historische Frage* o sfugga alla *Fragestellung* non dissigilla il libro chiuso della storia, non può aprire il discorso con le ombre del passato, ridar vita alla morte. Soltanto così, in connessione, cioè, coi singoli problemi storiografici troveranno il loro posto, cioè la

1. o. l. citati da ultimo.

loro giustificazione, le definizioni, le tendenze, i modi o addirittura le leggi di sopra rapidamente richiamate, sugli incontri di civiltà, sui trapassi da un'epoca all'altra perchè, così, lungi dall'essere arbitrarie generalizzazioni o elementi imposti dall'esterno al corso delle cose unanime essi saranno quello che sono, il modo particolare e concreto in cui, nelle circostanze date di tempo e di luogo, lo svolgimento storico si realizza nella pienezza della vita⁽¹⁾.

1. C a s s a n d r o, Storia e diritto cit., 57-62.