

zen. Wissenschaftsgeschichtlich am interessantesten ist noch die Einführung des Rechtsideals als Vergleichsmaßstab, ein Gedanke, der heute als Effizienz im comparative law and economics wiederkehrt. Dass daneben Radbruch die »Comparative Legal Culture« (die übrigens entgegen Schollers Ansicht im angloamerikanischen Recht als Begriff jedenfalls im Singular praktisch nicht vorkommt) erfunden habe, erscheint etwas hoch gegriffen: Darstellungen fremder Rechts-»Kultur«, ebenso wie die Idee des Zusammenhangs zwischen Kultur und Recht, gehen mindestens bis auf Montesquieu zurück. Der »Geist des englischen Rechts« selbst reiht sich so schließlich in eine Serie von Studien deutscher Emigranten (Pringsheim, Kantorowicz) zum englischen Recht ein, die die Begeisterung für das als so andersartig empfundene und offenbar so demokratische Recht des Gastlandes gerade im Ge-

gensatz zum Unrechtsstaat Nazideutschland erspüren lassen (und sicher auch deshalb im Nachkriegsdeutschland so populär wurden). Aber im Rückblick nimmt Radbruch doch im Überschwang die Selbstbeschreibung der englischen Juristen, etwa bezüglich der Abwehr des römischen Rechts, der intrinsischen Gerechtigkeit des common law, der Bedeutungslosigkeit von statutes im Vergleich zum Fallrecht, ein wenig zu sehr für bare Münze, und seine Essentialisierung eines englischen Volksgeistes ist jedenfalls aus heutiger Sicht problematisch. Dass Radbruchs rechtsvergleichende Schriften die Welt des Rechts letztlich weniger bewegt haben als seine Formel vom gesetzlichen Unrecht, ist daher vielleicht kein Zufall.

Ralf Michaels

Storia del diritto senza storici del diritto*

Sembra che lei lo senta. Gira la testa verso est, verso di lui, là dove il sole è appena spuntato nel cielo; e quando la macchina si muove, china leggermente la testa come in segno di riconoscenza. Oltre il ponte, la croce bianca della Svizzera. La luce del mattino brilla sul Reno ...

*Charlie era al sicuro. March alzò gli occhi verso il sole e seppe ... lo seppe con certezza assoluta***

L'atteggiamento tenuto dalla Svizzera e soprattutto dalla sua piazza finanziaria a partire dall'avvento del nazismo in Germania e durante la Seconda Guerra Mondiale è improvvisamente diventato oggetto, nel corso del 1996, di aspre polemiche internazionali e di attacchi provenienti da vari Paesi, in particolare dagli Stati Uniti

d'America. Non che non ci fossero state fino a quel momento voci critiche sia nella storiografia che negli ambienti politici in merito a questo tema, tuttavia – complice il velo anestetico che la Guerra fredda stendeva su tutto questo genere di discussioni – era fino ad allora mancato un vero e proprio dibattito interno sulla politica svizzera di quel periodo. La virulenza delle polemiche scatenate nel 1996 ha improvvisamente costretto le élites economiche e politiche elvetiche ad un salutare esame di coscienza, pur non esente da scomposte cadute di tono, che ha portato finalmente a riconoscere la legittimità delle pretese patrimoniali di moltissime vittime dirette ed indirette del nazismo, fino ad allora cinicamente

* Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg. Schlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, Zürich: Pendo 2002, 619 S., ISBN 3-85842-601-6

** Cit. da *Fatherland* di ROBERT HARRIS, trad. ital. a cura di ROBERTA RAMBELLI, 1992.

trascurate da importanti banche ed assicurazioni,¹ inducendo non da ultimo sostanziali miglioramenti dello stato delle conoscenze storiche in merito. Di queste nuove conoscenze troviamo ora nel volume qui recensito un'ottima sintesi. Esso rappresenta il punto d'arrivo di cinque anni di lavoro di una commissione di storici e di giuristi, messa in piedi alla fine del 1996 mediante un decreto urgente dell'Assemblea federale svizzera e più popolarmente chiamata, dal nome del suo presidente, *Commissione Bergier*. I lavori, iniziati nella prima metà del 1997, si sono formalmente conclusi il 19 dicembre 2001 ed il rapporto finale è stato ufficialmente presentato al pubblico il 22 marzo 2002, oltre che nella versione originale tedesca qui considerata, in traduzione francese, italiana ed inglese. Accanto alla sintesi finale la commissione ha pubblicato in varie tappe singoli studi monografici per un totale di 25 volumi orientati attorno ad alcuni grandi filoni di ricerca, fra cui si segnalano gli scambi internazionali, l'economia finanziaria, i trasferimenti di capitali, le imprese commerciali ed industriali, la politica degli stranieri e dell'asilo. L'impianto fondamentale della ricerca è di tipo storico, ma a suo corollario sono stati collocati diversi pareri giuridici, poi raccolti in due appositi volumi. Sul contenuto di questi due volumi non ci soffermiamo in questa sede, ma rimandiamo ad una specifica recensione in preparazione per la *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*. Quello che qui preme approfondire è invece un aspetto metodologico di fondo, interessante da prendere in esame anche alla luce delle riflessioni organizzate dalla presente rivista attorno al tema »Wozu Rechtsgeschichte?«. La storia del diritto, come disciplina specifica, è stata infatti decisamente trascurata nei lavori della Commissione Bergier. Michele Luminati in un articolo apparso il 6 ottobre 2001 sulla

Neue Zürcher Zeitung aveva già posto l'accento sulla questione, per cui è possibile riallacciarsi alle sue stimolanti riflessioni.

L'impressione che si ha nella lettura del rapporto finale è quella di un *accostamento* delle due discipline, quella storica e quella giuridica, senza che fra loro ci sia una vera e propria comunicazione. Ne emerge una dicotomia metodologica, che forse era inconsciamente presente nello stesso mandato politico, in cui non a caso si parla di ricerche storiche e giuridiche e non di ricerca *storico-giuridica*. L'assenza di questo approccio sorprende ancora di più se si pensa che proprio negli anni in cui lavorava la Commissione Bergier, non lontano dalla Svizzera, a Francoforte s. M., germinava un grande progetto del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, dedicato alla storia giuridica dei totalitarismi (»Das Europa der Diktatur, Wirtschaftskontrolle und Recht«) che avrebbe potuto dare molti stimoli ai lavori commissionali. Di argomenti tipici della storia del diritto ne emergono infatti molti nel rapporto conclusivo. Manca però quell'amalgama fra temi giuridici e temi storici che invece proprio l'approccio storico-giuridico avrebbe permesso, anche solo a partire dalla triviale constatazione che gli storici del diritto si confrontano quotidianamente con i temi affrontati sia dai giuristi che dagli storici e quindi hanno alcuni strumenti a disposizione che, ampliando la prospettiva, avrebbero permesso al lavoro di arricchirsi dal profilo metodologico. L'assenza della storia del diritto determina poi tutta una serie di conseguenze concrete a cui possiamo qui solo accennare. Una prima conseguenza è che i concetti giuridici in quanto tali, peraltro molto citati in tutto lo studio, appaiono più in una dimensione sincronica che diacronica. I concetti e gli istituti giuridici vengono certamente storicizzati e problematizzati in

1 Sui retroscena internazionali che hanno portato a questo radicale cambiamento di posizione cfr. adesso STUART E. EIZENSTAT, *Unvollkommene Gerechtigkeit. Der Streit um die Entschädigung der Opfer von Zwangsarbeit und Enteignung*, München: Bertelsmann 2003, ISBN 3-570-00680-8, preziosa testimonianza diretta di uno dei protagonisti delle trattative politico-giuridiche sugli inden-

nizzi alle vittime del lavoro coatto e degli espropri. Meno affidabile si rivela invece lo stesso libro per una ricostruzione storica della posizione della Svizzera durante la Seconda Guerra Mondiale, visto che praticamente non si confronta con i risultati emersi dai lavori della Commissione Bergier, la quale viene anzi dipinta con tratti francamente approssimativi e quasi caricaturali (cfr. in part. pp. 118 s.).

modo corretto, ma manca loro una messa a fuoco di lungo periodo. Così la dicotomia diritto pubblico/diritto privato si impone in maniera monolitica come se non fosse mai stata problematizzata criticamente dagli studiosi. Basti pensare alle importanti riflessioni di Pio Caroni in »Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung«, Basel, Frankfurt a.M 1988, 101-123. Per il coevo diritto italiano si parlava addirittura in termini di *pubblicizzazione del diritto privato*,² fenomeno cominciato ben prima del Ventennio fascista, di cui anche nell'ordinamento giuridico svizzero appaiono importanti esempi, che forse andrebbero studiati con categorie più differenziate che non la mera contrapposizione *continuità del diritto privatolcesure del diritto pubblico* (v. 407-439).

Una conseguenza ancora più problematica è l'utilizzazione di termini giuridici al di fuori del loro contesto originale. È il caso del termine *ordre public*, nato ed applicato in un settore ben demarcato, quello del diritto privato internazionale, che ciò nonostante viene estrapolato dal suo originale contesto facendolo erroneamente diventare una clausola generale di tutto l'ordinamento giuridico (v. ad es. 25, 547).

Non sempre accurato è anche il modo con cui vengono esposte le regole sull'onere della prova in ambito di acquisto in buona fede, considerato quanto prescritto già all'epoca all'art. 3 cpv. 1 unitamente all'art. 8 del Codice civile svizzero (v. 420). Inoltre vi sono numerosi spunti di riflessione che avrebbero potuto venire approfonditi anche mediante griglie interpretative tipiche della storia del diritto, come per esempio quella di *recezione* (si pensi allo squalido fenomeno, ben documentato nello studio, della adozione di categorie discriminatorie na-

zional-socialiste nell'ordinamento svizzero, v. ad es. 126, 339, 415, 524) e la dialettica fra *legge e prassi*, che in concreto ha fortunatamente permesso a molte vittime del nazismo di rifugiarsi in Svizzera³ nonostante le restrittivissime regole che esistevano in materia di asilo (107-180). Per non parlare dei molti campi inesplorati della storia giuridica svizzera contemporanea, che la Commissione ha potuto solo sfiorare, come la storia della avvocatura (403, 495, 549), del Tribunale federale (su cui sta ora lavorando Michele Luminati con un progetto dell'Università di Lucerna) o della giustizia militare (431).

Nel complesso il presente volume ed in generale tutti gli studi monografici della Commissione Bergier, di cui vanno sottolineati l'alto livello dei risultati e l'importanza delle interpretazioni, rappresentano per la storia giuridica un'occasione mancata di collaborazione interdisciplinare ma anche una pietra angolare con cui misurarsi, nella prospettiva di tutta una serie di possibili approfondimenti, in cui venga valorizzato l'originale approccio scientifico della nostra disciplina. Senza comunque dimenticare che tale approccio è stato trascurato anche per colpa nostra e per l'immagine che diamo agli altri storici quando ci chiudiamo in una miope storia dei dogmi, sradicata dalla pulsante realtà politica e sociale. Su questo dobbiamo certamente lavorare per giustificare l'originalità e l'utilità della storia giuridica non solo nel contesto delle facoltà giuridiche, in cui tradizionalmente la storia del diritto è inserita, ma anche in quelle storiche, in cui in fondo dovremmo trovare e cercare i nostri interlocutori più affini.

Roy Garré

2 Cfr. ad es. la recensione di CARLOTTA LATINI a »Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista«, a cura di ALDO MAZZACANE, Baden-Baden: Nomos 2002, in: FHI 29 luglio 2003, N. 11, www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/rezensionen/0307latini.htm (inges. am 18.12.03).

3 Anche grazie al coraggio civile di numerose persone che in Svizzera aiutarono i profughi a fuggire o li

ospitarono, contravvenendo alle leggi allora vigenti, e che ora vengono finalmente riabilitate con l'entrata in vigore, il primo gennaio 2004, della *Legge federale sull'annullamento delle sentenze penali pronunciate contro persone che, al tempo del nazional-socialismo, hanno aiutato i profughi*, del 20 giugno 2003, in Foglio federale 2003, 3965-3968. All'art. 1 cpv. 2 di questa legge

viene significativamente spiegato che »essa persegue l'annullamento di sentenze penali oggi ritenute una grave offesa al senso di giustizia«.