

Magistrato e autore di manuali di filosofia del diritto, D'Amico è stato attento osservatore della realtà giuridica americana e della tradizione ebraica. Tali riferimenti spiegano la tesi che sorregge questo testo, sorta di testamento spirituale le cui pagine lasciano trapelare la sensibilità dell'Autore dove temi giuridici e afflato etico sfumano l'uno nell'altro. D'Amico muove dall'assunto secondo cui si contrapporrebbero, lungo tutto il corso della storia, due antitetici metodi di "produzione del diritto" (p. 39), due differenti forme di "giuridicità". Nella prima, di tipo positivistico e ancor oggi dominante in Europa, il diritto è prodotto della deduzione da assiomi mediante l'assimilazione di ogni caso particolare a fattispecie predeterminate. In tal modo "la realtà è inglobata dalla logica" secondo un modello figlio del "razionalismo kantiano" e "per nulla diverso rispetto alla teologia medievale" (p. 40), posto il comun denominatore della "logica aristotelica" intesa come "negazione della prassi" (p. 38). L'altra forma di giuridicità è quella "empirica", o meglio pragmatica, che ha trovato contemporanea espressione nella Common Law in versione statunitense. Questa si contraddistingue per la "produttività normativa" dove il riferimento diretto ai principi costituzionali si accompagna a un procedimento di tipo casuistico permettendo una maggiore vicinanza "all'etica (pratica), alla giustizia sostanziale" (p. 46). Il diritto positivistico avrebbe dunque come radici quelle "cristallizzazioni concettuali" (p. 17) cresciute nel terreno del diritto giustiniano il quale, "escludendo tutti gli spazi consuetudinari" (p. 19), si è reso matrice di ogni "giuridicità dottrinale": dall'"autocrazia medievale" sino a quella che l'Autore considera l'ultima delle "mitologie del giuridicismo" (p. 28), l'Illuminismo. In quest'ultimo il "monopolio totale del legislativo sul diritto" (p. 43) non avrebbe fatto altro che perpetuare sotto altre bandiere la stessa *forma mentis* inquisitoria dove, con toni kafkiani, "finisce che la legge controlla se stessa" (p. 44). Diversamente, la Common Law, nella sua opposizione al "centralismo della chiesa e del diritto giustiniano", è considerata dall'Autore "né più né meno che la giurisprudenza romano-classica dello *ius gentium*" (p. 27). Qui il metodo produttivo (giuridicità) deriva dalla "*ratio decidendi*", dall'"*ars boni et aequi*" che, procedendo per "analogia funzionale operativa" (p. 21) garantisce che il caso particolare, nella sua unicità, possa ri-orientare lo stesso diritto. Affermazioni che richiamano la difesa operata da Vico, in chiave anticartesiana, della retorica (ripresa poi da Gadamer, in *Verità e metodo*) e che permettono a Giuseppe Cricenti, che firma la premessa, di "considerare la proposta di D'Amico come l'idea di una retorica nuova" ove si attribuisce "all'interprete il potere di creare la regola del caso" e si nega "che la soluzione possa risiedere in strutture fisse" (p. IX). Le due forme di giuridicità si presentano dunque come antitetici paradigmi teoretici nella misura in cui il Diritto positivistico si risolve in "razionalismo (lineare) incapace di cogliere la variabilità del reale" (p. 57) di contro a Common Law e *ius gentium* che, in virtù del procedimento casuistico, garantiscono l'apertura all'empiria, intesa nel suo mutevole divenire. E' a partire da tale carattere di apertura che l'Autore individuerà nell'ebraismo la matrice del suddetto modello pragmatico di giuridicità delineando così il *fil rouge* che condurrebbe dalla Torah sino alla Common Law. La traduzione dei Settanta del termine Torah con Legge (*Nomos*) aveva, come noto, storpiato il carattere vitale, e per l'autore genuinamente giuridico, dell'ebraismo, riducendolo a sterile legalismo e mero attaccamento alla lettera. Viceversa la ripresa in D'Amico della traduzione di Torah con Insegnamento è propedeutica a individuare la peculiarità di una giuridicità aperta alla casistica. La Torah è Insegnamento e non Legge poiché l'Ebraismo è Giurisprudenza e non Diritto dove in questa opposizione ritroveremo

l'antiteticità tra un "razionalismo ragionevole" in grado di rispondere alle sollecitazioni del reale e un razionalismo dogmatico che produce "intorbidamento del chiarore visivo" (p. 60). La Torah si presenta non già come assioma da cui *dedurre* norme (Diritto, dogma) bensì come fonte a partire dalla quale *produrre* norme (Giurisprudenza, pragma). Qui lo iato tra legalismo e *halakhà* e qui l'analogia tra ebraismo e "costituzionalismo elastico" di stampo americano. Di più: come la Torah presenta, in virtù della sua produttività giuridica, un orientamento teoretico "relativo" e "orizzontale, elastico" (p.11) così il movimento del Legal Realism, che ha informato il modello americano della Common Law, è sorto in connubio con il Pragmatismo, confermando l'intrinseco legame tra modello giuridico e teoretico. Al Legal Realism l'autore dedica particolare attenzione vedendovi la declinazione ultima di quell'"ebraismo non dogmatico" a cui ascrivere non solo farisei e Gesù "il rabbi" ma anche il protestantesimo e lo spirito liberale più in generale. L'immagine dell'ebraismo si dilata così ben oltre i suoi confini. E' del resto lo stesso autore a suggerire che lo *ius gentium* potrebbe connotare un modello "comune a tutti i popoli del mediterraneo (...) nell'era del mercantilismo" (p. 21). Orizzonte liberale, legato alle esigenze di scambio, in seguito spostatosi nel Nord Europa per poi approdare oltre oceano. Pure il monoteismo ebraico, matrice della giuridicità pragmatica, non è sorto nel contesto dello scambio commerciale del bacino mediterraneo bensì in quello dell'economia pastorizia e del semi nomadismo, nella migrazione dalla casa paterna (Ur), dalla Casa di Schiavitù (Egitto), alla Terra del Patto. Nello spostamento geografico, nella necessità di orientarsi nello spazio, l'Autore scorge le condizioni per il sorgere della lettura teleologica della temporalità: nella misura in cui la migrazione si fa Esodo la costante variabilità del reale viene letta secondo i principi dell'Alleanza. Contro "ogni cristallizzazione dogmatica (...) il Dio ebraico (...) si svela gradualmente nella storia umana" (p. 12) presentandosi come *conditio* di una giurisprudenza in divenire. La "Storia", termine con cui D'Amico rimanda al reale, lungi dall'essere schiacciata sotto il peso del dogma, è invero occasione per la progressiva declinazione di quegli stessi principi incisi nelle Tavole dell'Alleanza. La stabilità del Patto non si dà dunque nonostante la variabilità temporale, bensì in virtù di quest'ultima poiché è "un tutto affidato e non imposto" (p. 21) la cui realizzazione è responsabilità rinnovata in ogni generazione. Rinnovamento, produzione giuridica, che avviene sulla falsariga di quegli stessi principi di Equity, Ortopraxia, Case Method e Distinguishing che caratterizzano il Legal Realism e che furono ripresi dal movimento dei critici (*Critical Legal Studies*). L'apertura alla realtà sociale propria del Legal Realism, a cui in Italia fu sensibile Renato Treves, venne radicalizzata da questo movimento che vide in ogni procedura giuridica l'occasione per un costante rinnovamento delle istituzioni. Il diretto riferimento alla Costituzione e il criterio di interpretabilità, già centrali nel Legal Realism, divenivano così strumenti atti a garantire la superiorità dei principi di giustizia (costituzionalismo) e delle mutevoli esigenze contestuali (*pragmata*) rispetto alla pura forma (dogma). Il costituzionalismo elastico e l'ebraismo non dogmatico, all'interno del quale l'autore fa rientrare il cristianesimo non ecclesiale, si presentano così come "libera giurisprudenza", "sicuro argine verso ogni (...) assolutismo" (p. 23) ovvero alternativa a quella "autoconsiderazione umana" che, sul modello della *hybris* di Babele, rifiuta ogni "verità esterna, diversa e non aderente" a se stessi (p. 14). All'*hybris* del *nomos*, all'"autoconsiderazione delle formule", risponde la produttività normativa che ha mostrato, nel modello del "costituzionalismo federativo" americano, pur con i suoi difetti, di saper rispondere alle esigenze del mondo globalizzato.

Cosimo Nicolini Coen