

La figura del juez en Ludovico Muratori

Miguel Fernández Núñez

Esta relación analiza *De los defectos de la jurisprudencia* de Ludovico Muratori e incide en concreto en algunos aspectos de la figura del juez esbozada en este tratado. Muratori, a pesar de que en las formas se muestra anclado en el pensamiento de su tiempo, en el contenido se revela profundamente moderno.

Pero antes de abordar dicha cuestión, conviene dedicar algunas palabras a presentar al autor y al propósito que le guía en la redacción de *De los defectos de la jurisprudencia*. Fue grande el éxito editorial y la influencia de esta obra en el proyecto codificador (empezando por la legislación toscana inmediatamente posterior y por el Código estense de 1771). Si hoy en día el autor no goza del prestigio que, por ejemplo, se reserva a Beccaria, en el siglo XVIII fue una de las figuras más significativas de la recepción de la cultura italiana en España (Froldi, 1992, 9). La presente relación, aunque breve, persigue el fin de proponer de nuevo a un clásico que resulta ajeno al lector no italiano. Un clásico, por otro lado, que señala no pocas faltas que todavía hoy siguen asediando a la jurisdicción.

1.1. El autor y la obra.

El eclesiástico modenés Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) deja obras de relevancia en distintos ámbitos: historiografía, archivística, literatura, teología, filosofía y derecho. En el campo jurídico, destacan dos tratados: *De Codice Carolino*, escrito en 1726, y *De los defectos*, aparecido en Venecia en 1742.

En la primera obra apela al emperador Carlos VI de Habsburgo con el fin de reducir el “bosque” legislativo y jurisprudencial que se había creado en los largos siglos de *ius commune* y fundar el orden jurídico sobre un sistema racional y práctico. Este “gesto de guibelino” (Venturi, 1969, 161) que podía ser desoído por los distintos príncipes italianos en el caso de que estos hubiesen esgrimido sus privilegios frente al código único (ibid., 162), es truncado definitivamente por la muerte de Carlos VI, en 1740; atañe ahora a los diferentes monarcas italianos la empresa que no llegó a realizar el emperador.

En la segunda obra el propósito es idéntico: por una parte, erradicar del sistema judicial aquellos vicios que lo horadan, examinando los “defectos escondidos, las falacias, los desaires de la Señora Jurisprudencia” (Muratori, 1743, 10); por la otra, en cambio, proponer como modesto remedio, una

compilación de leyes que ponga fin a las excesivas y oscuras reglas legislativas y judiciales y ofrezca una resolución racional a los litigios, limitando su cantidad y restringiendo la discrecionalidad del juez, para encaminarla hacia la búsqueda de la verdad procesal.

1.2. De los defectos de la jurisprudencia. Los defectos y sus remedios.

Como premisa para comprender la visión del juez de Muratori resulta pertinente examinar la construcción teórica en que esta se asienta: la presencia de graves defectos en la práctica judicial y sus posibles remedios.

En primer lugar, se presenta una clasificación general entre defectos intrínsecos y extrínsecos, siendo los primeros aquellos cuya supresión parece inviable y los segundos aquellos cuya solución parece no solo realizable sino deseable (ibid., 18 y ss). No obstante, parece que el propio autor brinda soluciones válidas también para los defectos intrínsecos, aunque la falta de orden en su exposición no ofrece un tratamiento sistemático. Seguidamente se recogen los defectos más relevantes, sin distinción entre el carácter intrínseco o extrínseco.

Muratori estima que el peor de los males de la práctica judicial es la gran cantidad de opiniones doctrinales en direcciones opuestas y en apariencia igualmente defendibles, surgidas del “ingenio” de los abogados (ibid., 60). Estos “alambican” la ley a su antojo, generando doctrina que es antepuesta a las leyes mismas. Las razones de la argumentación de los abogados influyen persuasivamente en el juez de manera decisiva, lo que produce una gran incertidumbre jurídica. De este modo, no es la “ciencia, sino la opinión la que decide” los casos (ibid., 25). El hecho de que cualquier posición pueda ser defendida y que toda opinión sea probable, desoyendo incluso el texto legal, conduce a una arbitrariedad judicial general (ibid., 106).¹ “Mísera, por tanto, la condición de quien debe litigar” porque para él “es un azar la sentencia” (ibid., 60).

El modenés propone la resolución de los casos a la ley y a la interpretación auténtica, desconfiando de la judicial; a través de la primera busca limitar el efecto de distorsión de la “variedad de las cabezas humanas”, reduciendo los poderes discrecionales de los jueces (ibid., 85). Aunque mediante conjeturas donde poco hay que no sea controvertido (ibid., 62), en las materias jurídicas se puede y, de hecho, se debe buscar la verdad. Así, el caos de las opiniones se puede reducir (ibid., 8) y la oscuridad lingüística de las leyes puede verse limitada (ibid., 19). Otro problema es el de la “variedad de los casos contingentes” (ibid., 107); los casos que pueden presentarse al juez son infinitos pero se puede elaborar un catálogo de las tipologías más importantes y frecuentes (ibid., 107-110), un catálogo de los casos que presente claramente los

¹ Estas son las palabras de Muratori (Muratori, 1743, 32): “Lo peor es que con ello se ha abierto un gran campo a los jueces, caso de que tengan cierta disposición y amistad u odio u otras pasiones que quieran ser atendidas, para decidir las causas a favor de quien les cae en gracia”.

antecedentes y que pongan de manifiesto la voluntad del legislador, pero no las razones de las normas (ibid., 19).

1.3. ¿Razón laica bajo atavíos religiosos?

De los defectos de la jurisprudencia está dedicado al Papa: en él ve Muratori al paradigma de príncipe reformador, en la medida en que concentra poder temporal y autoridad en un sentido más vinculante.²

Benedicto XIV es considerado por Muratori como “especialmente despojado de todo humano interés propio, y solamente dirigido a proveer al bien público” (ibid., 4). El autor alude a quienes son contrarios a reformar los abusos de la función judicial, y los cita “al tribunal de la tan avisada [...] mente” del Pontífice para “verlos condenados al momento como personas enemigas del bien público, por ser demasiado amigas de lo útil propio” (ibid., 6).³ Es interesante no solo la alusión paradigmática al Papa como primero entre los príncipes italianos reformadores –un “ejemplo tan luminoso”(ibid.)– sino también como paradigma de conocimiento y voluntad de perseguir el bien común; si concurren saber y voluntad, sostiene Muratori, nadie podrá oponerse a esta necesaria reforma de la jurisdicción.⁴ A través de un buen conocimiento teórico, será posible reformar una práctica vilipendiada.

Conviene advertir una cosa más: en Muratori es notable la asociación (en otras ocasiones se trata de una auténtica tensión, como en las polémicas contra Galileo) entre religión y ciencia y autoridad y razón. Para el modenés ha sido concebida la categoría de “pre-ilustración” –“*pre-illumino*”– (Falco, 1957, 41), apta para aquellos pensadores en los cuales resulta patente la voluntad de reforma pero, pese a ello, permanecen en el marco y en la tradición de pensamiento de su tiempo, tanto en las intenciones prácticas como en las categorías taxonómicas y epistemológicas. Además, no deja de ser un autor cristiano y las cuestiones últimas que son suscitadas por los debates que afronta son de naturaleza moral y, por ende, religiosa; lo que no quiere decir, naturalmente, que no se pueda dar una lectura moderna que prescindiera de simples “etiquetas” religiosas.⁵ Dicho esto, las dos

2 Indicativo de la dúplice función de autoridad política y moral es la referencia a la “mano superior de los soberanos, pero especialmente de quien tiene la autoridad de dirigir a las conciencias” (ibid., 221).

3 No deben pasar desapercibidos los lugares más o menos figurados que aparecen en esta cita: en primer lugar, la metáfora del tribunal de la mente del Pontífice, tan cercana al *Tribunal de la conciencia* de Kant como personificación de la Ética y tan alejada de la idea de regulación de las conciencias que adquiere la misma expresión como epíteto del tribunal de la Inquisición, a partir de la definición inicial de Campanella (Prosperi, 2009, XII); en segundo lugar, el recurso a la idea de bien común, a la utilidad que guía toda técnica, en oposición tajante al útil particular. Para una discusión sobre lo útil en Muratori, *vid.* Continisio, 1999, 16 y ss.

4 “¿Quién no ve que este es un gran desorden en la República? Y viéndolo ¿quién no debe desear su remedio, si este es posible? (ibid., 53).

5 Véase, por ejemplo, Habermas para un intento semejante de integración del discurso cristiano en el discurso público laico mediante el empleo de conceptos religiosos, con el consiguiente deslizamiento de significado (Vázquez, 2009, 101-110 en Atienza, 2014, 354).

dimensiones permanecen netamente diferenciadas en la visión del modenés, desde el momento en que empieza su obra afirmando que la clásica definición de Ulpiano de la jurisprudencia como “conocimiento de las cosas divinas y humanas” es un “disparate estrepitoso” para “querer hacernos reír” (ibid., 8). Al lector moderno los elementos religiosos del modenés le resultan obsoletos, porque reflejan cuestiones ajenas a los términos del debate actual, o bien redundantes, lo que quiere decir que, a pesar de no aportar nuevas ideas a la discusión vigente y de que su apariencia parezca inadecuada, el contenido es marcadamente moderno.

Pero pasemos a examinar la imagen del juez de Muratori, que es tal vez uno de los rasgos más sugestivos de su obra y con más aristas.

2. Modelo y contramodelo de juez.

Muratori elabora una serie de rasgos que caracterizan el ideal de juez. Si bien el autor dice encontrar estas visiones en las Escrituras (ibid., 65), su contribución es profundamente original y acabada. Esta puede ser examinada a través de tres características de relevancia deontológico-axiológica.

2.1. Temor de Dios.

El juez es definido como “persona de buena conciencia”, que no se deja arrastrar por ninguna pasión e inclinación, por la ambición o por honores de carrera; de otro modo, “seguirá a quien quiera enaltecerlo” (ibid., 66-67). El “juez temeroso” está comprometido solo con su propia conciencia y recorre su camino, sin ceder a la llamada de pasiones u otros fines. Si así se comporta, el juez “puede que se equivoque alguna vez al dictar una sentencia, pero sin que por ello se resienta su conciencia” (ibid., 67).

2.2. Amor a la verdad.

Tal compromiso con la propia conciencia al que se acaba de aludir es indisoluble del empeño en la búsqueda de la verdad “en los hechos controvertidos” (ibid.) que conforma el contenido del esfuerzo del juez. Su actuación debe dirigirse siempre a buscar lo justo y lo verdadero, bien que esquivos y oscuros. Seguir la argumentación del abogado –que tiene por objetivo la victoria de su cliente– lleva a oscurecer una materia poco clara de por sí y alejar al juez de los fines que debería perseguir. Actualmente se diría que maximizar los intereses de los clientes es la razón *operativa* de los abogados (Atienza, 2014, 282) mientras que en el caso de la decisión judicial –cuya motivación

es de índole práctico-justificatoria– tal razón está siempre constituida por una norma del ordenamiento; los fines de uno y de otro proceden por caminos bien distintos y por ello distintos son sus resultados.

El carácter cognoscitivo de la actividad judicial y la relevancia jurídica y ética de la búsqueda de la verdad son aspectos notorios a lo largo de las páginas de Muratori.

Merece ser señalado que la búsqueda de la verdad es identificada con la *prudencia*, valor de la ética de Aristóteles (*phronesis*),⁶ y retomada por el Concilio di Trento como ideal de la actuación del príncipe. Para Muratori la prudencia –como control de las pasiones– constituye el principal vínculo político y social (Continisio, 1999, 11).⁷ No parece que Muratori abandone el aristotelismo (la ruta marcada por la *Ética a Nicómaco*, 1144a 20 y ss) cuando en los *Defectos* identifica la prudencia ora como criterio epistemológico-interpretativo,⁸ ora como discrecionalidad entendida en un sentido moderno de responsabilidad y consciencia.⁹

2.3. *Desinterés.*

Las denominaciones de *desinterés* e *indiferencia* recogen las modernas nociones de imparcialidad, neutralidad frente a las partes e independencia judicial, que son condiciones necesarias para una actividad cognoscitiva sólida (*vid.* Andrés Ibáñez, 2015, 222).

Bajo esta perspectiva, el juez es presentado como necesariamente ajeno a las partes procesales y a sus intereses y, en este sentido, se evoca el uso medieval de hacer intervenir a jueces foráneos. Pero no basta con que el juez se encuentre libre de interés, no tiene que tener ninguna inclinación hacia las partes o hacia el objeto del proceso, esto es, debe ser indiferente.

Resulta arduo para cualquiera “penetrar en las fibras de nuestros distintos afectos” (Muratori, *ibid.*, 116), pero el juez está obligado a ello por el papel fundamental que desempeña. En esta dirección, la motivación de las sentencias –un aspecto a menudo ignorado e incomprendido en su época– constituye un paso crucial en la medida en que constituye un informe justificado de las razones aducidas; motivar “no es menos útil a la conciencia del juez, que a la necesidad de los litigantes” (*ibid.*, 136). El modelo opuesto es definido “juez que huye del esfuerzo”: aquel que no examina atentamente las precisas circunstancias que concurren en el caso (*ibid.*, 137).

6 El modenés retoma asimismo del Estagirita el ideal ético del *justo medio*, subrayando que la *verdad* no se encuentra en los extremos (ya sea el exceso -el rigor- o el defecto -el probabilismo-).

7 Así, respecto de los pontífices considera Muratori que “a su autoridad se halla unida la prudencia, reina de las virtudes y guía del buen gobierno” (*ibid.*, 17).

8 Por ejemplo (*ibid.*, 77): “atañe a la prudencia explicar las leyes de la forma más conveniente”; bajo esta luz, también el legislador dispone de una prudencia semejante (*ibid.*, 223). Esta noción de prudencia es asimilada a lo que el autor define “juicio científico”, en contraposición al “juicio práctico” (*ibid.*, 69).

9 Es la prudencia (y no el arbitrio como se sostenía, pues este no excluye la arbitrariedad) la que establece las diligencias, dilaciones, salarios, etc. (*ibid.*, 134). También respecto del deber de abstención frente a la falta de independencia, a las tentaciones de los poderosos “debe la prudencia buscar las fórmulas más convenientes para excusarse y sustraerse a ese juicio” (*ibid.*, 123).

Al preguntarse cuáles son las pasiones que pueden “hechizar” al corazón del juez, Muratori identifica cuatro: *Amor, odio, esperanza y temor*.

Amor y odio son entendidos como inclinación favorable y desfavorable respecto de las partes o de sus abogados, como parcialidad o falta de neutralidad.

La esperanza es una expectativa que el juez alberga acerca de la suerte del proceso. No alude Muratori a aquellos que ansían regalos pues estos no administran la justicia sino simplemente la venden (ibid., 119): consiste en algo muy tenue, inadvertido, una utilidad que puede obtener el juez de su propia sentencia, en el convencimiento de que “juzga a su favor quien juzga a favor del amigo” (ibid., 120).

El temor concierne a la moderna independencia entendida como presupuesto para la acción judicial exenta de la coartación política: “temor de disgustar al Príncipe, al poderoso, a una persona de la que se han recibido beneficios” (ibid.). Recuerda el autor que Carlomagno presidía los juicios de los poderosos para evitar la posibilidad de prevaricación (ibid., 120-121). “El juez político” buscará opiniones favorables al poderoso o se apresurará con su causa, a daño de los demás (ibid., 121).

Muratori considera que un detallado examen de conciencia resulta necesario en el juez antes de empezar el proceso para cerciorarse de no ser propenso a una parte frente a otra. La inclinación a que se alude es algo muy sutil, cercano a la insinuación: no se trata de un simple examen de ausencia de interés del juzgador sino un “prevenirle de sí mismo” (Andrés Ibáñez, ibid., 213), a través de un examen puro de los hechos que lleva al juez a confrontarse a su propia conciencia jurídica.

Si, como se ha dicho, “la crítica de Muratori a la ciencia jurídica del siglo XVIII [está] hoy perfectamente vigente” (Ruiz Miguel, 2009, 271), esto parece especialmente cierto en una cuestión tan delicada como es la conciencia que el juez tiene de sí mismo y de su relación con el objeto del proceso.

3. *Nota bibliográfica.*

- Andrés Ibáñez, Perfecto (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel (2014). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Continisio, Chiara (1999). *Il governo delle passioni: prudenza, giustizia e carità nel pensiero politico di Lodovico Antonio Muratori*. Florencia: L.S.Olschki.
- Falco, Giorgio (1957). “Lodovico Antonio Muratori e il preilluminismo” en Fubini, Mario (ed.) *La cultura illuministica in Italia*. Turín: Radio Italiana.

- Frolidi, Rinaldo (1992). “Ludovico Antonio Muratori nella cultura spagnola” en *Italia e Spagna nella cultura del'700 : Convegno Internazionale, Roma 3-5 dicembre 1990*. Roma: Academia Nazionale dei Lincei, pp. 19-32. Disponible en línea: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcj38p9>
- Muratori, Lodovico Antonio (1743). *Dei difetti della giurisprudenza. Trattato di Lodovico Antonio Muratori, bibliotecario del Sereniss. Sig. Duca di Modena, dedicato alla Santità di Benedetto XIV P.M.* Venecia: Giambatista Pasquali. Disponible en línea: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000117156&page=1>
- Prospero, Adriano (2009). *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*. Turín: Einaudi.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Vázquez, Rodolfo (2009). *Las fronteras morales del derecho*. México: Fontamara.
- Venturi, Franco (1969). *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*. Turín: Einaudi.

La figura del giudice in Ludovico Muratori

Miguel Fernández Núñez

Questa relazione prende in esame *Dei difetti della giurisprudenza* di Ludovico Muratori, e si sofferma in particolare su alcuni aspetti della figura del giudice delineata in questo trattato. Muratori, anche se nelle forme si mostra ancorato al pensiero del suo tempo, nel contenuto si rivela profondamente moderno.

Ma prima ancora di trattare tale questione, conviene dedicare alcune parole a presentare l'autore e il proposito che lo guida nella redazione del *Dei difetti della giurisprudenza*. Fu grande la fortuna editoriale e l'influsso di quest'opera sul progetto codificatore (a cominciare dalla legislazione toscana immediatamente posteriore e dal Codice estense del 1771). Se oggi l'autore non gode del prestigio che, per esempio, è riservato invece a Beccaria, nel Settecento fu una delle figure più significative della ricezione della cultura italiana in Spagna (Froldi, 1992, 19). La presente relazione, per quanto breve, ha come fine riportar alla luce un classico che risulta estraneo al lettore non italiano. Un classico, d'altronde, che mostra non poche pecche che ancora oggi pervadono la giurisprudenza.

1.1. L'autore e l'opera.

L'ecclesiastico modenese Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) lasciò delle opere di rilievo in diversi ambiti: storiografia, archivistica, letteratura, teologia, filosofia e diritto. Nel campo giuridico, spiccano due trattati: *De Codice Carolino*, scritto nel 1726, e *Dei difetti*, apparso a Venezia, nel 1742.

Nella prima opera fa appello all'imperatore Carlo VI d'Absburgo con il fine di sfoltire il “bosco” legislativo e giurisprudenziale creatosi nei lunghi secoli di *ius commune* e fondare l'ordine giuridico su un sistema razionale e pratico. Questo “gesto da ghibellino” (Venturi, 1969, 161) che poteva venir disatteso dai vari principi italiani, nel caso avessero fatto valere i propri privilegi rispetto al codice unico (ibid., 162), viene totalmente frustrato dalla morte di Carlo VI, nel 1740; resta ai diversi monarchi italiani l'impresa inadempita dall'imperatore.

Ma nella seconda opera l'intenzione rimane la stessa: da una parte, emendare il sistema giudiziario di quei vizi che la lacerano, esaminando “le magagne, le fallacie, gli sgarbi della Signora Giurisprudenza” (Muratori, 1743, 10), dall'altra invece, proporre come modesto rimedio una compilazione di leggi che ponga fine alle eccessive e oscure regole legislative e giudiziarie e dia

una risoluzione razionale alle liti, limitandone la quantità e restringendo la discrezionalità del giudice, per indirizzarla verso la ricerca del vero processuale.

1.2. Dei difetti della giurisprudenza. I difetti e i loro rimedi.

Come premessa per comprendere la visione del giudice in Muratori risulta pertinente esaminare la costruzione teorica che la sorregge: la presenza di gravi difetti nella pratica giudiziaria e i possibili rimedi.

In primo luogo, si presenta una generale classificazione in difetti intrinseci ed estrinseci. La soppressione dei primi non è realizzabile, mentre quella dei secondi non solo appare possibile ma augurabile (ibid., 18 e ss). Ciò nonostante, sembra che lo stesso autore presenti delle soluzioni valide anche per i difetti intrinseci, anche se la mancanza di ordine nell'esposizione provoca un trattamento poco sistematico. In seguito si riportano i difetti più rilevanti, senza distinzione tra il carattere intrinseco o estrinseco.

Muratori ritiene che il peggiore dei mali della pratica giudiziaria sia la gran quantità di opinioni dottrinali in direzioni opposte seppure, in apparenza, ugualmente difendibili, sorte dall'“ingegno” degli avvocati (ibid., 60). Questi “lambiccano” la legge a loro piacimento, generando dottrina che viene anteposta alle leggi stesse, che in ogni processo vengono messe “sulle bilance” (ibid., 49). Le ragioni dell'argomentazione degli avvocati influenzano persuasivamente il giudice in maniera decisiva, il che genera una grande incertezza giuridica. In questo modo, non è la “scienza, ma l'opinione che decide” i casi (ibid., 25). Il fatto che ogni posizione possa essere difesa ed ogni opinione sia probabile, disattendendo pure il testo legale, porta ad una generale arbitrarità giudiziaria (ibid., 106).¹⁰ “Misera dunque la condizione di chi deve litigare” perché per lui è “un azzardo la sentenza” (ibid., 60).

Il modenese propone la risoluzione dei casi alla legge e all'interpretazione autentica, diffidando da quella giudiziaria; tramite la prima vuole limitare l'effetto di distorsione della “varietà delle teste umane”, riducendo i poteri discrezionali dei giudici (ibid., 85). Seppur attraverso congetture dove poco c'è di non controverso (ibid., 62), nelle materie giuridiche si può e, anzi, si deve cercare la verità. Così, il caos delle opinioni si può ridurre (ibid., 8) e l'oscurità linguistica delle leggi può sempre venir limitata (ibid., 19). Un altro problema è quello della “varietà dei casi contingenti” (ibid., 107); i casi che possono presentarsi al giudice sono infiniti ma si può elaborare un catalogo delle tipologie dei casi più importanti e ricorrenti (ibid., 107-110), un catalogo che presenti chiaramente le fattispecie che lascino trasparire la volontà del legislatore, ma non le ragioni delle

¹⁰ Queste le parole di Muratori (ibid., 32): “ Il peggio è che con ciò s'è aperto un bel campo ai giudici, qualor ne venga loro talento, e l'amicizia, o l' odio, o altre passioni vogliano essere esaudite , di decidere le cause in favore di chi è più loro in grado”.

norme (ibid., 19).

1.3. Ragione laica sotto veste religiosa?

Dei difetti della giurisprudenza è dedicato al Papa: in lui vede Muratori un paradigma di principe riformatore, in quanto accomuna potere temporale e autorità in un senso più stringente.¹¹

Benedetto XIV viene ritenuto da Muratori come “specialmente spogliato d'ogni umano interesse proprio, e solamente rivolto a procurare il pubblico bene” (ibid., 4). L'autore allude a quanti sono contrari a riformare gli abusi della funzione giudiziaria, e li cita “al tribunale della sì avveduta [...] mente” del Pontefice per “vederli tosto condannati come persone nemiche del pubblico bene, perché troppo amiche dell'utile proprio” (ibid., 6).¹² È interessante non solo l'allusione paradigmatica al Papa come primo tra i principi italiani riformatori –un “esempio sì luminoso”(ibid.)– ma anche come paradigma di sapienza e di volontà di perseguire il bene comune; se c'è conoscenza e volontà, sostiene Muratori, nessuno potrà opporsi a questa necessaria riforma della giurisdizione.¹³ Tramite una buona conoscenza teorica, si avrà modo di riformare una pratica vituperata.

Bisogna avvertire ancora una cosa: in Muratori è notevole la comunanza (altre volte sarà una vera e propria tensione, come nelle polemiche antigalileiane) tra religione e scienza ed autorità e ragione. Per il modenese è stata escogitata la categoria di “pre-illuminismo” (Falco, 1957, 41) atta a definire dei pensatori in cui è palese la volontà di riforma ma che restano pur sempre nella cornice e nella tradizione di pensiero del loro tempo, tanto negli intenti pratici come nelle categorie tassonomiche ed epistemologiche. Peraltro, resta un autore cristiano e le questioni ultime che vengono sollevate nei suoi dibattiti sono di natura morale e, quindi, religiosa; il che non vuol certo dire che non se ne possa dare una lettura moderna che prescindendo da semplici “etichette” religiose.¹⁴ Nondimeno, le due dimensioni restano pure nettamente distinguibili nella visione del modenese, dal momento che comincia la sua opera con l'affermare che la classica definizione di Ulpiano della giurisprudenza come “conoscenza delle cose divine ed umane” è una “strepitosa sparata” per “volerci far ridere” (ibid., 8). Al lettore moderno gli elementi religiosi del modenese appaiono obsoleti, perché

11 Indicativo della duplice funzione di autorità politica e morale è il riferimento alla “mano superiore dei sovrani, ma specialmente di chi ha l'autorità di dirigere le coscienze” (Muratori, 1743, 221).

12 Non sono da trascurare i luoghi più o meno figurati che compaiono in questa citazione: in primo luogo, la metafora del tribunale della mente del Pontefice, così vicina al *Tribunale della coscienza* di Kant come personificazione dell'Etica e così lontana dall'idea di disciplinamento delle coscienze che prende la stessa espressione come epiteto del tribunale dell'Inquisizione, a partire dalla definizione iniziale di Campanella (Prosperi, 2009, XII); in secondo luogo, il ricorso all'idea di bene comune, all'utile che guida ogni tecnica, in opposizione schietta all'utile privato. Per una discussione sull'utile in Muratori, *vid.* Continisio, 1999, 16 e ss.

13 “Chi nol vede, che questo è un grande disordine nella Repubblica? E vedendolo, chi non ne deve desiderare il rimedio, se pur questo è possibile?” (ibid., 53).

14 Si veda per esempio Habermas per un tentativo simile di integrazione del discorso cristiano nel discorso pubblico laico attraverso l'impiego di concetti religiosi, con il conseguente slittamento di significato (Vázquez, 2009, 101-110 in Atienza, 2014, 354).

rispecchiano questioni fuori dai termini dell'attuale dibattito, oppure ridondanti, il che vuol dire che, anche se non aggiungono nuove idee alla discussione odierna e la loro veste appare inadeguata, il contenuto è fortemente moderno.

Ma veniamo ad esaminare l'immagine del giudice di Muratori, che è forse uno degli aspetti più suggestivi della sua opera e tra i più spigolosi.

2. Modello e contromodello di giudice.

Muratori elabora una serie di tratti che caratterizzano l'ideale di giudice. Anche se l'autore dice di ritrovare queste visioni nelle Scritture (ibid., 65), il suo contributo è profondamente originale e compiuto. Questo può essere esaminato tramite tre caratteristiche di rilievo deontologico-axiologico.

2.1. Timore di Dio.

Il giudice viene definito come “persona di buona coscienza”, che non si lascia coinvolgere da nessuna passione e inclinazione, dall'ambizione o da onori di carriera; altrimenti “seguirà chi vorrà innalzarlo” (ibid., 66-67). Il “giudice temeroso” è compromesso soltanto con la propria coscienza e percorre il suo cammino, senza cedere al richiamo di passioni od altri fini. Se così agisce, il giudice “fallerà forse talora in dare una sentenza, ma senza che se n'abbia a risentire la di lui coscienza”(67).

2.2. Amore della verità.

Tale compromesso con la propria coscienza appena accennato è indisolubile dall'impegno nella ricerca del vero “nei fatti controversi” (ibid.) che conforma il contenuto dello sforzo del giudice. L'attuazione di questi deve volgersi sempre alla ricerca del giusto e del vero, se pure sfuggenti e oscuri. Seguire l'argomentazione dell'avvocato –che ha per fine la vittoria del proprio cliente– vuol dire rendere più oscura una materia già di per sé poco chiara e distogliere il giudice dai fini che dovrebbe perseguire. Attualmente si direbbe che il massimizzare gli interessi dei clienti è la ragione *operativa* degli avvocati (Atienza, 2014, 282) mentre nel caso della decisione giudiziaria –la cui motivazione è pratico-giustificativa– tale ragione è sempre costituita da una norma dell'ordinamento; i fini dell'uno e dell'altro procedono per vie ben diverse e quindi diversi sono i loro risultati.

Il carattere conoscitivo dell'attività giudiziaria e la rilevanza giuridica ed etica della ricerca del

vero sono aspetti fortemente presenti lungo le pagine di Muratori.

Merita di essere segnalato che la ricerca della verità viene identificata con la *prudenza* (*phronesis*),¹⁵ e ripresa dal Concilio di Trento come ideale dell'agire del principe. Per Muratori la prudenza –in quanto controllo delle passioni– costituisce il principale vincolo politico e sociale (Continisio, 1999, 11).¹⁶ Non sembra Muratori uscire dall'aristotelismo (dal cammino tracciato dall'*Etica Nicomachea*, 1144a 20 e ss) nell'identificare la prudenza ora come criterio epistemologico-interpretativo,¹⁷ ora come discrezionalità modernamente intesa come responsabilità e consapevolezza.¹⁸

2.3. *Disinteresse.*

Le denominazioni di *disinteresse* ed *indifferenza* racchiudono le moderne nozioni di imparzialità, neutralità di fronte alle parti ed indipendenza giudiziaria, che sono le condizioni necessarie per un'attività conoscitiva solida (*vid.* Andrés Ibáñez, 2015, 222).

Sotto questa prospettiva, il giudice viene presentato come necessariamente estraneo alle parti e ai loro interessi e, in questo senso, si rievoca l'uso medievale di far intervenire dei giudici foranei. Ma non basta che il giudice sia disinteressato, non deve avere nessuna inclinazione verso le parti o l'oggetto del processo, deve essere, cioè, indifferente.

Risulta arduo a chiunque di “penetrar nelle fibre dei vari nostri affetti” (Muratori, *ibid.*, 116), ma il giudice è obbligato a farlo per il ruolo fondamentale che svolge. D'altronde, la motivazione delle sentenze –un aspetto spesso ignorato e incompreso all'epoca– costituisce una tappa cruciale in quanto resoconto giustificato delle ragioni addotte; la motivazione “non è meno utile alla coscienza del giudice, che al bisogno dei litiganti” (*ibid.*, 136). L'opposto viene definito “giudice fuggifatica”: colui che non esamina attentamente le precise circostanze che compaiono nel caso (*ibid.*, 137).

Nel chiedersi quali siano le passioni che possano “ammaliare” il cuore del giudice, Muratori ne individua quattro: *Amore, odio, speranza e timore.*

Amore e odio vengono intesi come inclinazione favorevole e sfavorevole nei confronti delle parti o dei loro avvocati, come parzialità o mancanza di neutralità.

La speranza è un'aspettativa che il giudice nutre rispetto alla sorte del giudizio. Non allude

15 Il modenese riprende dello Stagirita l'ideale etico del *giusto mezzo*, sottolineando che la *verità* non si trova negli estremi (sia l'eccesso -il rigore- sia il difetto -il probabilismo-).

16 Così, ancora circa i pontefici considera Muratori che “colla loro autorità va congiunta la prudenza regina delle virtù, e condottiera del buon governo” (*ibid.*, 17).

17 Per esempio (*ibid.*, 77): “tocca alla prudenza lo spiegar le leggi nel più convenevol modo”; sotto questa luce, anche il legislator dispone di una simile prudenza (*ibid.*, 223). Questa nozione di prudenza viene anche assimilata a quello che definisce “giudizio scientifico” in contrapposizione al “giudizio pratico” (*ibid.*, 69).

18 È la prudenza (e non l'arbitrio come si sosteneva, perché questo non escluse l'imparzialità) a stabilire diligenze, dilazioni, salari, ecc. (*ibid.*, 134). Anche riguardo al dovere di astensione di fronte alla mancata indipendenza, alle tentazioni dei potenti “deve la prudenza cercar le vie più proprie per scusarsi e sottrarsi a quel giudizio” (*ibid.*, 123).

Muratori a coloro che ambiscono a regali perché questi non amministrano la giustizia ma semplicemente la vendono (ibid., 119): si tratta di qualcosa di sottile, di inavvertito, un'utilità che può trarre il giudice dalla propria sentenza, nella convinzione che “giudica in proprio favore, chi giudica in favor dell'amico” (ibid., 120).

Il timore riguarda l'odierna indipendenza intesa come presupposto per l'agire giudiziario esento dalla coartazione politica: “timore di disgustare il principe, un potente, una persona da cui si sono ricevuti benefizi” (ibid.). Ricorda l'autore che Carlomagno presiedeva i processi ai potenti per prevenire la possibilità di prevaricazione (ibid., 120-121). “Il politico giudice” cercherà delle opinioni favorevoli al potente o sbrigherà la sua causa, a danno degli altri (ibid., 121).

Muratori ritiene che un dettagliato esame di coscienza sia necessario nel giudice prima di cominciare il processo per verificare di non essere propenso ad una parte rispetto all'altra. L'inclinazione a cui si è riferiti è qualcosa di molto sottile, vicino all'insinuazione: non si tratta di un semplice esame di disinteresse del giudice ma un “prevenirlo da sé stesso” (Andrés Ibáñez, ibid., 213), attraverso un esame schietto dei fatti che porta il giudice a confrontarsi con la propria coscienza giuridica.

Se, come è stato detto, “la critica di Muratori alla scienza giuridica del XVIII secolo [è] oggi perfettamente vigente” (Ruiz Miguel, 2009, 271), questo sembra specialmente vero in una questione talmente delicata come la consapevolezza che il giudice ha di sé e della sua relazione con l'oggetto del processo.

3. Nota bibliografica.

- Andrés Ibáñez, Perfecto (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel (2014). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Continisio, Chiara (1999). *Il governo delle passioni: prudenza, giustizia e carità nel pensiero politico di Lodovico Antonio Muratori*. Florencia: L.S.Olschki.
- Falco, Giorgio (1957). “Lodovico Antonio Muratori e il preilluminismo” in Fubini, Mario (ed.) *La cultura illuministica in Italia*. Turín: Radio Italiana.
- Frolidi, Rinaldo (1992). “Ludovico Antonio Muratori nella cultura spagnola” in *Italia e Spagna nella cultura del'700 : Convegno Internazionale, Roma 3-5 dicembre 1990*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 19-32. Disponibile online: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcyj38p9>
- Muratori, Lodovico Antonio (1743). *Dei difetti della giurisprudenza. Trattato di Lodovico Antonio Muratori, bibliotecario del Sereniss. Sig. Duca di Modena, dedicato alla Santità di*

Benedetto XIV P.M. Venecia: Giambattista Pasquali. Disponibile online: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000117156&page=1>

·Prosperi, Adriano (2009). *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*. Turín: Einaudi.

·Ruiz Miguel, Alfonso (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.

·Vázquez, Rodolfo (2009). *Las fronteras morales del derecho*. México: Fontamara.

·Venturi, Franco (1969). *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*. Turín: Einaudi.