

84582

7

EDOARDO RUFFINI

La ragione dei piú

Ricerche sulla storia del principio maggioritario

16
3
844



IL MULINO

262.94

ca appunto questo, che la collettività non può creare immediatamente la volontà della corporazione come persona giuridica. Essa può solo rappresentarla, mentre per diritto pubblico può efficacemente ed immediatamente *decernere*.

La deliberazione per maggioranza è usata in ogni *collegium* che il diritto pubblico romano foggia e riconosca. E quando — da un lato — la volontà sovrana del popolo passò dalle assemblee all'imperatore, e dai municipali all'*ordo decurionum*, e — dall'altro — collegi e corpi d'ogni fatta (scarsi di numero in origine e sorti con la caratteristica di organi amministrativi dello Stato) si moltiplicarono, il principio maggioritario poté veramente essere considerato un fattore essenziale ed esclusivo della corporazione.

I. L'UNANIMITÀ

1. L'unanimità presso i popoli germanici

Per circa undici secoli la Chiesa non conobbe quasi altra forma di manifestazione del volere collettivo, se non l'unanimità.

Che questa non fosse però una caratteristica propria soltanto della Chiesa, lo provano i numerosi e ben più vasti esempi del sistema unanimitario che ci forniscono altre differenti strutture politiche.

Ovunque è un'organizzazione politica primitiva e rudimentale, ovunque in un'assemblea di uomini l'unità dell'ente non è ancora concettualmente distinta dalla somma dei singoli, e per di più i singoli come tali non hanno diritti di fronte all'ente, la sola forma possibile di esprimere la volontà collettiva è l'unanimità. Questa ha poi un significato ben diverso da quello del requisito dell'unanimità, che in regime di suffragio organizzato e di principio

ne « universi consentire non possunt » sembra essere stata fraintesa dallo Starosolsky, *Das Majoritätsprinzip*, p. 36.

maggioritario si richiede talvolta per manifestazioni di volontà di speciale importanza. In quest'ultimo caso l'unanimità significa una garanzia contro lo strapotere della collettività a favore dell'individuo, ed è la massima espressione dell'individualismo. L'unanimità primitiva invece non equivale affatto ad un voto unanime dei singoli, ma piuttosto a un voto della collettività, dalla quale la personalità del singolo ancora non è distinta né protetta.

Prescindendo dalle spiegazioni sociologiche di tale fenomeno⁵⁴ che ne dimostrano la ricorrenza in certi stadi dell'evoluzione sociale, basterà al nostro scopo l'ampia testimonianza della storia.

Il primo esempio, come già si disse, ci è dato dalle assemblee della Grecia omerica, le quali si scioglievano senza deliberare, se ad unanime accordo non si perveniva. Così pure alla più rigida unanimità si tennero i Germani ed i Celti per tutto l'alto medioevo, gli Slavi ancora sino all'evo moderno⁵⁵.

Ma la sociologia e la storia ancora una cosa ci insegnano. Non essendo possibile che là ove esiste pluralità di uomini, non ci sia anche pluralità di opinioni, il sistema dell'unanimità, ossia quel sistema per cui non si conosce altra volontà collettiva se non sia quella comune a ogni membro della collettività, è concepibile — così enunciato — soltanto in teoria. In pratica, salvo a rinunciare il più delle volte a raggiungere un positivo risultato, esso non può essere applicato che a condizione di superare, con mezzi più o meno violenti, l'inevitabile disaccordo psicologico dei singoli, sovrapponendovi una fittizia o forzata unanimità. In altri termini, alla minoranza può essere negata l'esistenza reale, ma non anche quella potenziale.

Così nelle primitive assemblee degli antichi Germani,

⁵⁴ Starosolsky, *Das Majoritätsprinzip*, pp. 18 seg. e *passim*.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 4 seg.; Konopczynski, *Une antithèse du principe majoritaire en droit polonais: in Essays in Legal History read before the International Congress of Historical Studies held in London in 1913*, Oxford, 1913, pp. 335-382; dello stesso, *Liberum Veto*, Krakow, 1918.

non essendo in uso alcuna forma di regolare votazione, le proposte dei capi venivano approvate squassando le armi, e disapprovate con urla e strepiti⁵⁶. Se la minoranza era debolissima, non veniva nemmeno sentita; se era considerevole, allora il conflitto si poteva risolvere in un triplice modo. O essa si piegava spontaneamente, persuasa dalle esortazioni di qualche autorevole persona, o si allontanava dal gruppo costituendosi a unità indipendente ed ostile, o si veniva senz'altro alle armi. Nell'esito della lotta si ravvisava un giudizio divino.

Lentissima fu nel diritto germanico l'evoluzione dal sistema dell'unanimità a quello della maggioranza⁵⁷. Il passo decisivo su tale cammino è stato compiuto quando il contrasto di opinioni fra maggioranza e minoranza non fu più superato con la violenza o con lo spontaneo piegarsi dei dissidenti, ma con l'imporre alla minoranza un dovere giuridico di volere quello che la maggioranza aveva voluto: « Minor pars sequatur majorem ». Se la minoranza non ottemperava a questa regola, rendendo impossibile il formarsi dell'unanimità, nessuna efficace deliberazione poteva essere presa.

Esprime in modo caratteristico questo stato di cose il procedimento col quale venivano eletti i Re tedeschi. In un primo stadio (*nominatio*), gli elettori si radunavano tentando di giungere ad un accordo sul nome di un candidato. Quando non restava più che una minoranza dissidente, questo doveva piegarsi alla volontà dei più⁵⁸. Sol-

⁵⁶ Tacito, *Germania*, c. 11, 5: « sin placuit, frameas concutunt; honoratissimum assensus genus est armis laudare »; Ammianus Marcellinus, *Rerum gestarum libri*, XVI, 12, 13; *Annales Mettenses*, per l'anno 690. In *Movimenta Germaniae Historica, Scriptores* (d'ora in poi citato MG.SS.), Hannover, 1826-68, I, 318: « Vocibusque simul et armorum plausu sententiam ducis firmaverunt »; vedi altri esempi in Gierke, *Ueber die Geschichte des Majoritätsprinzips*, negli *Essays* citati nella nota prec., pp. 312-335 (ove sono in parte riassunte le ricerche sull'argomento del principio maggioritario contenute nei tre volumi: *Genossenschaftsrecht*, già citati. Per i Galli vedi Cesare, *De Bello Gallico*, VII, 21).

⁵⁷ Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 51 segg.; pp. 478 segg.
⁵⁸ *Sachsenspiegel*, ed. Weiske-Hildebrandt, III, 57, 2 e *Schwaben-*

tanto se si riusciva nello scopo di « dirigere vota omnium in unum » si procedeva all'*electio*, che per bocca di un membro del collegio appositamente designato veniva compiuta « auctoritate et nomine omnium electorum ». Ciò spiega come le elezioni pacifiche fossero un'eccezione, fin tanto che nel 1356 la Bolla d'Oro non introdusse anche in questo campo il principio maggioritario⁵⁹. Ma già la regola « minor pars sequatur majorem » era in sostanza un'applicazione del principio maggioritario. Anzi, è la forma tipica del principio maggioritario delle associazioni (*Genossenschaften*) del diritto germanico. Siccome la volontà della associazione come persona giuridica non può essere che la volontà comune a tutti i suoi membri, così la legge del maggior numero non è che un mezzo con cui si tenta di raggiungere un fine necessario: l'unanimità.

2. L'unanimità nei primi secoli della Chiesa

Venendo ora al diritto della Chiesa, dobbiamo domandarci anzitutto se sia possibile determinare la ragione storica, per cui il sistema dell'unanimità ha dominato durante circa undici secoli nelle elezioni canoniche.

Una soluzione del problema potrebbe essere data da quella fatale legge sociologica testé citata. Una parte di vero in essa ci deve pur essere, se si considera che la Chiesa era un organismo dal punto di vista politico e giuridico assai primitivo. Le assemblee del popolo che partecipavano alle elezioni episcopali e papali, per l'assoluta mancanza di ogni regolare scrutinio e per il modo disordinato e an-

spiegel, ed. Lassberg, cap. 130: « Darumbe ist der Fürsten ungerade gesetzt, ob diu an einen gefallen und vier an den andern daz die dri den viern volgen suln und also sol ie diu minner der merren volgen, daz ist an aller Kur reht ».

⁵⁹ Wretschko, *Der Einfluß der fremden Rechte auf die deutschen Königswahlen*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung » XI (1882); Ficker, *Zur Geschichte des Karfreies zu Rheims*, in « Wiener Sitzungsberichte », XI; una buona rassegna bibliografica dell'argomento in Hügelmann, *Die deutsche Königswahlen im Corpus Jur. Can.*, Breslau, 1909, e in Wunderlich, *Die neueren Ansichten über die deutsche Königswahl*, Berlin, 1913.

l'adattarsi di una concezione teologica alle esigenze della vita pratica. Citerò fin d'ora la testimonianza di Dante: « Quod si ita est solus eligit Deus, solus ipse confirmat, cum superiore non habeat. Ex quo haberi potest ulterius quod nec isti qui nunc, nec alii cuiuscunque modi dicti fuerunt electores, sic dicendi sunt: quin potius denuntiatores divinae providentiae sunt habendi »⁶⁰.

Le fonti esprimono concordi l'idea che la Divinità sola può eleggere a qualsiasi sacro ministero. E non sono soltanto gli apostoli, i profeti, i dottori che lo Spirito Santo investe della loro sublime missione per tutta la cristianità⁶¹, ma anche i vescovi e i diaconi, per il loro ufficio nelle comunità locali⁶². Nessuna differenza sostanziale si rileva tra le elezioni del periodo apostolico e quelle dei periodi immediatamente posteriori. Anche alle prime partecipava quale fattore praticamente necessario, se non principale concettualmente, l'assemblea. Ma, di fronte al fattore trascendente, all'assemblea non era lasciata che la funzione di assentire alla volontà divina, e quasi di testimoniare l'avvenuta manifestazione⁶³. Citerò alcuni dei più tipici esempi di cui è ricco il Nuovo Testamento.

La missione di propagare il Vangelo viene a Timoteo affidata dalla comunità col rito dell'imposizione delle mani da parte di un'accolta di apostoli e presbiteri, chiamati « testimoni, μαρτυρες », ai quali una profezia l'aveva designato⁶⁴. Il rito dell'imposizione delle mani era anzi la forma consueta colla quale la comunità manifestava il suo assenso all'elezione⁶⁵. Così, in una assemblea di cristiani

⁶⁰ Dante, *Monarchia*, III, 16, 13.

⁶¹ I *Corinti*, 12, 28; *Ef.*, 4, 11.

⁶² Harnack, *Prolegomena zur Aδελφία*, in *Texte und Untersuchungen*, a cura di Gebhardt e Harnack, II, fasc. 1, 2, Leipzig, 1884, p. 97; *Atti*, 20, 28; per il caso degli anziani della comunità di Efeso, vedi *I Epistola Clementis ad Corinthios*, 42, 4; Clemente Alessandrino, c. 42.

⁶³ Sohni, *Kirchenrecht*, Leipzig, 1892, § 7 e passim.

⁶⁴ I *Tim.*, 1, 18; 4, 14; 6, 12; II *Tim.*, 1, 6; 2, 2; cfr. Holtzmann, *Die Pastoralbriefe, kritisch und exegetisch behandelt*, Leipzig, 1880.

⁶⁵ Ritschl, *Cyprian v. Karthago und die Verfassung der Kirchen*, Göttingen, 1885, p. 182; Hatsch, *Gesellschaftsverfassung der Altchristlichen Kirchen in Altertum*, Giessen, 1883, p. 136.

che talvolta violento di manifestare la propria volontà, presentavano non poche analogie — ad esempio — con le primitive assemblee germaniche, ma erano analogie più apparenti che sostanziali, le quali non bastano a spiegare il fondamento dell'unanimità nelle elezioni dei primi tempi del Cristianesimo.

Alla spiegazione — diciamo così — sociologica, si oppone una seria difficoltà. Non bisogna dimenticare che la Chiesa cristiana non era una unità etnica, che in tempi remoti o in terre remote abbia percorso tutti gli stadi della civiltà, dai più rudimentali ai più evoluti; ma bensì un fenomeno religioso, sociale e politico che sorse, crebbe e trionfò entro la più potente e la più perfetta organizzazione politica e giuridica del mondo antico: l'Impero Romano. Or bene, senza toccare il problema generale dell'influenza delle istituzioni romane sulle istituzioni della Chiesa, mi limito a una questione più particolare. Come si spiega il fatto, che l'ordinamento corporativo dei Romani, che aiutò la diffusione e ad un tempo protesse le primitive comunità cristiane, e il loro ordinamento municipale, che con quello provinciale fu modello a molte organizzazioni ecclesiastiche, non abbiano tramandato alla Chiesa il sistema di votazione loro proprio: il maggioritario?

Credo che non si possa superare questa difficoltà altrimenti che ammettendo quanto tosto cercherò di provare, cioè che il requisito dell'unanimità era nella Chiesa la conseguenza necessaria di un suo concetto particolare e originale dell'elezione e della deliberazione collettiva.

Mentre l'eleggere ed il deliberare collettivo era stato considerato sempre un atto dipendente esclusivamente dalla volontà umana, il Cristianesimo, accanto a questa, anzi, al disopra di questa, pose arbitra la volontà divina. Con ciò veniva introdotto — specialmente nell'elezione — un nuovo fattore del tutto mistico e trascendente, ma di tanta potenza, che riuscì a trasportare un istituto dalla sfera del diritto alla sfera della rivelazione. Ci vollero parecchi secoli perché l'elezione riacquistasse in diritto canonico la perduta fisionomia di atto giuridico, e ciò avvenne con

di Antiochia, lo Spirito Santo per bocca di un profeta designa Barnaba e Paolo; i quali, con il rito consueto, vengono confermati⁶⁶. Pure attraverso la sorte si poteva far sentire la voce divina, come avvenne per la nomina del 12° apostolo. L'assemblea acclamò due nomi, fra i quali la sorte ne designò uno, Matteo, quale l'eletto di Dio⁶⁷.

Ma anche quando — fuori di questa atmosfera mistica di profezia e di miracolo — l'eletto veniva scelto dall'assemblea⁶⁸, non erano mai gli uomini come tali che eleggavano, ma, attraverso gli uomini, Dio. L'essenza dell'elezione restò immutata. Lo dimostra l'uso di distinguere l'elezione vera e buona da quella falsa e cattiva, a seconda che Dio vi era o non vi era, per il tramite dell'assemblea, intervenuto.

Da questo concetto derivavano singolari conseguenze. Poiché, non essendovi modo di riconoscere dall'esteriorità del procedimento, identico in entrambi i casi, se gli uomini avevano eletto come tali o come tramite o testimoni del volere divino, era solo dalla valutazione morale dell'eletto che si poteva giudicare della natura dell'elezione. Quanto fosse arbitrario e soggettivo questo giudizio, a ognuno è evidente. E ciò chiarisce il significato delle parole di Paolo⁶⁹, quando afferma l'origine divina della sua missione in un tono così reciso e quasi polemico, da far supporre che volesse rispondere ad un'accusa mossagli da qualche suo avversario.

Fra i documenti che si riferiscono ai periodi successi-

⁶⁶ *Atti*, 13, 1-4.

⁶⁷ *Atti*, 1, 23, 26.

⁶⁸ *II Corinti*, 8, 19 e 23; *I Corinti*, 16, 3; *Atti*, 6, 3 segg. (la famosa elezione dei sette uomini da parte della Comunità); *Atti*, 15, 24; *Διδασχὴ*, XV, 1. Tra questi passi e quelli precedentemente citati non c'è contraddizione: v. Sohm, *Kirchenrecht*, p. 59, n. 7; Holtzmann, *Die Pastoralbriefe*, pp. 220 segg.

⁶⁹ *Galati*, 1, 1; tale idea la troviamo ripetuta in Ignazio (*Ad Philadelphos*, 1, 1) a proposito del Vescovo di Filadelfia che pure fu eletto formalmente da una assemblea; e nel trattato περί χειροποιήτων (circa a. 300) in De Lagarde, *Reliquiae iuris ecclesiastici antiquissimi*, Leipzig, 1865, p. 4.

vi a quello apostolico, sono di grande importanza le lettere di Cipriano. Anzitutto per le ripetute allusioni all'origine divina dell'elezione⁷⁰ e inoltre perché ci informano di come era composta al suo tempo quella che finora abbiamo chiamata con termine generico « assemblea », e quale ufficio era affidato alle sue singole parti.

All'elezione del vescovo, ad esempio, prendono parte i vescovi delle diocesi vicine, il clero ed il popolo. I vescovi soli scelgono ed eleggono veramente⁷¹, nel senso che solo per mezzo loro si manifesta il *iudicium* divino. Onde anche il loro voto viene generalmente chiamato *iudicium*⁷². Clero e popolo invece assistono alle elezioni, ed il loro voto era *testimonium*, *suffragium*⁷³. Ma che non si trattasse di un suffragio organizzato, con regolare computo di voti, lo dimostrano appunto quei passi di Cipriano, ove la posizione della plebe nel procedimento elettorale è definita con le espressioni *presentia*, *adistentia*, quasi ad affermare la funzione di controllo e di testimonianza che sola

⁷⁰ Cipriano, *Ep.* 48, 4: « Dominus, qui sacerdotes sibi in ecclesia sua eligere et constituere dignetur »; *Ep.* 55, 8: « ... de Dei iudicio, qui episcopum eum [Cornelius] fecit, et coepiscoporum testimonio, quorum numerus universus per totum mundum concorditer unanimitate consensit »; *Ep.* 59, 5: « post divinum iudicium, post populi suffragium, post coepiscoporum consensum iudicem se non iam episcopis sed Deo faceret »; *Ep.* 66, 1: « post Deum iudicem, qui sacerdotes facit, te velle de Dei et Christi iudicio iudicare »; *Ep.* 66, 4: « ... Deo episcopum constituentem »; *Ep.* 66, 9: « majestatem Dei, qui sacerdotes ordinat Christi ». Cfr. Tertulliano, *Apologia*, c. 39: « Praesident probati quique seniores [vescovo e presbiteri] honorem istum non pretio, sed testimonio adepti ».

⁷¹ Esmein, *L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907, I, pp. 335, 358, 382. Quest'opera va adoperata con somma cautela, per le frequenti e gravi sue inesattezze, che tradiscono un lavoro oltremodo affrettato.

⁷² Cipriano, *Ep.* 67, 5: « Tenendum, quod apud nos quoque et fere per provincias universas tenetur, ut ad ordinationes rite celebrandas ad eam plebem, cui praepositus ordinatur, episcopi eiusdem provinciae proximi quique convenient et episcopus deligatur plebe praesente; quod et apud vos factum videmus in Sabini collegae nostri ordinatione, ut de universae fraternitatis suffragio et de episcoporum, qui in praesentia conveniant, quique de eo ad vos litteras facerant iudicio episcopatus ei deferretur et manus ei in locum Basilidis imponeretur ».

⁷³ Cipriano, *Ep.* 68, 2: « Cleri et plebis suffragio... »; *Ep.* 59, 5: « ... post populi suffragium »; cfr. *Ep.* 55, 8 cit.

E da San Leone venne enunciato quel principio fondamentale che si può chiamare l'espressione teorica del procedimento elettorale canonico dell'alto medioevo: « Qui prae-futurus est omnibus, ab omnibus eligatur »⁷⁸.

L'idea dell'intervento divino non venne mai meno; a ogni elezione sempre doveva precedere l'invocazione dello Spirito Santo perché scendesse ad ispirare e guidare gli elettori⁷⁹.

Forse il più antico testo che accenni in modo esplicito al requisito dell'unanimità è una disposizione riguardante un singolare caso di suffragio, cioè l'elezione del prete che nel convento doveva celebrare la messa quando i religiosi non assumevano regolarmente gli ordini sacri. È attribuito dai più a Lucio I (253-254): « Nullus in ecclesia, ubi duo vel tres fratres fuerint in congregazione, nisi eorum electione canonica presbiter eligatur, et eisdem convocatis, et parochianis atque in unum consentientibus »⁸⁰.

Riguardo alle elezioni episcopali sappiamo che già papa Gelasio, preoccupandosi di possibili discordie, invitò i vescovi Filippo e Geronzio a convocare più sovente clero e popolo e ad esortarli perché si accordassero sopra un nome solo⁸¹.

Analogo a quello del vescovo era in origine il procedimento di elezione del papa. Escluse le primitive forme di

⁷⁸ S. Leone, *Epistolae*, in Migne, *Patrologia Latina*, vol. 57, p. 634; Imbart de la Tour, *Les élections épiscopales dans l'église de France du IX au XII siècle*, Paris, 1891, pp. 57 segg. Accennano invece alla volontà della maggioranza del clero per l'alienazione dei beni della Chiesa alcune disposizioni del Codice Giustiniano e delle Novelle (I, 14 pr. C. 1, 2; 7, 2 C. 1, 2; Nov. 120 c. 6). Che non si trattasse di una vera e propria deliberazione ma piuttosto di un consenso lo dimostra il fatto, che ciascuno doveva dichiarare con giuramento se credeva giusto il provvedimento.

⁷⁹ Wřetschko, *Die electio communis bei den Kirchlichen Wahlen im Mittelalter*, in « Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht », XI (1901), pp. 321-392; pp. 356 segg.

⁸⁰ C. 1 X, 1, 6; cfr. Gonzales Tellez, *Commentaria perpetua*, al c. citato.

⁸¹ C. 11 D. 63; cfr. *Regesta pontif.*, I, 88; significanti le disposizioni di papa Gregorio per l'elezione del vescovo di Milano Costanzo, in c. 10, D. 63.

le era riservata nella elezione. Funzione passiva in confronto a quella attiva dei vescovi: « Populus ducendus est, non sequendus »⁷⁴.

Orbene, come si poteva concepire se non unanime un suffragio di così singolare, mistica natura?

Un pensiero dominante che pervade, come è noto, tutta la primitiva letteratura cristiana e di cui Cipriano è il più autorevole assertore, è l'unità spirituale dell'*ecclesia*. « Multitudinis autem creditum erat cor unum, et anima una »⁷⁵. Unità che ebbe la sua suprema espressione nel dogma, che la comunità, l'*ecclesia*, il nuovo popolo d'Israele, altro non fosse idealmente che il corpo stesso di Cristo. Ma allora come poteva non ripugnare alla coscienza di ogni cristiano il fatto di un'assemblea di fedeli, di cui, ad esempio, una maggioranza afferma ed una minoranza nega che la volontà divina si fosse rivelata, mentre fra i fedeli doveva esservi « consensus una et simplex et iuncta concordia »⁷⁶.

In Cipriano si trovano ad un tempo come riassunte le ideologie del periodo apostolico, e segnate le linee di quel sistema di suffragio, che per tanti secoli ha prevalso di poi nella Chiesa. E la testimonianza di Cipriano in favore dell'unanimità — tratta non solo da frequenti esplicite affermazioni⁷⁷, ma anche da tutto lo spirito della sua dottrina — è confermata da innumerevoli testi posteriori.

Electio concorditer, unanimiter facta; pari consensu ac concordia eligere; unanimes conclamaverunt; pari voto unanimique consensu, sono espressioni che le antiche fonti ripetono quasi in ogni documento che tratti di elezione.

⁷⁴ Sulla posizione rispettiva dei vescovi, del clero e del popolo, cfr. Hefele, *Histoire des Conciles*, Paris, 1907 segg., I, p. 544, n. 2, a proposito del can. III del Concilio di Nicea.

⁷⁵ *Acti.*, 4, 32.

⁷⁶ Cipriano, *Ep.*, 11, 3.

⁷⁷ Si noti però che le parole *unanimitas, concordia*, ecc., non hanno sempre nelle opere di Cipriano il significato specifico di unanimità, ossia di voto unanime. Talvolta esse indicano piuttosto la *fraternitas* dei Cristiani, come nell'*Ep.*, 11, 3: « quod si duo (si riferisce a Matteo 18, 19) tantum possunt, quid si unanimitas apud omnes esset? ... nec venissent fratribus haec mala, si in unum fraternitas fuisset animata ».

instituito e di *substitutio*⁸², questi veniva eletto da un duplice corpo elettorale, composto cioè di ecclesiastici e di laici⁸³, e l'unanimità del voto era necessaria. Innocenzo I, nel 402, annuncia ad Anisio di essere salito al pontificato dopo la morte di Anastasio « consentientibus sanctis sacerdotibus omnique clero ac populo »⁸⁴. L'elezione a pontefice di Gregorio Magno così è narrata da Giovanni Diacono: « Gregorium licet totis viribus renitentem clerus senatus populisque romanus sibi concorditer pontificem delegerunt. At ubi decretum generalitatis evadere nequivit... imperatori Mauritio... latenter litteras destinavit adiurans ne unquam assensum populis praeberet, ut se huius honoris gloria sublimaret »⁸⁵. Citerò ancora il *Liber diurnus* ove più di una volta è fatta menzione del requisito dell'unanimità.

Ma nelle elezioni pontificie si introdusse ben presto, com'è noto, un grave elemento perturbatore. Gli imperatori romani quando si convertirono al cristianesimo, e poi i re barbari e gli imperatori bizantini, si arrogarono il diritto non solo di decidere nei casi di duplice o incerta elezione, ma anche quello di emanare disposizioni legislative in materia⁸⁶. Lo stesso fenomeno si verificò per le elezioni del vescovo, nelle quali poi, oltre alle potestà laiche, anche la superiore autorità pontificia fece sentire la propria influenza.

L'elezione unanime sopravvisse nella Chiesa anche dopo il profondo rivolgimento e rinnovamento del sistema elettorale nei secoli XII e XIII, restando sempre l'ideale di tutte le elezioni. Dopo aver stabilito i nuovi procedimenti per *scrutinium* e per *compromissum*, il Concilio Lateranense III del 1215 soggiunge: « Aliter electio facta

non valeat, nisi forte communiter esset ab omnibus quasi per inspirationem sine vitio celebrata »⁸⁷. Ed anche quando per l'elezione bastava il semplice voto della maggioranza, sovente si tentava ancora di persuadere la minoranza a desistere dalla propria opinione al fine di ottenere l'unanimità⁸⁸.

Ma in qual modo si raggiungeva l'unanimità in caso di discordia fra gli elettori? Ecco la solita difficoltà. Esclusi naturalmente i modi violenti, coi quali venivasi a capo dei dissidi nelle assemblee barbariche, restavano i modi pacifici. La posizione preminente dei vescovi di fronte all'assemblea, che nell'alto medioevo si accentuò sempre più, e l'istituto della *confirmatio*, che conferiva al superiore gerarchico dell'eletto, e generalmente al vescovo metropolitano, un potere assai più vasto che non quello di rendere perfetta la precedente elezione, dovevano facilitare la soluzione del problema. Forti del principio « *ducentus est populus, non sequendus* »⁸⁹ e favoriti dalla mancanza di ogni regolare votazione, i vescovi riuscivano per lo più a far tacere l'opposizione della minoranza.

È caratteristico il caso dell'elezione episcopale di Chalons nel 467 (?) narrato da Sidonio Apollinare all'amico Domnulus: « *Quod ubi viderunt s. Patiens (vescovo metropolitano di Lione) et s. Euphronius qui rigorem firmiterque sententiae sanioris praeter odium gratiamque primi tenebant consilio cum coepiscopis prius clam communito quam palam prodito strepitumque furentis turbae depecto, iactis repente manibus arreptum... s. Johannem... stupentibus factiosis, erubescens malis, acclamantibus bonis, reclamantibus nullis, collegam sibi consecravere* ».

Non mancò neppure di avere influenza sulle elezioni e deliberazioni canoniche quel sistema tutt'affatto germanico di ottenere l'unanimità, che consiste nell'imporre senz'altro alla minoranza di volere ciò che la maggioranza ha

⁸⁷ C. 42 X. 1. 6.

⁸⁸ Goffredi de Trano, *Summa in titulos Decretalium, De electione*, c. 9.

⁸⁹ C. 2 D. 22 (Celestino, 429?); c. 12 D. 63 (Stefano VI).

⁸² Gonzales Tellez, *Commentaria*, al c. 6 X, 1, 6, n. 11.

⁸³ Eusebio, *Historia Ecclesiastica*, VI, 29, descrive l'elezione di Fabiano da parte della comunità nel 236, notevole come esempio di designazione divina. Vedi Hinschius, *Kirchenrecht*, Berlin, 1869, I, 225 segg.

⁸⁴ Coustant, *Epistolae Romanorum Pontificum*, I, p. 739.

⁸⁵ Johanns Diaconi, *Vita Gregorii M.*, I, 39, 40 (ed. Be ned., 4, 36).

⁸⁶ Vedi il passo cit. di Giov. Diacono in fine; Hinschius, *Kirchenrecht*, I, pp. 218 segg.

voluti (vedi *retro* pp. 46 segg.)⁹⁰. Scarsissimi tuttavia ne sono i documenti; e per di più non appartengono che alla fine dell'alto medioevo, quando cioè tutto il mondo occidentale era fortemente influenzato dal germanesimo.

Nelle disposizioni regolanti l'elezione dell'abate nel convento di San Michele a Lucca è contenuta una norma, per cui al parere di due terzi delle elettrici deve piegarsi anche la minoranza: « Ut qualem, inter se abbatissam sibi constituerunt duae partes ex ipsis congregatis ancillarum dei, talem ibi abbatissa reatrix et gubernatrix esset, etiam vero tertia pars ex ipsa congregatio eorum consentiens esse debuisset »⁹¹. Inoltre, ancora nella Collezione Gregoriana, quando la volontà della maggioranza valeva senz'altro come volontà della corporazione, alcune norme, che si riferiscono ad elezioni *per compromissum*, conservano un sapore prettamente germanistico: « Et etiam statutum fuit expresse, quod si quinque electores in unam personam convenire non possent, tribus ex eis concordantibus reliqui duo illorum sequi tenerentur assensum et electionem eorum ratam habere »⁹²; e ancora: « Capitulum... in quatuor de ipso capitulo et tres de clero civitatis potestatem eligendi pontificem contulerunt expresse, ut minor pars illorum VII sequeretur in electione maiorem »⁹³.

II. IL PRINCIPIO MAGGIORITARIO NEL DIRITTO CANONICO

1. La dottrina canonistica delle persone giuridiche

A cominciare dalla seconda metà del secolo XII una profonda trasformazione si manifesta nel concetto della na-

⁹⁰ Lindner, *Der Hergang bei den deutschen Königsuahlen*, Weimar, 1899, p. 9.

⁹¹ Muratori, *Antiquitates Italicae Medii Aevi*, Arretii, 1773-80, V, p. 525.

⁹² C. 30 X, 1, 6.

⁹³ C. 36 X, 1, 6.

tura giuridica e nella composizione di quelle collettività, del cui volere il principio maggioritario doveva poi regolare la manifestazione.

Il diritto germanico aveva esercitato una notevole influenza sull'antica dottrina canonica delle persone giuridiche. Onde, pur senza abbandonare mai del tutto il concetto di istituzione, che la Chiesa aveva foggiate sino dall'epoca romana, la assemblea del clero e del popolo nella Chiesa vescovile, le congregazioni religiose ed altre collettività, erano considerate associazioni nel senso germanistico della parola. L'assemblea, la somma dei singoli coincideva senz'altro con l'ente collettivo, ed era essa stessa titolare dei diritti dell'ente. La volontà della associazione altro non era che l'accordo della volontà dei singoli, ossia la somma delle singole volontà.

Come sia sorta e come si sia sviluppata di poi la nuova teoria canonica delle persone giuridiche, sino a raggiungere quella perfezione non mai prima toccata, non è qui il luogo di descrivere. È stata un'opera di costruzione mirabile compiuta con materiali di fonte germanica e di fonte romana, rinnovati, animati ed integrati dallo spirito originale e creativo del diritto della Chiesa.

Da questa nuova corrente di pensiero giuridico è stata ben presto superata l'antica figura di associazione e sostituita con quella di corporazione. L'assemblea non si identificò più con l'ente-persona giuridica, ma divenne soltanto un organo della persona giuridica la quale per sé è incapace di agire.

Le conseguenze importantissime di questo nuovo stato di cose nel campo che a noi interessa sono state messe chiaramente in luce dal Wretschko per quanto riguarda più particolarmente le elezioni, in uno studio sopra l'istituto dell'*electio communis*.

Bisogna premettere che le elezioni canoniche fatte a *clero et populo*, a cominciare dal mille, caddero presto in desuetudine. Il corpo elettorale si restrinse per l'elezione

communis nel primo caso, o *electio per unum*, nel secondo⁹⁵. E ciò soltanto valeva come compimento giuridico dell'elezione.

La Chiesa attinse i materiali di origine romana per la creazione della sua teoria delle persone giuridiche da una duplice fonte. Anzitutto da quel patrimonio di concetti giuridici romani che il diritto canonico riuscì a conservare incorrotti attraverso tanti secoli di predominante diritto germanico. Ma a quella fonte, che potremo chiamare diretta, una indiretta se ne aggiunse quando i canonisti accolsero ed assimilarono i risultati della giurisprudenza romanistica medioevale.

Orbene, è appunto attingendo a quest'ultima fonte che il principio maggioritario, considerato già dai romani un principio connesso all'istituto della corporazione, passò al diritto della Chiesa.

2. La maggioranza e la teoria romana della finzione

L'antica dottrina della finzione, enunciata nel *Corpus Iuris* ed accolta dai Glossatori, rivive nel diritto canonico. Al principio romano « *refertur ad universos quod publice fit per maiorem partem* », corrisponde il principio « *quod maior pars facit, totum facere videtur* », che in genere viene applicato a tutti i *negotia universitatis*, alle *res communiter pertinentes pluribus ut universis*, ove *plures* agiscono *ut collegium*. Mentre la massima inversa « *requiritur consensus omnium ad quos res pertinet* » non va-

⁹⁵ Wretschko, in *Die electio communis*, confuta con successo la teoria del Bresslau (*Zur Geschichte der deutschen Königsquellen von der Mitte des 13. bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts*, in « *Deutsche Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* », nuova serie, 2^a annata, pp. 122 segg.) secondo cui l'*electio communis* non avrebbe avuto altro scopo che quello di rendere ancora possibile un'elezione unanime in un periodo di tempo, nel quale l'unanimità non era più un requisito indispensabile per la validità delle elezioni. Nell'altro articolo (*Einfluss der fremden Rechte auf die deutschen Königsquellen*, cit.) Wretschko dimostra l'influenza dall'istituto canonico dell'*electio communis* sulle elezioni dei re germanici.

del papa al collegio dei cardinali⁹⁴, e per quella del vescovo al capitolo della Chiesa cattedrale⁹⁵; l'antica partecipazione più o meno attiva del clero e del popolo, dopo una lunga evoluzione, o meglio, involuzione, sopravvisse nella formalità (obbligatoria al tempo di Innocenzo III, di poi soltanto facoltativa) della *pronuntiatio ad clerum et populum* del risultato dell'elezione⁹⁶.

Tuttavia la facoltà di eleggere non spettava ai singoli membri del capitolo, né alla loro assemblea come tali, bensì al capitolo come persona giuridica. I singoli cooperavano materialmente all'elezione, ma non eleggevano nel senso tecnico giuridico della parola. « *Electio est collegii, actus eligendi sunt singulorum* »; « *Electio est penes capitulum et tamen singuli coeligunt* »⁹⁷; « *Electio spectat ad collegium clericorum... sed si clerici non sunt in ecclesia ut corpus vel ut collegium, sed ut singulares, tunc superior providebit* »⁹⁸. Onde, salvo che nel caso di *electio per inspirationem*, in cui l'eccezionale concordanza delle volontà nella *nominatio* equivaleva senz'altro ad *electio*, in ognuno dei tre altri casi (*per compromissum, per scrutinium, quasi per inspirationem*) il procedimento si divideva in due tempi. Anzitutto si procedeva alla *nominatio*; i singoli membri del capitolo, o i compromissari, designavano unanimi o anche per maggioranza un candidato. Il designato però non veniva investito dell'ufficio fin tanto che, a tali dichiarazioni individuali di volontà, non si fosse agiunta una dichiarazione di volontà della persona giuridica. Tutti i membri *uno ore*, o fra essi alcuno appositamente incaricato, dovevano allora proclamare eletto il candidato in nome di tutti e del capitolo. Le fonti chiamano questa seconda parte del procedimento *electio generalis*,

⁹⁴ Hinschius, *System des Kath. Kirchenrecht*, Berlin, 1869-97, I, pp. 264 segg. (c. 6 X, 1, 6).

⁹⁵ *Ibidem*, II, pp. 641 segg.; Imbart de la Tour, *Les élections passim*.

⁹⁶ Wretschko, *Die electio communis*, pp. 362 segg.

⁹⁷ Innocentii IV (Sinibaldo de Fieschi) *Apparatus in quinque libros Decretalium*, c. 13 X, 1, 6, n. 1.

⁹⁸ Goffredi de Trano, *De electione*, n. 2.

provazione anche unanime dell'altra *pars* o di qualsiasi superiore autorità¹⁰³.

Alla regola « quod maior pars facit totum capitulum facere videtur », il cui carattere di finzione venne più tardi ancora accentuato nella formula « capitulum et maior pars sunt unum et idem », è stato dato da alcuni un significato più esteso di quanto non le spetti. Ravvisato nella deliberazione della maggioranza l'equivalente di un *consensus communis* di tutti i membri dell'*universitas*, se ne trasse la conseguenza che al voto unanime della corporazione, richiesto dalla legge per alcuni atti, fosse sostituibile il voto della *maior pars*, salvo la clausola espressa « nemine discrepante »¹⁰⁴. L'errore della dottrina consiste nell'aver considerato la maggioranza quale rappresentante di tutti, mentre essa non rappresenta che la corporazione come persona giuridica¹⁰⁵.

In quest'ultima proposizione è contenuto il fondamento di una serie di limitazioni, imposte al principio maggioritario nell'ambito dell'*universitas*. La loro portata non è tale da intaccare l'essenza del principio stesso, ma tale soltanto da definirne la sfera d'influenza, sottraendo al potere della maggioranza alcuni atti giuridici di speciale natura. Onde si vennero a distinguere due categorie di *actus universitatis*, a seconda che potevano dipendere dalla volontà della maggioranza, (*actus... facienda ex necessitate, sicut alienationes, electiones, institutiones*); o richiedevano eccezionalmente un voto unanime, (*quae ex necessitate non geruntur, puta cum dividitur praebenda*). Inoltrare era universalmente riconosciuto il principio che la mag-

¹⁰³ C. 29 X, 1, 6; Baldus de Ubaldis, *Commentarius super tribus prioribus libris decretalium*, cod. c. 2; « Et in effectu nota quod est nullum ipso iure, ex post facto non convalescit, quia non potest, quod nullum est adeo, quod contra ius factum est, postea confirmari seu recipere validitatem ».

¹⁰⁴ Bernardus Papiensis, *Summa de electione*, III, 10, 1; *Glossa c. 29 in VI de R. J.*: Baldus de Ubaldis, *Commentarius*, c. 21 X, 1, 6. ¹⁰⁵ Donde l'argomento di Giasone contro il *concorditer factum* attribuito alle deliberazioni per maggioranza: « per fictionem et non per veritatem omnes fecisse videntur »; fr. 10 D. 2, 14, nn. 1 e 2; fr. 7, 10 eod. n. 8.

le che per *negotia privatorum communia*, ossia nella *societas singularis*, ove *plures* agiscono *ut singuli*.

I casi nei quali anche per la *societas singularis* (la semplice associazione) valeva il principio maggioritario, erano considerati come eccezioni, che soltanto speciali motivi (*favor liberationis, favor litis dimendae* fra più arbitri, *favor ecclesiae* fra più patroni) potevano giustificare. Più tardi legisti e canonisti accolsero una dottrina per la quale, sistematizzando queste eccezioni, si riconosceva al principio maggioritario il potere di foggare fuori della corporazione un rapporto giuridico fra *plures ut plures*, distinto dai rapporti fra *plures ut universi* e *plures ut singuli*¹⁰⁰. Una sola differenza importante fra la struttura del principio maggioritario entro e fuori del suo naturale campo di applicazione consisteva nel fatto, che nell'*universitas* non valeva che la maggioranza assoluta (*maior pars respectu totius collegii*) mentre nella semplice associazione bastava la maggioranza relativa (*maior pars respectu partium minorum*)¹⁰¹.

Ritornando alla corporazione, se la maggioranza rappresenta la totalità, e la totalità, come s'è visto, rappresenta la persona giuridica, quest'ultima poteva senz'altro essere rappresentata dalla maggioranza. A questa logica conseguenza della dottrina della finzione i canonisti non tardarono a giungere tosto che introdussero il principio « quod maior pars capituli facit totum capitulum facere videtur »¹⁰². La *minor pars*, di fronte alla *maior* che rappresenta l'*universitas*, non resta che una somma di individui, e la deliberazione da essa presa era considerata sempre soltanto quale *actus singulorum*, che non poteva valere quale *actus universitatis* neppure ottenendo la successiva ap-

¹⁰⁰ Castrense, *Commentaria*, fr. 11 D. 8, 3, n. 1 segg.; Cardinalis Alexandrinus, *Commentaria super Decretum*, D. 31, c. 11.

¹⁰¹ C. 48, 50, 55 X, 1, 6; *Glossa c. 50 eod. v. majorem partem*; Hostiensis, *Summa aurea super titulis decretalium, de electione*, n. 13; c. 23 VI, 1, 6; *Glossa eod. c. v. minorem*.

¹⁰² *Glossa c. 13 D. 61, v. civitatis*; Vincentius nell'*Apparatus Taurinensis* alla Comp. III in c. 1 de Const.; *Glossa* al c. 6 X, 1, 2 v. *constitutum*.

gioranza non potesse disporre, senza il consenso di tutti gli interessati, delle *res et iura singulorum*, ossia di quella categoria di diritti, la cui caratteristica era la contemporanea appartenenza alle due sfere giuridiche distinte dell'individuo e della corporazione. Tuttavia, onde non derogare appunto al principio della assoluta separazione dell'*universitas* e dei *singuli*, dei *iura singulorum* si prendeva in considerazione sempre un solo lato, a seconda che nelle varie circostanze prevaleva il momento individuale o il momento corporativo. Nel primo caso erano sottratti all'arbitrio della maggioranza, nel secondo vi erano eccezionalmente sottoposti¹⁰⁶.

3. Il principio della « maior et sanior pars »

a) Suo fondamento nel diritto canonico

Il diritto canonico non si limitò ad accogliere il principio maggioritario nella rigida forma romana della finzione.

La Chiesa, per adattare la legge del numero alle sue istituzioni, uniformandola al carattere spiritualistico e trascendente ed insieme rigidamente gerarchico che le pervade, dovette imporgli notevoli trasformazioni. Tanto note-

¹⁰⁶ Citerò soltanto alcuni esempi di *iura singulorum* sottratti alla maggioranza secondo la massima generale: « quod omnes tangit debet ab omnibus approbari » (c. 29 VI de R. J. 12). Si richiedeva l'unanimità nel designare i compromissarii nelle elezioni per *compromissum*, poiché la *vox in electione*, il diritto di voto, che ognuno trasferiva ai compromissarii, era considerato un *ius singulorum*: « ... cum quilibet habet vocem in electione, non debet privari iure suo; nec aliquis debet compelli ius suum dare alicui » (Glossa c. 42 X, 1, 6 v. *vice omnium*); « ... compromissum super potestate eligendis non potest fieri nisi omnibus et singulis canonicis consentientibus... Non sufficit maior pars capituli... quia cuiuslibet interest singulariter, ut eligat per se, non per alium, ideo quilibet potest contradicere, ne fiat compromissum » (Panormitanus, *Commentaria*, c. 30 X, 1, 6, nn. 3, 8, 16). Così pure ciascuno aveva il diritto di opporsi a che un estraneo fosse ammesso a votare in nome di un membro assente, né la maggioranza poteva compiere alcun atto che menomasse la *aequalitas* fra i membri o i diritti da essi acquistati. Cfr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 473.

voli esse sono, che la corrispondenza fra la massima romana e la massima canonica testé citata si ridusse in certi periodi ad una corrispondenza del tutto verbale ed apparente. E si potrebbe anche dubitare che a quello che ne risultò ancora si addica il nome di principio maggioritario.

Piú di una volta, nella storia del principio maggioritario, il prepotere della maggioranza è stato circoscritto e contrastato. Ma lo scopo di queste norme limitatrici è stato tuttavia quasi sempre soltanto quello di proteggere le minoranze come tali o l'individuo¹⁰⁷ (per diritto canonico vedi sopra p. 61), senza sovvertire il concetto giuridico delle volontà equipollenti e fungibili, presupposto necessario del principio maggioritario.

Il diritto canonico invece ha svuotato del suo significato esclusivamente numerico il concetto di *maior pars*, introducendo la regola che le volontà non debbano essere solamente contate ma bensí anche pesate. Una *maior pars* poteva essere tale sia *respectu numeri*, sia *respectu sanioris consilii*. Ma il criterio qualitativo ed il criterio quantitativo sono irriducibilmente contrari, né si possono logicamente associare in un unico criterio sintetico. E siccome il diritto canonico non si attenne mai all'uno o all'altro alternativamente, l'accordo fra la *sanioritas* e la *maioritas* fu raggiunto sempre soltanto mercé compromessi e finzioni.

Prima di segnare con l'aiuto delle fonti la storia della dottrina della *maior et sanior pars*, ci dobbiamo chiedere se vi fosse una ragione piú specifica che non sia la tendenza spiritualistica di tutto il diritto della Chiesa, per cui questa è stata tanto restia ad accogliere la pura legge del numero. In altri termini, sul fenomeno giuridico concreto della manifestazione del volere collettivo come ha reagito tale spiritualismo?

Un canonista del sec. XV, il Cardinale Alessandrino, a proposito della controversa questione se il sistema della

¹⁰⁷ Jellink, *Das Recht der Minoritäten*, in « Zeitschrift für das privat und öffentliches Recht der Gegenwart », XXV (1898), fasc. 1, pp. 429-466, *passim*.

maior et sanior pars fosse applicabile anche alle *universitates saeculares*, o fosse invece una particolarità delle corporazioni ecclesiastiche, giustifica la sua opinione favorevole all'ultima soluzione¹⁰⁸ con un acuto argomento. La pura legge del numero si adatterebbe, egli dice, alle *leges*, per le quali, secondo il *rigor iuris* ch'esse son costrette a seguire, ogni individuo capace « tanquam membrum particulare universitatis par est in universitate », mentre i *canones*, informandosi all'*aequitas* devono necessariamente prendere in considerazione il valore intrinseco del voto di ogni membro¹⁰⁹.

Tuttavia il ragionamento dell'Alessandrino coglie la natura del sistema della *maior et sanior pars* più al punto di arrivo del suo svolgimento storico, che al punto di partenza. Poiché mentre il primo dei suoi due termini, la *maioritas*, non può che riferirsi agli elettori, la *sanioritas* in origine si riferiva all'eletto. L'*aequitas* — che non è che l'espressione dell'universale spiritualismo del diritto della Chiesa — si manifesta qui in una caratteristica singolare del meccanismo giuridico dell'elezione e della deliberazione collettiva canonica.

Consideriamo come caso tipico l'elezione, ed in senso affatto generale e teorico. Questa presuppone un corpo elettorale qualsiasi ed una carica vacante da coprire, in modo conforme alla volontà espressa dagli elettori. Or bene, il punto culminante di tutto il procedimento, quello che più importa in ogni sistema di diritto, è la corretta, fedele manifestazione della volontà del corpo elettorale, e a questo scopo mirano essenzialmente i vari sistemi di scrutinio. È vero che la dottrina classica liberale designa la facoltà dell'elettore non già come una delega del potere sovrano di legiferare o come un mandato, ma come una scelta di capacità fra coloro che sembrano i più idonei alla funzione per cui sono eletti. Ma né i criteri della buona

¹⁰⁸ Condividevano l'opinione del Cardinale Alessandrino: i canonisti Platea, Tartagnus, Felinus ed altri. La combatteva invece Panormitanus (*Commentaria*, c. 57, X, l. 6, n. 7).

¹⁰⁹ Alexandrinus, c. 6 D. 19.

scelta sono fissati da alcuna legge, né vi è autorità competente a giudicare della scelta stessa, né sanzione di sorta contro una scelta cattiva. Fissate dalla legge sono unicamente alcune tassative ragioni generiche di incapacità e di indegnità. Cosicché si può dire che, mentre per noi moderni un requisito morale positivo non esiste e solo sussistono requisiti giuridici negativi, l'opposto accadeva per il diritto canonico.

Nel diritto canonico si ha come uno spostamento del centro di gravità dell'istituto della elezione dal suo punto di partenza al suo punto di arrivo. Quello che importa è il buon risultato dell'elezione, ossia le buone attitudini dell'eletto, più che non la fedele interpretazione della volontà del corpo elettorale. Nessun diritto quanto il canonico contiene difatti un così gran numero di regole e di precetti che riguardano l'eleggibilità considerata sotto l'aspetto intellettuale ed etico, oltre che sotto quello giuridico¹¹⁰.

Nella Chiesa il corpo elettorale, oltre che il diritto di eleggere, ha pure il dovere morale di compiere rettamente la sua funzione secondo un principio di giustizia obiettiva, di cui è interprete e giudice una autorità estranea al corpo elettorale medesimo.

Di qui risulta con evidenza anzitutto che la meccanica e positiva legge del maggior numero non si confacesse a simili esigenze di carattere morale. Alle quali, d'altra parte, le elezioni e le deliberazioni non potevano ottemperare che entro un ordinamento dominato dal principio gerarchico e autoritario quale era appunto quello della Chiesa.

Concludendo dunque — e in certo modo anche anticipando ciò che tosto dimostreremo — il principio che i voti non siano soltanto da contare ma anche da pesare non è il contenuto esclusivo, sebbene originale, ma piuttosto il contenuto derivato, sebbene principale, della *sanioritas*.

¹¹⁰ Si confronti, in proposito, il Codice di Diritto Canonico al can. 153, § 2.

Per *studia* qui come in altri testi che avremo occasione di citare, si intendono i favori, le simpatie da parte degli elettori, ed in genere tutte le più o meno nobili passioni che dividono il corpo elettorale¹¹⁴. L'espressione *meritis* allude invece chiaramente ad una valutazione morale dei candidati, non più a un'indagine su quale potesse essere la volontà del maggior numero degli elettori.

Ma il c. 64 della regola di San Benedetto diceva ancora di più: « In Abbatis ordinatione illa semper consideretur ratio, ut hic constituatur, quem sibi omnis concors congregatio secundum timorem Dei, sive etiam pars congregationis (quamvis parva) sanioris consilio elegerit. Vitae autem merito et sapientiae doctrina eligatur qui ordinandus est, etiam si ultimus fuerit in ordine Congregationis. Quod si etiam omnis Congregatio vitis suis (quod quidem absit) consentientem personam pari consilio elegerit et vitia ipsa aliquatenus in notitiam episcopi, ad cuius diocesim pertinet locus ipse, vel Abbatibus, aut christianis vicinis claruerint, prohibeant pravorum prevalere consensum, et domui Dei dignum constituant dispensatorem »¹¹⁵.

Mentre nel brano precedente nulla era detto della qualità dei votanti, qui è fatto un passo oltre, affermando che colui il quale eccelle « vitae... merito et sapientiae doctrina », deve essere stato necessariamente eletto « saniori consilio » dalla migliore « pars congregationis... quamvis parva ». Le qualità dell'eletto riflettono le qualità degli elettori; e siccome di questa proposizione è anche vero l'inverso, così da allora in poi la *sanioritas* di una parte degli elettori sarà considerata senz'altro la migliore garanzia che il suo candidato sia moralmente il più degno. La regola di San Benedetto spingeva questo sistema

¹¹⁴ Cfr. *Glossa* c. 36 D. 63, v. *studis*; *Glossa* c. 16 D. 61 v. *studio*: « id est dissensione vel invidia »; Arnolfo di Seez, *Insectiva in Geroldum Engolismensem*, in *MG.SS.*, XII, p. 716. Il significato di *studia* è stato forse frainteso da Esmein, *L'unanimité*, p. 370, a proposito del c. 36 D. 63.

¹¹⁵ *Regula S. Benedicti*, in Galante, *Fontes Juris Canonici selecti*, Oeniponte, 1906. Cfr. c. 16 D. 61.

A questo punto è opportuno accennare a una singolare interpretazione del significato della *sanior pars* proposta dallo Zöpfel¹¹¹. Questi, fondandosi sopra una disposizione del Concilio romano del 499 sotto papa Simmaco che reprimeva le illecite promesse di voto ed i previi accordi fra elettori, e sulla circostanza che nelle due duplici elezioni di Innocenzo II con Anacleto II e di Alessandro III con Vitore IV, la *pars sanior* veniva opposta ad una parte che si era prima obbligata con giuramento a votare per un certo candidato, suppone che per *sanior* s'intendesse sempre quella parte che aveva votato liberamente senza intrighi. Contro questa teoria, che il Wretschko respinge senza discuterla, si può obiettare anzitutto che la circostanza delle due elezioni del XII secolo è puramente accidentale, e non giustifica un principio generale. Inoltre il disinteresse degli elettori poteva essere uno dei fattori della *sanioritas* e precisamente quello che i canonisti posteriori chiamarono *zelus*¹¹², ma non era l'unico.

Il principio della *sanioritas*, pur non avendo assunto il carattere di principio giuridico che sul finire del sec. XII, tuttavia più di una volta compare nelle fonti dei secoli anteriori, quando le elezioni canoniche ancora erano regolate dal sistema dell'unanimità. E, più precisamente, compare appunto associato alla maggior parte delle rare eccezioni a tale prevalente sistema.

Il documento più antico risale forse al 446, ed è una lettera di Leone I al vescovo Anastasio di Tessalonica: « Si forte, quod nec reprehensibile, nec irreligiosum iudicamus, vota eligentium in duas se dividerint partes, is metropolitani iudicio alteri preferatur, qui maioribus iuvatur studiis et meritis; tantum ut nullus detur invitis et non petentibus, ne plebs invita episcopum non optatum contemptat aut oderit »¹¹³.

¹¹¹ Zöpfel, *Die Papstwahlen und die mit ihnen im nächsten Zusammenhang stehenden Ceremonien in ihrer Entwicklung von 11. bis zum 14. Jahrh.*, Göttingen, 1871, pp. 59 segg.

¹¹² Vedi oltre pp. 72 segg. ed il passo di Panormitanus ivi citato.

¹¹³ Migne, *Patrologia Latina*, vol. 54, p. 673, c. 5.

sino all'estrema conseguenza non più toccata di poi, di permettere ai superiori gerarchici incaricati di convalidare l'elezione di non tener conto del voto anche unanime della congregazione, se ispirato da cattivi sentimenti.

Il contenuto della lettera di San Leone venne più volte ripreso nei secoli successivi¹¹⁶, e da Incmaro di Reims quasi parafrasato in un passo di una sua lettera al vescovo di Laon¹¹⁷. Altrove ancora accennano le fonti alla dottrina della *sanioritas*, riferendosi ora più alle qualità dell'eletto, ora più a quelle degli elettori¹¹⁸ senza che venga però mai meno l'equivalenza del valore etico di queste due distinte valutazioni.

Ma siccome a una *sanior pars* come a qualsiasi *pars* in genere del corpo elettorale, non si poteva dare giuridico rilievo in pieno regime di unanimità, il principio secondo il quale si debba anzitutto badare alla qualità morale dell'eletto o alla bontà della deliberazione (e che appun-

¹¹⁶ Anselmo *Dedicata*, Anselmo da Lucca, *Deusdedit* 1, 96; *Ivonis Cartoniensis opera*, p. I, p. 185. *Decretum Gratiani*, c. 36 D. 63; nella *Pannormia* (III e VI) con un lieve cambiamento di parole, venne esteso alle elezioni papali. Hilling (*Der Grundsatz der Pars Sanior bei den kirchlichen Wahlen*, in *Festschrift für F. Porsch*, Paderborn, 1923, pp. 230 seg.) trovò citata la lettera di S. Leone in Manegold von Lautenbach ed in Placido da Nonantola.

¹¹⁷ Migne, *Patr. Lat.*, vol. 126, p. 311, in fine: « Si autem... tu aut alii duo tui complices tecum proprias constitutiones proprias contradixerint, mea cum pluribus ad ordinandum episcopum obtinebit sententia... et si in partes se eligentium vota dividerint, meum et non tuum erit eligere, qui maioribus ad ordinandum studiis invetret et meritis, et meum est ordinandum examinare non tuum ».

¹¹⁸ Citerò come esempio: c. 34 D. 63; c. 18 D. 61; Bertholdus, *Annales*, Parisiis, 1853, a. 1078, p. 309: « Illic qui revera primum canonice a clero et populo et a meliori et maiore parte ecclesiasticae militiae electus est... canonice in episcopum consecratus et ordinatus est »; Ivonis Cartoniensis, *Epist.* 54, ed. Iuret, Paris, 1610, p. 97, a proposito di un'elezione a Orléans nel 1096: « ... reliquus clerus, qui erat numero longe amplior... saniore consilio... eligit sibi cum consensu regio in episcopum Sanctionem quendam ecclesiae decanum... »; Ordericus, *Hist. eccles.*, IV, 9, in Migne, *Patr. Lat.*, 188, p. 322: « ... illum quem pro vitae merito et sapientiae doctrina proviso sapientum eligebat... »; sull'elezione di Innocenzo II vedi Zöpfel, *Die Papstwahl*, p. 58. Nei privilegi claustrali era frequente la formula: « fratrum pars consilii sanioris ». Cfr. Wretschko, *Die electio communis*, p. 376, n. 3 in fine.

to è il precedente storico e concettuale della dottrina della *sanioritas*), valse dapprima soltanto come guida al *superior* nel caso di elezioni contrastate da confermare¹¹⁹. Ed è di grande rilievo il fatto che nel concordato di Worms sia stato stabilito che nelle elezioni episcopali contrastate l'Imperatore dovesse dare il suo appoggio alla *pars sanior*, ascoltando in questo delicato giudizio il consiglio dei vescovi metropolitano e provinciali.

b) La « *sanioritas* » come principio giuridico e sua applicazione

Ciò che ha dato modo alla dottrina della *sanioritas* di affermarsi come vero principio giuridico, è stato appunto l'affermarsi come principio giuridico del principio ad essa antitetico: il maggioritario. Soltanto quando la maggioranza venne identificata senz'altro con la totalità, rappresentante alla sua volta dell'ente collettivo, prevalse il concetto che la maggioranza non dipendesse soltanto dal numero dei voti, ma bensì anche dalla loro qualità.

Considerando ora i documenti principali che accennano alla pura regola maggioritaria prima del secolo XII, si vedrà come questi non tanto per la loro scarsità quanto per il loro carattere e per le circostanze che li giustificano, non rappresentino sempre un'eccezione alla dominante regola dell'unanimità.

Cominciamo la breve rassegna da una disposizione di papa Simmaco. Questi, sebbene avesse ottenuta la dignità pontificale contro il suo avversario Lorenzo mercé l'intervento di Teodorico, tentò di escludere l'influenza del sovrano, del Senato e del popolo di Roma dall'elezione del pontefice. E nel Concilio Romano del 499 da lui presieduto, fece approvare la seguente disposizione: « Si, quod abbas, transitus papae inopinatus evenerit, ut de sui electio-
ne successoris, ut supra placuit, non possit ante decerne-

¹¹⁹ Cfr. Sidonio Apollinare, *Epistulae et carmina*, Berolini, 1887, I, IV, lettera 25.

fosse stato raggiunto la legge del numero doveva necessariamente venire adottata. Tuttavia anche qui il puro principio della maggioranza semplice subisce una limitazione nel senso che soltanto una certa maggioranza qualificata, ossia quella di $2/3$, può acquistare giuridica efficacia¹²³.

¹²³ C. 6, X, 1, 6 (*Licet de vitanda*). L'*Ordo Romanus* di Cencio Camerario, edito alla fine del secolo XII, parla ancora di *major et melior pars* per l'elezione del papa. La difficoltà di questo anacronismo è stata superata dal Phillips (*Kirchenrecht*, V, 816, n. 18) supponendo che la prima parte dell'*ordo XII* fosse stata scritta prima della legge di Alessandro III. Lo Zöpfel, *Die Papstwahl*, p. 63, n. 149, suppone invece una svista di Cencio, causata dall'aver forse copiato un *ordo* precedente. A proposito dell'espressione *duae partes* nel c. 6 X, 1, 6, è sorta una controversia fra gli storici. Il Mühlbacher, *Die Streitige Papstwahl des Jahres 1130*, p. 171 ed il Langen, *Geschichte der röm. Kirche von Gregor VII bis Innocenz III*, p. 540, sostengono che per *duae partes* si debbano intendere due partiti, alla cui volontà, eventualmente concordi, un terzo partito si dovesse piegare; e interpretano il c. 6 X, 1, 6, come una legittimazione successiva della tanto disputata elezione di Alessandro III, nonché come una norma generale per le future elezioni. Il Wretschko (*Einfluss*) rivendica l'opinione dominante, che attribuisce all'espressione *duae partes* il significato di maggioranza di $2/3$. L'origine di questa maggioranza qualificata va ricercata in quella disposizione del diritto romano, per cui l'*ordo decurionum* non poteva efficacemente deliberare senza la presenza di $2/3$ dei suoi membri. Accolta dai glossatori e dai canonisti, sorse tuttavia ben presto fra essi una *magna controversia* (in proposito cfr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 320, 467 segg.). Poiché, mentre i primi la mantennero nella sua originale significazione, i secondi vi apportarono gravi eccezioni. Per diritto canonico una corporazione poteva efficacemente deliberare anche se rappresentata da un numero piccolissimo di membri, poiché nel computo dei $2/3$ dovevano essere esclusi non soltanto i *non vocandi*, ma anche coloro i quali, regolarmente *vocati*, non fossero comparsi (*se alienos facientes*). La loro assenza era per quella volta equiparata alla morte o all'uscita dalla corporazione, onde valeva la regola: « ius universitatis recedit in ceteros vel etiam in unum ». Ciò nonostante, alla regola sopra citata del diritto decuriale romano i canonisti collegarono una dottrina, per la quale i $2/3$ bastavano in genere da soli a rappresentare la totalità. Onde, se una parte della corporazione supera l'altra del doppio, può agire senz'altro come se fosse l'intera corporazione. « nam dicunt omnes facere, quod duae partes faciunt » (Simon de Bisignano, *Summa* sul c. 1 D. 85). « Quia respectu totius capituli accipitur duplum et in tertia alia a duabus partibus non remanet capitulum » (Hostiensis, *De elect.*, n. 15; Compostellanus, *Decretalium commentarii*, c. 22 X, 1, 6 e c. 40 *eod.*). Anche più tardi si ritenne sempre che nei $2/3$ si contenesse « aliquod de spiritu capituli » mentre in un terzo solo restava « nulla scintilla capituli, nulla virtus capitularis ». Cfr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 469, n. 256. Sullo stesso principio si fonda- no quelle disposizioni, che attribuiscono alla maggioranza di $2/3$ una

re, si quidem in unum totius inclinaverint ecclesiastici ordinis electio, consecratur electus episcopus; si autem ut fieri solet, studia cooperint esse diversa eorum de quibus certamen emergerit, vincat sententia plurimorum »¹²⁰.

Che questa fosse più una fallita pretesa di supremazia gerarchica, che non una efficace norma giuridica regolatrice dei procedimenti elettorali lo dimostra anche il fatto che lo stesso Teodorico, e poi i suoi successori, continuarono ad esercitare come prima una influenza preponderante nelle elezioni del pontefice.

Altrove ancora accennano le fonti al prevalere della *sententia plurimorum*, ma in nessun caso si allude ad una vera regola maggioritaria. Per lo più si dice soltanto che il *communis omnium consensus* non può essere infirmato dalla contraddizione di pochi (*duo vel tres, aliquis*) spinti da *animositas, malicia* o da *propriae et domesticae simulates*¹²¹. Ossia di una minoranza non *sanior*.

Finalmente, quando nel secolo XII il capitolo ed il collegio dei cardinali divennero soli arbitri delle elezioni, e le discordie in corpi così ristretti dovettero essere assai più frequenti e più difficili a conciliare, il principio della *major et sanior pars* guadagnò rapidamente terreno introducendosi dapprima come consuetudine. E dal Concilio Lateranense III del 1179 venne riconosciuto come regola generale ed obbligatoria per ogni atto capitolare e collegiale¹²².

Un'eccezione era tuttavia imposta dalla necessità per le elezioni del papa (nelle quali sino alla contrastata elezione del 1130 era venuta meno di fatto la regola dell'unanimità) e fu dallo stesso Concilio stabilita. Non essendo qui possibile deferire ad alcun superiore gerarchico il giudizio sulla *sanioritas*, ogni qualvolta l'ideale dell'unanimità non

¹²⁰ *Syn. Romana* c. 4 (Mansi, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Firenze, 1759 segg., 8, 229). Attraverso le collezioni anteriori, questo testo giunse sino al *Decretum Gratiani*, c. 10 D. 79.

¹²¹ Cc. 1, 2, 3 D. 65, cfr. la prima parte del brano di Incmaro citato in nota 117.

¹²² C. 1 X, 3, 11 (*Compilatio* 1^a c. 1); c. 22 X, 1, 6; C. 4 *eod.* (Innoc. III); c. 6 X, 3, 10 (Celest. III); c. 14 X, 1, 6 (id.).

Per le elezioni episcopali il principio della *maior et sanior pars* ebbe una decisiva conferma in una disposizione del Concilio Lateranense IV del 1215. Allo scopo di porre fine ai disordini ed alle incertezze cui davano luogo le nuove forme di elezione (*per scrutinium, per compromissum, per inspirationem*) non ancora stabilmente regolate, così dispose per la prima delle tre: « Quia propter diversas electionum formas, quas quidam invenire conantur, et multa impedimenta proveniunt, et magna pericula imminent ecclesiis viduatis, statuimus, ut, quum electio fuerit celebranda, praesentibus omnibus qui debent et volunt et possunt commode interesse, assumantur tres de collegio fide digni, qui secreta et sigillatim vota cunctorum diligenter exquirant, et in scriptis redacta mox publicent in communi, nullo prorsus appellacionis obstaculo interiecto, ut is collatione habita eligatur, in quem omnes, vel maior et sanior pars capituli consentit »¹²⁴.

c) *Le varie dottrine canoniche sul significato della « maior et sanior pars »*

Se questi soltanto sono i principali testi legislativi, numerosissimi invece sono i testi dottrinali sulla *maior et sanior pars*; varia e spesso discordante l'interpretazione che del principio è data dai canonisti.

Che cosa si intendesse più precisamente per *sanioritas* secondo una dottrina accolta quasi senza eccezione da tutti i canonisti, ce lo dice il Panormitanus; « Sanioritas autem consistit in auctoritate, in zelo, et merito. Auctoritas enim consideratur in dignitatibus eligentium et in provectioribus aetatibus, et in antiquiori institutione, et in maioribus

speciale efficacia, come appunto nel caso delle elezioni pontificie, per il c. 6 X, 1, 6. Vedi ancora P. es. c. 3 X, 1, 5 e c. 40 X, 1, 6 per la preferenza data alla *postulatio* sull'*electio*, se la prima proviene dalla *pars duplo maior*.

¹²⁴ C. 42, pr. X, 1, 6.

ordinibus... Praecellentes autem in praedictis habet voces ponderosas. Zelus vero consistit in animo, qua sine intentione elegerunt, an propter consanguinitatem et amicitiam, an ex corruptela, seu precibus vel ex merito vitae ipsius electi... Et cum zelus consistit in animo, oportet probari per coniecturas, quia animus aliter vere probari non potest... Dixit tamen Innocentius... quod non est multum curandum, an meliori zelo aliqui elegerint, dummodo non fuerint ducti malo zelo. Dicit etiam, quod sanioritas ista non solum consistit in zelo, sed etiam in facto et operatione. Ipsa vero operatio meritum proprie concernit. Nam pars quae eligit meliorem, videtur sanior, et ipsos electos concernit in moribus et vita... Potest etiam concernere ipsos eligentes, ut honestiores dicantur maioris meriti, et sic eorum voces ex hoc reddantur pinguiore »¹²⁵.

Oltre all'*auctoritas*, allo *zelus* ed al *meritum*, altrove sono menzionati come fattori della *sanioritas* anche la *ratio*, l'*aequitas*, e la *pietas*. « Regulare est, quod semper stetur majori parti in omni dispositione vel ordinatione universitatis; sed major pars est quae majori rationi et pietate ducitur »¹²⁶.

Assai più delicato era il problema di stabilire quale fosse il valore relativo della *maioritas* e della *sanioritas*. Già si è notato, come questi criteri siano irriducibilmente antitetici; non già nel senso che non si possano sommare, ma nel senso che pur associandoli, non si può giungere ad un unico criterio che li riassume e li compendi. Il loro accordo non può dipendere da un'assimilazione, bensì soltanto da un compromesso. Fu appunto nello stabilire i termini di questo compromesso che sorsero non poche discordie fra i canonisti.

Secondo un'antica dottrina, che si ricollega al c. 64

¹²⁵ Panormitanus, *Commentaria*, c. 57 X, 1, 6, nn. 11 e 12; Esmein, *L'unanimité*, p. 375.

¹²⁶ Archidiaconus G. de Baysio, *Apparatus ad Decretum*, c. 11 D. 31. Così nella *Glossa* c. 57 X, 1, 6 v. *consenserit*: « quae majori zelo et maiori pietate ducitur »; c. 55 eod. v. *ad zelum*: « quae est iustior et maiori ratione nititur et aequitate ».

della regola di San Benedetto già citato, una preponderanza di *sanitas* poteva aver ragione anche di una preponderanza di numero ¹²⁷. Essa è ripresa poi dalla Glossa che interpreta poco correttamente alcuni passi del Decreto ¹²⁸, e viene di poi seguita dall'Ostiensis ¹²⁹ e più tardi ancora, tra gli altri, da Cataldinus de Boncampagnis ¹³⁰.

Nella *Summa* dell'Ostiensis è poi riferita l'opinione contraria di un antico decretalista, Guilielmus Naso, per cui soltanto la maggioranza numerica avrebbe dovuto sempre prevalere. Ma ciò contraddiceva alle chiare disposizioni dei due Concilii Lateranensi, onde già il suo allievo Frater Guilielmus suppose che il maestro avesse di fronte a sé un testo corrotto ¹³¹.

Tuttavia, non soltanto quest'ultima ma anche la dottrina precedente discordava dalla legislazione conciliare del tempo per la quale i requisiti della *majoritas* e della *sanioritas* non dovevano essere disgiunti. Più fedele ai testi era un'altra dottrina assai diffusa, sebbene tosto infirmata da notevoli eccezioni, per cui la vera *majoritas* doveva risultare dal concorso della *pars numerosior* con la *pars sanior*.

¹²⁷ Panormitanus, *Commentaria*, c. 57 X, 1, 6, n. 13: « Quacritur quid, si numerus est pro una parte, auctoritas vero et meritum pro alia parte, uterque tamen electus est idoneus? Dicit ista glossa, in secunda parte, quod auctoritas et meritum praefertur numero, et sic concludit quod sanior pars, etsi minor numero, habet praevaleat... ecc. ».

¹²⁸ Dalle parole « non qui maior fuerit in honore inter homines, ille est iustior, sed qui fuerit iustior, ille maior ». In c. 12 in fine D. 40, la *Glossa*, v. *honore* conclude: « et hic est argumentum, quod illa pars, quae iustiori ratione innitur, maior dicitur, licet sit minor ». Indi si interpretò il c. 12 D. 31 (che si riferisce al caso di una disposizione che il Concilio di Nicea si astenne di sancire in seguito alle rimostranze di uno dei presenti) nel senso che, come norma generale, la minoranza potesse impedire le deliberazioni irragionevoli della maggioranza.

¹²⁹ Hostiensis, *De elect.*, nn. 12 e 13: « minor pars... maior respectu sanioris consilii... praevalet ». Così pure Rufinus, nella sua *Summa Decretorum*.

¹³⁰ Cataldinus de Boncampagnis, *De trasl. Sacri concilii Basileae* (Tr. U. I, XIII, 1, p. 15), nn. 40, 41: « maior pars dicitur illa, quae innitur maiori ratione, etiamsi sit minor ».

¹³¹ « Tamen Guil(elinus) Na(so) dixit semper standum maiori numero; frater Guil(elinus) parochia (?) scholaris suus excusando illum ipsum scripsit quod forte Gregorianae falsam litteram continebant ».

Panormitanus, nel seguito del passo citato nella nota 127, dopo aver riferito la tendenza più antica della Glossa, così espone questa *communis opinio*: « Sed Petrus et Abbas (antiquus), Johannes Andreae, Aegidius et Hostiensis tenent hic contrariam opinionem, dicentes quod, cum ista duo requiruntur copulative, non sufficit alterum. Nam tota copulativa redditur falsa falsitate unius partis. Et ideo concludit Hostiensis, quod si ex eodem scrutinio fierent duae electiones, una a majori respectu numeri, alia a saniori, neutra electio confirmabitur. Prima non quia non est facta a saniori parte; nec secunda, quia non est facta a maiori parte. Et hanc opinionem fuit secutus, quia nullibi cavetur contrarium et iura in hac materia requirunt illa duo copulative, non debet fieri impropriatio, praesertim quia textus iuris civilis fundant se super numero ». E altrove ancora: « Non sufficit maioritas numeri sine sanioritate » ¹³². « Non ergo sufficit sanioritas nisi etiam concurrat maioritas » ¹³³.

Le difficoltà pratiche che dovevano derivare dalla impossibilità di ottenere un positivo risultato tanto nelle deliberazioni quanto nelle elezioni se non quando la *maioritas* e la *sanioritas* si incontravano nella medesima *pars collegi*, apparvero evidenti agli stessi enunciatori di questo principio ¹³⁴. Ondeorse una nuova dottrina ¹³⁵, per cui si doveva presumere che la *pars maior respectu nume-*

¹³² Panormitanus, *Commentaria*, c. 57 X, 1, 6, n. 7; c. 1 X, 3, 11, nn. 3 e 11; c. 21, X, 1, 29, n. 10; Card. Alexandrinus, *Commentaria super decretum*, c. 6 D. 19.

¹³³ Panormitanus, *Commentaria*, c. 42 X, 1, 6, n. 7.

¹³⁴ Non ebbe seguito nella pratica una singolare dottrina che ravvisava nel *numerus*, nello *zelus*, nel *meritum* (ivi compresa l'*auctoritas*), tre fattori eguali e fungibili dell'elezione. Onde, applicando ad essi la regola maggioritaria, colui, che aveva per sé due di tali fattori, doveva considerarsi eletto: « Hoc autem intellige, si ex una parte sit *zelus* et *numerus*, vincunt *merita* ex altera parte meliora. Idem est si *numerus* et *merita*, dummodo digna sint; et idem videtur si *zelus* et *merita* » (Hostiensis, *De elect.*, n. 13); cfr. *Glossa* al c. 57 X, 1, 6 v. *non consenserit*; Bernardus Papiensis, *Summa de elect.*, II, 1, § 9, p. 316.

¹³⁵ Essa concorda pienamente con quanto è disposto nel c. 1, X, 3, 11.

ri fin tanto che non risultassero prove in contrario, fosse anche *major respectu sanioris consilii*¹³⁶.

L'onere della prova spettava alla *minor pars*; e se questa voleva ostacolare la decisione della maggioranza doveva dimostrare la propria *sanioritas* davanti al *superior*, al quale soltanto spettava di giudicare se il ricorso fosse più o meno fondato (« ex rationabili causa obiectum »)¹³⁷. Anche un solo individuo poteva, per questa via, ottenere che il suo parere prevalesse di contro a quello di tutti gli altri membri del collegio: « unus ergo potest contradicere totae universitati, si habet rationabilem causam »¹³⁸.

In questo sistema l'accordo fra il criterio qualitativo ed il criterio quantitativo è ottenuto mediante una finzione la quale, facendo salvo il contenuto di ciascuno dei due criteri, permette che di fatto ci si attenga secondo i casi all'uno o all'altro, alternativamente, senza che idealmente venga a mancare la loro necessaria concomitanza. Il fatto però che l'onere della prova, nel giudizio che ha luogo davanti al *superior*, spetti alla *minor (et sanior) pars*, starebbe ad indicare una posizione privilegiata del principio maggioritario di fronte al principio della *sanioritas*. Ma ciò è vero soltanto dal punto di vista pratico e formale; teoricamente e sostanzialmente i due principii sono posti in condizioni eguali.

Chi veramente si erge ad arbitro inappellabile è il *superior*, che nel giudicare della *sanitas* doveva tener conto non soltanto della legittimità, ma anche dell'opportunità delle decisioni.

¹³⁶ Goffredi de Trano, *De elect.*, n. 2: « praesumitur enim pro pluralitate »; Panormitanus, *Commentaria*, c. 57 X, 2, 6, n. 4: « maior pars numero praesumitur sanior, praesumitur enim in dubio pro numero. Haec tamen praesumptio admittit probationem in contrarium »; *Glossa* c. 1 X, 3, 11 v. *rationabiliter*; Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 327, n. 253.

¹³⁷ Innocentius, *Apparatus super 5 lib. Decretalium*, e *Compositellanus, Decretalium commentarii*, c. 1 X, 3, 11; Bernhardus Papiensis, *Summa Decretalium*, III, 10, § 1.

¹³⁸ *Glossa*, c. 11 D. 31, v. *sententiam*; *Glossa* c. 1 X, 3, 11, v. *ostensum*; Hostiensis, *loc. cit.*: « Sed et si unus habeat iustam contradicendi rationem, auditur, si hoc probaverit coram superiore ».

d) La maggioranza dei due terzi e il prevalere del principio maggioritario

L'inconveniente dell'*arbitrium boni iudicis*, che in modo speciale si faceva sentire nelle elezioni, fu appunto quello che suggerì in questo campo un correttivo al sistema tutt'ora descritto, facendo fare alla dottrina canonica un primo passo favorevole al principio maggioritario.

Ciò avvenne rinforzando semplicemente il valore della presunzione di *sanitas* a favore della *pars numerosior*, che da una *praesumptio iuris tantum* divenne una *praesumptio iuris et de iure* nel caso di *numerus multo excedens*¹³⁹. Il *numerus multo excedens* poi non tardò ad essere fissato dai più nel *numerus duplo maior*¹⁴⁰.

Finalmente, accogliendo la dottrina dominante, Gregorio X con una disposizione del Concilio di Lione del 1274 fece estendere a tutte le elezioni canoniche il principio vigente già da quasi un secolo per le elezioni papali, per cui la maggioranza di 2/3 dovesse senz'altro prevalere, indipendentemente dalla prova della *sanioritas*: « Si quando contigerit, duabus electionibus celebratis, partem alteram eligentium duplo maiorem numero inveniri, contra electores qui partem reliquam sic excedunt, ad extenuationem zeli, meriti vel auctoritatis ipsorum reliquis vel electo ab eis aliquid opponendi omnem praesenti decreto interdicimus facultatem; si quid autem opponere voluerint, quod votum illius qui opponitur, nullum redderet ipso iure, id eis non intelligimus interdictum »¹⁴¹.

Tuttavia, in due casi era ancora possibile che una minoranza numerica in virtù delle sue qualità, venisse preferita alla maggioranza. Anzitutto quando non si fosse riusciti a riunire sul medesimo candidato i due terzi dei voti, e la *sanitas* fosse dalla parte della minoranza (« numerus

¹³⁹ Cfr. *Glossa* ai *Dicta Gratiani*, c. 36 D. 6, 3 v. *nunc ergo quaeritur*.

¹⁴⁰ Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 322, n. 238; p. 328, n. 257.

¹⁴¹ C. 9 VI, 1, 6.

modice, sanitas multum excedens »¹⁴².

Ma c'era un secondo caso di maggiore importanza cui si riferiscono le ultime parole del c. 9, VI 1, 6. Il Concilio Lateranense III del 1179 aveva stabilito che gli ecclesiastici, i quali avessero eletto un candidato non degno sapendolo tale, fossero per tre anni privati del diritto elettorale¹⁴³. Ma non solo per le future elezioni valeva questa decadenza: bensì già per la elezione medesima, in cui la colpa era stata accettata¹⁴⁴. I voti della parte colpevole, i cui membri si ritenevano per *quasi mortui*, erano nulli *ipso iure*, e se colpevole era la maggioranza, la rappresentanza del corpo elettorale passava alla minoranza o anche ad una sola persona il cui candidato era senz'altro eletto: « Pars non peccans fungitur vice capituli » diceva Compostellanus. E l'Ostiense: « Ergo si a majori numero, quantumcumque volueris, indignus eligatur et minor eligat dignum, et iamsi eligat dignum canonicus unicus, uno contextu vel incontinenti, ille solus contra omnes alios obtinebit »¹⁴⁵.

Delle due eccezioni ora descritte, la prima non tardò a scomparire del tutto quando in pratica venne a mancare, malgrado il parere contrario di autorevoli canonisti, il presupposto necessario di ogni valutazione qualitativa dei voti: la pubblicità dello scrutinio.

Panormitanus, strenuo sostenitore del principio che « maioritas sine sanioritate nihil valet », disapprovava l'uso delle votazioni segrete, che forse già al suo tempo teneva a introdursi nei procedimenti elettorali: « ... in disponendis per universitatem seu capitulum non debent dari voces per lupinos, quia tunc non potest apparere quae pars sit sanior, sed solum quae major respectu numeri »¹⁴⁶.

¹⁴² Goffredi de Trano, *De elect.*, n. 17.

¹⁴³ C. 7 X, 1, 6.

¹⁴⁴ Esmein, *L'unanimité*, p. 381. Questo punto rimase tuttavia controverso nella dottrina posteriore. Cfr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 471, n. 266 in fine, e cc. 22, 23, 25, 29, 40, 53 X, 1, 6.

¹⁴⁵ Cfr. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 321, n. 234, p. 471, n. 266 e testi ivi citati.

¹⁴⁶ Panormitanus, *Commentaria*, c. 57 X, 1, 6, n. 7.

Fu il Concilio di Trento che, nel disciplinare le elezioni negli ordini monastici (il solo campo, ove dopo che l'istituzione del vescovo era divenuta attributo esclusivo del pontefice avessero ancora luogo delle elezioni), sancì espressamente la segretezza degli scrutini.

La portata ed i risultati di questa innovazione sono posti in rilievo da Gonzales Tellez: « Dicendum est temporibus concilii lateranensis suffragia non per schedulas, aut secreto fuisse praestita, sed coram tribus scrutatoribus palam ut ab ipsis posset fieri collatio meriti ad meritum, et zeli ad zelum quae in suffragiis per schedulas emissis fieri non poterat; quare, cum post dictum concilium in aliquibus ecclesiis usus invaluisset ut tam publice quam secreta suffragia praestarentur magnaque sequerentur incommoda ex praedicta collatione meriti ad meritum, concilio Tridentino (sess. 25 de regul. c. 6)¹⁴⁷ statutum fuit ut amplius non inquiratur quanam pars suffragantium sit sanior sed tantum quae sit maior et sic hodie tantum numerus attenditur, cum si persona idonea electa sit, pars maior etiam sanior praesumatur; docent Pellizarius, Barbosa et Tamburinus, quos laudat et sequitur Hieronimus Garcia¹⁴⁸ ».

L'antica presunzione che la *maior pars* sia la *pars sanior* non ammette più prova contraria, anche quando non sia raggiunto il *numerus duplo maior*. Con questo passo, decisamente favorevole al principio maggioritario, si può considerare superato l'antagonismo fra il criterio quantitativo ed il criterio qualitativo nelle elezioni canoniche.

¹⁴⁷ Ed. Schulte e Richter, p. 408.

¹⁴⁸ Gonzales Tellez, *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque librorum Decretalium Greg. IX*, sul c. 57 X, 1, 6.

III. IL FONDAMENTO ETICO-GIURIDICO DEL PRINCIPIO MAGGIORITARIO

In vano si cercherebbe nella letteratura ecclesiastica una elaborazione filosofica del principio maggioritario che equivalga, per originalità e fecondità, all'elaborazione pratica da di esso il diritto canonico ha saputo compiere, partendo da quella solida base che Roma gli aveva fornita: la dottrina della finzione.

Ciò potrà sembrare fino ad un certo punto naturale, se si osservi come, più che in qualsiasi astratta speculazione, il pensiero della Chiesa sul fondamento e sul valore etico del principio maggioritario sia stato espresso implicitamente in quelle restrizioni ed in quelle contaminazioni, a cui esso lo sottopose nella pratica, ed in quello sforzo assiduo, che il diritto canonico ha compiuto per temperare con il criterio qualitativo il puro criterio quantitativo.

Tuttavia, non potrebbe forse ravvisarsi nella gerarchia morale, che accanto a quella burocratica la Chiesa ha sempre riconosciuta come conseguenza della classificazione dei valori insita nel criterio qualitativo, un'influenza di idee platoniche?

Questo per il lato negativo della critica. Per quello positivo, sarebbe poi addirittura assurdo pretendere una giustificazione della pura legge del numero da quella istituzione che tanto l'ha contrastata prima di essere costretta ad accoglierla¹⁴⁹.

Tuttavia un'eccezione esiste. E se ad alcuno parrà eccessiva l'importanza che le attribuisco, vorrei ricordare quella regola canonica, a cui tante pagine ho dedicato, per la quale, anche di fronte ad una maggioranza notevole una minoranza che avesse in suo favore la *sanioritas*,

¹⁴⁹ Ancora oggi l'antico sistema canonico che contrapponeva, quando addirittura non sovrapponeva, l'autorità al numero, trova autorevoli difensori come lo Schrörs (*Majortät und Auctorität*, in « Hist. Polit. Blätter für das katholische Deutschland », XVI, 1922, pp. 678-688) il quale non esita a propugnare come il miglior sistema da applicarsi al moderno meccanismo parlamentare.

meritava di essere presa in considerazione. Poiché nessuno potrà contestare la qualità di *sanior* a quella voce, unica ed inascoltata, favorevole al puro principio del numero, se si considera che è dalla bocca di Sinibaldo dei Fieschi ch'è uscita.

Il fondamento etico del principio maggioritario, secondo il grande canonista, è racchiuso nel pensiero che « per plures melius veritas inquiritur ». Subito viene naturale la domanda: a che proposito furono dette queste parole?

Si trattava della sottile questione, se un membro dell'*universitas* potesse rappresentarne un altro alla votazione, sommando al voto proprio quello del rappresentato. Innocenzo¹⁵⁰ dubita che la soluzione affermativa sia giusta, appunto perché ne verrebbe scalzata la base morale e razionale del principio maggioritario, consistente secondo lui nella probabilità che il concorso psicologico di più volontà colpisca più facilmente il vero.

Singolare, e a mio avviso discutibile, a questo proposito l'opinione del Gierke¹⁵¹, il quale ravvisa nell'idea di Sinibaldo quasi la spinta (treibende Kraft) di tutta l'originale trasformazione che il principio maggioritario ha subìto nella Chiesa con l'introdursi del requisito della *sanioritas*. Oltre alla considerazione che i presupposti della dottrina della *sanioritas* risalgono all'alto medioevo, e che questa, anche come principio giuridico, precedette di molto l'opera di Innocenzo, non si riesce a comprendere come si possa collegare una giustificazione del puro criterio quantitativo di valutazione delle volontà, con una corrente di pensiero giuridico favorevole al criterio qualitativo. Tutt'al più l'idea di Innocenzo potrebbe essere la giustificazione di uno degli aspetti delle combinazioni tra numero e qualità operate dal diritto canonico e precisamente di quello che si riassume nella presunzione di *sanitas* a favore del maggior numero.

Comunque, la portata della proposizione « per plures

¹⁵⁰ *Apparatus*, al c. 42 X, 1, 6.

¹⁵¹ Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 324.

melius veritas inquiritur » trascende, e forse già trascendeva nella mente del suo enunciatore, la portata del caso pratico che ne fu la causa occasionale. E la voce di Sinibaldo, se pure non ha trovato eco fra i suoi contemporanei e i suoi successori, sembra essere lei stessa l'eco di un'antica voce, quella di Aristotele. Nell'unico tentativo canonistico di giustificare la legge del numero, rivive il pensiero greco.

Eppure non è probabile che Sinibaldo abbia conosciuto la *Politica* di Aristotele¹⁵². Da questa circostanza, se da un lato l'influenza del pensiero greco si trasforma in una pura corrispondenza, dall'altro lato la voce di Sinibaldo acquista una più alta significazione.

Poiché, quando da due geni (mi sia consentito affermare — non certo a titolo di paragone — che il pontefice giurista, pur nel suo ristrettissimo campo, ha toccato il limite del genio) anche a secoli di distanza escono due scintille di pensiero eguali, una domanda assai più grave e più urgente, che non sia quella della semplice reciproca influenza, ci si impone. La domanda, cioè, se una verità profonda non sia stata colpita ed acquisita dall'umana speculazione. Il che, per il nostro argomento, avrebbe questo significato: che — a dispetto dei pessimistici assunti dell'antica e moderna psicologia scientifica delle masse e degli avversari della democrazia — il principio che in una collettività pone sovrana la maggioranza è davvero un principio giusto, e non soltanto un espediente necessario.

Onde avrebbe ragione la volgare psicologia espressa nel celebre motto: « Monsieur Tout le Monde a plus d'esprit que monsieur de Voltaire ».

¹⁵² Il primo traduttore della *Politica* fu Guglielmo di Moerbeke, intorno al 1260; mentre Innocenzo IV morì il 7 dicembre 1254. Cfr. Carlyle, *Medieval Political Theories*, vol. II, p. 2; Hertling, *Die Geschichte der Aristotelischen Politik im Mittelalter*, in « Rhein. Museum », 1884.

Il principio maggioritario nelle elezioni dei Re e Imperatori romano-germanici

Premesse

Non ho la pretesa di aver recato con questo mio studio un qualche contributo alla storia del diritto pubblico germanico, prendendo posizione nelle ardue controversie a cui nella vastissima letteratura storica e pubblicistica tedesca l'argomento delle elezioni dei re e imperatori ha dato luogo. Ho soltanto la speranza di aver chiarito una nuova pagina della storia ed un nuovo aspetto dell'essenza del principio maggioritario. Poiché io non vollen punto, se così posso dire, studiare il principio maggioritario in funzione del diritto tedesco, si bene il diritto tedesco in funzione del principio maggioritario. Il che, evidentemente, val quanto dire che il mio intento ultimo è stato, prima ancora che di storia, di dogmatica giuridica.

Parrà intanto ad alcuno cosa singolare che si parli di una storia del principio maggioritario. Eppure anche quella semplice regola, per cui in una collettività debba prevalere quello che è voluto dai più contro quello che è voluto dai meno, ha una lunga storia; e non è affatto, come può a tutta prima sembrare e come a molti sembrò, una regola naturale e quasi insita nelle stesse primitive associazioni umane. Una regola ancora più semplice l'ha preceduta: quella per cui dovesse valere soltanto ciò che era voluto da tutti. Il passaggio dal regime dell'unanimità al regime della maggioranza segna dunque uno dei momenti decisivi nell'evoluzione delle istituzioni politiche, ed il suo studio potrebbe forse servire anche come uno dei non ultimi strumenti di interpretazione e di valutazione della civiltà di un popolo.

Da ciò ne consegue ancora — ed è quanto a noi qui