

modum illum postulat: non enim poterit aliter humano modo introduci. Et ita primum illud membrum quoad hanc partem omittimus. Ad illudque reduci possunt ecclesiasticæ traditiones, quarum initium et auctor ignoratur, et ab universa Ecclesia observantur: nam illæ etiam jus non scriptum continent, et moribus totius Ecclesiæ firmatæ sunt: nam cum Ecclesia de se universalis sit pro toto orbe, merito tales consuetudines universales, et generalissimæ dici possunt: de his vero traditionibus pauca addemus in sequenti divisione, et inde constabit an inter eas, quæ jus humanum non scriptum constituere possunt, recensendæ sint.

8. *Privata consuetudo intelligitur de una persona vel imperfecta communitate, quæ legem ferre non potest.* — Consuetudo particularis et privata est omnis illa, quæ ab una tantum persona exercetur, vel ab imperfecta communitate, cujus consensus ad legem ferendam non sufficit, ut est privata domus, seu familia, de qua, et de ejus capite, seu paterfamilias, supra, l. 1, ostendimus, non posse legem ferre. Hanc ergo privatam consuetudinem in præsentem sub consuetudine non computamus, ex illo eodem fundamento quod jus constituere non potest. Et ita docent communiter juristæ cum Bart. in dicta l. *De quibus*, et Ant. de Butrio, in cap. ult. de Consuet., et alii. Ratio vero est, quia si consuetudo sit privatæ personæ, illa non potest sibi legem propriam imponere, imo nec obligationem ex vi solius repetitionis actuum, etiamsi habeat propositum semper sic operandi, nisi addat promissionem, quæ vi sua, non ratione consuetudinis, obligabit, et non per modum legis, sed per modum facti, id est, voti, vel pacti, quo supposito, lex naturalis inducit obligationem, ut in materia de voto explicavi. Quod adeo verum est, ut, licet persona operans alias habeat potestatem condendi legem, per suam privatam consuetudinem non possit illam inducere, ut notavit Rochus supra n. 16 et 22. Quia respectu sui eadem est ratio in principe, quæ in privatis personis, quia in suis actibus propriis, vel frequentia eorum, se gerit ut privata persona, non ut princeps, nec sibi ipsi potest imperare, obligationem sibi soli directe imponendo, ut supra visum est. Respectu vero aliorum etiam non potest ex privata seu personali consuetudine principis jus consuetudinis in subditos redundare: tum quia una ex conditionibus requisitis ad jus consuetudinis, est, ut ex tacito populi consensu introducatur, qui non intervenit, nisi per usum et morem ejus-

dem populi; sine illis ergo non sufficit privata consuetudo principis; tum etiam quia non tenentur subditi principem imitari in suis actionibus, etiam honestissimis et frequentibus, nisi ipse præcipiat: non præcipit autem sufficienter operando tantum per suam privatam consuetudinem, quia illa non est expressum, nec tacitum signum voluntatis obligandi, ut per se patet. Unde recte dixit Bart. in l. 2, cod. Quæ sit longa cons., in princ., potestatem condendi legem consuetudinariam tunc solum transferri in principem, cum procedit ex populi consensu. Sic ergo personalis consuetudo nunquam inducit legem.

9. Eademque fere ratio est de consuetudine imperfectæ communitatis, ut unius familiæ, quia illa etiam non potest inducere jus, quia una familia non potest sibi imponere legem expressam, ut supra ostendi in l. 1.; ergo multo minus poterit inducere tacitam, qualis est consuetudo. Accedit quod, licet talis communitas possit aliqua privata statuta condere quæ, licet non per modum legis, saltem per modum pacti, seu mutua conventionis obligent, nihilominus etiam hoc modo non videntur posse obligari personæ talis communitatis per solam consuetudinem, quia pactum vel promissio non inducitur sola consuetudine, nisi intercedat præscriptio, vel supponatur aliqua lex, vel institutio, in qua talis consensus in obligationem pacti fundetur. Et, eadem ratione, licet paterfamilias præceptum possit ponere in sua familia, non potest per suam consuetudinem illam obligare, ob eandem rationem quod sola consuetudo personalis non est signum tacitum præcepti.

10. *Quæ sit consuetudo quæ legem inducit.* — Relinquitur ergo ut sola consuetudo quasi media, quam communem appellavimus, seu publicam, sit proprii juris humani positivi inductiva. Et ita illa sola intelligitur in hac materia nomine consuetudinis, ut senserunt Bart. in dicta l. *De quibus*, in lectur., n. 4; et Bald., in Rubr. Quæ sit longa consuetudo; Pan., Roch. et omnes in dicto c. ult. Et facile constat, tum ex sufficienti partium enumeratione; tum ex dictis circa definitionem consuetudinis, quæ in sequenti cap. quoad hanc partem magis explicabitur. Advertere autem oportet aliud esse communitatem aliquam esse capacem potestatis ad ferendas leges, aliud esse habere illam. Nam per se solum habent hanc potestatem quoad leges civiles republicæ supremæ, quæ suam jurisdictionem in principem aliquem non transtulerunt: capacitatem vero habent

## CAPUT IV.

DE TERTIA DIVISIONE CONSUETUDINIS SECUNDUM JUS, PRÆTER JUS ET CONTRA JUS, UBI NONNULLA DE TRADITIONIBUS ECCLESIASTICIS TRACTANTUR.

1. Tertio, principaliter dividitur consuetudo in eam quæ est secundum legem, præter legem, vel contra legem. Quam divisionem tradunt Abb. in dicto cap. ult. de Consuet., circa finem; et ibidem Ant. et Rochus, section. 5, numero 5; et Car., quæstione 45; et insinuat Hostiens. in Summ., § ultim., eodem titulo. Potest autem illa triplex comparatio fieri, vel ad legem naturalem, vel ad positivam divinam, vel ad humanam; et ita juxta illas tres leges consurgit triplex divisio trimembris, et de omnibus aliquid breviter dicemus, ut, rejectis quæ ad institutum non pertinent, et breviter explicatis quæ clariora sunt, ad propria et difficiliora transitum faciamus.

2. Igitur, respectu legis naturalis, nullus actus moralis videtur esse præter illam, saltem in individuo, quia omnis actus moralis in individuo est bonus vel malus (juxta probabiliorum sententiam); ergo est conformis vel difformis legi naturali, quia lex naturalis de omnibus humanis actibus disponit: consuetudo autem consurgit ex actibus in individuo factis; ergo semper est vel conformis legi naturali, vel ab illa discrepans, et ita nulla erit præter illam legem.

3. *Qui actus secundum legem naturalem, qui contra eam dici possint.* — Nihilominus tamen, loquendo de lege naturali ut prohibente actus, vel ut in rigore præcipiente exercitium eorum, sic quædam consuetudo dicetur esse secundum legem naturalem, quia ab illa procedit et per eam observatur lex ipsa naturalis. Extreme vero contraria erit contra legem, scilicet, per quam lex naturalis quovis modo violatur, etiam leviter. Alia vero erit præter naturalem legem, sive constet ex actibus indifferentibus in individuo, secundum probabilem opinionem, sive ex actibus honestis, qui, licet approbentur a lege naturali, vel præcipiantur quoad modum seu specificationem, id est, ut, si fiant, tali vel tali modo fiant, absolute non præcipiuntur quoad exercitium, sed absque lege naturali præcipiente fiunt.

4. *Consuetudo contra legem naturalem nullum effectum habet.* — Prima ergo consuetudo secundum legem naturalem, licet optima sit, ut per se constat, non tamen habet proprium ef-

omnes communitates perfectæ, seu civitates, aut populi, qui possunt propriis legibus communibus vel municipalibus obligari, etiamsi principem superiorem habeant, quia saltem ex consensu illius possunt leges ferre. Consuetudo ergo publica cujuscumque communitatis capacis obligationis propriæ legis, esse poterit inductiva juris, quantum est ex parte communitatis, etiamsi actu non habeat potestatem ferendi leges. Quamvis talis consuetudo plures conditiones requirat ad inducendam legem in communitate non habente de facto illam potestatem, quam in habente, quia saltem requirit tacitam licentiam principis, ut postea dicemus.

11. Unde tandem infertur, juxta varias communitates magis vel minus amplas seu generales, posse etiam distingui varias consuetudines publicas, et sub hoc membro medio contentas. Et juxta eandem varietatem resultat etiam varium et multiplex jus consuetudinis. Nam si communitas sit ecclesiastica, consuetudo illius inducet jus ecclesiasticum; si laica, inducet jus civile. Item in priori ordine, si consuetudo sit totius Ecclesiæ, consuetudo inducet jus canonicum commune, de quo sunt multa decreta, dist. 11; si vero sit totius provinciæ, erit quasi nationale; si vero sit specialis episcopatus, erit quasi synodale, seu diocesanum; si privati Capituli, vel communitatis, erit quasi municipale. Et cum proportionem in civilibus; nam si sit consuetudo unius regni, erit jus, ut ita dicam, regale, seu provinciale, aut nationale: si autem sit civitatis, erit municipale. Jus autem civile commune in hoc genere inveniri non potest ultra jus gentium, quia varia regna in eisdem moribus civilibus convenire non possunt; et, licet interdum in aliqua consuetudine similitudinem habere possint, non tamen per modum unius, sed per modum plurium inter se similibus; sicut in multis legibus regni varia regna concordant, lex tamen unius non obligat alios, nec e converso. Neque etiam in hoc genere existimo reperiri jus prætorium propriæ, quidquid aliqui juristæ dicant (ut videri potest apud Rochum, supra n. 22), quia illa duo, scilicet, jus prætorium et consuetudinarius, involvunt repugnantes conditiones, ut facile consideranti patebit; illud enim omitto, quia parum ad nos refert.

fectum morale, qui ad præsens spectet. Non enim introducit novam legem positivam circa eosdem actus, quia non fiunt ex tali intentione, vel voluntate, sed animo servandi legem naturalem, ut supra tactum est. Utilis vero est talis consuetudo ad corroborandam (ut sic dicam), quoad nos, naturalem legem, conservando memoriam ejus, et facilitatem præbendam toti communitati in illius observantia. Interdum etiam potest hæc consuetudo interpretari legem naturæ, si sit a prudentibus, et sapientibus, ac studiosis viris probata. Consuetudo autem contra legem naturæ non meretur nomen consuetudinis, sed corruptelæ, ut jura loquuntur. Unde nullum effectum legis habere potest, revocando, vel introducendo illam, ut docet D. Thomas 1. 2, q. 97, art. 3, ad 1, et traditur in dicto c. ultim. de Consuet., et in c. *Si consuetudo*, et in cap. *Quæ contra mores*, cum similibus, dist. 8; de hac etiam consuetudine dicitur, nullo tempore confirmari, Auth. *Ut nulli judicium liceat*, etc., collat. 9, tit. 9, c. 1. Ratio etiam evidens est, quia lex naturæ est immutabilis, ut supra vidimus, et ideo non potest abrogari. Actus etiam illi contrarii habent inseparabilem malitiam, et ideo repugnat ut sub obligationem cadant. Atque hæc rationes probant, non solum non posse introduci per hujusmodi actus legem obligantem, verum etiam nec posse auferri obligationem legis naturalis, vel tolli aliquod præceptum ejus aut omnino, aut ex parte, quia quoad hæc omnia immutabilis est lex naturalis, ut supra libro 2 visum est. Tertia vero consuetudo, quæ dicitur esse præter legem naturalem, cogitari potest vel constans ex actibus de se honestis, vel ex actibus indifferentibus. Prior est propria consuetudo de se apta ad jus inducendum, si alia concurrant. Et de illa principaliter dicturi sumus. Posterior vero, per se et ex objecto spectata, inutilis est ad jus inducendum, quia actus indifferentes, ut tales sunt, non cadunt sub obligationem; tamen, si in eis spectetur aliqua utilitas de se honesta, poterit per talem consuetudinem aliquod jus introduci, vel saltem jus humanum abrogari, ut infra, tractando de effectibus consuetudinis, explicabimus.

5. *Dubium incidens.* — Hic vero occurrit quæstio, an eodem modo censendum sit de consuetudine respectu juris gentium. In qua non agimus de consuetudine illi conformi; nam constat illam esse continuationem universalis consuetudinis, et ita esse idem jus, et non novum. Nec de consuetudine præter illud

jus est ulla difficultas; nam illa de se bona et apta ad jus introducendum esse potest, nisi aliud obstet. Difficultas ergo solum est de consuetudine contraria juri gentium; aliqui enim absolute negant posse inducere jus, ut Pan., in dicto cap. ult., et Roch. ibi, sect. 5, n. 16; ducuntur autem, quia putant jus gentium esse vere et proprie jus naturale. Nos autem supra illa distinximus, et ita, loquendo de proprio jure gentium, cessat ratio facta.

6. *Potest per consuetudinem aliquid quod est de jure gentium abrogari.* — Quapropter dicendum censeo absolute non repugnare aliquid de jure gentium per consuetudinem abrogari; ratio est, quia illud quod tantum est contra jus gentium proprium non est intrinsece malum, cum oppositum non sit de intrinseca obligatione legis naturæ. Exemplum afferri solet ex Gloss. in leg. *Si locus*, ff. *Quemadmodum servitus amittatur*; nam de jure gentium est ut nullus privetur possessione sua, etiam ad publicam utilitatem, nisi soluto pretio; et tamen consuetudine introduci potest ut sine pretio tollatur. Quod exemplum aliqui negant, tamen sine causa, quia consuetudo inducere potest modum et conditionem domini, atque adeo potest introducere ut dominia particularia includant illam conditionem, et quasi servitute respectu boni publici. Verumtamen, si attente consideretur, per illam consuetudinem non derogatur alicui legi, formaliter loquendo, sed fit mutatio in materia legis, quomodo etiam in lege naturali potest fieri hæc mutatio, ut supra dixi, et patet in exemplo præscriptionis, et similibus; unde quæ hic objici solent contra positam assertionem hoc uno verbo solvuntur. Magis accommodatum exemplum est de servitute captivorum in bello, quæ jure gentium introducta est, et per consuetudinem tolli potest, ita ut non liceat in aliqua provincia, et idem credo esse de dominiorum divisione. Et in Ecclesia potest dari exemplum: nam quadragesimale jejuniū in Ecclesia est quasi de jure gentium, et nihilominus alicubi per consuetudinem est immutatum, saltem ex parte, quoad aliquot ex primis diebus.

7. *Jus gentium, moraliter loquendo, non potest tolli totaliter.* — Addo tamen, licet aliquid de jure gentium possit ex parte consuetudine separari, tamen moraliter non accidere ut in universum tollatur, quia oportet omnes gentes in tali consuetudine juri gentium contraria concordare, quod moraliter fieri non potest; tum quia hæc uniformitas in quacum-

que materia vix invenitur; tum maxime quia jura gentium sunt valde consentanea naturæ, et ideo quæ illis opposita sunt in paucioribus contingunt. Ex quo etiam sequitur (quod est in hoc puncto advertendum) consuetudinem contrariam juri gentium ita posse probari et tolerari in aliqua natione, ut ex illa non redundet præjudicium vel injuria alterius nationis; ut, si alicubi non concederetur transitus per vias publicas, nisi sub aliqua conditione onerosa, non posset extendi ad extraneos qui in suis terris transitum sine tali conditione concedunt, nisi esset justum tributum positum ex causa peregrinos etiam comprehendente: tunc enim jam non esset contra jus gentium. Secus vero esset cessante illa ratione; tunc enim extendere consuetudinem ad extraneos, redunderet contra jus naturæ, quia privaret alios jure suo, qui non tenentur illi consuetudini parere, cum sint extra jurisdictionem eorum qui talem consuetudinem introducere potuerunt.

8. Sed hinc objici potest contra priorem resolutionem. Nam princeps non potest aliquid statuere contra jus gentium, quia potestas ejus et jurisdictio inferior est, ut ait Bald., tit. de Nativ. feud., cap. 1, et tit. Qui feudum dare possunt, cap. 1, § ult., et sequitur Jason. in l. *Quominus*, ff. de Flum. in rep., n. 3; ergo nec consuetudo unius populi poterit derogare juri gentium, quia non est potentior quam lex principis. Responderi potest primo, negando consequentiam, quia potentior esse potest consensus populi et principis simul, qui in consuetudine concurrunt, quam solus consensus principis, quo statuit legem; nam fortasse princeps non posset cogere populum ad aliquid acceptandum contra jus gentium; tamen ex communi consensu et consuetudine posset introduci. Secundo vero dico principem fortasse potest ferre legem contra jus gentium derogando illi quoad aliquid quod, in suo regno, et respectu suorum subditorum, expedit non servari, ut, verbi gratia, quod in tali regno homines non sint servi, sed omnes sint liberi, vel quid simile: nam hæc potestas non est contra rationem naturalem, nec contra debitum reipublicæ regimen. Unde, sicut rex potest statuere contra aliam consuetudinem, ita etiam contra hanc quoad illam partem quæ suum regnum concernit, quia propter solam universalitatem ibi non est fortior vel immutabilior respectu suorum subditorum, sed solum respectu aliarum nationum.

9. Secundo loco applicanda est tertia divisio supra posita ad legem positivam divinam:

nam aliqua consuetudo est secundum illam, alia præter illam, alia esse potest contra illam. Circa primum membrum, supponendum est illam consuetudinem dici nunc secundum jus divinum, quæ continet observantiam alicujus legis divinæ positivæ, et proprie præcipientis. Nam, si lex latius sumatur, ut comprehendit consilia, sic consuetudo conformis consiliis dici poterit secundum jus divinum; imo omnis consuetudo honesta quam Christus specialiter approbavit, poterit dici secundum jus divinum, et sic fere nulla erit proprie præter jus divinum. Nunc ergo omnem consuetudinem constantem ex actibus consentaneis juri divino, ab illo tamen non præceptis, vocamus præter illud jus; secundum illud ergo dicitur esse consuetudo, per quam præceptum aliquod divinum impletur. Unde sub hoc membro videntur maxime contineri aliquæ traditiones ecclesiasticæ non scriptæ. Nam quando lex divina scripta est, ut lex de Baptismo, Eucharistia, et similes, consuetudo quæ est secundum illam non pertinet ad jus non scriptum, ut ex dictis constat, quia ex lege scripta trahit originem, et non inducit novum jus. Unde, licet interdum hæc vocetur consuetudo, seu mos, ut constat ex Luc., cap. 2, et Actorum 6 et 15, intelligitur esse consuetudo facti, et observantia juris scripti, non speciale jus. Traditiones vero ecclesiasticæ non scriptæ possunt ad hoc membrum pertinere.

10. *Aliud est traditio, aliud consuetudo.* — Oportet tamen imprimis advertere in rigore aliud esse traditionem, aliud consuetudinem. Traditio enim ad mores pertinens, de qua nunc loquimur, videtur esse prima institutio alicujus operis, seu modi operandi; vel doctrina per quam talis institutio hominibus data est, seu promulgata; consuetudo vero traditionem continens est executio, et quasi conservatio primæ traditionis. Unde traditio esse potest scripta, et non scripta: consuetudo autem in usu consistit, et sic scripta non est. Ita colligitur ex Paul., 2 ad Thess. 2, dicente: *Tenele traditiones quas didicistis, sive per sermonem, sive per epistolam*, id est, sive verbo tantum, sive scripto; et ita supponit utramque traditionem. Dum vero ait *tenele*, usum et executionem præcipit, in qua consuetudo consistit. Idem sumitur ex illo 1 Corinth. 14: *Ego enim accepi a Domino quod et tradidi vobis*, utique verbo, et postea scripto, per illam Epistolam. Usus autem et consuetudinem indicat, cum dicit: *Itaque cum convenitis ad manducandum*, etc. Sic Tert., 1. de Cor. milit.,