

rium, quia talis scriptura ei non repugnat, ut supra dictum est.

12. Sed, quidquid sit de illis specialibus legibus fori, non dubium est quin potuerint dari leges scriptæ de toto negotio forensi, et aliæ quæ etiam potuerint consuetudine introduci; et ita omnia quæ diximus de stylo quoad factum, et quoad jus scriptum vel non scriptum, cum proportione possunt ad forum applicari. Addo etiam, licet in regno Castellæ leges fori ad illam materiam iudiciorum determinentur, fortasse in aliis regnis Aragoniæ, etc., alio modo vel latiori significato sumi.

13. Fora enim ibi appellari videntur leges propriæ illorum regnorum antiquæ et quasi inviolabili usu confirmatæ, et maxime quæ pertinent ad modum regiminis, et jurisdictionis principis, et subjectionis populi et nobilium, et fortasse plura complectuntur; et mihi non constat an ab expressa institutione originem habuerint, vel consuetudine sint introductæ; utroque enim modo introduci potuerunt, si iusta et rationabilia sint, ut supponimus. Exceptis ergo his specialibus vocibus, aut consuetudinibus, omnia alia jura usu introducta in quacumque morali materia generale nomen consuetudinis retinuerunt. Atque ita constat, per hanc partitionem non multiplicari formaliter, ut sic dicam, jus consuetudinarium, sed tantum materialiter, ex parte rerum seu materialium circa quas versatur. Idemque est de aliis ac similibus partitionibus, quæ facile excogitari possunt.

14. *Divisio consuetudinis ultima exponitur.*— Ultimo notanda est alia divisio, quæ utilis esse poterit ad sequentia. Nam dividi potest consuetudo in positivam, privativam, seu negativam. Prior ex positivo usu ducit originem, et in frequentia actuum quoad factum consistit, et ita quoad jus ad agendum inclinatur, vel obligat. Posterior vero consistit potius in non agendo, et ducit originem ex non usu, et ita interdum vocatur. Quatenus vero ille non usus frequens seu continuatus est, habet modum consuetudinis quæ veluti in facto consistit, et si jus aliquod inducit, ad non agendum tantum inclinatur vel obligat. Est autem hoc loco notanda distinctio de non usu negativo et privativo, quam infra circa privilegia latius explicabimus. Quia non usus negativus non inducit consuetudinem, ut recte notavit Paul. de Castro in dicta l. *De quibus*, quia non est actio nec omissio moralis, et ita non habet rationem moralis et voluntarii usus, sine quo non potest consuetudo introduci: privativus

autem non usus continuatus, aut suis temporibus repetitus, consuetudinem moralem inducit, propter contrariam rationem; maxime quia hic non usus moraliter non est sine actu positivo, sicut de omissione theologi dicunt. Id autem dupliciter contingere potest. Primo, quia ille non usus consistit in carentia alicujus circumstantiæ vel solemnitatis alicujus positivi actus, ut est, verbi gratia, incestuosum contrahere matrimonium sine dispensatione: nam ex hoc frequenti usu colligunt multi, cum Navarro, illam esse veram consuetudinem, quæ potuit auferre illud impedimentum; et talis dici potest non negativa tantum, sed positiva consuetudo, quia non est de omissione, sed de actu facto cum tali negatione, nec negatio sufficeret ad consuetudinem sine actu. Aliter vero contingit, ut non usus consistat in sola carentia actus tempore alias debito, ut erit omissio audiendi missam tali die, non obstante lege; quæ omissio, ut consuetudinem inducat, debet esse voluntaria, et ex ea parte actum aliquem includit: formaliter vero consistit in carentia actuum, et ideo privativa consuetudo dicitur. Et dici etiam potest dissuetudo, quamvis hæc vox æquivoca sit, ut notat Rochus Curt. dicta Prefat., n. 30 et 31; quia dissuetudo proprie videtur supponere consuetudinem; nam cum ab ea receditur, vocari solet dissuetudo, sive ab illa recedatur per contrarios actus, atque adeo per consuetudinem positive contrariam, sive per solam omissionem antiqui usus; utroque enim modo contingere potest, ut constat. Et hoc modo dari potest dissuetudo per contrariam consuetudinem, et potest etiam dari negativa consuetudo, quæ non sit dissuetudo, si consuetudinem oppositam non supponat. Verumtamen etiam dici potest dissuetudo sine respectu ad priorem consuetudinem, quæ præcesserit, sed tantum ad illam quæ posset vel deberet induci. Et ita videtur illa voce uti I. C. Julianus in l. *De quibus*, ff. de Legib., in fine. Et sic formaliter consistit in carentia actuum, et proprie significat consuetudinem negativam, vel privativam. Et in hoc sensu, claritatis gratia, illa voce utemur; quomodo autem illa habeat moralem vim consuetudinis, vel effectus ejus, in sequentibus videbimus.

CAPUT VI.

QUÆ SIT CONSUETUDO BONA ET RATIONABILIS, VEL PRAVA SEU IRRATIONABILIS.

1. Hæc potest esse alia divisio consuetudinis,

quæ ad moralem rationem et effectus consuetudinis explicandos necessaria est, et ideo hic esse præmittendam censui. Duplex autem divisio in titulo insinuat, una est consuetudinis in bonam et malam, alia est in rationabilem et irrationabilem, quæ voces non sunt synonymæ, sed aliquid addit secunda ultra primam, et ideo de illis sigillatim dicendum est.

2. *Consuetudo bona vel mala.*— *Consuetudo mala solum in facto esse potest, in jure nunquam.*— Cum ergo dividitur consuetudo in bonam et malam, de bonitate morali, id est, de honestate et malitia illi opposita intelligenda est, quia aliæ bonitates per se spectatæ, vel malitiæ illis tantum oppositæ, non reddunt homines aut mores eorum bonos vel malos: hic vero solum consideratur consuetudo ut moralis est, et regulam aliquam morum humanorum constituere, vel auferre potest. Et ideo etiam non adjicitur in illa divisione tertium membrum de consuetudine indifferente, quia vel in usu et exercitio dari non potest, ut est verisimilius, vel, licet admittatur, illa ut sic spectata, est impertinens ad jus constitutum, nisi reduceatur ad aliquam rationem honestatis, modo statim explicando. Unde etiam intelligi potest divisionem illam dari de consuetudine, ut est quid facti: nam jus consuetudinis non potest esse turpe, seu inhonestum, quia involvit contradictionem cum ratione juris, quod turpe sit. Sicut enim lex, si sit iniqua, non est lex, ita jus iniquum non potest esse jus, ideoque consuetudo mala solum potest esse in facto, non potest autem aliquid juris inducere, nisi cesset ejus malitia. Datur ergo divisio illa de consuetudine, ut in facto publico et communi alicujus communitatis consistit, et sic est per se satis clara; tum quoad existentiam utriusque membri, quia sicut in singulis personis possunt esse honestæ et pravæ consuetudines, ita et in populo et communitate; tum etiam quoad sufficientiam ejus, ut declaratum est; tum denique quoad membrorum distinctionem, quæ ex ipsis terminis nota videtur.

3. *Consuetudo bona duplex.*— Ut autem magis explicetur sensus distinctionis, et distinctio membrorum, adverto ulterius duobus modis esse posse consuetudinem bonam; uno modo ex parte objecti tantum, alio modo etiam ex parte operantis, et ex circumstantiis actuum honestorum, per quos introducitur, et hæc posterior dicitur bona simpliciter, prior vero secundum quid solum, scilicet objective, si cæ-

tera requisita illi desint. Quia bonum simpliciter tantum ex integra causa consurgit, et ideo, ut consuetudo sit honesta simpliciter, oportet ut per actus undique honestos generetur: ut autem sit bona tantum objective, satis est quod sit de objecto de se bono, id est, ex actibus qui ex vi objecti sui, vel boni sint, vel bene fieri possint, et ex iusta causa fieri. Atque pari ratione (licet non modo omnino simili) subdividi potest mala consuetudo. Nam quia malum est ex quocumque defectu, ideo undecumque sit mala, consuetudo potest dici mala simpliciter: nihilominus tamen una potest esse mala ex parte objecti ipsorum actuum in quorum frequentia consistit, quia nimirum ex vi objecti mali sunt: alia vero versari potest circa materiam de se non malam, et nihilominus esse aliunde mala ex parte operantis, vel ex alia circumstantia, aut conditione impediens bonitatem. Quando ergo consuetudo est mala per se et ex objecto, non meretur nomen consuetudinis, sed abusus, seu corruptelæ, ut jura loquuntur; quia talis consuetudo non potest jus proprium inducere, nec potest per illam fieri ut actus consuetus bonus sit, aut non malus. At si consuetudo sit saltem objective bona, seu non mala, licet non bene inducta fuerit, sed per actus male factos ab operante, aliquid bonæ consuetudinis retinet, et ex illa parte non repugnat, ut aliquid juris non scripti retinere seu inducere possit.

4. *Consuetudo mala intrinsece nullum jus inducit.*— Pro cujus declaratione, adverto ulterius aliquam consuetudinem posse esse malam natura sua, quia actus vel sunt intrinsece mali, vel ita sunt mali, quia prohibiti, ut per nullam humanam potestatem honestari possint, et tunc proprie dicitur consuetudo mala ex vi objecti, et de tali consuetudine certum est non posse jus aliquod inducere, quia est contra jus naturale, vel divinum, de quibus jam dictum est. Alio vero modo potest actus seu materia consuetudinis esse mala, solum quia prohibita jure humano. Et de tali consuetudine dici non potest quod sit simpliciter nulla, vel nullius momenti, ut ex statim dicendis, et ex capitibus sequentibus constabit. Et in illa habere potest locum regula illa: *Multa fieri prohibentur, quæ tamen facta tenent.* Et ratio est, quia talis consuetudo non est intrinsece mala, neque habet malitiam inseparabilem per humanam potestatem et voluntatem; et ideo, licet in fieri sit mala, potest in facto esse carere malitia, si tandem cesset, seu auferatur humana prohibitio; et

ita, absolute et simpliciter loquendo, non est illa consuetudo mala ex vi solius materiæ per se spectatæ, sed solum supposita prohibitione humana, seu ex vi illius, ideoque non repugnat aliquid juris per eam introduci. Idemque a fortiori erit si actus per quos inducitur consuetudo, nec per se mali sint, nec prohibiti etiam per legem humanam, fiant tamen cum aliqua mala circumstantia ex parte operantium; tum enim si talis circumstantia sit separabilis ab actu, fieri potest ut consuetudo quoad circumstantiam non valeat, quoad substantiam autem actus valeat, sicut alibi de voto diximus. Ut, si sit consuetudo celebrandi aliquod festum per ludos indecentes, vel taurorum agitationem, non tenet quidem consuetudo quoad modum; tenere autem potest quoad festi observationem. Et ita censendum est, nisi aliunde certo constet non fuisse populi consensus et voluntatem aliter se obligare: nam, ut infra dicemus, sine consensu non introducitur consuetudo. Tunc autem illa circumstantia dici posset de substantia talis consuetudinis, et consequenter illam esse pravam intrinsece et ex objecto, propter illam inordinationem et necessariam connexionem ejus cum actu, saltem ex primaria intentione operantium.

5. *Consuetudo rationabilis et irrationabilis.* — Jam vero occurrit dubitatio circa aliud membrum illius partitionis, continens aliam divisionem consuetudinis in rationabilem et irrationabilem; est enim obscurum an hæc duo membra idem importent quod præcedentia, et qua regula tam inter se quam ab illis discernenda sint: in hoc enim laborant doctores, et varie loquuntur. Et primo Navar., in Comment. de Spoliis, § 14, definit rationabilem consuetudinem esse illam quæ non est contra legem naturalem vel divinam, directe, vel indirecte; et e converso, omnem et solam consuetudinem quæ, directe vel indirecte, repugnat naturali legi vel divinæ, esse irrationabilem. Idem autem est consuetudinem esse contrariam legi naturali, vel divinæ, quod esse malam ex vi sui objecti, seu materiæ, ut ex declaratione data constat. Probat autem suam sententiam, primo, ex Augustino, Epist. 118, cap. 2, dicente: *Quod neque contra fidem catholicam, neque contra bonos mores esse convincitur, indifferenter est habendum.* Secundo, quia quod est contra legem naturalem vel divinam per consuetudinem induci non potest, et e converso, quidquid tale non est, per consuetudinem induci potest: ergo prior consuetudo ir-

rationabilis est, posterior vero rationabilis. Consequentia patet, quia nulla consuetudo prævalere potest, nisi rationabilis, et nulla induci non potest, nisi irrationabilis. Antecedens autem probatur, quia quidquid per legem humanam induci potest, consuetudine etiam potest induci; et e converso, quidquid non potest induci consuetudine, nec lege humana statui potest. At vero lex humana statuere potest quidquid non repugnat legi naturali nec divinæ, non vero quod illis repugnat, argumento cap. *Sunt quidam*, 27, quæst. 1, et Clement. *Pastoralis*, de Re judic.; ergo. Eadem sententiam indicat idem Navar., cons. 3 de Censib., dicens non esse irrationabilem consuetudinem, nisi quæ est contra jus naturale vel divinum. Quod etiam sensit Gerson., 3 p. Alphab. 62, lit. P., Supplement. Gabr. 4, dist. 42, quæst. 1, art. 3, dub. 6.

6. Alii vero aliter dicunt omnem consuetudinem malam, quia est contra legem, sive naturalem, sive divinam, sive humanam, esse irrationabilem. Unde, e contrario, judicant illam consuetudinem esse rationabilem, quæ bona est saltem ex parte operis et materiæ non prohibita, quidquid sit de malitia quasi extrinseca et per accidens ex parte operantis. Citatur Glossa in cap. ult. de Consuetud., verb. *Rationabilis*, dicens: *Illam dico rationabilem, quam non improbant jura.* Clarius Glossa in c. *Ad nostram*, eodem, verb. *Canonicis*, dicens: *Non valet consuetudo contra canonicam institutionem;* et videtur sumi ex illo textu, in quo quædam consuetudo minus rationabilis dicitur, quia *canonicis obviat institutis*: ergo satis est consuetudinem esse malam, quia prohibita per ecclesiasticam legem, ut irrationabilis censetur. Item facit c. *Cum non liceat*, de Præscript., quatenus statuit *non posse præscribi contra obedientiam.* Et alia multa jura similia a prædictis glossis allegantur. Ratione etiam confirmari potest, quia lex juxta est rationabilis; ergo consuetudo illi contraria erit irrationabilis; ergo omnis consuetudo mala, sive ex natura rei, sive quia prohibita jure divino vel humano, irrationabilis erit: et e converso omnis non prohibita erit rationabilis.

7. *Impugnatur præcedens sententia primo.* — Sed nihilominus dico imprimis consuetudinem rationabilem et irrationabilem non directe distingui per hoc, quod sint vel non sint prohibita jure naturali vel divino, nec per bonitatem vel malitiam quam ex vi materiæ vel objecti habeant. Probat, quia, licet omnis usus contrarius juri divino vel naturali

irrationabilis sit, non tamen solus ille: quod declaro dupliciter. Primo, quia si loquamur de usu spectato in ordine ad inducendum jus consuetudinis, sic aliquis usus, seu consuetudo potest esse undique honesta in facto, et in ordine ad jus inducendum esse irrationabilis, non quia in bonitate deficiat, sed potius (ut ita dicam) quia excedat: talis autem consuetudo non est contra jus naturale, vel divinum, directe, vel indirecte: ergo. Major patet de consuetudine audiendi Missam quotidie a toto populo observata, quæ honestissima est, et si fieret animo inducendi jus, quoad id imprudenter fieret, ac subinde irrationabilis sub ea ratione dici posset, et idem est in similibus. Hæc vero ratio non convincit, quia talis consuetudo non est irrationabilis, sed intentio inducendi obligationem per illam seu ad illam est irrationabilis, et ut sic dici potest contra naturale jus. Sicut lex positiva id præcipiens non esset de materia irrationabili in se, ipsa tamen lex esset irrationabilis, et ut sic esset contra naturalem rationem, et prudentiam. Quod si sub ea ratione dicatur materia illa irrationabilis, non quia mala, sed quia improporcionata ad legem communem, etiam illo modo repugnat rationi naturali, dictanti non omnem materiam honestam esse materiam legis humanæ: idem autem cum proportione est de jure tacito consuetudinis, et de expresso legis. Solum ergo illa ratione probatur posse jus consuetudinis esse irrationabile, ac subinde nullum, licet consuetudo secundum se irrationabilis non sit, sed honestissima, quod verissimum est, sicut potest esse lex iniqua, licet res præcepta iniqua non sit. Nihilominus tamen illa ratio videtur efficax contra Navarrum, tum quia destruit fundamentum ejus, ut statim ostendam; tum quia illa videtur sentire consuetudinem non esse irrationabilem in ordine ad jus inducendum, nisi quia directe vel indirecte est contra legem divinam, vel naturalem in actibus suis, seu in ipso facto, ut in suo fundamento ostendit.

8. *Impugnatur secundo.* — Secundo vero impugnatur clarius illa sententia, quia multæ consuetudines, non contrariæ divino vel naturali juri, censentur in jure irrationabiles, non solum in ordine ad jus inducendum propter excessum bonitatis, sed absolute, et secundum se, propter defectum aliquem, seu inordinationem, quæ, licet non attingat illum gradum malitiæ, sufficit ad constituendam consuetudinem irrationabilem; ergo, ut consuetudo sit rationabilis, non sufficit illa duplex nega-

tio; nec quod sit bona, aut non mala, quantum est ex vi objecti. Probat, antecedens, ex consuetudine non servandi interdictum generale loci quoad aliquas circumstantias ejus, de qua loquitur cap. *Cum inter*, de Consuetud., et dicitur esse irrationabilis, cum tamen nihil contineat contra jus divinum vel naturale; ubi Abb., notab. 3, advertit omnem consuetudinem contra honestatem esse irrationabilem, juxta cap. *Cum ducerem*, de Vit. et honest. cleric. Intelligit autem contra honestatem, id est, contra decentiam, quæ non semper includit aliquid contra jus divinum vel naturale; ut verbi gratia, quod laici in choro sedeant cum clericis, non est contra jus divinum vel naturale, et tamen indecorum est, et ideo non potest consuetudine introduci. Idem censent canonistæ de consuetudine venandi causa voluptatis in clericis, ut Joann. Andr. in cap. 2 de Cler. venat., et multa similia refert Rochus in cap. ult. de Consuet., n. 30. Diceret tamen Navarr. hæc et similia esse indirecte contra legem, vel divinam, vel naturalem. Sed hoc non satisfacit; tum quia explicari satis non potest in quo consistat illud *indirecte*, cum totum illud factum possit consistere sine violatione legis divinæ aut naturalis; tum quia magis videtur indirecte contra jus naturale opus prohibitum lege humana, cum jus naturale præcipiat superioribus obedire, et tamen ipse Navarrus negat illam consuetudinem esse directe vel indirecte contra jus naturale vel divinum; tum denique quia saltem concluditur consuetudinem illam non esse malam ex vi materiæ et objecti, et nihilominus irrationabilem reputari.

9. *Retorquetur Navarri argumentum.* — Tandem fundamentum Navarri contra illum retorqueri potest; falsum est enim legem humanam posse præcipere quidquid non repugnat legi divinæ vel naturali: nam, licet non possit præcipere aliquid eis repugnans, non ideo potest præcipere quidquid eis non repugnat, ut supra dictum est. Et patet in operibus consiliorum, vel etiam in bonis, quæ repugnant consiliis, ut est matrimonium, et (magis ad causam) in operibus minus convenientibus vel decentibus, licet contra illa jura non sint, ut esset lex præcipiens ludos minus decentes, aut non expedientes, etiamsi mali non essent: vel concedens clericis actum vel habitum non satis honestum, vel similia: ergo leges humanæ possunt esse irrationabiles, etiamsi non sint pravæ ex materia prohibita jure divino vel naturali: idem ergo esse potest in consuetudine.