

10. *Ut consuetudo irrationabilis sit, non requiritur ut sit contra jura canonica.*—Deinde, contra aliam sententiam addo, ut aliqua consuetudo irrationabilis sit, non sufficere quod sit contra jura canonica, neque id semper esse necessarium. Ita sentiunt Panorm. et fere alii in d. cap. ult. de Consuet., Bart. in dict. 1. *De quibus*, ff. de Legib., et in l. 2, c. Quæ sit longa consuet., et alii quos statim referam. Et probatur prior pars, quia consuetudo irrationabilis non potest prævalere contra legem humanam, ut habetur in d. cap. ult. de Consuet., et tamen consuetudo contraria legi humanæ potest prævalere contra illam, ut infra ostendemus: ergo non omnis consuetudo contraria legi humanæ potest censi irrationabilis. Altera pars clara est in his quæ sunt contra jus divinum vel naturale, licet non sint specialiter prohibita per legem humanam. Præter hæc vero sunt aliqua quæ, licet nulla lege specialiter sint prohibita, habent indecentiam vel conditionem aliquam, ob quam inepta et indigna censentur, ut per consuetudinem inducantur: ergo in talibus consuetudo erit irrationabilis, etiamsi canonibus, seu legibus contraria non sit. Antecedens declaratur ex illo Pauli 1 Cor. 11: *Omnis vir orans aut prophetans velato capite, deturpat caput suum*; et infra: *Turpe est mulierem tonderi, aut decolorari*; hæc enim et similia non sunt absolute prohibita jure naturæ, tanquam moraliter mala, et nihilominus, licet nulla lege positiva divina vel humana vetentur, habent quamdam indecentiam, ut significavit Paulus subjungens: *Neque ipsa natura docet vos quod vir quidem si comam nutriat, ignominia est illi; mulier autem si comam nutriat, gloria est illi*; ubi Ambrosius *naturaliter hoc honestum, et propemodum decretum vult esse*. Ubi merito dixit *naturaliter et propemodum*, quia, seclusa lege positiva, hæc decentia naturalis est, non lege naturali rigore contrarium prohibente, sed *propemodum*. Id autem sufficit ut consuetudo illi decentiæ contraria irrationabilis sit. Potest etiam hoc declarari ex operibus quæ, licet lege positiva non prohibeantur, neque intrinsecam habeant malitiam, in malum sonare dicuntur a theologis, quia periculum mali habent, præsertim si frequenter fiant, aut communiter permittantur, ut est vendere officia justitiæ, item dona recipere ministros justitiæ, item dare spirituale, interveniente dono temporali, etiamsi non detur in pretium, item subditos non visitari, aut corrigi a prelatiis, et similia. Consuetudines ergo de hujusmodi rebus, se-

clusa lege prohibente, irrationabiles merito censentur. Denique hoc declarari potest ex his quæ diximus in materia de juramento et de voto, aliqua esse quæ, licet non male fiant, male promittuntur, ut maritum non accusare mulierem de adulterio, non revocare testamentum, et similia; et ita potest esse promissio irrationabilis, etiamsi materia ejus nulla lege prohibita sit: ita ergo consuetudo. Et talis est in universum illa quæ præbet licentiam peccandi, ut esset, quod filii spurii essent æque hæredes ac legitimi, quod homicidium levi pœna pecuniaria puniretur. Quæ exempla cum aliis late prosequitur Rochus dicto cap. ult., num. 26.

11. *Consuetudo mala esse potest, licet ex materia mala non sit.*—Unde concludo consuetudinem posse esse irrationabilem, etiamsi ex materia mala non sit, ut patet, si contingat materiam ejus esse indecentem, vel habere aliquid periculi vel incommodi, si publice et communiter introducat, et nihilominus nec per se mala sit, nec prohibita jure aliquo positivo, ut in multis ex dictis exemplis contingere potest. Et e contrario etiam posse esse consuetudinem malam saltem in fieri, et in actibus per quos introducitur, quia nimirum prohibiti sunt saltem per legem humanam, et nihilominus non esse irrationabilem, quia, seclusa lege humana, materia illa non esset omnino inepta ad consuetudinem circa illam introducendam. Et ita sentit aperte Panorm. in d. cap. ult., n. 4, ubi dicit verba illius textus dicentis, non esse vilem auctoritatem longævæ consuetudinis, etiam de mala posse intelligi: nam potest prævalere contra legem, si rationabilis sit: supponit ergo malam consuetudinem posse esse rationabilem. Hoc autem intelligendum est de illa quæ ita est mala in fieri, ut in facto esse possit esse non mala, ut in sequentibus explicabitur.

12. Atque ita etiam concluditur non esse eandem partitionem consuetudinis in bonam et malam, et in rationabilem vel irrationabilem. Et ratio reddi potest, quia bonitas et malitia attenduntur ex objectis, seu ex lege prohibente aut non prohibente: rationabilitas autem vel irrationabilitas videntur consideranda ex proportione ad communem usum et jus consuetudinis, ut in cap. seq. magis explicabo. Neque contra hoc obstant adducta in secunda opinione, quia jura et Glossæ ibi citatæ in alio sensu loquuntur, ut statim in alio membro harum divisionum explicabitur. Ratio autem ibi facta inquit quomodo possit

consuetudo legi contraria esse rationabilis, quod tractabimus infra, disputando quomodo consuetudo contra legem humanam prævaleat.

13. Superest vero inquirendum in quo consistat consuetudinem aliquam esse irrationabilem, vel quid ad illam requiratur ultra vel extra prohibitionem, et e converso, quid, præter bonitatem, necessarium sit ut consuetudo censeatur rationabilis, ac denique qua regula possit hoc discerni. De qua re tractat late Panorm. in d. cap. ult. de Consuet., n. 5 et 6, ubi varias refert opiniones. Idem late Rochus, in d. tract., sect. 2, a n. 20; Bart., in d. l. *De quibus*, et in dicta l. 2, c. Quæ sit longa consuet. etc., ubi etiam Jason. et alii, et plura refert Menoch., lib. 2 de Arbitrar., cent. 1, in casu 82. In summa vero uno ex duobus modis declarant illa membra, eorumque distinctionem.

14. *Irrationabilis consuetudo.*—Primo, per effectus, scilicet, ut illa censeatur irrationabilis consuetudo quæ fuerit contra ecclesiasticam libertatem vel quæ licentiam, vel occasionem peccandi aliquo modo præbuerit, vel communi utilitati sit periculosa, vel aliam similem conditionem habuerit, etiamsi contra jus divinum non sit; nam si hoc habuerit, illa maxime irrationabilis semper censetur. E contrario vero illa judicabitur rationabilis, quæ nec fuerit contraria juri divino aut naturali, nec aliquam ex dictis conditionibus habuerit. Et forte Navarrus supra nihil aliud in re intendit, sed videtur existimasse hæc omnia brevius comprehendendi per illam particulam directe vel indirecte, quæ tamen multo obscurior mihi videtur, quia, ut intelligi possit, non potest aliter quam per similia exempla explicari. Et illud indirectum nunquam est necessarium esse tale, ut, ratione illius, materia consuetudinis vere et in rigore habeat intrinsecam malitiam contrariam juri naturali: nam revera hoc necessarium non est ad consuetudinem irrationabilem, ut ostendi.

15. Alius modus respondendi est, de hac re non posse absolutam regulam generalem tradi, sed relinquendum esse arbitrio prudentis. Quam regulam tradit Glossa in c. 1 de Constit., in 6, verb. *Rationabile*, quam ibi Franc. et alii sequuntur; et fuit sententia Hostiens. in sum., tit. de Consuetud., § *Quid sit consuetudo*, eumque sequuntur Joan. Andr., Panorm. et alii in dicto cap. ult. de Consuetud., cum Bart. et aliis; qui quidem priorem respondendi modum non rejiciunt, sed illum acceptant ut aptum

ad informandum animum ejus qui in particulari hoc judicaturus est, ultimam vero resolutionem ponunt in prudenti arbitrio. Ipsi vero hoc declarant in ordine ad judicem, qui in exteriori foro de qualitate consuetudinis judicaturus est; cum proportione vero applicari potest ad confessorem in suo judicio poenitentiali, et ad doctorem in consilio ferendo. Intellegitur etiam hoc habere locum quando per jus positivum declaratum non est an consuetudo sit irrationabilis; nam si lege hoc declaratum sit, illi standum est per se loquendo, ut mox explicabimus. Addit denique Bald. in d. l. *De quibus*, et Fontan., in Schol. marginali, ad dictum cap. 1 de Constit., in 6, in dubio præsumi consuetudinem rationabilem, et pro illa esse ferendum judicium. Quod intelligo quando consuetudo est antiqua, et a viris probis, vel indifferenter ab omnibus servata est. Et hoc modo explicata hæc resolutio mihi valde probatur.

16. Ad majorem tamen illius declarationem occurrit addenda regula insinuata in c. 1, de his quæ fiunt a majori parte Capituli, ubi illæ consuetudines judicantur irrationabiles, *quæ nec ratione juvantur, nec sacris congruunt institutis*. Qui textus sumptus est ex Concil. Lateran. sub Alexand. III, part. 1, cap. 16, ubi affirmative præcipitur servare consuetudines *quæ ratione juvantur, et sacris congruunt institutis*. Ex utrisque autem verbis potest colligi consuetudinem esse irrationabilem, si ratione destituitur, etiamsi contra rationem aperte non sit. Ad judicandum autem an sit omnino ratione carens, oportet advertere consuetudinem in præsentem maxime dici rationabilem vel irrationabilem in ordine ad ejus effectum morale, qui potest esse varius. Nam interdum habet effectum obligandi ad ejus observantiam, aliquando solum permittendi talem usum, revocando legem illum prohibentem: nonnunquam solum habet vim approbandi tale factum, vel ad summum excitandi et inclinandi rationabiliter ad usum ejus. Et ideo attente est considerandus effectus respectu cujus dicitur consuetudo rationabilis, vel irrationabilis, ut talis judicetur. Nam plures conditiones potest requirere ad unum finem, seu effectum, quam ad alium. Plus enim requiritur ut consuetudo inducat legem, verbi gratia, quam ut sit honesta; et ideo, ut sit rationabilis in ordine ad illum finem, ultra honestatem, oportet considerare an habeat alias conditiones legis justæ, ut quod sit obligatio ejus tolerabilis, et communi bono utilis. Si vero consuetudo spectetur

in ordine ad revocationem legis humanæ, ut sit rationabilis, non est necesse ut non sit mala, saltem quia prohibita, sed ex ea parte sufficere ut per se, et seclusa lege prohibente, mala non sit. Oportebit autem ut habeat causam aliquam rationabilem, ob quam contra legem inducatur. Quia alias irrationabiliter induceretur contra legem: nam in universum revocatio legis justæ, si absque legitima causa fiat, irrationabilis est, ut infra dicemus.

17. *Duo effectus præcipui in hac materia. — Optima regula dignoscendi consuetudinem rationabilem vel irrationabilem. —* Quocirca, considerando consuetudinem in ordine ad hos duos effectus qui in hac materia sunt præcipui, obligandi ad similes actus, vel deobligandi ab illis, non obstante lege, optima regula mihi esse videtur ut, supposita honestate materiæ, saltem quoad non repugnantiam cum divina vel naturali lege, applicentur ad consuetudinem conditiones necessariae ad legem justam, vel ad justam revocationem legis. Nam si in consuetudine cum proportionem inventæ fuerint, cum eadem erit rationabilis; si autem defuerint, erit irrationabilis per comparisonem ad talem effectum. Et hanc regulam invenio traditam a Gemin. in cap. 1 de Constitut. in 6; Anton., in cap. ult. de Consuet., quos imitatur Sylvester, verb. *Consuetudo*, quæst. 1; Soto, lib. 1 de Just., q. 7, art. 2; Sanc., lib. 7 de Matrim., disput. 4, n. 41. Dixi autem per comparisonem, etc., quia si consuetudo solum consideretur absolute quoad usum, seu voluntariam imitationem, sic rationabilis erit, si sit honesta. Et juxta hanc regulam, erit facile ferre iudicium de consuetudine in ordine ad quemcumque alium effectum ejus, ut, declarando ipsos effectus, in sequentibus magis explicabimus. Et in sequenti puncto alia subdivisio consuetudinis irrationabilis declarabitur.

CAPUT VII.

QUÆ CONSUETUDO SIT VEL NON SIT IN JURE REPROBATA.

1. *Consuetudo per legem declarari debet vel prohiberi sub tali titulo quod irrationabilis sit. —* Explicanda sequitur alia divisio consuetudinis in reprobata in jure, vel permissam, quæ, licet affinis sit præcedentibus, distincta est, ut videbimus. Titulus autem quæstionis intelligitur de jure positivo humano; nam de jure naturali sufficiunt quæ in superiori capite

QUÆ CONSUETUDO APPELLATUR.

dicta sunt. Quia illa consuetudo, quæ prudenti arbitrio secundum rectam rationem naturalem judicata fuerit irrationabilis, erit etiam reprobata in jure naturali, et quæ secundum rectam rationem non apparuerit irrationabilis, non erit reprobata in eodem jure. Jus autem divinum de hoc nihil disponit, ut constat. Igitur, de jure positivo, imprimis videndum est quæ consuetudo censenda sit reprobata in jure. Aliqui enim censent omnem consuetudinem expresse, ac in specie abrogatam per legem, esse in jure reprobata. Alii addunt hoc non sufficere, sed necessarium esse ut consuetudo per legem prohibeatur. Alii vero existimant etiam hoc non sufficere, sed oportere ut consuetudo per legem declaretur irrationabilis, vel prohibeatur specialiter sub hoc titulo, seu propter hanc causam, quod irrationabilis sit. Et hæc ultima sententia vera est, et magis recepta, eamque tenent aperte Navarrus loco supra citato, et Covarr., et alii statim citandi: illam autem exponere et probare necesse est.

2. *Prima conclusio. — Axioma illud, non obstante quacumque consuetudine, quomodo intelligendum sit. —* Dico ergo, legem humanam interdum abrogare consuetudinem, interdum etiam prohibere, aliquando vero reprobare, et hæc tria esse diversa. Hoc non invenio ita expresse declaratum in auctoribus, imo reperio sæpe confundere terminos: re tamen vera illa tria distincta sunt, et ita ex communi doctrina colligitur: imo posset addi quartum membrum, scilicet, *resistere simpliciter consuetudini*, sed hoc, licet aliquo modo sit diversum, cum tertio coincidere videtur. Probo igitur singula. Et primo, de abrogatione, seu revocatione, dico solum auferre præexistentem consuetudinem. Nam verbum derogandi aut revocandi, vel (quod perinde est) clausula revocatoria absolute proposita in proprietate sermonis solum cadit in præteritum factum: ergo lex abrogans consuetudinem solum cadit in consuetudinem præexistentem, sicut lex revocans legem contrariam, in præexistentem legem cadit: nam si nulla præexisteret, non esset necessaria, imo vana esset revocatio, nec fieri posset, nisi ex deceptione, vel sub conditione, si talis lex sit, et ita etiam semper fertur ad præexistentem legem: idem ergo de lege revocante consuetudinem. Unde fit ut, quando in lege tantum additur clausula, *Non obstante quacumque consuetudine*, ut in *Clement. Statutum*, de Elect., et similibus, per illam solum abrogetur præexistens consuetudo, non tamen prohibeatur consuetudo in futurum,

quia clausula illa non respicit futurum tempus, sed tantum præteritum. Quia consuetudo, quæ in futuro tempore esse potest, et nondum est, non potest resistere legi, quæ nunc fit: illa autem clausula solum tollit consuetudinem quæ tali legi resistere possit: cadit ergo in præexistentem, et non extenditur ad futuram. Et idem est de quibuscumque verbis revocantibus consuetudinem, nisi in eis aliquid addatur; et ratio juvat, quia talis effectus odiosus est, et ideo verba extendi non debent ultra vim et rigorem suum. Confirmat hoc etiam usus; nam, quando legislator amplius vult efficere, id declarat, ut statim dicemus.

3. *Pura consuetudinis abrogatio non est illius reprobatio. —* Et ob easdem fere rationes pura consuetudinis abrogatio non est illius reprobatio, quia potest abrogari consuetudo, non quia irrationabilis, sed solum quia ita placet legislatori, quia iudicat ita nunc magis expedire. Potest autem consuetudo aliqua nunc minus expedire, etiamsi de se non sit mala nec irrationabilis, quod videtur per se notum, supposita declaratione consuetudinis malæ et irrationabilis in superioribus data. Ergo quando lex revocat consuetudinem pure et sine alia declaratione, non præsumitur illam damnare ut irrationabilem. Sicut quando lex posterior revocat priorem, non ideo præsumitur illam reprobare ut malam, vel irrationabilem. Et generatim loquendo, secundum jus, quod non probatur esse pravum, nec ut tale reprobatur, non præsumitur malum, sed potius bonum, etiamsi aliud ibi præferatur, quia potest esse melius, vel hic et nunc magis expediens reputari. Denique sumitur hoc satis clare ex c. 1 de Constit., in 6; dicitur enim ibi *legem non abrogare consuetudinem rationabilem, nisi expresse caveatur in ipsa*: ergo supponit interdum legem revocare consuetudinem rationabilem; ergo ex sola revocatione non colligitur consuetudinem esse irrationabilem, aut reprobata. Et hæc doctrina quoad utramque partem communis est, ex Glossa in *Clem. Statutum*, v. *Consuetudine*, de Elect.; et ibi Imol. et Domin. in c. *Licet*, de Constit., in 6; Angel., verb. *Consuetudo*, n. 9; Sylvest., q. 6, n. 10, licet prius videatur repugnare, de quo statim dicam; et idem tenent Anchar., Abb., cum aliis, in cap. ultim. de Constit.; Felin. in cap. 2 de Probat., n. 11, ubi refert Bart., Bald., et alios. Idem tenet Navarr. supra, et Covarr. lib. 3 Variar., cap. 13, n. 4, concl. 4, licet in secunda aliter loquatur cum Anton., de quo jam dicam.

4. Contra priorem enim partem videtur sentire Anton., 1 p., tit. 16, § 6, citans Archid. et Joan. Andr. in c. 1 de Const., in 6. Dicit enim, licet lex non improbet consuetudinem contrariam, si absolute et simpliciter illam tollat, intelligi de consuetudine inducta et inducenda. Et idem videntur dicere Angel. supra, et Sylvest., n. 9, quando lex addit clausulam derogatoriam consuetudinis, et in eam sententiam citant Bart. et Anton., sumpseruntque ex Panormit. in c. 2 de Probat., n. 8, et Felin., num. 11. Et videntur intelligere, etiamsi lex expresse non prohibeat pro tempore futuro. Nam eo tendit ratio eorum, scilicet, quia lex semper loquitur; ergo si semel expresse derogat consuetudini, semper derogat, et illi resistit. Et posset pro eadem sententia referri Covarr. supra, in secunda conclusione. Verumtamen ille utitur verbo *reprobandi*, de quo alia est ratio, ut statim dicam. Alii vero auctores, ne sibi sint contrarii, non loquuntur de lege tantum revocante consuetudinem, sed de resistente simpliciter consuetudini, de qua etiam alia est ratio, ut statim explicabo, indicando verba quibus fiat a lege talis resistantia, et quem effectum habeat. Et ita ratio adducta ad summum potest habere aliquam vim in lege simpliciter resistente consuetudini, contra doctrinam autem datam non urget. Nam lex disponens circa actum præteritum tantum, semper quidem loquitur contra illum, nunquam tamen loqui potest contra futurum, quod non erat factum quando lex illa fuit condita.

5. *Legem prohibentem sibi contrariam consuetudinem, tam præteritam quam futuram complecti. —* Secundo, de prohibitione dicendum est legem prohibentem sibi contrariam consuetudinem, non tantum præteritam consuetudinem, sed etiam futuram tollere, seu potius impedire aut prævenire ne introducatur, non tamen propterea reprobare talem consuetudinem. Prior pars supponit interdum legem prohibere futuram consuetudinem, quod est commune, et in exemplum adduci solet, l. 3, § *Dicus*, ff. de Sepulcr. viol., quæ de statuto municipali loquitur, per æquiparationem tamen adducitur. Et ita Tiraquel. in Præfat. ad *Retract.*, n. 17, in fine, ex illa colligit: *Cum lex damnat* (id est, prohibet) *consuetudinem futuram, id nuncupatim exprimere*. Priorem ergo partem intendunt auctores proxime allegati, Anton., Angel., Sylvest. Et eandem expressius posuit Navar. et Soto libr. 1 de Justit., quæst. 7, art. 2. Et ratio est clara, quia prohi-