

fundatus; alter vero, qui est positivus, cum sit ex humano jure, potest mutationem recipere, vel per novum jus, vel interdum per ipsarum rerum mutationem, ut sensit Panormitan. dicto cap. 2 de Probat., n. 8, et in capit. ult. de Consuet., n. 12, et infra in cap. 16 magis explicabitur.

CAPUT VIII.

DE ALIA DIVISIONE CONSUETUDINIS, IN PRÆSCRIPTAM ET NON PRÆSCRIPTAM.

1. Hæc est ultima divisio consuetudinis, quam in hoc capite explicare decrevi, quia et ad loquendum in hac materia, et ad effectus consuetudinis explicandos necessaria est. Quia vero præcipua difficultas versatur circa consuetudinem præscriptam, ideo de illa præcipue quaerimus; nam, illa explicata, facile erit aliud membrum exponere. Quidam ergo legistæ dixerunt nullam esse consuetudinem præscriptam. Ita tenuerunt Cynus et Petrus, relati ab Abb., dicto capit. ultim., et Angel., in leg. *Si quis emptionis*, c. de Præscription. 30 annor. Movebantur, quia consuetudo non est jus dispositum, sed disponens: sic enim, in capit. 1, diximus consuetudinem de qua tractamus a præscriptione distingui, ac subinde consuetudinem hanc non esse præscriptionem: ergo fieri non potest ut talis consuetudo præscripta sit. Probatur consequentia, quia, vel cum dicitur consuetudo præscripta, intelligitur de consuetudine juris, vel de consuetudine facti. Primum separari non potest a secundo, quia omne id quod præscribitur, aliquo usu præscribitur: ergo si jus consuetudinis præscribitur, aliquo usu præscribi debet, qui usus non est, nisi ipsa consuetudo facti. Quod si de illa sit sermo, interrogo rursus quo usu præscribi possit, an usu a se distincto, vel seipsa: non primum, quia consuetudine non utimur alio usu, sed seipsa, quia ipsa est quidam usus, et de usu non datur alius usus, alias procederet in infinitum; nec etiam seipsa, quia ipsa non est præscriptio, ut supponitur: nihil autem præscribi potest, nisi aliqua præscriptione. Et confirmatur, quia omnis præscriptio requirit bonam fidem: hæc autem in hac consuetudine non est necessaria, quia per actus peccaminosos interdum fit, ut diximus. Item præscriptio requirit aliquod tempus lege statutum, in hac vero consuetudine nulla est lex quæ certum tempus ad illam requirat. Denique omnis præscriptio est contra aliquem invitum,

hæc autem minime. Non ergo potest requiri in hac consuetudine quod sit præscripta, et sic non subsistet divisio.

2. *Consuetudo præscripta approbatur.* — Nihilominus dicendum est, primo, aliquam esse consuetudinem disponentem, seu legalem, quæ præscripta esse potest. Hæc assertio est expressa in jure, c. ult. de Consuetud., ibi, et legitime præscripta; et insinuatur satis in c. *Non est*, eodem, in 6; et in c. *Cum dilectus*, eodem, ubi Glossa ultima notat, et in c. *Cum Ecclesia*, de Caus. posses., ubi etiam id advertit Glossa, verb. *De consuetudine*, et aliis similibus quæ ab auctoribus referuntur. In quibus tamen cavendum est quod differenter allegant jura, quæ de propria præscriptione rerum seu privatorum jurium dicuntur, cum tamen nos non de præscriptione, sed de consuetudine legali tractemus, in qua vix invenio jus requirens consuetudinem præscriptam, præter dictum cap. ultim. Nam caput *Non est* forte de præscriptione loquitur, quia agit de consuetudine Episcopi ad utendum jurisdictione sine consilio Capituli; caput autem *Cum dilectus* non nominat præscriptam consuetudinem, sed solum dicit: *Si talis fuerit consuetudo, quæ juri communi præjudicet*; caput autem *Cum Ecclesia* optime de præscriptione propria juris eligendi intelligitur, et de eodem loquitur caput *Cumana*, de Elect.; et similia, quæ citantur. Verumtamen sufficit nobis unum jus, ut a verbis illius recedendum non sit. Et ita in hoc conveniunt canonistæ ibi, et Panormit., n. 7 et sequent.; Rochus late in sect. 3, a principio, et ibidem Antonin. et alii; Cardin. in cap. *Frustra*, dist. 8; et expresse Bart. contra Petrum quem allegat in leg. *De quibus*, et in repet., q. 2, n. 15; et ibidem Bald., Jason, et alii; estque optima Glossa, quæ ita loquitur in leg. *Nemo*, 166, ff. de Regul. jur. Et licet videatur quæstio de modo loquendi, ad illam explicandam, necesse est reddere rationem illius locutionis, quam dicti juristæ fere reddunt per solam nominis interpretationem. Panormitanus ait, consuetudinem esse præscriptam, nihil aliud significare, nisi esse obtentam per cursum temporis requisiti ad præscriptionem. Et similiter dixit Rochus idem esse dicere, consuetudinem debere esse præscriptam, quod dicere, postulare temporis diuturnitatem; et Bald. supra, opposit. 7, dixit, esse præscriptam, id est, cursu temporis perfectam, roboratam ac firmatam. Bartol. vero exponit, dici præscriptam, id est, consuetudine inductam ad modum servitutis. Quod videtur

diversum; tamen utrumque in bono sensu verum est.

3. *Tam consuetudo ipsa quam jus per illam acquisitum dici potest præscribi.* — Ad hanc ergo assertionem et rationem ejus magis explicandum, adverte, tam in præscriptione propria quam in consuetudine, dici posse præscriptam, et consuetudinem ipsam, et jus quod per illam acquiritur. Sic enim in propria præscriptione dicitur domus, vel servitus, vel actio præscripta, et consequenter consuetudo utendi tali re est ipsa præscriptio; non tamen est talis, nisi debito tempore cum aliis circumstantiis consummata sit; et ideo, quando talis est, dicitur etiam præscripta, ut distinguatur a consuetudine inchoata, vel alio modo imperfecta. Sic ergo in præsentis consuetudo, ut est quid juris, esse potest præscripta, quia per consuetudinem consummatam, id est, habentem conditiones jure requisitas, acquisita est. Et hoc est quod docuit Bartol., qui id explicuit per analogiam ad præscriptionem servitutis. Nam licet in servitute et in lege non scripta jus sit diversum, nihilominus modus quo utrumque inducitur, servat proportionem, et ideo etiam jus consuetudinis dici potest præscriptum. Unde etiam fit, ut ipsa consuetudo facti, per quam jus legale inducitur, quatenus certam perfectionem et consummationem requirit adminiculo juris, dici etiam possit præscriptio: non enim posset jus ipsum dici præscriptum, nisi etiam via ad illud (ut sic dicam) dici posset præscriptio. Et hinc etiam talis consuetudo facti denominari potest præscripta, quia potest interdum esse inchoata tantum, vel imperfecta, et ideo ut significetur habere omnes conditiones requisitas, et præsertim temporis diuturnitatem, dicitur esse præscripta. Et hoc voluerunt Bald. et Panorm. supra, et Glossa in dicto cap. *Nemo*, vocans consuetudinem roboratam.

4. *Solvitur fundamentum contrariæ sententiæ.* — *Consuetudinem et præscriptionem late pro eodem usurpari; secus presse.* — Unde facile solvitur fundamentum contrariæ sententiæ; nam imprimis procedit per æquivocationem: supra enim quando distinximus consuetudinem a præscriptione, etiam advertimus interdum hæc nomina late sumi, et unum pro alio usurpari; nam et præscriptio est consuetudo quædam certo modo perfecta, et omnis consuetudo simili proportionem consummata solet vocari præscriptio, et eadem ratione consuetudo vocari potest præscriptio, tam in jure quam in facto, ut explicatum est. Quando ergo

supra distinximus consuetudinem a præscriptione, de illis presse sumptis locuti sumus: nunc autem dicimus consuetudinem, etiam legalem, posse esse et vocari præscriptam, latiori modo illa voce utendo. Et ad rationem factam, respondemus consuetudinem quoad jus denominari præscriptam, a consuetudine per quam acquiritur; consuetudinem autem facti denominari præscriptam, a conditionibus quibus affecta est, scilicet, quia est diuturna, voluntaria, communi consensu, etc., et similibus. Et ita potest dici præscripta seipsa, quia totam illam perfectionem habet ex sua veluti intrinseca et quasi formali perfectione. Quod totum perinde fere applicari potest ad quamcumque propriam præscriptionem. Ad confirmationem autem dicimus, solum probare hanc consuetudinem vocari præscriptam, ex diversis conditionibus, quam habeat propria præscriptio, et consequenter esse diversæ rationis, non vero probant non posse esse præscriptam generali appellatione.

5. Atque ex hac resolutione intelligitur hanc denominationem et ejus declarationem eo tendere, ut sciamus, esse aliquam consuetudinem, quæ certam temporis durationem cum aliis conditionibus requirit, ut vera consuetudo sit, et simpliciter talis in jure nominetur: et hoc est, quod maxime ad rem pertinet, quod circa conclusionem hanc superest explicandum. Et imprimis dubitari potest an consuetudo hæc legis interdum requirat certam temporis præscriptionem, seu præscriptionis cursum, ac durationem. In quo est aliquorum theologorum sententia, negans requiri definitum aliquod tempus ad consuetudinem legalem, seu juris non scripti, sed prudenti tantum arbitrio putant esse hoc tempus definiendum. Ita tenet Soto, lib. 4 de Justit., quæst. 7, art. 2, quem plures ex modernis expositoribus D. Thomæ sequuntur in 1. 2, quæst. 97. Ducuntur, quia hoc tempus non est ex natura rei definitum, ut per se constat, nec etiam jure canonico, vel civili saltem communi: ergo non potest alia ratione definiri, nisi prudentis arbitrio. Consequentia per se nota videtur, quia non potest alius modus excogitari. Minor autem probatur, quia omnia jura, tam canonica quam civilia, quæ certum tempus ad præscribendum designant, loquuntur de præscriptione privata, seu juris dispositi, ut dominiorum, servitutum, et similibus jurium: non ergo possunt extendi ad jus constituendum in tempore requisito ad consuetudinem legalem.

6. Antecedens quoad jus canonicum proba-

tur, quia omnia jura quæ ad hoc citantur, clare loquuntur de propria præscriptione, ut notavi, et videre licet in toto titulo de consuetudine, in quo solum ultimum loquitur de consuetudine præscripta, et illud non designat tempus. De jure autem civili id notius est, et expresse fatetur Abb. in dicto capit. ultim., et ideo aliqui legistæ negarunt consuetudinem præscribi, ut dixi. Denique, qui oppositum dixerit, oportet ut textum ostendat. Et ideo de jure communi locutus sum, quia de jure speciali alicujus regni aliud esse poterit, de quo infra dicam. Consequentia vero probatur, quia propria præscriptio est longe diversa a consuetudine, unde dispositum in una non potest cum fundamento extendi ad aliam, præsertim cum non sit eadem ratio; nam in præscriptione acquiritur jus contra alium, ipso invito, qui privatur re sua, vel jure suo; et ideo oportuit definiri certum tempus intra quod possit et debeat dominus, contra quem præscribitur, diligentiam adhibere ad rem recuperandam, vel conservandum jus suum, ut, si negligat id facere, possit juste suo jure privari; et ideo, pro qualitate rerum, et juxta conditionem presentiae, vel absentiae, majus vel minus tempus ad præscriptionem definiri solet. At vero in consuetudine non præscribitur contra invitum, imo in tacito consensu fundatur, ut infra dicitur, et ideo non fuit necessarium certum tempus definiri, quotiescumque habeatur sufficiens conjectura taciti consensus principis; sufficit continuatio consuetudinis, sive majori, sive minori tempore duret.

7. *Ad præscriptam consuetudinem requiritur definitum tempus.*—Dicendum nihilominus censeo, ad præscriptam consuetudinem, de qua jura loquuntur (saltem in dicto cap. ult.), necessarium esse aliquod certum ac definitum tempus, sive sit hoc, sive illud, quod postea videbimus. Hæc est communis sententia doctorum utriusque juris. Canonistæ tradunt in dicto capit. ult. de Constitut., Joann. Andr., Panormitan., Antonin., Rochus. Item Glossa, et doctores in capit. ultim. de Constitution., in 6, et in cap. *Frustra*, distinct. 8; et in cap. *Consuetudinis*, dist. 11; et in cap. *Consuetudo*, dist. 12. Item Abb. et Felin., in cap. 1 de Treng. et pac. Legistæ vero, in dicta leg. *De quibus*, Bartol., 2 question. princ., n. 14; Bald. et Jason., n. 41, et in § *Ex non scripto*, Institution. de Jur. natur., gent. et civili, ubi omnes dicunt esse communem. Sequitur Gregor. Lop. in l. 5, tit. 2, part. 1, Glossa 4;

Burgos de Paz., in leg. 1 Taur., n. 205; Alex., cons. 66, volum. 2. Idem tenet D. Antoninus, 1 part., titulo 16, cap. unic., § 4; Angel., in verb. *Consuetudo*, n. 8; Sylvest., quæst. 2; Cordub., lib. 1, quæst. 12, ad 4; Navarr., cons. 2 de Consuetud.; Molin., tract. 2 de Justit., disput. 77. Quapropter non videtur tutum in re morali discedere a receptissima sententia, præsertim cum hæc materia ex jure positivo pendeat, in quo major fides adhibenda est peritis in illo quam aliis, et quia non potest ratio efficax in contrarium adduci, ut ostendemus.

8. *Excusio.*—*Refellitur.*—Probatur autem hæc sententia, primo, ex dicto capit. ult. de Consuet., ubi inter condiciones hujus consuetudinis ponitur quod præscripta sit: non dicitur autem præscripta nisi in ordine ad aliquod certum et legitimum tempus, pro quo durare debet, ut præscripta sit. Respondent aliqui non dici præscriptam univoce, sicut dominia, vel alia similia jura, quæ præscribi dicuntur; sed analogice tantum et per imitationem quamdam, quia sufficienter firmata est, licet non tempore lege definito, sed arbitrario. Sed hæc fuga voluntaria est, et contra omnes auctores, et illius juris vim et utilitatem enervat. Unde, licet sit verum consuetudinem differre a præscriptione, nihilominus necesse est ut consuetudo illa, quæ præscripta dicitur, cum præscriptione conveniat, saltem in diuturnitate temporis, per quod firmari seu præscribi dicitur; alias nihil certi ex illa denominatione haberemus. Unde, cum illud jus, eodem tenore verborum, requirat consuetudinem præscriptam, sicut alia decreta postulant ut jus eligendi, vel aliud simile legitime præscribatur, necesse est ut, saltem quoad temporis determinationem, univoce loquatur, alias non satis illam proprietatem explicasset; et ideo Panormit. et fere omnes exponunt debere esse præscriptam, id est, obtentam per cursum temporis sufficientis ad præscriptionem; imo ipsum nomen præscriptionis fert secum certi temporis determinationem: nam quod arbitrarium est, non potest dici certum, vel præscriptum.

9. *Tempus longum esse saltem decem annorum, nec relinqui iudicio prudentis in jure.*—Secundo, confirmatur hoc ex appellatione longævæ consuetudinis, qua idem capitulum utitur, quæ appellatio sumpta est ex jure civili, c. *Quæ sit longa consuetudo*, et ibi in l. 2, et aliis locis vocatur *diuturna*, ut in § *Non scriptum*, Institut. de Jur. natur., gent. et civ., et in l. *Diuturna*, ff. de Legib. Tempus autem

longum seu longævum non est in jure definitum, nec relinquitur arbitrio prudentis, sed requirit tempus saltem decem annorum. Unde absolute dictum *longum tempus* distinguitur a tempore infra decennium, quod breve reputatur, et a tempore ultra vicennium, quod longissimum dicitur, complectiturque a decennio usque ad vicennium: et ita juxta varias materias vel circumstantias solet in jure decennium vel vicennium postulari. Quæ omnia constant, tam ex rubrica c. de Præscript. longi tempor., quam ex l. 1 et 2, et ex tit. sequent.; ergo cum jus, ad consuetudinem sufficienter roboratam seu præscriptam, longum tempus requirat, non indefinite loquitur, sed secundum jus, et ad minus postulat definite decennium.

10. Unde si aliquid esset arbitrio relinquendum, non esset de toto decennio accipiendum; nam hoc quasi per se requiritur ad consuetudinem absolute dictam, ut sentit Gloss. 1 in cap. ult. de Consuetud., in 6, ubi ait in jure canonico consuetudinem præscriptam intelligi quadraginta annorum, consuetudinem autem absolute dictam, utique introducentem jus, intelligi saltem decem annorum, quia sumitur saltem pro longævæ consuetudine. Igitur si arbitrium esset admittendum, ad summum esset ultra decennium, id est, an illud expletum statim sufficiat, vel adhuc relinquendum sit arbitrio prudentis, an majus expectandum sit. Verumtamen hoc etiam admittendum non est; tum quia esset nimis restringere consuetudinem longævam, et incertam illam reddere sine fundamento; tum maxime quia, quocumque modo tempus ponatur in arbitrio, destruitur non solum veritas, sed etiam species, vel colorata denominatio præscriptæ consuetudinis, ut prima etiam ratio facta sufficienter probat. Et non parum juvat cap. *Cum dilectus*, de Consuetud., ibi: *Si talis fuerit consuetudo probata, quæ juri communi præjudicet*, quæ verba supponunt talem consuetudinem non relinqui arbitrio (sic enim vix, aut nullo modo probari posset), sed habere certam in jure naturam, ac solemnitatem, ac subinde certum tempus in quo præscribenda sit, ut ibi Gloss. advertit.

11. Tertio, confirmatur eadem sententia, quia contraria supponit diuturnitatem temporis non per se, sed per accidens, requiri ad consuetudinem, quæ in jure præscripta dicitur; consequens est falsum; ergo. Declaratur sequela ex fundamento contrariæ sententiæ. Putant enim consuetudinem, ad effectus qui

illi tribuuntur, solum requiri ut signum taciti consensus principis, et inde inferunt non postulare certum tempus, sed quod arbitrio boni viri fuerit ad indicandum consensum principis necessarium. Hinc ergo, in foro ex illa opinione tempus requiri per accidens, quia contingit signum consensus majori vel minori tempore consummari; nam per se non postulatur tanquam conditio necessaria: est ergo clara sequela in dicta sententia. Falsitas autem ejus probatur, tum discursu facto, quia sic omnis umbra præscriptionis tolletur a tali consuetudine: nam præscriptio per se postulat temporis cursum et determinationem, juxta modum loquendi omnium jurium; tum maxime quia consuetudo sæpe consummatur et præscribitur, etiamsi, iudicio prudentis, non sufficiat ad indicandum consensum principis, secluso jure humano, ac subinde talis consuetudo non ideo præscripta est, quia duravit tempore sufficiente ad indicandum consensum principis iudicio prudentis, sed potius, quia præscripta est, ideo indicat tacitum consensum principis: ergo illa præscriptio non potest consistere in determinatione temporis per iudicium prudentis: ergo, in certa aliqua continuatione jure definita. Consequentia per se patent. Antecedens autem constabit ex dicendis cap. 16, de consuetudine sufficiente ad revocandum jus.

12. *Ad fundamenta opposita respondetur.*—*Determinatio dupliciter fieri potest.*—Ad fundamentum ergo contrariæ sententiæ nego minorem, asseroque hoc tempus esse definitum per jus positivum, vel canonicum, vel civile, ab unoquoque in suo ordine. Duobus autem modis potest intelligi factam esse hanc determinationem; uno, explicite et in particulari, prout nos nunc illam tractamus, et in cap. 15 et 16 magis in particulari explicabitur. Et hoc modo fatemur non esse factam in jure determinationem pro hac speciali materia legum, seu consuetudinum legalium, quia non est hic modus necessarius, sed alius potest esse sufficiens. Alio ergo modo definitur hoc tempus implicite, et quasi in generalibus principiis sufficienter applicatis ad hanc materiam, per proprias locutiones ejusdem juris, et hoc modo dicimus secundum jus esse aliquod certum tempus necessarium ad hanc consuetudinem præscriptam. Nam jus ipsum in communi distinguit consuetudinem in immemorialem, longissimi temporis, longi temporis, et communem seu brevioris temporis: et unicuique suum modum durationis, vel certi temporis cur-