

13. Posterior autem pars, scilicet, usum majoris partis sufficere, contraria ratione fundatur, quia, in omni communitate, ad valorem actuum ejus, consensus majoris partis sufficere solet, ubi jus aliquid speciale non statuit. Quia in persona ficta consensus majoris partis censetur totius corporis, l. *Quod major*, ff. ad Municipalem, et notavit, congerens multa, Felin. in cap. *Cum omnes*, de Const., n. 17, et in superioribus id jam attigimus; ergo etiam in presenti censetur consuetudo totius communitatis, ac subinde sufficiens. Et ita sentiunt fere auctores allegati, quia solum hoc requirunt. Quomodo autem hoc sufficiat ad consuetudinem derogantem legi, dicam in c. 16. Addit vero Angel. supra, n. 7, esse necessarium ut duæ partes communitatis consentiant, et adducit l. *Nulli*, et l. *Plane*, ff. Quod ejus univers., et sumpsit ex Panorm. in dict. cap. ult., n. 18, qui magis hoc declaravit. At vero, quocumque modo declaratur, est parum necessaria in presenti hæc restrictio. Nam si intelligatur ut duæ partes populi consentiant, et consuetudinem observent, hoc non est verum, quia nullo jure probatur; nam in illis legibus hoc non dicitur, sed solum esse necessariam præsentiam duarum partium uniuscujusque communitatis, ut acta illius nomine communitatis fieri censeantur, ubi Glossa notat etiam tunc non esse necessarium consensum duarum partium illorum qui assistunt, sed satis esse consensum majoris partis præsentium. Quod etiam Panorm. in presenti fatetur, et ita intelligit dicta l. *Quod major*, et cap. 2 De his quæ fiunt a maj. part. Cap. Si vero solum intelligatur esse necessariam præsentiam duarum partium populi, hoc superflue postulatur in consuetudine populi, cum per se constet fere integrum populum necessario esse præsentem in longa consuetudine.

14. *Quomodo computanda sit major pars populi.* — Et ideo Panorm. addidit oportere ut saltem duæ partes scientes sint consuetudinis quæ introducitur. Sed hoc spectat ad alias conditiones requisitas in his actibus consuetudinis, scilicet, ut publice fiant, inde enim necessario consequens est ut, si major pars populi publice consuetudinem servet, non solum illa, sed etiam alii notitiam illius habeant. Quanquam hoc necessarium non sit; nam licet multi ignorent, dummodo pro majori parte sciant, sufficit, quia cum non requiratur eorum consensus, nec notitia necessaria est, satisque est quod res de se sit publica. Ideoque dixit Rochus, d. cap. ult., sect. 4. n. 24, ad

consuetudinem requiri scientiam populi, vel majoris partis, ubi late hoc prosequitur et confirmat. Sic etiam dixit Greg. Lop., in l. 5, tit. 2, part. 1, Gloss. 4, quem sequitur Burgos de Paz., in lib. 1 Tauri, n. 205, in consuetudine servata a majori parte populi, semper esse præsentiam sufficientem respectu totius populi, nec posse propter aliquorum ignorantiam impediri. Supererat vero explicandum quomodo sit computanda hæc major pars populi, seu ex quibus personis numerus ille componendus sit. In hoc vero omnes conveniunt esse computandas tantum personas habiles ad consensum præstandum in jure consuetudinis. Unde excluduntur omnes infantes et amentes. Aliqui etiam omnino excludunt feminas, quia non possunt legem ferre, et ex viris excludunt omnes minores viginti quinque annis. Neutrum tamen video sufficienter jure probari, nec ratione convinci. Sed hoc resolvetur melius circa singulos effectus legis.

## CAPUT X.

## QUIBUS ACTIBUS CONSUETUDO INTRODUCATUR.

1. *Per frequentiam actuum qui publice et voluntarie fiunt, introducitur consuetudo.* — Dicendum breviter est consuetudinem non introduci nisi per frequentiam actuum, qui publice et voluntarie fiant, quatenus consensus populi est ad introducendam consuetudinem necessarius. Prima particula videtur per se nota, quia, si sit sermo de consuetudine facti, illa substantialiter consistit in actuum frequentia, ut supra declaratum est, et ideo, respectu talis consuetudinis, licet singuli actus possint dici causa efficiens illius, nihilominus frequentia, seu collectio actuum magis videtur esse illius substantia, et quasi formalis ratio. Si autem loquamur de consuetudine ut est quid juris, hæc introducitur per consuetudinem facti, et ideo per eandem frequentiam actuum induci debet. Unde hæc pars videtur sufficienter probari ex definitione, quia consuetudo debet esse moribus utentium instituta: mores autem non sunt sine actuum frequentia. Item ex nomine: dicitur enim consuetudo, quia in communi est usu, ut ait Isidor., cap. *Consuetudo*, d. 1; quomodo autem esse potest in usu communi sine actuum frequentia? Item consuetudo dicitur usus longævus, cap. *Consuetudinis*, dist. 11, et in l. *Sed et ea*, ff. de Legib., et in l. *De quibus*, dicitur, in consuetudine populum in factis declarasse suam vo-

luntatem: facta autem non sunt sine actuum multiplicatione, et hanc vocamus frequentiam; ergo.

2. *Objectio prima.* — *Objectio secunda.* — *Instantia.* — *Solutiones.* — Objici vero potest, quia interdum sufficit omissio. Jam vero dixi moralem omissionem sub actu morali comprehendendi, et ubi illa sufficit, etiam illius frequentiam postulari. Quando autem et quomodo sufficiat, in cap. 16 declarabitur. Secundo, objici potest, quia aliqui doctores graves asserunt interdum sufficere unum actum ad consuetudinem, ut refert Bart. in dicta leg. *De quibus*, et dicta leg. 2, cap. Quæ sit long. consuet. Idque admittit Panorm. in dicto c. ult., n. 17, quando actus est permanens, et sufficienti tempore durat, ut, per unam collationem beneficii inducitur consuetudo, si illa duravit in facto esse tempore sufficiente, c. *Cum de beneficio*, de Præbend., lib. 6, et per unum actum ædificandi pontem, acquiritur jus, si pons sufficienti tempore duravit. Verumtamen hæc et similia exempla habent locum in præscriptione, ad quam revera non est per se necessarius proprius actus consistens in operatione humana, sed sufficit habitualis possessio (ut ita dicam) cum aliis conditionibus; et ratio est, quia præscriptio frequentius versatur circa res aut personas, ut cap. 1 et 2 sufficienter tactum est, et ideo in præscriptione quando unus actus sufficit, non durat proprie actus, sed effectus, seu terminus actus, ut est possessio beneficii, aut pontis; quamvis in his exemplis moraliter etiam interveniat frequentia actuum utendi ponte ad beneficio, etc. At vero in consuetudine de qua tractamus, et in universum in omni illa quæ versatur circa actus humanos, ut tales sunt, impossibile est introduci consuetudinem sine actuum multitudine, et frequentia, quia isti actus non durant per tempus diuturnum, et consuetudo debet esse diuturna. Unde non potest esse talis, nisi per actuum successionem. Dices: licet actus transeat, censetur manere moraliter, quamdiu non retractatur, etiamsi non iteretur. Respondeo id esse verum quantum ad reatum, seu habituales culpam, non vero quantum ad consuetudinem: nemo enim dicitur habere consuetudinem furandi, quia semel furatus est, et per longum tempus non restituit. Eo vel maxime quod, respectu legis inducendæ vel tollendæ, non potest fieri ut populus, qui unum actum fecit, verbi gratia, servando festum aliquod, vel jejunium, multo tempore persistat, quin aut repetat si-

miles actus, vel faciat contrarios. Et ideo simpliciter et sine limitatione verum est, ad hanc consuetudinem actuum frequentiam requiri. Et ita docet late Bartol. in dicta l. 2, n. 12, et Glossa in cap. *Consuetudo*, d. 1, et in cap. ult. De consuetud., ubi late Rochus, sect. 3, n. 36, dicens esse ab omnibus receptam, fere nullo contradicente.

3. *Quæ actuum frequentia requiritur ad consuetudinem inducendam.* — *Ad judicium prudentis viri confugiendum.* — Dubitant vero ulterius hi doctores quæ actuum frequentia necessaria sit, vel sufficiat ad hujusmodi consuetudinem inducendam. Quidam enim antiqui juristæ duos actus sufficere dixerunt, ut Bartol. supra refert, et sequitur Rosell., verb. *Consuetudo*, et Sylv., ibi, quæst. 4, adhibendo aliquas distinctiones. Allegatque l. 3, c. de Episc. aud., et c. *Ita nos*, 23, q. 2, ubi geminatio ejusdem criminis vocatur consuetudo. Sed, ut recte dixit Bart., illud intelligitur de quadam assuefactione operis, non quæ sufficiat ad jus introducendum, sed ad punitionem graviorem, et ad non facile concedendam veniam, et similes effectus, facti potius quam juris. Et ideo Bartol. et alii hanc sententiam communiter reprobant, quia nulla ratio inveniri potest ad certum numerum definiendum, et jura illum non præscribunt; unde dicunt arbitrio prudentis esse relinquendum. Quorum sententia certa mihi esse videtur, loquendo in nostra materia de propria consuetudine legali, quidquid sit de numero actuum sufficiente ad propriam præscriptionem, vel ad alios effectus facti, ut dicam.

4. Declaratur autem in hunc modum. Quia hæc consuetudo aliquando debet esse præscripta, ut jus inducat, vel auferat, aliquando vero id non est necessarium. Quando ergo præscribenda est consuetudo, primum considerandus est numerus annorum necessarius, juxta dicenda in capitibus sequentibus. Et deinde spectandum est an consuetudo requirat in singulis annis unum tantum actum, vel plures: nam, si unum tantum postulat, ut observandi tale festum, jejunandi tali die, tunc tot actus erunt necessarii, quot fuerint anni necessarii ad præscriptionem. Si vero requirit plures actus in certo numero, cum eadem proportionem erunt in annis ad præscriptionem requisitis multiplicandi. Potest autem numerus actuum in singulis annis non esse certus absolute, sed sub conditione, vel opportunitate aliqua, ut esse potest consuetudo publice orandi, vel aliquid simile faciendi, quoties talis occasio vel tem-

poris necessitas occurrerit. Et tunc, juxta numerum et frequentiam occasionum, erit necessaria frequentia actuum, tempore necessario, sine interruptione. Item hi actus, respectu communitatis, sunt per modum unius, quatenus vel tota communitas, per modum unius personæ fictæ, seu collegii, ut eligendo, ordinando, etc., vel quia omnes de communitate, vel major pars eorum concurrunt, licet singuli per se operentur, ut in observatione festi, in jejuniis, etc. Et ita respectu communitatis pauci actus sufficiunt. In singulis vero personis multiplicantur, et juxta populi magnitudinem, quoad multitudinem actuum qui simul ab omnibus de populo fiunt, et juxta temporis durationem, quoad frequentiam similium actuum qui a singulis fiunt successive. At vero quando non requiritur certi temporis successio, tunc sicut tempus ipsum, pro quo debet continuari consuetudo, arbitrarium est, ita etiam actuum frequentia, juxta exigentiam materialium, vel occasionum, pro quibus consuetudinem quasi continuari necesse est. Et quoniam talis consuetudo populi et principis consensum requirit, illa actuum multiplicatio censebitur sufficiens, per quam, et consensus populi, et tacita voluntas principis possit satis innotescere. Ita fere Hostiens. in Sum., et Archid., capit. 4 de Constitution., in 6; Panormitan. dicto capit. ultim., n. 17; et Bartolus, dicta leg. 2, numero decimo secundo, quos alii sequuntur. An vero idem dicendum sit in stylo sen consuetudine actuum judicialium, dicam in capite sequenti, ad finem.

5. *Observantia publica necessaria.* — *Actus publicus potest esse dupliciter.* — *Publicitas facti et juris, quæ.* — Et hinc constat necessarium esse observantiam consuetudinis esse publicam, et consequenter actus consuetudinis debere publice fieri, tum ut omnes de populo, vel major pars in præstando consensu circa talem consuetudinem possit convenire; tum ut talis consuetudo, quantum est ex se, possit esse nota principi, cujus consensus etiam desideratur. Duobus autem modis potest aliquis actus esse publicus, scilicet, facto et jure, sicut dupliciter dici solet actus notorius, scilicet, notorietate facti aut juris. Priori modo est actus notorius, qui, licet sit actus privatorum personarum et potestatis, nihilominus in conspectu aliorum publice fit, et non furtive, seu in occulto; posteriori autem modo dicitur actus publicus, qui publica auctoritate et juridice fit, ut est sententia iudicis, et similes. Quando ergo consuetudo ipsa est de actibus privatis,

tunc certum est debere illos actus fieri publice, saltem primo modo, et notorietate facti, ut possint consuetudinem introducere, propter rationes factas. Quia si actus clam fiant et in abscondito, per illos et per talem modum operandi, indicatur non fieri ex communi consensu populi, nec consentiente principe; ideoque nisi actus sint publici, saltem notorietate facti, non possunt esse apti ad publicam consuetudinem inducendum, et ita declaratur hæc conditio in l. 5, tit. 2, part. 1.

## CAPUT XI.

UTRUM AD CONSUETUDINEM JURIDICA NOTITIA DE ACTUUM FREQUENTIA NECESSARIA SIT.

1. *Actus publici notorietate facti possunt consuetudinem inducere.* — Sensus quæstionis est an, ut consuetudo introducatur, necessarium sit frequentiam sufficientem actuum esse in judicio publica auctoritate defensam aut probatam. Aliqui affirmant oportere ut consuetudo sit in contradictorio judicio probata. Ita docet Glossa in cap. ultim. de Consuetudine, et in cap. *Frustra*, distinct. 8, in § *Sine scripto*, verb. *Diuturni*, Glossa etiam, in rubric., c. Quæ sit long. consuetud.; sequitur Anton., 1 part., tit. 16, § 4. Fundantur primo in capitulo *Abbate*, de Verborum signific., ubi quædam consuetudo allegatur insufficientis, quia non fuerat in contradictorio judicio introducta, ubi Glossa id notat, et confirmat exemplo præscriptionis, in qua requiritur protestatio, juxta legem *Sic alia*, § 2, Digest. Quemadmodum servitut. amitt.: *Sic videtur* (inquit Glossa) *quod requiratur in consuetudine præscribenda*. Secundo, allegatur l. *Cum de consuetudine*, ff. de Legibus, quæ dicit, cum aliquis allegat consuetudinem, primum omnium esse explorandum *an etiam in contradictorio judicio consuetudo firmata sit*. Tertio, favet lex Hispaniæ, part. 1, tit. 2, l. 5, quæ habet consuetudinem decem aut viginti annorum, esse in posterum servandam, si hoc eodem tempore lis juxta eandem consuetudinem iudicata fuerit. Quarto, addi potest conjectura, quia, donec ita sit consuetudo confirmata, non potest esse satis cognita, satisque publica, ita ut alios obliget ad illius observationem, vel securos reddat in conscientia illam imitantes. Quod si quæras quot actus judiciarii necessarii sint, respondent Glossæ geminatum iudicium conforme, et sine contradictione, esse necessa-

rium, quod solum probant ex dicta l. 3 de Episcop. aud.

2. *Actus judicialis non requiritur ad consuetudinem inducendam.* — Hæc vero sententia falsa est, et contraria est communis canonistarum et legistarum, ut dixit Abb. in dicto cap. ult., n. 16, et tradit Bart. in dicta l. 2, et d. l. *De quibus*, in repetit., quæst. 2, ubi etiam Jason., col. 12; et Roch., dicta sect. 4, n. 34, ubi refert alios; Gregor. Lop., dicta l. 5 partit., et Petr. de Salazar, l. 1 de Consuetud., cap. 7. Et probatur primo, quia actus judicialis non est necessarius ex natura rei ad consuetudinem, nec ex jure positivo; ergo non habet unde sit necessarius. Consequentia est clara, quia omnis conditio vel causa necessaria ad consuetudinem fundari debet in aliquo jure, alias gratis et sine fundamento asseritur. Major autem probatur, quia nulla est ratio naturalis quæ illam necessitatem probet. Nam (ut ait Bart.) consensus communis populi vel majoris partis ejus sufficienter ostendit consensum populi, et usus ipse publicus per se potest innotescere principi, ut censeatur tacite consentire; ergo non est cur ex natura rei requiratur actus judicialis. Positiva autem jura, quæ de hac consuetudine rationabili loquuntur, nunquam requirunt hanc conditionem, sed solum ut sit præscripta, inveterata, antiqua, et similia, ut patet ex dicto cap. ult., et ex l. *De quibus*, cum similibus.

3. Deinde argumentor ratione, quia, ut interveniat ille actus judicialis, supponi debet contradictio in judicio; quid ergo si nunquam talis contradictio facta est? Nunquam ergo poterit tunc introduci consuetudo, quod est contra omnem rationem, et contra omnia jura. Dici potest in decem vel viginti annis solis non confirmari consuetudinem, si contingat non deferri ad contradictorium iudicium; tamen, si majori tempore, ut per triginta annos, vel amplius durat, jam illa diuturnitate temporis suppleri illam necessitatem actuum judicialium. Atque ita, saltem secundum jus Hispaniæ, sensit Burgos de Paz, in l. Tauri, n. 247. At vero, in jure communi hoc subsistere non potest, quia consuetudo decem annorum longæva est secundum jus commune; et ut illa sit consummata et perfecta, non est necessaria illa conditio ex vi juris communis, ut probatum est. De jure autem Hispaniæ statim dicam.

4. Tandem addenda est ratio insinuata a Panorm., quæ mihi videtur optima. Nam involvit hæc conditio quendam repugnantiam:

si enim requiritur sententia in contradictorio judicio, vel repugnat dari primam sententiam justam in favorem consuetudinis, et sic repugnabit introduci perfectam consuetudinem, cujus contrarium supponunt etiam auctores contrariæ opinionis, vel necesse est ut talis sententia supponat perfectam consuetudinem ante ipsam, et sic sententia non erit necessaria ad consuetudinem, sed ad summum notificabit illam. Prior pars probatur, quia, si sententia in favorem consuetudinis est necessaria ad firmitatem consuetudinis, ante primam sententiam non potest esse consummata consuetudo, cum deficiat illi necessaria conditio; ergo non potest per primam sententiam declarari consummata, nec quod sit validus aut licitus actus factus in virtute illius, nec denique quod aliquam obligationem inducat, quia talis sententia continebit errorem contra veritatem, quia revera ante sententiam non erat talis illa consuetudo, juxta illam opinionem. Unde etiam per se patet altera pars: nam si per sententiam vere et juste consuetudo denuntiatur perfecta, ergo absque sententia consummata jam erat, nam sententia non consummat illam, sed declarat qualis sit.

5. *Respondetur ad fundamenta contrariæ sententiæ.* — Ad primum ergo ex cap. *Abbate*, respondetur imprimis ibi non esse sermonem de consuetudine juris, sed de præscriptione juris eligendi, quæ est res diversa, de qua esse potest alia quæstio, non tamen ab illa licet ad præsentem argumentari. Secundo, verba illa non sunt in decisione, sed in allegatione partis contra quam causa definita est, ut ex textu constat. Tertio, ibi non interponuntur illa verba ad insinuandum, sententiam in contradictorio judicio esse necessariam ad præscriptionem, hoc enim tam clare falsum est ut non sit verisimile fuisse allegatum, sed solum ad probandum talem consuetudinem non sufficienter probari ex his indiciis, quæ pars adversa in illius probationem induxerat. Unde Panormitanus ibi, n. 13, dicit contrarium potius ex illo textu colligi. Exemplum autem quod Glossa adducit ex l. *Si quis alia*, nihil ad rem præsentem facit; tum quia ibi non est sermo de consuetudine juris, sed præscriptione servitutis; tum etiam quia non est simile; ibi enim non explicatur quomodo acquiratur servitus præscriptione, sed quomodo non amittatur, et dicitur non amitti per non usum, quando occasio ejus non occurrit, sed fuit mere negativus et non privativus, ut infra, tractando de privilegiorum amissione, latius explica-