

dictum suum intelligi. Non ergo a nobis dissentit, sed intelligit de actibus meticulosis, vel quando levis est metus et pauci momenti, vel certe intelligit de actibus qui, licet fuerint metu facti, postea libere confirmantur, et successu temporis acceptantur; sic enim Bart. etiam exposuit. Ratio ergo illationis est, quia vis et metus impediunt consensum ad introducendam consuetudinem necessarium. Quod quidem de vi proprie sumpta manifestum est.

11. *Metus quomodo causat involuntarium.*—*In præsentia materia major est ratio cur metus impediat consuetudinem.*—De metu autem dubitari potest, quia, licet faciat involuntarium secundum quid, de se relinquit absolutum voluntarium. Unde oriebatur occasio disputandi an ex natura rei solus metus sufficiat ad irritandum hunc consensum coactum, ita ut non habeat effectum inducendi jus consuetudinis, et qualis debeat esse hic metus. Sed quia similis quæstio generalis est, ac frequens in multis materiis, et de illa dixi multa l. 2 de Jur., cap. 9, et lib. 4 de Voto, cap. 7, et ideo ab illa nunc abstineo. Et breviter dico, in præsentia materia multo esse majorem rationem, ob quam metus ex natura rei impediat consuetudinem, quia ad consuetudinem non sufficiunt actus, sed necesse est ut fiant animo inducendi consuetudinem, qui animus ordinarius est potius tacitus quam expressus. At vero quando actus fiunt ex solo timore, ita ut sine illo non fieret, non est talis animus, nec moraliter præsumi potest, quia metus de se quodammodo illum excludit, et ideo frequentia actuum ex solo metu factorum nunquam est sufficiens signum publici consensus totius populi de consuetudine inducenda. Accedit quod princeps non potest præsumi tunc dare consensum suum, quia non vult subditos injusto metu cogi ad similes consuetudines. Quod si ipsemet vim et metum inferat, injuriam committit, quia non potest extorquere a populo consensum per quem obligetur, ut in locis citatis in simili dixi.

## CAPUT XIII.

UTRUM CONSENSUS PRINCIPIS, ET QUALIS NECESSARIUS SIT, UT CONSUETUDO JUS INTRODUCAT.

1. *Varii populorum gradus.*—*Primus gradus.*—In hoc capite explicanda est præcipua causa efficiens consuetudinarii juris. In qua primum omnium statuendum est consensum principis in consuetudine introducenda neces-

sarium esse. Hanc assertionem sumo ex communi sententia doctorum, paucis exceptis, quorum opinionem commodius infra referam. Distinguendi ergo sunt varii populorum gradus, ut certa ab incertis separentur: nam imprimis consuetudo esse potest a populo, qui habet supremam auctoritatem ad ferendas leges, quod solum contingit in legibus civilibus et in rebus publicis, quæ non recognoscunt superiorem in temporalibus. Et in hujusmodi populis videri potest non necessaria assertio, est tamen vera quatenus in illis habere potest locum: nam illic supremus princeps est tota respublica; ergo si populus ille consentit in consuetudinem, necesse est ut supremus princeps consentiat, quia ibi non distinguitur a populi universitate. Ac de his populis clare loquitur lex *De quibus*, ff. de Legibus. Quod si suprema potestas translata sit in senatum, et in illo sit aliqua discordia, oportebit ut major pars ejus consuetudinem servet, alias non poterit dici consuetudo illa observari a majori parte illius populi, prout habentis potestatem inducendi legem. Nec poterit dici senatus tacite consensum suum præstare, si major pars ejus consuetudinem non servet. Ita ergo in hujusmodi populis verificatur assertio, nec de illis aliquid addere necesse est.

2. *Secundus populorum gradus.*—Deinde potest esse populus, recognoscens superiorem, habens ab illo facultatem condendi leges, seu statuta municipalia, prout jure communi habebant præcipue civitates, juxta l. *Omnes populi*, ff. de Justit. et jur. Et de his populis certum est, sicut possunt condere leges scriptas, ita et consuetudine posse illas introducere, juxta dictam legem *De quibus*, cum sequentibus, ff. de Legibus. Unde sicut possunt legem condere sine novo consensu principis, ita et consuetudinem introducere. Nihilominus tamen non omnino ibi deest consensus principis, quia per dictam licentiam illum præstitit, et semper præbet, et ideo tunc necessarium non est ut princeps specialiter sciat consuetudinem denuo introductam in tali vel tali civitate, nam sine tali scientia potuit anticipatum consensum (ut ita dicam) præstare, et de facto præstitit, quando dedit licentiam, quasi sub conditione, si populus vellet speciale jus sibi condere, uno vel alio modo. Quapropter si licentia esset limitata, et cum dependentia a futura confirmatione principis, ita ut ante illam obtentam lex non obliget, ut videtur esse in Hispania, tunc aliter dicendum esset de consuetudine, quia necessarium esset illam

etiam confirmari a principe, et ideo etiam esset necessarius novus consensus illius, quia nova confirmatio non datur sine novo consensu. Unde, quoad hoc, reputaretur talis populus quasi non habens licentiam condendi legem sine principe, de quo statim dicemus, idem enim erit dicendum de tali confirmatione, seu de modo illam obtinendi.

3. *Tertius populorum gradus.*—*Prima sententia.*—Præterea sunt populi qui nullam habent facultatem statuendi, vel leges ferendi, etiam municipales, sed illas debent, vel a supremo principe, vel saltem a propriis dominis, vel pastoribus accipere, et hoc modo comparatur universa Ecclesia ad summum Pontificem, et omnes Ecclesiæ particulares ad suos Pastores; quia ad leges canonicas ferendas nulla est potestas in populo, nec in ipso clero sine suo capite, et influxu ejus, servata semper proportione juxta varios modos legum et communitatum. Et similes sunt multi populi laici respectu suorum principum, ut per se constat. De his ergo dixerunt aliqui nunquam posse consuetudinem introduci sine tacita voluntate peculiari ipsius principis (quam voluntatem ego personalem voco), et ideo ad illam requirunt in principe scientiam consuetudinis et patientiam. Ita docet Glossa in dicto cap. ult., quam multi sequuntur, ut ibi ait Panorm., et expresse tenet Innoc. in rubr. de Consuet., n. 4. Idem tenet Glossa in lib. 2, c. Quæ sit longa consuet., citans Joan. et Azon. Idem Gregor. Lup., in l. 3, tit. 2, part. 1, in Gloss. 7, et videtur consentire D. Thomas 2. 2, quæst. 97, art. 3, ad 3, dicens in his populis, qui habent superiorem, in tantum posse consuetudinem jus introducere, *in quantum per eos toleratur, ad quos pertinet multitudini legem imponere: ex hoc enim videntur approbare quod consuetudo introduxit.* Consentit Soto, l. 4 de Just., quæst. 7, art. 2; et Sylv., verb. *Consuetudo*, q. 3; Dried., de Libert. Christ., cap. 12; idemque videntur sentire Ang., verb. *Consuetudo*, n. 9, in princ., et Sylvest., q. 3. Sed revera multa ex his auctoribus intelligi facile possunt, juxta ea quæ dicemus.

4. Potestque hæc sententia suaderi, primo, ex l. *De quibus*, ff. de Legibus, ubi tota ratio consuetudinis ponitur in consensu populi, qui potest legibus vim et efficaciam dare; ergo hæc erat primaria vis consuetudinis in populo, quando habebat in se potestatem supremam; ergo postquam illam transtulit in principem, ab illius etiam consensu principaliter pendet vis consuetudinis, et consequenter necesse est

ut præcedat scientia, sine qua non potest esse consensus. Secundo, probatur ex dicta l. 3, tit. 2, part. 1, ubi, inter condiciones ad consuetudinem, ponitur ut fiat consentiente principe. Tertio, argumentor ratione, quia non minus est necessaria potestas legislativa ad inducendum jus non scriptum quam scriptum, ut constat ex dictis de legibus in communi; sed in his populis non est potestas legislativa, ut supponimus, quia vel nunquam illam habuerunt, ut in legibus canonicis; vel quia in principem illam transtulerunt, ut in civilibus; ergo necessarium est ut ille apud quem est suprema potestas det vires consuetudini per suam voluntatem et consensum.

5. *Differentia inter potestatem ferendi leges ecclesiasticas et civiles.*—*Impugnatur distinctio.*—Aliqui vero doctores, licet pauci, prædictam sententiam in legibus canonicis admittere videntur, et negare in civilibus. Et rationem differentiæ reddunt, quia potestas ferendi leges canonicas nunquam fuit in populo, sed in prælatis; potestas autem ferendi leges civiles primario fuit in populo. Ita sentit Anton., 1 p., tit. 16, § 3; sequitur Covar. 4. 2, quæst. 97, art. 3; et clarius Dried., lib. 4 de Libert. Christian. Sed hæc distinctio non placet, nec videtur posse subsistere: nam, licet potestas civilis primario fuerit in communitate, postquam illam transtulit in principem, jam non habet illam in se; ergo non minus a principe pendet, quam si nunquam illam habuisset. Fortasse dicent hi auctores, quando populus transtulit potestatem in principem, non omnino se illa privasse, sed solum in ordine ad gubernationem expressam (ut sic dicam) et in ordine ad leges scriptas, et verbalia præcepta, semper tamen sibi reservasse potestatem introducendi consuetudines. Sed hoc imprimis fundari non potest, quia nullo jure constat, nec consuetudine, aut aliquo alio signo ostendi potest in perfecta monarchia. Quamvis enim in aliquo regno possit esse potestas regis illo vel alio simili modo limitata, ex tacita saltem conventionione, scilicet, ubi monarchia perfecta non fuerit, sed mixta ex democratia, sicut supra diximus circa acceptationem legis; ordinarie tamen non ita est, et illa exceptio potius firmat regulam in contrarium. Deinde non apparet id verisimile, quia rex temporalis potest revocare consuetudines privatas suorum populorum, et prohibere ne introducantur, si ratio subsit. Et eadem ratione potest præcipere ut vim non habeant sine

suo expresso consensu; ergo signum est totam potestatem legum ferendarum, quocumque modo, fuisse in principem translata.

6. *Principis consensum ad vim consuetudinis esse necessarium.*—Est ergo tertia et vera sententia, quæ imprimis statuit generatim, principis consensum ad vim consuetudinis esse necessarium. Hoc enim commune est apud doctores, ut dixi, et efficaciter probatur ratione facta in prima sententia. Deinde vero addit hæc opinio, hunc consensum duobus modis posse intelligi: unum voco personalem, quia datur a persona principis, vel expresse consentientis, vel antecedenter dando licentiam ad introducendam consuetudinem, vel consequenter, aut concomitanter approbando illam, aut expresse, aut videndo et non impediendo. Alium vocare possumus consensum legalem, seu juridicum, quia non datur personaliter a principe, sed per ipsum jus. Quia si princeps statuit legem, ut consuetudo habens illas vel illas conditiones valeat, ex tunc consentit, et in particulari applicatur ille consensus ad similes consuetudines, quando introducuntur in virtute illius legis. Dicimus ergo non semper esse necessarium consensum priori modo præstitum a principe, sed posteriorem sufficere. Nam quod prior sufficiat, per se notum est; quod autem non sit necessarius, sed secundus etiam sufficiat, probatur. Quia lex semper loquitur, et non minus efficax est voluntas principis per legem loquens, quam immediate per se volens, aut præcipiens. Quando autem unus vel alius consensus intercedat, sequentibus illationibus explicabo.

7. *Primo infertur non requiri consensum principis personalem.*—Ex his enim infero, primo, quando consuetudo præscripta jus inducit, tunc non postulari consensum personalem principis, ac subinde nec specialem scientiam ejus de tali consuetudine, sed ipso nihil de novo sciente, aut volente, tacite, vel expresse, consuetudinem efficaciter induci. Hæc est communis sententia jurisperitorum, teste Pan. in dicto cap. ult., n. 13. Eam tenuit Gloss. ult. in § *Leges*, post c. *In istis*, dist. 4; item Gloss. in c. *Frustra*, dist. 8, in ultimis verbis, si attente legatur, et ibi Card. Alex. in fine. Idem Anton., Barbat. et alii in dicto cap. ult., ubi Rochus Curt., sect. 4, n. 24, refert plures. Idem tenet Domin., dist. 11, in sum., circa finem; Angel. in sum., verb. *Confessio*, n. 9; Sylvest., q. 4; uterque enim supponit præscriptam consuetudinem sufficere, ignorante Papa; Felin. in cap. *Cum ex officii*, de

Præscript., n. 11, licet nonnullas limitationes addat de aliquibus casibus specialibus, qui ad alias materias spectant. Ex theologis autem tenent hanc sententiam Palud. 4, distinct. 42, quæst. 4, art. 1, n. 7; Supplem., quæst. 2, art. 2, conc. 3; Anton., 1 part., tit. 16, § 2; Sanc. referens plures, lib. 7 de Matrim., disput. 4, n. 11 et 14, et disp. 82, n. 20.

8. Fundamentum præcipuum hujus sententiæ sumitur ex dicto cap. ult. de Consuetud., ubi tantum duæ conditiones ad consuetudinem requiruntur, scilicet, ut consuetudo sit *rationabilis et præscripta*; ergo sine fundamento juris, imo contra illud jus est, novam exigere, quæ in illis non confineatur; at specialis scientia principis est nova conditio in illis non inclusa; ergo non est necessaria; ergo nec personalis consensus, qui sine illa scientia esse non potest. Confirmatur ac declaratur, quia princeps potuit generalem legem statuere, approbantem consuetudinem habentem tales conditiones ab ipso præscriptas, et ut vim habeat absque novo suo consensu, vel scientia; sed id fecit in illo decreto; ergo. Major patet, quia hoc non excedit principis potestatem, et ille modus ostendendi suam voluntatem est sufficientissimus, ut declaravi; est etiam convenientissimus, quia moraliter impossibile est consuetudines omnes ad principis notitiam pervenire, juxta cap. 1 de Constitut., in 6, et alioqui expediat consuetudines rationabiles observari, et vim suam obtinere; ergo. Denique confirmari potest ex analogia ad propriam præscriptionem, ad cujus imitationem dicitur hæc consuetudo præscripta; nam in præscriptione non requiritur scientia ejus contra quem præscribitur; consuetudo autem dicitur præscripta contra principem, eo modo quo præscribi potest; ergo non postulat scientiam principis, ut prævaleat.

9. *Objectio.*—*Solutio.*—Dices, hoc solum procedere in consuetudine abrogante legem, de qua loquitur caput illud, non vero de consuetudine inducente legem, quia de illa nulum est tale jus. Item id ad summum procedet secundum jus canonicum, et in consuetudine canonica, nam in jure civili nihil tale reperitur definitum. Respondeo, ad priorem partem, a fortiori jus illud comprehendere consuetudinem inductivam legis non scriptæ, quia, quoad potestatem, tanta requiritur ad abrogandam legem principis, sicut ad introducendum jus novum non contrarium antiquo. Aliunde vero magis necessarius videri poterat consensus principis ad permittendam revocationem suæ

legis, quam ad inducendum novum jus, quia magis ejus voluntati et auctoritati derogare videbatur. Et ideo cum emphasi dicitur in illo textu: *Licet non sit vilis longævæ consuetudinis auctoritas, non tamen repugnare usque adeo valituram, ut vel juri positivo debeat præjudicium generare, nisi, etc.*: ergo cum hoc illi detur, si illas duas conditiones habeat, simpliciter approbatur quodlibet consuetudinarius jus illas duas conditiones habens.

10. Ad alteram vero partem, dicitur imprimis, esto jus civile non tam expresse id declaraverit, non tamen repugnare quoad valorem consuetudinis habentis illas conditiones, quidquid sit de effectibus ejus, de quibus postea dicemus. Imo in virtute idem in hac parte tradit civile jus, quod jus canonicum magis declaravit: nam in dicta l. *De quibus*, sic dicitur: *Rectissime receptum est ut leges, non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per dissuetudinem abrogentur*; ubi distinguitur populus a legislatore, et hujus suffragium non postulatur, et in legibus sequentibus, supposita rationabilitate consuetudinis, nihil aliud postulatur, ut pro jure habeatur, nisi quod sit *diuturna et longa, et per annos plurimos observata*, l. *Diuturna*, et l. *Sed et ea*; et in l. *Nam* additur imperatorem statuisse, perpetuam consuetudinem vim legis *habere debere*; et ita intellexerunt jus civile ejus interpretes, ut secundum illud etiam consuetudo præscripta sine nova scientia principis sufficiat.

11. *Si consuetudo non prævaleat ex vi præscriptionis, requiritur consensus personalis.*—Secundo infero, quando consuetudo non prævaleat ex vi præscriptionis, tunc necessarium esse consensum principis personalem, saltem tacitum, ac subinde necessarium etiam esse ut scientiam consuetudinis habeat. Hoc damus auctoribus prioris sententiæ, ex quibus D. Thomas generaliter locutus est de consensu principis, et ita potest ad utrumque modum a nobis expositum accommodari, ut etiam Sylvest. et Anton. sensisse videntur, qui, licet sententiam et verba D. Thomæ referant et sequantur, nihilominus fatentur aliquando consuetudinem prævalere, ignorante principe. Denique hoc etiam admittunt auctores in superiori puncto allegati, et probatur a sufficienti partium enumeratione, quia consensus principis est necessarius, et in hoc modo consuetudinis non datur virtute alicujus legis, nec lex aliqua definit certum modum ejus; ergo necesse est ut consensus sit personalis, ad quem

scientia necessaria est, et hoc etiam confirmant motiva primæ opinionis.

12. *Qui consensus principis sit necessarius. — Sufficit tacitus consensus.*—An vero hic consensus principis debeat esse positivus et expressus, vel sufficiat interpretativus, quia scit et tolerat, vel non impedit, Anton. supra indicat necessarium esse expressum, præsertim in summo Pontifice. Et potest suaderi, quia tolerantia sola, supposita scientia, non indicat sufficienter consensum, quia multa per patientiam tolerantur, quæ non approbantur, juxta cap. *Cum jamdudum*, de Præbend. Nihilominus D. Thomas, supra expresse docet sufficere tacitum consensum, et consentiunt cæteri, et usus probat, quia consensus tacitus æquiparatur expresso, ut in hac materia dicitur in dicta l. *De quibus*. Solum oportet ut moraliter constet, tolerantiam non esse tantum permissivam, sed operativam, seu approbativam, quod ex circumstantiis et usu facile constare poterit, maxime quando vel approbatio est rationabilis, vel per solam permissionem non sufficienter providetur subditorum saluti et commodis, ut sequentibus capitibus explicabo. Nec in hoc oportet exceptionem facere de summo Pontifice, quia nulla est ratio, vel jus quod illam requirat. In aliquo autem speciali casu, erit fortasse necessarius ejus consensus expressus, quando ex rei gravitate vel aliquo speciali jure constiterit; hoc autem etiam in aliis principibus contingere potest, et ideo regula data per se loquendo generalis est.

13. *Respondetur ad fundamenta contrariæ sententiæ.*—Ad fundamentum contrariæ sententiæ facilis est responsio; nam l. *De quibus* solum probat esse necessarium consensum illius qui habet supremam potestatem legislativam, non tamen probat hunc vel illum modum consensus, nec vetat quin per legem potuerit dari, imo id indicat, ut ponderavi. Lex item partitarum nihil amplius requirit, quam ut consuetudo firmetur, consentiente principe, quod et nos fatemur, non vero dicit esse semper necessariam scientiam, vel personalem consensum; quod si ita statueret, esset peculiare jus Hispaniæ, non ex natura rei necessarium, neque commune. Ratio denique solum probat primam partem assertionis nostræ, et confirmat ultimam, non tamen procedit contra secundam, cum etiam, secundum illam, auctoritas principis influat in consuetudinem præscriptam, et illi virtutem tribuat, lege interveniente.

