

CAPUT XIV.

QUÆ CONSUETUDO LEGEM NON SCRIPTAM INDUCERE VALEAT.

1. *Quatuor consuetudinis effectus.* — Explicuimus essentiam et causas consuetudinis, jam de effectibus illius dicendum est; licet enim aliqua de illis obiter tetigerimus, tamen, ad utilitatem doctrinæ, necessarium est ea quæ generaliter dicta sunt ad singulos effectus applicare. Solent autem consuetudini quatuor tribui effectus, scilicet, legem inducere, interpretari, confirmare, et abrogare, ad quos omnes alii, qui cogitari possunt, revocantur. Ex illis vero tertium omittimus, quia non est tam juris quam facti; consuetudo enim quæ dicitur confirmare legem, ex ipsa lege nascitur, et ideo non confirmat illam, inducendo seu addendo jus novum ultra legem scriptam, ut supra cap. 2. explicuimus; solum ergo facto ipso confirmat legem, vel promptiores homines reddendo ad ejus observationem, vel notitiam ejus, imo illius auctoritatem et æstimationem aliquo modo augendo, vel certe contra revocationem illam tuendo, et quasi elongando a contraria consuetudine, et abrogatione quæ per illam introduci posset. Et ita exposui hunc effectum supra lib. 1, c. 11, nec de illo plura dicenda occurrunt, præter ea quæ de acceptance legis humanæ in tertio et quarto libro diximus. Secundus vero effectus, qui est interpretatio legis, ut ad jus pertinere potest, sub primo continetur, ut explicabo, et ideo alii tantum duo effectus explicandi supersunt, et de primo dicemus in hoc capite; de ultimo vero in sequente.

2. Primus igitur effectus consuetudinis legitimæ est inducere legem non scriptam, ubi scripta non est, nec tradita. Dico, *ubi scripta non est*, quia, si præcedat lex scripta conformis consuetudini, et ex illa procedat consuetudo, non inducit legem, ut dixi; si vero præcedat lex contraria consuetudini, prius abolenda erit, ut dicam in sequentibus: proprie ergo habet locum assertio in consuetudine, quæ est præter legem, id est, nec prohibita, nec præcepta. Addidi præterea *nec tradita*, quia non omnis lex non scripta est lex consuetudinis, sed illa tantum quæ a moribus et usu civitatis exordium sumit. Aliquando enim licet non sit scripta, potest ducere originem ab ipso principe, vel Prælato, verbo saltem ferente præceptum commune et duraturum,

quod sit lex: et conservari postea a subditis solo usu ac traditione. Et tunc erit jus non scriptum, neque consuetudinarium, sed traditum; et tales sunt multæ leges ecclesiasticæ, quæ per traditionem habentur, ut supra c. 2. attigi. Oportet ergo ut non præcedat lex a superiorum lata verbo aut scripto, et ibi consuetudo facti potest inducere legem non scriptam, quæ jus consuetudinis appellatur. Et sic exposita assertio certa est. Et habetur in utroque jure, ff. de Leg., l. *De quibus*, cum sequentibus, et c. Quæ sit long. consuet., in Decr., et in 6, et supponitur in cap. 1 de Constit., in 6, et in cap. *Consuetudo*, distinct. 4, et d. 8, cap. *Frustra*, et fere per totam distinct. 11, ubi in cap. *In his*, citatur August., Epist. 86, et dist. 12, cap. *Illæ*, citatur in Epistol. 118, cap. 2; et Tertul., lib. de Coron. milit., c. 4: *Consuetudo*, inquit, *etiam in civilibus legibus pro lege suscipitur, quando dicit lex*; et consentiunt doctores theologi, et utriusque juris, estque communis consensus Ecclesiæ, de quo dubitare non licet.

3. *Ratio assertionis.* — Ratio vero reddenda est, quia in consuetudine legitima concurrere possunt omnia necessaria ad præceptum et legem ferendam; ergo inducet illam. Probatur minor, primo, quia ad legem tria vel quatuor sunt necessaria et sufficientia, scilicet, materia proportionata, potestas, et voluntas sufficienter exterius significata, et hæc omnia possunt in hac consuetudine concurrere. De materia patet, quia talis consuetudo debet esse rationabilis: erit autem talis in ordine ad hunc effectum, si materia ejus non sit contra legem naturalem, vel divinam, et sit utilis communi bono, et non nimium difficilis, vel a communi more honeste vivendi exorbitans; ac denique talis, quod lex scripta in tali materia lata posset esse justa, ut late in cap. 3. declaravi. Ergo ex hac parte apta est consuetudo rationabilis ad inducendam legem. Unde juxta capacitatem materiæ talis erit etiam lex; nam si materia sit gravis, esse poterit grave præceptum sub mortali obligans: si vero sit levis, erit lex secundum quid tantum, leviter obligans; et si materia pertineat ad spirituale bonum, pertinebit consuetudo ad ecclesiasticum forum; si vero respiciat temporale commodum, ad civile forum spectabit, ut supra tetigi. Denique in hac parte in omnibus servat proportionem ad legem scriptam.

4. *Potestas ad consuetudinem requisita.* — Deinde quod potestas non desit, patet ex dictis

cap. præced., quia consuetudo legitima, vel est populi liberi, et supremam potestatem habentis, et in illo non deest potestas ferendi legem; vel est populi habentis pastorem, vel principem a quo regatur, et, si consuetudo legitima, non sumitur tanquam populi acephali, sed ut conjuncti cum suo capite, et habentis aliquosufficienti modo influxum ejus, vel per facultatem ad condendas leges municipales, seu statuta, vel per approbationem consuetudinis, aut jure ipso declaratam, aut per tacitam voluntatem demonstratam: in populo autem sic conjuncto capiti est sufficiens potestas ad leges ferendas, ut constat; ergo. Solet autem hic quæri, an una familia possit consuetudinem introducere per continuatam successionem, et pro familia ut est perpetua. Sed jam supra dixi propriam consuetudinem non induci a privata familia. Unde, licet familia semper duret, parum refert, quia nunquam potest ab illa consuetudo inchoari, ac subinde nec continuari. Item in lib. 1, cap. 9, ostensum est unam familiam nec habere potestatem legislativam, nec esse capacem legis, nisi per modum privilegii, et ideo nec legem [propria consuetudine potest] introducere, licet privilegium possit acquirere, ut infra dicam. Et de hoc puncto plura videri possunt in Rocho supra, sect. 4, n. 6 et seq.; et Antonin. Gabr., lib. 6, titulo de Consuet., concl. 4.

5. *De voluntate ad inducendam consuetudinem requisita.* — An consuetudo sit per se intenta, maxime notandum. — Præterea idem constat de voluntate; nam in populis libere supponitur concurrere voluntarie ad consuetudinem majorem partem populi et magistratus; in cæteris vero ad voluntatem populi, vel majoris partis ejus, accedit consensus principis aliquo ex modis jam declaratis; et ita semper concurrunt voluntas sufficiens ejus qui potestatem habet introducendi legem. Solum est hic considerandum, quod, licet voluntas principis vel Prælati in hoc negotio sit præcipua, nihilominus magis quodammodo pendet ex voluntate populi, quia illi se accommodat (ut sic dicam) princeps, quasi licentiam concedens, ut jus consuetudinis introducat, prout voluerit, vel tanquam approbans et confirmans quod populus intendit. Et ideo, ad hunc effectum, maxime considerandum est ex parte populi non satis esse, ut aliquos actus frequentet, ex quibus consuetudo facti resultet, sed oportere ut consuetudo ipsa sit intenta, ita ut actus frequententur ad introducendam talem consuetudinem propter utilitatem communem, aut honestatem reli-

gionis, vel aliam similem in ea inventam. Ita dicunt aperte Glossæ, et doctores statim citandi. Et supra ostensum est hoc esse de ratione consuetudinis, quia non potest esse voluntaria, nisi sit intenta. Ostendi etiam potest ex ratione legis; nam de illius ratione est ut sit intenta a principe; quidquid autem est de ratione legis in communi, vel legis positivæ, est de ratione legis consuetudinariæ, quia ratio superior in inferiori debet includi. Et ex hoc principio, soleo admonere in consuetudinibus attente considerandum esse, an sint per se intentæ, vel aliunde consequantur: nam si hoc posteriori modo contingant, non sunt propriæ consuetudines legis obligationem inducentes. Ut, consuetudo satis recepta est, ut inter cœnam et communionem intercedat somnus; at hoc non est per se intentum, sed consequitur ex ordinario modo vivendi hominum. Unde talis consuetudo obligationem non inducit, ut alibi dixi.

6. *Qualis debet esse voluntas inducendi consuetudinem.* — Adde non solum requiri voluntatem inducendi consuetudinem facti, sed etiam inducendi jus consuetudinis, seu (quod idem est) inducendi consuetudinem obligantem. Sunt enim hæc duo valde diversa: nam potest per se intendi consuetudo, et non intendi, ut obliget, sed ex devotione, et ad melius esse. Quod in personalibus ac privatis consuetudinibus est evidens; idem vero est etiam in consuetudinibus totius populi. Sic in populo christiano recepta est consuetudo salutandi Virginem ad signum campanæ noctis initio, ex devotione tantum, non ex obligatione. Tales etiam censuit Bellarm., l. 4 de Romano Pontifice, cap. 18, multas consuetudines in populo christiano, ut sumendi cinerem benedictum in primo die quadragesimæ, et ramum in dominica Palmarum, et aquam benedictam in ingressu Ecclesiæ. Sic etiam in multis populis est consuetudo adendum Ecclesiam summo mane, vel etiam audiendi Missam ex devotione in diebus non festis, et in festis esse solet usus non sumendi jentaculum ante Missam, quæ omnia, et similia, etiamsi a majori parte populi ex devotione fiant, non inducunt consuetudinem legalem. Imo Soto, lib. 9 de Justit., q. 3, art. 1, talem esse censet consuetudinem deferendi ad Ecclesiam oblationem pro defunctis in die animarum, quod etiam est probabile de aliis oblationibus voluntariis, nisi Ecclesia contra offerentes præscripserit, ut dixi tract. 1 de Relig., lib. 2, c. 5, ubi, cum Cajetan. et Soto, notavi spectandam

esse intentionem qua mores introducuntur : nam si ex sola devotione incipiant et continentur, non inducunt propriam consuetudinem.

7. Sic ergo dixit Glossa, in dicto c. *Frustra*, d. 8, ad consuetudinem necessarium esse ut eo animo et intentione servetur, ut *jus in posterum fiat*. Idem Glossa, in dicto cap. ultim. de Consuetud., ubi Abb., n. 17, in eodem sensu dicit *debere fieri animo inducendi consuetudinem*. Idem ibi late Rochus Curt., sect. 4, n. 36, ubi alios refert. Ratio etiam est clara, quia actus agentium non transgrediuntur intentionem eorum. Item quia de ratione legis est ut fiat cum intentione obligandi. Item quia nemo se obligat sine intentione, ut in voto et promissione constat. Et quamvis, per consuetudinem, populus habens superiorem non videatur se obligare, sed obligari a lege non scripta, et consequenter a voluntate superioris, nihilominus, quia princeps non vult per consuetudinem obligare plus quam populus velit obligari, ideo necessaria est ex parte populi intentio inducendi propriam consuetudinem et obligationem ejus, eo modo quo possunt.

8. *Signum voluntatis ad consuetudinem inducendam*.— Tandem signum hujus voluntatis et obligationis est ipsa consuetudo facti. Ita enim dixit Julian. in dicta l. *De quibus: Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* Et idem intendunt alia jura. Ac denique, ex communi acceptione et quasi naturali significatione, receptum est hoc signum consuetudinis tanquam sufficiens ad indicandam talem populi voluntatem, quando per tempus sufficiens et per sufficientem actuum frequentiam continuata est. Difficultas autem specialis quæ hic superest circa intentionem hanc necessariam ad consuetudinem, et de signis illius, tractabitur commodius in fine capituli sequentis.

CAPUT XV.

QUANTI TEMPORIS CONSUETUDO AD INDUCENDAM LEGEM SUFFICIAT.

1. *De tempore ad consuetudinem requisito*.— De numero seu frequentia actuum ad consuetudinem sufficientem, satis in superioribus dictum est; hic ergo solum dicendum superest de temporis diuturnitate. Nam, licet dixerimus quamdam esse consuetudinem præscriptam, et aliam non præscriptam, non tamen explicatum est quomodo illæ ad jus introducendum suffi-

cient, nec quantum tempus requirant: hoc igitur in præsentis capite explicandum est.

2. *Præscripta consuetudo de se sufficiens est ad consuetudinem inducendam*.— *Prima sententia*.— *Secunda sententia*.— *Vera sententia, decem annos requiri et sufficere*.— Et in primis certum est præscriptam consuetudinem de se sufficere ad legem introducendam. Ita enim colligitur aperte ex cap. ult. de Consuet., ut superiori capite declaravi, et tradunt communiter doctores ibi allegati. Circa tempus autem necessarium ad hanc præscriptionem variæ sunt opiniones. Aliqui enim antiqui immemorabile tempus postulabant, tamen sine fundamento; et ita relicta et antiquata est illa sententia. Alii in canonica consuetudine quadraginta annorum spatium requirunt, ut Hostiens. in Sum., tit. de Consuet., § *Obtentum*. Sed hoc habet locum in his quæ sunt contra jus, non in his quæ sunt præter jus. Unde ad hanc consuetudinem, decem annorum tempus necessarium et sufficiens censetur, etiam in canonica materia. Ita tenent Glossæ supra allegatæ, et Bart., Panorm., Rochus, et alii in locis sæpe allegatis. Et illos ac alios referens, tradit Covarr., lib. 1 Variar., cap. 17, n. 8, § *Quarto*, et sentit Navar. in Sum., c. 13, n. 19. Ratio prioris partis est, quia jura dicunt longævam vel antiquam consuetudinem ad hunc effectum sufficere; sed ad antiquam seu longi temporis consuetudinem decem anni requiruntur et sufficiunt; ergo. Quæ ratio supra explicata est. Ratio autem alterius partis est, quia talis consuetudo non est contra jus, sed præter jus, ut supponimus: ut autem constat ex materia de Præscriptionibus, in his quæ non sunt contra jus, non requiritur majus tempus jure canonico quam civili ad præscriptionem, quam in hac temporis conditione consuetudo præscripta imitatur, ut supra visum est; ergo.

3. *Notandum*.— Adverto autem, secundum jus, tempus longævum non esse unum tantum, sed esse decem annorum inter præsentem, et viginti inter absentes, § 1 Instit. de Usucap., et nihilominus doctores allegatos non facere distinctionem in hac consuetudine præscripta inter absentes vel præsentem, ut ad illam viginti annos requirant, ad hanc vero decem, sed absolute tantum decem annos postulare. Imo Bart., in dicta repetit., l. *De quibus*, n. 14, expresse dicit in præsentem non esse faciendam distinctionem, quia illud membrum (ait) *inter absentes, hic non cadit, cum populus semper sit præsens, etiamsi aliqui de populo sint*

absentes. In quibus verbis rationem hanc indicat, quia hæc consuetudo non præscribitur contra extraneos, sed inter ipsosmet cives inducitur, quos necesse est, saltem pro majori parte, esse præsentem, cum debeant esse conscii consuetudinis, ut supra dictum est. Consentit Gregor. Lop., in l. 5, tit. 2, part. 1; Gloss. 4, et Burgos de Paz, in l. 1 Taur., n. 207. Sed ratio illa non videtur satisfacere, quia supra dixi consuetudinem hanc suo modo præscribi contra principem, qui potest esse absens, vel præsens; et ideo, respectu illius, ad præscriptionem hujus consuetudinis debet requiri longum tempus cum proportionem ad propriam præscriptionem; ergo debet requiri tempus viginti annorum, quando princeps abest.

4. *An distinctione data utendum sit in præsentem*.— Propter hoc alii auctores censent distinctionem illa esse utendum etiam in præsentem. Ita significat Sylvest., verb. *Consuetudo*, q. 2, et illius meminit Hostiens. in Sum., ubi supra, referens aliquos canonistas ita sensisse, et quoad civiles consuetudines multos legistas ita tenere, et refertur etiam Azo., in Sum. in rubr., c. Quæ sit long. consuet. Et in dicta l. 5, tit. 2, part. 1, cum eadem distinctione dicitur consuetudinem a populo introduci per usum decem aut viginti annorum. Propter quam legem aliqui censent, saltem in Hispania, ex speciali illo jure ita esse distinguendum. Quia illa distinctio non est inepta, nec odiosa, nec aliud potest operari, nisi ut decem anni pro præsentem, et viginti pro casu absentem postulentur; estque hæc sententia, quoad hanc partem, probabilis.

5. *Tempus decenni sufficiens ut consuetudo inducatur*.— Nihilominus existimo sine ulla distinctione sufficere decenni tempus, ut consuetudo inductiva legis et præscripta esse censeatur. Probatur primo ex communi sententia, quæ non sine causa illam distinctionem omisit in præsentem materia, cum tamen in propria præscriptione passim illa utantur. Et idem observo in nostro Molin., dict. disp. 77, tract. 2 de Justit., conferendo illam, cum præcedentibus, de tempore requisito ad propriam præscriptionem in variis materiis. Secundo, quia consuetudine ita receptum est, ut ad præscribendum contra legem, nulla ratio præsentem vel absentem principis habeatur, ut omnes fatentur. Dico autem ad præscribendum, quia, ut infra dicam, ad alios effectus consuetudinis non præscriptæ multum referre potest absentem, vel præsentem principis, non ratione sua,

sed ratione scientiæ, quæ facilius et certius præsumitur in præsentem quam in absentem. Tertio, hinc sumitur optima ratio, quia in hac consuetudine non postulatur quod sit præscripta respectu principis, nisi quatenus ignorat vel ignorare posse supponitur consuetudinem; ergo ad hanc consuetudinem, ut præscribatur tanto vel tanto tempore, nihil refert absentem vel præsentem principis; nam si ipse sciat consuetudinem, sive sit absens, sive præsens, non est necessaria præscriptio, ut infra dicam. Si autem ignoret, parum refert quod sit præsens, quia, licet corpore sit præsens, animo est absens, et ideo tam cito præscribitur contra absentem sicut contra ignorantem, quia uterque est absens.

6. *Objectio*.— *Solutio*.— Dices: de principe præsentem præsumitur facilius posse scire, et ideo brevius tempus debuit pro illo sufficere. Item, si illa ratio valeret, potius dicendum esset semper requiri spatium viginti annorum, quia hæc præscriptio semper est contra absentem formaliter, id est, contra ignorantem. Respondeo ad priorem partem, in hoc genere præscriptionis non attendi facilitatem vel difficultatem sciendi ex parte principis, sed necessitatem boni communis, cui per hanc præscriptionem consulitur, quia multum expedit ut consuetudines rationabiles, et sufficienti usu firmatæ, observentur, et ad hunc finem, convenientissimum etiam est ut vim habeant obligandi; et propter hunc etiam finem prudenter reputatur sufficiens tempus decem annorum, sive princeps sit absens, sive præsens. Quia talis consuetudo de se satis est roborata, et alioqui tempus illud est sufficiens ut princeps possit scire, si velit; major autem vel minor facilitas parum in præsentem referre videtur. Eo vel maxime quod, in præscriptione consuetudinis, non censetur esse involuntarius princeps, præcipue quoad hunc effectum inducendi obligationem suo juri non contrariam, sicut esse solet involuntarius dominus rei, contra quem illa præscribitur. Quia inductio illius obligationis non affert præjudicium principi, nec est contra jurisdictionem ejus, cum sit ex jure illius, et conveniens ad debitam gubernationem, et ideo non est eadem ratio de præscriptione aliarum rerum, quæ de hac consuetudine. Et ita respondetur ad posteriorem partem negando sequelam, quia cum jura nihil distinguant, sed solum requirant longam consuetudinem, intra latitudinem longi temporis minimum intelligitur; tum quia hoc est favorabilius, et illud est eligendum cum agitur de communi bono;