

DISSERTATIO INAUGURALIS 11 7  
JURIDICA, 1894 1993  
SISTENS CONJECTURAS 30 a  
*De*

JURE CONSUETU-  
DINIS & OBSERVANTIÆ,

QUAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO PRINCIPE ac DOMINO,

DN. FRIDERICO WILHELMO,

Electoatus Brandenburgici Herede, &c. &c. &c.

P R Æ S I D E

DN. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,

Consiliar. Elector. Brandenb. & Prof. Publ.

& Facult. Jurid. p. t. DECANO

PRO LICENTIA

Summos in utroq; Jure Honores & Privilegia  
Doctoralia ritè capeffendi,

P. P.

P E T R U S H E R F F, Mœnofr.

*d. XXIX. Aprilis M DC XCIX.*

IN AUDITORIO MAJORI

HORIS ANTE ET POMERIDIANIS

---

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

LITERIS CHRISTOPHORI SALFELDII,

TYPOGR. ELECT. BRAND.







DISPUTATIO INAUGURALIS  
DE  
Jure Consuetudinis & observantiæ.

SUMMARIA.

Occasio dissertationis §. 1. Confusa & incerta apud. Dd. de consuetudine & observantia traditio. §. 2. Summa doctrina communis. §. 3. 4. 5. Dubia contra communem sententiam, agentem, quod consuetudo & observantia sint species juris & interpretationis. §. 6. Causam confuse tractationis non præcisè derivandam esse ex confusione Juris Romani cum Jure Germanico, §. 7. sed ortam ex non rectè intellectis textibus juris Romani. §. 8. Methodus dicendorum §. 9. Consuetudinis & præscriptionis differentia §. 10. Differentia consuetudinis & observantiæ legis aut pacti. §. 11. 15. Observantia talis leges & pacta interpretatur. §. 12. 13. 14. Definitur consuetudo & observantia §. 16. Actiones consuetudinis debent esse liberae. §. 17. Unus actus non potest facere consuetudinem. §. 18. Difformitas actuum est consuetudinis essentiæ opposita. §. 19. Consuetudo bestiarum. §. 20. In familia quilibet paterfamilias dominus morum. §. 21. 23. Etiam si consuetudo in civitate haberet vim legis, tamen Jus Gentium non posset ventilari pro jure consuetudinario. §. 22. Consuetudo vel judicialis vel extra jud. §. 24. Illa consuetudo, hæc observantia strictè dictæ. §. 25. Consuetudo vel universalis vel particularis. §. 26. Jus de quo hic agitur, potissimum triplex: efficacia, impunitatis, & obligationis §. 27. Jus Consuet. & observ. considerandum tripliciter. §. 28. I. Intuitu collegiorum Republica minorum. In his nulla obligatio nisi ex pacto. §. 29. Consensus majoris partis in collegiis, cur producat obligationem communem §. 30. sub conditione exclusionis? §. 31. Consuetudinem oriri etiam ex actibus majoris partis §. 32. Actiones collegiarum etiam citra consuetudinem habent jus efficaciam.

M

0



⊗ ⊗ ⊗ ⊗

cacia. §. 33. Actiones collegiarum consuetudini conformes habent jus impunitatis, §. 34. etiamsi non convenient, cum moribus aliorum collegiorum. §. 35. Unde ad jus consuetudinis non requiritur rationabilitas. §. 36. Ex consuetudine non oritur jus obligationis §. 37. neque ex parte illorum, qui consuetudinem illam introduxerunt, §. 38. cum hic non possit allegari jus majoris partis, §. 39. neque ex parte illius qui obligatus esse pretenditur, §. 40. sive actum ejusmodi antea planè non celebravit, §. 41. (neque enim tacendo ad introductionem consuetudinis pro consentiente haberi potuit; §. 42.) sive difformiter celebravit, §. 43. sive jam multoties conformiter. §. 44. Ut plurimum tamen melius est, agere secundum mores receptos, ne quis notas singularitatis, aut contemptus taciti, aut etiam impudentia, vel carentia decori incurrat, §. 45. quod tamen etiam suas limitationes habet. §. 46. Orietur tamen jus obligationis, si consuetudo pacto expresso confirmetur. §. 47. Vel etiam si consuetudo pactum expressum probet. §. 48. Nam continui & diuturni mores alicujus collegii præsumtionem inducunt pacti expressi. §. 49. quod in dubio non melius quam per continuum usum probatur. §. 50. Non tamen erit præsumtio juris & de jure, sed admitte- tur contraria probatio. §. 51. Declarantur dicta exemplo consue- tudinis, qua continuo usu collegæ in conventu collegii nigro habitu & pallis comparuerunt. §. 25. Judex debet judicare secundum mores extrajudiciales & secundum dictas de his moribus regulas §. 53. Unde observantia judicialis non poterit novam speciem juris facere §. 54. Quando consuetudo probatione indigeat, quando non; §. 55. 56. De observantia judiciali quoad formam processus, aut modum pronunciandi vel stilum curiæ eadem notanda, quæ notavimus de consuetudine extrajudiciali, quantum ad ipsos judices inter se attinet. §. 57. Obligabit tamen eadem par- tes ex natura communi hominum, non tanquam jus aut lex §. 58. Observantia judicialis in pronunciando non potest esse juris species, imò ne quidem consuetudinis. §. 59. Conjectura, unde sententia adversa originem duxerit. §. 60. II. Intuitu Reip. Democraticæ, ubi eadem de jure consuet. & observ. judic. obtinent, quæ in colle-  
giis



giis Rep. minoribus §. 61. Quo respectu consuetudines in Rep. De-  
mocratica legis habeant vigorem? §. 62. Quid juris in Demo-  
cratia obtineat intuitu consuetudinum particularium? §. 63.  
Consuetudo contra legem scriptam in Democratia an habeat quid  
peculiare. §. 64. 65. De irrationabilitate consuetudinis aliter  
Docens iudicat, aliter Iudex. §. 66. Officium iudicis circa actus  
consuetudinis lege prohibita. §. 67. Consuetudo preprimis adver-  
sus legem non presumitur. §. 68. Officium Iudicis, si persuasus sit,  
consuetudinem esse irrationabilem. §. 69. In Democratia supremi  
iudicii observantia nullum habet privilegium præ reliquorum iudi-  
ciorum inferiorum observantiis. §. 70. III. In Monarchia leges non  
conduntur pacto populi sed dependent ex voluntate principis. §. 71.  
Actuum consuetudinis efficacia & impunitas in Monarchia non  
dependet à tacito principis consensu §. 72. Libertas subdito-  
rum in actionibus suis in Republica non dependet ex consensu tacito  
Principis §. 73. cum alia sit ratio infantum aut servorum §. 74.  
Consuetudines in Rep. Monarchica introducuntur à subditis jure  
libertatis pristina, non ex consensu tacito speciali principis. §. 75.  
Consuetudines in Monarchia non aliter habent legis vigorem,  
quam quod ex iis presumatur lex scripta. §. 76. Quid juris circa  
statuta & consuetudines particulares in Rep. Monarchica? §. 77.  
Quid juris in Monarchia circa consuetudines contra legem? §. 78.  
consuetudines item irrationabiles, & observantiam judicialem  
iudicii supremi? §. 79. His deductis ostenditur textus Juris Civilis  
convenire cum doctrina nostra. Periphrases §. 3. 9 & 10. Inst. de J. N.  
G. & C. §. 80. §. ult. Inst. de Satisdat. §. 81. l. 1. & 7. ff. de LL. §. 82. l. 32.  
ff. eod. §. 83. l. 33. 34. 35. 36. eod. §. 84. l. 37. 38. 39. eod. §. 85. l. 1. C. qua sit  
long. consuet. §. 86. l. 2. C. eod. §. 87. l. 3. C. eod. §. 88. Juris Cano-  
nici autoritas ac utilitas, etiam in terris Principum protestan-  
tium, ac ejus comparatio ad Jus Civile. §. 89. Circa consuetudines  
irrationabiles aliud esse officium Doctoris, aliud iudicis confir-  
matur ex can. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. dist. 8. §. 90. Notatur inepta argumen-  
tatio Augustini in can. 6. ibid. ex dicto Christi: Ego sum veritas,  
§. 91. & adhuc ineptior in can. 1. ead. dist. 8. §. 91. Illustratur ex  
Jure Canonico: consuetudinem facere jus efficacia & licentia, &

X 2

se-

M

O

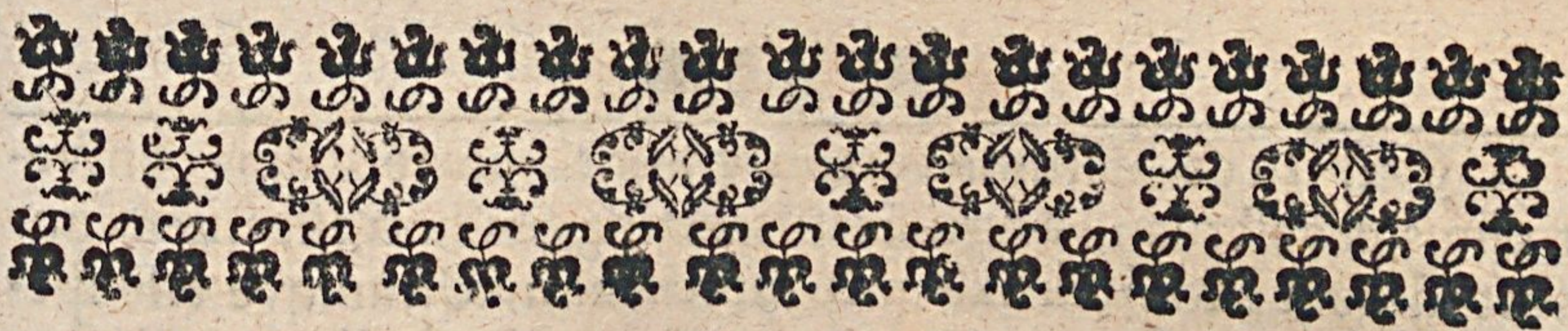


❁ ❁ ❁ ❁

*secundum consuetudines irrationabiles nondum lege abrogatas à iudice esse pronunciandum. Notatur autor summarii super c. 1. de consuet. §. 93. Jure Canon. ad consuetudines derogantes requiritur consensus episcopi §. 94. Per cap. ult. de consuet. aliquot errores in Jurisprudentiam sunt introducti §. 95. Jus Imperii Germanici confirmat doctrinam nostram §. 96. 97. His suppositis notantur errores communes 1. scripturam non requiri ad essentiam juris scripti. §. 98. 2. observantiam iudicii supremi debere sequi iudicia inferiora §. 99. 3. ad jus consuetudinis requiri consensum specialem principis. §. 100. 4. Leges non tolli solo non usu §. 101. 5. Certos actus requiri ad consuetudinem, & aliquando sufficere unum vel duos. §. 102. Certum tempus requiri ad consuetudinē, ac Jure Civili & Canonico id determinatum esse. §. 103. 7. Jure Saxo-nico ad consuetudin. requiri 31. annos & diem. §. 104. 8. Ad consuet. requiri actus judiciales. §. 105. 9. Eum esse puniendum, qui agit secundum consuetudinem. §. 106. 10. Ad jus consuetudinis requiri ejus rationabilitatem §. 107. 11. In probanda consuetudine multa singularia esse. §. 108. 12. Communem opinionem & observantiam judicalem habere vim consuetudinis §. 109. 13. Ab observantia Camera & aliorum supremorum judiciorum non posse recedi. §. 110. Usus dissertationis in questione de usu practico juris Justiniani. §. 111. & in infinitis questionibus juris publici & privati. §. 112. Quid sentiendum de consuetudine, secundum quam bona naufragorum cedunt Domino littoris, & de precibus daß Gott das Strandrecht segnen wolle? §. 113. De observantia Pratorii Lipsiensis, ut appellationes Pratori domi insinuentur. §. 114. De consuetudine, qua soli nobiles ad Canonicatus admittuntur. §. 115. Notatur Feltmannus in decisione casus cujusdam de consuetudine collegii. §. 116. De conjecturis & earum certitudine. §. 117.*

§. 1. Post-





§. 1.



Ostquam in nuperri-

ma Disputatione de Pseudo-Privilegio pupilli &c. inter alia obiter quasi asserueram, observantiam judicalem non esse speciem juris, dignum id thema mihi visum fuit, de quo loco speciminis inauguralis distinctius quid meditarer. Quod dum facio, & observantiam cum consuetudine confero,

deprehendo ex communibus doctrinis, quæ de consuetudine inculcari solent, non paucas æquè dubias videri, ac illud commune assertum, quod observantia judicialis certa juris species ac species interpretationis sit. Putavi igitur eodem labore ea, quæ de consuetudine pariter ac observantia emendationem aliquam merentur, tractari posse.

§. 2. Dum autem hunc in finem ab aliis tradita evolvo, nil nisi confusionem, aut incertitudinem deprehendo, ut necesse sit, lectores omnes, ea quæ Doctores de consuetudine & observantia tradunt, cum cura ruminantes, longè incertiores & confusiores reddi, quàm erant antea. Provoco ad experientiam, & si quis id diffiteri auserit, eum rogo ut saltem ex optimis tres Commentatores ad §. 3. *Inst. de J. N. G. & Civ. item ad tit. ff. de LL. & ad tit. C. quæ sit longa consuet.* qui doctrinam de consuetudine paulo distinctius tractant, perlegere & iis ex Practicis Doctoribus ea adjungere velit, quæ v. g. *Besoldus, Wehnerus, Rüdingerus Spei delius in vocibus Gewohnheit / Herkommen / Observanz, item Jac. Schultes quest. pract. 55. 76. 77. 78. Gail. lib. 2. obs. 31. Mynsing. cent. 5. obs. 96. & cent. 6. obs. 41. seqq. Tabor de confrontatione P. 1. th. 16. seqq. de consuetudine & observantia scripta reliquerunt.*

A

§. 3.

M

O



§. 3. In eo plerumque conveniunt: præter alios consuetudinis & observantiæ significatus distingvendum esse inter consuetudinem extrajudicialem & judicialem. Utramque esse speciem juris non scripti, & habere vim legis; iudices obstrictos esse, ut secundum utramque pronuncient, observantiam vero judicialem esse peculiarem ac præcipuam interpretationis speciem: Observantiam supremi iudicii sequi debere iudicia inferiora: Ad introducendam consuetudinem requiri usum populi, rationabilitatem, actuum frequentiam & diuturnitatem; & omnem consuetudinem valere extacito consensu ejus qui majestatem gerit in republica: Porro consuetudinem quatenus facti est indigere probatione, non quatenus est juris: Probari autem iisdem modis uti alia facta.

§ 4. Non desunt tamen, qui contra hæc variis modis differunt, v. g. consuetudinem, & observantiam, item usum, ritum, stylum curiæ variis modis differre: esse etiam consuetudinem & observantiam introductivam, interpretativam & abrogativam; communem opinionem secundum quosdam æque habere vim legis ac observantiam Judicialem, secundum alios communem opinionem semper cedere debere observantiæ judiciali: Non valere consuetudinem ex approbatione principis, sed ex usu populi, imò ne jus scriptum quidem sine usu populi valere, adeoque, qui v. g. statutum pro se alleget, eum, altero id receptum esse negante, receptionem statuti probare debere; rationabile id esse quod populo utenti rationabile videatur, & tamen ipso jure nullas esse consuetudines irrationabiles; posse etiam duobus actibus, imò, uno publico & diu continuato consuetudinem introduci; Diuturnitatem consuetudinis jure civili vel decennio vel etiam breviori aut longiori tempore æstimandam, aut relinqvendam planè arbitrio iudicis, jure Saxonico vero introduci triginta annis anno & die; in modo etiam probandi consuetudinem & observantiam varias cautelas esse adhibendas, atque adeo & advocatum in formandis articulis super probanda consuetudine sollicitè debere procedere, si velit causam obtinere &c.

§. 5.

§. 5. Atque in his singulis momentis ferè unus ab altero disfidet, utrobique tamen non solum auctoritates Doctorum, sed & legum, partim clara verba, partim argumenta adducuntur, ut multis ejusmodi sententiis evolutis anxius hæreas ac nescias, cui dicas, tu mihi sola places.

§. 6. Ego certè hæc pensitans nescius fui, de qua ex his doctrinis magnifice sentire debuerim, ac parum abfuit, quin de singulis dubitare inceperim. Præprimis cum fundamentales propositiones dux, quibus reliqua doctrina innititur, & in qua unanimes sunt Doctores, veritati minimè consentaneæ videantur. Scilicet Consuetudinem & observantiam judicalem esse juris speciem ac interpretationis. Quid enim, cogitabam, quomodo observantia, quæ sepè erronea est, potest majorem efficaciam quam interpretatio erronea habere? quomodo hic error potest jus facere, quomodo consuetudo quæ à libertate utentium, quanta quanta est dependet, libertatem aliorum in populo, & parium quidem tollere poterit, & vim legis habere? Qua ratione, ita cogitabam ulterius, homo sanæ mentis potest id pro regula juris habere, cujus contrarium quotidiana experientia etiam insipientibus docet. Annon enim collegia Juridica quotidiè observantias suas mutant, & à sententiis hætenus receptis recedunt? Annon opera Carpzovii & Finckelthufii satis docent, in una civitate oppositas dari observantias judiciales, ut de collegiis diversarum civitatum sub uno tamen principe jam nihil dicam? Annon mihi impunè, imò & salva conscientia, etsi fortè non salva prudentia, liceret alio cibo & potu, item vestimentis uti, ac consuetudo fert? Annon eadem ratio est cæterarum actionum à lege divina vel humana scripta determinatarum, etiam si repugnent liberis moribus gentis?

§. 7. Cum vero considerarem, Jctos in suis assertionibus sæpè provocare ad claros textus, & hos deprehenderem quoad verba idem ferè dicere quod nostri dicunt, succurrebat quidem initio, quod in *disput. B. Kulpisii de observantia imperiali* §. 5. legeram; causam, quare Doctores ita confusè de observantia loquantur

tur non aliunde, quam ex confusione juris Romani atque Germanici repetendam esse: Frustrâ enim ex peregrinæ gentis legibus derivari explicarique, quæ institutis propriis ac domesticis nostris originem suam unicè debeant: ac illud sanè expeditum, & ab omnibus concessum esse, talem speciem juris, quæ apud Germanos das Herkommen dicitur, Romanos non habuisse &c. Sed nescio tamen, quamobrem hæc causa mihi non videbatur sufficere. Etenim putabam, nullum populum esse, qui non præter leges scriptas moribus non scriptis utatur, consuetudinis autem, quod generales regulas concernit, quales sunt illæ, quæ in legibus Romanis occurrunt, apud omnes gentes eandem esse naturam &c.

§. 8. Ergo colligebam, vel Jctos Romanos ignorasse, quænam sit natura consuetudinis & observantiæ, vel Jctos Germanos non rectè intellexisse mentem Jctorum Romanorum. Prius non videbatur verosimile, cum haud dubiè Jcti, quorum fragmenta in Pandectis legimus, fuerint Philosophiæ moralis atque Politices ac Juris Naturæ apprimè gnari. Quod posterius attinet, etiam durum videbatur, id præsumere de tot viris magnæ eruditionis, famæ atque autoritatis. Sed cum ex alterâ parte considerarem, glossatores ad exponendum Jus Romanum necessaria historiæ ac Politices subsidia non attulisse, Glossatorum vero tradita maximam præ ipsis textibus non solum in Italiâ, sed & Academiis translatis, in Germaniâ autoritatem obtinuisse, ac ad nostra usq; tempora id pseudoaxioma in Germaniâ obtinuisse, non licere sine violatione Præcepti quarti dissentire à Præceptoribus; & quamvis jam longo tempore libertas sentiendi ex aliis Europæ regionibus in Germaniam transierit, eam tamen lento gradu à facultatibus inferioribus hætenus devolutam esse ad superiores, initio scilicet factò à Facultate Philosophicâ, pergendo ad Medicos, serius vero perveniendo ad Jctos &c. Cum inquam, hæc omnia considerarem, putavi causas errorum in Jure communium, non vitio errantium, sed vitio aut potius infelicitati seculi esse adscribendas.

§. 9. Cognitâ vero causâ morbi non difficile erit remedium quærere. Si consuetudo & observantia sunt juris non scripti species, intempestivum videtur, ejus naturam ex jure scripto velle explicare. Quin potius, uti leges ex legibus optimè, ita & mores ex moribus atqve ex jure, quod non nisi cordibus inscriptum & nobiscum natum est, commodissimè exponuntur. Quare nec ineptè, credo, faciam, si in materiâ præsentî clauso aliquantisper jure scripto, initio ex principiis rectæ rationis, an & qualem jus ex consuetudine & observantia oriatur deducam, tum dispiciam, annon leges utriusqve juris cum doctrinâ meâ consentiant, ac deniqve de sententiis Doctorum, ad normam illorum principiorum, meam sententiam dicam. Fiet id autem ubiqve breviter & quasi per indicem, cum tempus justæ premeditationis non superfit, unde ulteriorem deductionem aliis relinqvam.

§. 10. Sumitur vox consuetudinis & observantiæ variis modis qui apud Dd. videri possunt. Nobis sufficere videtur, si id moneamus, quod per consuetudinem hic non intelligamus mores unius hominis, ut quando dicitur, consuetudinem esse alteram naturam, sed mores plurium. Ergo simul excludimus continuatum usum & observantiam unius hominis, qualis v. g. locum habet in usucapionibus aut præscriptionibus, & ex inde breviter patet differentia inter præscriptionem & consuetudinem.

§. 11. Neqve tamen etiam solliciti sumus de usu & observatione eorum verborum, quæ antea vel per modum legis aliorum actionibus dirigendis præscripta sunt, vel etiam in conventionem aut pacto erant posita quæ observantia multum conducit ad indagandam alicujus mentem dubiam. Cum enim quilibet homo mentem suam partim per verba partim per facta declarat, regulariter quidem consensus per verba tanquam expressus prævalet consensu tacito, qualis est omnis qui per facta declaratur. Hinc regula communis, & quæ etiam in quæstionibus juris frequentissimè occurrit, quod quotiescunqve constet de consensu expresso, frustra quærat de tacito.

§. 12. Sed uti in materia interpretationis, quæ tota conjecturis nititur, nulla regula est sine exceptione, ita etiam in isto canone sæpè contingere potest, ut consensus ille expressus habeat verba obscura & ambigua, quorum sensus adeò aliunde per conjecturas erit assequendus. Inter illas vero conjecturas declaratio per facta illarum personarum, de quarum voluntate quæritur, cæteris paribus fortissimum argumentum præbere potest. Cum enim sæpe protestatio (verborum) facto contraria, ipso facto cedat, etiam si verba sint clara & perspicua, multo magis ad facta reflectendum erit in interpretatione verborum dubiorum. Unde facta quandoque verba legum aut pactorum generalia restringunt, specialia extendunt, ambigua declarant &c. Imò ex factis quandoque interpretamur verba, rejectâ aliâ interpretandi regula, præprimis si sit subsidiaria.

§. 13. Cape exemplum: Titius vendidit Cajo ædes, addito hoc pacto, ut ipsi venditori liceat ad dies vitæ hypocausto aliquo in istis ædibus gratis uti. Hic, si nulla alia verba in contractu posita sint, atque venditor hypocaustum id non determinaverit, nullum est dubium, lite desuper ortâ emtoris esse electionem, ac venditorem adigendum, ut hypocausto illo sit contentus, quod emtor voluerit, etiam si jurare possit, quod tempore contractus ipse de alio planè hypocausto sibi commodiore senserit. Imputet enim venditor sibi, quod cum clarius loqui potuisset & debuisset, clarius non fuerit locutus. At si post contractum emtor hypocaustum, quod venditor desiderat, semel ipsi concesserit, & postea hunc iterum expellere ac aliud ipsi offerre velit, verba contractus & regulam interpretandi modo dictam prætendens; urgebit venditor; verba contractûs, quamvis generalia & indeterminata per factum hoc indulti semel hypocausti, quod venditori placuerat, etiam ab ipso emtore simul fuisse determinata, adeoque per istam observantiam ipsi venditori semel jus esse quæsitum, quod postea ipsi invito iterum auferri nequeat.

§. 14. Eadem est ratio legum. Fingamus: Principem prohibuisse exportationem frumenti, in ipsa autem observantia saltem

tem tritici exportationem non permisisse, reliquarum vero frumenti specierum exportationem mox ab ipsa publicatione legis notoriè permisisse, factum hoc Principis satis declarat, quod Princeps voce frumenti generali saltem triticum voluerit intelligere.

§. 15. Ex dictis exemplis autem facilè patet, quod observantia hujus generis diversum quid sit à consuetudine & observantia de qua nos agimus. Mores plurium actuum conceptum involvunt, talis observantia uno etiam actu contenta est. Hæc observantia valet etiam pro interpretatione in pactis & legibus propriis, ubi ratio evidens est, quod quilibet sit verborum suorum optimus interpret. At observantia de quâ nos quærimus, an sit interpretationis species adhibetur in legibus alienis, ubi ratio illa evidenter cessat. Prior observantia est species interpretationis impropriè dictæ & authenticæ. Quoad posteriorem quærimus de interpretatione propriè dictâ seu doctrinali.

§. 16. Consuetudo igitur & observantia, de quâ nos sumus solliciti sunt actiones plures uniformes hominum in una societate civili familiâ majore viventium, quatenus in illa societate vivunt.

§. 17. Dico actiones, per quas intelligo non internos motus cordis humani, sed actiones externas ex variis motibus locomotivæ provenientes: h. e. non morales, sed Politicas seu civiles. Cujuscunque generis sint, seu quocunque membrorum motu declarent voluntatem humanam, aut saltem in illa societate pro signo voluntatis humanæ habeantur. Unde excluduntur actiones involuntariæ & quas quis coactè facit. Imò & illæ, quas quis lege jubente facit, quia sermo est de specie juris, quæ juri scripto opponitur.

§. 18. Dico plures. Nam æquè contradictorium est, quod unus actus faciat consuetudinem, ac contradictorium esset, si unam vocem vellemus harmoniam appellare, aut ad generationem unum hominem requirere. Verba quæ conformitatem & relationem denotant, quale & consuetudo est, necessariò plures uno actus requirunt. Immo ut ex sequentibus patebit, consuetudo regulariter etiam plures duobus actus requirit.

19. Dico

§. 19. Dico *uniformes*. Nam si difformes sint, ita de libertate singulorum testantur, ita omni obligationi opponuntur, ut nemini in mentem venerit, difformitatem actionum harum appellare consuetudinem.

§. 20. Dico *hominum*. Ista enim consuetudo etiam impropria est, nec huc pertinet, quatenus vox illa de bestiis sæpè prædicatur, quæ fortè accuratius assuetudo diceretur: Ut quando de bestiis mansuefactis dici solet, quod consuetudinem redeundi habeant.

§. 21. Dum homines *in una societate familia majore* viventes memoro, id non solum factum est, quoniam jam dixi, quod nolim agere de consuetudine singulorum, sed & quod paterfamilias quilibet tanquam rex in sua domo in iis quæ lege civili non sunt determinata, perpetuo libertatem retineat, mores suos pro lubitu mutandi & secundum eos etiam attemperandi mores reliquæ familiæ.

§. 22. Sed nec sine causa *civilem* societatem nominavi, ut eam contradistinguerem societati *naturali*, quæ nempè est extrà civitatem, in qua etiam ipsæ civitates & gentes inter se vivunt. Quamvis enim deprehensi fuerint viri quidam eruditi, qui, dum Jus Gentium Juris humani speciem effingere voluerunt, & iis aqua hæsit, in jure consuetudinario refugium quæsiverunt, atque putarunt v. g. quod gentes quædam uniformiter legatorum inviolabilitatem uniformibus actibus introduxerint, & sic reliqui obligati sint ad idem jus, cum consuetudo sit species juris non scripti; ipsis tamen jam à Dn. Præfide *in lib. I. Jurisprud. divine* sufficienter fuit responsum: Consuetudinarium jus inter Gentes nullum esse. Quod si jam deduxerimus, consuetudinarium jus etiam in civitate tanti non esse, quanti communiter esse fingitur, majus inde responsioni illi robur accedet.

§. 23. Dixi denique: *quatenus in illa societate vivunt*, ut ostendam, singulos illos, qui collegium aliquod constituunt, quatenus extra collègium, ut Patresfamilias in suis domibus considerantur, haud dubiè illi consuetudini collegii non adstringi, sed suæ libertati relinqui.

§. 24.



§. 24. Quodsi definitionem illam consuetudinis distinctius consideremus, simul se duæ consuetudinis divisiones offerent, momentum aliquod præsentis disquisitioni allaturæ. Considerari enim poterunt collegia omnia in civitate dupliciter, vel quatenus membra eorum inter se non litigant, vel quatenus membra inter se dissentiunt & sic tertii, qui nullis partibus est addictus, arbitrio dissensum suum dijudicandum relinquunt. Parit hæc duplex consideratio distinctionem consuetudinis in *extrajudicialem* & *judicialem*.

§. 25. Etsi igitur intuitu denominationis Grammaticæ, consuetudinis & observantiæ voces quoad definitionem illam generalem synonymicè usurpari possint, & usurpentur etiam, non repugnabit tamen usui artificum, si melioris distinctionis causa vox *consuetudinis* strictè moribus extrajudicialibus, *observantiæ* contra strictè moribus judicialibus applicetur.

§. 26. Porro societates in civitate familiâ majores vel sunt ipsa civitas, vel societates civitate minores, seu collegia strictè dicta. Nascitur inde divisio consuetudinis, quod alia sit *universalis*, alia *particularis*.

§. 27. Porro cum de *jure* consuetudinis & observantiæ disquirimus, præsupponendum, pro diversitate significationis, quæ vox ipsa juris supponi solet, diverso etiam modo quæstionis ipsius intellectum fore. Alia enim quæstio est: an quis secundum consuetudinem actiones suas instituens efficaciter agat? quod jus melioris distinctionis gratiâ appellabimus *jus efficax*, vel etiam uno verbo *facultatem*. Alia quæstio est, an secundum consuetudinem agens licitè agat, an vero à reliquis puniri possit? quod appellabimus imposterum *jus licentiæ* vel *impunitatis*. Alia denique quæstio est: an quis obligetur, ut secundum consuetudinem agat, ita, ut si alio modo, vel etiam contra agat, ejus actus irritus evadat aut nullus, vel etiam contra agens puniri queat? Quod jus vocabimus *jus obligationis* vel *legale*. Non diffitemur tamen in ipsis rerum argumentis contingere posse, ut simul concurrant ex his quæstionibus duæ vel omnes tres. Etsi enim re-

B

verà

verà sint distinctæ, conceptus tamen, quos involvunt, valdè affines sunt.

§. 28. His autem suppositis quæstionem de jure morum extrajudicialium & judicialium distinctè considerabimus, partim secundum naturam collegiorum civitate minorum, & quatenus collegæ sunt pares, partim secundum naturam civitatis & quidem tam Democraticæ, quàm Monarchicæ.

§. 29. Quod initio collegia attinet, strictè sic dicta, quoniam ea ex paribus constant, & par in parem non habet imperium, suâ spontè sequitur, nullam obligationem inter eos esse posse in negotiis à jure naturæ non determinatis, nisi ex pacto. Quod si expressum est, æquipollet juri scripto civitatis, adeoque consuetudini opponitur. Statim enim ac conventio perfecta est, sine actu pluralitate obligatio inde oritur.

§. 30. Id tamen in doctrinâ de consuetudine usum habebit ex naturâ pactorum expressorum considerasse, quod in quolibet collegio consideranda sint pacta duplicis generis, unum, quo collegium constituitur: alterum, quod collegio jam constituto inicitur. Prius requirit collegiarum singulorum consensum, ita ut consensus majoris partis alios pauciores, ut collegii membra fiant, obstringere sine singulorum consensu nequeat. Postquam vero collegium jam constitutum est, ipsa natura omnium collegiorum id efflagitat, ut quod à majore parte fuerit conclusum, id & reliquos stringat. Cum enim nullum collegium sine communi ordine & unione voluntatum subsistere queat, interim natura sua homines in rebus ad communem utilitatem pertinentibus valdè ad dissensum proni sint, dissensu ejusmodi occurrente aut semper foret recedendum à societate, aut major pars obstringeretur votis minoris partis, aut minor pars sequi deberet conclusa partis majoris. Quartum non datur. Primum vero ipsis collegis paucioribus noxium foret; secundum omni rationi repugnat, ergo necesse est ut ex modo tertio fiat determinatio communis ordinis.

§. 31. Quoniam tamen sapè contingere potest, ut major pars aliquid evidenter in præjudicium minoris partis statuat, aut, si & hoc non sit ita evidens, quoniam recessus ille à collegio, si aliud initio non sit conventum, cuilibet sic liber manere debet, uti accessus, ergo modo dicta limitari debent, ut membrum collegii teneatur conventionibus majoris partis, nisi velit à societate excludi.

§. 32. Jam igitur quoniam in eo consentiunt omnes, jus consuetudinis nisi conventionem vel pacto tacito, & vero conventio tacita in reliquis debet imitari conventionis expressæ naturam, sua sponte sequitur, consuetudinem in collegio aliquo, si jus aliquod producere debeat, æstimandam esse ex actibus uniformibus non quorundam pauciorum, sed vel omnium, vel certè majoris partis.

§. 33. Nunc vero quod actiones collegarum concernit & jus inde oriundum, primum axioma sic formo: *Actiones collegarum omnes, quæ non sunt contra rationem & pactum, jus efficacia habent etiam citrà respectum ad consuetudinem.* Unde ex talibus actibus nullum jus consuetudinis probari poterit. V. g. Ita licebit collegis de rebus suis efficaciter disponere tam inter vivos, quàm per testamentum: ita licebit contrahere quomodocunqve libuerit. In his actibus enim considerantur collegæ ut singuli patres familias, non quatenus sunt in illa societate. Multò magis ergo actus isti valebunt & sua efficacia non destituentur, si quis conformiter cum moribus aliorum contrahat, aut de negotiis suis disponat, sed & tum magis ex jure libertatis, quàm ex jure consuetudinis.

§. 34. Porro: *Actiones collegarum consuetudini communi aut majoris partis conformes, habent jus licentiæ & impunitatis.* Cum enim inter æquales debeant esse æqualia jura, sequitur quod uni liceat, id licere & alteri, ac multò magis quod majori parti licebit, licere etiam debet minori.

§. 35. Ne tamen urgeas, nec hoc jus adeò provenire ex jure consuetudinis, sed ex singulorum libertate, adeoque parum ab axioma primo differre, intelligendum aut ampliandum erit

axioma, ut valeat, etiam si alias actus illi rationi aut moribus communibus aliorum collegiorum repugnent. Finge esse quoddam collegium aut quendam universitatem, in qua major pars actus alios indecoros liberè committat, aut dum sacra peraguntur, nugas agat, vel dormiat, idem etiam impunè facient reliqui. Quamvis enim, qui talia perpetrant, laudem non mereantur apud alios extrà collegium, imò fortè intuitu eorum, si imperio ipsorum sint subiecti, puniri possint; tamen inter ipsos nulla vel minima ratio subest, cur quod majori parti liceat, non etiam licere debeat reliquis, qui pari jure gaudent.

§. 36. Falluntur ergo, qui ad valorem consuetudinis, qua talis, indistincte referunt rationalitatem: Nam respectu impunitatis consuetudines etiam irrationabiles jus libertatis tribuent. Et inde accuratè loquendo omnes mores communes ( abstrahendo à lege divina & jure humano scripto ) illorum intuitu, qui iis utuntur, pro rationabilibus sunt habendi. Nam inter pares iudicium etiam de justo & injusto debet esse penes partem majorem.

§. 37. Tertio: *Nullus collegarum in actibus lege divina vel pacto non determinatis jure perfecto obligatus est, ut se conformem reddat consuetudini quà tali.* Hoc est: Non oritur ex consuetudine jus obligationis vel legale. Et adeò quilibet actiones suas contra mores receptos instituendo efficaciter id faciet & impunè.

§. 38. Hic vero necesse erit, axioma illud paulo distinctius demonstrare, quia intuenso communem doctrinam id videtur esse maximè paradoxum. Probamus autem exinde, quia deficit omnis fons obligationis, sive inspicias eos, qui consuetudinem illam introduxerunt, sive illum, qui ex illa consuetudine obligatus esse diceretur. Priores quod attinet, haud dubiè quod hoc vel illo modo actione aliqua usi sint, fecerunt ex libertate, ita ut potuissent etiam non uti; Ergo cum parium sint jura paria, erit etiam in libertate illius, de quo quæritur, an actu illo uti velit an minus.

§. 39.

§. 39. Nec poterit hic allegari jus majoris partis. In pacto enim expresso collegæ cum intentione se invicem obligandi vota sua dicunt, & in introductione consuetudinis singuli absque intentione alios obligandi ista consuetudine utuntur, certè uti debent. Cum enim consuetudines regulariter pedetentim & insensibiliter oriantur, uti alluvio, inconveniens esset, si qui primum actionem hoc vel illo modo instituit & libere quidem, haberet intentionem reliquos obligandi: Nam in uno non est major pars. Eadem est ratio secundi, tertii, &c. Nam & secundus actum ita celebrat aut absque intentione primum imitandi aut cum intentione. Utrumvis dicas, non fecit ex obligatione, sed vel ex absoluta libertate, vel ex beneplacito & amore. Amor vero omnem obligationem respuit. Ergo & idem de tertio & sic in infinitum dicendum.

§. 40. Unde simul ratio evidens est, cur & in ullo, qui obligatus esse præ tenditur, deficiat fundamentum obligationis. Per collegas enim suos non potuit obligari, utpote qui nec imperium habent, nec usum introducendo intentionem obligandi habuerunt, aut habere potuerunt. Et nemo regulariter obligatur, nisi ex facto proprio. At in eo qui obligatus esse præ tenditur, nullum est factum obligationem pariens. Aut enim antea illum actum planè non celebravit, vel aliter celebravit, vel conformiter celebravit.

§. 41. Si planè non celebravit, nihil ad consuetudinem pertinens egit. Ergo in hoc casu, nihil afferri contra ipsum poterit, quàm fortè, quod tacuerit, cum reliqui ita egerint. Communiter enim jus consuetudinis ex tacito consensu deducitur. Sed notum est, quod regula: tacentem habere pro consentiente, tot limitationes & fortè plures habeat, quàm casus sunt, qui sub regula continentur. Et ex omnibus aliis illa limitatio est generalissima & notissima, *quoties interest, ut loquatur seu quoties de ipsius præjudicio agitur.* Unde revera regula illa non erudit & sine alia regula nullius est usus. Addita enim hac limitatione istum sensum accipit: qui tacet non consentire videtur, nisi ex aliis circumstantiis appareat, quod consentire videatur.

§. 42.

§. 42. In præfenti vero negotio quis putet interesse singulorum collegarum, cum vident actum aliquem lege divina aut pacto inter ipsos non determinatum à collegis suis, etiam à majori parte, successivè conformiter celebrari, ut, si similiter imposterum facere nolint, in tempore protestentur? Ubi quisq; liberè agit, ubi intentionem alterum obligandi non habet, nec habere potest, qui tacet non videtur consentire, nec se ad similia obligare velle: Ergo hic protestatione non est opus.

§. 43. Quod si is de cujus obligatione quæritur, hæctenus illum actum difformiter observavit, Domitiana esset quæstio. Nam & tum consuetudo non est, quia deficit uniformitas actuum, & alterius factum difforme satis declarat, quod reliquos imitari nolit, sed suam libertatem salvam retinere cupiat. Poterit & tum hoc difforme factum pro protestatione reali haberi, quamvis, ob dicta, superfluâ.

§. 44. Sed quid si jam aliquoties in illo actu conformem se reliquis gesserit socius, postea autem ab illâ conformitate velit recedere? Hic sanè gravius videtur subesse dubium. Nam imitando reliquos non solum ejus taciturnitas adest, sed imitatio est tacita approbatio ejus, quod reliqui fecerunt. Unde videtur regula obtinere, ut, quod antea erat voluntatis, ex hoc facto fiat necessitatis. Verum nihil mutamus. Negamus enim, quod sola imitatio nos obliget, si modo imitatio illa, ut hîc, fiat ex jure libertatis. *Ædificavi ædes meas vicinis meis & æquales & similes bis vel ter, ex libertate tamen & sine lege. Quis neget me quandocunque libuerit ædes illas aliter & altius tollere posse?* Unde ampliamus potius assertionem nostram, quod valeat, etiam si is, qui obligatus esse prætenditur, actum illum per longissimum tempus conformem reliquis celebraverit. Etsi enim supra notaverimus, differentiam esse inter consuetudinem & præscriptionem, hîc tamen non est, cum utrobique par sit ratio, & etiam ad consuetudinem suo modo possit applicari vulgatus Canon: Res meræ facultatis nunquam præscribi.

§. 45. Notanter tamen dixi §. 37: *jure perfecto*. Alia quaestio est: annon melius faciat ille, qui in collegio est, si se majori parti conformem gerat in iis, quæ jure divino aut aliâ lege vel pacto nondum sunt determinata? Quam *ut plurimum* affirmo. Declarant enim membra collegii illâ complacentiâ amorem suum & benevolentiam ergâ collegas, & ferè, si aliter agant, vix poterunt effugere notam singularitatis, aut contemptus taciti, quorum utrumque facile odia inter collegas excitat, certè amorem minuit. Quin &, si mores communes pro decoris habeantur à majori parte collegarum, & multò magis, si à reliquis omnibus, item ab aliis quoque collegiis vicinis, notam impudentiæ aut certè carentiæ decori etiam acquirat is, qui libertate suâ hîc nimis utitur. Sed hæc omnia propterea non introducent jus legale. Nam neque ad amorem & benevolentiam aliquis cogi potest, neque indecorum aut impudentia per se pœnam meretur, nisi quod contemptum & indignationem aliorum sibi alliciat homo impudens & indecorus.

§. 46. Nec sine causâ dixi: *ut plurimum* melius facere, qui secundum mores communes vivunt. Nam plures possunt esse rationes, quare nec is, qui ab illis recedit, nec in amorem reliquorum peccet, aut illos contemnere censeatur, nec pro indecoro & impudente haberi debeat, sed vel laudem mereatur, & amorem suum recedendo à communibus moribus declaret, vel certè neque contemptum collegarum, neque indignationem jure mereatur. Quid enim, si mores consensu majoris partis in abusum degeneraverint? Quid si mores communes sint impudentes? Quid si exemplo suo cordatior ex sociis reliquos in ordinem redigere bonâ fide intendat? Quid si arbitretur, salvâ conscientiâ, pone etiam erroneâ, istos mores se non posse imitari &c.

§. 47. Denique dixi §. 37. in axiomatico, quod jam probo; consuetudini *quâ tali*. Nam quilibet sibi facile poterit concipere, quod consuetudo, quæ à majori parte est recepta, facile possit pacto corroborari. Quod si fiat, postea tenebitur ille de cujus obligatione hic quaeritur, sub limitatione tamen suprâ dicta, nisi  
rece-

recedere velit à Collegio. Verum tum non tenebitur tanquam ex consuetudine, sed tanquam ex pacto. Adde, quod hæc limitatio magis illustret canonem nostrum. Etsi enim post pactum non amplius possit impunè aut efficaciter actum istum difformiter à moribus collegii exercere, is tamen actus ejus, qui occasionem huic pacto dedit, & de quo quæstio est instituta, manebit efficax & impunus, nisi fortè & pactum commune inefficaces reddiderit expressè actus præcedentes, quos tamen non æquè reddere poterit punibiles.

§. 48. Deinde etiam sæpè poterit accidere, ut alicujus actus consuetudini difformis judicetur esse irritus aut pœnæ subiectus non vi consuetudinis, quæ ut hæctenus ostensum, nulla est, sed quod continui mores indicium forment, quod collegæ per pactum expressum ad actum ita vel ita celebrandum se olim obstrinxerint. Quo pacto iterum vi pacti erit obligatus difformiter agens.

§. 49. Et igitur ista observatio nobis indè suppeditatur, quod *continui & diuturni mores alicujus collegii præsumtionem inducant pacti expressi.* Cum enim natura humana ita ferè comparata sit, ut magis ad odium ac contemptum aliorum inclinet, quam ad amorem, conformitas autem actionum sit signum externum amoris, non præsumuntur multi homines spontè ac liberè & quidem diuturnè conformitate actionum uti, nisi adsit aliqua causa necessitans, quæ in collegiis in actibus à lege non determinatis alia præter pactum esse nequit.

§. 50. Unde in dubio pactum expressum non melius, quàm per continuum usum probari poterit. Dico in dubio. Nam si pactum expressum collegii literis sit mandatum & codici communi insertum, dubium non subest. At sæpè accidit, ut pacta expressa non scribantur. Sæpè fit, ut etsi scribantur, tamen non inferantur certo alicui Codici, ac perdantur. Hic sanè si continuus usus probetur, probabitur simul argumento artificiali ipsum pactum.

§. 51.



§. 51. Uti autem probatio aliam probationem admittit, & præsumptio per alias præsumptiones tollitur, ita & in quæstione de consuetudine procedet, ut tum alter audiendus sit, si probare velit, quod jure libertatis ista consuetudo fuerit introducta. Neque ergo diuturni mores facient præsumptionem juris & de jure, sed præsumptionem juris tantum. Ergo nec hoc intuitu consuetudo poterit pro jure aut juris specie venditari.

§. 52. Declaremus jam, dicta hæcenus exemplo. Consvenerunt membra collegii in conventu, nigro habitu & palliis uti. Liberum hinc erit collegæ comparere sine pallio & habitu alio, sive major pars hæcenus solum sic usa fuerit, sive reliqui omnes, imò & si ipse hæcenus in vestitu se aliis conformem gesserit. Melius tamen faciet, si habitu reliquis conformi utatur, aliàs facilè id reliqui in sui contemptum interpretabuntur, aut eum impudentiæ vel quod indecore quid committat, arguent, nisi fortè reliqui pallio & nigro habitui singularem sapientiam adscribant, aut si fortè ipse recedens sibi imaginetur, etsi erroneè, nigrum colorem esse signum animi diabolici. Quod si etiam major collegii pars per modum pacti concludat, quod velint sub pœnâ exclusionis singuli nigro habitu in posterum comparere, ipse etiam huic pacto, nisi recedere velit, obligabitur. Imò si diuturno tempore probent reliqui dissentientes, in collegio illo ita se gessisse, & à novante non possit probari illos diuturnos mores jure libertatis sic fuisse continuatos, aut aliis ex rationibus, præsumetur, olim collegas se pacto ad ejusmodi habitum obstrinxisse.

§. 53. Sic vero deducti sumus ad casum alterum, quo collegæ inter se dissentiunt, & ad observantiam adeò judicialem. Ubi initio certum est, quemvis judicem non debere partibus jus novum dare, sed secundum jus, quod jam habent, judicare. Igitur & in nostrâ quæstione judex de consuetudine judicaturus judicabit ex dictis regulis. Scilicet eum, qui secundum consuetudinem egit, jure suo hoc fecisse pronuntiabit, adeoque non solum impunem esse, sed & alterum, qui eum in exercitio hujus facultatis turbare voluit, injustè fecisse. Porro eum, qui diversum

C

quid

quid & contrarium consuetudini egit, impune id fecisse, nisi actus omnimodo uniformes & valde diuturni fuerint, & reus jus libertatis aliis evidentibus probationibus docere nequeat.

§. 54. Quare ex natura omnium judiciorum iudex debet iudicare secundum consuetudinem tanquam jus partis. Ita vero observantia judicialis non poterit novam juris speciem constituere. Si enim iudex centies iudicet secundum jus consuetudinis extrajudicialis, jus illud erit consuetudinis extrajudicialis, non judicialis, & æquè jus erit sive semel sive centies ita sit iudicatum. Si vero vel centies iudicet contra consuetudinem extrajudicialem & regulas de eâ hæctenus explicatas, centies injustè iudicabit. Injustæ vero sententiæ non faciunt novam speciem juris, quæ observantiæ judicialis nomine veniat, nisi inter eos, inter quos sic iudicatum est, sed iterum non ex jure aliquo observantiæ judicialis, sed ex naturâ rei iudicatæ.

§. 55. Quodsi de probatione consuetudinis coram iudice disceptent partes, distinguendum, utrum iudex sit ex collegio, utrum extra illud. Priori casu consuetudo non poterit non esse notoria adeoque probatione non indigebit. Si vero extraneus sit iudex, necesse erit ut partes in consuetudine se fundantes consuetudinem probent, & si ea in collegio sit notoria. Probatio autem præter testes duos etiam fieri potest per attestatum collegii ipsius tanquam instrumentum publicum.

§. 56. Multa quidem aliàs Doctores de notorio inculcare solent, eaque æquè si non magis confusa quam ea quæ de consuetudine & observantia judiciali tradunt. Mihi videtur id præcipuum esse, ut partes, præprimis quoad praxin hodiernam, observent, an extraneus iudex, quod sæpè fieri solet, pronunciare debeat. Hic enim regulariter consuetudinum & statutorum loci est ignarus; adeoque curabunt exempla statutorum aut attestatum iudicis loci adjungi actis. Neque enim divinare possunt iudices extranei ea quæ sunt facti. Quodsi tamen aliquis ad consuetudinem vel statutum provocet, & alter non contradicat, præmitur consuetudo ita se habere.

§. 57. Quod autem formam processus attinet, aut modum pronunciandi vel stilum curiæ, is etiam sæpè à moribus dependet. Hic igitur, si aliquod iudicum collegium sit, quod ipsos iudices tanquam membra collegii attinet, eadem obtinebunt quoad observantiam judicialem, quæ de consuetudine extrajudiciali docuimus. Ut nempe observantia hæc jus facultatis & impunitatis producat, non vero jus obligationis vel legale.

§. 58. At vero quod partes litigantes concernit, illi haud dubie tenebuntur observare in processu mores iudicii, non ex natura observantiæ judicialis, sed ex natura communi hominum, quæ vult, ut is qui alterius ope indiget, se hujus moribus accommodet. Quod si vero id facere detrectet, & damnum inde patiat, habet, quod sibi imputet ipsi. Ergo neque hic dici poterit, quod observantia judicialis faciat jus propriè dictum, aut legis vigorem habeat. Nam ex hac hypothese etiam adstricti sunt ad observantiam judicialem, qui non sunt subditi. Quare peregrinus actor debet observare modum procedendi in foro rei usitatum.

§. 59. Sed & alio ex fonte observantia judicialis non poterit speciem juris facere. Vel enim unus est iudex, vel plures. Si unus, nemo sibi ipsi legem dicere poterit, igitur etiam si sæpius de aliqua causa ad certum modum iudicaverit, cognito tamen errore poterit novo casu se offerente aliter pronunciare. Quod si plures sunt iudices, sententiæ non feruntur per tacitum usum, sed collectis votis. Quapropter nec adeò commodè observantia judicialis intuitu sententiarum ad jus consuetudinarium refertur. In votis autem uti in pactis collegiorum semper valet major pars. Itaque si pluries in causis similibus similiter pronuncietur, istud quidem non fit cum intentione imitationis aut ex jure consuetudinis, sed semper ex pluralitate votorum.

§. 60. Quod si autem collegæ mutantur, potest facillimè accidere, ut quæ antea minor pars collegii erat, mutatione personarum collegii nanciscatur jus majoris partis. Frustra verò tum qui ex parte antea majore restant, & nunc minor pars sunt,

occinerent reliquis jus observantiae judicialis, ut quod h. l. plane nullum esse potest. Et puto ex mero abusu introductum esse, quod pronunciata in collegio aliquo uniformiter se habentia dicta fuerint jus consuetudinarium, puta cum praesides collegiorum, quorum sententiae valuerant, dum major collegii pars iis adhereret, sentirent, mutatione personarum supervenientem sententiam adversam jus majoris partis obtinere. Igitur cum aliud non possent, clypeo illo pseudo juris observantiae judicialis usi sunt, cui major pars vel ex intempestiva reverentia vel ex metu justo potentiae subinde cessit.

§. 61. Pergimus nunc ad integrum populum, qui legibus & moribus utitur. Hic si forma imperandi Democratica regatur, aut forte accuratius loquendo, si libertatem naturalem retineat, eadem & de ejus consuetudinibus dici debent, quae hactenus de consuetudinibus collegiorum differuimus. Nam & in Rep. Democratica leges per modum pactorum conduntur, & major pars secundum naturam omnium collegiorum obligat minorem. Ac regulariter cuilibet in Democratia liberum est recedere ex civitate, si concluso majoris partis se subicere nolit. Quare & intuitu consuetudinum populi hic nihil diversum à consuetudinibus aliorum collegiorum obtinebit, sed actiones secundum consuetudinem tribuent jus facultatis & impunitatis, & actiones contra consuetudinem licitae erunt & impunes, nisi quatenus ex diuturno usu populi praesumptio legis oritur.

§. 62, Sapientissime enim in Democratiis accidit, ut leges, quae in comitiis conduntur, non in scripturam redigantur, sed memoria totius populi à quo conditae sunt retineantur, & ita partim traditione, partim continuo usu transferantur ad posterum. Et haec unica ratio & causa est, cur apud ejus modi populum consuetudo legis habeat vigorem.

§. 63. Quod tamen in Democratia collegiorum minorum statuta & mores particulares attinet, distinguendum: Aut populus permittit collegiis his liberam pactorum seu statutorum

con-

conditionem, aut ea non nisi ex confirmatione populi valere disposuit. Priori casu manent regulæ quas de consuetudine collegiorum recensuimus. Posteriori casu ea quæ §. 47. diximus limitationem admittent, ut si quis contra mores communes quid agat, non liberum statim sit majori parti, per pactum illum actum consuetudini communi contrarium prohibere, sed ille qui libertate sua adversus mores reliquorum utitur, in ea tamdiu se tueri possit, donec pactum illud à populo approbetur.

§. 64. Freqventius etiam in integro populo, quam in collegiis minoribus contingere solet, ut aliquando consuetudines oriantur legibus expressis planè contrariæ, de quibus, an & quando illæ jus impunitatis agentibus indulgeant, sic tenendum. Aut leges consuetudini adversæ latæ sunt antequam consuetudines istæ in usu essent, aut postquam jam inoleverunt. Prius contingit plerumque initio Reip. ut populus talibus legibus à moribus vicini populi aut legibus fecernatur. Atque adeò consuetudines legi contrariæ vix introducentur à personis vilibus, ob metum pænæ legibus adjectæ. Sed oriuntur ferè, postquam in legislatoribus odium vicini populi exolevit, aut postquam vicinus populus fœdere jungitur illi civitati, aut etiam postquam captivi ex bellis ex vicino populo in servitutem recipiuntur. Non enim infreqventia sunt in historiis exempla, quod, per servos alii plane mores in rempublicam introducti sint, potissimum si potentes in populo aut etiam sequior sexus illos mores amare ac imitari inceperint. Hoc vero pacto ad introducendam ejusmodi consuetudinem legi adversam non aliud quid vel ratione temporis vel ratione aliarum circumstantiarum requiretur, quam in aliis consuetudinibus præter legem.

§. 65. Quod si lex reprimendæ consuetudini jam inolitæ feratur, videri equidem posset, quod consuetudo illa, cum expressè lege prohibita & sic abrogata sit, non ita facilè redintegrari possit. Interim & sæpè accidit, ut vix ad momentum & nonnunquam ne ad momentum quidem consuetudo talis

intermittatur, sæpè etiam secundum dictum, quod nitamur in vetitum, in majus crescat. Nempe si consuetudo potissimum inter potentes in populo invaluerit, ac in comitiis quidem per majora vota lex contraria feratur, sed mox dissolutis comitiis potentes nihilominus eam continuent, & nemo eos punire audeat.

§. 66. Hinc etiam difficile erit, mores aut consuetudinem aliquam pro irrationali judicare, cum ob modo dicta, ne quidem lex eam consuetudinem prohibens, semper ad id sit sufficiens, sed & insuper requiratur, ut ea lex inducatur in consuetudinem. Scilicet loquor de judicio & officio judicis. Aliud dicendum erit de judicio Doctoris, qui & de legum irrationalitate non solum poterit monere, sed & tenetur, sic tamen, ut verba sint in factum temperanda, ne legislatorum contemptus inde oriatur. Et hoc est, quod Cicero dicit alicubi: *Aliter Philosophi judicant, aliter leges.*

§. 67. Ita tamen putarem in ejusmodi casibus versari debere judices. Si mox post publicatam legem controversia de illa consuetudine oriatur, judicabit secundum legem contra actum consuetudinis lege prohibita: Quia adhucdum præsumitur seria voluntas populi, quod consuetudinem velit abrogare. Quod si notorium sit, legem illam non esse in usum deductam, sed continuasse post legem multos ex populo publicè magis consuetudinem sequi, quam legem prohibentem, & neminem ex iis fuisse punitum, puto officio suo judicem satisfacturum esse, si judicet secundum consuetudinem, quia populus patiendo consuetudinem lege prohibitam continuari, censetur iterum à lege recessisse. Uti enim consuetudo per legem abrogari potest, ita & lex per contrariam consuetudinem.

§. 68. Observanda tamen erit limitatio, si notorium sit. Nam si de observantia consuetudinis post legem non constet, iudex, præprimis extraneus, secundum legem judicare debet, etiam si videatur allegari, legem non in usum esse deductam, etiam si  
fit

fit lex, quæ non prohibeat, sed jubeat aliquid fieri. Debuisset enim in usum deduci. Nec præsumitur consuetudo præprimis adversus legem, nisi probetur.

§. 69. Quod si vel legem vel consuetudinem sive lege prohibitam, sive permissam judicet, in conceptu suo philosophico, esse irrationalem, seque peccare si judicio suo eam approbet, tutissime faciet judex si à judicando absteineat. Neque enim poterit judicare secundum conscientiam propriam, ne contra officium suum peccet, quod legibus & consuetudinibus, non cerebrinæ æquitati adstrictum est: neque poterit judicare contra conscientiam, quia omnis actus conscientiæ, etiam erroneæ repugnans peccatum est, quæ etiam est mens Apostoli in dicto vulgato: *quicquid non est ex fide, peccatum est.* At si saltem putet eam esse irrationalem, se vero non peccare, si sententiam juxta eam formet, non peccabit sententiam formando secundum istam consuetudinem, sive prior opinio sit vera sive erronea. Nam officium ejus adstrictum est ad leges & mores, non ipsius arbitrio relictum, neque adeo judicando quicquam ad irrationabilitatem consuetudinis concurrat.

§. 70. Quod observantiam judicalem concernit, & in Democratiâ idem videtur dicendum esse, quod de observantiâ judiciali diximus intuitu collegiorum, cum & hîc eadem sit ratio, in tantum, ut etiam si in Democratiâ sint varia judicia sibi invicem subordinata, supremum judicium observantiæ suæ non possit firmiter jus tribuere, quam quod de quolibet judicio supra docuimus. Nam & observantia supremi judicii dependet à pluralitate votorum, & ibi personarum mutatione sæpè vota variant, ac ita mutatio observantiæ inducitur. Neque judices inferiorum judiciorum adigi solent, ut in votando sequantur vota judicum supremi judicii, sed ut pronuncient secundum jura partium, quæ à legibus & consuetudinibus extrajudicialibus dependent.

§. 71. Restat ut videamus, an status Monarchicus, iis quæ hætenus dicta sunt de jure consuetudinis & observantiæ in Republicâ democraticâ, novas quasdam addat observationes. Hic quidem

quidem certum est, leges non condi pacto univerforum, sed dependere tantum à voluntate principis. Interim cum & ipsa constitutio Reip. Monarchicæ dependeat à pacto civium, summam potestatem in Principem transferentium, regulariter & hîc concedi solet singulis, ut recedere ipsis liceat è Rep. si fortè ipsis leges tales esse videantur, ad quas actiones suas applicare commodè nequeant.

§. 72. Quodsi consuetudines populi ex suâ naturâ vim legis habere in Republicâ Democraticâ dixissemus, haud dubiè in Monarchiâ diversum quid statuendum foret. Nam legislativa potestas hîc unicè ex voluntate principis dependet, qui nec permittere potest citrà præjudicium majestatis sibi competentis, ut ex subditis concivis unus citrà consensum Principis alios cives ex suo facto obliget. At cum jus consuetudinis legale negaverimus, & solum jus libertatis & impunitatis tribuerimus, non necesse est, ut in hoc jure consuetudinis deducendo multum sudemus; quomodo consensus principis tacitus ad hunc juris effectum erui possit.

§. 73. Nam quod subditos in Republicâ etiam Monarchicâ attinet, non opus est, ut libertatem & impunitatem eorum ex consensu Principis tacito eruamus. Nam extrâ Rempublicam quidem Paterfamilias actionum suarum sic est moderator & arbiter ut nemini nisi DEO rationes de iis reddere teneatur, ac nullius hominis pœnæ subfit, si quid etiam voluntati divinæ adversum committat. Sive igitur postea Patresfamilias per pacta liberrima Rempublicam Monarchicam constituent, ac Principem eligant, sive etiam jure belli ac inde subsecuto pacto subjiciantur principi, utrobique tamen in statum subditorum ex statu libertatis transeunt, non in statum mancipiorum; utrobique considerandum est, auctororum hominum actiones aliam longè normam requirere quam infantum & puerorum.

§. 74. Etsi enim concedamus, infantibus nullam libertatem competere nisi eam quam ex parentum consensu habent, sive expresso sive tacito, etsi idem de mancipiis asseramus, (quam-  
vis



vis & de hoc ulterius foret dispiciendum) in illis tamen ratio esset, quod infantes planè nullum iudicium in actionibus suis dijudicandis habent; in his causa subesset, quod servum adsciscat Dominus non ad utilitatem communem, sed unicè ad suam suæque familiæ, cujus caput est, commodum. Subditi vero intelligunt moralitatem actionum, & Rex vel Princeps in Republicâ ad utilitatem communem promovendam adsciscitur.

§. 75. Sequitur ex dictis, quod in Republicâ Monarchicâ subditi in omnibus actionibus libertatem retineant, quas lex Principis non determinavit, & omnia impunè faciant, quæ Princeps legibus pœnalibus non prohibuit. Igitur & consuetudines in Republicâ Monarchicâ à populo jure libertatis pristinae introducuntur, non propriè ex consensu quodam Principis tacito robur accipiunt. Quod si tamen dicere velis, id ipsum esse consensum Principis tacitum, quod Princeps legibus expressis actionum libertatem non restringat, de verbis quidem non litigabimus, modo tum consensum tacitum generalem à speciali fecerimas, ac nobiscum asseras, sufficere generalem illum ac præcedentem consensum Principis tacitum, ut consuetudines in Monarchiâ jus libertatis & impunitatis habeant, non vero ad hoc requiri consensum Principis tacitum specialem, ac de novo in singulis consuetudinibus supervenientem.

§. 76. His autem ita suppositis, facile deduci potest, quod & in Monarchia eadem, quam in collegiis & Democratia adduximus, subsit ratio, quando & hinc consuetudines dicuntur habere legis vigorem. Quia enim & in Monarchiâ leges aut mandata Principis non semper certò cuidam corpori juris inferuntur, ut, si diu secundum eas actiones subditorum fuerint institutæ, postea vero de iis dubitetur, semper à quovis subdito in iis se fundante possint produci. Quare ad probationem earum sufficet continuus earum usus, vel certè præsumtionem inducet, ob superius dicta, continuum ejusmodi usum ex lege expressâ Principis duxisse originem.

D

§. 77. Va-

§. 77. Valebunt etiam in Monarchiâ illa, quæ de Democra-  
tia circa valorem statutorum & consuetudinum particularium  
minorum collegiorum docuimus §. 63. Solet quidem communiter  
distingvi inter statuta, quæ concernunt communem admini-  
strationem bonorum civitatis, & quæ pertinent ad decisionem  
causarum controversarum, ita ut in illis sufficiat consensus Princi-  
pis tacitus, ad horum autem valorem requiratur expressus. Ve-  
rum & hic tamen utrobique nihil certi dici posse, sed omnia à vo-  
luntate Principis in singulis Rebus publicis dependere, securius  
adstruetur.

§. 78. Neque in Monarchia aliquid diversum esse putamus  
ab iis, quæ §. 64. & 65. de consuetudinibus contra Legem in De-  
mocratiâ docuimus. Plerumque tamen hîc esse solet res majoris  
periculi plena, si quis primus mores legibus adversos velit intro-  
ducere. Aut indicium esse solet deficientis prudentiæ legistato-  
riæ, si sæpè leges ferantur, quæ in usum à Principe introduci ne-  
queunt, aut quæ mox per desuetudinem abrogantur. Unde Ti-  
berius apud Tacitum prudenter svadebat, dissimulandam esse  
legistoribus scientiam nævorum in Republ. quos legibus con-  
trâ latis tollere nequeunt.

§. 69. Quin & in Monarchiâ consuetudines, etsi iudicio  
Philosophico videantur esse irrationabiles, atque id non prohibi-  
tum sit docentibus monere, tamen iudici tamdiu pro rationabi-  
libus habendæ sunt, donec prohibeantur expressâ lege à Princi-  
pe. Atque adeò & à iudice in Monarchiâ intuitu consuetudinum  
contra legem expressam eadem observanda erunt, quæ diximus  
§. 67. 68. 69. Imo etiam in Monarchia observantia judicialis su-  
premi iudicii non habebit vim legis, nisi expressâ lex jubeat.  
*Conf. supra §. 70.* Tum vero vim legis non habebit ut consuetudo,  
sed ut lex scripta.

§. 80. His ita deductis videamus jam secundum methodum  
suprà §. 9. præscriptam, utrum leges utriusque juris cum doctri-  
nâ nostrâ non conveniant. Ut vero & tempori & chartæ parca-  
mus, paucis periphrafin textuum huc pertinentium dabimus.

Primo

Primo vero ex Institutis se offert. §. 3. 9. & 10. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* Constat autem Jus nostrum, quo utimur scripto aut sine scripto, i. e. Jus quo utimur aut in scripturam redactum est, aut non est, vel an & ubi in scripturam redactum sit, ignoratur (*Conf. §. 76.*) ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἀγγραφοί, sub quâ specie posteriori etiam jus naturæ & Gentium comprehenditur, quatenus cives in Republicâ eo utuntur. Etenim sine scripto jus venit, quod usus approbavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur, vel quatenus legis virtus est permittere, vel quatenus præsumtionem faciunt, aut legis naturalis aut legis scriptæ. Et non ineleganter in duas species Jus Civile distributum videtur: Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ olim in comitiis populi lata erant, ac ita pro Legibus observabant, memoria mandarent &, svadente sic Lycurgo autore Legum Lacedæmonicarum, scriptis non uterentur Legibus: Athenienses verò ea, quæ in Legibus scripta, non solum publicè sancita, comprehendissent quales erant leges Solonis, custodirent *Conf. §. 22.*

§. 81. Alter locus est §. ult. *Inst. de Satisfat.* Quam formam, satisfandi in præcedentibus paragraphis expositam, non solum in hac Regiâ Urbe, sed etiam in omnibus nostris Provinciis, etsi propter imperitiam & ignorantiam legum nostrarum forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc Regiam Urbem, ejusque observantiam legum à nobis latarum tanquam optimam legum interpretem (*vide §. 12. 13. 14.*) sequi.

§. 82. Ex Pandectis huc pertinent l. 1. ff. de LL. ubi Papinianus: Lex est commune præceptum, totam communitatem obligans, virorum Prudentum in comitiis vel proponendo aut quærendo vel votando, ut modo de Lycurgo diximus, consultum: delictorum, quæ sponte vel ignorantia, culpa tamen, contrahuntur, cum nempe quis contra commune præceptum facit, coercitio: communis Reipublicæ

*publicæ Democraticæ sponſio. Et l. 7. ff. eod. ubi Modestinus: Legis latè sumtæ pro jure, quo civitas utitur, virtus (seu effectus) hæc est; primariò quidem, quatenus lex strictè pro obligante superioris jussu sumitur, imperare & vetare, unde divisio legis in affirmativam & negativam: secundariò verò & quatenus licentiam & impunitatem subditorum corroborat, permittere, ac denique eos, qui contrà jussu & prohibitionem legis faciunt, item qui alios in permissione legis turbant, punire. Unde lex quæ non punit, magis regula doctrinalis aut svasio habenda est, aut consilium, quàm lex propriè dicta.*

§. 83. Propius adhuc institutum nostrum tangit *lex 32. ff. eod. De quibus causis, inquit Julianus, scriptis legibus non utimur, sive nunquam scriptæ sint, sive scriptura non appareat, cum moraliter idem sit non esse & non apparere, id custodiri oportet, judici, quod moribus & consuetudine continuâ inductum est, ut vel inde oriatur præsumtio legis, vel is, qui secundum consuetudinem agit, defendatur adversus eum, qui impedire vult: & si quâ in re hoc deficeret, tunc quod proximum & consequens ei est, interpretatione extensivâ, v. g. licet moribus vestitum mutare pro lubitu, sed hætenus luctus signum perpetuum fuit pallium, licebit ex identitate rationis pallium abjicere: Si nec id quidem appareat tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet: (ergo demum deficiente consuetudine particulari aut omni modo interpretandi sequi debet iudex mores civitatis primariæ, non tamen propterea observantiam judiciale primariæ judicii.) Inveterata autem consuetudo à iudice pro lege non immeritò custoditur, & hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nos Jctos, ex quorum ordine sumuntur Judices nullâ aliâ ex causâ teneant, ut teneamur secundum illas pronunciare, quàm quod iudicio populi receptæ sint, cum alias, si mores communes legi repugnent, potius secundum mores quàm secundum leges judicare essemus obstricti, (Conf. supra §. 67.) etiam in Republicâ Monarchicâ; (Conf. §. 79.) meritò & ea, quæ sine ullo scripto, & ita præter, non contrà legem, populus probavit, & in populo etiam Princeps tanquam nobilissimū populi Mem.*

Membrum non improbat, tenebunt omnes, ita ut nemo alterum in usu illius juris ex consuetudine orti turbare debeat. Nam quid interest, suffragio populus in Republicâ Democraticâ, aut in Monarchiâ etiam, ubi adhuc comitiorum usus superest, voluntatem suam declaret, an rebus ipsis, & factis. Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem, id est, non solum per usum contrarium, sed & per non usum abrogentur.

§. 84. Idem sensus est doctrinæ Ulpiani, Hermogeniani, ac Pauli l. 33. 34. 35. 36. eod. Diuturna consuetudo, sunt verba Ulpiani, pro jure libertatis ac impunitatis & lege vel quatenus legis virtus est permittere, vel quatenus ex moribus oritur præsumtio legis, in his quæ non ex scripto descendunt, observari solet. Cum de consuetudine universali civitatis vel particulari provinciæ quis ex partibus litigantibus considerare videtur, ita ut cum fiducia ad consuetudinem provocet, eam verò alter neget, primum quidem illud explorandum Proconsuli vel judici consuetudinem ignoranti arbitror, an etiam contradicte aliquando iudicio consuetudo firmata sit, quo comperto, ulteriore consuetudinis probatione non erit opus. Sed & ea, secundum Hermogenianum, quæ longâ consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita, i. e. præsumta civium conventio, non minus, quàm ea quæ scripta sunt jura, servantur. Imò notante Paulo, vel ideo magnæ & juri scripto æqualis autoritatis hoc jus habetur, quod in tantum continuo usu & observantia conventionum publicarum probatum est, ut adeò non fuerit necesse, scripto id comprehendere.

§. 85. Cum iis vero quæ hætenus dicta sunt, non confundenda sunt dicta Callistrati l. 37. & 38. eod. Si de interpretatione verborum dubiorum legis queratur, imprimis inspiciendum est, quo jure civitas legem condens retrò in ejusmodi casibus ad legem pertinentibus extra iudicium usa fuisset: Optima enim est legum à populo latarum interpretis consuetudo & observantia populi. (Conf. suprâ §. 12. 13. 14.) Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus profiscuntur, consuetudinem ejusmodi extrajudicialem,

aut etiam rerum in casibus ad legem pertinentibus, sed secundum illam observantiam extrajudicialem, perpetuo ab ipso populo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere & observandam esse judici. Quod enim hæc doctrina Callistrati non pertineat ad sententias judicum, peregrinas leges erroneè vel explicantes vel applicantes ex statim sequente l. 39. Celsi constat. Quod non ratione seu rationabili interpretatione introductum, sed errore seu erroneo intellectu primum, deinde consuetudine seu continuatâ observantia judiciali obtendum est, nullum jus facit, & in aliis similibus non obtinet, sed errore cognito impunè à consuetudine & observantiâ illâ recedi potest.

§. 86. Ex Codice huc pertinet totus titulus: *quæsit longa Consuetudo*. Ubi in l. 1. Imp. Alexander Apro rescripsit. *Præses provincie* etiam si sit major magistratus, tamen *probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata, & à iudicibus secundum illam observantiam extrajudicialem judicata sunt, causa cognita & probata illa consuetudine statuet*. Nam & *consuetudo præcedens* etsi particularis, & *ratio quæ consuetudinem* hanc particularem ut à jure communi recederet, & plerumque à speciali natura populi provincialis vel ex aliis circumstantiis, minimis quidem, jus tamen variantibus desumpta est, *svasit, si afferatur, custodienda est*. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat, *ad sollicitudinem suam revocabit Præses Provincia*, cum omnes Magistratus debeant judicare secundum consuetudines extrajudiciales, quæ soli Principis correctioni subsunt.

§. 87. Facilis etiam est intellectus l. 2. etsi ea fere omnium interpretum ingenia torserit. *Consuetudinis ususque longævi* in pronunciando, seu observantiæ judicialis *non vilis auctoritas est*, sed magnum præjudicium etiam apud alios iudices & successores parit; *verum non usque adeo sui valitura momento*, ut alios iudices & successores, qui erroneam deprehendunt illam observantiam, obliget, ne ab ea possint recedere, atque adeò ut *aut rationem vincat, si observantia illa repugnet menti legis, aut legem, si repugnet verbis*.

§. 88. De-

§. 88. Denique in l. 3. eod. idem nobiscum sentiunt Imperatores Leo & Anthemius. *Leges quoque ipsas antiquitus probata & servata tenaciter consuetudo extrajudicialis imitatur, & intuitu judicum retinet vim legis, & adeo quod Officiis, Curii, Civitatibus, Principiis vel collegiis præstitum fuisse cognoscitur, perpetua legis vicem obtinere statuimus, cum præsumtio hæcenus sit, non ita tenaciter hucusque ea præstita fuisse, nisi præstatio illa vel ex pacto veniat vel ex lege, post legem hanc nostram vero, ne quidem adversus hanc præsumtionem admittetur contraria probatio.*

§. 89. Ostendimus, Legum Romanarum Philosophiam convenire cum philosophia nostra. De Jure Canonico, eadem promittere non possumus. Etsi enim in jure Canonico, præprimis in Decreto multa contineantur egregie bona, & optandum esset, ut studiosi juris apud protestantes diligentius in eo studerent, atque id evolverent, & factum Lutheri Jus Canonicum ex impetu magis, quam ratione aut spiritu cremantis, ut excusabile, non ut regulam aut factum heroicum respicerent, præprimis cum certum sit, Jus Canonicum, etiam apud Protestantes longè majore in usu esse quàm Jus Civile; non tamen etiam diffidendum est, multas impietates, & ineptias (æquè ut in Jure Civili) imò & ineptas Juris Civilis explicationes & contorsiones ibi esse admixtas, neque Pontifices, imò, si cum præfatione honoris id dicere liceat, neque ipsos etiam Ecclesiæ Patres, quorum dicta in Decretum relata sunt, & Conciliorum Canones, ea præditos fuisse prudentia ratiocinandi, neque eam in eorum dictis aut canonibus reperiri, quæ ex excerptis Jctorum, potissimum eorum, ex quibus Pandectæ fuere compositæ, elucet. Plerique Patres Rhetoricè & Oratoriè, id est quæsitis coloribus & fucis disputarunt cum adversariis, & scripturam interpretati sunt. Conciliorum vero etiam primorum canones magis olent gladium Cæsaris & violentiam, quam rationem & scripturam. Igitur & hic non prolixus ero, neque periphrasi utar omnium canonum & capitulorum, quæ de consuetudine agunt, sed dicta saltem uno vel altero exemplo comprobabo.

§. 90. Di-

§. 90. Dixi §. 66. de consuetudine irrationali aliter judicare docentem, aliter Judicem: Pertinet huc *can. 3. dist. 8. Mala consuetudo, quæ non minus, quam perniciofa corruptela vitanda est, nisi citius à legislatore radicitus evellatur, in privilegiorum ac licentiarum & impunitatis jus ab improbis assumitur, & incipiunt prevaricationes & varia præsumptiones celerrimè non compressæ prolegibus à judice venerari, & privilegiorum more ab utentibus perpetuò celebrari.* Clarius ex Augustino, Gregorio & Cypriano *can. 4. 5. 6. 7. 8. 9. ibid.* inculcatur, quod consuetudo non debeat opponi veritati & rationi, quæ observatio ad Doctores pertinet, non ad judices: scilicet quod doctoribus auditores suos de pravis moribus admonentibus incongruè opponatur, mores receptos jus facere. Patet id, quod illorum capitulorum pleraque desumpta sint ex Augustini libris contra Donatistas. At ibi non judicem egit Augustinus (certè agere non debuit,) verum Doctorem.

§. 91. Mallem tamen ut Augustinus istud argumentum omisisset *d. can. 6. dist. 8. In Evangelio Dominus: Ego sum, inquit, veritas. Non dixit: Ego sum consuetudo. Itaque veritate manifestata cedat consuetudo veritati.* Misera argumentatio, & talis qua Clerus etiam Reges sibi subjicere posset. Quidni enim simili modo valeret: Dixit Christus: Ego sum veritas. Non dixit, ego sum lex vel Rex. Cedant ergo Reges, cedant leges. vicariis Christi & exosculentur eorum dicta tanquam veritates manifestatas. Convenientius fortè ejusmodi disputatoribus opponeretur, Christum loqui de veritate vivifica, non de cerebrina sive Logica sive Rhetorica, (si modo datur veritas Rhetorica,) unde retorqueamus. Dixit Christus: Ego sum veritas: Non dixit: Ego sum syllogismus, ego sum exclamatio aut interrogatio: Cedant ergo syllogismi & flosculi vestri ac tota Oratoria humana veritati Christianæ. Sed excusamus Augustinum. Quod ita misere argumentetur, non vitium ingenii est, est vitium affectus. Omnis hæretifex, omnis persecutor libertatis alienæ est in statu ejusmodi, ut præ affectu nec audiat nec videat.



§. 92. Cape aliud exemplum. Donatistæ persuadebant Imperatores sibi faventes, ut legibus publicis adimerent orthodoxis villas ac tribuerent Donatistis. Conqverebantur orthodoxi: Villas nostras tulerunt, fundos nostros tulerunt. Quid ad hæc Donatistæ? Respondebant: quo jure prætenditis villas? An divino an humano? Divino non poteritis, quia Domini est terra & plenitudo ejus, & pauperes ac divites dominus de uno limo fecit, & una terra eos supportat. Ergo jure humano, id est imperatorio. Tolle jure humana, & quis audet dicere, mea est illa villa. At Imperatores legibus latis vobis abstulerunt villas. Quid videtur tibi Lector de hac philosophia? Nonne eadem est hæreticis pestilentissimis verè digna? Est utiq; & vel exinde apparet, in quali periculo sint hæretici, si à symbolis Ecclesiæ recedant, quamqve Deus eos tradat in perversum sensum. Sed abstine à Zelo contra Hæreticos. Erravi. Non est illa philosophia Donatistarum contra orthodoxos, est orthodoxorum, est orthodoxissimi Augustini contra Donatistas. Qvis credat? Evolve *can. 1 hac dist. nostr. 8.*

§. 93. Sed in viam. Diximus supra: Ex consuetudine introduci Jus efficacix & licentix. Idem dicit *cap. 2. 6. 8. X. de consuet. cap. 3. & 4. eod. in sexto.* Diximus, consuetudines tamdiu judici habendas esse pro rationabilibus, donec lege expressa ex declarentur irrationabiles. Confirmant hanc sententiam *cap. 3. 4. 5. 7. 10. X. de consuet. & cap. 1. & 2. eod. in sexto.* Neque obstat quod in summario *cap. 1. X. eod.* dicatur: Quod generaliter consuetudo inferens gravamen ecclesiis debeat judicis officio tolli. Notanter enim additur, quod hoc dicat secundum intellectum magis singularem. Ego addo, quod hoc dicat secundum intellectum singulariter falsum. Nam Gregorius ibi contrarium, & nostram videlicet assertionem, adstruit. *Consuetudines, ait, quæ Ecclesiis gravamen inducere dignoscuntur, nostra nos decet, consideratione remittere.*

§. 94. Illud vero singulare est, quod cum secundum principia Politica & Juris Civilis consuetudines valeant ex generali consensu Principis tacito, neque insuper consensum ejus specialem requirant, perdicta §. 72. & 75. ac etiam consuetudines

E

possint

possint leges scriptas, multo magis ergo consuetudines alias abrogare; Jure Canonico tamen dispositum sit ab Honorio Papa III. ne capitulares absque Episcopi sui consensu introducant consuetudines novas adversus constitutiones pristinas & consuetudines antiquas. Contra si quod factum sit, habendum esse pro irritato. *cap. 9. X. de consuet.*

§. 95. *Cap. ult. eodem titulo* aperte respicit ad *l. 2. C. qua sit long. consuet.* §. 87. à nobis expositam, sed inepte eam exponit, aut applicat. Sic enim Gregorius nonus: *Cum tanto sint graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sane mentis intelligit, naturali juri (cujus transgressio periculum salutis inducit) quacunque consuetudine, (qua dicenda est verius in hac parte corruptela) posse aliquatenus derogari. Licet etiam longævæ consuetudinis non sit vilis autoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat præjudicium generare, nisi fuerit rationabilis, & legitime sit præscripta.* Vides simul quam inepta sit periphrasis illorum verborum, dum in *d. l. 2. C.* dicitur *ut aut rationem vincat aut legem.* Simul etiam discis exinde: Canonistis deberi communem illam & contortam *d. l. 2.* expositionem, atq; communem etiam sententiam de præscriptione consuetudinis.

§. 96. Quod jura Imperii Germanici attinet, nec illis doctrina nostra repugnat. Ut ex multis præcipua saltem adducamus, disponitur in *Recess. Imper. de ann. 1654.* §. benebens sollen/ daß Cammerrichter und Beysitzer bey Administration der heilsamen Justiz so wohl die Statuta und Gewohnheiten als die Reichs Abschiede und gemeine Rechte vor Augen haben. Item in *Ordin. Judic. Aul. tit. 1.* jubentur Assessores jedes Standes / Landes / Ortes und Gerichts/ sonderlich die gebührliche allegirte und probirte Privilegia, gute Ordnungen / und Gewohnheiten / und in Mangel derselben die Kayserliche Rechte / und rechtmäßige observationes und Gebräuche in acht nehmen / und nach demselben ihre Bescheide / Decreta und Urtheil richten. Ubi nota, observationes judiciales postponi consuetudini extrajudiciali, eiqve notanter addi, ut sint juri convenientes, rechtmäßig. *Conf. Const. Crimin. in pref. §. art. 140. Illustr. Dn. Stryk. de usu Juris Romani §. 28. B. Kulpis de observantiâ Imperi. cap. 1. §. 3.*

§. 97. Quod porro diximus, consuetudines irrationabiles non expressè reprobatas judici observandas esse, adjuvatur *art. 218. Const. Crim. in fin. die und dergleichen Gewohnheiten wollen wir aus Kayserl. Macht abschaffen.* Imò integræ Reformationes Politicæ de ann. 1548. & 1577. eò collimant, ut irrationabiles consuetudines in Germaniâ antea observatæ proscribantur. *Conf. iterum Ill. Dn. Stryk. d. l. §. 27.*

§. 98. Jam vero eò liberius de quibusdam communibus Dd. sententiis judicare licebit, quas tumultuariè, & earum saltem potiores notabimus. (1) Erronea videtur communis doctrina, quæ jus scriptum definit, quod publicè promulgatum est, & adeò jus non scriptum pro Synonymo consuetudinis habet, & postea non potest non illud durissimum assertum defendere, scripturam non requiri ad essentiam juris scripti. Ortus est error ex non rectè intellecto §. 3. 9. & 10. *Inst. de J. N. G. & C.* cujus genuinum sensum dedimus §. 80.

§. 99. (2) Erronea videtur communis doctrina, quod observantiam supremi judicii in explicatione legum & causarum decisione debeant sequi judicia inferiora. Origo erroris est ex non rectè intellecto §. ult. *Inst. de Satisfat. vid. §. 81.* Nos ex illo §. ejusque verbis, *etsi propter imperitiam*, argumentum pro nostrâ sententiâ afferimus: per imperitiam judicum introducta jus facere non posse. *Conf. Excell. Strykium in notis ad d. §. ult.*

§. 100. (3) Erronea videtur sententia communis, ad consuetudinis efficaciam requiri specialem, quamvis tacitum, Principis consensum. Contrarium ostensum supra §. 73. 75. Unde videtur profluxisse alia erronea sententiâ Feltmanni, quod in Rep. Monarchicâ populus non possit legem tollere consuetudine contrariâ. *Vide Feltm. in periphr. l. 32. ff. de LL. §. 3.* quamvis simul ex illo loco appareat, eum huc prolapsum esse ex non rectè intellectâ *l. 2. C. quæ sit long. consuet. Conf. ejus §. 4. & sequentes*, ubi plures errores deprehendes.

§. 101. (4) Erronea videtur sententia communis, quod leges non tollantur solo non usu, sed usu contrario. Repugnat enim non solum *d. l. 32. in fine ff. de LL.* Sed & monitis Pomponii, Celsi & Pauli *in l. 3. 4. 5. 6. ff. de LL.* Nam si jura constitui oportet in his

quæ ut plurimum facile & frequenter accidunt, non in his, quæ forte uno aliquo casu & inopinatò ac perrarò; si, quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores, quomodo pro lege haberi poterit, quod diu planè non existit.

§. 102. (5) Erronea videtur opinio, quæ actûs accuratè computare vult, quot requirantur ad introducendam consuetudinem, quæque videtur originem sumsisse ex hypothesi, quasi consuetudo dependeat à scientiâ & tacitò consensu Principis. Magis erronea est illa, quæ putat sufficere duos actus, & adhuc magis, quæ unum, v. g. si quis per longum tempus pontem extructum habuerit in aliquo loco. Et confundit illa opinio præscriptionem, item observantiam legum & pactorum cum consuetudine. *Conf. §. 10. & seq.*

§. 103. (6) Erronea videtur opinio, quæ vel breve tempus requirit ad consuetudinem, vel certum ac determinatum tempus, in quâ uti idem videtur erroris fons, ita eadem subest confusio. Falsa autem videtur esse tam de Jure Civili, cum nullus textus adfit, quamvis nonnulli hic requirant decennium, quàm de Jure Canonico, etsi communiter distingvi solet, utrum consuetudo introducatur præter vel contrà jus, ita ut priori casu Jure Canonico decennium, posteriori quadraginta anni requirantur. Nam & hic iterum & ratio & textûs deficiunt, etsi ad Glossam & Panormitanum provocet Georg. Schultz *in Synops. Inst. tit. de J. N. G. & Civ. lit. d.*

§. 104. (7) Erronea videtur opinio communis, quod de jure Saxonico ad consuetudinem sive præter, sive contrà jus requiratur spatium 31. annorum 6. sept. & 3. dierum. Provocat equeidem Schultz *d. l. ad Landr. lib. 1. art. 29. & art. 38.* Verum ex his textibus nihil probatur, & confunditur iterum præscriptio & consuetudo.

§. 105. (8) Erronea videtur opinio, ad consuetudinem præprimis legum correctoriam, requiri actûs judiciales, atque ut in contradictorio eadem obtinuerit. Origo erroris est ex non rectè intellecta *l. 34. ff. de LL. Conf. §. 84.*

§. 106. (9) Erronea videtur opinio, eum esse puniendum, qui contrà legem, sed secundum consuetudinem facit.

§. 107. (10) Erronea videtur opinio, quæ ad jus consuetudinis requi-

requirit ejus rationabilitatem. Nam & consuetudinem irrationabilem jus facere, vel *ex l. 13. §. fin. ff. de injur.* patet, ex quo textu ineptè Glossa infert, eum, qui consuetudine irrationabili utatur conveniri posse actione injuriarum, præprimis cum omnis consuetudo irrationabilis facile inveniatur defensionem æquitatis *Nov. Leonis 56. junct. d. l. 13.*

§. 108. (11) Erronea videtur opinio, consuetudinem aliter probandam esse ac alia facta, neque ad probationem ejus sufficere attestatum judicis vel etiam Principis. Inde vero superflua videtur cura & anxietas Practicorum advocatum instruentium, quam cautè debeat procedere in probandâ consuetudine circa formandos articulos, de quo vide Jac. Schultes *quæst. penult. & ult. per integr.*

§. 109. (12) Erronea videtur opinio doctorum, quod communis opinio sive judicialis, sive extrajudicialis item observantia judicialia habeat vim consuetudinis.

§. 110. (13) Erronea videtur opinio statuentium, quod ab observantiâ Cameræ aut aliorum judiciorum supremorum non possit recedi. Si enim potest recedi à legibus supremorum judiciorum, uti v. g. in Saxonîâ consuetudine festivitates nuptiales diebus dominicis fuere celebratæ *contra Ordin. Eccles. de ann. 1624.* cur non posset recedi ab observantiâ. Notabile exemplum refert Excellent. Bergerus *in disput. de rest. in integrum ob reverentiam denegatâ in fine*, quod sententia, liberis restitutionem adversus parentes eorumque facta denegans in supremo Appellationum Judicio Dresdæ diu multumque disceptata tandem vicerit, ac etiamnum observetur. Si ergo ipsa Collegia suprema recedunt ab observantiâ suâ, cur non aliis judiciis id liceat?

§. 111. Putamus vero, ea quæ hætenus discussimus non nullius esse usus, sed multum afferre utilitatis in studio Jurisprudentiæ. Quod enim Jurisprudentiam in genere concernit, multum conducet hæc notasse in quæstione de usu practico Juris Justiniani, qui his admisis vix probabitur per solam observantiam judicialem, præprimis unius aut alterius collegii, & vix semel in seculo, quod tamen in præsentî prolixius discutere non vacat.

§. 112. In jure publico multæ controversiæ, quas B. Kulpisius *in Disp. de Observ. Imperiali* tractat, & longè plures à justè ponendis hypothèsibus de jure consuetudinis dependent; eadem est ratio multarum quæstionum Juris Ecclesiastici, & privati, quarum decisio secundum doctrinam nostram rejectis his, quos notavimus erroribus, longè aliter

aliter facienda esset, ac vulgo fit. Sed nolumus ista jam examinare, saltem paucissima exempla adjiciemus.

§. 113. Est consuetudo maximè irrationabilis, quod bona naufragorum cedant Principi, ad quem littus pertinet. Obtinet tamen illa in nonnullis locis. Hic judici secundum eam pronuntiandum erit per dicta superius. Non tamen excusare possumus ministros Ecclesiæ, quando in precibus publicis ibidem orare solent, daß Gott das Strand-Recht segnen wolle / i. e. ut Deus det, quo plura naufragia fiant. Aliud enim officium Doctorum esse docuimus, aliud iudicum.

114. Retulit mihi Dn. Præses, in Prætorio Lipsiensi esse consuetudinem, ut partes litigantes teneantur appellationis schedulam judici domi insinuare; ac iudicatam fuisse appellationem pro impertinente, quæ judici insinuata erat in Prætorio, & ab hoc iterum ad partem remissa, quam tamen pars noluerat domi insinuare: Alio tamen in casu iudicatum fuisse pro appellatione, quam pars in tempore insinuaverat actuario iudicii, & hic per aliquot dies eam retinuerat, postea vero elapso decennio à Prætorio loco apostolorum decreta erat refutatio, quasi appellatio contra consuetudinem insinuata esset. Utriusque casus decisio aperta est. Prioris, quia observantiæ judiciales etiam irrationabiles, qualis hæc omninò est, obligant partes per dicta §. 58. Posterioris, quia actuarius iudicii semel acceptaverat appellationem, & remissio fiebat re non amplius integrâ.

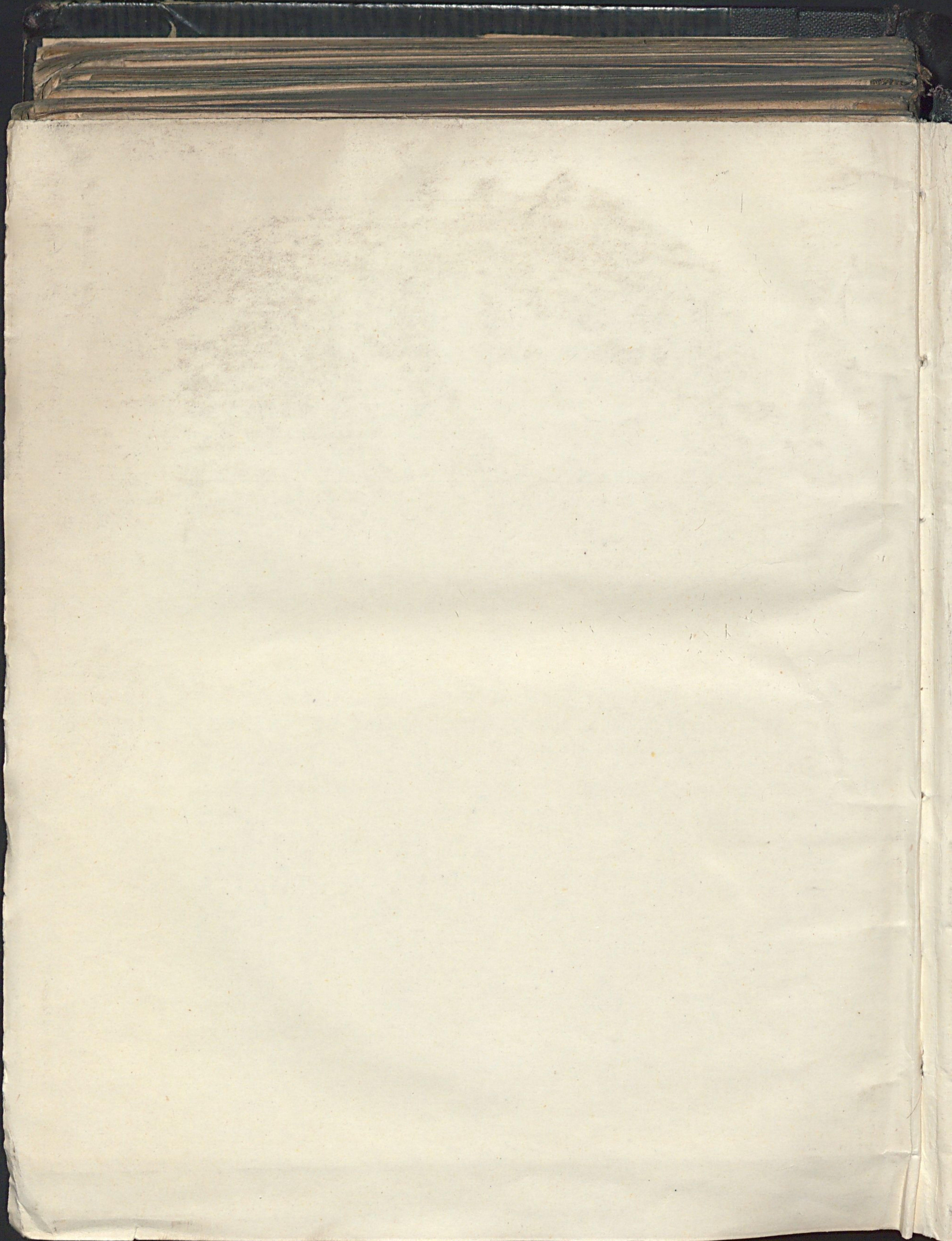
§. 115. Consuetudinem, daß man in etlichen Stifftern allein Edelleute zu Canonicken annimmt und sonst niemand / pro illicitâ & inefficace habent Doctores. Vide *Notam Meurer in Process. Camer. part. 9. circa finem*, ubi hanc sententiam iudicio & autoritate Cameræ comprobata fuisse ait. *Rudinger Cent. II. var. Observ. obs. 78. n. 2.* Ego & nullam irrationabilitatem video, & etiamsi ea subesset, jure tamen suo ab hoc præiudicio Cameræ alia iudicia recedere posse arbitror.

§. 116. Fingit Feltmannus *ad l. 32. ff. de LL. n. 2.* casum: Lege collegii non dicitari pœnam ei, qui tempore constituto se non stiterit, vel serius accesserit. Unum autem se gerere pro Quæstore aut Ephoro, & hunc a Titio, quod absens fuerit, multam exegisse, spectantibus omnibus & nullo contradicente; iterumque alterâ die illam accepisse à Mœvio: Jam vero quærit Feltmannus, annon tunc Cajo, qui utrumque riserit, & jam ipse reus sit, ac recuset multam solvere, quod tertiâ die absuerit, obstabit consuetudo? Ita censeo ait, atque sic evinco etiam biduo, (& duobus actibus) introduci consuetudinem. Ego verò contra censeo, & à Feltmanno nihil victum esse arbitror.

§. 117. Habes, Lector, conjecturas meas de jure Consuetudinis & Observantiæ. Si rem acu tetigi, benè est, si minus, expecto conjecturas meliores. Tota Jurisprudencia nostra conjecturalis est, non scientifica, quia prudentia est. Scientiæ quæ magis scientificæ sunt, ad prudentiam aut sapientiam nihil vel parum faciunt. Is sapiens & prudens, & verè eruditus, qui habitum possidet benè inveniendi conjecturas probabiles & benè secundum eos agendi. In vitâ civili conjecturarum certitudo æquipollet sæpè, sæpè superat demonstrationes Mathematicas.

F I N I S.







ULB Halle

3

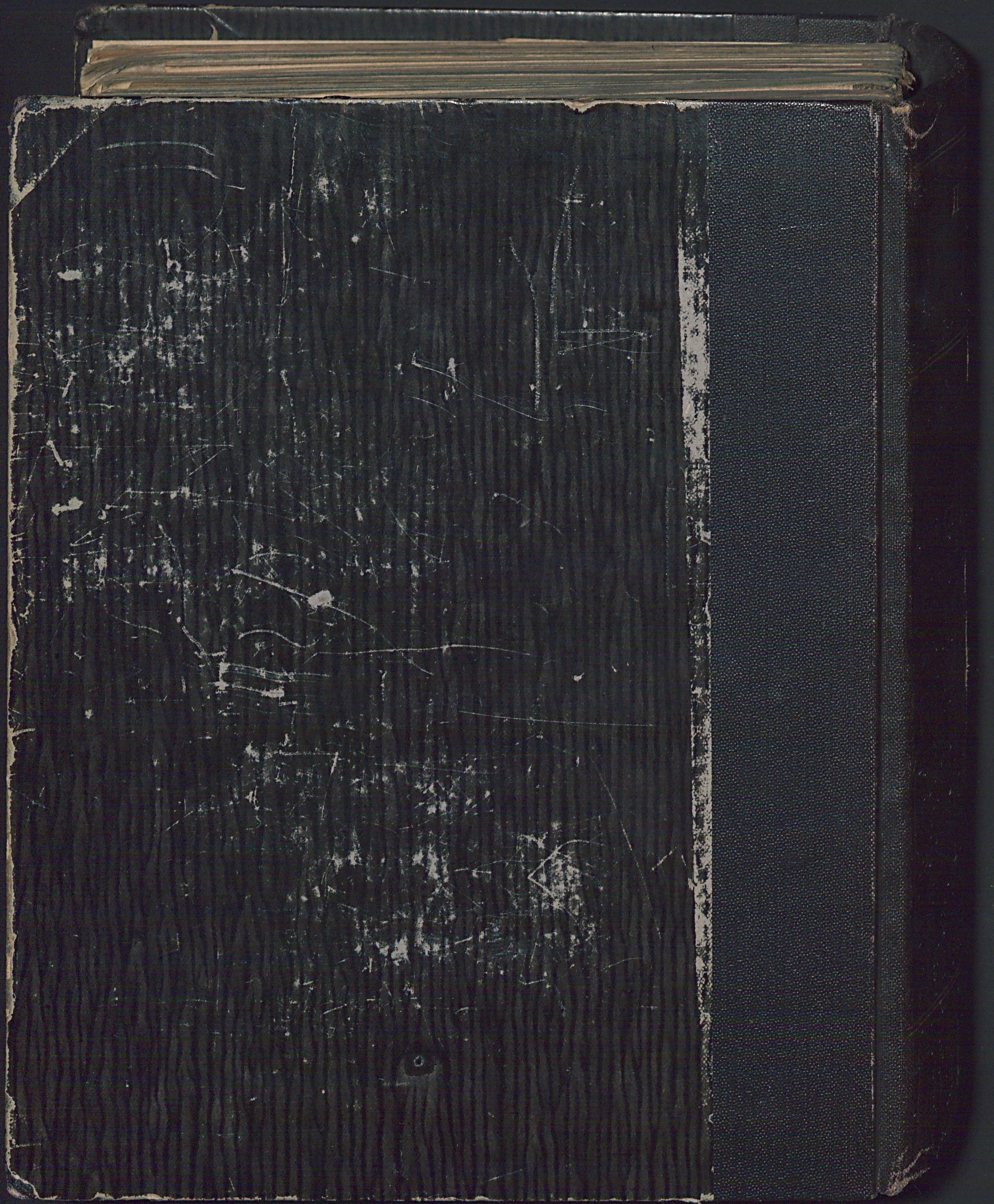
004 161 696

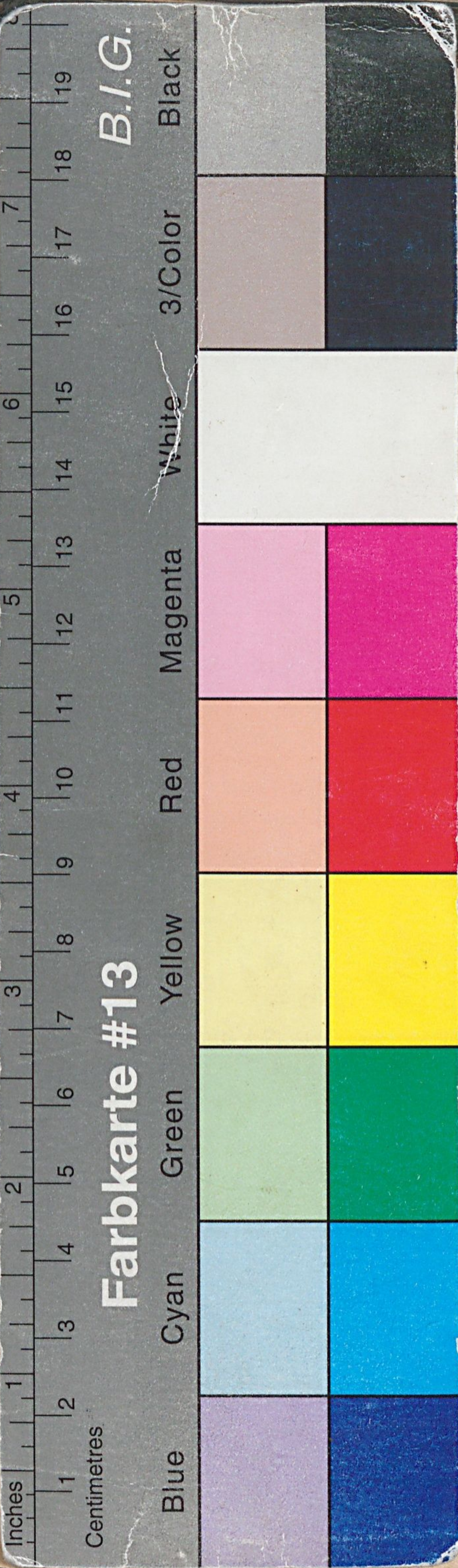


*5b*  
*161-706*

*Vb 17*







B.I.G.

Farbkarte #13

INAUGURALIS  
 CA,  
 JECTURAS

1694 1993  
 30a

NSUETU-  
 RVANTIÆ,  
 M  
 ICENTISSIMO  
 CIPE ac DOMINO,  
 WILHELMO,  
 Herede, &c. &c. &c.  
 D E  
 HOMASIO, Jcto,  
 nb. & Prof. Publ,  
 . DECANO  
 ANTIA  
 onores & Privilegia  
 apessendi,  
 F, Moenofr.  
 DC XCIX.  
 MAJORI  
 ERIDIANIS  
 VRGICÆ,  
 RI SALFELDII,  
 BRAND.

