



1684.

1. Heber, Georg Michael: De actione diffamatoria
ex l. 5. C. de Injur. masculinis.
2. Heber, Georg Michael: Fiduciam magistratus an L. 32.
ff. de injur. vel Den ungerichten Obrigkeitlichen Amts-
Tretz . . . publice delincent
3. Leiser, Wilhelm: Constitutionum Testamentariae tutelae
ejusq. administrationem . . . publico . . . communi
submitte.
4. Leiser, Wilhelm: De moribus, qui legem imitantur, seu
consuetudine.
5. Leiser, Wilhelm: Fura depositi et sequestrationis.
6. Martini, Werner Theodor: De mercibus illicitis.
Contrabandis 2 Exempl.
7. Martini, Werner Theodor: Dissertatio juridica XI ad
Const. Elector. Divi Augusti de subreptione
- 8^o Martini, Werner Theodor: De apanagio 1 Exempl.
9. Moros, Adam Erdmann: Do Pura kakgatsida vulgo
Wester-Regiment.
10. Nalvum, Jo. Carolus: De matrimonio ad morganaticum

1684.

11. Naevis, Joh. Carolus: De jure aquisitionis
12. Neumann Joh. Georg: Dissertationis politicae, qua
optimam rei publicae formam verbis et sententiis
C. Com. Taciti expressam . . . exhibet.
13. Paschius, Johannes: Raphael apodemicus
principum.
14. ^{ab} Schreyfleisch, Konrad Samuel: Quod Karolus IV Augustus,
non diriperet Imperii patrimonium, quatenus
pertinet ad regum auctoritatem. 2 Saupl.
15. Straussius, Godofredus: Disputatio juridica primitivas
quasdam formas exhibens.
16. ^a Straussius, Godofredus: De Jure Patrimonii Ecclesiarum.
16. ^b Vogelius
17. Ziegler, Konrad: De pignore et hypothecis
18. Ziegler, Konrad: De juribus Aedaeorum
19. Ziegler, Konrad: De deposito
- 20-24. Ziegra, Christ. Sam.: De crudelissima Hierorum
immolatione, in olocho, facta 2 Mdr.

1685

1. Berger, Joh. Henr: Differentias jures personarum

1685)

Et rerum itaque in re et ad rem... sistit

1685.

2. Berger, Joh. Henricus: Nomas . . .

3. Berger, Jo. Henricus: Justinianus ad praecam Tertul-
iani clausus atque redicatus.

3^a Brendel, Jo. Korp: De dispensatione

4. Donatus, Christianus: De veterum argutis

5^a Heber, Georg Michael: De possessione

J. Heinemann; Constantinus: De societate civilis
origine.

8. Kirchmeyer, Georg Karpur: De republica ordinanda.

9. Klepperbein, Verbrun auf Soll: Postum vigiliarum sacrum
et profanum disputatum.

10^a Mayer, Jo. Fridr.: Utum Pontifex Romanus Sum-
mam Potestatem habeat unroccandi Concilia

ecclesiastica?

10^b Neumann

11. Schwarzfleiter, Conrad Samuel: De potiori huma-
nitate Graecorum.

1688

12 a-b. Schwarzfleischer, Konrad Samuel: De ordine, quibus
f^r dicitur ensiferorum. 2 Bimpl

13 a^ub Straun, Godofredus: De investitura abusiva

2 Bimpl.
14. Straun, Godofredus: Precedit XII. et l. l. f. 7 XXIII

de Curatoribus, lit. XXIV. de subdatione Tutorum vel

14^b Capalorum -

a Straun
15. Straun, Godofredus: De rerum furtivarum et vispos-

sessionum incapere

15^b Jentzel

16. Jentzel, Kasper: De tonsura clericorum.

73719.

N. 4

1684

Q. D. B. V.
DISSERTATIO JURIDICA

DE

MORIBUS,
QVI LEGEM IMITANTUR,
SEU CONSVETUDINE,

QVAM

PRÆSIDE

VIRO MAGNIFICO, NOBILISSIMO,
CONSULTISSIMO atq; EXCELLENTISSIMO

DN. WILHELMO LEISERO,
Jcto Consummatissimo, Anteces-
sore hujus Inclytæ Academiæ Famigeratissimo,
Curia Electoralis, Scabinatus ac Facultatis Juridicæ Assessore
Gravissimo,

Dn. Patrono atq; Studiorum suorum Promotore,
omni obsequii & honoris cultu æviternum
devenerando,

Publico Examini sistit.

In Auditorio Jctorum

AUTOR

JOH. GOTFRIED NISENIUS,

Zitt: Lusat:

Ad diem Novemb. M DC LXXXIV.

Wittebergæ Typis JOH. BORCKARDI, Acad. Typogr.

7.

fus
am
io-
.E.
vis
at,
nos
tur
ad-
ut
&
in
.4
ab,
no-
Me-
ra-
ili-
ce-
bli-
pro
d.
te,
vic-
on-
prio
as,
um
ene
to-
ce,



172

DISSERTATIO JURIDICA

MORIBUS
OVI E GEM MITANTUR

SEL COGNOSCENTINE

DE IURIS
MAGISTRUS
CONSTITUTUS

DE IURIS
MAGISTRUS
CONSTITUTUS

JOH. GEORGE WISSE



Circumspicienti mihi argumentum, Speciminis Academici loco, quod pertractarem, ipsum jus non scriptum, seu consuetudo sese obtulit, materia utilis & in foro non infrequens. In consuetudine enim tam inducendâ, quàm probandâ peccari quotidie, notoria edocet experientia; cum quis alteri malè cupiens hanc vel illam consuetudinem prætendat. Subditis quoq; à superioribus prætextu consuetudinis non rarò servitia imponuntur. Quod ipsum sanè haud minimam litigandi causam in societate civili præbere assolet. Fateor equidem, patentissimum juris campum esse, tantâq; ubertatis, ut in eo numerosissima pariter ac gravissima doctrinæ genera, quibus opera navari posset, invenire liceat. Ast nervos ingenii, altioris indaginis argumento intendere mihi integrum non fuit; sed potius, me consultius facturum, existimavi, eo assurgere labore, quo ingenio pertingere valerem quanquam nec hæc, quam præmanibus habeo, materia, difficultatibus suis careat: ut ex progressu patefceret. DEum verò ter Optimum Maximum veneror, ut felicissimis cœpta fortunare velit eventibus.

§. I.

NE morem hætenus receptum negligere videar, rei ipsi, evolutionem nominis præmittere alubescit. Vocabulum consuetudinis natalia

A 2

sus

sua cui debeat, inter Grammaticos ferè disceptatur. Aliis enim deductum videtur à consuo, ideò, quia ex pluribus utentium factis, quasi consuatur consuetudo. Alii dictum volunt consuetudinem, quod sit quasi communis assuetudo. Alii à consuescere &c. crebro aliquid agere, & quotidie agendo consuetudinem inducere, deducunt. Quorum sententia & nobis placet, nihil interim quicquam aliorum derivationibus derogatum cupientes.

§. 2.

Accipitur autem consuetudo non uno eodemq; modo. Sumitur enim nonnunquam pro arctissimo maris & foeminae complexu & consortio §. 1. J. de Patr. potest. l. 24. ff. de ritu nupt. Item pro privata tam hominum quam brutorum assuefactione, & ita brutis animantibus applicatur, quod soleant evolare & revolare ex consuetudine §. 15. J. d. R. D. l. 5. §. 5. ff. de acquir. rer. dom. l. 8. §. 1. ff. famil. hercisc. l. 50. §. ultim. ff. d. legat. 1. Sumitur insuper consuetudo duobus modis (1.) pro actibus, ex quibus inducitur consuetudo l. 32. ff. de Legibus, & hoc modo quia facti est, ab allegante eam probari debet, ceu infra dicemus (2) pro Jure, quod ex actibus & moribus diuturnis resultat, quo sensu adhibetur in §. 9. J. d. J. N. G. & Civil. In posteriori significato iterum accipitur, vel latiori sensu, pro jure, quod in quocunq; Reipublicae statu moribus, & usu est introductum, vel strictè pro jure, quod est ex usu in statu populari, & hanc ultimam acceptionem in Legibus frequentiore esse statuit Hahn. ad Wesenb. tit. ff. d. Leg. num. 9.

§. 3.

Synonyma voculae consuetudinis in Jure nostro
varia

varia offendimus. Denotatur enim consuetudo in §. 3.
 §. 9. J. d. J. N. G. & Civil. nomine Juris non scripti, idq;
 juxta Ludwell. D. ad Inst. 1. t. b. 14. lit. a. & alios, ideo, quod ab
 initio sui non sit capax publicationis per scripturam re-
 cipiendæ. *Habn. c. l.* hujus denominationis hanc ratio-
 nem assignat, scilicet consuetudinē jus non scriptum ap-
 pellari, non quod scribi non possit, sed quod non sit ne-
 cesse. Nā sine scripto introducta consuetudo, in scripturā
 redigi potest, vel memoriæ, vel facilioris probationis
 gratiā, idq; salvā substantiā suā, uti suo loco pluribus ex-
 ponam. Consuetudo deinde vocatur mos *c. mos dist. 1.*
ibi: mos est consuetudo, quamvis strictè loquendo mos
 & consuetudo in eo distingvantur, quod ille actum, ex
 quo inducitur consuetudo; hæc vero jus ipsum ex illo
 inductum denotat. Nomine porrò usus longævi con-
 suetudo venit *l. 2. C. quæ sit long. consuetud.* item juris lon-
 gâ utentium consuetudine comprobati *L. 35. ff. de Leg.*
 & Juris moribus constituti *l. 32. ff. eod.*

§. 4.

Prænotatis iis ad enodationem nominis quæ spe-
 ctabant, consuetudinem, extra Statum Democraticum
 spectatā cum *Magnifico Domino Struvio in suâ Jurispru-
 dentia Romano-Germanica Forensi lib. 1. Tit. 2. aph. 12.* mihi
 ita describere placet: Consuetudo est jus, quod svaden-
 te ratione populus, tacito summæ potestatis consensu,
 diuturnis moribus introduxit. Add. §. 9. J. de J. N. G. & C. L.
 32. §. 1. ff. d. LL. Consuetudinem jus esse, res est manifesta;
 Nam non solum ipsa juris voce indigitatur in *l. 36. ff. d. LL.*
 Sed & expressis verbis ab Imperatore species Juris con-
 stituitur in *l. 6. §. 1. ff. d. J. & J. & d. §. 9. Inst. d. J. N. G. & Ci-
 vil.* Constat enim jus nostrum, quo utimur, aut scripto

aut sine scripto: Cujus divisionis origo, juxta §.10. *Inst. dic. tit.* ab institutis duarum Civitatum Athenarum scilicet & Lacædemoniorum fluxisse videtur. Lacædemonii enim magis ea, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandarunt. Athenienses verò ea, quæ in Legibus scripta comprehendissent, custodiverunt. Ubi tamen non est credendum, Lacædemonios tantum consuetudinibus usos fuisse, & Athenienses tantum constitutionibus: prout enim res incidunt, ita vel expressè constituto, vel tacito per usum inducto jure, subditi gubernandi sunt. *Bachovius in Comm. ad d. §.10.*

§. 5.

Discrimen vero inter jus scriptum & non scriptum quod intercedit, non à literis petendum, sed à modo introducti juris utriusq;. Nec enim jus scriptum est, quod literis mandatum, sed quod expressa sanctione constitutum est. Sicut jus non scriptum non illud dicitur, quod literis exaratum non est; sed quod absq; expressa sanctione, tacito superioris consensu moribus utentium invaluit. Dicitur ergo consuetudo, jus non scriptum, non quod materialiter spectata inhabilis sit per scripturam introduci; sed quod scribi & expressè promulgari, necesse non sit, imò nec, quatenus introduci-
tur, possit. *l. 36. ff. d. LL. Vinnius ad §. 9. d. r.* Si enim consideremus consuetudinem ratione introductionis, tunc scripta esse nequit, quia diuturno subditorum usu & tacito superioris consensu introducitur. Sin verò spectetur ea prout est introducta, tunc vel memoriæ, vel facilioris probationis causa scripturæ committi potest. Hinc etiam notoria edocet experientia, multarum regionum consuetudines, non modo scriptas, sed etiam

Com-

commentariis & glossematibus illustratas circumferri. Assertum hoc confirmant consuetudines Feudales, hæ, licet in scripturam sint redactæ, tamen jus non scriptum esse haud desinunt. Confer *Struvium in S. Jur. Feud. c. 1. aph. 7. num. 5. & 6.*

§. 6.

Sed licet in scripturam redigatur consuetudo, genuino tamen nomine suo propterea non exuitur, nec idcirco suam amittit naturam, ad exemplum testamenti nuncupativi, quod, licet per Notarium memoriæ causa in scripturam redigatur, ob id tamen nomen & vigorem suum non amittit, nec fit testamentum scriptum, sed nihilominus testamentum nuncupativum remanet. Quamvis hic cum *Bach. ad Treutlerum v. 1. D. 1. tb. 9. lit. C.* distingvendum esse crediderim, num memoriæ faciliorisq; probationis causa scripturâ donetur consuetudo, an verò per modum sanctionis expressæ ab eo, penes quem est juris condendi potestas, scriptura fiat. Priori casu suam naturam & essentiam non immutat consuetudo, sed manet nihilominus jus non scriptum; Posteriori verò casu naturam haut tenet immutatam, sed transit in Legem & jus non scriptum, per ea, quæ tradit citatus *Bachovius d. 1.* Adde quoq; *Brunnemannum ad L. 5. §. 35. ff. d. LL.*

§. 7.

Causam Efficientem consuetudinis populum esse, ex definitione satis clarescit. Dicitur enim consuetudo jus, quod populus &c: introduxit per *L. 32. ff. d. LL.* Cum enim, inquit *JCrus*, ipsæ Leges nulla alia ex causa, quam quod iudicio populi sint receptæ, nos teneant, merito & ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes.

mines. Nam quæ ab eadem causa prodeunt, eâ causâ æqualiter operante, eundem producant effectum; Unde, cum populus liber potestate jura constituendi polleat, sive id expressè, sive tacitè, verbis an factis fiat, nihil inter est. *d.l.32.* Sicut ergo quivis populus, aut Civitas libera Imperialis, expressâ sua voluntate, statuta condere valet, absq; speciali Imperatoris permisso; ita quoq; suum consensum diuturnis & frequentibus actibus declarare, & hoc modo absq; alterius confirmatione firmam consuetudinem introducere. *Hahn. ad Wesenb. tit. ff. de LL. num. 9.* Aliæ verò Civitates & universitates jure immedietatis, aut certis privilegiis destitutæ, firmam atq; veram consuetudinem introducere nequeunt, absq; superioris, cui parent, tacitâ approbatione, eodem modo, quo inconfirmandis Statutis expressa requiritur. Penes quemcunq; enim est nulla juris condendi potestas, ille nequit in scio superiore consuetudinem introducere. Atqui in populo superiorem recognoscente nulla est juris condendi potestas. E. Accedat igitur oportet tacitus superioris consensus ad populi mores, ut populus causa efficiens consuetudinis dici possit.

§. 8.

Toties autem in consuetudinis introductionem consentire censetur Princeps, quoties non contradicit. Confer: *Franzk. ad tit. ff. de LL. num. 100. seqq.* Dum enim is, penes quem *το κύριον* (sive hoc sit apud unum, sive optimates,) subditos certis & diuturnis moribus uti permittit, nec consuetudinem introduci apertè contradicit, aut aliam legem expressam condit, tacitè quasi jusfisse videtur, ut hoc, quod agitur, imposterum observetur

arg.

arg. l. 18. ff. mandat. Urgenti, aliquando prius consuetudinem valere quam Principi innotescat, adeoque consuetudinis introductionem, non semper præsupponere tacitum superioris consensum, respondemus, sufficere præsumptum, cum causa non sit, cur omnem consuetudines introducendi potestatem subditis suis Princeps adimere velit. Quæ de re in Imperio nostro Romano-Germanico minus dubium esse potest; cum Principes Jus Justinianæum, quo populo consuetudinem introducere permittitur, pro Jure communi receperint, eoque ipso, in consuetudines adhuc introducendas, tacite consenserint. Concludimus ergo, quod eatenus saltem à populo non libero consuetudo introduci dicatur, quatenus ab Imperio habente non impeditur, sed toleratur. Conf. Hug. Grot. de J. B. & P. libr. 2. cap. 4. num. 2. Et in hoc tacito consensu consistit differentia specifica consuetudinis, quæ distinguitur à Jure scripto, quod hoc expressa, illa verò tacita sanctione introducatur. Conf. Struv. in Syntag. Jur. Civil. Exerc. 2. tb. 19. & Syntag. Feud. cap. 1. aph. 7. num. 5.

§. 9.

Consuetudinis materiam constituunt res possibiles & honestæ, sub lege enim & jure tanquam species comprehenditur consuetudo; lex autem omnis debet esse honesta atque possibilis; cum rerum impossibilium, & inhonestarum nulla sit obligatio. l. 185. ff. de R. J. l. 15. ff. d. cond. Inst. Nomine verò rei, hic non solum res strictè sic dictæ, quæ personis & actionibus contradistingvuntur, sed etiam actiones & personæ veniunt. Cum enim omne jus, quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertineat §. ult. In. d. J. N. G. & C. l. 1. ff. d. statu bo-

B

min:

min. Ita eadem erit ratio consuetudinis, hæc enim vel de actionibus, rebus & personis disponit. Occasione rerum, consuetudines induci nullum est dubium; personas verò quod concernit, res itidem est manifesta; sæpe enim consuetudines personarum habilitatem, rationem, vitam & famam &c. respiciunt. Huc pertinent consuetudines Opificum, quarum vigore receptionem in collegium suum illegitimè natis denegant. Hinc literis testimonialibus, quæ Geburths Brieffe dicuntur, plerumq; hæc clausula inseri solet: Daß N. Echt und Recht/ redlich und ehrlich geböhren sey. Quamvis existimaverim, nimium sæpe hic rigorosos esse in vindicandâ suâ existimatione opifices; dum natos opilionum, molitorum, balneatorum, aliorumq; suis collegiis indignos judicant, quæ de re videri potest pluribus *Carpzov. part. I. Decis. 18.*

§. 10.

De natione quoq; personarum non rarò consuetudines inducuntur. *arg. l. 37. ff. de edilit. edict.* quo referri potest consuetudo, quæ teste *Cellario in Polit. c. 6. §. 1. in fin.* Helmstadii viget, quæ VVestphali excluduntur, ut ad Magistratum capeffendum nullus iis sit locus. Hunc quoq; morem, Noribergæ, Francofurti, Magdeburgi, Argentorati, aliisque civitatibus Germaniæ religiosissimè observari, ut scilicet peregrinis via ad munera publica præcludatur, tradit. *Carpzov. ad L. Reg. Germ. cap. 10. Sect. 2. n. 19.* Respici item in consuetudinibus non rarò solet ad personarum vitam & famam, dum personis infamibus, & sordidum vitæ genus exercentibus, ad dignitatem, & munera publica adspirare fas non est. In Consuetudinibus porrò attenditur non nunquam numerus annorum, artium

artium liberalium, aut etiam mechanicarum exerciti infumtorum. Sic, ut de literarum studio, unicum proponam, mentionem consuetudinis injicit *Richter. part. 1. Conf. 42. n. 1.* vigore cuius, nemo recipitur in Collegium & Facultatem, nisi per certum tempus, in aliquâ celebri Academia studia continuaverit. Idq; non sine ratione inductum censetur, cum pro eo major scientiæ præsumptio, qui longiori tempore literis incubuerit, quam qui breviori; quamvis, exempla sæpe contrarium docere, non diffitear. Unicum jam liceat proferre ex *Coler. de Process. Executiv. cap. 1. part. 2. num. 40.* Hic enim de studioso commensali quondam, suo recenset, eum quinquaginta annos in Academia Lipsiensi hæsisse, duobus saltèm libris instructum, uno Sac. Bibliorum, & altero Dictionarii, ut vocant, Latino-Germanici, utroq; pulvere ita obsito, ut in eorum superficie literæ duci potuissent. Sed quicquid hujus fit, illud tamen verum manet, majorem de eo præsumi scientiam, qui plures annos, quam qui pauciores literis operam inpendit, licet præsumptio hæc quandoq; fallere possit. Circa actiones demum & processum judiciarum, consuetudines induci posse notoria itidem edocet experientia, quod ipsum pluribus exemplis ostendi posset, si ratio instituti permitteret. Illud tamen sedulò notandum, quod nulla consuetudine tolli possint substantialia Processus, v.g. Citatio, litis Contestatio, probatio, sententia Judicis &c: de quibus *Nicolai in Process. Judic. part. 1. c. 3. n. 3.*

§. II.

Formam consuetudinis absolvit tacitus Superioris consensus, & deinde ejus requisita, qualia sunt (1) ut sit

B 2

rationa-

rationabilis *l. 39. ff. de LL. l. 1. C. quæ sit long. consuet.* pro-
pterea, quod juris species sit; ceu supra dictum, sed jus
nullum sine ratione esse potest, cum ratio sit anima juris.
l. 14. ff. d. LL. Est autem consuetudo rationabilis, quæ non
est contra jus divinum & naturale, vel contra honesta-
tem, & decorum introducta, quæq; promovet salutem
publicam. Sic rationabilis consuetudo est, vi cujus ne-
mo ad exercitium artis admittitur, nisi ab expertis ma-
gistris & minus suspectis in illâ arte, an idoneus sit, fuerit
examinatus, prævioq; examine, artis suæ specimen di-
gnum ediderit, *Er habe den zuvor ein Meister-Stücke ge-
macht. Carpz. lib. 1. Resp. 47. n. 6.* Cum alias fieret in præ-
judicium Reipublicæ, Idiotas & minus expertes, ad ex-
ercendam artem admitti, quam non perfecte didicerint,
& ne quis prius efficiatur Magister, quam discipulus. Ra-
tionabilis consuetudo & hæc est, ut tyro, qui opifici cui-
dam sese informandum dedit, per certos annos apud i-
psum subsistat, daß *Er gewisse Jahre ausstehe / ehe er Ges-
selle / und gewisse Jahre wandern müsse / ehe er Meister wer-
de.* Huc pertinet etiam, ut supra dictum, quod nullus
improbata conditionis in collegium recipiatur, & plu-
res aliæ.

§. 12.

Consuetudo irrationabilis quæ sit, ex jam dictis
constat: contrariorum enim eadem est ratio *pr. f. de*
his qui sui vel alieni juris sunt & pr. f. de tutel. nempe irra-
tionabilis consuetudo est & dicitur, quæ ratione caret, &
contra honestum, aut decorum est introducta, vel etiam
Juri Divino & naturali repugnat, nec promovet salutem
publicam. Quo itaq; rationabiliores dixi consuetudi-
nes opificum hæctenus recensitas, eo in convenientiores

fina

sunt sequentes, & omni plane ratione destituuntur, nec
iis salus opificiorum promovetur, nec honestas publica
defenditur, qualis est: Daß die Lehr-Jungen nach ausge-
standenen Lehr-Jahren/ gehobelt/ geschwärzet &c. werden
müssen. Ejusdem furfuris est illa inter opifices consuetu-
do, ut id, quod ab uno coeptum, ab alio perfici & absolvi
non debeat; item, ne unus illorum res suas minoris,
quam coeteri vendere debeat. Irrationabilis quoq; con-
suetudo merito illa censetur, cujus vigore, carnificem, si
primo ictu caput damnati non amputarit, repente lapi-
dibus obrui posse, vulgo creditur; cum ex hac licentia e-
normia provenire soleant facta, cui erroneæ consuetu-
dini sapientissimè obviam ivit laudatissimus Imperii
Romani Princeps Carol. V. in der P. H. D. art. 97. Displi-
cet & hæc consuetudo aliis, quæ damnati ad mortem
per aliquot dies ante executionem, cibo ac potu delica-
tiori pasci solent. Sed crediderim ego, illam per se in-
justam haud esse, cum præ primis id fiat, ut obliviscan-
tur miseriæ suæ, nec recordentur doloris. Abusum verò
non possum non culpate, quia non rarò ad locum suppli-
cii abiturientibus tantum vini porrigitur, ut non modò
doloris, sed & omnis rationis & orationis piarumq; me-
ditationum obliviscantur. Meritò itaq; talem consue-
tudinem Carol. V. in der P. H. D. artic. 79. in fine sustulit
ibi: Und soll man Ihme in denn Aufführen nicht zu viel zu
trincken geben / dadurch seine Vernunfft gemiendere
werde.

§. 13.

Irrationabilis porrò & injustissima consuetudo illa
est, quæ Magistratibus bona furto, vel vi surrepta, & a-
pud furem inventa, retinere permittit, nec domino illa

B 3

resti-

restituit. Reiecta hinc est à Carolo V. in *P. S. D. art. 218.*
Confer. *Schneidevv. ad S. ult. Inst. de Obl. quæ ex delictis.*
Ejusdem farinae est illa, quæ Domini & Magistratus territori illius, juxta quod naufragia facta, bona naufragiis amissa sibi vendicant. Sane iniquissimam esse hanc consuetudinem vel inde patet, quia bona naufragio amissa, nondum sunt pro derelictis habita, sed permanent Dominorum, adeoque furtum committunt, qui talis modi res lucrandi animo auferunt. *S. ult. J. de R. D.* Unde etiam reprehenditur disertis verbis in *auth. navigia. C. de furtis. ad. Brunnem. ibidem.* Exemplum consuetudinis irrationabilis est, & quæ Juri Divino simul ac naturali repugnat, quæ, si fides habenda Besoldo in *Thesaur. Practico* voc. *foden Hals lassen num. 27.* apud veteres Polonos à multis annis receptum fuit, hominem occidentibus, certa pecunia cadaveri imposita redimere poenam licuerit; Quam tamen consuetudinem teste *VVebner. in observat. Practici: voce Gewohnheit Stephanus Polonia Rex abrogavit.* Idque merito, quia talis modi consuetudo (non autem digna est hoc nomine) & juri divino, quo unica homicidii expiationis forma ponitur, nempe sanguis ejus qui sanguinem effudit. *Gens. 9. v. 5. & 6.* & quarumlibet Optimarum Rerum-Publicarum statutis contrariatur. Quam itaque ad iram homicidio proæretico DEUS provocetur quivis facile advertit; Talis modi vero consuetudines utut antiquissimæ hominumque excedant memoriam, nequaquam pietati, legibus divinis & rectæ rationi detrahunt, adeoque à poenâ non excusant, sed efficiunt potius, ut poena aggravetur; cum tantò graviora semper sint peccata, quantò diutius infelicem detinuerunt animam *c. cum tantò X. de consuetud.*

§. 14. Non tamen sufficit consuetudinem esse rationabilem, sed ad eam introducendam actuum frequentia est perquam necessaria. Et debent actus esse ejusdem naturæ i.e. similes, homogenei & notorii, sine quibus non inducitur consuetudo *l. 1. C. quæ sit long. consuet. l. 3. C. d. & dif. privat.* Cum verò in jure nostro, quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, determinatum haud sit, merito, ex communi Doctorum opinione, ad discretum Judicantis arbitrium, recurrimus *l. 1. §. ult. ff. de Jur. de liber.* Qui circumspectè definiet & judicabit, quot actus, & quot exempla necessaria sint, tum pro qualitate actuum, ut nec duos semper pro sufficientibus habeat, nec plures præcisè requirat; tum pro temporis ratione, adeo, ut utroque expensò, quo plures editi sunt actus, eò minus temporis requirat. Huic consequens est, sententiam nonnullorum interpretum, ad §. 9. *J. de J. N. G. & c.* quod scilicet duobus actibus induci possit consuetudo, subsistere non posse. Cum in inducenda consuetudine juxta *l. 1. C. quæ sit long. consuetud.* necesse sit, frequenter aliquid observatum fuisse; Jam quod uno, alterove actu factum est, frequenter esse factum, ex nulla lege sive ratione legis probatur. Unus enim, atque alter actus potest esse erroneus, ex quo de consensu populi vix plenè statuere valet judex.

§. 15.

Num verò actus præcisè Judiciales hic requirantur queritur? Et verior apparet illorum opinio, qui nullam distinctionem actuum, sive sint judiciales, sive extrajudiciales observandum hic esse asserunt. Generaliter enim requiritur tacitus consensus *l. 32. §. 1. & l. 35. ff. de LL.* in iis
verò

vero, quæ solo consensu inducuntur, Judicis præsentia o-
pus non est. Deinde verbis expressis JCrus Callistratus
in l. 38. ff. d. t. consuetudinem separat à rebus judicatis.
Præterea actus ad inducendam consuetudinem ideo re-
quiruntur, ut ex illis de tacito consensu populi vel alte-
rius superioris, hoc vel illud pro jure deinceps usurpari
volentis constet, qui consensus tacitus, etiam ex actibus
extrajudicialibus colligi potest. Objicitur *l. 34. ff. de*
LL. ubi JCr. primum explorandum arbitratus, an etiam
contradicto aliquando judicio firmata sit consuetudo.
Sed respond. quod actibus quidem judicialibus optime
probari possint consuetudines, inde tamen nondum se-
quitur, actus extrajudiciales non sufficere, ob rationes an-
tea traditas. Consilii verba sunt, quando JCrus primum
explorari vult actus judiciales, ex his enim, præsertim
si semel atq; iterum sic judicatum fuit, magis populi con-
sensus colligi potest; non necessitatis, quasi nullo alio
modo probari possint aut debeant consuetudines.

l. 16. ff. de iur. iur.
Ex dictis ultrò sequitur consuetudinem facti esse,
adeoq; ab allegante probandam. At inquis: Consue-
tudinem Juris esse *per §. 9. J. d. J. N. G. & c. & l. 32. ff. de Leg.*
Jura verò non probantur, sed allegantur, uti tritum JCr-
orum brocardicum habet; Sed facilis responsio, scilicet
consuetudo in se si consideratur, est quidem juris, sed ra-
tione introductionis, an scilicet hic vel illic obtineat
consuetudo, est omnino facti quæstio; Itemq; actus ex
quibus inducitur consuetudo, sunt facti, *l. 32. ff. d. LL.* Et
ideo hi actus probari debent. Probationem verò ipsam
quod concernit, sciendū est, consuetudinem, quæ publi-
ca autoritate in scripturam redacta est, non indigere alia
proba-

probatione. Idem est, si notoria sit consuetudo, tunc enim non opus est probatione; allegatio tamen ejus omnino exigitur, ab onere enim allegandi eum, qui præ tendit consuetudinem, notorietas non relevat, ut tradit *Coler. de Process. Execut. part. 1. c. 3. num. 55.* Coeterum testibus probari possunt consuetudines, & quidem ad minimum duobus. Quando enim certus testium numerus in Jure nostro determinatus non est, uti hoc in casu, tunc duo sufficiunt. *l. 12. ff. de testib.* Quamvis tutius sit ad consuetudinem probandam, plures producere testes, tamen, si ex his duo tantum, maximè senes, ita semper observatum esse, nec se meminisse contrarium, testentur, consuetudo sufficienter & plenè probata censebitur, teste *Dom. Struv. in S. J. C. Exercit. 7, th. 21.* Ubi tamen probè notandum, quod convenire debeant in actibus testes, si enim alius hunc actum frequentatum esse, alius iterum alium affirmet, nihil efficiunt.

§. 17.

Sed utrum assertionem Doctoris excellentis, qui in suis Commentariis attestatur, hanc vel illam consuetudinem obtinere, sufficienter illa probetur, quæritur? Et respondetur neg: Nam (1) dissertis verbis sanctum legimus ab Imperatore Constantino in *l. 9. §. 1. C. de testibus*, quod omnino unius testis responsio non debeat audiri, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat (2) quia in *l. 1. C. quæ sit long. consv.* simpliciter dicitur, quod consuetudo debeat probari, sed quando Doctor aliquis, hoc vel illud esse consuetudinis, asserit, tunc illam non probat. Sed dices forsan; cuilibet perito in suâ arte credendum esse. Ergo & Juris perito de consuetudine asserenti fides habenda; Respond. probati-

C

bati-

bationem consuetudinis esse extra artem Jurisperiti, quia consuetudo non ex arte addiscitur, sed ex usu observatur, & actibus, qui firma probatione indigent: Unde uni Doctore de consuetudine respondenti, nisi eam probet, fides haberi nequit. Nam quæ Juris sunt, scire possunt ac debent Juris Doctores; quæ verò facti, illa etiam prudentissimos quam sapissime fallunt *l. 2. ff. de Jur. & fact. ignorant.* Si autem Judex, vel etiam Scabinatus, aut facultas Juridica plures ex actis publicis adducunt actus, in quibus hoc vel illud diu observatum, tunc consuetudo rectè erit ostensa; Placet quidem *Bachovio ad Treutler. vol. 1. D. 1. th. 9. lit. b.* hanc huic asserto moderationem & temperamentum adhibere, scilicet ut assertione Doctoris probetur consuetudo non concludenter, sed præsumtivè, ita, ut onus probandi contrarium transmittat in adversarium; idque multo magis, si attestatio fiat super consuetudine curiæ, aut fori, in quo ille Doctor versatur. Sed maluerim ego regulæ stare; cum semiplenæ probationi, quæ scilicet uno teste peragitur, is effectus haud sit, ut onus probandi in adversarium transferat: bene autem, ut juramentum suppletorium deferri possit: *Ummius, Disp. ad Proc. 14. n. 78.*

§. 18.

Ad inducendam consuetudinem porrò requiritur temporis diuturnitas, *l. 33. & l. 35. ff. d. LL.* Quoniam verò nulla in Jure nostro Civili annorum determinatio invenitur, itidem ad arbitrium judicis recurrendum existimo: Sunt quidem qui decennium requirunt. *ex d. l. 33. ff. d. LL.* diuturnum siquidem dicitur, quod per longum tempus stetit i. e. per decennium *l. 10. ff. si serv. vindic.* Debet

bet quoq; longa esse consuetudo *l.35. ff. d. t. rubr. & l.1. C. quæ sit longa consuetu.* Jam longum tempus in Jure nostro est decem annorum. Sed hoc decennale tempus nobis non placet; longa quidem dicitur consuetudo, eademq; & inveterata & diuturna esse debet *l.32. §.1. ff. d. LL.* Item per annos plurimos observata *l.35. ff. eod.* Quæ nomina uno generali, nempe decennii nomine, determinare non licet. Et quamvis decennale tempus longum hinc inde dicatur, id tamen perpetuum non est, cum juxta legem *2. & 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* id ipsum verificetur etiam in 30. vel 40. annorum spatio: Verba itaq; *diuturnum & longum* non æquale omnino tempus inducunt, sed pro rei, cui adjiciuntur, qualitate, modo longius modo brevius designant. Præstat equidem regulam alias habere certam, quam incerto judicis arbitrio omnia permitti, sed illa hic haberi vix potest; quia deficit hac in parte jus determinativè scriptum, quo deficiente, nec nostrum erit pro lubitu aliquid determinare. Unde fingamus, plures maximeq; notorios actus existere, cur præcisè decennii, aliumq; terminum expectet Judex, nondum apparet, quin potius pro circumstantiis; & qualitate rerum arbitrari eidem incumbat, an multum temporis sit decursum, ut sat virium habeat consuetudo. Si ergo apparet, rem esse levem nec magni momenti, minori tempore, si verò gravem, & maximi præjudicii, longiori tempore consuetudinem poterit determinare. Secus autem est de Jure Saxonico per textum in *Landrecht. art. 29. & art. 38.* Ubi dicitur quod ad introducendam consuetudinem requiratur spatium triginta annorum cum anno & die, vulgo *30. Jahr/ Jahr und Tag.*

Confer: *Coler. de Processu: Execut. part. 1. c. 3. n. 28.* quem sequitur *Carpzov. part. 2. constit. 3. def. 21.* Ubi secundum hanc opinionem in Scabinatu Lipsiensi, aliquoties responsum esse subjicit.

§. 19.

Superest ut de fine & Effectu consuetudinis discipiamus. Finis verò est vel proximus, vel remotus. Hic est publica utilitas, præprimis illius loci, ubi introducta est consuetudo. Quemadmodum enim finis Legum præcipuus est communis utilitas, ad quam unice omnia jura & leges collimare debent, ita hoc ipsum, quod in genere, de jure & legibus asseritur, applicandum venit ad consuetudinem tanquam speciem juris. Hunc autem finem commode assequi Superior nequit, nisi & quandoq; consuetudines induci, patiatur, quibus vel jus commune confirmetur, si forsan de illo fuerit dubitatum, vel etiam corrigatur, limitetur aut tollatur. Sed cautius hic procedat, & probe attendat Judex, num præter aut contra legem inducatur consuetudo: In illa enim, quam in hac introducenda, multo debet esse facilior, ut docet *Excellentissimus Dom. Præses in Collegio ad ff. Tit. d. LL. Sc. & long. consuetud.* Cæterum ex dictis facile quivis advertit, communem utilitatem seu Reipublicæ salutem esse quidem finem consuetudinis præcipuum, sed remotum; confirmationem verò, correctionem & abrogationem juris communis finem proximum. Per jus commune hic non intelligo Jus Divinum: huic enim in spiritualibus, nec Imperator, nec Papa, nec quilibet alius contrarium statuere potest. Dixi in *Spiritualibus*. Nam quoad temporalia posset videri Juri Divino

Divino

Divino, vel lege, vel consuetudine derogari. Sic Jure Divino in ore duorum aut trium stat omne verum, & tamen lex humana plures e.g. septem, quinque, ut in Testamentis, codicillis requirit *l. 21. C. de Testam.* Sed hoc non probationis, verum solennitatis causâ. Nec agnoscimus nos jus Divinum in temporalibus à jure naturæ distinctum. Hoc autem neque lege, neque consuetudine mutari vel abrogari posse satis clarescit ex §. 12. *J. de J. N. G. &c.* Et solidissimis pariter rationibus ac fundamentis probari posset, nisi ab instituto nostro alienum quodammodo videretur. Itaque civile hic intellectum volumus, quod mutationi omnino obnoxium, per *d. §. ult.* cum enim unicè à voluntate majestaticâ dependeat, & introducatur, nullum est dubium, quin contraria iterum voluntate Superioris, sive expressâ sive tacita, possit immutari.

§. 20.

Sicuti verò lex propter casuum varietatem interpretatione non rarò indiget, ita quoque consuetudo; licet discrimen intercedat inter juris & consuetudinis interpretationem. Nam in jure scripto interpretando tum verba legis, tum mens legislatoris inspicienda veniunt. Ast consuetudinis interpretatio circa verba occupata esse nequit, cum sit jus non scriptum, & non nisi per accidens, facilioris probationis, & memoria causa in scripturam redigatur, adeoque interpretatio ne quidem propriè de consuetudine prædicari possit. Sola igitur mens & voluntas consuetudinem introducentium hic exquirenda esse videtur num illam, pro ratione circumstantiarum modo restringendam, an ad similes casus extendendam voluerint. Quamvis enim strictissimi Ju-

ris esse dicatur, adeoq; etiam strictissimè interpretanda consuetudo sit, nec pro lubitu extendenda; Eam tamen, cum ut supra dictum, legem imitetur, extendi posse, non est, quod dubitemus. Modo non sit per errorem inducta, & contra rationem, tunc enim ad similia non porrigitur. *l. 14. l. 39. ff. d. LL.* ubi hæc leguntur: *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus locum non obtinet.* Hinc à contrario sensu colligimus, consuetudinem non errore, sed ratione inductam, in similibus locum habere.

§. 21.

Cuivis itaq; Judici, ex communi Doctorum opinione, hunc ordinem in sententiis ferendis observare, incumbit, ut primum inspiciat, quid inter contrahentes cogitatum & actum sit. Nam juxta *l. 23. d. R. J.* legem dat contractus. In tantum tamen secundum pacta contrahentium sententiam ferre iudex tenetur, in quantum juri publico non contrariantur, huic enim pactis privatorum derogari nequit *l. 38. ff. d. Pact.* Quod si non appareat, quid actum sit à contrahentibus, ad regionis consuetudinem & statuta Judici confugiendum, quia hæc derogant juri communi in loco, ubi vigent, ceu infra dicemus. Idq; adeo verum est, ut sententia contra consuetudinem, aut notorium statutum lata, irrita planè ac nulla sit, ut ex *Joh. Fabr. ad pr. J. de Offic. Judicis tradit Dn. Struv. in sua Jurisprud. Romano - Germanic: Forensi: lib. 1. tit. 2. apb. 20.* Si verò neq; consuetudines neq; statuta extant, tunc judici ad jus commune recur-

ren-

rendum. *pr. 7. d. t. auth. jubemus C. de Judic. ibiq. D. d. communiter.*

§. 22.

Ex dictis apparet, consuetudinem vim legis habere adeoq; obligationem inducere. Sed quoniam omnis obligatio respectum infert ad eos, qui obligantur, hinc operæ pretium erit, brevissimis illum respectum declarare, & indigitare personas ad quas pertinet obligatio: Et subditos istius loci, ubi vigent consuetudines, illis (cætera si sint paria) adstringi, nullum videmus dubium. Sed num Forenses consuetudinibus loci tenentur? quod affirmamus, quoad in loco isto degunt. Alia quaestio est, num extra territorium consuetudines valeant? Et Resp. distingvendum, si de solennitatibus quorundam actuum v.g. testamenti, Processus Judiciarii, disponant, tunc etiam extra territorium valent. Hinc est, quod subditus, si extra territorium testamentum condere velit, illud non præcisè secundum consuetudines & jura particularia loci, ubi domicilium habet, facere debeat; cum valeat testamentum, in quo solennia loci, ubi factum est, adhibuit testator, etiam in loco domicilii. Confer. *Gail. lib. 2. observ. 123. n. 2. & seqq. Myns. cent. 5. obs. 20.* Quod si verò de personarum habilitate inductæ sint consuetudines, & habilitent forte personas aliàs inhabiles e.g. filium familias, ut valeat testamentum facere, tunc extra territorium extendi haud possunt *arg. l. ult. ff. de Jurisd.*

§. 23.

Effectus consuetudinis porro in eo se exerit ut possit legi non tantum derogare, sed eam quoq; abrogare.

Et

Et derogat legi, quando salva manente lege, in aliqua, circumstantia, vel parte eam tollit. Abrogat autem si contrarium, quam quod lege cautum, inducit. Derogatio itaque fit in parte, abrogatio in totum *l. 102. ff. d. Verbor. signif.* Posse verò legem consuetudine abrogari, res est manifesta, & probari etiam inde potest; quia est pars & species juris §. 3. & 9. *J. d. t.* ac proinde vera & manifesta decisio est, quod possit etiam legem scriptam abrogare; quicquid enim de genere dicitur, illud etiam verum est, de quâlibet ejus specie, sub genere contenta; Atqui de Jure in genere affirmatur, quod posterior lex abrogare possit priorem *l. ult. ff. de constit. Principum.* Ergo etiam de consuetudine tanquam specie Juris id ipsum affirmari debet. Deinde Imperator noster in §. 11. *J. d. J. N. G. & Civ.* disertis verbis hoc affirmat, dum mutari jus tacito populi consensu asserit, per quem tacitum consensum, jus consuetudinarium intelligendum esse nemo negabit. Idem affirmat JConsultus in *l. 32. ff. d. LL.* Rectissime enim receptum esse dicit, leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem abrogari. Sunt qui vocabulum consuetudinis in *d. l. 32.* captare conantur; quasi per illam quidem possit antiquari lex, ne custodiatur amplius, non verò ita, ut jus scriptæ legi contrarium inducatur, sed conatu plane inani. Nam in dicta illa lege de effectu consuetudinis agit Jctus, nihilque interesse dicit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis, quæ verba non tam ad consuetudinem, quam consuetudinem referenda sunt. Huc facit quod sola consuetudo, nisi superioris disensus connotet declarationem,

tionem, jus publicum abrogare haud possit: Nec dicatur in desuetudinem abiisse lex, nisi contrarii juris usurpatio accesserit.

§. 25.

Graviter eque videtur *l. 2. C. quæ sit long. consv.* Harprecht pro hujus legis explicatione per multos allegat autores ad §. 4. *J. de J. N. G. & C.* jubens lectorem de vera & reali solutione cogitare, se enim nihil boni ad præsens in promptu habere. Sed salva res est; Nam mentem Legis penitus inspicienti fundata satis responsio occurrit. Verba textus ita habent: Consuetudinis ususque longævi non vilis est autoritas, verum non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat, aut legem. Inde quidem consequi primo intuitu videbatur, legem non abrogari consuetudine posse. Sed aliuc plane horum verborum sensus, quam vulgò creditur. Non enim his verbis indicat Constantinus Imperator, legem consuetudine, si hæc ei contraria sit, non posse abrogari, sed consuetudinem majoris autoritatis non esse, quam legem, hanc enim imitatur consuetudo, ejusque vim habet *kult. Cod. dict. tit.* Concedo itaque ultro, quod non sit major autoritas consuetudinis, quam legis, nec vincat rationem, aut legem quoad vim obligandi. Inde tamen nondum sequitur, consuetudine non posse legem aboleri. Vis enim obrogativa non in obligatione fortiori consistit, sed in tempore posteriori, cum consuetudo legem tollat, non quia fortior, sed quia posterior. Alii ita respondent: consuetudo vincit legem non supervenientem

D

tem

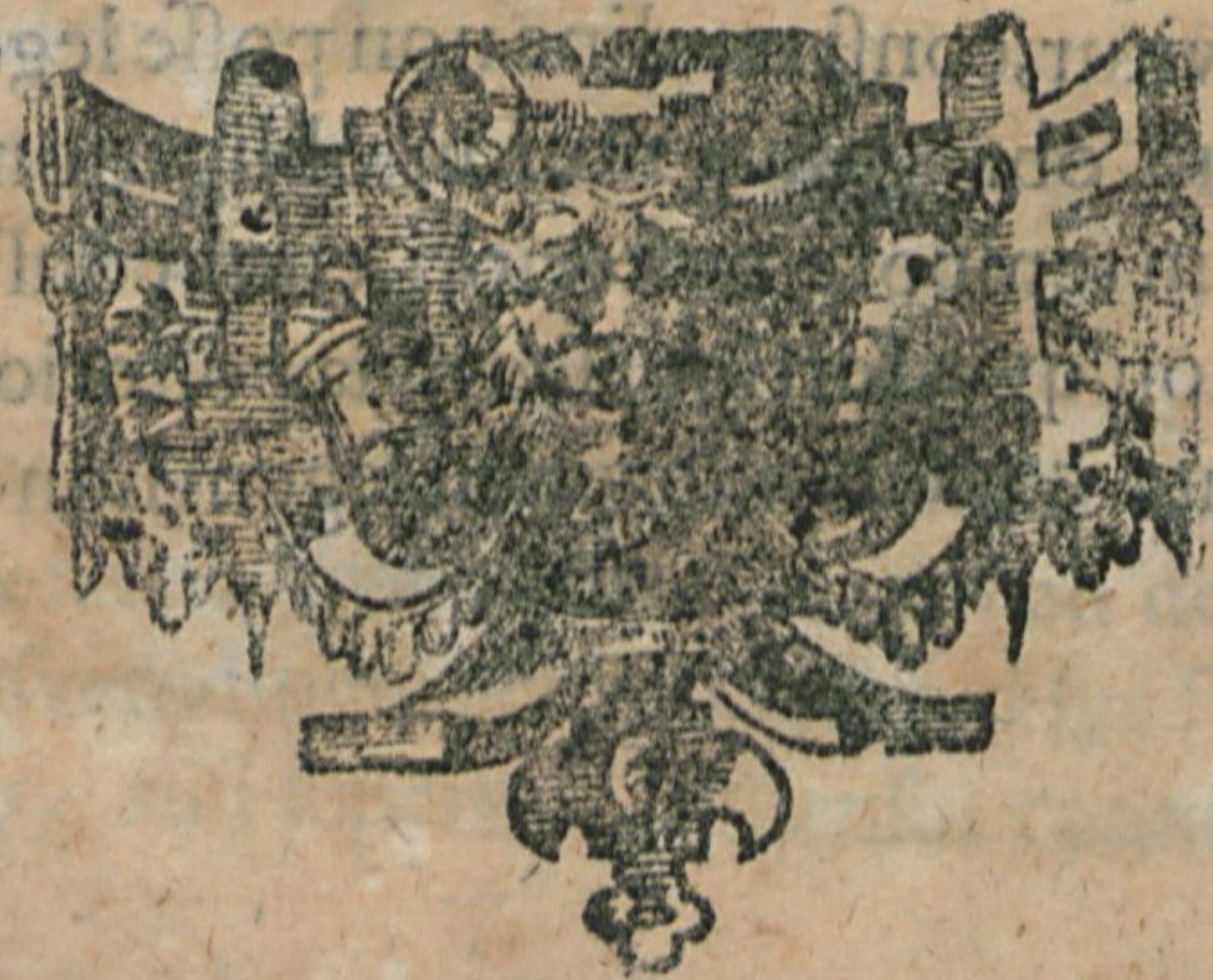
tem, sed antecedentem, & de priori textum oppositum
intelligunt, quod etiam nos admittere possumus.

§. 25.

Cæterum, quam hactenus recensuimus senten-
tiam, Consuetudine scilicet, cæteris paribus, legem ab-
rogari posse, ferè communem esse constat: eam tamen
rationibus pariter ac Juris textibus restringit *Magnif. DN.
Præses, fct9 Consummatis. in cit. Colleg. Pandect.* asserens,
tum demum pro consuetudine, contra legem inducta,
pronunciandum esse, cum probantur actus hominum
memoriã excedentes, aut satis antiqui, nec ullo contra-
rio actu hactenus interrupti. &c. Sed hic filum rumpo,
non quod satis multa, pro materiæ dignitate ac amplitu-
dine, executus sim, siquidem jam sentio, quam minimum
sit, quod se, ipsi, si cum omnibus compararetur: verum quod
in re insuperabili propediem, quam seriùs abstinere præ-
stet. Si quid ergo humani passus sim, peto, ut

Benevolus Lector contentus sit, donec
meliora sequentur.

**Interim DEO ter Optimo Maximo
Laus & Gloria**



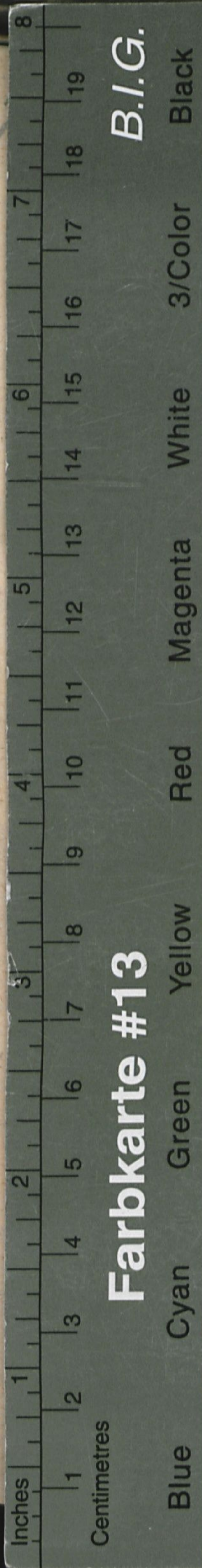
ULB Halle
006 682 006

3



VDA





B.I.G.

Farbkarte #13

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

No. 4
1684

D. B. V.
 TIO JURIDICA
 DE
IBUS,
 IMITANTUR,
 SVETUDINE,
 VAM
 ESIDE
 CO, NOBILISSIMO,
 EXCELLENTISSIMO
 MO LEISERO,
 tissimo, Anteces-
 ademiæ Famigeratissimo,
 s ac Facultatis Juridicæ Assessore
 vissimo,
 orum suorum Promotore,
 onoris cultu æviternum
 nerando,
 xamini sistit.
 io Jctorum
 ITOR
ED NISENIUS,
 Lusat:
 b. M DC LXXXIV.
 ORCKARDI, Acad, Typogr.

