

B. h. II, 290.

h. 56, II

(X 1877304)

II R  
633

DISSERTATIO INAUGURAL  
JURIDICA,  
SISTENS CONJECTURAS  
DE  
**JURE CONSUETU-  
DINIS & OBSERVANTIÆ,**

QVAM  
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,  
**DN. FRIDERICO WILHELMO,**  
Electo-  
ratus Brandenburgici Hærede, &c. &c. &c.

PRÆSIDE  
**DN. CHRISTIANO THOMASIO, JCTO,**  
Confiliar. Elector. Brandenb. & Prof. Publ.  
& Facult. Jurid. p. t. DECANO,

**PRO LICENTIA**  
Summos in utroq; Jure Honores & Privilegia  
**DOCTORALIA** rite capeffendi,  
P. P.

**PETRUS HERFF, Mœnofr.**

*d. XXIX. Aprilis M DC XCIX.*

BIBLIOTHECA IN AUDITORIO MAJORI  
POSTUCAVIANA  
Horis Ante- & Pomeridianis

HALÆ MAGDEBURGICÆ,  
LITERIS CHRISTOPHORI SALFELDII,  
TYPOGR. ELECT. BRAND.



DISSENTING IN THE 18TH

CENTURY

BY JOHN G. COOPER

THE OXFORD  
UNIVERSITY PRESS

OXFORD, ENGLAND

1963

PRINTED IN GREAT BRITAIN

BY THE UNIVERSITY PRESS

AT THE CLarendon PRESS

BY GILBERT RYLANDS

AND JOHN WOOD

PRINTERS

ROBERT MICHENER

AND JOHN WOOD

DECEMBER 1963

PRICE 10s. 6d.

NET

THE OXFORD UNIVERSITY PRESS

100 Brook Street, New York 17, N.Y.

100 Brook Street, New York 17, N.Y.

100 Brook Street, New York 17, N.Y.



DISPUTATIO INAUGURALIS.

De

Jure Consuetudinis & Observantiae.

SUMMARIUM.





*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 precise derivandam esse ex confusione Juris Romani cum Jure Germanico, §. 7. sed ortam ex non recte intellectis textibus Juris Romani. §. 8. Methodus dicendorum §. 9. Consuetudinis & praescriptionis differentia. §. 10. Differentia consuetudinis & observantiae 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 essentiae 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, haec observantia stricte dicta. §. 25. Consuetudo vel universalis vel particularis. §. 26. Jus de quo hic agitur, potissimum triplex: efficacia, impunitatis, & obligativitatis §. 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, §. 33. Actiones collegiarum consuetudini conformes habent*

))

habent

❁ ❁ ❁ ❁

habent jus impunitatis, §. 34. etiamsi non conveniant, 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 plane 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 impudentie, 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 aliqujus 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 admitteatur contraria probatio. §. 51. Declarantur dicta exemplo consuetudinis, qua continuo usu collega 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 stylum curie eadem notanda, qua notavimus de consuetudine extrajudiciali, quantum ad ipsos judices inter se attinet. §. 57. Obligabit tamen eadem partes ex natura communi hominum, non tanquam jus aut lex §. 58. Observantia judicialis in pronunciando non potest esse juris species, imo ne quidem consuetudinis. §. 59. Conjectura, unde sententia adversa originem duxerit. §. 60. II. Intuitu Reip. Democratica, ubi eadem de jure consuet. & observ. judic. obtinent, qua in collegiis

gis Rep. minoribus §. 61 Quo respectu consuetudines in Rep. De-  
 mocratica legis habeant vigorem? §. 62. Quid juris in Democra-  
 tia obtineat intuitu consuetudinem particularium? §. 63. Con-  
 suetudo contra legem scriptam in Democratia an habeat quid pe-  
 culiare. §. 64. 65. De irrationabilitate consuetudinis aliter Do-  
 cens judicat, aliter Judex. §. 66. Officium judicis circa actus con-  
 suetudinis lege prohibita. §. 67. Consuetudo praeripitis adversus  
 legem non praesumitur. §. 68. Officium Judicis, si persuasus sit,  
 consuetudinem esse irrationabilem. §. 69. In Democratia supremi  
 iudicii observantia nullum habet privilegium praereliquorum ju-  
 dicialium inferiorum observantia. §. 70. III. In Monarchia leges  
 non conduntur pacto populi sed dependent ex voluntate principis.  
 §. 71. Actuum consuetudinis efficacia & impunitas in Monarchia  
 non dependet a 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 a subditis jure  
 libertatis pristinae, non ex consensu tacito speciali principis. §. 75.  
 Consuetudines in Monarchia non aliter habent legis vigorem, quam  
 quod ex iis praesumatur lex scripta §. 76. Quid juris circa statu-  
 ta & consuetudines particulares in Rep. Monarchica? §. 77. Quid  
 juris in Monarchia circa consuetudines contra legem? §. 78. con-  
 suetudines item irrationabiles, & observantiam judicialem iudicii  
 supremi? §. 79. His deductis ostenditur textus Juris Civilis conve-  
 nire 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. que sit  
 long. consuet. §. 86. l. 2. C. eod. §. 87. l. 3. C. eod. §. 88. Juris Canonici  
 autoritas ac utilitas, etiam in terris Principum protestantium,  
 ac ejus comparatio ad Jus Civile. §. 89. Circa consuetudines irra-  
 tionabiles aliud esse officium Doctores, aliud judicis confirmatur  
 ex can. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. dist. 8. §. 90. Notatur inepta argumenta-  
 tio Augustini in can. 6. ibid. ex dicto Christi: Ego sum veritas,  
 §. 91. & adhuc ineptior in can. 1. ead. dist. 8. §. 92. Illustratur ex

❁ ❁ ❁ ❁

*Jure Canonico: consuetudinem facere jus efficacia & licentia, & secundum consuetudines irrationabiles nondum lege abrogatas a 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 consuetudinem, ac Jure Civili & Canonico id determinatum esse. §. 103. 7. Jure Saxonico 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 iudiciorum non posse recedi. 110. Usus dissertationis in questione de usu pratico 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.



**D**ostquam in nuperrima Disputatione de Pseudo-Privilegio pupilli &c. inter alia obiter quasi asserueram, observantiam judiciale 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 æque 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, longe incertiores & confusiores reddi, quam erant antea. Provoco ad experientiam, & si quis id diffiteri ausit, eum rogo ut saltem ex optimis tres Commentatores ad §. 3. *Instit. 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 adijunge velit, quæ v. g. *Besoldus, Wehnerus, Rüdingerus Speidelius in vocibus Gewohnheit/Herkommen/Observanz, item Jac. Schultes quaest. 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. In

§. 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 ex tacito consensu eius qui maiestatem 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, imo 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, imo, uno publico & diu continuato consuetudinem introduci: Diuturnitatem consuetudinis jure civili vel decennio vel etiam breviori aut longiori tempore æstimandam, aut relinquendam plane arbitrio iudicis, jure Saxónico 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. At-



§. 5. Atque in his singulis momentis fere unus ab altero disfidet, utrobique tamen non solum auctoritates Doctorem, 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 certe 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 minime consentaneæ videantur. Scilicet Consuetudinem & observantiam judicialem esse juris speciem ac interpretationis. Quid enim, cogitabam, quomodo observantia, quæ sepe erronea est, potest majorem efficaciam quam interpretatio erronea habere? quomodo hic error potest jus facere, quomodo consuetudo quæ a 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 quotidie observantias suas mutant, & a sententiis hæctenus 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 impune, imo & salva conscientia, etsi forte non salva prudentia, liceret alio cibo & potu, item vestimentis uti, ac consuetudo fert? Annon eadem ratio est cæterarum actionum a lege divina vel humana scripta determinatarum, etiam si repugnent liberis moribus gentis?

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

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

§. 8. Ergo colligebam, vel Ictos Romanos ignorasse, quae nam sit natura consuetudinis & observantiae, vel Ictos Germanos non recte intellexisse mentem Ictorum Romanorum. Prius non videbatur verosimile, cum haud dubie Icti, quorum fragmenta in Pandectis legimus, fuerint Philosophiae moralis atque Politices ac Juris Naturae apprime gnari. Quod posterius attinet, etiam durum videbatur, id praesumere de tot viris magnae eruditionis, famae atque autoritatis. Sed cum ex altera parte considerarem, glossatores ad exponendum Jus Romanum necessariae historiae ac Politices subsidia non attulisse, Glossatorum vero tradita maximam praeter ipsis textibus non solum in Italia, sed & Academiis translatis, in Germania auctoritatem obtinuisse, ac ad nostra usque tempora id pseudoaxioma in Germania obtinuisse, non licere sine violatione Praecepti quarti dissentire a Praeceptoribus; & quamvis jam longo tempore libertas sentiendi ex aliis Europae regionibus in Germaniam transierit, eam tamen lento gradu a facultatibus inferioribus haecenus devolutam esse ad superiores, initio scilicet facto a Facultate Philosophica, pergendo ad Medicos, serius vero perveniendo ad Ictos &c. Cum inquam, haec omnia considerarem, putavi causas errorum in Jure communium, non vitio errantium, sed vitio aut potius infelicitati seculi esse adscribendas.

§. 9. Co.

§. 9. Cognita vero causa 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 optime, ita & mores ex moribus atque ex jure, quod non nisi cordibus inscriptum & nobiscum natum est, comodissime exponuntur. Quare nec inepte, credo, faciam, si in materia præsentis clauso aliquantisper jure scripto, initio ex principiis rectæ rationis, an & qualenam jus ex consuetudine & observantia oriatur deducam, tum dispiciam, annon leges utriusq; juris cum doctrina mea consentiant, ac deniq; de sententiis Doctorum, ad normam illorum principiorum, meam sententiam dicam. Fiet id autem ubique breviter & quasi per indicem, cum tempus justæ præmeditationis non supersit, unde ulteriorem deductionem aliis relinquam.

§. 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 paret differentia inter præscriptionem & consuetudinem.

§. 11. Neque 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 declaret, regulariter quidem consensus per verba tanquam expressus prævalet consensui tacito, qualis est omnis qui per facta declaratur. Hinc regula communis, & quæ etiam in quæstionibus juris frequentissime occurrit, quod quotiescunque constet de consensu expresso, frustra quæratur de tacito.

§. 12. Sed uti in materia interpretationis, quæ tota conjecturis nititur, nulla regula est sine exceptione, ita etiam in isto canone sæpe contingere potest, ut consensus ille expressus habeat verba obscura & ambigua, quorum sensus adeo 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 cedit, 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. Imo ex factis quandoque interpretamur verba, rejecta alia 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 orta emtoris esse electionem, ac venditorem adigendum, ut hypocausto illo sit contentus, quod emtor voluerit, etiam si jurare possit, quod tempore contractus ipse de alio plane 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 contractus, 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 notorie permisisse, factum hoc Principis satis declarat, quod Princeps voce frumenti generali saltem triticum voluerit intelligere.

§. 15. Ex dictis exemplis autem facile patet, quod observantia hujus generis diversum quid sit a 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 interpres. At observantia de qua nos quaerimus, an sit interpretationis species adhibetur in legibus alienis, ubi ratio illa evidenter cessat. Prior observantia est species interpretationis improprie dictæ & authenticæ. Quoad posteriorem quaerimus de interpretatione proprie dicta seu doctrinali.

§. 16. Consuetudo igitur & observantia, de qua nos sumus solliciti *sunt actiones plures uniformes hominum in una societate civili familia 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 coacte facit. Imo & illæ, quas quis lege jubente facit, quia sermo est de specie juris, quæ juri scripto opponitur.

§. 18. Dico *plures*. Nam æque 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, necessario 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 saepe praedicatur, quæ forte 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 contradistingverem societati *naturali*, quæ nempe est extra 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 a Dn. Præsidente *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 robur accedet.

§. 23. Dixi denique: *quatenus in illa societate vivunt*, ut ostendam, singulos illos, qui collegium aliquod constituunt, quatenus extra collegium, ut Patresfamilias in suis domibus considerantur, haud dubie 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 synonymice usurpari possint, & usurpentur etiam, non repugnabit tamen usui artificum, si melioris distinctionis causa vox *consuetudinis* stricte moribus extrajudicialibus, *observantiæ* contra stricte moribus judicialibus applicetur.

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

§. 27. Porro cum de *jure* consuetudinis & observantiæ disquirimus, præsupponendum, pro diversitate significationis, qua 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 gratia appellabimus *jus efficax*, vel etiam uno verbo *facultatem*. Alia quæstio est, an secundum consuetudinem agens licite agat, an vero a 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

B

enim

enim revera sint distinctæ, conceptus tamen, quos involvunt, valde affines sunt.

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

§. 29. Quod initio collegia attinet, stricte sic dicta, quoniam ea ex paribus constant, & par in parem non habet imperium, sua sponte sequitur, nullam obligationem inter eos esse posse in negotiis a 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 actuum pluralitate obligatio inde oritur.

§. 30. Id tamen in doctrina de consuetudine usum habebit ex natura pactorum expressorum considerasse, quod in quolibet collegio consideranda sint pacta duplicis generis, unum, quo collegium constituitur: alterum, quod collegio jam constituto initur. 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 a majore parte fuerit conclusum, id & reliquos stringat. Cum enim nullum collegium sine comuni ordine & unione voluntatem subsistere queat, interim natura sua homines in rebus ad communem utilitatem pertinentibus valde ad dissensum proni sint, dissensu ejusmodi occurrente aut semper foret recedendum a 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 omnino rationi repugnat, ergo necesse est ut ex modo tertio fiat determinatio communis ordinis.



§. 31. Quoniam tamen saepe contingere potest, ut major pars aliquid evidenter in præjudicium minoris partis statuatur, aut, si & hoc non sit ita evidens, quoniam recessus ille a 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 a 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 certe majoris partis.

§. 33. Nunc vero quod actiones collegiarum concernit & jus inde oriundum, primum axioma sic formo: *Actiones collegiarum omnes, quæ non sunt contra rationem & pactum, jus efficacie habent etiam citra 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, quam per testamentum: ita licebit contrahere quomodocumque libuerit. In his actibus enim considerantur collegæ ut singuli patresfamilias, non quatenus sunt in illa societate. Multo 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, quam ex jure consuetudinis.

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

§. 35. Ne tamen urgeas, nec hoc jus a deo provenire ex jure consuetudinis, sed ex singulorum libertate, a deoque parum ab

axiomate primo differre, intelligendum aut ampliandum erit axioma, ut valeat, etiamsi alias actus illi rationi aut moribus communibus aliorum collegiorum repugnent. Finge esse quoddam collegium aut quandam universitatem, in qua major pars actus alias indecoros libere committat, aut dum sacra peraguntur, nugas agat, vel dormiat, idem etiam impune facient reliqui. Quamvis enim, qui talia perpetrant, laudem non mereantur apud alios extra collegium, imo forte 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 accurate loquendo omnes mores communes (abstrahendo a 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 collegiarum in actibus lege divina vel pacto non determinatis jure perfecto obligatus est, ut se conformem reddat consuetudini qua mali.* Hoc est: Non oritur ex consuetudine *jus obligationis vel legale.* Et adeo quilibet actiones suas contra mores receptos instituendo *efficaciter* id faciet & *impune.*

§. 38. Hic vero necesse erit, axioma illud paulo distinctius demonstrare, quia intuendo communem doctrinam id videtur esse maxime 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 dubie 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 quaeritur, an actu illo uti velit an minus.

§. 39. Nec

§. 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, certe 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 prætenditur, deficiat fundamentum obligationis. Per collegas enim suos non potuit obligari, utpote qui nec imperiū habent, nec usum introducendo intentionē obligandi habuerunt, aut habere potuerunt. Et nemo regulariter obligatur, nisi ex facto proprio. At in eo qui obligatus esse prætenditur, nullum est factum obligationē pariens. Aut enim antea illum actum plane non celebravit, vel aliter celebravit, vel conformiter celebravit.

§. 41. Si plane non celebravit, nihil ad consuetudinem perti- nens egit. Ergo in hoc casu, nihil afferri contra ipsum poterit, quam forte, quod tacuerit, cum reliqui ita egerint. Communi- ter enim jus consuetudinis ex tacito consensu deducitur. Sed notum est, quod regula: tacentem habere pro consentiente, tot limitationes & forte plures habeat, quam casus sunt, qui sub re- gula continentur. Et ex omnibus aliis illa limitatio est generalis- sima & notissima, *quoties interest, ut loquatur seu quoties de ipsius prejudicio agitur.* Unde revera regula illa non erudit & sine alia regula nullius est usus. Addita enim hac limitatione istum sen- sum accipit: qui tacet non consentire videtur, nisi ex aliis cir- cumstantiis appareat, quod consentire videatur.

§. 42. In presenti vero negotio quis putet interesse singulorum collegarum, cum vident actum aliquem lege divina aut pacto inter ipsos non determinatum a collegis suis, etiam a majori parte, successive conformiter celebrari, ut, si similiter posterum facere nolint, in tempore protestentur? Ubi quisque libere 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 cuius obligatione quaeritur, haec tenus illum actum difformiter observavit, Domitiana esset quaestio. Nam & tum consuetudo non est, qui ad deficit uniformitas actuum & alterius factum difforme satis declarat, quod reliquos imitari nolit, sed suam libertatem salvam retinere cupiat. Poterit & dum hoc difforme factum pro protestatione reali haberi, quamvis, ob dicta, superflua.

§. 44. Sed quid si jam aliquoties in illo actu conformem se reliquis gesserit socius, postea autem ab illa conformitate velit recedere? Hic sane 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 hic, fiat ex jure libertatis. Aedificavi aedes meas vicinis meis & aequales & similes bis vel ter, ex libertate tamen & sine lege. Quis neget me quandocunque libuerit aedes illas aliter & altius tollere posse? Unde ampliamus potius assertionem nostram, quod valeat, etiam si is, qui obligatus esse praetenditur, actum illum per longissimum tempus conformem reliquis celebraverit. Etsi enim supra notaverimus, differentiam esse inter consuetudinem & praescriptionem, hic tamen non est, cum utrobique par sit ratio, & etiam ad consuetudinem suo modo possit applicari vulgatus Canon: Res meae facultatis nunquam praescribi.

§. 45. No-

§. 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 alia lege vel pacto nondum sunt determinata? Quam *ut plurimum* affirmo. Declarant enim membra collegii illa complacentia amorem suum & benevolentiam erga collegas, & fere, si aliter agant, vix poterunt effugere notam singularitatis, aut contemptus taciti, quorum utrumque facile odia inter collegas excitat, certe amorem minuit. Quin &, si mores communes pro decoris habeantur a majori parte collegarum, & multo magis, si a reliquis omnibus, item ab aliis quoque collegiis vicinis, notam impudentiæ aut certe carentiæ decori etiam acquirat is, qui libertate sua hic 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 contentum & indignationem aliorum sibi alligat homo impudens & indecorus.

§. 46. Nec sine causa 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 a communibus moribus declaret, vel certe 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 bona fide intendat? Quid si arbitretur, salva conscientia, pone etiam erronea, istos mores se non posse imitari &c.

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

recedere velit a 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 impune aut efficaciter actum istum difformiter a moribus collegii exercere, is tamen actus ejus, qui occasionem huic pacto dedit, & de quo quæstio est instituta, manebit efficax & impunis, nisi forte & pactum commune inefficaces reddiderit expresse actus præcedentes, quos tamen non æque reddere poterit punibiles.

§. 48. Deinde etiam sæpe 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 inde suppeditatur, quod *continui & diuturni mores alicujus collegii præsumtionem inducant pacti expressi.* Cum enim natura humana ita fere comparata sit, ut magis ad odium ac contemptum aliorum inclinet, quam ad amorem, conformitas actionum sit signum externum amoris, non præsumuntur multi homines sponte ac libere & quidem diuturne conformitate actionum uti, nisi adsit aliqua causa necessitans, quæ in collegiis in actibus a lege non determinatis alia præter pactum esse nequit.

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

§. 51. Uti

§. 51. Uti autem probatio aliam probationem admittit, & præsumtio 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 hæctenus exemplo. Consvenerunt membra collegii in conventu, nigro habitu & palliis uti. Liberum hic erit collegæ comparere sine pallio & habitu alio, sive major pars hæctenus solum sic usa fuerit, sive reliqui omnes, imo & si ipse hæctenus in vestitu se aliis conformem gesserit. Melius tamen faciet, si habitu reliquis conformi utatur, alias faciale id reliqui in sui contemptum interpretabuntur, aut eum impudentiæ vel quod indecore quid committat, arguent, nisi forte reliqui pallio & nigro habitui singularem sapientiam adscribant, aut si forte ipse recedens sibi imaginetur, etsi erronee, nigrum colorem esse signum animi diabolici. Quodsi etiam major collegii pars per modum pacti concludat, quod velint sub pœna exclusionis singuli nigro habitu in posterum comparere, ipse etiam huic pacto, nisi recedere velit, obligabitur. Imo si diuturno tempore probent reliqui dissentientes, in collegio illo ita se gessisse, & a 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 adeo judicialem. Ubi initio certum est, quemvis judicem non debere partibus jus novum dare, sed secundum jus, quod jam habent, judicare. Igitur & in nostra 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  
C facult-

facultatis turbare voluit, injuste fecisse. Porro eum, qui diversum 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 judicare secundum consuetudinem tanquam jus partis. Ita vero observantia judicialis non poterit novam juris speciem constituere. Si enim iudex centies judicet secundum jus consuetudinis extrajudicialis, jus illud erit consuetudinis extrajudicialis, non judicialis, & æque jus erit sive semel sive centies ita sit judicatum. Si vero vel centies judicet contra consuetudinem extrajudicialem & regulas de ea hæctenus explicatas, centies injuste judicabit. Injustæ vero sententiæ non facient novam speciem juris, quæ observantiæ judicialis nomine veniat, nisi inter eos, inter quos sic judicatum est, sed iterum non ex jure aliquo observantiæ judicialis, sed ex natura rei judicatæ.

§. 55. Quodsi de probatione consuetudinis coram iudice disceptent partes, distingvendum, 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 alias Doctores de notorio inculcare solent, eaque æq; 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 sæpe fieri solet, pronunciare debeat. Hic enim regulariter consuetudinum & statutorum loci est ignarus; adeoque curabunt exempla statutorum aut attestatum iudicis loci adjungi actis. Neq; enim divinare possunt iudices extranei ea quæ sunt facti. Quodsi tamen aliquis ad consuetudinem vel statutum provocet, & alter non contradicat, præsumitur consuetudo ita se habere.

§. 57.



§. 57. Quod autem formam processus attinet, aut modum pronunciandi vel stilum curiæ, is etiam sæpe a moribus dependet. Hic igitur, si aliquod iudicum collegium sit, quod ipsos iudices tanquam membra collegii attinet, eadem obtinebunt quoad observantiam iudicalem, 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 iudicialis, sed ex natura communi hominum, quæ vult, ut is qui alterius ope indiget, se hujus moribus accommodet. Quod si vero id facere contrectet, & damnum inde patiat, habet, quod sibi imputet ipsi. Ergo neque hic dici poterit, quod observantia iudicialis faciat jus proprie dictum, aut legis vigorem habeat. Nam ex hac hypothese etiam adstricti sunt ad observantiam iudicalem, qui non sunt subditi. Quare peregrinus actor debet observare modum procedendi in foro rei usitatum.

§. 59. Sed & alio ex fonte observantia iudicialis non poterit speciem juris facere. Velenim unus est iudex, vel plures. Si unus, nemo sibi ipsi legem dicere poterit, igitur etiam si sapius 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 adeo commode observantia iudicialis 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 facillime accidere, ut quæ antea minor pars collegii erat, mutatione personarum collegii nanciscatur jus majoris partis. Frustra vero 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 superveniente 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 cesit.

§. 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 haecenus de consuetudinibus collegiorum disseruimus. 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 conclusio majoris partis se subicere nolit. Quare & intuitu consuetudinum populi hic nihil diversum a 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. Saepissime enim in Democratiis accidit, ut leges, quae in comitiis conduntur, non in scripturam redigantur, sed memoria totius populi a quo conditae sunt retineantur, & ita partim traditione, partim continuo usu transferantur ad posterum. Et haec unica ratio & causa est, cur apud ejusmodi populum consuetudo legis habeat vigorem.

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

conditionem, aut ea nonnisi 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 a populo approbetur.

§. 64. Frequentius etiam in integro populo, quam in collegiis minoribus contingere solet, ut aliquando consuetudines oriantur legibus expressis plane 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 a moribus vicini populi aut legibus secernatur. Atque adeo consuetudines legi contrariæ vix introducentur a personis vilibus, ob metum pœnæ legibus adjectæ. Sed oriuntur fere, postquam in legislatoribus odium vicini populi exolevit, aut postquam vicinus populus fœdere jungitur illi civitati, aut etiam postquam captivi ex bellis ex vicino populo inservitutum recipiuntur. Non enim infrequentia 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 expresse lege prohibita & sic abrogata sit, non ita facile reintegrari possit. Interim & sæpe accidit, ut vix ad momentum & nonnunquam ne ad momentum quidem consuetudo talis

intermittatur, saepe 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 adhuc dum praesumitur 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 publice 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 a 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, praepriis extraneus, secundum legem judicare debet, etiamsi videatur allegari, legem non in usum esse deductam, etiamsi  
fit

fit lex, quæ non prohibeat, sed jubeat aliquid fieri. Debuiſſet enim in uſum deduci. Nec præſumitur conſuetudo præprimis aduerſus 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 a judicando abſtineat. 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 judicialem concernit, & in Democratia idem videtur dicendum eſſe, quod de obſervantia judiciali diximus intuitu collegiorum, cum & hic eadem ſit ratio, in tantum, ut etiamſi in Democratia ſint varia judicia ſibi invicem ſubordinata, ſupremũ judicium obſervantiæ ſuæ non poſſit firmius jus tribuere, quam quod de quolibet judicio ſupra docuimus. Nam & obſervantia ſupremi judicii dependet a pluralitate votorum, & ibi perſonarum mutatione ſæpe vota variant, ac ita mutatio obſervantiæ inducitur. Neq; judices inferiorum judiciorum adigi ſolent, ut in votando ſequantur vota judicum ſupremi judicii, ſed ut pronuncient ſecundum jura partium, quæ a legibus & conſuetudinibus extrajudicialibus dependent.

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

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

§. 72. Quodsi consuetudines populi ex sua natura vim legis habere in Republica Democratica dixissemus, haud dubie in Monarchia diversum quid statuendum foret. Nam legislativa potestas hic unice ex voluntate Principis dependet, qui nec permittere potest citra præjudicium majestatis sibi competentis, ut ex subditis concivis unus, citra 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 Republica etiam Monarchica attinet, non opus est, ut libertatem & impunitatem eorum ex consensu Principis tacito eruamus. Nam extra Rempublicam quidem Paterfamilias actionum suarum sic est moderator & arbiter ut nemini nisi DEO rationes de iis reddere teneatur, ac nullius hominis pœnæ subit, si quid etiam voluntati divinæ adversum committat. Sive igitur postea Patresfamilias per acta 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 longe 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-

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

§. 75. Sequitur ex dictis, quod in Republica Monarchica subditi in omnibus actionibus libertatem retineant, quas lex Principis non determinavit, & omnia impune faciant, quæ Princeps legibus pœnalibus non prohibuit. Igitur & consuetudines in Republica Monarchica a populo jure libertatis pristinae introducuntur, non proprie 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 a speciali fecerimas, ac nobiscum asseras, sufficere generalem illum ac præcedentem consensum Principis tacitum, ut consuetudines in Monarchia 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 & hic consuetudines dicuntur habere legis vigorem. Quia enim & in Monarchia leges aut mandata Principis non semper certo cuidam corpori juris inferuntur, ut, si diu secundum eas actiones subditorum fuerint institutæ, postea vero de iis dubitetur, semper a quovis subdito in iis se fundante possint produci. Quare ad probationem earum sufficiet continuus earum usus, vel certe præsumtionem inducet, ob superius dicta, continuum ejusmodi usum ex lege expressa Principis duxisse originem.

D

§. 77. Va-

§. 77. Valebunt etiam in Monarchia illa, quæ de Democra-  
tia circa valorem statutorum & consuetudinum particularium  
minorum collegiorum docuimus §. 63. Solet quidem communi-  
ter distingvi inter statuta, quæ concernunt communem admini-  
strationem bonorum civitatis, & quæ pertinent ad decisionem  
causarum controversarum, ita ut in illis sufficiat consensus Prin-  
cipis tacitus, ad horum autem valorem requiratur expressus. Ve-  
rum & hic tamen utrobique nihil certi dici posse, sed omnia  
a voluntate Principis in singulis Rebus publicis dependere, secu-  
rius adstruetur.

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

§. 69. Quin & in Monarchia consuetudines, etsi iudicio  
Philosophico videantur esse irrationabiles, atque id non prohi-  
bitum sit docentibus monere, tamen iudici tamdiu pro ratio-  
nabilibus habendæ sunt, donec prohibeantur expressa lege a  
Principe. Atque adeo & a iudice in Monarchia intuitu con-  
suetudinum contra legem expressam eadem observanda erunt,  
quæ diximus §. 67. 68. 69. Imo etiam in Monarchia observantia  
judicialis supremi iudicii non habebit vim legis, nisi expressa  
lex jubeat. *Conf. supra §. 70.* Tum vero vim legis non habebit  
ut consuetudo, sed ut lex scripta.

§. 80. His ita deductis videamus jam secundum metho-  
dum supra §. 9. præscriptam, utrum leges utriusque juris cum  
doctrina nostra non conveniant. Ut vero & tempori & chartæ  
parcamus, paucis periphrasin textuum huc pertinentium da-  
bimus.



bimus. 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 ἀγγραφοι, sub qua specie posteriori etiam jus naturæ & Gentium comprehenditur, quatenus cives in Republica 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 Laconicarum, scriptis non uterentur Legibus: Athenienses vero ea, quæ in Legibus scripta, non solum publice sancita, comprehendissent quales erant leges Solonis, custodirent. *Conf. §. 22.*

§. 81. Alter locus est §. ult. *Inst. de Satisdat.* Quam formam, satisdandi in præcedentibus paragraphis expositam, non solum in hac Regia 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 a nobis latorum 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 Rei-publicæ Democraticæ sponsio*. Et l. 7. ff. eod. ubi Modestinus: *Legis late sumtæ pro jure, quo civitas utitur, virtus (seu effectus) hac est; primario quidem, quatenus lex stricte pro obligante superioris jussu sumitur, imperare & vetare, unde divisio legis in affirmativam & negativam: secundario vero & quatenus licentiam & impunitatem subditorum corroborat, permittere, ac denique eos, qui contra jussa & 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, quam lex proprie dicta.

§. 83. Propius adhuc institutum nostrum tangit *lex 32 ff. eod. De quibus causis*, inquit Julianus, *scriptis legibus non utimur, siue nunquam scriptæ sint, siue scriptura non appareat, cum moraliter idem sit non esse & non apparere, id custodiri oportet judici, quod moribus & consuetudine continua inductum est, ut vel inde oriatur præsumptio legis, vel is, qui secundum consuetudinem agit, defendatur adversus eum, qui impedire vult: & si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum & consequens ei est, interpretatione extensiva, v. g. licet moribus vestitum mutare pro lubitu, sed hætenus luctu 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 modi interpretandi sequi debet iudex mores civitatis primariæ, non tamen propterea observantiam judicialem primarii iudicii.) Inveterata autem consuetudo a iudice pro lege non immerito custoditur, & hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipse leges nos Jctos, ex quorum ordine sumuntur Iudices nulla alia ex causa teneant, ut teneamur secundum illas pronunciare, quam quod iudicio populi receptæ sint, cum alias, si mores communes legi repugnent, potius secundum mores quam secundum leges judicare essemus obstructi, (Conf. supra § 67.) etiam in Republica Monarchica; (Conf. §. 79.) merito & ea, qua sine ullo scripto, & ita præter, non contra legem, populus pro-*

probavit, & in populo etiam Princeps tanquam nobilissimum populi Membrum non improbavit, tenebunt omnes, ita ut nemo alterum in usu illius juris ex consuetudine orti turbare debeat. Nam quid interest, suffragio populus in Republica Democratica, aut in Monarchia 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 desuetudinem, id est, non solum per usum contrarium, sed & per non usum abrogentur.

§. 84. Idem sensus est doctrinae 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 praesumptio legis, in his quae non ex scripto descendunt, observari solet. Cum de consuetudine universali civitatis vel particulari provincia quis ex partibus litigantibus considerare videtur, ita ut cum fiducia ad consuetudinem provocet, eam vero alter neget, primum quidem illud explorandum Proconsuli vel judici consuetudinem ignoranti arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit, quo comperto, ulteriore consuetudinis probatione non erit opus. Sed & ea, secundum Hermogenianum, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita, i. e. praesumpta civium conventio, non minus, quam ea quae scripta sunt jura, servantur. Imo notante Paulo, vel ideo magna & juri scripto aequalis auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum continuo usu & observantia conventionum publicarum probatum est, ut adeo non fuerit necesse, scripto id comprehendere.

§. 85. Cum iis vero quae haecenus dicta sunt, non confundenda sunt dicta Callistrati l. 37. & 38. eod. Si de interpretatione verborum dubiorum legis quaratur, imprimis inspiciendum est, quo jure civitas legem condens retro in ejusmodi casibus ad legem pertinentibus extra iudicium usa fuisset: Optima enim est legum a populo latarum interpretis consuetudo & observantia populi. (Conf. supra §. 12. 13. 14.) Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, 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 erronee 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 continuata observantia judiciali obtendum est, nullum jus facit, & in aliis similibus non obtinet, sed errore cognito impune a consuetudine & observantia illa recedi potest.

§. 86. Ex Codice huc pertinet totus titulus: *quæ sit longæ 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, & a iudicibus secundum illam observantiam extrajudicialem iudicata sunt, causa cognita & probata illa consuetudine statuet.* Nam & *consuetudo præcedens* etsi particularis, & *ratio quæ consuetudinem hanc particularem ut a jure communi recederet, & plerumque a speciali natura populi provincialis vel ex aliis circumstantiis, minimis quidem, jus tamen variantibus desumpta est, servat, si afferatur, custodienda est.* Et ne quid contra longam consuetudinem fiat, *ad sollicitudinem suam revocabit Præses Provincie, cum omnes Magistratus debeant iudicare 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 pronuntiando, 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 adeo ut aut rationem vincat, si observantia illa repugnat menti legis, aut legem, si repugnet verbis.*

§. 88. De

§. 88. Deniq; in *l. 3. cod. idem nobiscum* sentiunt Imperatores Leo & Athemius. *Leges quoque ipsas antiquitus probata & servata tenaciter consuetudo extrajudicialis imitatur, & intuitu judicum retinet vim legis, & adeo quod Officiis, Curis, Civitatibus, Principiis vel collegiis præstitum fuisse cognoscitur, perpetua legis vicem obtinere statuimus, cum præsumtio hæctenus 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. Ostendi in 9, 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, & optantum esset, ut studiosi juris apud protestantes diligentius in eo studerent, atq; 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 longe majore in usu esse quam Jus Civile; non tamen etiam diffitendum est, multas impietates, & ineptias (æque ut in Jure Civili) imo & ineptas Juris Civilis explicationes & contorsiones ibi esse admixtas, neque Pontifices, imo, 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 Rhetorice & Oratorie, 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 a legislatore radicitus evellatur, in privilegiorum ac licentiæ & impunitatis jus ab improbis assumitur, & incipiunt prevaricationes & variæ presumptiones celerrime non compressæ pro legibus a iudice venerari, & privilegiorum more ab utentibus perpetuo celebrari.* Clari9 ex Augustino, Gregorio & Cypriano *cen. 4. 5. 6. 7. 8. 9. ibid.* inculcatur, quod consuetudo non debeat opponi veritati & rationi, quæ observatio ad Doctores pertinet, non ad iudices: scilicet quod doctoribus auditores suos de pravus moribus admonentibus incongrue opponatur, mores receptos jus facere. Patet id, quod illorum capitulorum pleraque desumpta sint ex Augustini libris contra Donatistas. At ibi non iudicem egit Augustinus (certe 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 subicere 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 forte 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 excusemus 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.

§. 92. Cape aliud exemplum. Donatistæ persuadebant Imperatores sibi faventes, ut legibus publicis adimerent orthodoxis villas ac tribuerent Donatistis. Conquerebantur 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 vere digna? Est, utique, & vel exinde apparet, in quali periculo sint hæretici, si à symbolis Ecclesiæ recedant, quamque Deus eos tradat in perversum sensum. Sed abstine à Zelo contra Hæreticos. Erravi. Non est illa philosophia Donatistarum contra orthodoxos, est orthodoxorum, & orthodoxissimi Augustini contra Donatistas. Quis credat? Evolve *can. 1. hac dist. nostr. 8.*

§. 93. Sed in viam. Diximus supra: Ex consuetudine introduci Jus efficacis & licentis. 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 ea declarentur irrationabiles. Confirmant hanc sententiam *cap. 3. 4. 5. 7. 19. X. de consuet. & cap. 1. & 2. eod. in sexto.* Neque obstat quod in summano *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 irrito. *cap. 9. X. de consuet.*

§. 95. *Cap. ult. eodem titulo* aperte respicit ad *l. 2. C. qua sit long. consuet.* §. 87. a 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 longevæ 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/das Cammerrichter und Besizer 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, eique notanter addi, ut sit juri convenientes, rechtmäßig. *Conf. Const. Crimin. in pref. & art. 140. Illustr. Dn. Stryk. de usu Juris Romani §. 28. B, Kulpis de observantia Imperii cap. 1. §. 3.*

§. 97.



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

§. 98. Jam vero eo liberius de quibusdam communibus Dd. sententiis judicare licebit, quas tumultuarie, & earum saltem potiores notabimus. (1) Erronea videtur communis doctrina, quæ jus scriptum definit, quod publice promulgatum est, & adeo 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 recte 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 recte intellecto §. ult. *Inst. de Satisfat. vid. §. 81.* Nos ex illo §. ejusque verbis, *etsi propter imperitiam*, argumentum pro nostra sententia 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 sententia Feltmanni, quod in Rep. Monarchica populus non possit legem tollere consuetudine contraria. *Vide Feltm. in periph. l. 32. ff. de LL. §. 3.* quamvis simul ex illo loco appareat, eum huc prolapsum esse ex non recte intellecta *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 accidant, non in his, quæ forte uno aliquo casu & inopinato ac perraro; si, quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores, quomodo pro lege haberi poterit, quod diu plane non existit.

§. 102. (5) Erronea videtur opinio, quæ actus accurate computare vult, quot requirantur ad introducendam consuetudinem, quæque videtur originem sumfisse ex hypothefi, quasi consuetudo dependeat a scientia & tacito consensu Principis. Magis erronea est illa, quæ putat sufficere duos actus, & adhuc magis, quæ unum, v. g. si quis per longum tempus pontem extractum 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 qua 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, quam de Jure Canonico, etsi communiter distingvi soleat, utrum consuetudo introducatur præter vel contra jus, ita ut priori casu Jure Canonico decennium, posteriori quadraginta anni requirantur. Nam & hic iterum & ratio & textus 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 contra jus requiratur spatium 31. annorum 6. sept. & 3. dierum. Provocat equidem 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 actus judiciales, atque ut in contradictorio eadem obtinuerit. Origo erroris est ex non recte intellecta *l. 34. ff. de LL. Conf. §. 84.*

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

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

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

§. 108. (11) Erronea videtur opinio, consuetudinem aliter probandam esse ac alia facta, neq; ad probationem ejus sufficere attestatum judicis vel etiam Principis. Inde vero superflua videtur cura & anxietas Practicorum advocatū instruentium, quam caute debeat procedere in probanda consuetudine circa formandos articulos, de quo vide *Jac. Schultes quest. 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 observantia Cameræ aut aliorum judiciorum supremorum non possit recedi. Si enim potest recedi a legibus supremorum judiciorum, uti v. g. in Saxonia consuetudine festivitates nuptiales diebus dominicis fuere celebratæ *contra Ordin. Eccles. de ann. 1624.* cur non posset recedi ab observantia. Notabile exemplum refert Excellent. Bergerus *in disput. de rest. in integrum ob reverentiam denegata in fine*, quod sententia, liberis restitutionem adversus parentes eorumque facta denegans in supremo Appellationum Judicio Dresdæ diu multumque disceptata tandem vicerit, ac etiamnum observetur. Sic ergo ipsa Collegia suprema recedunt ab observantia sua, 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 solā observantiam judicialem, præprimis unius aut alterius collegii, & vix semel in seculo, quod tamen in præsentī prolixius discutere non vacat.

§. 112. In jure publico multæ controversiæ, quas B. Kulpisius *in Diss. de Observ. Imperiali* tractat, & longe plures a juste ponendis

dis

OK TA 623

dis hypothefibus de jure confvetudinis dependent; eadem est ratio multarum  
quaestionum Juris Ecclefiaftici, & privati, quarum decifio fecundum doctrinam  
nofttam rejectis his, quos notavimus erroribus, longe aliter facienda effiet, ac vul-  
go fit. Sed nolimus ifta jam examinare, faltem pauciffima exempla adjiciemus.

§. 113. Eft confvetudo maxime irrationabilis, quod bona naufragorum ce-  
dant Priacipi, ad quem littus pertinet. Obtinet tamen illa in nonnullis locis. Hic  
judici fecundum eam pronunciantum erit per dicta fuperius. Non tamen excusa-  
re pollamus miniftros Ecclefiae, quando in precibus publicis ibidem orare folent,  
daß Gott das Strand-Recht segnen wolle / i. e. ut Deus det, quo plura naufragia  
fiant. Aliud enim officium Doctorum effe docuimus, aliud judicum.

§. 114. Retulit mihi Dn. Praeles, in Praetorio Lipfienfi effe confvetudinem,  
ut partes litigantes teneantur appellationis fchedulam judici domi infinuare; ac  
judicatam fuiffe appellationem pro impertinente, quae judici infinuata erat in  
Praetorio, & ab hoc iterum ad partem remiffa, quam tamen pars noluerat domi  
infinuare: Alio tamen in cafu judicatum fuiffe pro appellatione, quam pars in  
tempore infinuaverat actuario judicii, & hic per aliquot dies eam retinuerat, po-  
ftea vero elapfo decennio a Praetorio loco apoftolorum decreta erat refutatio,  
quafi appellatio contra confvetudinem infinuata effiet. Utriusq; cafus decifio aper-  
ta eft. Prioris, quia obfervantiae judiciales etiam irrationabiles, qualis haec omni-  
no eft, obligant partes per dicta §. 58. Posteriores, quia actuario judicii femel  
acceptaverat appellationem, & remiffio fiebat re non amplius integra.

§. 115. Confvetudinem, daß man in eiftichen Stifftern allein Edellente zu  
Canonicken annimmt und fonft niemand / pro illicita & inefficace habent Docto-  
res. Vide Noam Meurer in Proefs. Camer. part. 9. circa finem, ubi hanc senten-  
tiam judicio & autoritate Camerae comprobata fuiffe ait. Rudinger Cent. II. §. ar.  
Obfer. 9. obf. 78. n. 2. Ego & nullam irrationabilitatem video, & etiam fi ea fubelfet,  
jure tamen fuo ab hoc praerjudicio Camerae alia judicia recedere poffe arbitror.

§. 116. Fingit Feltmannus ad l. 32. ff. de LL. n. 2. calum: Lege collegii non  
dictari poenam ei, qui tempore conftituto fe non ftiterit, vel ferius accesserit. Unum  
autem fe gerere pro Quaeflore aut Ephoro, & hunc a Titio, quod abfens fuerit,  
multam exegiffe, fpectantibus omnibus & nullo contradicente; iterumque al-  
tera die illam accepiffe a Moevio; Jam vero quaerit Feltmannus, annon tunc Cajus,  
qui utrumque riferit, & jam ipfe reus fit, ac recuset multam folvere, quod tertia  
die abfuerit, obftabit confvetudo? Ita cenfeo ait, atque fic evinco etiam biduo,  
( & duodus actibus) introduci confvetudinem. Ego vero contra cenfeo, & a Felt-  
manno nihil evictum effe arbitror.

§. 117. Habes, Lector, conjecturas meas de jure Confvetudinis & Obfervan-  
tiae. Si rem acu tetigi, bene eft, fi minus, expecto conjecturas meliores. Tota juris-  
prudencia nofttra conjecturalis eft, non fcientifica, quia prudentia eft. Scientiae  
quo magis fcientificae funt, ad prudentiam aut fapientiam nihil vel parum faciunt.  
Is fapiens & prudens, & vere eruditus, qui habitum poffidet bene inveniendi con-  
jecturas probabiles & bene fecundum eos agendi. In vita civili conjectura-  
rum certitudo aequipollet faepe, faepe fuperat demonstrationes  
Mathematicas.

F I N I S,

WDT  
MC



B. M. II, 290.  
h. 56, II

DI

JUR  
DIN

R

SERENI  
DN. FR  
Electo

DN. CHI  
Conf

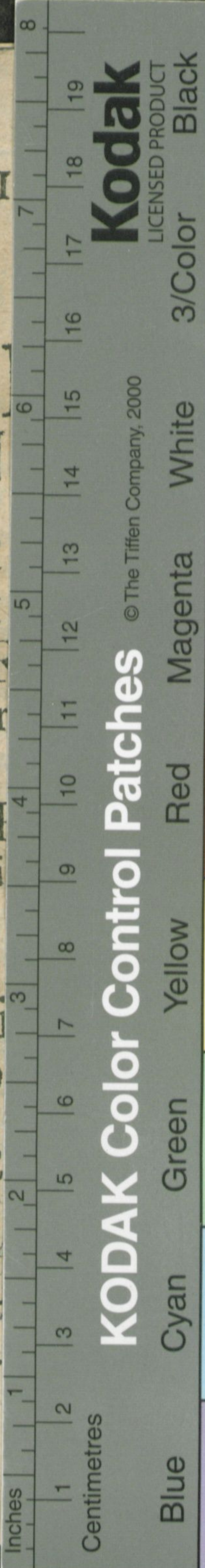
Summos

D

PE



LIT



4)



IRAL

RAS

UETU.  
ANTIAE,

SSIMO

C DOMINO,  
LHELMO,  
, &c, &c, &c,

IASIO, JCTO,  
Prof. Publ,

o,

IA

es & Privilegia

essendi,

oenofr,



LFELDI,

