

V 882

16  
DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA,  
SISTENS CONIECTVRAS  
DE

IVRE CONSVETV-  
DINIS ET OBSERVANTIÆ

Oder  
Was in Rechten Herkommen, Ge-  
wohnheit und Gebrauch sey.

---

QVAM  
PRAESIDE  
DN. CHRIST. THOMASIO, Icto,  
POTENTISSIMI BORVSSIÆ REGIS CONSILIARIO INTIMO, VNI-  
VERSITATIS FRIDERICIANÆ DIRECTORE AC PROFESSO-  
RE PRIMARIO, ET FACVLTATIS IVRIDICÆ ORDINARIO, h. t.  
DECANO.

PRO LICENTIA,  
Summos in vtroque Iure Honores & Priuilegia  
Doctoralia rite capeffendi,

P. P.  
PETRVS HERFF, Mœnofr.

d. XXIX. Aprilis M DC XCIX.  
IN AVDITORIO MAIORI,  
HORIS ANTE ET POMERIDIANIS.

---

Recusa, HALAE MAGDEBVRGICAE,  
TYPIS CHRISTIANI LVDOVICI SYMPHERI, ACAD. TYPOGR.

1740.

(7)





DISPUTATIO INAUGVRALIS  
DE  
Iure Consuetudinis & obseruantiaë.

SVMMMARIA.

- O**ccasio dissertationis, §. 1.  
Confusa & incerta apud Dd. de consuetudine & obseruantia traditio, §. 2.  
Summa doctrina communis, §. 3. 4. 5.  
Dubia contra communem sententiam, aientem, quod consuetudo & obseruantia sint species iuris & interpretationis, §. 6.  
Causam confuse tractationis non precise deviandam esse ex confusione Iuris Romani cum Iure Germanico, §. 7.  
Sed ortam ex non recte intellectis textibus iuris Romani, §. 8.  
Methodus dicendorum, §. 9.  
Consuetudinis & prescriptionis differentia, §. 10.  
Differentia consuetudinis & obseruantia legis aut pacti, §. 11. 15.

A 2

Obser-

- Observantia talis leges & pacta interpretatur, §. 12. 13. 14.*  
*Definitur consuetudo & observantia, §. 16.*  
*Actiones consuetudinis debent esse liberae, §. 17.*  
*Vnus actus non potest facere consuetudinem, §. 18.*  
*Difformitas actuum est consuetudinis essentia opposita, §. 19.*  
*Consuetudo bestiarum, §. 20.*  
*In familia quilibet paterfamilias dominus morum, §. 21. 23.*  
*Etiamsi consuetudo in ciuitate haberet vim legis, tamen ius Gen-  
 tium non posset ventilari pro iure consuetudinario, §. 22.*  
*Consuetudo vel iudicialis vel extraiud.: §. 24.*  
*Illam consuetudo, haec observantia strictè dictæ, §. 25.*  
*Consuetudo vel vniuersalis vel particularis, §. 26.*  
*Ius, de quo hic agitur, potissimum triplex: efficaciae, impunitatis  
 & obligationis, §. 27.*  
*Ius Consuet. & obseru. considerandum tripliciter, §. 28.*  
**I.** *Intuitu collegiorum Republica minorum. In his nulla obli-  
 gatio nisi ex pacto, §. 29.*  
*Consensus maioris partis in collegiis, cur producat obligationem  
 communem §. 30.*  
*sub conditione exclusionis? §. 31.*  
*Consuetudinem oriri etiam ex actibus maioris partis, §. 32.*  
*Actiones collegiarum citra consuetudinem habent ius effi-  
 caciae, §. 33.*  
*Actiones collegiarum consuetudini conformes habent  
 ius impunitatis, §. 34.*  
*Etiamsi non conueniant, cum moribus aliorum collegiorum,  
 §. 35.*  
*Vnde ad ius consuetudinis non requiritur rationabilitas,  
 §. 36.*  
*Ex consuetudine non oritur ius obligationis, §. 37.*  
*Neque ex parte illorum, qui consuetudinem illam introduxe-  
 runt, §. 38.*  
*Cum hic non possit allegari ius maioris partis, §. 39.*

Neque

Neque ex parte illius qui obligatus esse pretenditur, §. 40.  
 Siue actum eiusmodi antea plane non celebravit, §. 41  
 (Neque enim tacendo ad introductionem consuetudinis pro con-  
 sentiente haberi potuit; §. 42.)  
 Siue difformiter celebravit, §. 43.  
 Siue iam multoties conformiter, §. 44.  
 Vt plurimum tamen melius est, agere secundum mores receptos,  
 ne quis notas singularitatis, aut contemptus taciti, aut  
 etiam impudentiæ, vel carentiæ decori incurrat, §. 45.  
 Quod tamen etiam suas limitationes habet, §. 46.  
 Orietur tamen ius obligationis, si consuetudo pacto expresso con-  
 firmetur, §. 47.  
 Vel etiam, si consuetudo pactum expressum probet, §. 48.  
 Nam continui & diuturni mores alicuius collegii præsum-  
 tionem inducunt pacti expressi, §. 49.  
 Quod in dubio non melius quam per continuum usum probatur,  
 §. 50.  
 Non tamen erit præsumtio iuris & de iure, sed admittetur con-  
 traria probatio, §. 51.  
 Declarantur dicta exemplo consuetudinis, qua continuo usu  
 collegæ in conuentu collegii nigro habitu & palliis compa-  
 ruerunt, §. 52.  
 Index debet indicare secundum mores extraiudiciales & secun-  
 dum dictas de his moribus regulas, §. 53.  
 Vnde obseruantia iudicialis non poterit nouam speciem iuris fa-  
 cere, §. 54.  
 Quando consuetudo probatione indigeat, quando non, §. 55.  
 56.  
 De obseruantia iudiciali quoad formam processus, aut modum  
 pronunciandi vel stilum curiæ eadem notanda, quæ nota-  
 uimus de consuetudine extraiudiciali, quantum ad ipsos  
 iudices inter se attinet, §. 57.

Obligabit tamen eadem partes ex natura communi hominum,  
non tanquam ius aut lex §. 58.

Observantia iudicialis in pronunciando non potest esse iuris species,  
imo ne quidem consuetudinis, §. 59.

Coniectura, unde sententia aduersa originem duxerit, §. 60.

II. Intuitu Reip. Democraticæ, ubi eadem de iure consuet. &  
observ. iudic. obtinent, quæ in collegiis Rep. minoribus  
§. 61.

Quo respectu consuetudines in Rep. Democratica legis habeant  
vigorem? §. 62.

Quid iuris in Democratia obtineat intuitu consuetudinum parti-  
cularium? §. 63.

Consuetudo contra legem scriptam in Democratia an habeat quid  
peculiare, §. 64. 65.

De irrationabilitate consuetudinis aliter Docens iudicat, aliter  
Index, §. 66.

Officium iudicis circa actus consuetudinis lege prohibita, §. 67.

Consuetudo præprimis aduersus legem non præsumitur, §. 68.

Officium Iudicis, si persuasus sit, consuetudinem esse irrationa-  
bilem, §. 69.

In Democratia supremi iudicii observantia nullum habet privi-  
legium præ reliquorum iudiciorum inferiorum observan-  
tius, §. 70.

III. In Monarchia leges non conduntur pacto populi, sed depen-  
dent ex voluntate principis, §. 71.

Actuum consuetudinis efficacia & impunitas in Monarchia nou  
dependet a tacito principis consensu, §. 72.

Libertas subditorum in actionibus suis in Republica non depen-  
det ex consensu tacito Principis §. 73.

Cum alia sit ratio infantum aut seruorum, §. 74.

Consuetudines in Rep. Monarchica introducuntur a subditis iure  
libertatis pristina, non ex consensu tacito speciali principis,  
§. 75.

Consue-



*Consuetudines in Monarchia non aliter habent legis vigorem, quam quod ex iis presumatur lex scripta, §. 76.*

*Quid iuris circa statuta & consuetudines particulares in Rep. Monarchica? §. 77.*

*Quid iuris in Monarchia circa consuetudines contra legem? §. 78.*

*Consuetudines item irrationabiles, & observantiam iudicalem iudicii supremi? §. 79*

*His deductis ostenditur textus Iuris Ciuilibus conuenire cum doctrina nostra. Periphrases §. 3. 9. & 10. Inst. de I. N. G. & C. §. 80.*

*§. vlt. Inst. de Satisfat. §. 81.*

*l. 1. & 7. ff. de L. L. §. 82.*

*l. 32. ff. eod. §. 83.*

*l. 33. 34. 35. 36. eod. §. 84.*

*l. 37. 38. 39. eod. §. 85.*

*l. 1. C. quæ sit long. consuet. §. 86.*

*l. 2. C. eod. §. 87.*

*l. 3. C. eod. §. 88.*

*Iuris Canonici autoritas ac uilitas, etiam in terris Principum protestantium, ac ejus comparatio ad Ius Ciuile, §. 89.*

*Circa consuetudines irrationabiles aliud esse officium Doctoris, aliud iudicis confirmatur ex can. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. dist. 8. §. 90.*

*Notatur inepta argumentatio Augustini in can. 6. ibid. ex dicto Christi: Ego sum ueritas, §. 91.*

*& adhuc ineptior in can. 1. ead. dist. 8. §. 92.*

*Illustratur ex Iure Canonico: consuetudinem facere ius efficacia & licentia, & secundum consuetudines irrationabiles nondum lege abrogatas a iudice esse pronuncianandum.*

*Notatur autor summarii super c. 1. de consuet. §. 93.*

*Iure Canon. ad consuetudines derogantes requiritur consensus episcopi, §. 94.*

*Per*

*Per cap. ult. de consuet. aliquot errores in Iurisprudentiam sunt introducti, §. 95.*

*1us Imperii Germanici confirmat doctrinam nostram, §. 96. 97.*

*His suppositis notantur errores communes 1. scripturam non requiri ad essentiam iuris scripti, §. 98.*

*2. Observantiam iudicii supremi debere sequi iudicia inferiora, §. 99.*

*3. Ad ius 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.*

*6. Certum tempus requiri ad consuetudinem, ac Iure Ciuili & Canonico id determinatum esse, §. 103.*

*7. Iure Saxonico ad consuetudin. requiri 31. annos & diem, §. 104.*

*8. Ad consuet. requiri actus iudiciales, §. 105.*

*9. Eum esse puniendum, qui agit secundum consuetudinem, §. 106.*

*10. Ad ius consuetudinis requiri eius rationabilitatem, §. 107.*

*11. In probanda consuetudine multa singularia esse, §. 108.*

*12. Communem opinionem & observantiam iudicalem habere vim consuetudinis, §. 109.*

*13. Ab observantia Camera & aliorum supremorum iudiciorum non posse recedi, §. 110.*

*Vsus dissertationis in questione de usu practico iuris Iustiniani, §. 111.*

*Et in infinitis questionibus iuris 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.*

*Nota-*

*Notatur Felmannus in decisione casus cuiusdam de consuetudine collegii, §. 116.*

*De coniecturis & earum certitudine, §. 117.*

§. 1.

**P**ostquam in nuperrima Disputatione de Pseudo-Privilegio pupilli &c. inter alia obiter quasi asserueram, obseruantiam iudicalem non esse speciem iuris, dignum id thema mihi visum fuit, de quo loco speciminis inauguralis distinctius quid meditarer. Quod dum facio, & obseruantiam cum consuetudine confero, deprehendo ex communibus doctrinis, quæ de consuetudine inculcari solent, non pauca æque dubias videri, ac illud commune asserum, quod obseruantia iudicialis certa iuris species ac species interpretationis sit. Putaui igitur eodem labore ea, quæ de consuetudine pariter ac obseruantia emendationem aliquam merentur, tractari posse.

§. 2.

Dum autem hunc in finem ab aliis tradita euoluo, nil nisi confusionem, aut incertitudinem deprehendo, vt necesse sit, lectores omnes, ea, quæ Doctores de consuetudine & obseruantia tradunt, cum cura ruminantes, longe incertiores & confusiores reddi, quam erant antea. Prouoco ad experientiam, & si quis id diffiteriauit, eum rogo, vt saltem ex optimis tres Commentatores ad §. 3. *Inst. de l. 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 adiungere velit, quæ v. g. *Besoldus, Wehnerus, Rüdinge-*

B

dinge-

*dingerus, Spicdelius, in vocibus Gewohnheit, Herkommen, Observanz, item Iac. Schultes quest. pract. ss. 76. 77. 78. Gail. lib. 2. obs. 31. Myrsing. cent. 5. obs. 96. & cent. 6. obs. 41. seqq. Tabor de confrontatione P. 1. th. 10. seqq. de consuetudine & obseruantia scripta reliquerunt.*

## §. 3.

In eo plerumque conueniunt: præter alios consuetudinis & obseruantia significatus distinguendum esse inter consuetudinem extraiudicialem & iudicialem. Vtramque esse speciem iuris non scripti, & habere vim legis; iudices obstrictos esse, vt secundum vtramque pronuncient, obseruantiam vero iudicialem esse peculiarem ac præcipuam interpretationis speciem: Obseruantiam supremi iudicii sequi debere iudicia inferiora: Ad introducendam consuetudinem requiri vsum populi, rationabilitatem, actuum frequentiam & diurnitatem; & omnem consuetudinem valere ex tacito consensu eius, qui maiestatem gerit in republica: Porro consuetudinem quatenus facti est indigere probatione, non quatenus est iuris: Probari autem iisdem modis, vti alia facta,

## §. 4.

Non desunt tamen, qui contra hæc variis modis differunt, v. g. consuetudinem, & obseruantiam, item vsum, ritum, stilum curia variis modis differre: effectiam consuetudinem & obseruantiam introductiuam, interpretatiuam & abrogatiuam; communem opinionem secundum quosdam æque habere vim legis ac obseruantiam iudicialem, secundum alios communem opinionem semper cedere debere obseruantia iudiciali: Non valere consuetudinem ex approbatione principis, sed ex vfu populi, imo neius scriptum quidem sine vfu populi valere, adeoque, qui v. g. statutum pro se alleget, eum, altero id receptum esse negante, receptionem statuti proba-

probare debere; rationale id esse, quod populo videnti rationale videatur, & tamen ipso iure nullas esse consuetudines irrationabiles; possentiam duobus actibus, imo vno publico & diu continuato consuetudinem introduci; Diurnitatem consuetudinis iure civili vel decennio vel etiam breviori aut longiori tempore æstimandam aut relinquendam plane arbitrio iudicis, iure Saxónico vero introduci triginta annis anno & die: in modo etiam probandi consuetudinem & observantiam varias causas esse adhibendas, atque adeo & advocatum in formandis articulis super probanda consuetudine sollicitè debere procedere, si velit causam obtinere &c.

## §. 5.

Atque in his singulis momentis fere vnus ab altero dissidet, vtrouque tamen non solum auctoritates Doctorum, sed & legum, partim clara verba, partim argumenta adducuntur, vt multis eiusmodi sententiis euolutis 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 duæ, quibus reliqua doctrina innititur, & in qua vnanimis sunt Doctores, veritati minime consentaneæ videantur. Scilicet Consuetudinem & observantiam iudicalem esse iuris speciem ac interpretationis. Quid enim, cogitabam, quomodo observantia, quæ sæpe erronea est, potest maiorem efficaciam quam interpretatio erronea habere? quomodo hic error potest ius facere, quomodo consuetudo quæ a libertate videntium, quanta quanta est dependet, libertatem aliorum in populo, & parium quidem tollere poterit,

rit, & vim legis habere? Qua ratione, ita cogitabam ulterius, homo sanæ mentis potest id pro regula iuris habere, cuius contrarium quotidiana experientia etiam insipientibus docet. Annon enim collegia Iuridica quotidie obseruantias suas mutant, & a sententiis hæcenus receptis recedunt? Annon opera Carpzouii & Finckelthuffii satis docent, in vna ciuitate oppositas dari obseruantias iudiciales, vt de collegiis diuersarum ciuitatum sub vno tamen principe iam nihil dicam? Annon mihi impune, imo & salua conscientia, etsi forte non salua prudentia, liceret alio cibo & potu, item vestimentis vti, ac consuetudo fert? Annon eadem ratio est cæterarum actionum a lege diuina vel humana scripta determinatarum, etiamsi repugnent liberis moribus gentis?

## §. 7.

Cum vero considerarem, Ictos in suis assertionibus sæpe prouocare ad claros textus, & hos deprehenderem quoad verba idem fere dicere quod nostri dicunt, succurrebat quidem initio, quod in *disput. B. Kulpisti de obseruantia imperiali* §. 5. legeram; causam, quare Doctores ita confuse de obseruantia loquantur non aliunde, quam ex confusione iuris Romani atque Germanici repetendam esse: Frustra enim ex peregrinæ gentis legibus derivari explicarique, quæ institutis propriis ac domesticis nostris originem suam vnice debeant: ac illud sane expeditum & ab omnibus concessum esse, talem speciem iuris, quæ apud Germanos das *Herkommen* dicitur Romanos non habuisse &c. Sed nescio tamen, quamobrem hæc causa mihi non videbatur sufficere. Etenim putabam, nullum populum esse, qui non præter leges scriptas moribus non scriptis vtatur, consuetudinis autem, quod generales regulas concernit, quales sunt illæ, quæ in legibus Romanis occurrunt, apud omnes gentes eandem esse naturam &c.

§. 8.

## §. 8.

Ergo colligebam, vel ICtos Romanos ingnorasse, quam sit natura consuetudinis & obseruantia, vel ICtos Germanos non recte intellexisse mentem ICtorum Romanorum. Prius non videbatur verosimile, cum haud dubie ICTi, quorum fragmenta in Pandectis legimus, fuerint Philosophia moralis atque Politices ac Iuris Naturæ apprime gnari. Quod posterius attinet, etiam durum videbatur, id præsumere de tot viris magnæ eruditionis, famæ atque autoritatis. Sed cum ex altera parte considerarem, glossatores ad exponendum Ius Romanum necessaria historia ac Politices subsidia non attulisse, Glossatorum vero tradita maximam præ ipsis textibus non solum in Italia, sed & Academijs translatis, in Germania autoritatem obtinuisse, acad nostra vsque tempora id pseudoaxioma in Germania obtinuisse, non licere sine violatione Præcepti quarti dissentire a Præceptoribus, & quamuis iam longo tempore libertas sentienti ex alijs Europæ regionibus in Germaniam transferit, eam tamen lento gradu a facultatibus inferioribus hætenus deuolutam esse ad superiores, initio scilicet facto a Facultate Philosophica, pergendo ad Medicos, serius uero perueniendo ad ICtos &c. Cum inquam, hæc omnia considerarem, putauit causas errorum in Iure communium, non vicio errantium, sed vicio aut potius infelicitati seculi esse adscribendas.

## §. 9

Cognita uero causa morbi non difficile erit remedium querere. Si consuetudo & obseruantia sunt iuris non scripti species, intempestiuum uideretur, eius naturam ex iure scripto uelle explicare. Quin potius, uileges ex legibus optime, ita & mores ex moribus atque ex iure, quod non nisi cordibus inscriptum & nobiscum natum

tum est commodissime exponuntur. Quare nec inepte, credo, faciam, si in materia præfenti clauso aliquantisper iure scripto, initio ex principiis rectæ rationis, an & qualenam ius ex consuetudine & obseruantia oriatur deducam, tum dispiciam, annon leges vtriusque iuris cum doctrina mea consentiant, ac denique de sententiis Doctorum, ad normam illorum principiorum, meam sententiam dicam. Fiet id autem vbiq; breuiter & quasi per indicem, cum tempus iustæ præmeditationis non superfit, vnde vltiorem deductionem aliis relinquam.

## §. 10.

Sumitur vox consuetudinis & obseruantia variis modis, qui apud Dd. videri possunt. Nobis sufficere videtur, si id moneamus, quod per consuetudinem hic non intelligamus mores vnius hominis, vt quando dicitur, consuetudinem esse alteram naturam, sed mores plurimum. Ergo simul excludimus continuatum vsum & obseruantiam vnius hominis, qualis v. g. locum habet in vsucapionibus aut præscriptionibus, & exinde breuiter patet differentia inter præscriptionem & consuetudinem.

## §. 11.

Neque tamen etiam solliciti sumus de vsu & obseruatione eorum verborum, quæ antea vel per modum legis aliorum actionibus dirigendis præscripta sunt, vel etiam in conuentione aut pacto erant posita, quæ obseruantiam multum conducit ad indagandam alicuius mentem dubiam. Cum enim quilibet homo mentem suam partim per verba, partim per facta declararet, regulariter quidem consensus per verba tanquam expressus præualeat consensui tacito, qualis est omnis, qui per facta declaratur. Hinc regula communis, & quæ etiam in quæstionibus iuris frequen-



quentissime occurrit, quod quotiescunque constet de consensu expresso, frustra quaratur 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 coniecturas erit assequendus. Inter illas vero coniecturas declaratio per facta illarum personarum, de quarum voluntate quaritur, cæteris paribus fortissimum argumentum præbere potest. Cum enim sæpe protestatio (verborum) facta contraria, ipso facto cedat, etiam si verba sint clara & perspicua, multo magis ad facta reflectendum erit in interpretatione verborum dubiorum. Vnde facta quandoque verba legum aut pactorum generalia restringunt, specialia extendunt, ambigua declarant &c. Imo ex factis quandoque interpretamur verba, reiecta alia interpretandi regula, præprimis si sit subsidiaria.

## §. 13.

Cape exemplum: Titius vendidit Caio ædes, addito hoc pacto, ut ipsi venditori liceat ad dies vitæ hypocau-  
sto aliquo in istis ædibus gratis uti. Hic, si nulla alia verba in contractu posita sint, atque venditor hypocaustum id non determinauerit, nullum est dubium, lite desuper orta emtoris esse electionem, ac venditorem adigendum, ut hypocausto illo sit contentus, quod emtor voluerit, etiamsi iurare 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

iterum expellere, ac aliud ipsi offerre velit, verba contractus & regulam interpretandi modo dictam praten- dens; vrgebit venditor; verba contractus, quamuis generalia & indeterminata per factum hoc indulti semel hypocausti, quod venditori placuerat, etiam ab ipso em- tore simul fuisse determinata, adeoque per istam obser- uantiam ipsi venditori semel ius esse quæsitum, quod postea ipsi inuito iterum auferri nequeat.

§. 14.

Eadem est ratio legum. Fingamus: Principem pro- hibuisse exportationem frumenti, in ipsa autem obser- uantia saltem tritici exportationem non permisisse, re- liquarum vero frumenti specierum exportationem mox ab ipsa publicatione legis notorie permisisse, factum hoc Principis satis declarat, quod Princeps voce frumen- ti generali saltem triticum voluerit intelligere.

§. 15.

Ex dictis exemplis autem facile pater, quod obser- uantia huius generis diuersum quid sit a consuetudine & obseruantia de qua nos agimus. Mores plurium actuum conceptum inuoluunt, talis obseruantia vno etiam actu contenta est. Hæc obseruantia valet etiam pro inter- pretatione in pactis & legibus propriis, vbi ratio euident est, quod quilibet sit verborum suorum optimus inter- pres. At obseruantia, de qua nos quarimus, an sit inter- pretationis species adhibetur in legibus alienis, vbi ratio illa euidenter cessat. Prior obseruantia est species inter- pretationis improprie dictæ & authenticæ. Quoad po- steriorem quarimus de interpretatione proprie dictæ seu doctrinali.

§. 16.

Consuetudo igitur & obseruantia, de qua nos su- mus solliciti sunt actiones plures uniformes hominum in vna  
socie-

*societate ciuili familia maiore uinentium, quatenus in illa societate uiuunt.*

## §. 17.

Dico *actiones*, per quas intelligo non internos motus cordis humani, sed actiones externas ex variis motibus locomotiuæ prouenientes: h. e. non morales, sed Politicas seu ciuiles. Cujuscunque generis sint, seu quocunque membrorum motu declarent voluntatem humanam, aut saltem in illa societate pro signo voluntatis humanæ habeantur. Vnde excluduntur actiones inuoluntaria & quas quis coacte facit. Imo & illæ, quas uis lege iubente facit, quia sermo est de specie iuris, quæ iuri scripto opponitur.

## §. 18.

Dico *plures*. Nam æque contradictorium est, quod vnus actus faciat consuetudinem, ac contradictorium esset, si vnâ uocem uellemus harmoniam appellare, aut ad generationem vnum hominem requirere. Verba quæ conformitatem & relationem denotant, quale & consuetudo est, necessario plures vno actus requirunt. Immo ut ex sequentibus patebit, consuetudo regulariter etiam plures duobus actus requirit.

## §. 19.

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

## §. 20.

Dico *hominum*. Ista enim consuetudo etiam impropria est, nec huc pertinet, quatenus uox illa de bestiis sæpe prædicatur, quæ forte accuratius assuetudo dicitur: Ut quando de bestiis mansuefactis dici solet, quod consuetudinem redeundi habeant.

C

## §. 21.

## §. 21.

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

## §. 22.

Sed nec sine causa ciuilem societatem nominauî, vt eam contradistinguerem societati naturali, quæ nempe est extra ciuitatem, in qua etiam ipsæ ciuitates & gentes inter se viuunt. Quamuis enim deprehensi fuerint viri quidam eruditi, qui, dum Ius Gentium Iuris humani speciem effingere voluerunt, & iis aqua hæsit, in iure consuetudinario refugium quæsiuerunt, atque putarunt v. g. quod gentes quædam vniformiter legatorum inuolabilitatem vniformibus actibus introduxerint, & sic reliqui obligati sint ad idem ius, cum consuetudo sit species iuris non scripti; ipsis tamen iam a Dn. Præsîde in lib. 1. Iurisprud. diuinæ sufficienter fuit responsum: Consuetudinarium ius inter Gentes nullum esse. Quodsi iam deduxerimus, consuetudinarium ius etiam in ciuitate tantum non esse, quanti communiter esse fingitur, majus inde responsoni illi robur accedet.

## §. 23.

Dixi denique: quatenus in illa societate viuunt, vt ostendam, singulos illos, qui collegium aliquod constituunt, quatenus extra collegium, vt Patresfamilias in suis domibus considerantur, haud dubie illi consuetudini collegii non adstringi, sed suæ libertati relinqui,

§. 24.

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

§. 25.

Etsi igitur intuitu denominationis Grammaticæ, consuetudinis & obseruantia voces quoad definitionem illam generalem synonymice vsurpari possint, & vsurpentur etiam, non repugnabit tamen vsui artificum, si melioris distinctionis causa vox *consuetudinis* strictè moribus extrajudicialibus, *obseruantia* contra strictè moribus judicialibus applicetur.

§. 26.

Porro societates in ciuitate familia maiores vel sunt ipsa ciuitas, vel societates ciuitate minores, seu collegia strictè dicta. Nascitur inde diuisio consuetudinis, quod alia sit *vniversalis*, alia *particularis*.

§. 27.

Porro cum de *iure* consuetudinis & obseruantiaë disquirimus, præsupponendum, pro diuersitate significationis, qua vox ipsa iuris supponi solet, diuerso etiam modo quæstionis ipsius intellectum fore. Alia enim quæstio est: an quis secundum consuetudinem actiones suas instituens efficaciter agat? quod ius melioris distinctionis gratia appellabimus *ius efficax*, vel etiam vno verbo *facultatem*. Alia quæstio est, an secundum consuetudinem



nem agens licite agat, an vero a reliquis puniri possit? quod appellabimus impostertum *ius licentia vel impunitatis*. Alia denique quaestio est: an quis obligetur, vt secundum consuetudinem agat, ita, vt si alio modo, vel etiam contra agat, eius actus irritus euadat aut nullus, vel etiam contra agens puniri queat? Quod ius vocabimus *ius obligationis vel legale*. Non diffitemur tamen in ipsis rerum argumentis contingere posse, vt simul concurrant ex his quaestionibus duae vel omnes tres. Etsi enim reuera sint distinctae, conceptus tamen, quos inuoluunt, valde affines sunt.

§. 28.

His autem suppositis quaestionem de iure morum extraiudicialium & iudicialium distincte considerabimus, partim secundum naturam collegiorum ciuitate minorum, & quatenus collegae sunt pares, partim secundum naturam ciuitatis & quidem tam Democraticae, quam Monarchicae.

§. 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 iure naturae non determinatis, nisi ex pacto. Quod si expressum est, aequipollet iuri scripto ciuitatis, adeoque consuetudini opponitur. Statim enim ac conuentio 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, vnum quo collegium constituitur: alterum quod collegio iam constituto initur. Prius requirit collegiarum singulorum consensum, ita vt consensus

sensus maioris partis alios pauciores, vt collegii membra  
 fiant, obstringere sine singulorum consensu nequeat.  
 Postquam vero collegium iam constitutum est, ipsa na-  
 tura omnium collegiorum id efflagitat, vt quod a ma-  
 iore parte fuerit conclusum, id & reliquos stringat. Cum  
 enim nullum collegium sine communi ordine & vnione  
 voluntatum subsistere queat, interim natura sua homi-  
 nes in rebus ad communem vtilitatem pertinentibus val-  
 de ad dissensum proni sint, dissensu eiusmodi occurren-  
 re aut semper foret recedendum a societate, aut maior  
 pars obstringeretur votis minoris partis, aut minor pars  
 sequi deberet conclusa partis maioris. Quartum non  
 datur. Primum vero ipsis collegis paucioribus noxium  
 foret; secundum omni rationi repugnat, ergo necesse  
 est vt ex modo tertio fiat determinatio communis ordi-  
 nis.

## §. 31.

Quoniam tamen saepe contingere potest, vt maior  
 pars aliquid euidenter in prauiudicium minoris partis sta-  
 tuat, aut, si & hoc non sit ita euidentis, quoniam recef-  
 sus ille a collegio, si aliud initio non sit conuentum, cui-  
 liber sic liber manere debet, vti accessus, ergo modo  
 dicta limitari debent, vt membrum collegii teneatur  
 conuentionibus maioris partis, nisi velit a societate ex-  
 cludi.

## §. 32.

Iam igitur quoniam in eo consentiunt omnes, ius  
 consuetudinis niti conuentione vel pacto tacito, & vero  
 conuentio tacita in reliquis debet imitari contentionis  
 expressae naturam, sua sponte sequitur, consuetudinem  
 in collegio aliquo, si ius aliquod producere debeat, æsti-  
 mandam esse ex actibus vniformibus non quorundam  
 pauciorum, sed vel omnium, vel certe maioris partis.

## §. 33.

Nunc vero quod actiones collegarum concernit & ius inde oriundum, primum axioma sic formo: *Actiones collegarum omnes, quae non sunt contra rationem & pactum, ius efficaciae habent etiam citra respectum ad consuetudinem.* Unde ex talibus actibus nullum ius consuetudinis probari poterit. V. g. Ita licebit collegis de rebus suis efficaciter disponere tam inter viuos, quam per testamentum: ita licebit contrahere quomodocunque libuerit. In his actibus enim considerantur collegae ut singuli patres familias 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 & tunc magis ex iure libertatis, quam ex iure consuetudinis.

## §. 34.

Porro: *Actiones collegarum consuetudini communi aut maioris partis conformes, habent ius licentiae & impunitatis.* Cum enim inter aequales debeant esse aequalia iura, sequitur quod vni liceat, id licere & alteri, ac multo magis quod maiori parti licebit, licere etiam debet minori.

## §. 35.

Ne tamen vrgreas, ne hoc ius adeo provenire ex iure consuetudinis, sed ex singulorum libertate, adeoque parum ab axioma primo differre, intelligendum aut ampliandum erit axioma, ut valeat, etiam si alias actus illi rationi aut moribus communibus aliorum collegiorum repugnent. Finge esse quoddam collegium aut quandam vniuersitatem, in qua maior pars actus alias indecoros libere committat, aut dum sacra peraguntur, nugas agat, vel dormiat, idem etiam impune facient reliqui. Quamuis enim, qui talia perpetrant, laudem  
non



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 moiori parti liceat, non etiam licere debeat reliquis, qui pari iure gaudent.

§. 36.

Falluntur ergo, qui ad valorem consuetudinis, qua talis, indistincte referunt rationalitatem: Nam respectu impunitatis consuetudines etiam irrationabiles ius libertatis tribuent. Et inde accurate loquendo omnes mores communes (abstrahendo a lege divina & iure humano scripto) illorum intuitu, qui iis vtuntur, pro rationabilibus sunt habendi. Nam inter pares iudicium etiam de iusto & iniusto debet esse penes partem maiorem.

§. 37.

*Tertio: Nullus collegarum in actibus lege divina vel pacto non determinatis iure perfecto obligatus est, ut se conformem reddat consuetudini qua tali.* Hoc est: Non oritur ex consuetudine *ius 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, siue inspicias eos, qui consuetudinem illam introduxerunt, siue illum, qui ex illa consuetudine obligatus esse diceretur. Priores quod attinet, haud dubie quod hoc vel illo modo actione aliqua vsi sint, fecerunt ex libertate, ita vt potuissent etiam non uti; Ergo cum parium sint iura paria, erit etiam in libertate illius, de quo quaeritur, an actu illo vti velit an minus.

§. 39.

## §. 39.

Nec poterit hic allegari ius maioris partis. In pacto enim expresse collegæ cum intentione se inuicem obligandi vota sua dicunt, & in introductione consuetudinis singuli absque intentione alios obligandi ista consuetudine vtuntur, certe vti debent. Cum enim consuetudines regulariter pederentim & insensibiliter oriantur, vti alluuium, inconueniens esset, si qui primum actionem hoc vel illo modo instituit & libere quidem, haberet intentionem reliquos obligandi: Nam in vno non est maior pars. Eadem est ratio secundi, tertii, &c. Nam & secundus actum ita celebrat aut absque intentione primum imitandi aut cum intentione. Vtrumvis 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.

Vnde simul ratio evidens est, cur & in villo, qui obligatus esse prætenditur, deficiat fundamentum obligationis. Per collegas enim suos non potuit obligari, vt pote qui nec imperium habent, nec vsum introducendo intentionem obligandi habuerunt, aut habere potuerunt. Et nemo regulariter obligatur, nisi ex facto proprio. At in eo qui obligatus esse prætenditur, nullum est factum obligationem pariens. Aut enim antea illum actum plane non celebravit, vel aliter celebravit, vel conformiter celebravit.

## §. 41.

Si plane non celebravit, nihil ad consuetudinem pertinens egit. Ergo in hoc casu, nihil afferri contra ipsum poterit, quam forte, quod tacuerit, cum reliqui ita egerint. Communiter enim ius consuetudinis ex tacito

cito consensu deducitur. Sed notum est, quod regula tacentem habere pro consentiente, tot limitationes & forte plures habeat, quam casus sunt, qui sub regula continentur. Et ex omnibus aliis illa limitatio est generalissima & notissima, *quoties interest, ut loquatur seu quoties de ipsius praeiudicio agitur.* Vnde reuera regula illa non erudit, & sine alia regula nullius est usus. Addita enim hac limitatione istum sensum accipit: qui tacet non consentire videtur, nisi ex aliis circumstantiis appareat, quod consentire videatur.

§. 42.

In praesenti vero negotio quis putet interesse singulorum collegarum, cum vident, actum aliquem lege divina aut pacto inter ipsos non determinatum, a collegis suis, etiam a maiori parte successiue conformiter celebrari, ut si similiter in posterum facere nolint, in tempore protestentur? Vbi 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, hactenus illum actum difformiter observavit, Domitiana esset quaestio. Nam & tum consuetudo non est, quia deficit uniformitas actuum, & alterius factum difforme satis declarat, quod reliquos imitari nolit, sed suam libertatem saluam retinere cupiat. Poterit & tum hoc difforme factum pro protestatione reali haberi, quamvis, ob dicta, superflua.

§. 44.

Sed quid si iam aliquoties in illo actu conformem se reliquis gesserit socius, postea autem ab illa conformitate velit recedere? Hic sane grauius videtur subesse dubium.

bium. Nam imitando reliquos non solum eius taciturnitas adest, sed imitatio est tacita approbatio eius, quod reliqui fecerunt. Vnde videtur regula obtinere, vt, quod antea erat voluntatis, ex hoc facto fiat necessitatis. Verum nihil mutamus. Negamus enim, quod sola imitatio nos obliget, si modo imitatio illa, vt hic, fiat ex iure libertatis. Aedificauit aedes meas vicinis meis & æquales & similes bis vel ter, ex libertate tamen & sine lege. Quis neget me quodcumque libuerit aedes illas aliter & altius tollere posse? Vnde ampliamus potius assertionem nostram, quod valeat, etiam si is, qui obligatus esse præterditur, actum illum per longissimum tempus conformem reliquis celebrauerit. Et si enim supra notauerimus, differentiam esse inter consuetudinem & præscriptionem, hic tamen non est, cum utrobique par sit ratio, & etiam ad consuetudinem suo modo possit applicari vulgaris Canon: Res meræ facultatis nunquam præscribitur.

§. 45.

Notanter tamen dixi §. 37. *iure perfectio*. Alia quaestio est: annon melius faciat ille, qui in collegio est, si se maiori parti conformem gerat in iis, quæ iure diuino aut alia lege vel pacto nondum sunt determinata? Quam *ut plurimum* affirmo. Declarant enim membra collegii illa complacencia amorem suum & beneuolentiam erga collegas, & fere, si aliter agant, vix poterunt effugere notam singularitatis, aut contemptus taciti, quorum vtrumque facile odia inter collegas excitat, certe amorem minuit. Quin &, si mores communes pro decoris habeantur a maiori 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 vitur. Sed hæc omnia propterea non introducent ius legale, Nam neque

que ad amorem & benevolentiam aliquis cogi potest, neque indecorum aut impudentia per se poenam meretur, nisi quod contemptum & indignationem aliorum sibi alliciat homo impudens & indecorus.

§. 46.

Nec sine causa dixi: *ut plurimum* melius facere, qui secundum mores communes viuunt. 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 iure mereatur. Quid enim, si mores consensu maioris partis in abusum degenerauerint? Quidsi mores communes sint impudentes? Quidsi exemplo suo cordatior ex sociis reliquos in ordinem redigere bona fide intendat? Quidsi arbitretur, salua conscientia, pone etiam erronea, istos mores se non posse imitari &c.

§. 47.

Denique dixi §. 37. in axioma, quod iam probos consuetudini *qua tali*. Nam quilibet sibi facile poterit concipere, quod consuetudo, quæ a maiori parte est recepta, facile possit pacto corroborari. Quodsi fiat, postea tenebitur ille, de cuius obligatione hic quaeritur, sub limitatione tamen supra dicta, nisi 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 eius, qui occasionem huic pacto dedit, & de quo quaestio est instituta, manebit ef-

D 2

ficax

ficax & impunis, nisi forte & pactum commune inefficaces reddiderit expresse actus præcedentes, quos tamen non æque reddere poterit punibiles.

§. 48.

Deinde etiam sæpe poterit accidere, ut alicuius actus consuetudini difformis iudicetur esse irritus aut pœnæ subiectus, non vi consuetudinis, quæ ut hætenus 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 & diurni mores alicuius 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 autem actionum sit signum externum amoris, non præsumuntur multi homines sponte ac libere & quidem diurne conformitate actionum uti, nisi adsit aliqua causa necessitans, quæ in collegiis in actibus a lege non determinatis alia præter pactum esse nequit.

§. 50.

Vnde in dubio pactum expressum non melius, quam per continuum usum probari poterit. Dico in dubio. Nam si pactum expressum collegii litteris 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 probeatur, probabitur simul argumento artificiali ipsum pactum.

§. 51.

## §. 51.

Vt autem probatio aliam probationem admittit, & præsumtio per alias præsumptiones tollitur, ita & in quaestione de consuetudine procedet, vt tum alter audiendus sit, si probare velit, quod iure libertatis ista consuetudo fuerit introducta. Neque ergo diuturni mores facient præsumtionem iuris & de iure, sed præsumtionem iuris tantum. Ergo nec hoc intuitu consuetudo poterit pro iure aut iuris specie venditari.

## §. 52.

Declaremus iam dicta hætenus exemplo. Con-  
sueverunt membra collegii in conuentu, nigro habitu  
& palliis vii. Liberum hic erit collega comparare sine  
pallio & habitu alio, siue maior pars hætenus solum sic  
vsa fuerit, siue reliqui omnes, imo & si ipse hætenus in  
vestitu se aliis conformem gesserit. Melius tamen faciet,  
si habitu reliquis conformi vtratur, alias facile id reliqui  
in sui contemptum interpretabuntur, aut eum impuden-  
tia, 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 diabo-  
lici. Quod si etiam maior collegii pars per modum pacti  
concludat, quod velint sub poena exclusionis singuli ni-  
gro 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 nouante non possit probari illos diutur-  
nos mores iure libertatis sic fuisse continuatos, aut alius  
ex rationibus, præsumetur, olim collegas se pacto ad  
eiusmodi habitum obstrinxisse.

## §. 53.

Sic vero deducti sumus ad casum alterum, quo collega inter se dissentiunt, & ad observantiam adeo iudicalem. Vbi initio certum est, quemvis iudicem non debere partibus ius novum dare, sed secundum ius, quod iam habent, iudicare. Igitur & in nostra quaestione iudex de consuetudine iudicaturus iudicabit ex dictis regulis. Scilicet eum, qui secundum consuetudinem egit, iure suo hoc fecisse pronuntiabit, adeoque non solum impunem esse, sed & alterum, qui eum in exercitio huius facultatis turbare voluit, iniuste fecisse. Porro eum, qui diuersum quid & contrarium consuetudini egit, impune id fecisse, nisi actus omnimodo uniformes & valde diuturni fuerint, & reus ius libertatis aliis evidentibus probationibus docere nequeat.

## §. 54.

Quare ex natura omnium iudiciorum iudex debet iudicare secundum consuetudinem, tanquam ius partis. Ita vero observantia iudicialis non poterit novam iuris speciem constituere. Si enim iudex centies iudicet secundum ius consuetudinis extraiudicialis, ius illud erit consuetudinis extraiudicialis, non iudicialis, & aequè ius erit siue semel siue centies ita sit iudicatum. Si vero vel centies iudicet contra consuetudinem extraiudicalem & regulas de ea hactenus explicatas, centies iniuste iudicabit. Iniusta vero sententia non facient novam speciem iuris, quæ observantia iudicialis nomine veniat, nisi inter eos, inter quos sic iudicatum est, sed iterum non ex iure aliquo observantia iudicialis, sed ex natura rei iudicata.

## §. 55.

Quodsi de probatione consuetudinis coram iudice disceptent partes, distinguendum, vtrum iudex sit ex collegio, vtrum extra illud. Priori casu consuetudo non poterit



poterit non esse notoria, adeoque probatione non indigebit. Si vero extraneus sit iudex, necesse erit, ut partes in consuetudine se fundantes consuetudinem probent, etsi ea in collegio sit notaria. 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 æque si non magis confusa quam ea, quæ de consuetudine & obseruantia iudiciali tradunt. Mihi videtur id præcipuum esse, ut partes, præprimis quoad praxin hodiernam, obseruent, 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 adiungi actis. Neque enim diuinare possunt iudices extranei ea quæ sunt facti. Quod si tamen aliquis ad consuetudinem vel statutum præuocet, & alter non contradicat, præsumitur consuetudo ita se habere.

## §. 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 obseruantiam iudicalem, quæ de consuetudine extraiudiciali docuimus. Ut nempe obseruantia hæc ius facultatis & impunitatis producat, non vero ius obligationis vel legale.

## §. 58.

At vero quod partes litigantes concernit, illi haud dubie tenebuntur obseruare in processu mores iudicii, non ex natura obseruantie iudicialis, sed ex natura communi hominum, quæ vult, ut is qui alterius ope indiget,  
te

se huius moribus accomodet. Quod si vero id facere detrectet, & damnum inde patiarur, habet, quod sibi imputet ipsi. Ergo neque hic dici poterit, quod obseruantia iudicialis faciat ius proprie dictum, aut legis vigorem habeat. Nam ex hac hypothese etiam adstricti sunt ad obseruantiam iudicalem, qui non sunt subditi. Quare peregrinus actor debet obseruare modum procedendi in foro rei vſitatum.

## §. 59.

Sed & alio ex fonte obseruantia iudicialis non poterit speciem iuris facere. Vel enim vnus est iudex, vel plures. Si vnus, nemo sibi ipsi legem dicere poterit, igitur etiam si sapius de reliqua causa ad certum modum iudicauerit, cognito tamen errore poterit nouo casu se offerente aliter pronunciare. Quod si plures sunt iudices, sententiæ non feruntur per tacitum vſum, sed collectis votis. Quapropter nec adeo commode obseruantia iudicialis intuitu sententiarum ad ius consuetudinarium refertur. In votis autem vti in pactis collegiorum semper valet maior pars. Itaque si pluries in causis similibus similiter pronuncietur, istud quidem non fit cum intentione imitationis aut ex iure consuetudinis, sed semper ex pluralitate votorum.

## §. 60.

Quod si autem collegæ mutentur, potest facillime accidere, vt quæ antea minor pars collegii erat, mutatione personarum collegii nanciscatur ius maioris partis. Frustra vero tum qui ex parte antea maiore restant, & nunc minor pars sunt, occinerent reliquis ius obseruantia iudicialis, vt quod h. l. plane nullum esse potest. Et puto ex mero abusu introductum esse, quod pronuntiata in collegio aliquo vniformiter se habentia dicta fuerint ius consuetudinarium, puta cum præfides collegiorum,

rum, quorum sententiæ valuerant, dum maior collegii pars iis adhæreret, sentirent, mutatione personarum superueniente sententiam aduersam ius maioris partis obtinere. Igitur cum aliud non possent, clypeo illo pseudo iuris obseruantia iudicialis vsi sunt, cui maior pars vel ex intempestiua reuerentia vel ex metu iusto potentia subinde cessit.

§. 61.

Pergimus nunc ad integrum populum, qui legibus & moribus vitur. Hic si forma imperandi Democratica regatur, aut forte accuratius loquendo, si libertatem naturalem retineat, eadem & de eius consuetudinibus dici debent, quæ hactenus de consuetudinibus collegiorum disseruimus. Nam & in Rep. Democratica leges per modum pactorum conduntur, & maior pars secundum naturam omnium collegiorum obligat minorem. Ac regulariter cuilibet in Democratia liberum est recedere ex civitate, si conclusio maioris partis se subiicere nolit. Quare & intuitu consuetudinum populi hic nihil diuersum a consuetudinibus aliorum collegiorum obtinebit, sed actiones secundum consuetudinem tribuent ius facultatis & impunitatis, & actiones contra consuetudinem licitæ erunt & impunes, nisi quatenus ex diuturno vsu populi præsumtio legis oritur.

§. 62.

Sapissime enim in Democratiis accidit, vt leges, quæ in comitiis conduntur, non in scripturam redigantur, sed memoria totius populi a quo conditæ sunt retineantur, & ita partim traditione, partim continuo vsu transferantur ad posteros. Et hæc vnica ratio & causa est, cur apud eius modi populum consuetudo legis habeat vigorem.

§. 63.

Quod tamen in Democratia collegiorum minorum statuta & mores particulares attinet, distinguendum: Aut

E

popu-

populus permittit collegiis his liberam pactorum seu statutorum conditionem, aut ea non nisi ex confirmatione populi valere disposuit. Priori casu manent regulæ quas de consuetudine collegiorum recensuimus. Posteriori casu ea quæ §. 47. diximus limitationem admittent, ut si quis contra mores communes quid agat, non liberum statim sit maiori parti, per pactum illum a consuetudini communi contrarium prohibere, sed ille qui libertate sua aduersus mores reliquorum vitur, 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 oriuntur legibus expressis plane contrariæ, de quibus, an & quando illæ ius impunitatis agentibus indulgeant, sic tenendum. Aut leges consuetudini aduersæ latæ sunt antequam consuetudines istæ in usu essent, aut postquam iam inoleuerunt. 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 pænæ legibus adiectæ. Sed oriuntur fere, postquam in legislatoribus odium vicini populi exoleuit, aut postquam vicinus populus fœdere iungitur illi ciuitati, aut etiam postquam captivi ex bellis ex vicino populo inferuitutem recipiuntur. Non enim infrequentia sunt in historiis exempla, quod, per seruos 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 eiusmodi consuetudinem legi aduersam non aliud quid vel ratione temporis vel ratione aliarum circumstantiarum requiretur, quam in aliis consuetudinibus præter legem.

§. 65.

§. 65.

Quod si lex reprimendæ consuetudini iam inolita feratur, videri equidem posset, quod consuetudo illa, cum expresse lege prohibita & sic abrogata sit, non ita facile reintegrari possit. Interim & sæpe accidit, vt vix ad momentum & nonnunquam ne ad momentum quidem consuetudo talis intermittatur, sæpe etiam secundum di-ctum, quod nitamur in veritum, in maius crescat. Nempe si consuetudo potissimum inter potentes in populo inualuerit, ac in comitiis quidem per maiora 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 iudicare, cum ob modo dicta, ne quidem lex eam consuetudinem prohibens, semper ad id sit sufficiens, sed & insuper requiratur, vt ea lex inducatur in consuetudinem. Scilicet loquor de iudicio & officio iudicis. Aliud dicendum erit de iudicio Doctoris, qui & de legum irrationabilitate non solum poterit monere, sed & tenetur, sic tamen, vt verba sint in factum temperanda, ne legislatorum contemptus inde oriatur. Et hoc est, quod Cicero dicit alicubi: Aliter Philosophi iudicant, aliter leges.

§. 67.

Ita tamen putarem in eiusmodi casibus versari debere iudices. Si mox post publicatam legem controversia de illa consuetudine oriatur, iudicabit secundum legem contra actum consuetudinis lege prohibita: Quia adhuc dum præsumitur seria voluntas populi, quod consuetudinem velit abrogare. Quod si *notorium* sit, legem illam non esse in usum deductam, sed continuasse post legem multos ex populo publice magis consuetudinem sequi,

qui, quam legem prohibentem, & neminem ex iis fuisse punitum, puto officio suo iudicem satisfacturum esse si iudicet secundum consuetudinem, quia populus patiendo consuetudinem lege prohibitam continuari, censetur iterum a lege recessisse. Vri enim consuetudo per legem abrogari potest, ita & lex per contrariam consuetudinem.

§. 68.

Obseruanda tamen erit limitatio, *si notorium sit*. Nam si de obseruancia consuetudinis post legem non constet, iudex, præprimis extraneus, secundum legem iudicare debet, etiam si videatur allegari, legem non in usum esse deductam, etiam si sit lex quæ non prohibeat, sed iubeat aliquid fieri. Debuisset enim in usum deduci. Nec præsumitur consuetudo præprimis aduersus legem, nisi probeatur.

§. 69.

Quod si vel legem vel consuetudinem siue lege prohibitam, siue permissam iudicet, in conceptu suo philosophico, esse irrationalem, seque peccare si iudicio suo eam approbet, tutissime faciet iudex si a iudicando abstineat. Neque enim poterit iudicare secundum conscientiam propriam, ne contra officium suum peccet, quod legibus & consuetudinibus, non cerebrinæ æquitati adstrictum est: neque poterit iudicare 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 iuxta eam formet, non peccabit sententiam formando secundum istam consuetudinem, siue prior opinio sit vera siue erronea. Nam officium eius adstrictum est ad leges & mores, non ipsius arbitrio relictum, neque adeo iudicando quicquam ad irrationabilitatem consuetudinis concurrat.

§. 70.

## §. 70.

Quod obseruantiam iudicialem concernit, & in Democratia idem videtur dicendum esse, quod de obseruantia iudiciali diximus intuitu collegiorum, cum & hic eadem sit ratio, in tantum, vt etiam si in Democratia sint varia iudicia sibi inuicem subordinata, supremum iudicium obseruantia suae non possit firminus ius tribuere, quam quod de quolibet iudicio supra docuimus. Nam & obseruantia supremi iudicii dependet a pluralitate votorum, & ibi personarum mutatione saepe vota variant, ac ita mutatio obseruantiae inducitur. Neque iudices inferiorum iudiciorum adigi solent, vt in votando sequantur vota iudicum supremi iudicii, sed vt pronuncient secundum iura partium, quae a legibus & consuetudinibus extra iudicialibus dependent.

## §. 71.

Restat vt videamus, an status Monarchicus, iis quae haecenus dicta sunt de iura consuetudinis & obseruantiae in Republica democratica, nouas quasdam addat obseruationes. Hic quidem certum est, leges non condito vniuersorum, sed dependere tantum a voluntate principis. Interim cum & ipsa constitutio Reip. Monarchicae dependeat a pacto ciuium, summam potestatem in Principem transferentium, regulariter & hic concedi solet singulis, vt recedere ipsis liceat e Rep. si forte ipsis leges tales esse videantur, ad quas actiones suas applicare commode nequeant.

## §. 72.

Quod si consuetudinis populi ex sua natura vim legis habere in Republica Democratica dixissemus, haud dubie in Monarchia diuersum quid statuendum foret. Nam legislatoria potestas hic vnice ex voluntate principis dependet, qui nec permittit potestatem citra prauiudicium ma-

iestatis sibi competentis, vt ex subditis conciuus vnus ci-  
tra consensum Principis alios ciues ex suo facto obliget.  
At cum ius consuetudinis legale negauerimus, & solum  
ius libertatis & impunitatis tribuerimus, non necesse est,  
vt in hoc iure consuetudinis deducendo multum fude-  
mus, quomodo consensus principis tacitus ad hunc iuris  
effectum erui possit.

## §. 73.

Nam quod subditos in Republica etiam Monarchi-  
ca attinet, non opus est, vt libertatem & impunitatem  
eorum ex consensu Principis tacito eruamus. Nam ex-  
tra Rempubicam quidem Patresfamilias actionum sua-  
rum sic est moderator & arbiter vt nemini nisi DEO ratio-  
nes de iis reddere teneatur, ac nullius hominis poenæ sub-  
sit, si quid etiam voluntati diuinæ aduersum committat.  
Siue igitur postea Patresfamilias per pacta liberrima Rem-  
publicam Monarchicam constituant, ac Principem eli-  
gant, siue etiam iure belli ac inde subsecuto pacto subii-  
ciantur principi, vtrobique tamen in statum subditorum  
ex statu libertatis transeunt, non in statum mancipiorum;  
vtrobique considerandum est, aduitorum hominum  
actiones aliam longe normam requirere quam infantum  
& puerorum,

## §. 74.

Etsi enim concedamus, infantibus nullam liberta-  
tem competere nisi eam quam ex parentum consensu ha-  
bent, siue expresso siue tacito, etsi idem de mancipiis as-  
seramus, (quamuis & de hoc vltterius foret dispiciendum)  
in illis tamen ratio esset, quod infantes plane nullum iu-  
diciū in actionibus suis diiudicandis habent; in his cau-  
sa subesset, quod seruum adsciscat Dominus non ad vti-  
litatem communem, sed vnice ad suum suæque familiæ,  
cuius caput est, commodum. Subditi vero intelligunt  
mora-



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 faciunt, quæ Princeps legibus pœnalibus non prohibuit. Igitur & consuetudines in Republica Monarchica a populo iure libertatis pristinae introducuntur, non proprie ex consensu quodam Principis tacito robur accipiunt. Quodsi 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 secernas, ac nobiscum asseras, sufficere generalem illum ac præcedentem consensum Principis tacitum, ut consuetudines in Monarchia ius 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 iuris inferuntur, ut, si diu secundum eas actiones subditorum fuerint institutæ postea vero de iis dubitetur, semper a quouis subdito in iis se fundante possint produci. Quare ad probationem earum sufficere continuus earum usus, vel certe præsumtionem inducet, ob superius dicta, continuum eiusmodi usum ex lege expressâ Principis duxisse originem,

## §. 77.

## §. 77.

Valebunt etiam in Monarchia illa, quæ de Democratia circa valorem statutorum & consuetudinum particularium minorum collegiorum docuimus §. 63. Solet quidem communiter distingui inter statuta, quæ concernunt communem administrationem bonorum ciuitatis, & quæ pertinent ad decisionem causarum controuersarum, ita vt in illis sufficiat consensus Principis tacitus, ad horum autem valorem requiratur expressus. Verum & hic tamen vtroque nihil certi dici posse, sed omnia a voluntate Principis in singulis Rebus publicis dependere, securius adstruatur.

## §. 78.

Neque in Monarchia aliquid diuersum esse putamus ab iis, quæ §. 64. & 65. de consuetudinibus contra Legem in Democratia docuimus. Plerumque tamen hic esse solet res maioris periculi plena, si quis primus mores legibus aduersos velit introducere. Aut indicium esse solet deficientis prudentiæ legislatoriæ, si sæpe leges ferantur, quæ in vsum a Principe introduci nequeunt, aut quæ mox per consuetudinem abrogantur. Vnde Tiberius apud Tacitum prudenter suadebat, dissimulandam esse legislatoribus scientiam nauorum in Republ. quos legibus contra iatis tollere nequeunt.

## §. 79.

Quin & in Monarchia consuetudines, etsi iudicio Philosophico videantur esse irrationabiles, atque id non prohibitum sit docentibus monere, tamen iudici tamdiu pro rationabilibus habendæ sunt, donec prohibeantur expressa lege a Principe. Atque adeo & a iudice in Monarchia intuitu consuetudinum contra legem expressam eadem obseruanda erunt, quæ diximus §. 67. 68. 69. Imo etiam in Monarchia obseruantia iudicialis supremi iudicii

non

non habebit vim legis, nisi expressa lex iubeat. *Conf. supra §. 70.* Tum vero vim legis non habebit vt consuetudo, sed vt lex scripta.

§. 80.

His ita deductis videamus iam secundum methodum supra §. 9. præscriptam, vtrum leges vtriusque iuris cum doctrina nostra non conueniant. Vt vero & tempori & chartæ parcamus, paucis periphrafin textuum huc pertinentium dabimus. Primo vero ex Institutis se offert. §. 3. 9. & 10. *Inst. de Iur. Nat. Gent. & Ciu. Constat autem Ius nostrum, quo vtimur scripto aut sine scripto, i. e. Ius quo vtimur aut in scripturam redactum est, aut non est, vel an & vbi in scripturam redactum sit, ignoratur (Conf. §. 76.) vt apud Græcos τὸν νόμον οἱ μὲν γράφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι, sub qua specie posteriori etiam ius naturæ & Gentium comprehenditur, quatenus ciues in Republica eo vtuntur. Etenim sine scripto ius venit, quod vsus approbauit. Nam diuturni mores consensu vtentium 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 Ius Ciuile distributum videtur: Nam origo eius ab inslitiuris duarum ciuitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim ciuitatibus ita agi solitum erat, vt Lacedæmonii quidem magis ea, quæ olim in comitiis populi lata erant, ac ita pro Legibus obseruabant, memoriæ mandarent & suadente sic Lycurgo autore Legum Laconicarum, scriptis non vtrentur Legibus: Athenienses vero ea, quæ in Legibus scripta, non solum publice sancita, comprehendissent quales erant leges Solonis, custodirent* *Conf. §. 22.*

§. 81.

Alter locus est §. *vlr. Inst. de Satisdat.* Quam formam, satisdandi in præcedentibus paragraphis expositam, non solum

*solum in hac Regia Vrbe, sed etiam in omnibus nostris Prouincijs, etsi propter imperitiam & ignorantiam legum nostrarum forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes prouincias caput omnium nostrarum ciuitatum, id est hanc Regiam Urbem, eiusque obseruantiam legum a nobis latarum tanquam optimam legum interpretem (vide §. 12. 13. 14.) sequi.*

## §. 82.

Ex Pandectis huc pertinent l. 1. ff. de LL. vbi Papinianus: *Lex est commune præceptum, totam communitatem obligans, virorum prudentum in comitijs vel proponendo aut quærendo vel votando, vt modo de Lycurgo diximus, consultum: delictorum, quæ sponte vel ignorantia, culpa tamen, contrahuntur, cum nempe quis contra commune præceptum facit, coercitio: communis Reipublicæ Democraticæ sponso.* Et l. 7. ff. eod. vbi Modestinus: *Legis late sumptæ pro iure, quo ciuitas vititur, virtus (seu effectus) hæc est; primario quidem, quatenus lex strictè pro obligante superioris iussu sumitur, imperare & vetare, vnde diuisio legis in affirmatiuam & negatiuam: secundario vero & quatenus licentiam & impunitatem subditorum corroborat, permittere, ac denique eos, qui contra iussu & prohibitionem legis faciunt, item qui alios in permissione legis turbant, punire.* Vnde lex quæ non punit, magis regula doctrinalis aut suasio habenda est, aut consilium, quam lex proprie dicta.

## §. 83.

Propius adhuc institutum nostrum tangit lex. 32. ff. eod. *De quibus causis, inquit Iulianus, scriptis legibus non vimur, siue nunquam scriptæ sint, siue scriptura non appareat, cum moraliter idem sit non esse & non apparere, id custodiri oportet, iudici, quod moribus & consuetudine conuenia inducitur est, vt vel inde oriatur præsumtio legis,*

legis, vel is, qui secundum consuetudinem agit, defendatur aduersus eum, qui impedire vult: *Et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est, interpretatione extensiva, v. g. licet moribus vestitum mutare pro lubitu, sed hactenus luctus signum perpetuum fuit pallium, licebit ex identitate rationis pallium abicere: Si nec id quidem appareat tunc ius, quo urbs Roma vititur, seruari oportet: (ergo demum deficiente consuetudine particulari aut omni modo interpretandi sequi debet iudex mores civitatis primariae, non tamen propterea obseruantiam iudiciali primarii iudicii.) Inveterata autem consuetudo a iudice pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsa leges nos Latinos, ex quorum ordine sumuntur Iudices nulla alia ex causa teneant, ut teneamur secundum illas pronunciare, quam quod iudicio populi recepta sint, cum alias, si mores communes legi repugnent, potius secundum mores quam secundum leges iudicare essemus obstricti, (Conf. supra §. 67.) etiam in Republica Monarchica; (Conf. §. 79.) merito et ea, quae sine ullo scripto, & ita praeter, non contra legem, populus probauit, & in populo etiam Princeps tanquam nobilissimum populi Membrum non improbauit, tenebunt omnes, ita ut nemo alterum in usu illius iuris 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 Vlpiani, Hermogeniani, ac Pauli l. 33. 34. 35. 36. cod. Diuturna consuetudo, sunt verba Vlpiani.

ni, pro iure libertatis ac impunitatis & lege vel quatenus legis virtus est permittere, vel quatenus ex moribus oritur præsumtio legis, in his quæ non ex scripto descendunt, obseruari solet. Cum de consuetudine vniuersali ciuitatis vel particulari prouincia quis ex partibus litigantibus confidere videatur, ita vt cum fiducia ad consuetudinem prouocet, eam vero alter neget, primum quidem illud explorandum Proconsuli vel iudici consuetudinem ignoranti arbitror, an etiam contradicte aliquando iudicio consuetudo firmata sit, quo comperto, vltiore consuetudinis probatione non erit opus. Sed & ea, secundum Hermogenianum, quæ longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos obseruata, velut tacita, i. e. præsumta ciuium conuentio, non minus, quam ea quæ scripta sunt iura, seruantur. Imo notante Paulo vel ideo magna & iuri scripto æqualis autoritatis hoc ius habetur, quod in tantum continuo vsu & obseruantia conuentionum publicarum probatum est, vt adeo non fuerit necesse, scripto id comprehendere.

## §. 85.

Cum iis vero quæ hæcenus dicta sunt, non confundenda sunt dicta Callistrati l. 37. & 38. eod. Si de interpretatione verborum dubiorum legis quaratur, in primis inspicendum est, quo iure ciuitas legem condens retro in eiusmodi casibus ad legem pertinentibus extra iudicium usa fuisset. Optima enim est legum a populo latarum interpres consuetudo & obseruantia populi. (Conf. supra §. 12. 13. 14.) Nam Imperator noster Senerus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem eiusmodi extraiudicalem, aut etiam rerum in casibus ad legem pertinentibus, sed secundum illam obseruantiam extraiudicalem, perpetuo ab ipso populo similiter iudicatarum autoritatem vim legis obtinere debere & obseruandam esse iudici. Quod enim hæc doctrina Callistrati non pertineat ad sententias iudi-

iudicium, peregrinas leges erronee vel explicantes vel applicantes ex statum sequente l. 30. Celsi constat. *Quod non ratione seu rationabili interpretatione introductum, sed errore seu erroneo intellectu primum, deinde consuetudine seu continuata obseruantia iudiciali obtentum est, nullum ius facit, & in aliis similibus non obtinet, sed errore cognito impune a consuetudine & obseruantia illa recedi potest.*

§. 86.

Ex Codice huc pertinet totus titulus: *quæ sit longa consuetudo.* Vbi in l. 1. Imp. Alexander Apro rescriptit. *Præses pronincia etiamsi sit maior magistratus, tamen probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata, & a iudicibus secundum illam obseruantiam extraiudicalem iudicata sunt, causa cognita & probata illa consuetudine statuet. Nam & consuetudo præcedens etsi particularis, & ratio quæ consuetudinem hanc particularem vt a iure communi recederet, & plerumque a speciali natura populi prouincialis vel ex aliis circumstantiis, minimis quidem, ius tamen variantibus desumpta est, suasit, si afferatur, custodienda est. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam reuocabit Præses Prouincia, cum omnes Magistratus debeant iudicare secundum consuetudines extraiudiciales, quæ soli Principis correctioni subsunt.*

§. 87.

Facilis etiam est intellectus l. 2. etsi ea fere omnium interpretum ingenia corserit. *Consuetudinis vsusque longæ in pronuntiando, seu obseruantia iudicialis non uilis auctoritas est, sed magnum præiudicium etiam apud alios iudices & successores parit; verum non usque adeo sui ualitura momento, vt alios iudices & successores, qui erroneam deprehendunt illam obseruantiam, obliget, ne ab ea possint recedere, atque adeo vt aut rationem vincat,*

si obseruantia illa repugnet menti legis, *aut legem*, si repugnet verbis,

§. 88.

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

§. 89.

Ostendimus, Legum Romanarum Philosophiam conuenire cum philosophia nostra. De Iure Canonico, eadem promittere non possumus. Etsi enim in iure Canonico, præprimis in Decreto multa contineantur egregie bona, & optandum esset, vt studiosi iuris apud protestantes diligentius in eo studerent, atque id euoluerent, & factum Lutheri, Ius Canonicum ex impetu magis, quam ratione aut spiritu cremantis, vt excusabile, non vt regulam aut factum heroicum respicerent, præprimis cum certum sit, Ius canonicum, etiam apud Protestantæ longe maiore in vsu esse quam Ius Ciuile; non tamen etiam diffidendum est, multas impietates, & ineptias (æque vt in Iure Ciuili) imo & ineptas Iuris Ciuilis explanationes & contorsiones ibi esse admixtas, neque Pontifices, imo, si cum præfatione honoris id dicere liceat, neque ipsos etiam Ecclesiæ Patres, quorum dicta in Decreto relata sunt, & Conciliorum Canones, ea præditos fuisse prudentia ratiocinandi, neque eam in eorum dictis aut canonibus reperi, quæ ex excerptis Ictorum, potissi-



potissimum eorum, ex quibus Pandectæ fuere compositæ, elucet. Plerique Patres Rhetoricæ & Oratoriæ, id est quæsitis coloribus & fucis disputarunt cum aduersariis, & scripturam interpretati sunt. Conciliorum vero etiam primorum canones magis olent gladium Cæsaris & violentiam, quam rationem & scripturam. Igitur, in hic non prolixus ero, neque periphrasi utar omnium canonum & capitulorum, quæ de consuetudine agunt, sed dicta saltem vno vel altero exemplo comprobabo.

§. 90.

Dixi §. 66. de consuetudine irrationali aliter iudicare docentem, aliter Iudicem: Pertinet huc *can. 3. dist. 8. Mala consuetudo, quæ non minus, quam perniciosa corruptela vitanda est, nisi citius a legislatore radicitus euellatur, in privilegiorum ac licentiæ & impunitatis ius ab improbis assumitur, & incipiunt prævaricationes & varia presumptiones celerime non compressa prolegibus a iudice venerari, & privilegiorum more ab vniuersis perpetuo celebrari.* Clarius ex Augustino, Gregorio & Cypriano *can. 4. 5. 6. 7. 8. 9. ibid.* inculcatur, quod consuetudo non debeat opponi veritati & rationi, quæ observatio ad Doctores pertinet, non ad iudices: scilicet quod doctoribus auditores suos de prauis moribus admonentibus incongrue opponatur, mores receptos ius 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.

Mallet tamen vt 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 subiicere posset,

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 & exofculentur eorum dicta tanquam veritates manifestatas. Conuenientius forte eiusmodi disputatoribus opponeretur, Christum loqui de viritate vivifica, non de cerebrina siue Logica siue Rhetorica, (si modo datur veritas Rhetorica,) unde retorqueamus. Dixit Christus: Ego sum veritas: „Non dixit: Ego sum syllogisticus, 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 eiusmodi, vt præ affectu nec audiat nec videat,

## §. 92.

„Cape aliud exemplum. Donatistæ persuadebant imperatores sibi fauentes, vt legibus publicis adimerent orthodoxis villas ac tribuerent Donatistis. Conquerantur orthodoxi: Villas nostras tulerunt, fundos nostros tulerunt. Quid ad hæc Donatistæ? Respondebant: „quo iure prætenditis villas? An diuino an humano? Diuino non poteritis, quia Domini est terra & plenitudo eius, & pauperes ac diuites dominus de vno limo fecit, „& vna terra eos supportat. Ergo iure humano, id est imperio. Tolle iure 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 vtique, & vel exinde apparet, in quali periculo sint hæretici, si a symbolis Ecclesiæ recedant, quamque Deus eos tradat in peruersum sensum. Sed abstine a Zelo  
contra

contra Hæreticos. Erravi. Non est illa philosophia Donatistarum contra orthodoxos, est orthodoxorum, est orthodoxissimi Augustini contra Donatistas. Quis credit? Evoluè *can. 1. hac dist. nostr. 8.*

## §. 93.

Sed in viam. Diximus supra: Ex consuetudine introduci ius efficaciam & licentiam. Idem dicit *cap. 2. 6. 8. X. de consuet. cap. 3. & 4. eod. in sexto.* Diximus, consuetudines tamdiu iudici habendas esse pro rationabilibus, donec lege expressa ea declarentur irrationabiles. Confirmant hanc sententiam *cap. 3. 4. 5. 7. 10. 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 iudicis officio rolli. 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 & Iuris Civilis consuetudines valeant generali consensu Principis tacito, neque insuper consensum eius specialem requirant, perdicta §. 72. & 75. ac etiam consuetudines possint leges scriptas, multo magis ergo consuetudines alias abrogare; Iure Canonico tamen dispositum sit ab Honorio Papa III. ne capitulares absque Episcopi sui consensu introducant consuetudines novas adversus constitutiones pristinas & consuetudines anti-

quas. Contra si quod factum sit, habendum esse pro irritato. *cap. 9. X. de consuet.*

§. 95.

*Cap. ult. eodem titulo aperte respicit ad l. 2. C. qua sit long. consuet. §. 87.* a nobis expositam, sed inepte eam exponit, aut applicat. Sic enim Gregorius nonus: *Cum tanto sint grauiora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sana mentis intelligit, naturali iuri (cuius transgressio periculum salutis inducit) quacunque consuetudine, (qua dicenda est verius in hac parte corruptela) posse aliquatenus derogari. Licet etiam longæuæ consuetudinis non sit vilis autoritas, non tamen est vsque adeo valitura, vt vel iuri positiuo debeat præiudicium generare, nisi fuerit rationalis, & legitime sit præscripta.* Vides simul quam inepta sit periphralis illorum verborum, dum in *d. l. 2. C.* dicitur *vt aut rationem vincat aut legem.* Simul etiam discis exinde: Canonistis deberi communem illam & contortam *d. l. 2.* expositionem, atque communem etiam sententiam de præscriptione consuetudinis.

§. 96.

Quod iura Imperii Germanici attinet, nec illis doctrina nostra repugnat. Vt ex multis præcipua saltem adducamus, disponitur in *Recess. Imper. de ann. 1654. §.* benebens sollen, daß Cammerriichter und Beysitzer bey Administration der heilsamen Iustiz so wohl die Statuta und Gewohnheiten als die Reichs. Abschiede und gemeine Rechte vor Augen haben. Item in *Ordin. Iudic. Aul. tit. 1.* iubentur Assessoribus jedes Standes, Landes, Ortes und Gerichts, sonderlich die gebührliche allegirte und probirte Priuilegia, gute Ordnungen, und Gewohnheiten, und in Mangel derselben die Kayserliche Rechte und rechtmäßige obseruationes und Gebräuche in acht nehmen, und nach demselben ihre Bescheide, Decreta und Urtheil richten. Vbi nota, obseruationes iudiciales postpo-

postponi consuetudini extraiudiciali, eique notanter addi, ut sint iuri convenientes, rechtmäßig. *Conf. Const. Crimin. in praf. § art. 140. Illustr. Dn. Stryk. de usu Juris Romani §. 28. B. Kulpis de obseruantia Imperi cap. 1. §. 3.*

§. 97.

Quod porro diximus, consuetudines irrationabiles non expresse reprobatas iudici obseruandas esse, adiuuatur *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 obseruatæ proscribantur. *Conf. iterum Ill. Dn. Stryk. d. 1. §. 27.*

§. 98.

Iam vero eo liberius de quibusdam communibus Dd. sententiis iudicare licebit, quas tumultuarie, & earum saltem potiores notabimus. (1) Erronea videtur communis doctrina, quæ ius scriptum definit, quod publice promulgatum est, & adeo ius non scriptum pro Synonymo consuetudinis habet, & postea non potest non illud durissimum assertum defendere, scripturam non requiri ad essentiam iuris scripti. Ortus est error ex non recte intellecto §. 3. 9. & 10. *Inst. de I. N. G. & C.* cuius genuinum sensum dedimus §. 80.

§. 99.

(2) Erronea videtur communis doctrina, quod obseruantiam supremi iudicii in explicatione legum & causarum decisione debeant sequi iudicia inferiora. Origo erroris est ex non recte intellecto §. *ult. Inst. de Satisfact. vid. §. 81.* Nos ex illo §. eiusque verbis, *etsi propter imperitiam*, argumentum pro nostra sententia afferimus: per imperitiam iudicum introducta ius facere non posse. *Conf. Excell. Strykium in notis ad d. §. ult.*

G 2

§. 100.

## §. 100.

(3) Erronea videtur sententia communis, ad consuetudinis efficaciam requiri specialem, quamvis tacitum Principis consensum. Contrarium ostensum supra §. 73. 75. Vnde videtur profluxisse alia erronea sententia Felzmanii, quod in Rep. Monarchica populus non possit legem tollere consuetudine contraria. *Vide Felzm. 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. qua sit long. consuet. Conf. eius §. 4. & sequentes*, vbi 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 iura constitui oportet in his quæ ut plurimum facile & frequenter accidunt, non in his, quæ forte vno aliquo casu & inopinato ac perraro; si, quod semel aut bis existit, prætereunt legislatores, quomodo pro lege haberi poterit, quod diu plane non extitit.

## §. 102.

(5) Erronea videtur opinio, quæ actus accurate computare vult, quot requirantur ad introducendam consuetudinem, quæque videtur originem sumsisse ex hypothesis, quasi consuetudo dependeat a scientia & tacito consensu Principis. Magis erronea est illa, quæ putat sufficere duos actus, & adhuc magis, quæ vnum, v.g. si quis per longum tempus pontem extructum habuerit in aliquo loco. Et confundit illa opinio præscriptionem, item obseruantiam legum & pactorum cum consuetudine. *Conf. §. 10. & seq.*

## §. 103.

(6) Erronea videtur opinio, quæ vel breue tempus requi-

requirit ad consuetudinem, vel cerum ac determinatum tempus, in qua uti idem videtur erroris fons, ita eadem subest confusio. Falsa autem videtur esse tam de Iure Civili, cum nullus textus adsit, quamvis nonnulli hic requirant decennium, quam de Iure Canonico, etsi communiter distingui solet, utrum consuetudo introducatur præter vel contra ius, ita ut priori casu Iure Canonico decennium, posteriori quadraginta anni requirantur. Nam & hic iterum & ratio & textus deficiunt etsi ad Glossam & Panormitanum prouocet Georg. Schultz in *Synops. Inst. tit. de l. N. G. & Civ. lit. d.*

§. 104.

7) Erronea videtur opinio communis, quod de iure Saxonico ad consuetudinem siue præter, siue contra ius requiratur spatium 31. annorum 6. sept. & 3. dierum. Prouocat 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 præmissis legum correctoriam, requiri actus iudiciales, 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 ius consuetudinis requirit eius rationabilitatem. Nam & consuetudinem irrationabilem ius facere, vel *ex l. 13. §. fin. ff. de iniur. patet*, ex quo textu inepte Glossa infert, eum, qui consuetudine irrationabili utatur conueniri posse actione iniuriarum, præmissis cum omnis consuetudo irra-

tionabilis facile inueniat defensionem æquitatis *Nov. Legis 56. iunct. de l. 13.*

§. 108.

11) Erronea videtur opinio, consuetudinem aliter probandam esse ac alia facta, neque ad probationem eius sufficere attestatum iudicis vel etiam Principis. Inde vero superflua videtur cura & anxietas Practicorum aduocatum instruendum, quam caute debeat procedere in probanda consuetudine circa formandos articulos, de quo vide Iac. Schultes *quest. penult. & ult. per integr.*

§. 109

12) Erronea videtur opinio doctorum, quod communis opinio siue iudicialis, siue extraiudicialis item obseruantia iudicialia habeat vim consuetudinis,

§. 110.

13) Erronea videtur opinio statuentium, quod ab obseruantia Camerae aut aliorum iudiciorum supremorum non possit recedi. Si enim potest recedi a legibus supremorum iudiciorum, uti v. g. in Saxonia consuetudine festiuitates nuptiales diebus dominicis fuere celebratae *contra Ordin. Eccles. de ann. 1624.* cur non posset recedi ab obseruantia. Notabile exemplum refert. Excellent. Bergerus *in disput. de rest. in integrum ob reuerentiam denegata in fine*, quod sententia, liberis restitutionem aduersus parentes eorumque facta denegans in supremo Appellationum Iudicio Dresdae diu multumque disceptata tandem vicerit, ac etiamnum obseruetur. Si ergo ipsa Collegia suprema recedunt ab obseruantia sua, cur non aliis iudiciis id liceat?

§. III.

Putamus vero, ea quæ hætenus discussimus non nullius esse vsus, sed multum afferre vtilitatis in studio Iurisprudentiæ. Quod enim Iurisprudentiam in genere con-



concernit, multum conducet hæc notasse in quaestione de usu practico Iuris Iustiniani, qui his admissis vix probabitur per solam obseruantiam iudicalem, præprimis vnius aut alterius collegii, & vix semel in seculo, quod tamen in præsentî prolixius discutere non vacat.

## §. 112.

In iure publico multæ controuersiæ, quas B. Kulpius in *Disp. de Obseru. Imperiali* tractat, & longe plures a iuste ponendis hypothesibus de iure consuetudinis dependent; eadem est ratio multarum quaestionum Iuris Ecclesiastici, & privati, quarum decisio secundum doctrinam nostram reiectis his, quos notauimus erroribus, longe aliter facienda esset, ac vulgo fit. Sed nolimus ista iam examinare, saltem paucissima exempla adiiciemus.

## §. 113.

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

## §. 114.

Retulit mihi Dn. Præses, in Prætorio Lipsiensi esse consuetudinem, vt partes litigantes teneantur appellationis schedulam iudici domi insinuare; ac iudicatam fuisse appellationem pro impertinente, quæ iudici insinuata erat in Prætorio, & ab hoc iterum ad partem remissa, quam tamen pars noluerat domi insinuare: Alio tamen in casu iudicatum fuisse pro appellatione, quam pars in tempore insinuauerat actuario iudicii, & hic per aliquot dies eam retinuerat, postea vero elapso decennio a Prætorio

corio loco apostolorum decreta erat refutatio, quasi appellatio contra consuetudinem insinuata esset. Vtriusque casus decisio aperta est. Prioris, quia obseruantia iudiciales etiam irrationabiles, qualis hæc omnino est, obligant partes per dicta §. 58. Posterioris, quia actarius iudicii semel acceptauerat appellationem, & remissio fiebat re non amplius integra.

§. 115.

Consuetudinem, daß man in etlichen Stifftern allein & delseute zu Canonicken annimt und sonst niemand, pro illicita & inefficace habent Doctores. Vide *Noam Meurer in Process. Camer. part. 9. circa finem*, vbi hanc sententiam iudicio & autoritate Camerae comprobata fuisse ait. *Rudinger Cent. II. var. observ. obs. 78. n. 2.* Ego & nullam irrationabilitatem video, & etiamsi ea subesset, iure tamen suo ab hoc præiudicio Camerae alia iudicia recedere posse arbitror.

§. 116.

Fingit Feltmannus *ad l. 32. ff. de LL. n. 2.* casum: Lege collegii non diciari poenam ei, qui tempore constituto se non siterit, vel serius accesserit. Vnum autem se gerere pro Quæstore aut Ephoro, & hunc a Titio, quod absens fuerit, multam exegisse, spectantibus omnibus & nullo contradicente: iterumque altera die illam accepisse a Mœnio: Iam vero quærit Feltmannus, annon tunc Calo, qui vtrumque riserit, & iam ipse reus sit, ac recusat multam soluere, quod tertia die abfuerit, obstat consuetudo? ita cenfeo ait, atque sic eninco etiam biduo, (& duobus actibus) introduci consuetudinem, Ego vero contra cenfeo, & a Feltmanno nihil enictum esse arbitror.

§. 117.

Habes, lector, coniecturas meas de iure Consuetudinis & Obseruantia. Si rem acu retigi, bene est, si minus, exspecto coniecturas meliores. Totæ Jurisprudentia nostra coniecturalis est, non scientifica, quia prudentia est. Scientia quo magis scientifica sunt, ad prudentiam aut sapientiam nihil vel parum faciunt. Is sapiens & prudens, & vere eruditus, qui habitum possidet bene inueniendi coniecturas probabiles & bene secundum eos agendi, in vita ciuili coniecturarum certitudo æquipollet sæpe, sæpe superat demonstrationes Mathematicas.

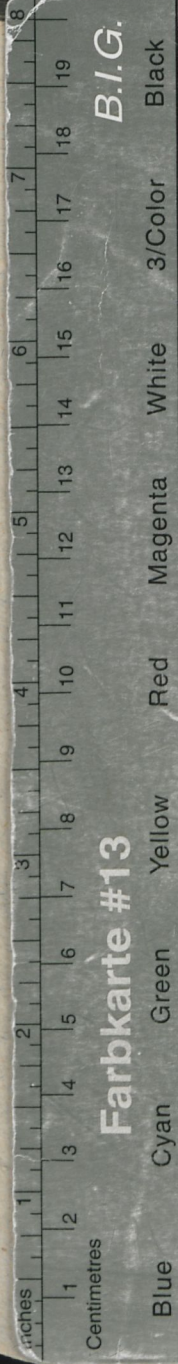
F I N I S.

\* ) o ( \* )

194  
93  
2871  
179.10

6078





INAUGVRALIS IVRIDICA,  
 CONIECTVRAS  
 DE

CONSVETV-  
 OBSERVANTIAE

Oder  
 en Herkommen, Se-  
 und Gebrauch sey.

QVAM  
 RAESIDE  
 THOMASIO, ICto,  
 REGIS CONSILIARIO INTIMO, VNI-  
 ANÆ DIRECTORE AC PROFESSO-  
 VLTATIS IVRIDICÆ ORDINARIO, h. t.  
 DECANO.

LICENTIA,  
 e Iure Honores & Priuilegia  
 alia rite capeffendi,

P. P.  
 HERFF, Mœnofr.

. Aprilis M DC XCIX.  
 TORIO MAIORI,  
 NTE ET POMERIDIANIS.

LAE MAGDEBVRGICAE,  
 DOVICI SYMPHERI, ACAD. TYPOGR.  
 1740.

(7)