



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Universitätsbibliothek Paderborn

Tractatio Synoptica De Iudiciis Ad Lib: II. Decretal: Gregorii IX.

**Herberstein, Ferdinand von
Tabarelli de Fatis, Donato Vincenzo**

Spirens., 1660

Titulus III. De Consuetudine.

urn:nbn:de:hbz:466:1-11416

TITULUS III.

DE CONSVETVDINE.

C A S U S.

MOS obtinuit, ut à Pontificibus Rom. Dominicâ IV. Quadregesimæ, Lætare dictâ, benedicatur rosa aurea balsamo delibuta, & Catholico alicui Principi honoris ergo, vel præsentis offeratur, vel absentis mittatur. *Ex Ceremoniali Rom.* Quæritur an si per annos v. g. decem eidem Principi, sit Galliarum Regi, oblata fuisset, talis Princeps jus aliquod posset acquirere, ad eam sibi semper deinceps offerendam, non alteri? *Resolut: petenda ex num: 6.*

I. Consuetudo alia est juris, alia facti, de consuetudine facti loqui videtur *lib. 5. Etymol: cap. 3. relatus in 5. dist. 1. Isid: vocata est Consuetudo quia in communi usu est, & clarior S. Thom: in 3. d. 23. q. 1. a. 3. q. 2. consuetudo est frequentia operandi liberè eodem modo. Consuetudo autem juris est veluti altera lex.*

lex parem obligandi potestatem obtinēs,
 sicuti idem *Isidorus* definivit. *Consuetudo est*
ius quoddam moribus institutum, quod pro lege
suscipitur cum lex deficit. Et *Jureconsultus*
 L. 32. ff. *inveterata consuetudo pro lege non im-*
merito custoditur, & hoc est ius, quod dicitur
moribus institutum. Porro consuetudo ju-
 ris ortum suum, & constitutionem suam
 accipit, à consuetudine facti: quæ aliud
 non est, quàm mos populi seu actus pub-
 licitus frequentatus.

2. Neq; tamen ex omni populi more,
 consuetudine seu actuum frequentia li-
 bera, ius oritur: sed in primis requiritur,
 ut mos ille rationalis sit & Reipub: uti-
 lis; fidei ac Religioni congruens: deinde
 ut non fiat ex legis antecedentis obliga-
 tione, cum potius tendat ad novi juris in-
 troductionem. Atq; hoc est, quod *Isid:*
 ait, *ius ex moribus populi ortum pro lege*
suscipi cum lex deficit. Igitur ad ius consue-
 tudinarium sive inducendum sive abro-
 gandum *Greg: IX. Pontif: Max: cap: cum*
tanto de consuet: duas conditiones exigit,
 nempe ut consuetudo sit rationalis &
 legitime præscripta: quarum cum DD.
 varia

varia

varia sit explicatio, iis omissis; asserimus breviter, eam consuetudinem esse rationabilem, quæ justæ legis condiciones includit, colligitur ex *Alexand: S. Pont. in Concil: Lateran:* id est, quæ non modo ex objecto justa & honesta est, sed etiam ratione adjuncta facilis, Reipub: utilis, Ecclesiasticæ libertati, & disciplinæ non contraria, à Sacris Canonibus tanquam irrationabilis & Ecclesiæ pernitiōsa non damnata, nec reprobata est. *L. 3. C. quæ sit longa consuetudo.* Nam cum consuetudo in locum legis succedat, æquum est eiusdem conditionibus eam honestari.

3. Cæterum, ut rationabilis consuetudo vim legis obtineat, præter supra dictas condiciones necessarium est. I. à majori saltem populi parte usu receptam esse, quod enim à majori parte efficitur ab omnibus effici censetur. *L. quod major 19. ff. de legib: ad municip: 2.* ut actus sint notorii non quidem notoreitate juris in iudicio contradictorio, quâ parte contradicente iudicatum sit per Iudicis sententiam, consuetudinem inductam esse: sed notoreitate facti, quâ palàm in conspectu populi constet, sic

fic frequentatos esse, ut probabiliter in
 communitatis notitiam devenire potue-
 rint. *Abbas in cap. ult: de consuet. 3.* Scientia
 & tacitus consensus potentis legem con-
 dere: namque in eo differunt. *cit. L. 35.*
sup: suar: libr. 7. de leg: cap: 2. lex sive insti-
 tutio, & consuetudo, quod in illa expref-
 sus consensus, in hac tacitus interveniat:
 tacite autem Princeps consentire & ap-
 probare censetur. *S. Thom: 1. 2. q. 97. à 3 ad 3.*
 si sciens populi morem, cum posset prohibe-
 re non prohibeat. 4. ut actus à majori
 parte populi certo tempore frequentati
 sint, animo inducendæ obligationis &
 consuetudinis. *Molin: tr. de just. disp: 77.*

4. Porrò cum triplex consuetudo distin-
 gui soleat secundum legem, præter legem,
 & contra legem, tradita à nobis definitio
 sup: & assignatæ conditiones tantum con-
 veniunt consuetudini, quæ est præter le-
 gem, quia hæc sola juris constitutiva est
 per tacitum consensum, ubi lex scripta per
 expressam voluntatem promulgata defi-
 cit. Quod verò attinet ad consuetudi-
 nem secundum legem (de qua sermo est
 Luc: 2. Cap. *ut facerent secundum consuetu-
 dinem.*

dicem legis pro eo:) illa supponit legem scripto vel verbo præexistentem, quam consuetudo approbat & confirmat. *Gratian. super cap: in istis dist. 4. l. 37. ff. de leg leges enim instituuntur cum promulgantur, firman- tur moribus cum utentium approbantur. Quare dictum, Glossæ & DD. in cap. sopita de cens: Quod duplici jure fulcitur is, cui & lex & consuetudo assistit. non ita accipien- dum est, Suar. sup. cit. lib. 7. cap. 4. num: 15. quasi leges per consuetudinem confirma- tæ duo sint vincula vel jura distincta, sed unum id verò firmitus magisq; indubita- tum, quippe virtualiter quasi ex duplici jure compositum.*

5: Quantum verò ad consuetudinem contra legem, per illam propriè non constituitur jus sed tollitur, quare non tam jus consuetudinis dici debet, quàm jus defues- tudinis: cujus conditiones brevi com- pendio duæ recensentur. *L. fin. cap: ult: de consuet: videlicet ut sit rationabilis, & le- gitimè præscripta. Prioris regulam assi- gnant nonnulli, videlicet eam consuetu- dinem, ut rationabilem censendam esse, quam jura ipsa non improbant, non leges,*
non

non Canones damnant; quæ peccandi occasionem non subministrat, non Divino juri naturali aut gentium repugnat. *Azortom. 1. lib: 3. cap. 17. q. 4. & alij.* sed contra est, quod multæ consuetudines receptæ sint, & contra Canones, leges, & jura inductæ eò, quod essent rationi conformes *Abbas cap. ultimo de consuet.* multæ etiam consuetudines illæso jure Divino naturali & gentium, sine peccato induci possunt, quæ tamen rationabiles non sunt. v.g. consuetudo jejunandi toto anni tempore, audiendi quot diè Sacrum, peregrinandi quovis triduo, disciplinandi quotidie, & castigandi corpus ad aliquot horas, quæ certè consuetudines rationabiles non sunt, præterquam quod vix casus dari posset, quo ex causa aliqua rationabili, consuetudo contraria legi, à tota communitate induci posset. Non ergò solæ consuetudines non repugnantes legi Divinæ aut naturali, sed etiam aliæ rationabiles non erunt, eæ scilicet quæ ratione destituuntur, etiamsi contra rationem non sint. *deducitur ex Alexand: III. Pont: in Concil: Lateranen: celebrato 1197.*

6. Modò

6. Modò difficultas restat, quo sensu dicatur consuetudo præscripta, videlicet ut distinguatur à consuetudine facti, quæ imperfecta est, ac veluti via ad præscribendum adversus legem. Et quidem Principe sciente & non contradicente, cùm facilè posset, sufficienter est præscripta, si legi bis tervè contraveniatur. *Azor tom: 1. libr. 5. cap. 27. q. 9. & q. 18. Mascard: Conclus: 424. n. 16. tenentes quod bis, ter fit, fieri frequenter. cap. ita nos 24. q. 2.* (Simplex autem tolerantia non excusat à legis contraventione, quia multa per patientiam tolerantur, quæ tamen non approbantur) *Cap: cùm jam dudum de præbend: §. verum.* Sive rò consuetudo inducatur ignorante Legislatore. *Sot: de justit: lib: 1. q. 7. a. 1.* nonnulli asserunt nullum tempus determinatè sufficere, sed arbitrio prudentis determinandum, ex qualitate negotiorum, & actionum pluralitate. Alii volunt pro lege civili sufficere 10. annos, pro Canonica 40. *Azor sup: cap. 4. q. 4.* sed probabile videtur, quod etiam ad abrogandam legem Canonica consuetudo 10. añorum sufficiat, quia cùm de illa nihil certi & pe-

culia-

culia
tur,
laus
var:
pace.
mini
que
cont
anni
in ho
disp:
clesi
Con
gis,
suffi
C
7. d
petio
riori
cont
tia f
nabi
deci
nite
quò
tra l

culiare jure Canonico statutum reperia-
 tur, censendum videtur ex jure civili; Pa-
 laustom: 2. tr: 10. disp: unica. pan: 4. n. 2. Co-
 var: lib. 1. c. 17. n. 8. Felin: in c. 1. de Tregua &
 pace. num. 13. Less: Suar: nam in obscuris quod
 minimum est, sequimur juxta reg: Jur: 9 ff. Ne-
 que paritas est, quod ad præscriptionem
 contra bona Ecclesiastica requirantur 40
 anni. Panorm: cap. fin: de consuet: n. 11. quia
 in hoc, ut ait Granad: 2. 2. contr: 7. tr: 3 p. 2.
 disp: 16. S. 1. n. 9. præscriptio tollit jus Ec-
 clesiæ in illa bona, etiam illâ nolente;
 Consuetudo verò tollit obligationem le-
 gis, ex tacito Legislatoris consensu, qui
 sufficienter dignoscitur decennio.

Cæterum Palatius in 3. sent: dist: 37 disp.
 7. docet, hujusmodi spatium & præscri-
 ptionem esse necessariam pro foro exte-
 riori, ut Judex judicet pro consuetudine
 contra legem, pro foro autem conscien-
 tiæ sufficere, quod consuetudo sit ratio-
 nabilis; quæ opinio an probabilis sit, alii
 decidunt, nam contra illam stant commu-
 niter DD. Suar: lib. 7. de leg: c. 18 asserentes,
 quòd qui introducunt consuetudinē con-
 tra legem, toto tempore, quo consuetu-
 tudo

tudo

do non est legitimè præscripta, peccent; quia nullâ ratione excusantur: Lex enim obligat, dum contraria consuetudo non est legitimâ præscriptione introducta: Quam opinionem pariter extendendam censeo ad casum, in quo lex præscriptioni seu contrariæ consuetudini resistit: nam præscriptio ex Legislatoris seu Principis voluntate vim suam accipit: ergò eo resistente procedere non potest, quare hanc regulam tradunt *Innocentius & Abb. n. 5. inc. ult. Consuetudo contra legem non valet, si lex resistat Menoch. de arbitr. q. libr. 1. Casu 83. Sylvest. verb. Consuet. q. 2. & argum. c. 1. de Consuet. in 6. & c. 1. & 2. de præscript. eodem.*

7. Controverti potest ex principiis prioris theses, an consuetudine immemoriali, id est, cuius initii nulla extat memoria, adversus talem legem præscribi potest? *Resp: 1.* Si lex derogatoria consuetudinis utatur clausula illa generali *Consuetudine quâlibet contrariâ non obstante, & nihil aliud exprimat aut significet, videtur tantum tollere consuetudines existentes, non autem se extendere ad futuras,*

ras, ideoq; nihil obstat aduersus talem legem etiam receptam præscribi.

Resp: 2. Si lex generali clausula prohibeat quamcunq; consuetudinem contra legem induci, & nihil aliud significet, non censetur *Abb: in cap. ult: n. 35. de præscript.*

Covar: 3. resol. c. 13. n. 5. Mascard: de probat: Concl: 1371. num. 45. tali prohibitione comprehensa consuetudo immemorialis, siquidem hæc maiorem quam aliæ consuetudines vim, & authoritatem habet.

L. hoc iure §. aquæductus ff. de aqua quot. &

est: ergò necesse est, ut ei specialiter & expressè per legem derogetur. *Resp: 3.* Si lex præfertim Canonica non prohibeat tantum, sed reprobet & damnet consuetudinem tanquam irrationabilem, intelligitur etiam de immemoriali, ut apertè constat ex cap: 1. de consuet: in 6. ubi corruptela vocatur consuetudo immemorabilis, quâ aliquis sine sedis Apostolicæ dispensatione duos personatus, dignitates, vel officia perpetua unâ cum Canoniâ sive præbendâ in eadem Ecclesia obtinet.

Nam præscriptio aduersus legem consuetudine perfici debet, cum consuetudo facta

Et sit quasi via ad præscriptionem sive consuetudinem Juris præscriptam. Ex quo sequitur, si consuetudo à legibus irrationabilis & iniqua iudicata fuerit, non posse ex ea præscriptionem, sive consuetudinem Juris præscriptivam oriri, nisi, ut aliqui excipiunt apud Rochum, consuetudo inducatur sciente ac patiente Principe: quod licet aliàs verum sit, tamen non puto esse propriè dictam exceptionem à doctrina traditam, si enim Princeps sciens, consuetudinem permittat adversus legem induci, cùm illam, si vellet, prohibere posset, tunc lex non propriè per præscriptionem, sed per tacitam Principis revocationem abrogatur, ut proindè mirum non sit, neq; legitimi temporis diurnitatem, neq; bonam fidem in hoc casu requiri.

8. Verùm hoc loco objectio solvenda est: Nam quidquid per privilegium aut dispensationem Principis obtineri potest, id etiam per consuetudinem temporis immemorialis introduci posse videtur, quia tanti temporis possessio vel consuetudo facit præsumptionem tituli seu privilegii

five
 Ex
 s ir-
 non
 ue-
 ut
 ue-
 ci-
 non
 n à
 iēs,
 le-
 be-
 ræ-
 re-
 mi-
 liu-
 ca-
 da
 aut
 est,
 ris
 ur,
 ue-
 ori-
 gii

vilegii, ut volunt DD. *ex cap: 1. de præscript:*
in 6. ergò, si versemur in casu seu facto ali-
 quo, quod non ita juri naturali vel divino
 repugnat, quò min^o saltem persuñi Pon-
 ficis consensum ac privilegium honestari
 possit, v. g. ut laici decimas percipiant, ut
 jurisdictionem aliquam in personas Ec-
 clesiasticas exercean, vel iis aliquam Col-
 lectam imponant; ut in eadem Ecclesia
 duæ dignitates cum Canonica obtinean-
 tur &c. Sequitur in ejusmodi casibus eti-
 am consuetudinem immemorialem in-
 troduci posse. *Resp.* Hoc nullo modo con-
 cedendum, atq; regulam illam. *Quasibilia*
privilegio sunt etiam quasibilia consuetudine,
aut præscriptione necessariò limitandam ef-
se Felin: in cap. accedentes n. 15 de præscript:
ibid: Abb. n. 3. Rochus S. 3. n. 33. si lex con-
 suetudinem tanquam abusum & corru-
 ptelam improbet ac damnet, nam præscri-
 ptio locum habere non potest, si jus ali-
 quem faciat incapacem possessionis & in-
 dè consequentis præscriptionis, sicut vi-
 dere est in jure decimarum, quòd cum ex
 propria institutione sua Ecclesiasticum
 sit, in laicum cadere non potest, nisi ex

speciali & legitima Ecclesiastici Prælati
concessione aut Privilegio: ergò nisi ali-
quis cum præscriptione talis tituli possi-
deat, nunquam præscribere poterit, quia
incapax est præscribendi. Hæc autem ra-
tio similiter locum habet, quotiescunq̃ue
jura aliquam consuetudinem ut irratio-
nabilem damnant, nam hoc ipso reddunt
eam inefficacem ad præscriptionem in-
troducendam, vel quod eodem redit, u-
tentes tali damnatâ consuetudine red-
dunt jure inhabiles ad præscribendum
adversus legem, quandoquidem consue-
tudo per quam lex introducit, rationa-
bilis esse debet.

9. Prævalere tamen poterit consuetu-
do *Rochus loco cit. Abb. in cit. cap: accedentes.*
quamvis Jure Ecclesiastico reprobata,
his casibus. 1. Si scientiâ & patientiâ Prin-
cipis liberâ adjuvetur, quamvis hanc non
esse propriè dictam præscriptionem supra
dictum sit. 2. Si consuetudo præsumpto
aliquo titulo adjuvetur v. g. constante fa-
mâ privilegii concessi, quod diuturnitate
temporis amissum sit; *nam fama dat justam
causam credendi, Cravetta de antiq: temporum*
par.

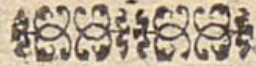
par. 5. §. materia ista. tunc enim præscri-
 bens non fundatur in mera possessione
 aut consuetudine, sed in titulo, ex quo
 capax fiat possessionis, consuetudinis, ac
 deniq; præscriptionis cum bona fide, sicut
 præter alios notavit *Mascard. concl: 1371.*
n. 32. Si nimirum testes adsint, qui dicant
 semper fuisse constantem famam & opi-
 nionem, tale jus alicui competere ex spe-
 ciali concessione Feudi, vel privilegii Pon-
 tificii, eâq; ratione & præscriptione Juris
 aliquem possedisse à tempore, cujus initii
 etiam ex auditu & relatione Majorum
 nulla sit memoria. Difficultas exurgit,
 utrum ad præscribendum adversus legem
 requiratur bona fides? Negativam te-
 nent nonnulli *Salas hic disp: 19. S. 4. Sanch:*
lib: 7. disp: 4. n. 14. putantes consuetudi-
 nem ex malis & illicitis actibus convale-
 scere, & legem abrogare posse: quæ sen-
 tentia haud dubiè vera est, si Princeps sci-
 at, toleret, ideoq; tacitè abrogationi con-
 sentire censeatur: Sin verò loquamur de
 præscriptione adversus legem Principe
 ignorante, videntur docere aliqui, sicut
 ad omnem aliam præscriptionem, ita eti-

am ad eam, quæ aduersus legem tendit, bonam fidem requiri sine qua impossibile sit consuetudinem præscriptivam inchoari, cum ea iusta & rationabilis esse debeat *Azor lib: 5. cap: 17. q. 6. Gloss: in cap: non est. de consuet.* Sed probabilius ducimus (etiam sub data distinctione Principis ignorantis) introduci consuetudinem contra leges per actus formaliter malos, & à Principe punibiles: *Panor: in cap: Ioannes de Cler: Conjug: & alij complures Canonista cum Suar. hic cap: 18.* imò etiam si Princeps vel Legislatoꝝ prohibeat induci consuetudinem contra suam legem, si non omninò deroget, probabile est prævalituram; *Navar in comment. de spolijs §. 14. Salas de leg: disp: 19. S. 7.* quia quod ad præscribendum dominium rei privatæ requiratur bona fides cum titulo v. g. emptionis, donationis, & aliquando factæ, & quod probabiliter existimem rem esse meam, id fit, quia non decet fovere furta, & latrocinia: quæ certè foverentur, si malâ fide rem alienam possidenti præscriptio favoriseret: at verò consuetudo induci potest cum mala fide: quia non obindè transf-

gres-

gressores legis foventur, cum facile possit
 Princeps consuetudinem interrumpere,
 & legem suam renovare. *Tuscius verb: con-*
suet: Concl. 801. Adde præscriptionem pri-
 vare aliquem dominio & jure acquisito,
 & hoc irreparabiliter ad vitandas lites,
 quod non erat conveniens concedi malâ
 fide possidenti: at consuetudo adverfa le-
 gi neminem jure suo privat, sed solum re-
 movet obligationem legis, quàm facile
 potest Legislator renovare & stabilire de-
 nuò; si id expediens bono comuni judi-
 caverit. nec dicas consuetudinem ex acti-
 bus illicitis convalescentem non esse ra-
 tionabilem: quia non intelligitur hoc sensu
 consuetudinem debere esse rationabi-
 lem, quod sit sine peccato contracta, sed
 sufficit, quòd participet conditiones justæ
 legis, & quòd non sit prohibita contra le-
 gem induci jure humano. Cæterum tam-
 etsi primi temerè & non sine culpa legem
 Reipublicæ utilem transgredientes, præ-
 scriptionem re ipsâ inchoare non potue-
 rint horum tamen successores videntes
 legem ab antecessoribus suis observatam
 non esse, existimare possunt, & in dubio

præsumere illos habuisse justam legis non
servandæ causam, & illorum vestigiis in-
sistentes præscriptionem inchoare vel
quasi bonâ fide inchoata fuisset,
tandem perficere.



PER-