

DISSERTATIO IVRIDICA

DE

CONSVE TV-

DINE,

QVAM

DIVINA GRATIA ANNVENTE,

SVB PRAESIDIO

*Amplissimi, Consultissimi atq; Excellen-  
tissimi Viri,*

DN. HENRICI Sahn I. V.

Doctōris & Professoris in illustri Iulia

Ordinarii eminentissimi,

Domini Praeceptoris atq; Patroni sui summā  
observantiā aeternūm co-  
lendi,

*Placida disquisitioni publicè submittit*

IOHAN SAMVEL Brunner.

IN NOVO IVLEO

d. X. Iunii.

••) o (••

HELM AESTADI,

Typis HENNINGI MULLERI, Acad. typ.

Anno clb lbc XLIII.

jur. civ.

20, 12



VIRIS

Magnifico, Nobilissimis, Amplissimis, Consultissimis & Excellentissimis,

Dn. D. GEORGIO ADAMO BRUNNERO, ICTO Eximio atq; Celeberrimo, Hereditario vff Mueheln an der Saal / ArchiEpiscopat<sup>us</sup> Magdeburgici Consiliario meritissimo Eminentissimo, Domino suo Patruo, Mecœnati, Promotori & Patrono parentis instar submissè venerando,

Dn. BARTHOLDO Struven / ArchiEpiscopalis Iudicii Magdeburgensis Præfecto longè Dignissimo,

Dn. IOHANNI CRULLIO, I. V. D. Eximio, Reverendissimi Capituli Ecclesiæ Metropolitanæ Magdeburgensis Syndico & Consiliario Gravissimo.

*Dominis, Affinibus, Patronis, Promotoribus atq; Fautoribus suis magnis & submissè colendis.*

Hanc Disputationem & exercitium Iuridicum

*In gratitudinis & observantiæ debite testimonium & ulteriorem sui commendationem humiliter offert & dedicat,*

Iohan Samuel Brunner /  
Aut. & Resp.



## Thesis I.

**N**on rarum esse in jure civili divisiones dici summas, præcipuè illas, quæ principales sunt & reliquas continent, longa probationum serie non indiget. Notum enim hoc est ex divisione *de iure personarum*: quod omnes homines aut liberi sint aut servi, *pr. Inst. de iur. person. l. 3. de stat. homin. obligationum* in Civiles & Prætorias, *§. 1. Inst. de Oblig. actionum* in eas, quæ in rem sunt & quæ in personam, *§. 1. Inst. de Act. interdictorum* in prohibitoria, restitutoria & exhibitoria, *§. 1. Inst. de Interdictis*; quas singulas Imperator summas appellat. Cum autem istæ divisiones dicantur summæ, quod sint præcipuæ & maximæ, quæ tamen tantum particulas & materias certas in jure concernunt; certè multò justius divisio juris civilis *in scriptum & non scriptum*, *§. 3. Inst. de I. N. G. & C. l. 6. ff. de Inst. & iure: ibi. constat ius nostrum aut ex scripto, aut sine scripto*; summa erit dicenda. Est enim divisio ejusmodi, quæ non partem aliquam, aut materiam certam; sed universum jus civile concernit, adeoque etiameò diligentius consideranda. Etenim prima hæc est & quasi in tabella aut charta supremo loco ponenda (quod Bachovius de divisione personarum, *ad pr. Inst. de iur. person.* dicit, atque huic divisioni juris aptè accommodari potest). Siquidem, jus scriptum continet jus civile, in specie ita dictum, quod iterum complectitur Leges, Plebiscita, Sæta, Constitutiones, Responsa prudentum; & jus honorarium, ubi edicta tum Prætorum, tum Ædilium Curulium: Continet etiam jus Municipale sive statutarium, quod non minùs ad jus scriptum pertinet.

Summa divisio juris in scriptum & non scriptum sive consuetudinem.

pertinet. Et his omnibus, ut juri scripto, opponitur jus consuetudinarium sive non scriptum, quod sine scripto constat, §. 9. *Inst. de l. N. G. & C. l. 32. 33. & 35. ff. de ll.* quodq; sine sanctione diuturnis moribus utentium consensus tacitus comprobavit, d. §. 9. cum illud publicam sanctionem atq; promulgationem requirat. Eodem modo dividitur jus à jure Canonico, c. 2. *dist. 1. ubi dicitur, ius legibus & moribus constare.* Prætermisso autem altero divisionis hujus membro, jure scripto, de jure non scripto seu consuetudine, cujus materiam profundam, utilem & quotidianam dicit Iason, *in l. 32. pr. ff. de ll.* pro ingenii modulo instituetur hæc dissertatio. Quod ut felix faustumque sit, supremum Numen submissem rogo.

Consuetudinis Etymologia.

II. Dicitur autem consuetudo à consvetus, quod à consvesco, id est, crebrò aliquid agendo mihi quasi habitum acquirō in illa actione, ita ut id ipsum semper facere soleam, & ferè aliter agere non possim: Germanicè ich Gewone. Hinc consuetudo dicitur altera natura; quia tam tenaciter inhæret, ut vix difficillimo labore iterum tolli queat. Consvetus dicitur is, qui aliquid, quod idem sæpius hætenus fecerit, facit aut facere solet. Vnde Aristot. *1. Rhet. c. 10.* dicit, consuetudine ea fieri, quæcunq; homines, quia sæpè fecerunt, faciunt. Inde est consuetudo, quam exercitatione gigni Cicero *in Oratore* ait, Germanicè Gewonheit / Gebrauch / Herkommen / Observanz.

Homonymia.

III. Variè autem accipitur vox Consuetudinis (1) pro familiaritate & conversatione, ut passim apud Ciceronem sumitur. *In Lelio, inquit: Auxit benevolentiam consuetudo. lib. 4. Fam. Epist. 6. ait: Major mihi levatio afferri nulla potest, quam conjunctio consuetudinis sermonumq; nostrorum. Et lib. 5. Ep. 15. lib. 6. Ep. 9. & alibi in eadem significatione usurpat.* (2) pro assuetudine, ut quando quis dicitur laborem, frigus, ferre &c. & ita competit etiam brutis animalibus, quæ dicuntur ex consuetudine evolare, revolare, abire, redire, consuetudinem deseruisse, §. 15. *Inst. de Rer. divis.* Vid. Rochus de Curte *in Enarrationibus c. cum tanto. de consuetudine, in præfat. n. 18.*

in qua significatione de naturalibus actionibus solum dici videtur. (3) *pro more circa actionem aliquam humanam, indifferentem tamen*, ut quando Cicero, se contra consuetudinem suam pluribus scripsisse, ait. (4) *pro habitu sive bono sive malo*, Rochus de Curte d. l. n. 19. ut si quis dicatur consueuisse liberalis, modestus, avarus aut morosus &c. esse. (5) *pro amabiliori complexu foeminarum & concubitu*, l. 24. ff. de rit. nupt. (6) *pro materia consuetudinis*, nempe actionibus & moribus consuetudinem praecedentibus eamque inducentibus, ut quando l. 32. ff. de ll. moribus & consuetudine aliquid introduci dicitur; & hoc modo dicitur consuetudo facti esse, inc. 1. de constitut. in 6. & probari debet, Paul. de Castr. in d. l. 32. n. 5. de ll: Hilliger, in Donell. Enucl. lib. 1. c. 10. lit. B. (7) *pro ipso iure, quod resultat ex usu & moribus diuturnis*, prout hoc loco accipitur, ex rubr. ff. de ll. & longa consuetudine, & l. 32. & seqq. eod. Vnde est distinctio Dd., quod consuetudo alia sit facti, quae est mos & usus & probari debet: Sebast. Medices tr. de ll. statutis & consuetudine: alia juris, quae resultat ex usu hominum. Et haec pro lege habetur nec probatione opus habet. Rochus de Curt. d. l. Vid. Clariss. Dn. Praeses in Not. ad Wesenb. parat. tit. de ll. n. 9. verb. consuetudo. & verb. ius ex non scripto veniens.

IV. Notandum verò adhuc, consuetudinem, quatenus jus non scriptum denotat, iterum dupliciter dici: (1) *strictè*, pro ea, quae fit in statu populari sive Democratico, arg. d. l. 32. §. 1. l. 35. ff. de ll. (2) *latè & vulgariter*, pro quocunq; jure non expresso consensu inducto; atque sic etiam aliarum Rerumpublicarum, universitatum, civitatum & vicorum, qui habent jurisdictionem & formam aliquam gubernandi polent, arg. l. 1. & l. ult. C. quae sit long. consuet.

V. Synonymia consuetudinis praecipua est, quod dicitur (1) *mos*, c. mos dist. 1. ibi. *mos est consuetudo de moribus tantummodo tracta. l. 18. C. de testam.* cuius vocis triplicem significationem Dn. Praeses loc. cit. verb. moribus notat. (1) pro singulari humano actu accipi. (2) pro habitu ex frequentia similibus actuum genito. (3) ut idem sit quod consuetudo seu jus consuetudinarium sive non scriptum. (2) quod consuetudo

Synonymia.

dicitur *usus longavus*, l. 2. *C. qua sit long. consuet.*: c. 9. *de consuet.*  
(3) *ius non scriptum*, d. §. 9. *Inst. de I. N. G. & C.* (4) *ius consue-*  
*tudinarium*. (5) *ius longâ utendi consuetudine comprobatum*: l. 35.  
*de ll.* (6) *ius quod firmavit consuetudo*, l. pen. *ead. tit.* Iung. Emund.  
Merill. *variant. interpret. ex Cuiac. lib. 1. c. 1.*

VI. Passim autem & variè definitur vel describitur  
consuetudo. Imperator d. §. 9. *Inst. de I. N. G. & C.* describit eam,  
quod sit jus, quod usus approbavit: item, diuturni mores  
consensu utentium comprobati. Iulianus *in d. l. 32. ff. de ll.* vo-  
cat eam jus, quod moribus est constitutum: item, jus quod  
sine scripto populus probavit. *Inc. 5. dist. 1.* definitur, quod  
sit jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipi-  
tur, cum deficit lex. Bartol. *in d. l. 32. n. 6.* dicit esse jus non  
scriptum, moribus vel usibus populi vel à maiore parte ipsius  
ratione initiatum & continuatum & introductum, habens  
vim legis. Cuiacio *in parat. C. qua sit. long. consuet.* Consuetu-  
do est jus non scriptum, quod usus populi frequens & invete-  
ratus communi assensione comprobavit. Et ad eundem ferè  
modum VVesenbecio *in parat. ad tit. de ll.* dicitur jus civile  
diuturnis utentium moribus sine scripto inductum. Prolixi-  
us Rennemanus *de principiis iuris disp. 5. th. 1.* definit, quod sit  
jus tacito populi consensu per diuturni usus frequentes a-  
ctus ex præterito tempore cum ratione æquitatis probabili  
paulatim insinuatam. Et adhuc prolixius Anton. Piaggius  
*tr. de iure consuetud. q. 1.* huncque secutus Paul. Christinaus  
*in not. & comment. in leg. municip. Mechlin. in pralud. n. 2. & 3.*  
Nos definitionibus istis suo loco relictis, *consuetudinem* in  
Definitio. stricta significatione dicimus esse *ius tacito consensu populi usu in-*  
*ductum.*

VII. *Ius* est consuetudo, h. est, iustum, cum juris civilis  
sit species, iisdemque cum lege gaudeat effectibus. Inve-  
rata enim consuetudo pro lege & jure non immeritò custo-  
ditur, d. l. 32. ff. *de ll.* pro jure & lege observatur, l. 33. *ead.* nec  
minus quam jus scriptum servatur, l. 35. *ead.* imitatur legem  
d. §. 9. *Inst. de I. N. G. & C.* Vnde & vim obligandi tam ad pœ-  
nam, quam ad obedientiam habet *arg. pr. Inst. de offic. iudic.*, qui  
proprii effectus sunt legis & juris.

VIII.

VIII. Dicitur præterea *usu introductum*, scil. rebus  
ipsis & factis *d.l.32. de ll.* quia expressam sanctionem & pro-  
mulgationem respuit. In hoc enim consistit essentia con-  
suetudinis & differentia specifica, quod tacito populi con-  
sensu per usum introducatur, Bachov. *in not. ad Vvesenb. parat.*  
*tit. de ll. n.9. & in comment. ad d. §.9. Inst. de I.N.G. & C. item, in com-*  
*ment. ad 1. part. ff. de divisione & speciebus iuris, & de consuetudine n.1.*  
Scriptum verò jus expressam sanctionem & voluntatem re-  
quirit; unde & statim ac sancitum est vim ac potestatem ha-  
bet obligandi: Consuetudo longo demum tempore & usu di-  
uturno, patefacto sc. populi consensu, vim juris nanciscitur.  
Paul. de Castr. *in d.l.32. n.7. & 8. Bachov. ad Trentl. disp. 1. th. 9.*  
*lit. E. verb. quod in statutis*, Bodin. *de Republ. lib. 1. c.10. in primo*  
*capite Maiestatis*. Et hinc juri non scripto sive consuetudi-  
ni communiter accidit, quod nullâ scripturâ constet, quam-  
vis memoriæ causâ in scripturam redigi possit, salvâ manen-  
te ejus substantiâ. Distinguendum tamen, an scriptura fiat  
tantum memoriæ causâ, an verò per modum sanctionis ex-  
pressæ ab eo, penes quem est juris concedendi potestas? illo  
casu suam naturam tenet immutatam consuetudo; hoc casu  
transit in legem & suam naturam mutat. Bachov. *ad Trentl.*  
*disp. 1. th. 9. lit. C.* Nam si Princeps consuetudini sanctionem  
subjiciat, legem efficit. Bodinus *de Republ. lib. 1. c.10.*

IX. Non autem carent homonymiâ verba: *non*  
*scriptum ius*; non enim uno modo usurpantur, cum etiam jus  
gentium & naturæ jus non scriptum dicatur. Cicero enim  
*in partit. orator.* duas species ponit juris non scripti, cum men-  
tionem facit eorum, quæ sine literis jure gentium & more  
majorum retinentur. Responsa quoque prudentum, quæ  
tamen §.3. *Inst. de I.N.G. & C. & l.7. pr. ff. de I. & I.* ad jus scri-  
ptum referuntur, veniunt nomine juris non scripti, cum Pom-  
ponius *l.2. §.5. de Orig. iur.* jus autoritate prudentum sine  
scripto venire dicat; habito sc. respectu illius juris quod  
12. tabb. continebatur, sic quidem, ut tunc omne jus aut scri-  
ptum esset aut non scriptum. Scriptum 12. tabb. compre-  
hensum; non scriptum fori disputatione receptum, *arg. d.l.2.*  
*§.4. &*

§. 4. & 5. de orig. iur. Vid. Ravard. de Auctorit. prudent. c. 14. Bachov. in Comment. ad 1. part. ff. de divisione & speciebus iuris, item, de respons. prud. Pacius in Isagog. ad tit. de Orig. iur. n. 2. & Cent. 1. ll. concil. quest. 8.

Divisio.

X. Porro dividitur consuetudo non uno modo, imprimis tamen, quæ: in genere sumitur, in *Universalem* & *Particularem*. *Universalis* ein allgemeine durchgehende Gewonheit / allgemein Gebrauch oder Herkommen / quæ in toto aliquo Imperio obtinet & omnes ligat, quales modò sunt consuetudines Feudales, & aliæ multæ quas solerti opera imprimis observarunt duo illa Cam. Imperial. quondam lumina Gailius & Mynfingerus, quæ vim juris & obligandi in toto Imperio Rom. habent & pro jure communi observantur. *Particularis seu localis* Ländische oder localische Gewonheit / quæ saltem in aliqua parte Imperii tenet vel in certo loco viget, l. 1. C. quæ sit long. consuet. nec alios extra illam Imperii partem obligandi vim ac potestatem ullam habet. Ejusmodi sunt consuetudines diversarum regionum, ditionum, territoriorum, civitatum, oppidorum & vicorum, quorum ferè singuli propriis utuntur consuetudinibus, arg. l. ult. C. quæ sit long. consuet. Vid. Barthol. Chastan. ad consuet. Burgund. Boer. ad consuet. Bitur. Carol Molinæ ad consuet. Parisiens. Schepliz. de consuetud. Marchiac. Hardvvig. à Dassel. de consuetud. Lunenburgicis, &c. Vnde etiam Assessores Cam. Imperialis jurare tenentur daß sie nach des Reichs gemeinen Rechten / &c. Item / nach redlichen erbahren vnd Ländischen Ordnungen / Statuten vnd Gewonheiten der Fürstenthümer / Herrschafften vnd Gericht dem Hohen vnd Niedern gleich richten wollen. Kayserl. Cammergerichts Ordnung / p. 1. tit. 57. lung. th. sez. 11. VVesenbec. in parat. tit. de ll. n. 9. dividit consuetudinem in generalem & specialem; solent etiam Dd. eiusdem facere quatuor species. videlicet *Universalem*, *Generalem*, *Specialem* & *Specialissimam*, VVesenb. d. 1. Sebast. Medices tr. de ll. statutis & consuetud. part. 2. quest. 14. n. 2. Rochus de Curte d. tr. in prefat. n. 21. ubi etiam alias recenset divisiones. Petrus Ravennas in Enarr. d. c. in Tit. de consuet. sect. 3. n. 43. Pacius in Isagog.



*Isagog. ad tit ff. de ll. n. 6.* Verum hanc, ut ineptam, non immeritò reijcit Bachov. *in not. ad Vvesenb. parat. d. l.*

XI. Expositâ hætenus consuetudinis tum definitione, tum divisione: agendum jam est de ejus *introductione*, ubi Primò videndum, quis consuetudinem introducat? Dicitur autem suprâ in definitione, quod ea sit jus tacito populi consensu introductum. Inde manifestum est à *populo* introduci consuetudinem, *d. l. 32. ff. de ll.* Nam cum ipsæ leges nulla ex alia causa nos teneant, quàm quòd iudicio populi sint receptæ; meritò &, ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Quæ enim procedunt ab eadem causa, ea, causâ æquabiliter operante, eundem producant effectum. Sic cum populus vim ac potestatem habeat jus condendi; sive id expressè sive tacitè fiat, nihil obest. Nam suffragio voluntatè suam populus declaret verbis an factis, quid interest? *d. l. 32.* Et hoc in populo libero nihil habet dubitationis, de quo verba citata *d. l.* loquuntur, quippe, qui juris condendi habeat potestatem; in eo autem qui superiorem recognoscit, ut in civitatibus, præsertim provincialibus, plus id habet difficultatis, cum ibi deficiat juris condendi potestas. Cum autem Majestas nulla sit penes ejusmodi populum, sequitur quoque, quod ille inscio & non permittente vel Principe vel alio supremo consuetudinem inducere nequeat. Requiritur ergò scientia & patientia Principis. Nam si quid fiat aliquo sciente &, cum impedire posset, permittente, eandem vim habet ac si ipse fecisset. At tamen locum habet circa hanc quæstionem distinctio consuetudinis in universalem & particularem. Illam enim nullo modo potest introducere ejusmodi populus, ut extra suæ jurisdictionis limites vim habeat juris & obligandi. Particularem potest; sed non nisi, ut diximus, sciente & permittente superiori; nisi forte ejusmodi sit consuetudo, quæ nec Principi nec alij præjudicium pariat, & non adeo magni sit momenti. Princeps enim, cum ipsi competat soli jus subditis leges condendi, non tenetur populo, ut subditis suis, permittere, pro lubitu jus introducere moribus; fieret enim

B

hoc

Introdu-  
ctio con-  
suetudinis  
ubi  
(1) de popu-  
lo introdu-  
cente.

hoc in ipsius præjudicium ipsiusque potestas minueretur; & licet consuetudo, cum sensim innotescat, antequam Principi manifestetur, aliquandiu valeat, non tamen hoc fit jure, sed de facto. Adeoq; vim juris consuetudo ejusmodi ex se nunquam habebit; à populo enim subdito introducitur ex eo, quod ab Imperio habente toleratur, ut inquit Hugo Grotius *de iure bell. & pac. lib. 2. c. 4. n. 5.* Vid. Bodin. *de Republ. lib. 1. c. 10. in primo capite Maiestatis.* Rochus Curtius *d. tr. sect. 4. n. 24. & seq.* VVesemb. *d. l. n. 9.* & Bachov. *in not. ad VVesemb.* Hinc si populus habeat jurisdictionem ejusmodi, quâ pro utilitate sui vel territorij sui jura facere potest, ut sunt civitates imperiales liberæ, nullus dubito, quin hac ratione consuetudinem etiam inscio Imperatore introducere queat, modò directò non contrarietur juri vel legibus communibus, aut deroget juri Imperatoris. *Vid. N. A. zu Augsprug anno 1550. §. vnd nach dem re. ibi: hin vnd wieder in Stätten vnd Flecken alte Gebräuch vnd Gewonheiten hergebracht die der Polizeiordnung auch gemeinen Nus re. zuwieder sein sollen re. Add. Bachov. ad Treutl. d. l. lit. D. verb. hodiè in consuetudine generali, & omninò Dn. Præses, d. l. n. 9. verb. non contradicat.*

(2) de consensu populi:

XII. Porrò debet introductio fieri à populo consentacito per usum, unde jam *de tacito consensu* erit agendum. Consentire etenim in hoc debet populus, ut consuetudo introducatur. Nam absque consensu populi non introducitur, siquidem animus consuetudinis adesse debeat, Rochus de Curt. *d. tr. sect. 4. n. 2.* quippe actio est ejusmodi introductio, rationis operationem requirens, quæ absque consensu perfici nequit. Hinc præsupponitur scientia; quia absque scientia & notitia rei, in quam quis consentire debet, consensus nullus esse potest. Inde etiam excluditur error, qui consensui contrariatur; unde per errorem inducta consuetudo nulla est. Absurdum enim est, jus, quod æquum & bonum esse debet, ex errore nasci. Andr. Gail *lib. 2. observ. 31. n. 11.* Et hæc de errore circa consensum populi sunt intelligenda. Secº est in errore, qui in initio consuetudinis fuit. Nam si iste error levis sit, & consuetudinem non reddat irrationabilem, occasi-

occasionemve peccandi præbeat, & accedat consensus populi, ex eo nasci potest consuetudo, *per l. 39. ff. de ll.* Ioh. Fab. *in d. §. 9. de I. N. G. & C. n. 7.* Deinde cum de initio consuetudinis rarò constare possit, nec illud adeò consideretur, VVesemb. *in parat. d. l. n. 9.* fieri potest, ut multæ consuetudines ex errore initium habeant, quæ tamen postmodum pro consuetudinibus servantur. Vid. Curt. *d. tr. sect. 4. n. 1. & 3.* Petr. Ravennas *d. l. sect. 3. n. 59.* Christoph. Porcius *in d. §. 9. de I. N. G. & C. n. 9.*

XIII. Neque verò quilibet consensus hic sufficit, sed requiritur ut *tacitè* consentiatur, ita ut inter populum Tacitò. nulla convocatio nec ulla deliberatio præcesserit de consuetudine introducenda; sed actus animis utentium sine mentione juris sint insinuati, imprudentibus quasi, & populi voluntas primum obscurè, deinde apertè ipsis rebus & factis concilietur. Et ita tantum gratiæ & potentiæ acquirit consuetudo, ut cum lege postmodum eandem vim ac potestatem obtineat, jure quidem æqualem, verùm gratiâ & benevolentiam tum acceptiorem, tum stabiliorem. Non enim iussa fuit unquam aut imperata, sed ultrò & liberè suscepta atque evocata, magnoquè omnium favore libertatis, quam præ se fert, & populus semper amat atq; desiderat, accepta: Leges verò, quæ subjectionem apertius præsupponunt, imperantis jussu sæpè nolentibus & invitis dantur. Bodin. *de Republ. l. supr. cit.* unde & Chrysofomus legem tyranno consuetudinem Regi similem dixit. Vid. Reinking *de Regim. secul. & ecclesiast. lib. 2. cl. 2. c. 9.* Renneman. *d. disput. 5. th. 12.* Quod cum ita se habeat, rectè dicit VVesemb. *parat. de ll. n. 9. vers. consuetudinem autem, in fin.* inutiles planè hîc esse illas quæstiones, an induci possit consuetudo à muliere, à minore, ab uno homine &c. Tacito enim consensu cum introducatur atque latenter, is, à quo ortum habet, sciri non poterit. Et in prædicto tacito consensu consistit forma essentialis consuetudinis, quâ distinguitur à jure scripto, quòd hoc expressâ fiat sanctione & promulgatione, illud tacitâ.

XIV. Modus autem quo consuetudo introducitur (3) de usu.

in quo spe-  
ctantur.

ipsi actus,

usus est, d. §. 9. Inst. d. t. qui hic crebram exercitationem seu actus significat, ex quibus tacitus iste populi consensus colligitur: indeque consuetudo dicitur geübte Gewenheit. Et hinc Dd. inter requisita consuetudinis referunt frequentiam actuum & diuturnitatem temporis. Circa actus autem duo consideranda veniunt (1) ipsi actus; (2) numerus seu frequentia eorum. Actus ipsi debent non solum esse *possibiles atque honesti*, verum etiam *versari circa res possibiles honestas & licitas*. Nam obligatio nulla est rerum impossibiliū, l. 185. de R. l. turpium l. 26. de V. O. §. 7. l. de mand. & proinde nec jus ullū, aut consuetudo, cui necessarium consequens est obligatio. Rei enim non bonæ consuetudo est pessima. Tales itidem esse debent actus, ex quibus populus consuetudinem introduci voluit, utque eorum capaces sint illi, qui consuetudinem introducunt. Roch. Curt. d. tr. sect. 4. n. 32. Insuper sint actus de rebus, *qua lege prohiberi aut mandari possunt, nec mera facultatis, aut errore impliciti, non violenti, sed voluntarii; notorii & celebres, non obscuro & ambigui*, ut in notitiam populi pervenire possint, aut pervenerint: aliàs enim populi consensus exinde nullo modo probari poterit. Debent præterea esse *conformes*, l. 1. C. *quæ sit long. consuet.* & l. 3. C. *de Edific. priv. ibi: in eodem genere controversiarum*, siquidem ex actibus variis & difformibus nulla inducitur consuetudo, cum deficiat consensus probatio, qui est in idem placitum. Non debent esse contrariis interrupti, sed *continui*, cum etiam unus actus contrarius ejus perfectionem impediatur. Per ejusmodi enim interruptionem consensus populi, qui fundamentum est consuetudinis, læditur, & eo ipso, dum contrarium fit, à priori recessum esse præsumitur, ubi, quantum priores actus ponunt, tantum posterior contrarius destruit. Quod intelligendum, quando nondum perfectè constituta est consuetudo; quia tunc propriè interrumpi quid dicitur, si adhuc est in fieri. Vid. Roch. Curt. d. l. n. 66. Reinking. d. l. n. 17. Sive autem actus sint *judiciales sive extrajudiciales* nihil interest, quam opinionem communem esse testatur Gail. d. l. n. 8. Validiores tamen sunt ad introducendam consuetudinem, si *judicio aliquo contradictorio* sint

confir-

confirmati, & prout illustres magis aut minus fuerint, & contradictorio iudicio obtenti, eò facilius quoque consuetudinem constituunt, Bachov. *in not. ad Vvesenb. d. loc.* Neq; tamen necesse est, ceu diximus, ut iudicio contradictorio confirmati sint, sed sufficit aliàs ex actibus de consensu populi constare, quia etiam ex extrajudicialibus consensus populi constare potest, *arg. l. 28. C. de transact.* Nec obstat *l. 34. de ll.*, quia ibi non agitur de actu, quo consuetudo inducitur, sed re iudicata, per quam secundum consuetudinem inductam iudicatur, Bachov. *ad Trentl. d. disp. th. 9. lit. E. verb. etiam extrajudicialibus.* Vel dici potest cum Donello *lib. 1. c. 10. comment.*, & Hillig. *ibid. in enucleatione, in d. l. 34.* proponi consilium, non iussum: utilem esse illam explorationem, ut relevet ab onere probandi, aut certior sit probationis fides. Non enim inducit rerum iudicatarum autoritas consuetudinem, sed inductam probat. Hillig. *ibid. in not. lit. G.* In his autem multum opus est prudentiâ iudicis, qui consideret probè, an tales sint actus, quibus consuetudo introduci possit. Vid. Roch. Curt. *d. l. n. 34. 35. & seq.* Petr. Ravenn. *d. l. sect. 3. n. 5.* Sutholt. *dissert. 1. aph. 92.* Dn. Præses *in not. ad d. tit. de ll. verb. actuum frequentia.* Gail. *d. observ. n. 7. & 8.* Rennem. *d. disp. th. 10.*

XV. *Frequentia actuum* requiritur per *l. 1. C. qua sit long. consuet. l. 3. C. de Aedific. priv.* quamvis non tam ad inducendam consuetudinem, quàm ad eandem probandam. Consensus enim & voluntas, quæ facit consuetudinem, declaratur per frequentes actus. Sed dubium videri potest, quid per frequentiam hic intelligatur, quotquè requirantur actus. Aliàs enim frequenter fieri dicitur, non quod bis aut ter, sed assiduò & crebrò fit, per *l. 15. §. 22. ff. de in iur. & fam. lib.* Sanè unum actum non sufficere iure inter omnes constat, quia ex unico actu de voluntate populi iudicium fieri nequit, nec probari voluntas populi, Bachov. *in comment. ad prim. part. ff.* nisi fortè actus ille sit continuò successivus, qui ob oculos hominum quotidie versetur. Roch. Curt. *d. l. n. 43.* Tot itaque esse debent, ut ex illis de consensu populi constare possit; unde Bachov. *d. l. rectè Baldum dicere inquit, quod ad*

actuum  
frequentia.

minimum requirantur duo vel plures secundum casum e-  
 emergentiam. Cum verò in his non detur determinatio aut  
 certa regula, & quandoque plures requirantur, quandoque  
 pauciores, consequens est, quod hoc arbitrio iudicis sit re-  
 linquendum, ut in tot actus inquirat, quot investigare qui-  
 verit, & hos quidem ita notorios & celebres, ut in populi  
 notitiam pervenire potuerint: & æstimet, an inde populi vel  
 totius vel majoris ejus partis consensus colligatur. Vid. Me-  
 noch. *de arbitr. iudic. quest. cent. 1. cas. 81. n. 4.* Quod autem dici-  
 tur in allegatis *ll. de frequentia actuum in consuetudine*,  
 frequenter verò fieri dicatur, quod assiduò fit & crebrò; illud  
 intelligendum, quod communiter, regulariter & in thesi  
 hoc verum sit; cum non nisi ex frequentia actuum consensus  
 populi facile probari possit. In hypothesis tamen, ubi ex  
 duobus actibus vel uno successivo de consensu constat, quod  
 quidem rarò fieri solet; quin & hi sufficiant, non est dubitan-  
 dum; cum consuetudo unicè dependeat à consensu populi, &  
 non præcisè actuum frequentia requiratur. Ioh. Faber *in d.*  
*§. 9. de I. N. G. & C. n. 61. in fin.* Frequentia ergò hæc requiri di-  
 citur, habita consideratione ad communiter contingentia,  
 non ea, quæ interdum aut rarò fiunt, *arg. ll. 3. 4. 5. & 6. ff. de ll.*  
*Roch Curt. d. l. n. 43.* Vid. Bachov. *in comment. ad Inst. d. §. 9. &*  
*ad Treutl. d. l. lit. E. item in not. ad V. Vesenb. d. l. n. 9.* Curt. *d. tr.*  
*sect. 4.* Petr. Ravennas *d. tr. sect. 3. n. 29.* Sutholt. *d. dissert. aph. 92.*  
 Excell. Dn. Præses *d. l. Gail. d. l. n. 7. & 8.* Rennem. *d. disp. th. 10.*  
 Gorasius *de arte iuris, part. 2. c. 19.* Bocet. *class. 1. disp. 1. th. 47.* Petr.  
 Salazar *de usu & consuetudine c. 7. ubi n. 7. distinguit inter actus per-*  
*manentes & non permanentes.*

XVI. Et tantum de actibus eorumque frequentia;

& diutur-  
 nitas tem-  
 poris.

sequitur nunc requisitum *diuturnitatis temporis*, de qua *d. §. 9.*  
*Inst. de I. N. G. & C. ibi: diuturni mores, l. 32. ibi: inveterata consue-*  
*tudo, l. 35. ubi dicitur: per plurimos annos observata, & rubr. ff. de ll. &*  
*longa consuetudine, & l. 1. 2. 3. & rubr. C. qua sit long. consuetud.* Non  
 enim in momento temporis potest existere consuetudo,  
 quemadmodum lex, sed decursus temporis, intra quod actus  
 exerceantur, hic necessariò requiritur. Quantitas autem  
 tem-

temporis admodum est controversa, cum quidam requirant  
tempus immemoriale, quidam decennium, quidam 20. an-  
nos, quidam quadraginta; alii aliter statuunt, & confun-  
dunt consuetudinem cum præscriptione, cum tamen toto  
cælo hæc invicem differant. Nam præscriptio ob negli-  
gentiam dominorum & lites tollendas est recepta, quod ces-  
sat in consuetudine: & aliud est, agere de acquirendi mo-  
do, quò privati dominium sibi parant, ut in præscriptione  
& usucapione; & aliud de ratione juris introducendi, ut in  
consuetudine: cum illud ad privatos pertineat, hoc publi-  
cum sit & in univèrsam ad omnes in suo genere. Id quod  
præscribitur, oportet esse jus dispositum, quod privato per  
definitum tempus acquiratur: at consuetudo est jus dispo-  
nens, quod tacitus populi consensus inducit in univèrsam.  
Angel. ab Aret. *in d. §. 9. n. 9.* Quin tamen in multis eadem  
convenient, non negandum; cum in utraque decursus tem-  
poris requiratur, quamvis in præscriptione definiti, in con-  
suetudine indefiniti: interruptio quoque tam à consuetu-  
dine, quàm præscriptione abesse debeat: In præscriptione  
requiritur bona fides & justus titulus, in consuetudine bonæ  
fidei & justituli loco potest esse rationabilitas, quæ in ea  
requiritur; &, quemadmodum præscriptione jus acquiri &  
alterius jus tolli potest, ita quoq; in consuetudine tum ac-  
quiritur jus, tum tollitur. Vid. Bachov. *in comm. ad 1. part. ff.*  
*tit. de consuetud.* Hillig. *in Donell. Enucl. lib. 1. c. 10. in not. lit. E.* Ro-  
chus Curt. *d. tr. sect. 3. n. 1. & seqq.* Salazar *d. tr. c. 8. n. 2. & seqq.*  
Quando itaque consuetudo dicitur *præscripta*, non ita id in-  
telligendum est, ac in ea opus sit præscriptione, sed vox:  
*præscripta*, idem est ac *introducenda* & jam roborata, ad simili-  
tudinem præscriptionis, ut consuetudo *præscripta* idem sit,  
quod consuetudo *introducenda* & firmata, in qua jam populi  
consensus sit manifestus, & quæ sit in esse, habeatque effe-  
ctum juris & consuetudinis, ein hergebrachte Gewonheit / alt  
Herkommen. Et ita dicitur ad differentiam consuetudinis,  
quæ adhuc est in fieri & nondum introducenda plenè, quæ mos  
& usus appellatur, & vim consuetudinis nondum nacta est.

Roch.

Roch. Curt. *d. l.* Indeque rectè infert Angel. ab Aret. *d. n. 9.* non bonum esse argumentum à diuturnitate temporis requisita ad præscriptionem.

XVII. Licet autem nusquam in jure civili reperiat-  
tur definitum tempus consuetudinis introducendæ, haud  
dubiè tamen ea firmiter est, & certior, quæ longiori tempo-  
re obtinuit. Nam etiam breviori sæpe tempore circa fa-  
ctum aliquod plures actus intercedere possunt. Nec con-  
stat, quot anni tempus longum diuturnum & longævum  
faciant, cum particula *diu* interdum restringatur, interdum  
dilatetur. Restringitur enim interdum ad biennium, *ut in*  
*l. 56. ff. locati*, interdum ad quinquennium, *ut in l. 3. §. 3. iunc.*  
*l. 13. §. fin. ff. de re milit.* sæpe ad decennium, ut in usucapione  
& præscriptione, & *l. 16. §. 3. ff. qui & à quib. manum.* Dilata-  
tur interdum ad viginti & triginta, interdum ad quadragin-  
ta annos, *ut in l. 57. §. 1. ff. de rit. nupt.* Nec insuper epitheta hæc;  
*longum, diuturnum, inveteratum, longævum, antiquum* conveni-  
unt in quantitate temporis, sed alia majus spacium tempo-  
ris, ut *inveteratum, longævum, antiquum*, alia minus, ut *lon-*  
*gum, diuturnum*, denotare videntur, & tamen omnia de  
consuetudine prædicantur. Hinc est, quare diuturnitas tem-  
poris certò definiri non possit; sed pro rei, cujus consuetu-  
dinis mentio fit, adjectis ejusmodi epithetis; *longum, diutur-*  
*num, &c.* qualitate modò longius, modo brevius tempus si-  
gnificetur. Vnde id totum arbitrio judicis, ut viri pruden-  
tis, committendum, *arg. l. 1. ff. de iure deliber.* qui circumspèctè  
dijudicare poterit, pro cujusq; causæ, quæ in mores incidit,  
occurrentiumque casuum conditione, & aliarum circum-  
stantiarum varietate, tantum spacium temporis, (quod me-  
rum consuetudinis accidens esse, Bachov. *ad Treutl. d. disp. th. 9.*  
*lit. E.* affirmat,) quantum tamdiu labitur, donec habitum  
in animos civium induxerit probaveritque consensum po-  
puli, qui causa unica & vera consuetudinis est, & ex actibus,  
qui fiunt in tempore, colligitur. Idem statuit Hugo Grotius  
*de iure belli & pacis, lib. 2. c. 6. n. 5.* Tempus, *inquit*, quo con-  
suetudo effectum juris accepit non est definitum, sed arbitra-  
rium



rium, quantum scilicet satis est, ut concurrat ad significandum consensum. Videtur enim in rebus levibus & non magni momenti consuetudinem breviori tempore introduci, ut decennio, in gravioribus verò negotiis longiori tempore opus esse. Vid. Coraf. *d.l. part. 2. c. 19.* Menoch. *d. cent. 1. lib. 1. cas. 83. n. 6. & seqq.* Bachov. *in comment. ad ff. & ad Instit. item in not. ad VVesemb. & ad Trentl. dic. loc.* Rennem. *d. l. th. 6. & 7.* Hunnius *ad Trentl. disp. 1. th. 9.* Hilliger. *d. l. lit. F. Excell. Dn. Præses in not. ad VVesemb. d. loc.* Bocet. *cl. 1. disp. 1. th. 45. & 46.*

XIIX. Porro cum consuetudo sit jus, juris verò anima ratio, meritò consuetudo quoque *ratione debet esse informata*, unde in consuetudine requiritur *rationabilitas*, per l. 1. & 2. C. *quæ sit long. consuet.* Irrationabilis enim & mala consuetudo neq; ex longo tempore, neq; ex longo & diuturno usu seu observantia confirmari potest, nec vim habet consuetudinis, sed *usurpatio* dicitur, estque depravatio, corruptela & abusus consuetudinis. VVehner. *in observ. præct. verb. Gewonheit.* Et si qua irrupit, ejusmodi perniciofa consuetudo radicitus est evellenda, Rudingerus *in observ. singular. cent. 2. observ. 78.* Dicitur autem rationabilis consuetudo, quæ ratione justâ & honestâ subnixa est, nec bonum publicum offendit, sed potius juvat, guter erbarer Gebrauch vnd redliche wolhergebrachte Gewonheit / Irrationabilis, quæ vel caret omni ratione, vel potius, quæ habet quidem, sed inhonestam, turpem & injustam, quæ pro rationibus non sunt habendæ, unvernünftige böse Gewonheit / ein böser Gebrauch. Istam autem animam consuetudinis rationabilitatem tres qualitates comites habere, dicit Curt. *d. tr. sect. 2. n. 27.* scilicet (1) ut religioni conveniat, (2) disciplinæ congruat, & (3) salutis proficiat. Et tamen illud quoque rationabile est, quoties statuentes vel observantes existimant, illas esse bonas & suis moribus convenientes consuetudines; siquidem hoc ipsis pro ratione est, licet aliquid iniquitatis contineat; modò tamen illa iniquitas non sit contra jus divinum, aut naturale; sed contra jus civile, aut etiam jus gentium secundarium, aut contra utilitatem tantùm; non verò contra honestatem pu-

4. Rationabilitate,

C

blicam

blicam aut bonos mores tendat, VVehner. *d.l. Reinking. cit. loc. n. 10.* Nec enim jus civile scriptum per omnia servit juri naturali, cum huic per illud vel addatur vel detrahatur, *l. 6. de l. & l. E. nec consuetudo, arg. §. 9. de l. N. G. & C. Add. Dn. Benedict. Carpzov. in iur. spr. for. p. 3. c. 38. d. 19. n. 5. & p. 4. c. 9. d. 6. n. 11. & 12.* Nam hîc illud locum invenit, inquit VVehner. *d.l.* quod dicitur: A justitia abeas nonnunquam in parvis, si salvam eam velis in magnis. Habet enim aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod erga singulos utilitate publica rependitur. Ita VVehner. Non enim tam strictè hic sumi potest ratio, ac si sit inconvincibilis, sed sufficit aliquod bonum motivum. Et suadere hoc videtur sonus verbi: *rationabilitas*, quasi *rationis habitas*. Curt. *d. l. n. 26.* modò ne peccandi fenestra aperiatur. Verùm cum rationabilitas consuetudinis sæpè in profundissimo puteo delitescat, & non cuivis obvia sit, & inde etiam hîc certi aliquid definiri nequeat, exquisitæ judicis investigationi erit relinquenda; qui considerare debet & æstimare, an initium, medium & finis consuetudinis sint bona, licita & honesta, singulis circumstantiis probè perpensis; an verò sint contra jus divinum & naturale, inhonesta, & contra commune bonum, juxta quæ judicis arbitrium fieri debet. Vid. Gail. *d. observ. 31.* Roch. Curt. *d. l. n. 20.* qui communem opinionem esse ait, quod arbitrarium sit, quæ consuetudo dicatur rationabilis. Renneman. *d. disp. th. 13. & 14.* Reinking. *lib. 2. cl. 2. c. 9. n. 8. & seqq.* Hic tamen cum Bachov. *ad Trentl. d. disp. th. 9. lit. B. & Claris. Dn. Præside in notis ad VVesemb. parat. d. loc.* cautelâ & explicatione opus esse censemus. (1) enim intelligenda est consuetudo, quæ juris nomen tueri possit, & excludendi sunt barbararum gentium barbari mores & consuetudines. (2) sunt gradus rationabilitatis. Improbanda enim est consuetudo, quæ legem divinam & naturæ, non omnis, quæ jus gentium aut civile offendit. (3) rationabile aliquid est vel ex se, vel opinione, aut etiam ad statum Reipublicæ. Multâ proinde cautione opus est, cum rationem ad consuetudinem requirimus. Jung. Menoch. *d. cent. 1. lib. 1. cas. 82. per tot.* Si autem ratio con-

suetu-

suetudinis sit admodum incerta, ambigua & obscura, quid  
 tum faciendum, quæri posset? Consilium videtur suppedi-  
 tare, *l. 19. d. ll.* ea scilicet accipienda esse, quæ vitio carent;  
 quæ rei gerendæ sunt aptiora, *l. 67. d. R. I.* quæ utiliora, quæ  
 verisimiliora *l. 114. cod.* ut quàm minimum ius commune læda-  
 tur: aut sequenda esse minima *l. 34.* benigniora, *l. 56.* æquio-  
 ra, *l. 90. cod.* nec mutanda, quæ diu certam interpretationem  
 habuerunt, *l. 23. de ll.* Cæterum exempla consuetudinum Exempla  
 rationabilium sunt, quòd alicubi uxor pro marito, & hic consuet.  
 pro illa tenetur, pater pro filio ex hujus delicto ad pœnam rationab.  
 pecuniariam pro quantitate legitimæ: item filius obligatur  
 pro patre, etsi non sit heres *Gail. 1. observ. 36. n. 2.* res mino-  
 rum sine decreto alienantur, *ibid. n. 4.* legitima filiorum mi-  
 nuitur, *n. 5.* unio prolium obtinet *n. 6.* ab interlocutoria in  
 continenti viva voce appellatur, *n. 7.* à definitiva v. ex inter-  
 vallo: libri mercatorum plenè probant *n. 8.* inæqualitas in  
 dote & donatione propter nuptias admittitur, *n. 10.* conjuges  
 etiam extantibus liberis sibi invicem succedunt in mobili-  
 bus, *n. 11.* collectæ forensibus imponuntur, *Idem 2. observ. 52.*  
*n. 17.* agnati non tenentur probare primum acquirentem, *2. ob-*  
*serv. 149. n. 10.* bona inter conjuges sunt communia, *2. observ.*  
*78. n. 10.* dominium transfertur sine possessione, *2. observ. 129.*  
*n. 13.* fidejussor ante principalem, ut in Austria obtinet, con-  
 venit, *2. observ. 27. n. 29.* tutores etiam curatores manent,  
*2. observ. 96. n. 1.* omisso medio appellatur, *Mynsing. 1. observ.*  
*67.* possessio bonorum hereditariorum transit in heredem  
 proximum. *Idem 3. observ. 39.* heres non tenetur ultra vires  
 hereditatis, etiamsi hereditatem absque beneficio inventa-  
 rij adierit: fœminæ in feudis unà cum masculis æqualiter suc-  
 cedunt, ut obtinet in Gallia: feuda legari, in dotem dari &  
 alienari possunt, *Gail. d. 1. observ. 36. n. 11. & seqq.* præfecti  
 subscribunt supplicationes Principi offerendas, *Mynsing. 2.*  
*observ. 51.* matre mortuâ & patre superstite bona immobilia  
 sunt propria liberorum, solo usufructu apud patrem rema-  
 nente *lib. 5. observ. 96.* fratres & sorores eorumve liberi fratri  
 & sorori defunctæ succedunt exclusis parentibus, *6. observ. 41.*

In nonnullis Germaniæ civitatibus in censendis bonis cu-  
 jusq; conscientia jurejurando obstringitur, Dn. Casp. Klock.  
*de contribut. c. 11. n. 61.* executio per extrinsecum factum de-  
 nunciatur, als da ein Span aus der Thür wird geschnitten/ Matth.  
 Coler. *de process. execut. p. 3. c. 8. n. 22.* patria potestas nuptijs  
 finitur; pactis successorijs hereditas defertur, & sic deinceps.  
 Jung. Anton. Hering. *de fideiussor. c. 6. n. 222.* & hujus filius, loh.  
 Hering. *tr. de molendin. eorumq; iure q. 2. n. 4. & seqq.* Dn. Bened.  
 Carpzov. *in prax. crim. p. 3. q. 138. n. 69. 70. 71. 72. 73. 74. & seqq.* Roch.  
 Curt. *in d. c. cum tanto, sect. 5. & 6.* Anton. Gabriel. *in commun.  
 conclus. tit. de consuetud. conclus. 1. lib. 6.*

Exempla  
 irrationab.

XIX. Ut autem res eò clarior fiat, placet præterea  
 quædam exempla consuetudinum irrationabilium in medi-  
 um afferre. Ea autem sunt vel de actibus judicialibus, vel ex-  
 trajudicialibus. Hujusmodi est, (1) quando quibusdam  
 in locis cadavera mortuorum ob contractum æs alienum ar-  
 restantur, & sepultura eorum prohibetur: quod etiam jura  
 nostra vetant, *l. 6. cum auth. item, & auth. sed neque, seqq. C. de su-  
 pulchr. viol.* Schneidvv. *Inst. quibus ex causis manumitt. non lic. n. 10.*  
 Quæ consuetudo crudelitatis in defunctos & beluinæ ferita-  
 tis plena est, cum sepultura & hostibus debeatur, teste Hu-  
 gone Grotio *de iure belli & pac. lib. 2. c. 19. n. 3.* quam ne Ethnici  
 quidem ulli hominum negarunt, quæque non tam homini si-  
 vè personæ, quàm humanitati, id est, naturæ humanæ debetur  
 naturâ & jure gentium. Nec æris alieni contracti tanta vis  
 est, ut propterea contra naturam & jus gentium cadaveris  
 sepultura prohibeatur. (2) Quando Magistratus bona, fur-  
 to aut vi ablata apud furem deprehensa sibi retinet, nec ve-  
 ro domino restituit. Nulla enim est ratio, sed potius contra  
 rationem, dominum ex alterius delicto re sua privari. (3)  
 Quando bona naufragio amissa Magistratus sibi vendicat:  
 quod Barbarum vocat Bodinus & crudelitatem, cum potiùs  
 eum, cujus opes & fortunæ naufragio miserè perierunt, no-  
 stris opibus sublevare, quàm ei naufragii reliquias auferre  
 debeamus, *lib. 1. de Republ. c. 10.* Gail. *1. observ. 18.* Quando (4)  
 Iudæus venditor de evictione non tenetur, h. e. rem furti-  
 vam,

vam; apud se deprehensam, sine pretio non restituit. **Esset** enim hoc modo Iudæus melioris conditionis, quàm Christianus contra jus commune. (5) Quando, si curru everso homo interficiatur, currus, quadriga & omnia bona, quæ vehuntur, cedunt Magistratui. (6) Balneatorum, chirurgorum, molitorum, opilionum, pastorum, publicanorum, tubicinum, tibicinum &c. filij ab artificijs repelluntur, quod tamen expressè abrogatum in der Reformat. guter Policyordn. Carol. V. zu Augspurg anno 1548. tit. von Handwerckföhnen & Rudolp. II. zu Franckfurt anno 1577. tit eod. (7) quod artifex jam inchoavit, alij non licet perficere. (8) qui aliàs jure nativitatis & originario jure civitatis fruitur, si extra civitatem suam sibi uxorem ducit & nuptias celebrat, eo ipso jus civitatis amittit. (9) quando plurimis in locis ab opificibus advenis solet dari munus atque epulum adventitium. Circa actus judiciales sunt (1) quod carceres non raro pœnæ magis & cruciatus, quàm custodiæ gratiâ, habeantur. (2) Quod alicubi sententiæ vitæ & necis per carnificem & non per judicem publicantur. (3) Quod Magistratus sæpè homines & personas honestas & aliàs bonæ existimationis ad rumores, sine sufficientibus tamen indicijs, nimis properè per apparitores in carceres conjiciunt, quo ipso conjecti sæpè jacturam famæ faciunt. Vid. VVehner. *in pract. observ. verb. Gewohnheit.* Rüdingerus *in singular. observ. cent. 2. observ. 78.* Rennem. *d. disp. th. 14.* Curt. *in d. c. cum tanto, sect. 5. n. 13. & seqq.* Quæri autem hic posset, an consuetudines irrationabiles & malæ excusent à pœna? Et dicendum videtur regulariter & ex se non excusare; excusare tamen, si aliàs & in aliis actus & mores illarum consuetudinum ex consuetudine manserint impuniti; cum ita decursu temporis & frequentiam prolicitis habeantur, ut hodiè nonnullis videtur ebrietas & luxus &c. quod tamen pessimo exemplo & quadam turpitudinis infamiâ fieri, rectè dicit Gail. *2. obs. 110. n. 24.* Deinde si etiam extra vel ante consuetudinem habitifuerint pro concessis & licitis, ut forsitan fuit ars furandi seu furta apud Spartanos. Si tamen ad Magistratum non pervenerint, &

ipso fiant in scio, nullo modo excusatio est admittenda à pœna tota ( quamvis à tanta, cum non adeò pravo quis commiserit animo, possit ); quia illius, quod ignoratur, ratio haberi nequit; nec pravi illi mores, utut frequentes, sine Magistratus consensu, aut illo in scio, impunitatem introducere possunt. Vid. Bachov. *ad Trentl. d. l. lit. B. verb. unde resolvi potest.* Salazar *d. tr. c. 2. princ.* Verùm cum consuetudo sit facti, facta autem accuratiori circumspeditione opus habeant, cum incerta sint & in probationibus consistant; ideò videtur etiam hinc opus esse prudentiâ & diligenti ponderatione iudicis, ut nec hæc quæstio in thesi facile decidenda veniat.

Consequētia introductæ consuetudinis.

1. Probatio

XX. Atque hætenus vidimus de introductione consuetudinis; sequuntur nunc ea, quæ ipsam jam introductam consequi solent. Ejusmodi autem sunt 4. (1) *Probatio.* (2) *Conservatio.* (3) *Effectus* & (4) *Interpretatio.* Cum autem consuetudo sit facti & in facto consistat; facta verò non præsumantur, sed etiam prudentissimos fallant, adeoq; probatione indigeant, *probanda erit*, non contenta nudâ allegatione *l. 1. C. quæ sit long. consuetud. l. 7. C. de servitut. & aq.* Nec obstat quod consuetudo sit jus, jus autem probari non oporteat; cum jus sit ratione suæ formæ & essentiæ, respectu verò introductionis, dum ex moribus actibus & factis hominum introducitur, facti est, ut jam supra *th. 3.* dictum, Hunnius *ad Trentl. disp. 1. th. 9. lit. B.* Vid. Bachov. *in comment. ad ff. tit. de consuetud.* Vel: quod dicitur jus non probari, intelligendum est de jure scripto, non verò consuetudine. Illud enim, cum in notoria & publica monumenta plerumq; redigatur, aut tamen promulgetur, ut omnibus & singulis notum esse possit debeatq; & finitum sit & certum, probatione non indiget: jus autem non scriptum sive consuetudo, quia prorsus incertum est jus, utpote in facto consistens, & plurimos latere prudentissimosque fallere potest, *l. 2. de iur. & fact. ignor. nec omnes illud scire tenentur*, probatione indiget. Coras. *de art. iur. part. 2. c. 10.* Salazar *d. tr. c. 2. n. 20.* Consuetudo enim tantum de potentia habet, quantum probatur de usu. Et hinc etiam super ea fundans intentionem suam, eam plenè specificè & exactè

exactè probare tenetur cum suis requisitis, quæ tria sunt scilicet  
(1) *usus populi* (3) *frequentia actus* & (2) *temporis diuturnitas* &  
ex his enim populi consensus colligitur. Gail. d. observ. 31. n. 14. Mynsing. 6. observ. 41. Joseph. Mascard. de probat. vol. 1. conclus. 424. n. 2. & seqq. Reinking. d. l. n. 19. & duob. seqq. VVesenb. in parat. n. 9. idq; etiam in consuetudine universalis obtinet, quæ dicitur tum probata, si constet de consuetudine urbis Romæ & majoris partis provinciarum, Mascard. d. vol. 1. conclus. 428. Excipitur tamen (1) *consuetudo notoria*, quæ probatione non indiget, quia notorium relevat ab onere probandi; cum omnibus probè de ea constet atque ea seipsam ostendat, nullâq; tergiversatione opus habeat; quamvis allegari ea debeat, quod sufficit etiam fieri post conclusionem in causa, Mascard. d. vol. 1. conclus. 423. n. 32. Salazar d. tr. c. 7. n. 21. & 22. Gail. 1. observ. 30. n. 16. & 2. observ. 31. n. 15. & seqq. Mynsing. 5. observ. 96. Coler. de process. exec. p. 1. c. 3. n. 55. Cessat enim in notorio finis probationis, quæ est, rei dubiæ fidem facere. Hic tamen valde cavendum est judici, ne sub specie notorii decipiatur; multa enim sæpe dicuntur notoria, quæ tamen non sunt: quin notorium etiam controversum efficitur, quotiescunque ab eo, contra quem est, in dubium vocatur. Vultei in iurisp. Rom. lib. 2. c. 2. (2) excipitur *consuetudo respiciens ordinem procedendi*. (3) *consuetudo, quæ vocatur stylus fori & curia*, de his enim oportet iudicem seipsum instruere. Vid. Mascard. d. conclus. 423. n. 33. & seqq.

XXI. Probatur verò consuetudo vel *testibus* vel *scriptura*. Testibus; qui partibus citatis producti deponant, ita toties esse observatum. Mascard. d. vol. 1. conclus. 431. n. 2. Nam de actibus & factis eorumq; frequentia, quodq; in notitiam populi pervenerint, testari testes oportet, adeoq; de facto, non de jure. Oportet præterea testes deponere *sum ratione scientiæ*, utpote quia viderunt, ita observari in ejusmodi casibus & actibus, idq; frequenter, publicè, presentibus aut scientibus multis personis, sine interruptione, adeò, ut inde appareat, intercessisse tacitum consensum populi aut majoris ejus partis. Insuper etiam testes *in tempore & identitate actuum* convenire debent:

aliàs

aliàs si de diversis actibus deponant, fidem non faciunt: ex difformibus enim actibus nulla probatio inducitur. Porro nec probatio hæc *obscura* esse debet, sed talis, ut exinde elucescat incorrupta fides, quæ incertas divinationes non admittit. Vnde judici incumbit omnia diligenter rimari, si quidem etiam aliàs dignitas, aliàs numerus aut consentiens fama confirmat rei fidem. Quæ omnia judici probè consideranda. Vid. Gail. VVesenb. Reinking. *d. ll.* & Mascard. *d. vol. 1. conclus. 424. n. 14. 15. 16. 17. & mult. seqq.*

XXII. De numero autem testium controvertitur: Quidam Dd. duos sufficere autumant, ut VVesenb. *d. l. Rochus Curt. d. tr. sect. 8. n. 8.* quidam decem, nonnulli majorem patrem civitatis requirunt. Et cum jus, præsertim totius alicujus civitatis, confirmari debeat, plures videntur requiri, & major pars populi, *arg. l. 19. ff. ad l. municipal.* Ne tamen hoc prætextu probationis angustetur facultas, receptum dicit Corasius *d. l. c. 20.* ut satis sit consuetudinem decem testibus probari, quæ per turbam fieri dicitur. Verùm quamvis tutius sit pro probanda consuetudine plures testes producere, tamen si ex his duo tantum maximè senes, ita semper observatum esse, nec se meminisse contrarium, idemque à majoribus audivisse, testentur, consuetudo sufficienter & plenè probata censebitur. Mascard. *d. concl. 424. n. 4. & 13.* Add. Bocer. *1. disp. 1. th. 5.* VVesenb. *d. l.* De Doctore item attestante de consuetudine, controversia est, an ei fides habenda? Et videtur quod non, quia consuetudo non ex arte discitur, sed ex usu observatur & actibus, adeoque facto, quod firma probatione opus habet, constat. Et sæpe videmus, quæ certis locis & temporibus usu populi sunt recepta, in alijs abolita esse. Instabilis namque est & incerta consuetudo, quam usu contrario mutari plerumque contingit. Præterea etiam Dd. non de facto, sed jure respondere & testari debent. Quintamen præsumptio aliqua inde oriatur, non negandum. Mascard. *d. vol. 1. concl. 425. n. 13. 14. 15. & seqq.* Interest etiam, an attestatio fiat à Doctore illius loci de cujus consuetudine quaeritur, an à Professore vel Adessore Facultatis alicujus Juridicæ  
aut



aut Scabinatus, an ab advocato, an aliquo scribente, item, an attestatio fiat super consuetudine curiæ vel loci. Vid. Bachov. *ad Treutl. d. l. lit. H. Sebast. Medic. d. supra l. Reinking. d. l. n. 24. & 25. Coraf. d. l. Bocer. d. l. th. 52. Hunnius. ad Treutl. d. l.*

XXIII. Scripturâ probatur consuetudo (1) *si in scripturas sit redacta*, memoriæ scil. causâ; quod propter sumptus & lites minuendas utile est, & in consuetudinibus antiquissimis evenire solet, ut sunt consuetudines Feudales, consuetudines Marchiæ, Galliæ, Burgundiæ &c. (2) *per plura instrumenta publica*, modò tamen etiam probetur fidem illis instrumentis esse adhibitam, Bocer. *d. l. th. 51. Mascard. d. vol. 1. concl. 425. n. 2. & 3. & concl. 429. n. 7.* (3) *rebus iudicatis*, quæ in acta publica solent referri, si, cum contradictor negaret, pro asserente consuetudinem decisum fuit, Mascard. *d. vol. 1. concl. 427.* & ita sententiâ iudicis probatur consuetudo, quæ jam invaluisse dicitur, non ut iudex constituat, sed eam, quæ jam est, detegat & declaret. Non enim res iudicata facit consuetudinem, sed populi consensus frequentibus actibus declaratus. Quæri hic potest, an etiam in probanda consuetudine locus sit juramento suppletorio? Quod regulariter negatur, quia, ut supra dictum, illa plenè probari debet; isti juramento autem non est locus, nisi ubi semiplena probatio existit: fallit tamen in consuetudine multû antiqua. Mascard, *d. vol. 1. concl. 423. n. 21. & seqq.* Cæterum quomodo rectè formari debeant articuli probatorij in hac materia, latè exponit post Roch. Curt. *in d. c. cum tanto, sect. 8. Coler. d. p. 1. c. 3. n. 34. & seqq. Mynsing. 6. observ. 41. n. 8.*

XXIV. Conservatio consuetudinis in vigore suo consistit vel maximè *in assiduâ actuum exercitatione*; si nimirum actus ejus, datâ modò eos excercendi occasione, exercitio ita semper in recenti servetur memoriâ populi perpetuoq; sui usu. Deinde, *si nulli actus contrarii admittantur*, sed vel prohibeantur vel etiam ijs contradicatur, præcipuè in iudicio & coram Magistratu. Et hac ratione non modò conservatur, sed etiam magis magisq; confirmatur consuetudo. Tertiò, *si effectus eius diligenter serventur*, ut si eam transgredientes puniantur, &

Conservatio.

D

juxta

juxta eam aliarum legum & jurium fiat interpretatio. Nam si legum & consuetudinis effectus negliguntur, vim suam amittunt, & impunè contra eas agere licet cuivis, unde postea desuetudo legum & consuetudinis provenit.

Effectus

XXV Porro effectus consuetudinis principalis & generalis est (1) *quod ius faciat*, imò ipsa sit jus, & perinde ut lex obtineat & servanda sit, §. 9. de I. N. G. & C. Bachov. in Comment. ad ff. d. l. Dicitur enim inveterata consuetudo pro lege & jure meritò custodiri, nec interesse, suffragio voluntatem suam declaret populus verbis an factis, l. 32. de ll. pro jure & lege observari, l. 33. nec minùs, quàm jus scriptum servari, l. 35. imitari legem, §. 9. de I. N. G. & C. l. ult. C. que sit long. consuet. (2) *etiam consuetudo obligationem operatur*, quæ necessariò ex jure sequitur. Unde obligat, quemadmodum lex scripta, ad obœdientiam & pœnam, VVesenb. in parat. de ll. n. 9. & ita tam puniri debet transgressor consuetudinis, quàm qui legem scriptam transgreditur, Salazar d. tr. c. 7. n. 15. Reinking d. l. n. 28. Quare & judex secundum consuetudinem judicare tenetur, pr. Inst. de offic. iudic. auth. iubemus C. de iudic. VVesenb. d. l. Vid. VVehner. d. l. verb. Gewonheit. (3) effectus consuetudinis generalis est, *quod interpretetur legem*: nam si de interpretatione legis quærat, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuerit; optima enim est legum interpretes consuetudo, l. 37. ff. de ll. Et Imperator Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex ll. proficiuntur consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter judicatarum autoritatem vim legis obtinere debere, l. 38. d. tit. Nam & lex una ex altera interpretationis lumen accipit l. 26. 27. & 28. eod. tit. Vid. etiam Pacius Cent. 1. ll. concil. quest. 15.

XXVI. Ex eodem principio est (4) *quod consuetudo non solum aliam priorem consuetudinem, sed etiam legem scriptam, tollere possit & abrogare*, §. 11. Inst. de I. N. G. & C. ibi. ea verò, quæ ipsa sibi quæq; civitas constituit, saepe mutari solent., vel tacito consensu populi, vel alia postea legelata. Mutari autem hîc non solum partialiter, pro aliquâ saltem parte tolli vel immutari, sed etiam totaliter, pro omninò tolli atq; abrogari, accipi, patet ex  
præce-

præcedentibus verbis d. §. Cum enim contrariū legi consue-  
tudine introducitur, abrogari legem necesse est, quamvis  
non expressè, tacitè tamen, d. l. 32. de ll. ubi etiam dicitur,  
quod consuetudo per desuetudinem abrogetur. Quod si au-  
tem lex per desuetudinem, multò magis per contrariam con-  
suetudinem abrogabitur, cùm, quia contraria consuetudo  
habet in se desuetudinem, tùm etiam, quia contraria con-  
suetudo majorem vim habet, quàm simplex desuetudo. Paci-  
us d. cent. 1. concil. ll. quæst. 14.

XXVII. Videtur autem d. l. 32. vel maximè obstare  
l. 2. C. quæ sit. long. consuet. ubi Imperator Constantinus ita ad  
Proculum rescribit: *Consuetudinis ususq; longævi non vilis  
est autoritas, verùm non usque adeò sui valitura momento, ut  
rationem vincat aut legem.* Harumque legum ferè tot sunt  
conciliationes, quot interpretum capita, adeò mirificè cir-  
ca eas Dd. variant. Bachov. in Comment. ad Inst. d. §. 9. & ad  
prim. part. ff d. l. lit. F. & G. distinguit inter tempora anteriora,  
Iuliani scilicet, & posteriora, nempe Constantini Imperato-  
ris. Pacius d. l. dicit: si simpliciter lex & consuetudo specten-  
tur, ut non ponatur alterum jus esse prius, alterum posterius,  
eas æqualem vim habere, nec consuetudinem vincere le-  
gem; vincere autem, quando est posterior lege. Sutholt *dis-  
sert. 1. aph. 94.* missâ illâ conciliatione à statu populari & Mo-  
narchico desumtâ, interpretatur hanc l. 2. de crâssis & fœdis  
erroribus in Ecclesiam invec̄tis, quos eliminare laborabat  
Constantinus Imperator. Accursii (cui assentire videtur  
Corasius de art. iur. part. 3. c. 15.) solutionem probat Oleman-  
nus in *Antinomiis iur. civ. in præmio th. 10.* dicentis: Si con-  
suetudo est generalis, vincit legem generalem ubiq; Si est  
specialis alicujus regionis vel provinciæ, tollit ibi tantum  
legem vel potius impedit effectum ejus, ubi viget, non ubiq;  
l. 13. §. si constat ff. commun. prædior. Cujacius in par. Cod. quæ sit long.  
consuet. vult, quod consuetudo legem, quæ majoris sit ratio-  
nis, quàm consuetudo, non vincat; ea tamen, quam ratio sua  
sit major & publica utilitas, abroget legem, cujus ratio vel  
cessaverit, vel minor sit, vel minus conferat Reipublicæ; cum

& deficere videatur lex tanquam oblitterata, supra quam usus invaluit, & deficiente lege consuetudo sola dominetur. Vid. cit. Aut. ut & Goedd. *de verb. signif. adl. 102.* Rævard. *de autorit. prud. c. 16.* Hillig. *in Donell. enucl. d. l. lit. 1. & seqq.* Hattiferus *in Analyfi iur. Feud. c. 1. lit. A.* Nicol. de Passeribus *in conciliat. ll. ad l. 2. C. qua sit. long. consuet.* Verum conciliationibus istis relictis, cum Excell. Dn. Præside ex Lopezio omnium optimè respondetur, dici in *l. 2.* non vincere legem, non verò; non tollere: esse autem hæc diversa, cum vincere ad autoritatem hîc referendum; non tollere verò ad vim ac potestatem Idem est, ac si diceretur, consuetudinem parem, non verò majorem habere autoritatem ac leges; nec enim hoc modo lex una alteram vincit, tollit tamen. Vid. prælaud. Dn. Præsides. *in not. ad V. Vesenb. tit. de ll. & in animadv. ad dissert. 1. Sutholt. animadv. 4.* Cum autem consuetudo possit abrogare legem, poterit ei etiam derogare, quia illud plus est & majus, hoc minus. Derogat verò legi, quando, salvâ manente substantiâ legis, in aliqua circumstantia vel parte eam tollit. Derogatio enim fit in parte, abrogatio in toto. Reink. *d. l. n. 31. & 34.*

XXVIII. Atq; cum prædictis coincidit, quod veteres effectus consuetudinis significaturi dicunt, eam esse vel secundum legem; vel præter legem; vel contra legem. Si consuetudo est secundum legem, virtus est ejus interpretari legem, & confirmare. Si præter legem, tunc ejus effectus est imitari legem autoritate, ratione & obligatione, ut tantum valeat consuetudo, quantum lex. Si verò contra legem est, eam abrogandi vim habet; nisi lex in illa actuum specie prohibeat expressè contra eam induci consuetudinem, ut in *auth. cassa C. de SS. Eccles. auth. navigia C. de furt. & serv. corrupt.* Vid. Roch. Curt. *in d. c. cum tanto, sect. 5. n. 5.*

XXIX. Sed & (5) *Remedia*, quibus consuetudo in judicium deducitur ad ejusdem effectus pertinent. Fit autem hoc vel per modum actionis, aut per officium judicis, vel exceptionis. Si enim consuetudo det jus agendi criminaliter, accusatio instituenda est ex consuetudine. Vbi verò eadem tribuit jus agendi civiliter, tunc sive ea legem communem interprete-

tur,

tur, sive novum jus inducat; competit illa actio, quæ aliàs oriretur lege communi ex illo jure, quod per consuetudinem alicubi est tributum; quod necesse est semper esse jus in re, vel ad rem, vel quid his simile; & sic datur actio vel personalis nominata aut innominata, vel realis: Vbi verò obligatio inducta per consuetudinem, quæ non cadit in aliquem contractuum receptorum vel similem, tunc locus est conditioni ex moribus. Officium judicis intervenit, ubi per inquisitionem ex consuetudine iudex procedit. Ius quoq; excipiendi juri scripto, assimilabile est: ideoq; ex hujus principijs illud omne est æstimandum *arg. §. 9. de I. N. G. & C. iunct. §. 1. & seqq. de action. Vid. Bart. in d. l. 32. n. 19. Iason. n. 86. & Curt. d. sect. 8. n. 1. ubi ista tangunt, sed parum accuratè explicant. Add. & Rutgers. Rulant de commissar. & commissionib. p. 3. lib. 4. c. 6. qui tamen etiam ipsum Bart. ferè per omnia sequitur.*

XXX. Atque hinc non parum lucis accipit decisio quæstionis, *quænam actio ex feudo oriatur per investituram abusivam constituto?* Equidem Vult. *lib. 2. de feud. c. 1. n. 12.* putat illam esse conditionem ex moribus, quem Goedd. *disp. feudal. 10. th. 2. lit. c.* & alij multi sequuntur. Sed etsi actiones feudales omnes ex jure consuetudinario descendant; tamen id saltem verum est quoad causam harum actionum remotam, non v. quoad proximam, ex qua in primis actio æstimanda est & denominanda. Sic enim omnes actiones, quæ ex jure scripto descendant, possunt dici civiles, sed itidem non nisi ob causam remotam *arg. §. 3. de actionib.* Causa vero proxima actionis ex dicta investitura est obligatio ex conventionem quâ feudum absq; possessionis traditione vasallo solenniter cessum est *arg. text. 1. F. 4. pr. & 2. F. 26. §. si facta.* Et cum ista conventio sit nominata, certum habens nomen certamq; contrahendi formam, actio exinde oriens non potest dici conditio ex moribus *arg. l. un. de condit. ex leg. iunct. §. 9. de I. N. G. & C.* Proinde rectius dicitur, actiones feudi omnes esse ex moribus quoad originem causamque efficientem, sed ratione causæ proximæ, interesse (1) utrùm feudum sit promissum tantum (2) utrùm verò & constitutum per investituram, & deniq;

deniq; (3) an etiam traditum. Primo casu datur ejusmodi actio, quæ ex negotio, per quod promissio facta est, aliàs decendit, ut ex stipulatu, ex empto, præscriptis verbis *arg. l. 83. §. 6. de V. O. l. 11. pr. de action. empt. l. 5. §. 1. & seqq. de præscript. verb.* si vero nudo pacto facta sit promissio, locus est conditioni ex moribus *arg. d. l. un. de cond. ex l.* Hæq; actiones merè personales sunt ad id competentes, ut feudum per investituram constituatur. Promissione enim feudi tantum obligatio faciendi acquiritur, ex qua promissor non præcisè tenetur feudum constituere *arg. l. 13. §. 1. in fin. de re iudic.* Secundo casu putant nonnulli eandem actionem competere, quâ feudum peti potuerit ex promissione: alij, dari rei vindicationem: Vultèius, ut supra diximus, conditionem ex moribus. Sed juri magis convenit, si dicamus ex investitura abusiva oriri *actionem feudalem* seu actionem ex feudo, ex contractu sc. feudali. Neq; enim dominus promissione se obligavit ad tradendum, sed saltem ad investiendum, quod si fecit, desinit obligatio, ex investitura verò nova oritur à priori diversa, cum dominus per eam se astringat ad tradendum, atq; præstando interesse non liberetur. *arg. d. 2. F. 26. §. si facta, & 1. F. 4.* Ita nec per investituram, quâ talem dominium aut aliud quicquam juris in re transfertur, sed saltem jus ad rem *arg. dd. text.* unde nec vindicationi locus esse potest antequam traditio, vel possessionis apprehensio intervenerit. Ultimo casu non solum locus est modò dictæ actioni ex feudo, sed & rei vindicationi atq; interdictis. Etenim actio feudalis, utpote ultro citroq; obligatoria, & b. f. domino competit contra vasallum ad servitia & alia præstanda, ad quæ in investitura se obstrinxit: contra eadem contra dominum vasallo competit, ut se contra alios tueatur sibiq; assistat & auxilium ferat *2. F. 6. vers. dominus.* Rei vindicatio directa domino datur tam adversus vasallum, puta si hic propter commissam feloniam ipso jure feudum amittit *2. F. 55. §. callidis. §. firmiter. 2. F. 35.* quâ contra extraneum si is rem feudalem possideat & vasallus agere nolit. Vtilis conceditur vasallo adversus quemvis possessorem *2. F. 8. §. rei autem.* item agnatis ratione juris ex prima investi-

vesti-

vestitura quæ fiti: hæc q; actio non jus rei, quod habent, vindicat, ceu putat Vultejus, sed ipsam quoq; rem feudalem *arg. de §. rei autem.* Sutholt *diff. 17. aphor. 43.* Deniq; & remedia possessoria retinendæ possessionis vasallo competere propter naturalem feudi possessionem certissimi juris est. Vid. Menoch. *de retinend. poss. remed. 3. n. 81. & 82.*

XXXI. Retractus quoq; gentilitius elegans exemplum actionis ex moribus suppeditat, quæ, licet nulla alia sit, quam conditio in specie sic dicta, utpote cum ex nullo facto externo contractus nominati aut innominati, vel quasi contractus descendat; tamen cum mores res consanguineorum alienatas quodammodo afficiant qualitate redhibitoriâ, non simpliciter & merè personalis est, sed in rem scripta, adeoq; non tantum adversus emptorem, sed & quemvis possessore, quocunq; etiam titulo, ab emptore vel aliunde rem retractui obnoxiam habentem, conceditur. Vid. Thom. Lindeman. *de iur. protimis c. 4. th. 5.*

XXXII. Deniq; ut lex propter casuum varietatem in Interpretatione opus habet, ita quoq; consuetudo; quamvis Interpretatio, non omninò eadem sit interpretatio juris scripti & non scripti. Illius enim interpretatio circa verba quoq;, non solum mentem legislatoris occupata est; hujus interpretatio circa verba esse non potest, ( nisi valde ex accidenti, quando scilicet consuetudo memoriæ & facilioris probationis ergo in scriptum redacta est,) cum sit jus non scriptum; sed saltè mens & voluntas populi, qui hîc loco legislatoris est, videtur exquirenda esse, an in omnibus casibus aliquâ circumstantiâ etiam variantibus custodiendam; adeoq; pro ratione modò extendendam, modò restringendam; an verò saltè in iisdem planè & nullo modo variantibus casibus observandâ consuetudinem voluerit. Sed cum hoc probatu perquâ sit difficile, quia plerumq; initiû consuetudinis, adeoq; etiam ratio ejus ignoratur, regulariter de certis casibus introducta esse censetur, atq; inde stricti juris esse dicitur, & non extendenda est de persona ad personam, nec de casu ad casum, nec de termino ad vel ultra terminum, nec etiam restringenda. Namq; actus agentium

tium

tium ultra eorum intentionē non operantur, *arg. l. 99. de V. O.*  
& casus hīc omissus pro omisso est habendus. Accedit, quod  
consuetudo, si contra leges sit, videatur odiosa, (quamvis  
suo respectu etiam sit favorabilis,) odiosa autem non sunt  
extendenda. Cum verò etiam sit favorabilis, ut jam dictum,  
*vid. th. 13.* respectu scilicet populi introducentis, & legem imi-  
tetur; etiam fruatur legis jure: adeoq; si rationis identitas  
suadeat, aut casus non multum inter se discrepent, uniusvè  
decisio alteri causæ decidendæ lucem afferat, consuetudo  
quoq; extendi; aut si ratio ejus postulet & stricta sit, promo-  
do restringi poterit, quasi id agens populus ita, voluerit.  
Ratio siquidem consuetudinis custodienda est, *l. 1. C. quæ sit  
long. consuet.* Et bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad ean-  
dem utilitatem supplere, *l. 13. de ll. l. 3. C. de Edif. priv. arg. l. 12.  
de ll.* Requiritur ergò in his quoq; maxima judicis prudentia.  
*Vid. Franzkius in dissertatione ad l. 1. C. quæ sit long. consuet. membr. 1.  
concl. 5. & membr. 2. concl. 2.*

XXXII. Et ita quoq; actum de effectibus & interpretatione consuetu-  
dinis. Contraria consuetudinis sunt *lex abrogans eam, contraria consuetudo,  
desuetudo, & non usus.* Si namque lex scripta abrogari potest, quidn̄i abro-  
gari possit & consuetudo, cum imitetur legem. Abrogatur autem partim le-  
ge, partim contraria consuetudine, partim desuetudine, Lege abrogatur,  
quando scilicet expressa lex conditur ab eo, qui potestatem habet condendi  
leges sive statuta, quâ tollitur consuetudo. Contraria consuetudine, quando  
tot actus contrarii exercentur, ex quibus consensus populi introducendi con-  
trariam consuetudinem manifestus fit. Eadem enim hic observanda sunt, quæ  
alias circa consuetudinem introducendam. Desuetudine, quando nimirum  
longo tempore nulli actus consuetudinis cum exerceri potuissent vel debu-  
issent, amplius exercentur; sed ejusmodi actus intermittuntur, ita ut planè in  
oblivionem veniat consuetudo illa. Non usu verò, hoc est, quando non  
occurrit casus, in quo oportuit jus servari, consuetudo non abrogatur. Affinia  
consuetudinis sunt *observantia, stylus, ritus.* Observantia strictè est usus uni-  
us judicis vel tribunalis: Stylus mos vel usus concernens ordinem judiciorum  
& processus. Ritus est sollemnitas usus vel observantiæ. *Vid. Treutl.*

*disp. 1. vol. 1. th. 9. lit. A. Rochus Curt. d. tr. in proxm. n. 23.*

*in f. n. 27. 28. 29.*

F I N I S.