



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**R. P. Francisci Svarez, Granatensis, E Societate Iesv
Doctoris Theologi, Et In Conimbricensi Academia
Sacrarum Literarum Primarij Professoris. Tractatvs De
Legibvs, Ac Deo Legislatore**

Suárez, Francisco

Mogvntiae, 1619

Cap. II. Consuetudo quando inducit ius on scriptum.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-94074](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-94074)

per hoc distinguitur à lege, vtiq; scripta, & in c. 3. amplius particulam illam explicabo.

Atq; hinc facile expeditur secunda obiectio: nam sumpta consuetudine prout est quid iuris, recte dicitur esse in moribus institutum, quia mores ad factum spectant, non ad ius, & ita non ponitur vlllo modo de finitum in definitione, quia ius consuetudinis per frequentiam actuum moralium introducit, quæ frequentia dicitur mos. Et ita etiam in re nullum committeretur vitium, si ius consuetudinis per factum eiusdem consuetudinis definiretur, vtendo terminis in diuersa significatione. Quod autem Isid. ait, *Morem esse consuetudinem tantum de moribus tractam*, optimum habet sensum, & sine vlllo vitio, aduertendo, mores interdum dici quasi diuisiue, seu distributiue de singulis actibus moralibus. Morem autem, vt significat consuetudinem, quasi collectiue significare collectionem illam, seu frequentiam actuum: sic ergo dicitur mos trahi ex moribus, id est, ex actibus liberis, & moralibus. Vel etiam considerari potest, non quencunq; morem, sed communem, & publicum alicuius communitatis esse sufficientem ad inducendum ius consuetudinis, de quo tractamus, id est, quod obligationem legis possit inducere: nam priuatus mos vnius personæ, vel familiæ non inducit ius legis, vt infra dicemus. Dicitur ergo hæc consuetudo, quæ ad inducendum ius sufficit, debere trahi ex moribus, id est, debere esse morem ita communem, vt ex moribus totius communitatis, & omnium, vel plurium partium eius confurgat. Addit deniq; Isidor. particulam exclusiuam, *tantum ad denotandum illum morem ad consuetudinem iuris constitutam* (vt sic dicam) sufficere, qui solo vsu, & moribus introductus sit, absq; lege, & iure scripto, quod illum induxit: nam mos ille cum sit ex iure, vt sic, non inducit ius, licet firmare possit illud, vt infra dicemus.

Ad tertiam difficultatem iam dictum est, licet ius consuetudinis sit effectus consuetudinis facti, nihilominus hic non definitur consuetudinem facti, sed iuris, & ideo cum additur, *quod pro lege suscipitur*, non poni effectum consuetudinis definitæ, sed substantiam eius declarari. Dicitur autem pro lege suscipi, non quia non sit vera lex, sed quia Isidorus nomen legis accommodat ad legem scriptam, & ideo dicit, ius consuetudinis loco illius suscipi, vbi illa deest. Aduertit autem Bart. in dicta reper. n. 6. per hanc particulam distingui consuetudinem à iure, quod descendit ex vsu singularis personæ, quod non suscipitur, p. lege, nec est ius disponens, sed potius dispositum per legem. Ad quod intelligendum aduerto (quod in principio huius tractatus notauimus) ius dupliciter dici, vno modo de illo, quod consistit in facultate vtendi, quod est dominium, vel quasi dominium: nam potest includere ius in re, & ad rem; & generaliter dici potest ius dominij, vel quasi dominij, & ita in rigore spectat ad factum: alio modo dicitur ius de illo, quod vim habet obligandi, & imperandi, & dici potest ius legis, seu legale. Priuatus ergo vsus vnius personæ potest conferre ius in re, vel dominium rei, aut ius seruitutis, & similia, vt in præscriptione contingit: illud tamen ius non habet vim legis, & ideo recte dicitur non esse ius disponens, quia non præcipit, nec ordinat, sed potius esse ius dispositum, quia acquiritur secundum iuris dispositionem. Consuetudo autem, de qua modo loquimur, non hoc ius, sed legale est, & ideo dicitur esse ius, quod pro lege suscipitur, & ad illud requiri consuetudinem, quæ moribus vtentiū, id est, communitatis alicuius inducatur.

Vnde obiter declarata est differentia inter consuetudinem, de qua loquimur, & præscriptionem: scilicet enim illæ duæ voces consuetudinis, & præscriptionis reciprocè, & quasi pro eadem accipi solent, propter aliquas conuenientias, quas habent. Nihilominus tamen secundum proprias rationes sumptæ multum differunt, vt Bart. dicta q. 1. in fine docet, & Suarez de Legib.

alij antiquiores, quos refert, & alij posteriores, vt Panorm. & Roch. Curt. in c. vlt. de const. cum Glossa ibi verb. *legitimè*, & Haim. Crauet. de antiquit. tempor. 4. p. in princ. Balb. de præscript. 1. p. q. 10. Roch. Curt. in c. vlt. de consuet. sect. 5. n. 3. & Couar. in regula. poffessor. 2. p. §. 3. n. 2. Matienz. lib. 5. recop. l. 7. l. 1. Gloss. 6. n. 3. & Molin. lib. 1. de primogen. c. 6. n. 10. qui plures differentias assignant, quibus ommissis radix differentiat ex dictis clarius colligitur. Quia tam in præscriptione, quàm in lege non scripta interuenit aliquid facti, & iuris, quod per factum introducit, vnde & præscriptio consuetudinem aliquam requirit, & lex non scripta interdum requirit consuetudinem aliquo modo præscriptam, seu certam, & legitimam.

Differunt autem in primis, ac præcipue in ipso iure, quia præscriptio strictè sumpta non inducit ius legale, seu disponens tanquam lex, sed confert ius dominij, aut aliud simile ius vtendi, vel fruendi, aut re corporali, vt domo, veste, aut incorporali, vt iurisdictione, suffragio. Et hic etiam differunt in consuetudine facti, per quam vnum, vel aliud ius introducit; nam alias conditiones requirit consuetudo præscriptionis, quàm legis. Nam ad ius legis necessaria est consuetudo populi, ad præscriptionem sufficit vsus priuata personæ, nisi res præscribenda communitati sit acquirenda. Aliqui verò ex Iuristis citatis consuetudinem vocant, quoties cõmunitas est, quæ præscribit, vel contra communitatem præscribitur. Sed non rectè, quia ius acquisitum non est lex, sed dominium, vel aliud ius vtendi: nam tunc cõmunitas se habet tanquam vnus priuatus possessor, ac dominus; & differentia, quod persona præscribens, vel contra quam præscribitur, sit vera vel ficta, valde materialis est. Non oportet a. de nominibus contendere.

Alia differentia est, quia ad consuetudinem propriam, & legalem, de qua loquimur, necessarius est consensus populi, vel principis, contra quem quodammodo inducitur, in præscriptione autem non est necessarius consensus eius, contra quem præscribitur, vt notauimus in tract. 2. de relig. lib. 1. c. 5. & hinc est, vt ad consuetudinem non requiratur titulus, quia consensus sufficit, ad præscriptionem autem requiritur. Ita Glossa, Abb. & alij dicto c. vlt. intelligitur autem negatiuè, seu indefinitè, quia ad præscriptionem sæpe requiritur titulus, non tamen semper, ad consuetudinem verò nunquam. Vnde etiam in præscriptione requiritur bona fides, in consuetudine autem non semper, saltem in principio. Deniq; licet in vtraq; aliquis temporis cursus requiratur, non tamen idem, sed in præscriptione postulari iuxta legis dispositionem; in consuetudine autem, vel non est eadem iuris dispositio, vel per se necessaria non est, sed illud sufficit, quod ad iudicandum consensum Principis, vel populi sufficiens sit, vt postea exponemus. Aliæ indifferentiæ assignantur à dictis auctoribus, quæ vel re vera non subsistunt, vel eas examinare nobis non est necessarium.

CAPVT II.

An consuetudo semper inducat ius non scriptum & definitio data integra sit.

Ratio dubitandi est, quia Isidorus in definitione data solum addit particulam illam, *scilicet deficit lex*, vel ad explicandum, consuetudinem debere esse ius non scriptum, vel etiam ad indicandum, non debere supponere legem scriptam. Vtrumq; verò videtur habere dubium. Primum, quia sæpe contingit leges consuetudinis esse scriptas, quales censentur esse leges feudorū, & in nostra Hispania leges fori; ergo esse non scriptum, non est de ratione consuetudinarij iuris. De secundo etiam dubitari potest, quia sæpe con-

o 3 suctudo

Isidor.

Isidor.

Bart.

10.

Differentia inter consuetudinem, & præscriptionem, & præscriptio- ni notanda. Bart.

11. Prima differentia.

12. Secunda differentia.

Glossa. Abb.

1.

consuetudo derogat legi præexistenti, ut infra dicitur, ergo falsum est, quod consuetudo non supponat legem. Unde potest addi tertium dubium circa priorē particulam, Quod pro lege suscipitur, quia sepe consuetudo non suscipitur pro lege, sed potius tollit legem: unde non obligat ad aliquid agendum, sed ad summum permittit. Quarta item difficultas addi potest, quia in tota illa definitione non explicatur id, quod maximè est substantiale, & essentialē consuetudini, scilicet, ut sit communi populi consensu recepta.

2. *Germana interpretatio illius particulæ, cum desit lex.*

Bart.

Respondet in primis, proprium sensum illius particulæ, cum desit lex, & rationem eius esse, ius consuetudinis solere introduci in defectum legis: nam ubi ius scriptum supponitur, non est necessaria consuetudo quæ ius introducat, quia lex sufficit. Imò nec videtur moraliter possibilis talis consuetudo, quia de ratione consuetudinis est, ut ex tacito, & non expresso consensu introducatur. *de quibus, ff. de legib. vbi hoc notat Bart. in repetition. numer. 7. & idem sumitur clarè ex §. non scripto, Instituit. de iur. natur. & c.* Unde si consuetudo orta est ex vi legis, eo ipso non potest habere vim introducendi legem, quia non eo animo inchoatur, vel continuatur, ut homines per illam obligentur, sed potius ut obediunt legi præexistenti. Nec refert, quod interdum dicitur consuetudo induci post legem: nam hoc intelligitur vel solum de consuetudine facti, quæ legem tantum confirmat, vel de consuetudine limitante, aut interpretante legem, quæ quoad hoc potest novum ius inducere, ut infra dicitur, tamen quoad id non supponit legem, sed aliquid illi adiungit. Sic ergo verisimè dicitur, consuetudinem esse ius non scriptum, & ita habetur in *l. mod. ff. de legib. & in l. ius civile, ff. de iustit. & iur. & in §. constat. §. non scripto, Instituit. de iur. natur.* Et ratio est, quia nec per se scripturam requirit, nec etiam manet ex iure scripto, imò nec ex proprio, & expresso præcepto superioris, sed vbi ipso introducitur, vbi non scripturis, aut verbis, sed in factis consistit. Et hoc docent Theologi de aliquibus legibus Ecclesiasticis, quæ traditione habentur, de quibus in duobus sequentibus capitibus aliquid dicemus.

3.

Bart. Gratian.

Rech Curt Bald.

Disputant autem Iurisperiti, an scriptura ita repugnet consuetudini, ut in scripta redigatur, eo ipso desinat esse consuetudo, seu ius consuetudinarium, & incipiat esse alterius rationis. Aliqui enim id affirmant, ut Bart. supra refert, & indicat Gratian. *§. cum in eo, post c. 5. d. 1. vbi dicit, consuetudinem in scripta redactam constitutionem esse, non scriptam autem consuetudinem appellari, & sequitur Rochus Curt. tract. de consuetud. in Pres. n. 5. & 6. cum Bald. in dicta l. de quibus, & in l. i. ff. de vulg. & pupill. dicente, consuetudinem redactam in scripta per eum, qui non habet potestatem condendi leges, manere nihilominus in vi consuetudinis, quod est clarum, quia illa scriptura non est lex, sed potius deferuere ad memoriam, vel probationem, sicut nos probamus traditiones non scriptas ex Patribus. At verò si consuetudo redigatur in scriptum ab habente auctoritatem condendi legem, eo ipso desinere esse consuetudinem, quia iam non est ius non scriptum, nec ex consensu tacito, sed expresso. Addi etiam potest, quod, licet consuetudo scribatur per modum legis ab habente auctoritatem condendi leges, si tamē per scripturam non intendat novam vim addere consuetudini, nec authenticè declarare, vel affirmare, illam esse consuetudinem sufficientem, semper illa maneat in vi consuetudinis, quomodo multi censent de legibus fori: si verò per veram legem scriptam ab habente auctoritatem, & per verba obligantia consuetudo statuetur, iam tunc non est consuetudinem, sed scriptam legem.*

4.

Mihi autem videtur, etiam in hoc ultimo casu perseverare consuetudinem in sua vi, & in propria

ratione consuetudinis, nisi per legem denuò scripta auferatur. Et ita sentit Bart. in dicta l. de quibus, q. 1. n. Bart. 7. & loquuntur frequentius Iuristæ ibi, & in dicta l. 2. de vulg. & pupill. & Anton. extra de consuetud. in Antin. rubr. & alij, quos refert Rochus supra. Er potest pro- *Rech. bari ex c. 2. de præbend. in 6. ibi. Huiusmodi consuetudines non auctoritate Apostolica approbantes, ac nihilominus volentes eam inuisibiliter obseruari.* Illa ergo lex scripta non destruit consuetudinem, quam seruari præcipit, sed illi addit nouum robur, & ut Glossa ibi inquit, de speciali consuetudine fit ius commune. Et ratio est, quia non repugnat, illa duo vincula simul permanere, sc. consuetudinis, & legis scriptæ, sicut possunt esse simul duæ leges scriptæ de eadem re, simulque obligare. Et ita ipsæmet iura scripta sæpe allegant consuetudinem, & ius scriptum, tanquam simul corroborantia rei honestatem, vel obligationem, ut constat ex c. videtur, qui matri. accus. post. ibi, *Tam antiqua consuetudine quam legibus approbatur.* Neq. est inutulis perseverantia consuetudinis, & obligationis eius, non obstante lege scripta, quia si consuetudo sit specialis, & lex superueniens scripta sit ius commune, ut in c. cum in prohibito de clandest. despons. & contingat per priuilegium derogari talem legem, nihilominus ubi antiquior viguit consuetudo, non censetur per illud priuilegium derogata, nisi expressè etiam consuetudini deroget. Et ideo non est quæstio de solo modo loquendi, sed de re, quia ad morales effectus multum refertur potest, quod consuetudo, quæ incipit sine lege, currat cum lege, & suam vim retineat, secundum quam semper erit non scriptum ius: nam sola concomitantia legis scriptæ non tollit, quin aliud ius in sua vi, & formalitate sit non scriptum. Oportet autem, ut ante legem scriptam consuetudo sit consummata, & sufficienter introducta, nam si tantum sit inchoata, & per legem scriptam quasi anticipetur, & introducatur obligatio, manebit purum ius scriptum, ut constat.

Ad secundam obiectionem de consuetudine legi contraria, quæ legem supponere videtur, respondeatur facile, non esse contra rationem consuetudinis, ut supponat quamcumq. legem, sed solum ut supponat legem scriptam ita uentem illud ipsum, quod consuetudine introducendum est: illam verò consuetudinem, quæ derogat legi, non supponere legem circa idem, sed potius circa oppositum: nam potius consuetudo facit, ut hoc liceat: lex a faciebat, ut non liceret, vel è conuerso. Aliter vero explicat Bart. supra n. 6. illam particulam, cum desit lex, quod sc. per illam de- *Bart.* notetur, consuetudinem non debere esse reprobata per legem, quia si consuetudo non est contra legem, ubi clarè desit lex; si verò sit contra legem, oportet, ut consuetudine lex vincatur, & sic deficiat, ut possit consuetudo subsistere: nam si consuetudo facti sit contra legem, & illam non auferat, nunq. poterit ius aliquod introducere. Quæ doctrina vera est, & ingeniosè cogitata, non credo autem fuisse ab Iudoro intentam, sed in sensu simpliciori fuisse loquamam, ut supra explicauimus. Neq. oportebat id specialiter in definitione explicare, quia per se clarum est, non posse consuetudinem ius introducere contrarium præexistenti, nisi illud auferat, cum repugnet circa idem simul esse duo iura contraria.

Sed tunc urget tertia obiectio, quia consuetudo derogans priori legi est vera consuetudo, & non est ius. Ad hoc verò respondeo primò, in his rebus moralibus sub habitu priuationem intelligi, sicut peccatū definitur ab Aug. esse dictum, vel factum, & c. sub quibus actibus intelliguntur omissiones eorum legi contrarie. Ita ergo cum consuetudo dicitur esse ius, ubi intelligitur vel reuocatio iuris. Nam lex reuocans aliā, vera lex est, licet oppositum non præcipiat. Ita ergo consuetudo reuocans legem, dicitur ius non scriptum, quia pro lege reuocantē suscipitur. Unde dicitur secundo, quod sicut promissio ponitur, inter effectus legis,

6.

6.

gis, & lex permittens vera lex censetur, quia licet non præcipiat actum permissum, præcipit permissionem; ita consuetudo legi derogans ius inducit, nõ quidem præcipiens actum priori legi contrarium, sed permittens tantum. Consequenter autem præcipit permissionem, seu prohibet, ne quis cogatur ad legem derogatam seruandam, vel ne propter illam non obseruantiam puniri possit.

Quartam obiectionem posui propter aliquos, qui reprehendunt definitionem Iſidori vt diminutam, quia in ea deficit illa particula, *populi consensu*, vel *communi consensu*, vel saltem particula, *populi*, ita q̄ non diceretur tantum, *moribus institutum*, vt ait Iſid. sed, *moribus populi institutum*. At q̄ ita sentit Bart. in dicta l. de quibus, in lectur. n. 6. Imo ibi etiam magis approbat aliam definitionem proxiorem per plures particulas explicantem conditiones ad consuetudinem requisitas. Alij et Canonistæ dictam definitionem breuitatis reprehendunt, & plures alias multiplicant quas referre superuacaneum est, quia nõ habent utilitatem, & videri possunt in Hofi. in sum. tit. de consuet. & Rocho vbi supra, & in ipso Bart. in dicta repet. n. 1. vbi priorem sententiam reprobat, & in sola definitione Iſidori persistit. Dico ergo, nullam ex illis particulis esse necessariam, nec afferre claritatem, sed dubitationem. Nam si in definitione ponatur, *populi consensu*, statim oritur quæstio cuius populi, & an v. g. capituli consensus sufficiat, & idem est de similibus. Cum ergo dicitur, *moribus institutum*, satis ibi includitur consensus, quia mores voluntarij sunt, vt supra dixi. Subintelligitur autem, mores debere esse tales, qui ad ius introducendum sufficiant. Quas a. conditiones ad hoc habere debeant, vel quorum consensu niti debeant, nõ oportuit, nec debuit in definitione explicari, nec n. est necesse, vt omnes cause rei in definitione ponantur, sed tantum intrinseca ratio formæ eius; reliqua vero in discursu materia explicanda sunt.

lex. Quia licet ex illo iure morali obligatio in conscientia oriatur ad soluendum decimas, vel quid simile illa obligatio non oritur ex consuetudine immediate sed ex lege iustitiæ naturalis quæ obligat ad reddendum vicuiq; quod suum est. Sicut ex præscriptione rei sequitur obligatio non rapiendi rem præscriptam quæ immediate oritur ex naturali præcepto non furandi, & similiter ex præscriptione seruicij transiendi per agrum, sequitur, vt non possit quis iuste impediti, ex eodem principio. Et idem inuenitur in quacunq; alia consuetudine circa rem, vel personam. At vero consuetudo circa facta hominum dicitur ad legem pertinere, non ad præscriptionem, quia nemo præscribit aliquid circa actiones suas, vt præcedenti l. dicebamus, sed potest consuetudine obligari, & per illam consuetudinem circa facta propria inducitur ius consuetudinis.

Hæc vero doctrina maiori indiget explanatione. Primo, quia nulla videtur esse consuetudo, quæ non versetur circa humanas actiones, quia omnis consuetudo consistit in frequentia actionum humanarum. Quod si dicas, omnes consuetudines consistere in actionibus, non tñ omnes illas versari circa actiones humanas. Contra hoc est, quia hoc modo fere nulla erit consuetudo, quæ versetur circa facta hominum. Nam consuetudo ieiunandi, licet actibus humanis fiat, tñ illi actus versantur, & circa res illas, quæ sunt materia temperantiæ, & circa personam operantem cuius passionem moderatur, & sic de omnibus alijs. Quod si illæ consuetudines dicantur specialiter versari circa res, vel personas quæ circa bona aliorum, vel circa personas ab operante distinctas versantur: sic verum quidem est, consuetudinem præscriptio- nis aliquo modo versari circa rem alterius, quia nemo præscribit rem propriam, & circa personam distinctam a præscribente, tum quia pertinent ad materiam iustitiæ, & ideo debet consistere ex actionibus, quæ ad alterum ordinantur, tñ quia præscriptio semper est contra aliquam personam, quæ necessario esse debet distincta a præscribente.

Nihilominus non facis subsistit diuisio illo modo declarata. Primo quia in ipsa præscriptione oportet distinguere personam, circa quam præscribitur, a materia, quæ præscribitur. Nam priori modo omnis consuetudo præscriptionis versatur circa personam, vt per se constat: posteriori autem modo nõ tantum versari potest circa rem, & personam, sed etiam circa facta humana. Potest enim Princeps præscribere contra vasallos, vt illi exhibeant hoc, vel illud ministerium personale, vel in bello, vel in domo, vel in agro; consuetudo ergo sic seruienti vel ministri facti inducit ius præscriptionis circa similia facta, sicut consuetudo ieiunandi dicitur inducere obligationem ieiunandi. Deinde in eodem sensu etiam consuetudo, quæ versatur circa alterum, & circa actiones, vel res, quæ in obsequium, vel utilitatem alterius sunt, potest sine præscriptione legem inducere. Vt pia consuetudo offerendi spontaneè aliquid in Ecclesia, de qua loquitur caput, *ad audientiam*, de simon. versatur circa res, quæ offeruntur, vt circa proximam materiam, & circa Deum, vt personam, cui offeruntur, & circa Ecclesiam, vel Sacerdotes, vt circa personas, in quarum vsum offeruntur: & nihilominus ex tali consuetudine circa tales res, & personas potest induci obligatio legis. Imo communior opinio est, de facto induci, iuxta prædictum textum. Et licet probabile sit, posse etiam illam obligationem sufficere explicari per modum præscriptionis, certum nihilominus est, posse etiam inducere obligationem humanæ legis, si alix conditiones concurrant. Nam si esset consuetudo de solo cultu personali, vt eundi tali die ad processionem, vel assistendi officio diuino sine reali obligatione, posset illa consuetudo esse inductiua iuris præscriptio- nis; cur ergo non poterit idem facere consuetudo offerendi? Denique etiam è contrario non omnis consue-

3. Prima ex illi casu diuisio.

4. Refutatur prædicta explicatio.

CAPVT III.

Quotplex sit consuetudo, & an fororum, & sylum comprehendat.

Quoniam multiplex esse potest consuetudo, & non omnis instituto nostro deseruit, quia solū tractamus de illa consuetudine, quæ ad ius humanū pertinet, & possit illud introducere, vel aliquo modo abrogare, ideo necesse est consuetudinis varietatem præ oculis ponere, vt postea de sola consuetudine, quæ ad nos pertinet, disputemus, & ita fiet, vt definitio consuetudinis exactius declaratur, & intelligatur. Præcipue a. tractabimus de consuetudinibus vt sunt quid facti: nam inde constabit, quid iuris ex eis possit confurgere: nam in hac materia cognitio iuris maxime pendet ex cognitione facti, tanquã ex prima causa, & radice.

2. Primo ergo distinguipotest consuetudo in eam, quæ versatur circa res, vel personas diuisim, aut coniunctim, & illam quæ versatur circa facta hominum. Hanc n. diuisionem tetigit lex 4. tit. 2. part. 3. exempli gratia que declaratur: nam consuetudo soluendi, vel nõ soluendi decimas ex agro, vel vinea, versatur circa res, & illis quasi imponit onus, consuetudo vero soluendi, vel non soluendi decimas personales, vel soluendi tributum personale, circa personam versatur: consuetudo vero ieiunandi, vel orandi, versatur tantum circa humanas actiones, vt constat. Dicunt ergo aliqui, priores consuetudines, siue circa solas personas, vel solas res, siue circa vtrasq; simul versentur, ad præscriptionem pertinere, non ad legem, quia solum conferunt per se, & immediate ius in re, vel ad rem, vel in personam, quod est facultas quædam moralis, non