

Visual Library Portal

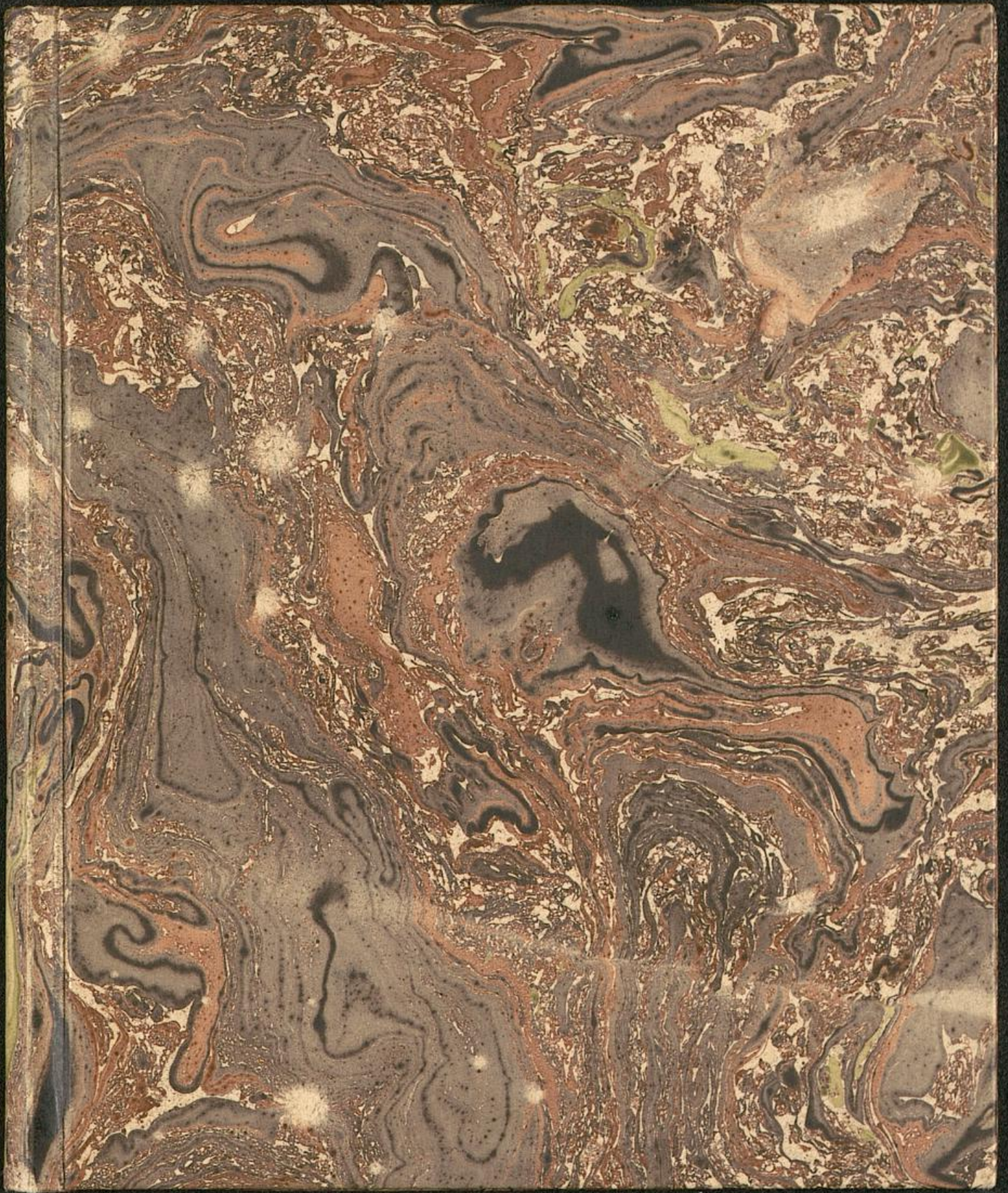
Inhouse-Digitalisierung

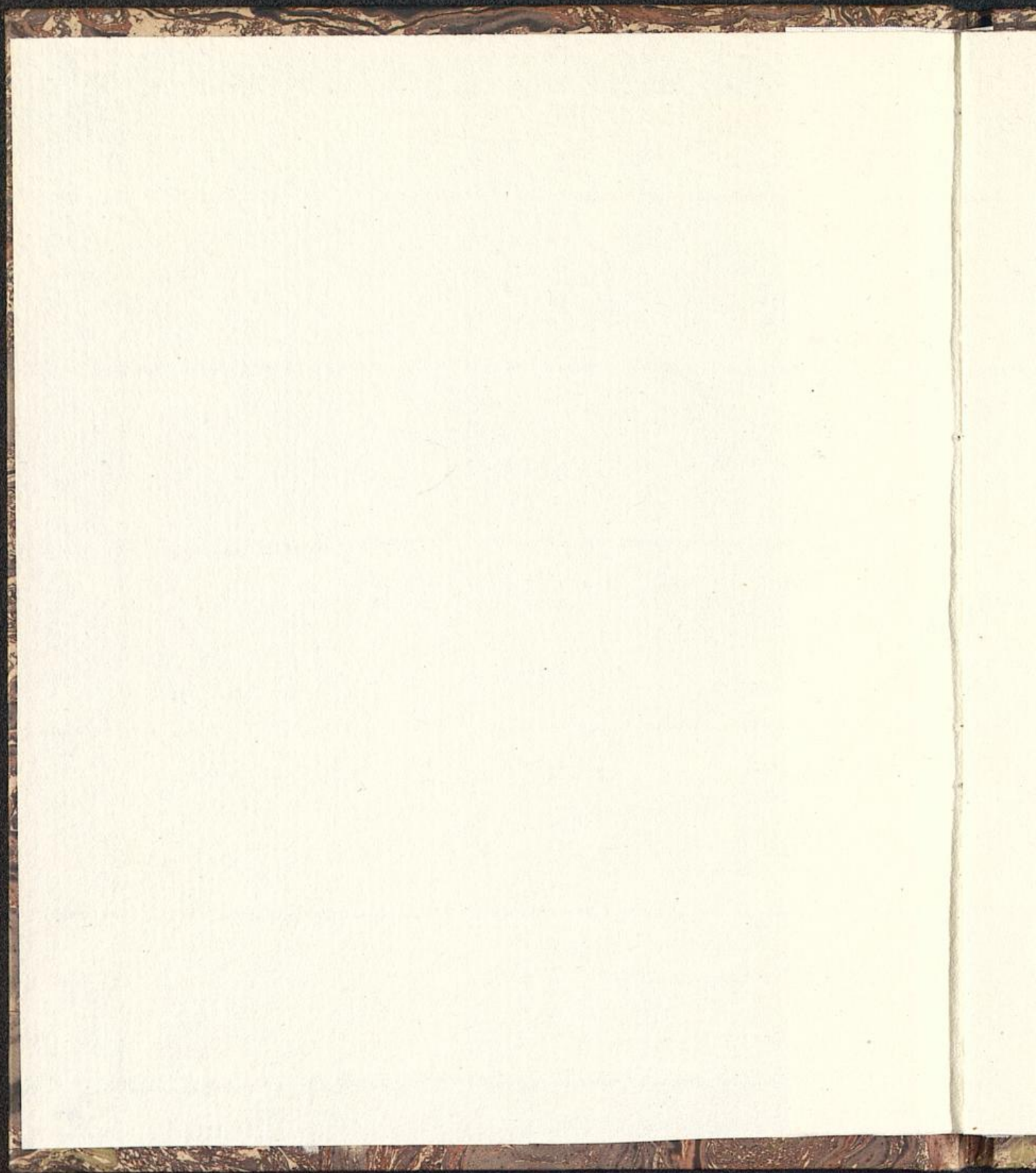
**Dissertatio Inauguralis Juridica [Iuridica], De Jure [Iure]
Non Scripto Irrationali**

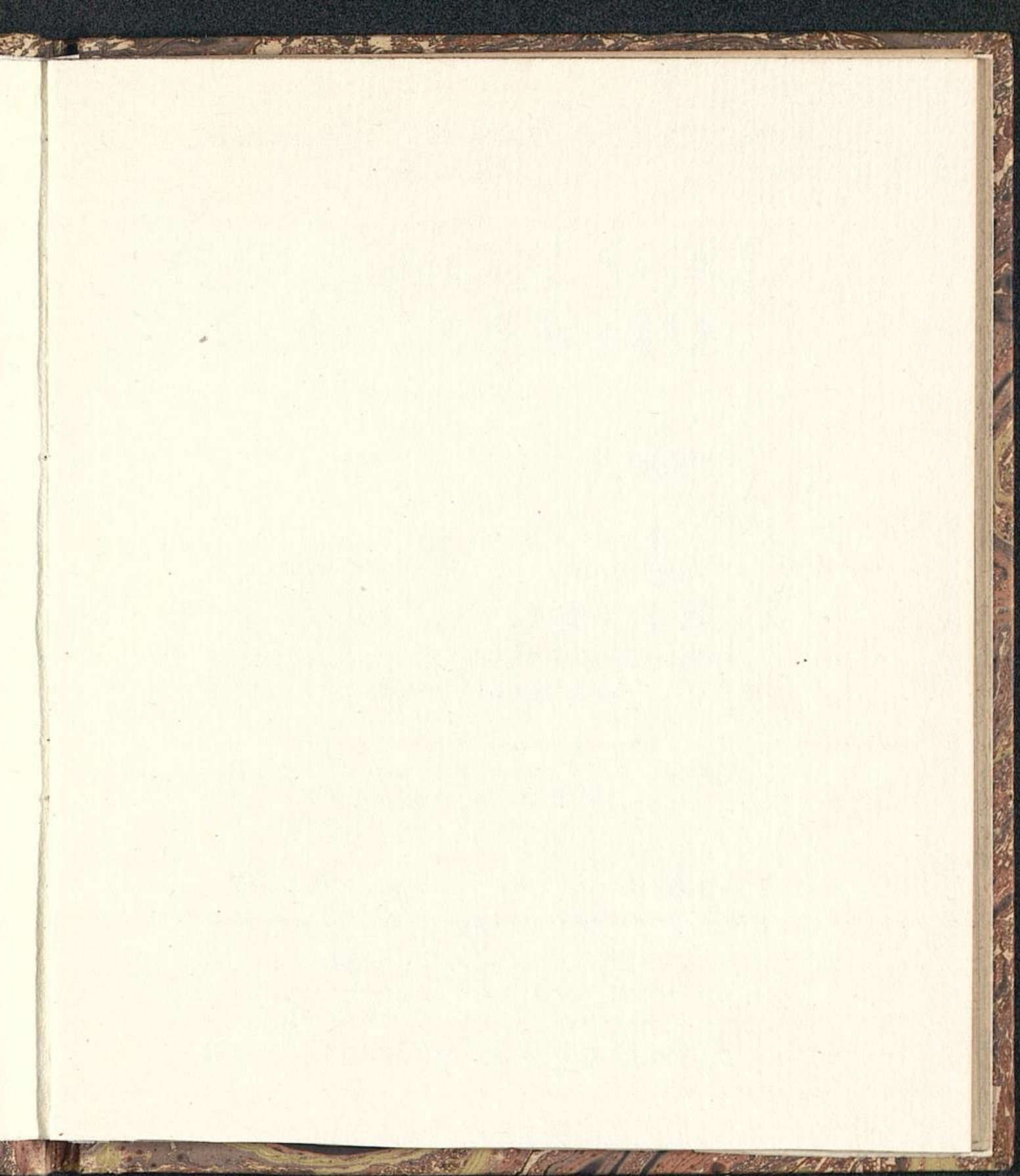
Mues, Bernhard Wilhelm

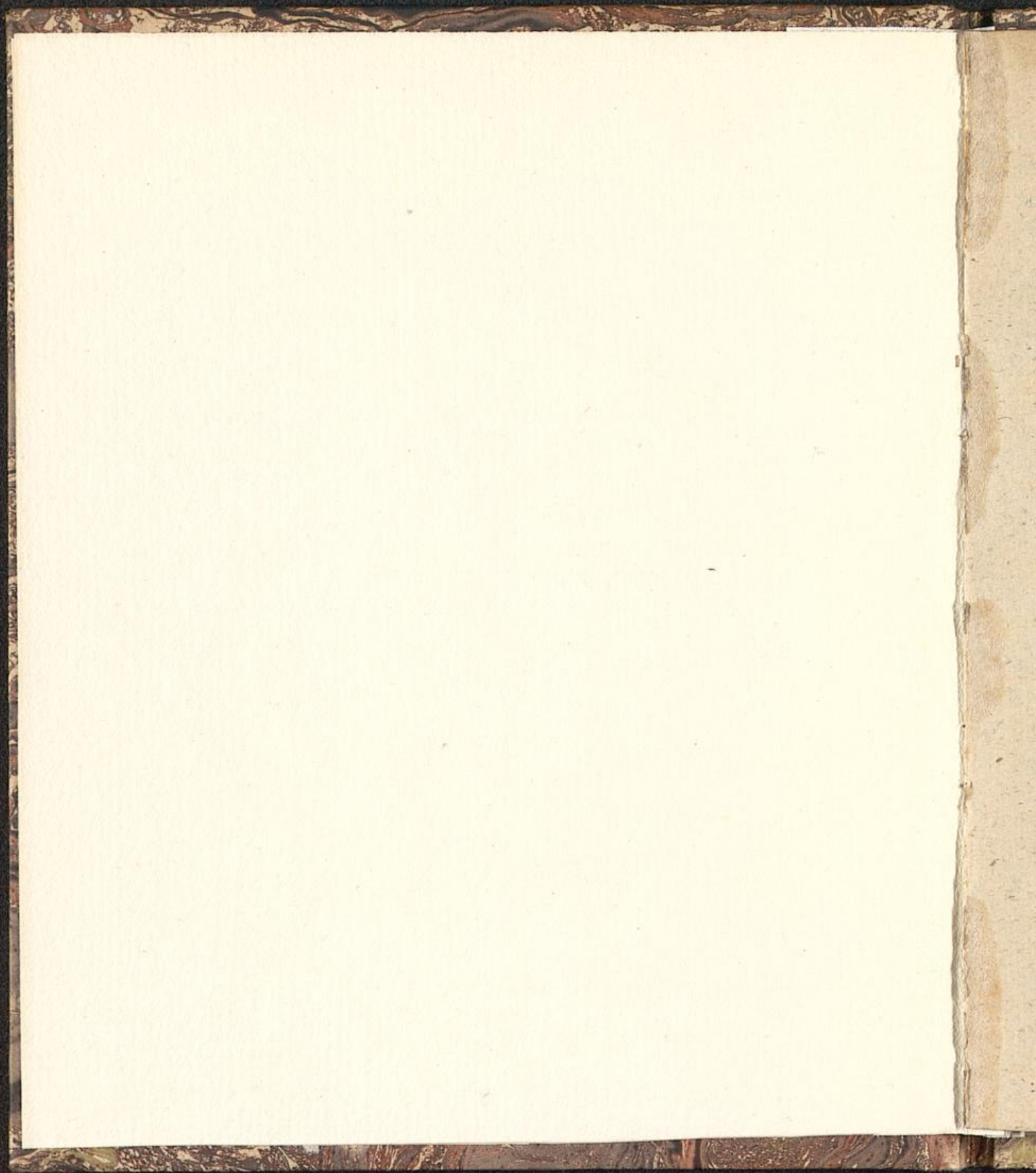
Duisburgi ad Rhenum, 1738

urn:nbn:de:s2w-3330









29.

DISSERTATIO INAUGURALIS
JURIDICA,
De
JURE NON SCRIP-
PTO IRRATIO-
NALI,

Quam
SUB AUSPICIO DIVINI NUMINIS
Ex
DECRETO ET AUTHORITY
EXCELLENTISSIMI ET AMPLISSIMI
JCTORUM ORDINIS

In Illustri Regia, quæ Duisburgi Clivo-
rum floret Universitate,

Pro

Summis in Utroque Jure Honoribus & Privilegiis
Doctoralibus ritè capeffendis.

Ad diem Augusti clolcccxxxviii.

Publica & solenni cruditorum examini submitte

BERNARDUS WILHELMUS MUES,
ANRÖCHTENA - WESTPHALUS.

DUISBURGI ad RHENUM,
Typis JOHANNIS SAS, Academiæ Typographii.

52

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

*REVERENDISSIMIS, EXCELLENTISSI-
MIS, PERILLUSTRIBUS, AC GENERO-
SISSIMIS, PRÆNOBILIBUS, NOBI-
LIBUS, CLARISSIMIS, CONSUL-
TISSIMIS ET DOCTISSIMIS
DOMINIS DOMINIS*

**DUCATUS
WESTPHALIÆ
STATIBUS**

**PATRONIS AC
MOECENATIBUS
DOMINIS MEIS
GRATIOSISSIMIS**

SACRA ESTO.

REVERENDISSIMI, EXCELLENTISSI-
MI, PERILLUSTRES AC GENEROSIS-
SIMI, PRÆNOBILES, NOBILES,
CLARISSIMI CONSULTISSIMI
DOCTISSIMIQUE DOMINI

DUCATUS
WESTPHALIÆ
STATUS

DOMINI MEI PERQUAM
GRATIOSI.



Ervetus dudum adagium non
hispidâ hominum aure passim
acceptum, quod scribit GEL-
LIUS *lib. 2. attic. cap. 7.* viros
bonos patriæ omnia debere, si-
quidem non ita patri quam Pa-
triæ nasci liberos voluit ULPIAN. *in l. 1. §. 15.*
ff. de vent. in possess. mitt. quod plurimi Ro-
manorum & peregrinorum non modo verbis,
sed suæ etiam salutis impendio testati fuere.

Hoc

Hoc itaque suavi Patriæ invitatione Pellectus in vicem superioritatis civis vester præsentem animi mei foetum more Romanorum, qui primitias superioribus suis offerre necesse habebant, ad vestras depono aras, & quamvis vix maturus sit adeoque, quemadmodum tantorum virorum aspectum merito fugere necesse habet, ita & vestra REVERENDISSIMI, EXCELLENTISSIMI, PERILLUSTRES AC GENEROSISSIMI, PRÆNOBILES, NOBILES, CLARISSIMI AC SPECTATISSIMI DOMINI DOMINI receptione planè indignus, attamen, dum voluisse satis est, & à juventute magna non facilè speranda veniant, hospitem hunc qualem qualemcunque ex innata vestra pietate & humanitate eo gratiosius recipietis, quo submissius eundem vobis oblatum volo, cumque id à me EXCELLENTISSIMI PATRIÆ PRIMATES (ne forte pro filio exhæredato haberi velim) summa efflagitet obligatio, non ita oblatum quam fidum offerentis animum respicite. Ad vos ergò decorè viam affectat hæc vestris nominibus submissè inscripta fidelitatis meæ tessera, suscipite serenè hunc ingenii mei partum, & non tantum hujus nuditatem vestrâ

clientelari pallio adumbrate, sed & Parenti ejus (quod votorum caput est) gratiam vestram & auxilium non invidete, ut tutius tandem pro salute vestrâ totiusque Ducatus pro viribus militare queat. Suscipite eum qui non modo summum numen pro vobis, ut in subditorum solatium diu incolumes vos & superstites feliciter Patriæ nostræ præesse sinat, familiisque vestris mihi que clientum infimo qui sub tantis viris nato & spiraturo mihi gratulor, conservet, continuo venerabitur, sed & se totum vobis ad cineres usque adstringit

REVERENDISSIMARUM, EXCELLENTISSIMARUM, PERILLUSTRIUM AC GENEROSISSIMARUM, PRÆNOBILIUM, NOBILIUM, CLARISSIMARUM, CONSULTISSIMARUM ET DOCTISSIMARUM DOMINATIONUM VESTRARUM

**Servus obsequiosissimus &
cliens devotissimus**

BERNARD. WILH. MUES.



I. N. D.



Uemadmodum exinde dependet unica Reipublicæ salus, ut non modo prudenti regatur consilio, sed & optimis floreat vel legibus vel moribus, ita non minus graviter Periclitatur, si perversi regianum vel Provinciarum mores populum ad quædam turpia trahant & illicita. Quod cum odorati fuere Thuri, rationabiliter instituerunt, ut qui veterem legem vel contraria consuetudine abrogatam contenderet, vel eidem nova lege derogare præsumeret, laqueo cervici circumdato in concionem prodiret, novamque suaderet, quam si populus non probaret, ei gula eodem laqueo frangeretur. OLDENBURG. *de Rebuspubl. turbid. memb. 1. th. 26.* Ita cauti fuere populi hi, ne eorum respublica pravis moribus vel legibus pateretur jacturam: Quidni nos hac tempestate cautos esse oporteret, adeoque motus fato ULPIAN. *in l. 1. ff. de div. & temp. act.* & PAUL. *in l. 25. ff. de liber. legat.* Præsentem materiam cum non modo utilis; sed & quotidiana paulisper dilucidare intendam: Supremum interea Numen juvet conatus hosce meos, ut Principium juxta cum medio & fine sit decens, vergatque in omnipotentis gloriam.

§. I.

Jus, cujus Etymon à justitiâ mutuavit ULPIAN. in l. 1. ff. de just. & jur. definitur, quatenus pro lege sumitur, & virtus ejus consistit in imperando, vetando, puniendo, & permittendo. l. 7. ff. de legib. cum Clariss. D. SUMMERM. in Πρώτ. ff. tit. de justit. & jur. quod sit jussus imperantis obligans subditos, ut secundum hunc actiones suas instituant. Dixi imperantis ideoque necessario superiorem præsupponit, cum pari in parem omne imperium & jubendi facultas denegetur. Præter coeteras distinctiones juris in privatum, publicum, de quibus latius SCHNEIDEV. ad 7. tit. de just. & jur. dividitur in scriptum, & non scriptum §. 2. Inst. de 7. N. G. & Civ. l. 32. ff. de legib. illud est jussus imperantis expressâ sanctione munitus obligans subditos ad observantiam, ad quod referuntur SCsulta, plbcita, constitutiones Imperatorum, hoc vero est jus subditorum saltem majoris partis usu longævo introductum §. 9. Inst. de 7. N. G. & Civ. tacitoque summæ potestatis consensu approbatum STRUV. Ex. 2. th. 18. dicitur consuetudo, Gewonheit / Gebrauch / altes Herkommen / dixi tacito, ut distinguatur à jure scripto differentiam enim non quæro in scriptura cum STRAUCH. in diff. spec. an script. sit de ess. leg. script & D. PAGENST. aph. 1. num. 17. qui ita ad legem scriptam requirunt scripturam, uti ad animal rationale requiritur ratio, & ad Parietem album albedo, sed tenendum cum Illustrissimo D. DE COCCEJI in 7. Contr. tit. de legib. quest. 1. sufficere expressam, summæ majestatis sanctionem, scripturamque tantummodo pertinere ad modum quo commodius & melius leges scriptæ in notitiam hominum perveniant. SUAREZ. de legib. lib. 3. Cap. 15. num. 5 & 6 BALDUIN. in Comm. Inst. de Jur. Natur. §. 11. sufficitque ut
lex

lex sit promulgata per præconem ZOES. *ad ff. tit. de legib. num. 14.* vel proponantur ejus verba, ut à subditis memoriæ mandentur uti obtinuisse apud Lacedæmonios, necorum leges cœteris innotescerent, vulgo ferunt interpretes.

§. II.

Nec minus poterit jus non scriptum manere tale, quamvis vel ex post in scripturam fuerit redactum, quales sunt consuetudines feudales, STRUV. *in Syntag. 7. Feud. Cap. 1. aph. 7. Num. 5.* vel antea scriptum, & tamen moribus receptum. Tale est jus nostrum Justinianicum, quo in Germania utimur frustra dissentiente LAUTERB. *in comp. Jur. in præfat.* siquidem expressa illa Constitutio MAXIMIL. de anno 1495. apud Lehnman. qui absque eo nec testis omni exceptione major esset in Chronico Spirensi non reperienda Clar. D. SUMMERM. *in Περὶτ. ff. lib. 1. tit. 4. §. 67.* itaque moribus in Germania receptum & consuetudinarium dici poterit; sufficit enim, quod tale jus non ex præcepto legislatoris sed ex usu descenderit, neque postea tanquam nova lex præcepta fuerit. Et quamvis Jus Romanum ab initio fuerit scriptum, germanos tamen non ex præcepto Justiniani, utpote qui in eos nullum habebat Imperium, obligare potuit, ideoque quo ad Romanos fuisse jus scriptum quo ad germanos vero non scriptum juste dixerō.

§. III.

Dividitur jus non scriptum in universale, quod ubique in Imperio Romano observatur, quales sunt pignorationes, Arresta, & speciale quod solummodo in certo loco pro lege servatur, subdividitur & aliud est præter legem, quod disponit super casu legibus omisso. Aliud est contra legem quod inducit contrarium legi, quo lex scripta vel usu non

B

recipitur

recipitur vel iterum abrogatur, quæ defuetudo appellari solet, aliud est secundum legem, quod quidem non inducere jus non scriptum aut novum vinculum, cum sit tantum quædam observantia legis scriptæ ejusque executio recte dixit BALD. *in l. fin. Cod. quæ sit long. consuet.* cum tale jus non è dispositivum sed imitativum tantum, quo lex superioris in ulum deducitur C. 3. §. *leges dist. 4.* attamen cum constat consuetudinem esse optimam legum interpretem ex l. 37 & 38. ff. *de legib.* non immerito dici posse arbitror consuetudinem secundum legem esse aliquando dispositivam juris, cum inter diversas interpretationes, quæ ad illam legem adferri possunt, ad certum modum observatur.

§. IV.

Requiritur ad utriusque juris non scripti sive consuetudinis justitiam (1.) actuum frequentia quorum Illustrissimus D. de COCCEJI *in 7. Cont. ad tit. de legib. quest. 11.* duos requirit, cujus rei determinatio arbitrio judicis relinquatur arg. l. 11. §. 2. ff. *de jur. deliber.* D. PAGENST. *admonit. Part. 1. §. 45. in fin.* tot enim actus sufficiunt quot Judex sufficere putat BRUNN. *ad l. 1. Cod. quæ sit long. consuet.* THILL. *in vind. & Not. ad GAIL. lib. 2. O. 31. Specim. 4.* MYNSING. *lib. 6. obs. 41. num. 7.* (2.) Diurnitas temporis. Sed cum hæc requisita à DD. latius tractentur prolixius ea examinare necesse non erit. (3.) Requiritur ut sit rationabile & bonum. GAIL. *lib. 2. obs. 31.*

§. V.

Hoc jus rationabile cum dissertationis meta sit, prius inquirendum, an rationabilitas ita requiratur ad essentiam juris non scripti, ut planè abesse non possit. BALD. *in l. 37. ff. de legib. num. 32.* scriptum reliquit consuetudinem sine ratione stare posse, putans ad legem scriptam non requiri rationem, propter l. 20. ff. *de legib.* ergo neque ad
legem

legem non scriptam , hæc enim illam imitatur , vultque
JURECONS. *in l. 13. §. 1. ff. qui & à quib. manumiss.* le-
 gem quamvis duram observandam esse , imo communem
 errorem jus facere patet *ex l. 3. §. fin. ff. de supell. legat. l.*
3. ff. de offic. presid. ac legem non scriptam esse communem
 observantiam supra notatum fuit , ideoque hisce motus
BALDUS *c. l. rationabilitatem* non pertinere ad consue-
 tudinem sibi persuasum habuit. Errâsse hic Egregium vi-
 rum **BALDUM** asserit **MENOCH.** *arb. Jud. Quest. centur.*
1. cas. 82. num. 14. quia potius ad omnia requiri rationem
 in confesso est , illudque solummodo docet **JULIAN.** *in l.*
20. ff. de legib. non esse cuius de unaquaque legis senten-
 tia arcanam & latentem rationem assequi , ita ut non oporteat
 nos in perscrutandis legum rationibus nimium sollicitos
 & anxios esse , ne multa ex his quæ certa sunt subvertantur
l. 21. ff. de legib. , nec dicendum communem errorem jus
 facere , quin magis eundem juri refragari , & contrarium esse
 patet *ex l. 15. ff. de jurisdictione.* & glaucoma intellectui ob-
 jicit **STRUV.** *Ex. 29. th. 25.* Nec huic obstat
l. 3. ff. de offic. presid. cum confirmata fuerint Decreta Bar-
 barii propter utilitatem publicam non propter communem errorem
ARUMÆUS *Disp. 1. th. 22.* nec subsistere poterit sententia
BALD. *c. l. consuetudinem* contra rationem introductam
 validam esse distinguendo rationem generalem à speciali ,
 cum sine inspecto nunquam contra rationem lex edita fuit ,
 nam etsi hodie aliquando videri possit rationi contraria ,
 non tamen talis fuit tempore quo promulgata est , cum
 fortassis in hoc vel illo mores varaverint , itaque dicendum
 deficiente ratione non subsistere jus non scriptum , cum
 rescribat Imperator *in l. 1. Cod. qua sit long. consuetud.*
 ut ratio quæ illud tuasit custodienda sit. Cujus simile innuit
l. 29. ff. de legib. & l. 3. C. qua sit long.

§. VI.

Exinde satis elucescere opinor rationabilitatem esse de substantia consuetudinis, nunc investigare necesse erit, quænam dicatur irrationabilis. DD. egregie laborant de definienda hac consuetudine. BARTOL. *in l. 32. ff. de legib. num. 3.* illam esse irrationabilem, quæ Ecclesiasticam disciplinam vel libertatem oppugnat, quod ex *C. ult. X. de consuetudine*, clarius patere asserit. Quæ doctrina ideo non perfecta, quia aliquando huic non repugnat, & tamen irrationabilis est. Alii suadent Judicem à similibus ad similia procedere debere. *l. 12. ff. de legib.* quod quamvis in dubio fieri possit, obscurum tamen est cum adhuc ignoretur quæ inter se sint similia MENOCH. *lib. 2. Centur. 84.* Alia TABORIS *de collat. Jur. Rom. & Hungar. Sect. 2. cap. 14.* opinio est scilicet rationabilem & irrationabilem dici debere secundum unumquodque Jus, si scilicet ejusdem fini vel accedat vel repugnet; quare secundum Jus Canonicum irrationabilis est, quæ fini æterno repugnat *C. fin. X. de Consuet.*, secundum Jus Civile, quæ bono publico refragatur, cum ejusdem finis sit salus civium, ideo consuetudo posset esse rationabilis, & irrationabilis simul, cum consuetudo vel lex permittens usuras & præscriptionem cum malâ fide inspecto Jure Civili in bonum publicum rationabilis esse, Jure vero Canonico irrationabilis dici possit, cum repugnent felicitati æternæ. Quamvis autem hanc ultimam sententiam fundatam autumo, attamen cum adhuc obscura sit, necessarium putavi, ex præmissis ducere regulam, quâ ponderata Atlantis labor haud necessarius erit ad cognoscendam rationabilitatem vel irrationabilitatem actus aut inductæ consuetudinis; & latior investigatio, cujus fini adversetur, minimè requiretur.

§. VII.

§. VII.

Ideoque pouo, quod illa consuetudo sit irrationabilis, quæ contradicit Juri Divino *C. ult. X. de consuet.* vel naturali *C. ult. de prescript.* seu quæ inducit peccatum aut proximam peccandi occasionem *C. 10. X. de consuet.* quæ bono publico repugnat. *Arg. l. fin. Cod. si cont. jus vel util. publ. Ecclesiæ* damnosa vel legibus reprobata, suntque hæc ita contraria juri non scripto, ut uno vel altero interveniente omnimodè vitietur, nec valida fiet, etsi à Rege & toto regno observata fuerit. *MANTIC. de tacit. & ambig. coe-vent. lib. 23. tit. 19. num. 33.* habet enim perpetuam causam prohibitionis uti notat *RUIN. lib. 5. consil. 109. num. 5.* non tamen statim putandum consuetudinem esse irrationabilem, si forte ratio subitò non occurrat, vel aliquid rationis ei opponi possit, sed tum demum si apertè constat eandem alicui ex superius dictis contrariari, habetur alias rationabilis, etsi ratio nobis non appareat *MEV. lib. 3. tit. 1. decis. 48.* ne autem confundantur contraria consuetudini.

§. VIII.

Videndum (1.) de illa quæ Juri divino positivo repugnat, hanc eidem non derogare in aprico est, cum sit peccati nutritiva *C. ult. X. de consuet.* *BOCER. disp. 4. th. 1. num. 13.* etsi per tempus immemorabile observata fuerit, nam nec temporis lapsu firmatur consuetudo invalida *Nov. 124. Cap. 1. in fin.* etsi totus mundus eadem uteretur. *MEYER in Colleg. jur. Arg. lib. 1. tit. 3. num. 39.* Regula tamen hæc non est perpetua sed limitanda si jus divinum non sit præceptivum, & proinde consuetudo non inducat peccatum, tum enim valida esse potest *PANORM. in cap. fin. X. de consuetud.* quia uti dictum jus divinum per legem humanam ita non minus per consuetudinem *Arg. l. 32. ff. de legib.* interpretationem imo distinctionem capere potest,

test, sic jus divinum vult omne verbum stare in ore duorum vel trium, Justamen civile in testamentis Septem. §. 3. *Inst. qui testam.* in aliis voluntatibus ultimis 5. requirit, ex quo non inferendum Juris Civilis dispositionem esse irrationalem, cum sit inducta ut fraudi obviaret, & quamvis Pontifex in *C. 10. de testam.* consuetudinem quæ rescindit testamenta in quibus non intervenerunt septem testes improbet veluti Juri divino alienum, imo anathemate feriat, qui audent rescindere testamentum destitutum solennitatibus, attamen non dicit, quod lex humana desiderans septem testes sit Juri divino contraria, quod non præcepit, ut in omnibus causis præcisè duobus vel tribus testibus fides haberi debeat, nec plures possint requiri; sed tantum declarat, quod ordinariè duobus vel tribus testibus prudenter credatur, alias non modo Pontif. in *C. 23. de test.* quod quædam sint causæ, quæ plures quam duos testes exigant ut in *C. 2. quest. 4.* sibi contradixisset, sed & apertè contra Jus Divinum pronuntiaffet, directè autem contraria Juri Divino prohibitivo esse irrationabilia certi juris est.

§. IX.

Non valet itaque consuetudo permittens adulteria furta homicidia, quin & merito damnatur consuetudo Bactrianorum homines senio aut morbo confectos canibus objicientium, sic pravus dicitur Derbicorum mos qui illos, qui supra septuaginta annos vixerant masculos mactabant fœminas strangulabant, ut refert ÆLIAN. *variar. Histor. lib. 4. cap. 1.* nec minus illa Locrensi consuetudo, quod ægrotanti si vinum bibisset, nisi jubente Medico etiam si ad pristinum statum & valetudinem rediisset, mors supplicium sit, quoniam non jussus biberat ÆLIAN. *lib. 2. cap. 37.* veluti Juri Divino contraria damnatur.

§. X.

§. X.

Perpendenda (2.) venit consuetudo juri naturali contraria, quod hic sumitur quatenus mentibus omnino est insitum, hoc immutabile dicitur in §. *fin. Inst. de 7. N. G. & C.* adeoque omnis consuetudo huic contraria invalida dici necesse est *C. fin. §. ult. de consuet.* ZOES. *ad ff. tit. de legib. num. 79.* Jus Gentium autem non est ita immutabile, nec generaliter talia continet quorum contrarium est inhonestum STRUV. *in S. 7. C. Ex. 32. th. 3.* nec consuetudo regulariter irrationabilis est, dixi, *Jus Naturale esse immutabile*, itaque erroris inculari possem cum dupondio non sit incognitum, servitutum esse contra jus naturale, imo & præscriptionem, & tamen has species irrationabiliter esse introductas nemo certe dicere poterit, quare distinguendum puto, an aliquid dicatur esse juris naturalis positivè, quando lex juris naturalis præcipit aliquid vel prohibet necessarium ad morum honestatem, vel permisivè aut concessivè, si non præcipit aliquid actu nec prohibet, sed permittit tantum, & hujus ordinis est libertas, rerum communio, & similia, quæ sunt relicta humani arbitrii dispositioni pro exigente sua commoditate. Priori modo sumptum est immutabile juxta §. *9. Inst.*, ita ut contraria consuetudo vel statutum irrationabile sit; ediverso posteriori modo acceptum nihil implicat id mutari posse, & servitutum absque læsione juris naturæ introductam ARUMÆUS *Ex. 1. th. 22.* Verum consuetudines juri naturali prioris generis adversas irrationabiles dicuntur, tales sunt, quæ res furtivas magistratui addicunt, quæ confiscant res illorum, qui naufragium passi, quæ consuetudines non modo in *Ord. Crim. Car. V. art. 218.* in perpetuum sublata, sed & in *C. excomm. de rapt.* reprobata fuere; cum nihil magis rationi contrarium, quam calamitati addere calamita-

lamitatem ex afflicto afflictionem *l. 14. ff. de offic. prasid. l. 28. C. de Episcop. dign.* GAIL. *lib. 2. O. 18. num. 5.* Nec minus improbaturo consuetudo denegans liberis alimenta, quæ jure naturali debentur, an autem consuetudo quod liberis non necessariò relinquenda legitima sit contra jus naturale DD. non conveniunt SCHURFF. *centur. 1. consil. 21. num. 2.* eandem Juris Civilis esse cooperante & suadente solum jure naturali, adeoque contrario usu tolli posse *arg. l. 32. ff. de legib.* distinguendum verò melius, an consuetudo simpliciter legitimam liberis auferat, & simpliciter irrationabilis est, an verò in alio faciat compensationem & hanc rationabilem esse posse intrepidè cum GAIL. *2. O. 122.* dici poterit.

§. XI.

Sequitur (3.) consuetudo, quæ peccatum, aut proximam inducit peccandi occasionem, quam solam latius examinato: Talis consuetudo non est toleranda, etsi immemorialis fuerit, cum ex diuturnitate temporis non minuitur sed augeatur peccatum *C. 1. X. de eo qui dux in matr.* eodem modo damnandi quidam patriæ mores qui inter plebem vigent, nonne enim consuetudo permittens, tempore Bachanaliarum quaslibet malitias corruptela dicenda, cum nihil tum temporis illicitum esse plebs sibi persuadeat, etiamsi directè contra Deum tendat, cum tacendo graviora, per inhumanos potus se quasi accingere velle videantur ut eo melius insequentis sacro tempore pertæsi à gulâ abstinere possint. Non later Ord. Polit. Archidiæces. nostræ de Anno 1723. *tit. 19 §. 1.* dictas consuetudines laudabiliter improbasse, attamen perversis populorum moribus eandem legem non venisse ad observantiam in nonnullis locis satis apparet, ideoque judicis officii est ejusmodi consuetudinem veluti peccatum inducentem annullare.

§. XII.

§. XII.

Porro consuetudo quæ permittit pactum super hæreditate viventis, potest occasionem peccandi dare, quando votum captandæ mortis inde oritur. Et hinc tale pactum reprobatur in *l. 61. ff. de V. O. l. 15. 19. C. de pactis*. Communiter tamen affirmatur valere consuetudinem non invalidantem ejusmodi pactum inter conjuges, cum hic aliquatenus cesset ratio HAHN. *de 7. Rer. Concl. 70. n. 2. GAIL. 2. O. 136*. Non est autem extra controversiam, an valeat consuetudo totius fere Germaniæ, scilicet de unionem prolium ZAS. in *l. 61. ff. de V. O.* negat hanc subsistere posse ex eo quod in *l. fin. C. de pactis* improbetur pactum juratum de succedendo, ideoque ubi non valet pactum, ibi nec valet consuetudo *l. fin. C. de reb. alien. non al.* at tamen quando ad ejusmodi conventiones accedit causæ cognitio competentis Judicis, & amicorum præsentia & tutorum &c. per quæ excluditur omnis sinistra præsumptio valere poterit GAIL. *2. O. 125*. Verùm an consuetudo uti toti fere Germaniæ ita patriæ nostræ frequentior permittens lusus alearum vel chartarum introduci possit non sine ratione dubitat BRUN. *ad l. 1. ff. de aleator.* siquidem non modo sæpius in lachrymas abeat, sed & innumerorum criminum proximam det occasionem, cum ut taceam verbera, injurias, quas perdens in alium evomit, Deum blasphemare ira commoti non erubescant. TACITUS *de morib. German. cap. 24.* hanc ludendi consuetudinem adeo miratus fuit, ut & vix capere potuerit bonos germanorum mores tales perniciosas ludos pati potuisse, siquidem non modo universas aureas sed & hisce perditis auream libertatem sorti commiserint. Jure Rom. equidem ut in *l. 13. C. de aleator.* ejusmodi lusus fuere prohibiti, at tamen apud germanos hanc *l. 13.* nunquam venisse ad observantiam

C

quoti-

quotidiana docet experientia, adeoque moribus sæculi nostri non amplius habentur pro illicitis, cum autem uti dictum viam sternant ad peccatum prudentius eradicantur *arg. C. 10. X. de consuetud.* idem est de moribus vel minuentibus vel tollentibus pœnas, de quibus conquæritur STRYCK. *in U. M. ff. tit. de oblig. & act. §. 7.*

§. XIII.

Restat (4.) ponderanda consuetudo bono publico vel Ecclesiæ damnosa, videndum prius de consuetudine contra bonum publicum, talis est, quæ permittit in populo insidias quibus turbatur reipublicæ tranquillitas aut quæ minuunt interesse principis, cujus generis consuetudinem etsi modo reprobata in ORD. POLIT. *Archidiœces. Colon. de Anno 1726. tit. 19. §. 1.* adhucdum in quibusdam locis reperio, quæ scilicet die nuptiarum, sepulturæ, & quo Baptizatur infans pretiosas inter amicos requirit Epulas, siquidem plebeji id citra famæ jacturam omitti non posse propter consuetudinem sibi persuadent, itaque hisce immodicis sumptibus non modo sese incapaces reddunt vel collectas vel alia præstanda solvendi, per quod minuitur interesse Principis, sed & sibi metipsis quotidianum subtrahunt panem, eodem modo nec approbandi quorundam locorum mores mortui debitoris cadaver arrestari permittentibus, donec Hæredes debita solverint; *l. 38. ff. de relig. & sumpt.* videntur hi rationem fundare in crudelitate legum 12. tabularum ubi perfidi debitoris cadaver creditoribus lacerandum tradebatur, ut latè GELL. *noct. attic. lib. 2. C. 1.*; nostra ætate ejusmodi mores non modo crudelitate pleni sed & contra bonum publicum esse videntur, cujus non minus interest mortuos sepeliri quam vivos conservari BALD. *in l. fin. C. de Neg. gest. n. 7.*

§. XIV.

§. XIV.

Sequitur (5.) consuetudo Ecclesiæ damnum inferens, quæ non minus extirpanda *C. 1. X. de consuet.* & quidem officio judicis PANORM. *in c. C. 1.* rationem invenio in favore religionis propter quam multa inducta reperiuntur. *l. 43. ff. de relig. & sumpt.*, videndum itaque an consuetudo in nostris terris non infrequens Clericos ad profanas causas de fructibus ex Parochia aut Beneficio Perceptis testari posse, de jure subsistere possit. VALLENS. *lib. 3. tit. 26. num. 9.* eam exinde valere asserit, quod prohibitio nec sit juris divini naturalis aut gentium, sed merè positivi, adeoque contraria consuetudo satis valida arg. *l. 32. ff. §. 1. de legib.* Medium elegit AZOR. *inst. mor. p. 1. lib. 7. cap. 9. quest. 1.* Clericos validè sed non licitè testari posse ex consuetudine. Accuratius tamen inspiciendo substantiale requisitum consuetudinis scilicet rationabilitatem, hanc consuetudinem utpote Ecclesiæ damnosam irrationabilem esse reperio, cum experientiâ constet, quando decedentibus Parochis omnia ad Hæredes devolvuntur, interim Ecclesia vix facta recta sit, quare non vana est vulgi opinio, quod bona Clericorum apud Laicos parum fructiferent, adeoque prædicta consuetudo rectius invalida dicitur arg. *C. 1. de Consuet. C. cum in off. de testam.* Nec contra movere poterit argumentum AZOR. Clericos esse veros dominos, nam dubium est eos habere plenum dominium, nec adhuc semper valet consequentia est dominus rei ergo potest illam in alium transferre, cum ille cui fideicommissum familiæ relictum sit verus dominus, & tamen extra familiam id alienare ei minimè licet. Regerunt DD. passim summum legislatorem non contradicendo videri tacitè approbare prædictum usum ad profanas causas testandi quem vix ignorare potest, cum in toto fere orbe practice-

tur; contrarium tamen satis apparet ex **CONCIL. TRID.** *Sess. 25. Cap. 1.* ubi declaravit **PONTIFEX**, quod sua taciturnitas, non approbet tales usus, qui non satis rationabiliter contra canones inducti, multa enim Patientia tolerantur, quæ cum in iudicium deducta, tolerari non debent *C. 18. de præbend. ENGEL. l. 3. tit. 26.* poterit tamen per privilegium concedi facultas testandi ad profanas causas, cum multa in uno casu rationabiliter concedantur; quæ universaliter observari rationabiliter non poterunt, siquidem in uno vel altero casu talis testatio Ecclesiæ damnosa esse non poterit. Ex eadem ratione non fundata consuetudo Prælatum irrequisito Capitulo res Ecclesiæ alienare posse, nam moribus nequeunt diminui solennitates inductæ à Jure Canon. in alienationibus rerum Ecclesiæ si ei damnosæ sint **MANTIC. de tac. & amb. conv. lib. 4. tit. 7. num. 20.**

§. XV.

Nunc demum (6.) examinare oportet consuetudinem legibus prohibitam, non est fateor hæc separata species ex qua cognoscatur irrationabilitas, cum præsupponat ex prioribus requisitis unum essenziale deficere, attamen, cum nonnunquam ratio, quæ legislatorem ad reprobendam talem consuetudinem movit, latere possit, eandem iudex rejicere, necesse habet, etsi sibi persuadeat, illam prænumeratis vitiis carere, itaque ne in difficili hac materia circa corticem hæream enucleandum, an possit jus non scriptum valere abrogatorium juris scripti; hic non parum dubii subest, siquidem consuetudo legi contraria contra rationem inducta censi poterit, cum lex sit bona & rationalis, adeoque actus ei contrarii non possint non esse mali, & irrationabiles, præsertim cum in *l. 3. C. quæ sit long. Conf.* invalida declaretur ejusmodi consuetudo, & in hanc sententiam videtur inclinare. **SOCIN. Jun. Part. 2. Consil. 101.**

n. 7. Sed magis inquirendo naturam consuetudinis eandem contra jus scriptum valere posse, firmo stabit juris talo, nam etsi negari non possit legem rationabilem esse debere secundum considerationes & circumstantias ejus temporis quo fertur, & secundum mores certi populi, non tamen debet esse rationalis secundum omnes considerationes etiam futuras C. 24. de sent. Excommun. in 6to. lex enim justa in uno loco potest esse injusta in alio. Nec obstare poterit l. 2. C. quæ sit long. Cons. cum eam non de statu populari sed Regio loqui probat Illustrissimus D. DE COCCEJI in 7. contr. tit. de leg. in quo invalida erat consuetudo contra Jus scriptum, cum & de consuetudine non legitimè inducta intelligi possit vid FRANZ. ex 1. ad Inst. quest. 9. ideoque eandem satis validam esse posse, erit extra controversiam. l. 32. §. 1. in fin. ff. de legib.

§. XVI.

Plus autem est difficultatis de consuetudine prohibita à principe per clausulam non obstante vid. l. 3. ff. §. 5. de sepulch. viol. C. 7. de consuet. hæc pro irrationabili & invalida habenda, cum pro legislatore sit præsumptio eam damnosam esse, quod si autem appareat eam nihil injustitiæ continere, etsi sit prohibita, huc vel illuc valere poterit, nam poterit in hoc vel illo loco, de quo legislator non cogitavit esse justior ipsa lege, nec illam, si scivisset forte improbasset, quod si autem hujus vel illius loci eandem prohibuisset indistinctè irrationabilis dicitur pro tempore præsentis, nec poterit judex aliter judicare, etsi à longissimis annis contrarium observatum Nov. 124. cap. 1. in fin. dixi præsentis nam clausula non obstante ad imposterum inducendam, si fortè ratio movens ad illam improbandam cesset non est trahenda. HOPP. ad §. 9. Inst. de 7. N. G. & Civ. hanc consuetudinem contra legem cum clausula non

obstante propter deficientem præsumptum imperantis consensum non subsistere posse sibi persuasit, præsertim cum legislator improbando consuetudinem simul inhabilitet subditos ad introducendum aliquid contra talem legem, non est adeo stringens hæc ratio, ut applausum mereri possit, cum non modo falso laborat supposito scilicet causam semper esse perpetuam, sed & requiri legislatoris scientiam, cum tamen eum non contradicere sufficiat *C. 1. de constit. in oro.* FABER *ad §. 9. Inst. de f. N. G. n. 8.* nec deficit hic præsumpta voluntas Imperatoris, cum taciturnitate priorem voluntatem expressam revocasse censeatur, quod clarius patet ex *l. 3. §. 3. ff. de sepulch. viol.* ubi prohibetur, ne quis in urbe sepeliatur prohibitis contrariis statutis municipalibus, quod eo tempore ita expedire judicabatur, cuius tamen hodie contrarium passim observatur. Itaque consuetudo reprobata eatenus pro futuro induci non poterit, quatenus causa movens est perpetua, quatenus autem cessat valida erit.

§. XVII.

Satis ex deductis colligi posse autumo, quænam consuetudo pro rationabili habenda, quod si autem adhuc in aliqua causa fluctuaret Judex, si fortassis in uno rationabilis & in altero irrationabilis sit, sufficit quod sit justa in pluribus etsi non sit talis in singulis VALLENS *lib. 1. tit. 14. n. 6.*, quare in dubio iudicis arbitrio relinquitur, an actus cum ratione gesti dicantur MENOCH. *de A. I. Q. lib. 2. cent. 82. num. 3.* sedulo itaque iudex inquiret, ne fortè prava longius in republica alatur, ut necesse non haheat immortalis Deo ut inquit BRUNN. *ad l. 3. ff. de pollicit.* rationem reddere præcipuè cum hac tempestate homines ad malum nimium quantum inclinent, poteritque tunc iudex in casu dubio de similibus ad similia procedere *l. 12. ff. de legib.*, &
præ-

præsumitur rationabilis si tanti temporis sit, ut ejus initii non exstet memoria CRAVETTA *Consil. 21. n. 21.* quare allegantis nen erit probare eandem esse justam & rationabilem sed excipientis, quod si autem contra jus scriptum inducta sit, requirit demonstrationem justitiæ ab actore MEV. *lib. 2. tit. 1. decis. 48. & lib. 8. tit. 53. decis. 9.* quamvis, cum consuetudo facta sit, debeat allegans illam probare, rationabilitatem autem probare necesse non esse vult PANORMIT. in *C. ult. de consuetud.* cum ita inducta consuetudo magis juris sit quam facti.

§. XVIII.

Demum dubitari posset, an consuetudo irrationalis excuset à poenâ; non videtur id per modum abrogationis fieri posse, nam cum ejusmodi consuetudo non possit abrogare legem *l. 1. C. qua sit long. consuet.* nec qvo ad poenam eandem tollere poterit, cum consuetudo invalida nihil operari possit, per modum tamen circumstantiæ poterit facere cessare poenam CURTIUS *Consil. 279. num. 60.* ad minimum fori exterioris, nam ordinariè resultat ex publica peccandi consuetudine aliqua ignorantia, quâ tale delictum minus grave vel deformè putatur, ut reatum poenæ minuat modo non sit ignorantia crassa v. g. contra jus naturale. Coeteroquin etiam multitudo peccantium tollit occasionem exequendi poenam. An autem in foro interno excuset, Theologis examinandum relinquo; quod si adest probabile super validitate consuetudinis dubium, aut tollerabilis ignorantia etiam in foro interno excusabit, ignorantia enim legis non est peccatum *l. 9. ff. de jur. & fact. ignor.* nec adeo sedula inquisitio ab omnibus prætendi poterit.

§. XIX.

Concludit dissertationem elegans quæstio, cujus sic
con-

consuetudinem vel rationabilem vel irrationabilem declarare. Qua in re Judicem quoque secularem cognoscere posse, arbitror; nam ad hunc etiam pertinet obviare peccatis, ne Reipublicæ nimium inferatur damni. Finio & B. L. me commendo, qui non minus errata quam neglecta humanitate suâ supplebit.

C O R O L L A R I A.

1. **F**urtum commissum in necessitate non est contra Jus Naturale, nec ablatum restituere tenetur.
2. Nec naturalis obligatio oritur ex testamento imperfecto propter omiffas solennitates.
3. Transactionem non rescindi propter enormem læsionem Theoreticè defendo.
4. Vasallus Dominum in casu inopiæ alere non tenetur.
5. Ususfructus non acquiritur patri in feudo à filio acquisito.
6. Feudum francum non excludit fœminas à successione.
7. Venatio nec est servitus realis nec personalis.
8. Delatum Juramentum suppletorium recusari potest offerendo alias probationes.
9. Dominum esse & malæ fidei possessorem non repugnat.
10. Purgatio moræ ratione Caducitatis in Emphyteusi de Jur. Civ. locum non habet.
11. Famula prægnans non præsumitur à domino suo imprægnata nec incendium præsumitur inquilini culpa levi esse ortum in ædibus.

HEus! quo tendis? fige pedes incognite, fallor?
 Nescio, quâ Natale solum dulcedine Cunctos
 Ducit, quem Pyladem mihi desponsavit Orestis
 Nescio, jamque scio, cui ferta parata jacebant,
 Serius aut citius metam properamus ad unam.
 Perge modò, nisi vel pegasi tibi finxeris alas
 Procedent forsan contra bis terque citatum
 Prægnantes momi, laudabunt carmine nomen,
 Ast ludant, reddit nam virtus sola Beatum.
 Indignabuntur; si vindico carmine carmen.
 Turget Parnassus, propullulat alter Apollo.

*Ità pyladi suo in monte Parnasso obvianti
 inter amplexus applausit orestes*

A. W. SCHULTES. L. L. U. J.

