

per Marium Anton. variar. resolutio. d. resol. §. n. 8.
Malcād. quæst. 1523. n. 25. part. 3. suppetunt etiam per

plures Rotæ decisiones, illa præserit Aldobrand. de-
cisiō, quam superius citavi, quæ est decisiō 202. part.
70 1. diverso. ubi resolutum attestatur in una Pistorien,
fuisse mixtum executorem illum datum ad providen-
dum in forma dignum, de Capellania, in cuius pos-
sessione erat Præpositus, & Capitulum Piscien. sive sa-
cristia, quæ erat citanda ab ipso executore, qui tene-
barur assumere partes judicis, & audire possessorum,

qui non erat obnoxius solo verbo executoris stare, &
parere, suarque jus dimittere, sed resistere, nec illius
potestatem contra ipsum locum fore, quia illum ex-
ecutoris potestas compescere non valebat, cùm adver-
sus resistentes de facto, non de jure, excandescere valeat,
per decisi. 4. Achillis de sentent. excommunic. Joan.
Hier. Campanill. divers. jur. can. rubrica 11. cap. 13. sub
n. 220. ubi n. sequenti, dicit, quod propterea possesso
alio modo adepta decernenda est intrusa secundum Fe-
lin. in cap. constitutus n. 18. de rescript. Ripa in l. natu-
raliter §. n. 25. de acquir. possesso. & in his
terminis censuit Rota in una sentent. Pontis Arrigi.
coram Decano, sub die 12. Junii 1573. & in alia Bar-
chionen. præceptoriarum 10. Junii 1578. quarum mem-
minet Lancel. decisi. 423. proposita causa n. 4. d. p. 1. di-
vers. & alibi passim per Doctores.

71 Et similiter idem dicendum est in executore ad dis-
pensationes matrimoniales, in quarum verificatione
ordinarius (cui solent committi) extrajudicialiter po-
test procedere, ut superius dictum reliquimus; qui om-
nimodo tenetur assumere partes judicis, & judicialiter
procedere, quando adest adversarius, & contradicitor,
ut latè per Nicolaum Garciam ubi proxime à nn. 249.
& 250. & Hieronym. Gonzal. in annotation.

72 Quæ omnia extendenda sunt, quando à principio
stat adversarius, quia tunc pariter, & à fortiori de eo
judicandum est, ac de eo, qui postmodum comparuit,
præjudicium, & interesse suum allegans, pro quo fa-
cit decisiō Rota in causa Reginen. parochialis 8. Fe-
bru. 1557. coram D. Chisanen. ubi dicitur, quod dis-
pensatio facta à judice commissario, cui erat commis-
sa cum clausula ista (super quibus conscientiam tuam
oneramus, &c.) valet, licet non constet de processu.
Rota decisi. 4. de filii presbyt. in antiqu. quod stylus est
in dispensationibus, quod si ab initio est adversarius
tunc pars est citanda, & in scriptis acta reducenda, &
ubi non est adversarius, tunc sufficit informatio judicis,
& Thom. Sanch. de mat. lib. 8. disput. 3. 5. num. 15. &
Garcia supra nn. 247. ubi alios allegat ad id, & dictam
decisionem Regin. & alteram refert, quæ hanc con-
clusionem comprobant.

Igitur hæc est omnium scribentium tam antiquorum,
quam modernorum concors sententia, resolu-
tio; quod ubi in extrajudicialibus, & sic in collatio-
ne, institutione; electione, & provisione beneficii, quæ
sui natura extrajudicialis est per comparationem con-
tradicitoris exceptiones legitimas non frivolas, nec cal-
umniosas opposentis, efficiatur judicialis, & alter-
etur ejus natura, ac in ea procedi debere in contradic-
torio judicio, cum causæ cognitione, & preferenda
sententia diffinitiva, ut probat text. in elem. dispendio-
sam, de judicis, & elem. sepe de verborum signi. & Doc-
tores superius citati. Et unum te admoneo, ut Docto-
res in rem hanc citati loquentes in executoribus, &
judicibus delegatis, disponunt in fortioribus terminis,

quam hi, qui loquuntur in judicibus ordinariis, pro-
priam & radicatam, non alienam jurisdictionem ha-
bentibus, executores autem cum delegatam, non suam,
sed alienam exerceant, contentam sub limitibus inten-
tionis, & voluntatis elegantis, quam tenor scripture
demonstrat, cujus est stricta interpretatio, sub qua &
cum timore loquuntur Doctores relati, inquirentes

priùs de voluntate superioris, & an habeat executo-
r jurisdictionem; ut ex his latè videre poteris, qui timor
omnino adest in ordinariis collatoribus, & judicibus
ex propria persona jurisdictionem exercentibus, qua-
propter quæ Doctores afflant circa hanc materiam
in judicibus executoribus; à fortiori & majori cum ra-
tione sunt accipienda, & intelligenda in ordinariis ju-
dicibus.

Rationem autem, quare oppositio exceptionem hanc
faciat processum transformationem, alteraque actus
extrajudicialis naturam, Doctores nec aperiunt, nec
reddunt. Mihi autem meditanti, quæ occurrit referam.
Et enim contradic̄tio ipsa (si bene perpendamus) facit
contestationem litis, siquidem edictum quod benefi-
cio proponitur, vim habet citationis, text. in c. fin. de elec-
tione lib. 6. & ibi à Doctor. notatur, & oppositor me-
diante sua oppositione comparet, & ipsam suam inten-
tionem deducat, demonstrat petendo, scilicet; benefi-
cium, quod quidem est actoris officium pertinet, cujus
vicem sustinere videtur, ad instar communum judicio-
rum, argumento text. in l. in tribus, ff. de judicis, ibi
sed magis placuit cum videre actorem, qui priùs ad ju-
dicium provocat, &c. l. qui prior. & quæ ibi nota, ff.
eodem titulo, & quæ notantur in §. 1. infit. de actio, ita
hac comparatio habet vim prioris libelli.

73 Et quando alter comparet contradic̄tis, & oppo-
nens exceptiones, sustinet partes rei, ex l. 1. ff. de ex-
ceptione. ex d. juribus, maximè, quia ille libellus non est
provocatus, sed exclusivus juris alterius, qui cùm
contineat contradictionem, & exceptiones negatione
præmissa, in eo est statu, ut operetur litis contestatio-
nem, l. rem non novam §. patroni C. de jud. l. 1. c. de litis
contestatione, l. 2. C. de jur. calumnia, cum vulgatis.

Discursus iste & evidens, & legitimus redditur, ex
eleganti doctrina Afflitis decisione 346. sub numero 2.
afflant, quod in omnibus actibus & articulis, in
quibus adest contradic̄tio, ibi necessariò danda est in-
stantia, eum sequitur Mūnos de Escobar, de ratione
cap. 31. sub n. 17. instantia autem nihil aliud est, quam
exercitatio actionis à litis contestatione usque ad sen-
tentiam diffinitivam; certo tempore coactata, ut per
Alciatum, Asinum, Didacum Perezium, & alios de 76
clarat. Paz in præz. in secunda annot. de instantia num. 6.
fol. 6. & Parlad. in sequentur, differen. cap. 12. 8. igitur
si contratio facit instantiam, quæ includit in se litis
contestationem, ipsam item à fortiori operari debere,
confitendum est.

Quod pertinet illud, de quo alius dubitavit Rota in 77
una Calaguri. beneficii coram D. Augustino, 25. Ja-
nuarii 1554. ex comparationibus factis per præfata-
tos coram ordinario (præserit ante institutionem) ef-
set talis lis inducta (ut possesso postea per Joannem
vigore institutionis facta diceretur attentata) & fuit
per Dominos resolutum, quod non esset lis inducta,
nec per comparationes prædictas facta litis contestatio,
nisi demum per utramque partem facta instantia pro
consequenda inductione, non aliter, quæ instantia ex
eo inducitur, scilicet, per contradictionem alterius
mediantibus exceptionibus (quarum exempla superius
redidimus) & dictæ decisionis Rota mentionem fecit
Lancel. Robert. de arientat. 2. p. c. 4. de attent. liti pen-
dant. in prefatione, num. 155. ad fin.

Et confirmatur ex eo, quod in hunc sensum advertit 78
Hieronym. Gonzal. in reg. de men. & alter. gloss. in
annot. num. 37. quod tunc cognoscetur, fuisse pro-
cessum in electione, & provisione beneficii judicialiter;
quando in ea adest concursus oppositorum, qui for-
mant inter se contradictionem, quia tunc nihil deficit
ad hoc ut sit lis introducta, & judicium formatum, ex
quo inventur in eo actor, reus, & judex, juxta cap.
foris de verborum signific. nam ut inquit Bald. in l. Cod.
de juram. calum. idem Bald. in l. & si non cognitio. n. 1.
Cod.

Pars II. Cap. XIII.

279

79 Cod. si contra jus vel utilitatem publibam. & Escobar.
in tractatu de ratio. cap. 31. nn. 17. ex quo adest in arti-
culo contradic̄tio, & instantia, ibi danda est & causæ
cognitio, quibus adde Doctores omnes quos in com-
probationem hujus articuli contradic̄tio comparentis
huc usque adduximus.

80 Contra quos & communem resolutionem eorum
fortiter obstare videntur text. in cap. ut circa, & text. in
cap. constitutio. 41. (in ejus declarationem editus) de
electione lib. 6. quibus habetur, quod quando in elec-
tione beneficii proceditur extrajudicialiter, tunc compa-
rens, & opponens exceptions, contra personam ele-
cti vel eligentis, ipsas tenetur jurare, se illas posse pro-
bare, &c. Quando autem in electione proceditur judi-
cialiter, jus commune servetur in ipsis proponendis,
dum supponunt, quod contradic̄tio, & exceptions
cadunt item in extrajudicialibus actibus, & sic quod
per eas non alteratur natura eorum, contra Doctores
& doctrinas superius congregatas.

81 Sed nihilominus defende communem, contra quam
non urgent illa jura, quibus ut respondeas, distingue,
quod aut loquimur in ipsarum objectionum actu pro-
ponendi, & tunc ipsa jura procedere, aut loquimur de
ipsis exceptionibus jam oppositis, & postquam in esse
deductæ sunt, & tunc Doctores procedunt non jura.
Quoniam quantum attinet ad prius membrum scilicet;
ad proponendi modum, & formam, attendenda est
natura processus, cui objiciuntur, quia si electio, seu
provisio incepit esse extrajudicialis; dum quis compa-
ret, & docet de suo jure, & exceptionibus, debet se
qui naturam, & statutum processus. Si vero incepit pro-
cessus esse judicialis, jus commune observatur; & in
hunc sensu loquuntur text. in diff. c. ut circa de consti-
tutio. ultra non procedentes, ut ex eis evidenter con-
stat. Secundum autem distinctionis membrum ad nos
attinet, siquidem considerande sunt exceptions, &
objections, postquam apposita sunt jam, & in esse de-
ductæ, notæque sunt judicii; quia tunc, non antea incipiunt
operari suum effectum transformationis, quem
illi Doctores attribuunt, quia in posterum deinceps
judex in eorum cognitione, tenetur assumere partes ju-
dicis, judicialiter audire; & cum causæ cognitione pro-
cedere, quia tunc, non antea incipiunt alterare, &
variare naturam processus electionis, & provisionis, si
illum forte invenerunt extrajudicialem. Et in hoc sta-
tu de præsumptis exceptionibus procedit communis
Doctorum arg. celebris text. in ratione sui in l. 1. §. si
minor. ff. de rebus eorum, junctis etiam quæ in ejus in-
terpretationem latè adducunt Tiraquel. in tractat. de
retract. convention. ad fin. à num. 17. & supra, Pinel. de
bonis mater. l. 1. 3. p. concl. 52.

Et hanc distinctionem, & intellectum (si diligenter
quaramus) invenimus in d. cap. constitutio. & d. cap. ut
circa, facta habili terminorum suppositione clarum
enim est in provisione beneficiorum, quando extrajudi-
cialiter proceditur, non dari appellationem, quando
judicialiter autem, contrà c. constitutio, 2. de appell. juxta
ejus verum sensum, & intellectum, de quo nos proti-
nus ex Lancel. Perez de Lara, Nicolao Garcia, & aliis.

Sed sic est, quod illa jura postquam sunt exceptio-
nes oppositæ, & juratae propter calumniam, à non ad-
missione, & exceptione earundem, admittunt, ac per-
mitunt appellationem quoad utrumque effectum, ut
ex eis patet; ergo cum evidentiæ sequitur, quod ipsæ
exceptiones in esse deductæ, & jam propotitæ, inci-
piunt alterare, & variare electionem extrajudicialem,
suum effectum operantes, facientes illam judicia-
lem de cetero, ex d. l. si minor. & hic intellectus ad illa
jura proprius, & verus est, qui totaliter illi convenit,
sit intellecta pro communi retorquent.

82 Quibus insuper adde Concilium provinciale Com-
postellani actione 2. c. 34. dum dat formam electioni

Salgado de Prost. Reg.

præbendarum Magistralium, Doctorialium, & lectoria-
lium sacra Scripturæ, aliqua ipsi electoribus &
oppositoribus prohibita inhibens, dicit in versiculo quod
si aliquis, &c. in hac: Quod si aliquis de his sufficien-
tissimis probationibus fuerit infamatus, aut notabili-
ter suspectus, Episcopus vel ejus Vicarius in absentia
diligenter causæ merita inquirat, & quem reum inve-
nerit pro illa vice inhabilem ad eligendum activè, vel
passive declarat, alia cuim ceteris admittat, &c. ut in-
telligatur, hæc inquisitio judicialiter, ut denotant ver-
ba Concilii, & probatur ex text. in cap. exhibita de judi-
cii, ibi, super propositis, & aliis negotiis contin-
gentibus inquirerent veritatem, & juncta gloss. in ver-
bo, inquirerent, quoniam agitur de magno ejus preju-
dicio, secundum ea quæ supra dixi, sine dubio tamen
procedit, quando aliquid opposuit, dictas Concilii
Compostellani exceptions.

Nunc restat, ut illud absolvamus, an citatio sit actus;
judicialis, adèd ut judex qui cum possit procedere sine
ea, & extrajudicialiter super aliquo negotio, ad quod
cavitas aliquem, interesse prætentem, cognoscatur
judicialiter procedere, & assumere partes judicis. In
qua difficultate, ne te detineam diutius, affirmative
resolvo. Moveor primò ex doctrina Baldi in l. nec na-
tales in colum. ult. Cod. de probatio. & Felin. in c. fin. de
præsumptio. n. 22. & n. 34. alios allegantes, qui omnes,
dum aliud querunt, hoc fatentur, ut judex executor,
qui alia non tenebatur, procedere judicialiter, si tamen
aliquem citavit, videtur assumere partes judicis.

Quoniam citatio non pertinet naturæ actus extra;
judicialis, Paul. Caſtreñ. conf. 3. 8. volum. 1. post Innoc.
in c. cum olim el. 2. de electione Bald. in l. nec natales Cod.
de prob. Roma. conf. 2. 2. Cardin. conf. 3. 2. Decius
in cap. 2. de testament. Felin. in c. fin. de consuetudine. Ro-
ta in novis 356. imò est actus jurisdictionalis, qui nullo
modo potest expediti nisi à judice, & jurisdictionem
habente, ut notant Abb. in c. super questionem §. 84
verum, n. 1. de officio delegati. Doctores in cap. prudentiam
in c. ex literis de officio delegati, & in cap. si duebus de ap-
pellat. & in l. consumacia ff. de re jud. Speculator in ti-
tulo de citati. §. jam de citati. colum. 5. versiculo hoc au-
tem nota. & aliquid per Vantum in tract. de nullitate
sent. ex defuncta citat. num. 27. & 31. cum sequentibus.
Et ut inquit Gieronym. Gonzal. in d. reg. de mens. gl. 9.
in annot. num. 35. & 37. post Lancelor. de attenta. 2.
part. cap. 12. limit. 5. nn. 3. & Vitalli. in tract. de clausi.
in claus. nibil novari appellat. pend. sub num. 3. colum. 89.
Angel. in l. 1. ff. nibil novari appell. pend. ut tunc cog-
noſcit in collatione, & provisione fuisse processum
judicialiter, quando actum fecit collator seu provi-
dens, qui fieri non potest à privata persona, sed à ju-
dice tanquam judice, & à parte uti litigante, vel quan-
do adest aliquis actus de processu & pertinens ad pro-
cessum, & quod tunc dicetur actum pertinere ad pro-
cessum, quando non potest expediri à privato, sed à ju-
dice tanquam judice.

Et cum citatio, ut dictum est, non possit expediri
nisi à judice, tanquam judice, & cum jurisdictione;
merito eam vocant Doctores actum de processu, & per-
tinentem ad processum judicij; ita tenent Speculator
in titulo de citatione §. contra. versiculo excipitur quod
citatio est de processu. Maria Socin. in uberrimo tr. de ci-
tatione art. 4. princ. in princ. versiculo primo infertur, quod
cum citatio talis sit de processu. & ipse in art. 19. in prin.
versic. & idem est si dicatur. ubi alios allegat, & in primo
articolo principal, versic. deinde subiectum, &c. imò
& citatio inter actus judiciales computatur, text. ex-
presus in c. quoniam contra, ibi, judex semper adhibeat;
aut publicam si potest adhibere personam, aut duos
viros idoneos, qui fideliciter universa acta judicij con-
scribant, videlicet, citationes, dilations, &c. de probatio-
nibus, & ita eam meritò in ejus descriptione vocat ipse
Socin.

A 2

Socin. in d. 1. art. in princip. ut fiat judicialiter judicis mandato.

88 Etenim principium, & fundamentum actus judicialis, ut tenet Speculator in dict. titulo de citati. in cap. princ. not. Cynus in l. & quia ff. de jurisdict. in omnium judic. Marian. Socin. ubi proxime versio. deinde subiectur, à quo quidem omnis institutio processuum exordium sumit, tanquam à substanciali capite judiciorum, ut colligitur ex §. fin. inst. de pæna temer. litig. & gloss. in rubric. ff. & Cod. de in jus vot. gloss. in clem. 1. verbo, citationes, de jud. 1. 1. titul. 7. part. 3. Didac. Per. l. 1. titul. 2. lib. 3. ordinamen. fol. mihi 8. 1. 3. Damauderius in præcita cap. 54. numer. 1. Gondizal. de Paz in præcita 2. tom. cap. 2. num. 1. & 2. ubi nonnullos alios ad id citat, & in actibus judicialibus spectamus, & attendimus initium, ut videt Odral. in consil. 8. 8. quem refert & sequitur Socin. in dict. tract. de citati. articulo 19. in prima quæstione paulo ante fin. per text. in l. fin. Cod. qui legit. person. habeant, & l. 3. §. scio ff. de minor. & l. in univer. Cod. qui dare tuores vel curat. imò in hoc distinguuntur appellatio extrajudicialis à judiciali, ut illa à judice ante citationem interponatur, hæc post citationem, de quo latius superius diximus, & inferius dicemus.

89 Deinde facit, quia in actibus extrajudicialibus non datur sententia, etiam interlocutoria, nec iudex, qui extrajudicialiter in negotio procedit, interloquitur in eo, quia interloqui, est actus judicialis, non verò extrajudicialis, ita docet Bald. in additio. ad Specula titulo de arbitrii. §. 1. versiculo ab interlocutoria, quem sequitur Baptista de sancto Blasio in tract. de arbitrio, & arbitratore, quæst. 32. per totum, inter tractatus Doctorum, ubi dicit, quod cùm arbitrator procedat extrajudicialiter, non judicialiter, l. si de meis §. receipisse ff. de arbitri. & habetur per Innoc. & cæteros scribentes communiter in capite, quinta vel de jurejur. non potest ferre sententiam interlocutoriam, rationem reddens, quia interloqui est actus judicialis, maximè, quod interlocutoria requirat, & supponat omnino jurisdictiōnem, ut per notata in l. jubere cavere ff. de jurisdict. omnium judic. & in l. 1. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit, & per Socin. Beroium, & alios latè probat Lancel. Robert. in tractatu de attenti. 2. part. cap. 20. in præfatione quæst. 1. à num. 2. cum pluribus sequentibus: sed citatio & ejus expeditio ex quo habet in se annexum præcepitum, est sententia interlocutoria, ut per Dynum, Cynum, ac itidem per notata in cap. exposuit. de dilation. & per Innocent. in cap. præterea eod. tenet Socin. in tractatu de citat. art. 1. ad fin. versic. 2. nota. & in art. 19. post princ. & probatur in l. cum clericis. Cod. de Episc. & cleric. ibi, sententiarum tuarum autoritate pulsantur: ubi gloss. verb. scientiarum & Bald. ibi affirmant, citationis decretum esse interlocutorium, idem dicit Sebastianus Vantius de nullit. sententiari. ex defectu citat. n. 3. 5. & Maranta de ordin. judic. 6. p. 3. part. de sent. n. 2. 7. & nos suprà c. 6. diximus alii citatis authoribus: ergo necessariò affirmandum est, quod cùm citatio sit interlocutoria, si actus judicialis, non extrajudicialis, quæ nullo modo potest expediri, & sic interloqui à judice, uti privata persona, sed ut judice jurisdictiōnem habente

92 Desuper, quia tanquam actus judicialis, & processus judicii, ac etiam jurisdictiōnalis non potest fieri; nec expediti à judice in die feriato, ex text. in l. fin. Cod. de feriis, ibi, taceat apparitor, &c. & ibi, nulla quemquam urgeat admonitio, &c. & iterum ibi, fileat horrida vox præconis, &c. & ut veriorem, & certiorem de jure hanc resolvit Socin. in dict. tract. de citati. art. 19. per Specula. in tr. de citat. q. contra, versic. excipitur. Oldral. quem sequitur Bart. in l. 1. §. numitatio ff. de novi oper. nuntia. Bald. in l. 2. Cod. in quibus causis in integ. ref. non est necessaria; & in l. 1. ff. de feriis. Joan. Cald. Ant. Zab. & alios modernos in c. fin. de feriis, & per alios plurimos, quos ibi à princ. per eum videbis citatos & idem

Socin. ibi articul. 4. in princip. versic. primò infertur, ut citatio commissa, & decreta à judice in die feriato ob honorem Dei, ad diem non feriatum non valeat, quia ius prohibens citationem, non solum habuit respectum ad effectum, & quando prohibetur non solum effectus, sed etiam ipse actus, non sufficit, effectum conferri in tempore permisum, cum actus sit gestus in tempore prohibito, ut argumento c. ff. de ref. spol. & l. Fulcinus post princ. ff. quibus ex causa in process. & quod prohibetur principium, probant prefati Doctores ex dict. l. dies festos, & hanc opinionem communiter à Doctribus tenui post multa aduenta probat Vantius de nulli. senten. ex defectu citat. à n. 46.

Nimis etiam fortiter probatur, nam per citationem 94 litis pendente inducitur etiam ad hoc ut ea pendente nihil debeat inchoari, ita probant iura expressa text. in clem. 2. ut lite pendente, & in cap. cum Ab. Ferrarensis de constit. & in cap. Ecclesia sancta Maria, ut lite pend. c. ad dissolendum, de desponsat. impuberr. & ut infinitos ad id Doctores taceam, videndas est Lancel. Robert. de attenti. 2. part. c. 4. in præfatione à num. 2. 8. cum pluribus sequentib. asseverantes omnes, ut statim transmis- sa citatione vitium litigii contrahatur, & ibi alias declarationes adducit, omnino videndus, & alia in comprobationem, quæ rei de qua agimus, satis convenient, quæ nullatenus operatur actus extrajudicialis, ut superius diximus, quibus adde, quæ de significatione, hujus verbi lis, congeta remanent.

Ultimo loco isthac nostra doctrina comprobatur ex 95 eo, quod suprà diximus, de dispositione jubente, aliquem citari, scilicet; in clausula (vocatis vocandis) nam si sola ejus appositio facit causam judiciale, & alterat naturam causæ, cùm ejus clausula virtute iudex, qui alijs poterat in negotio extrajudicialiter procedere omnimodo tenet assumere partes judicis, & in illa judiciali de causa cognoscere, ut latè vidisti, multò ergo fortius hoc debet attribui ipsi citationi jam expedita, exequitæ, & in esse deductæ, secundum ea, quæ latè Lancel. loco proxime relata à num. 2. 9. & 3. 0. potentia namque rei magis in effectu monstratur, l. rem non novam, circa fin. Cod. de judic. §. quorū utramque, versiculo & bellicos, in præmio instiitum, cum aliis.

Hinc intelligendi fuit quidam Doctores, qui dum 96 defendunt, citationem posse fieri in die feriato ob honorem Dei, dicunt; quod citatio est quid facti, & actus extrajudicialis, quia loquuntur in executione, & intimatione citationis tantum, facta à nuntio, non tamen in ipsius expeditione, ut videre est per Vantius de nullit. ex defectu citat. num. 4. 6. versiculo idem dicitur de executione, & ex aliis suprà, quia quantum attinet ad illud nudum factum Ministrum, potest esse, ut sit extrajudicialis actus: quatenus verò attinet ad ipsam citationem intimatam, ejus expeditionem, & ad judicem committentem, cùm tot requirantur judicia, omnimodo fatendus est actus judicialis, minimè enim forent audiendi ipsi Doctores, si aliter intellegenter, tot juribus efficacibus, & evidenter rationibus, atque autoritatibus convicti, de quibus haec tenus.

Sed ille casus est indificilis, an ille, qui poterat pro- 97 cedere extrajudicialiter, & partes judicis assimat, judicialiter procedendo; possit iterum ad extrajudicalem cognitionem redire. In qua quidem & rationes, & autoritates invicem invenio pugnare, & imprimis reperio Bald. in l. nec tales num. 10. Cod. de probationib. asseverantem, quod officium executoris, qui datur ad providendum de beneficiis, censetur extrajudicale, & idem neminem tenet citare, & si forte citavit, non tenetur expectare; quia licet assumptit partes judicis in citando, potest ab hac via recedere, & assumere partes executoris, nam cùm habeat duplē potestem, & utraque sit publica, non potest alteri renun- tiare juxta notata in l. cum quæ ff. de jurisdict. omnium judic.

Pars II. Cap. XIII.

281

& ipse Bald. idem dixit in c. fin. de presumpt. quod ubi executor incipit cognoscere tanquam judex, posse omis- sa via judicij transire ad aliam viam, arguento c. pas- toralis, de causa posse. & propriet. potius enim videatur citare ad cautelam, quæm ut præcludat sibi viam potestatis, arguento l. 3. ff. de milit. testam.

98 Pro quo facit opinione, quod ipse Bald. inquit in l. 3. ff. de milit. testam. ubi dicit, quod si est qui potest procedere summarie, & de plano, incipit procedere ordinariè per libellum, potest omittere viam ordinariam & reliquum processum expedire summarie: unde infert ibi Bald. quod si est compromissum in aliquem tanquam arbitrum & arbitratorem (cum ille judicialiter, hic extrajudicialiter procedat) & tunc si incepit procedere, ut arbitri, & in forma judicij, & processus inordinatè, valeat nihilominus ejus laudum tanquam arbitratoris. Et moverit argumento ejusdem l. 3. ubi miles, qui restatur poterat jure militari si voluit testari iure communī, & adhuc juris communis omisit solemnitates, valet testamentum, jure militis saltim, quia eligendo jus commune, non videtur privilegio renunciare, vide infra num. 1. 3. 5.

99 E contrario autem Felin. in cap. fin. de presumptio. n. 2. post medium, allegat Anton. de Butr. in cap. cum contin- gat, col. ult. de rescript. & numero 3. 4. allegat. Immol. contrarium sentientes, ut executor: qui non tenebatur assumere partes judicis, si assumpsit, & judicialiter pro- cessit, non potest variare, ipse tamen Felin. in utroque non tangit quæstionem: in n. 2. non resolvit, in numero vero 3. 4. distinctionem adhibuit, sequutus au- thoritatem Immol: idem inveniunt, ut tunc non possit executor variare, quando exprestè dicit se velle judi- cialiter procedere, sed si nihil dixit, sed processit in ali- quo actu judiciali, non teneatur in aliis ita procedere.

100 Abb. in c. quinta vallis nu. 4. 2. de jurejurando, contra Inn. ibi Bart. in l. societatem. §. arbitrorum ff. pro socio, & Dynum ibi, quod quando fuit compromissum in aliquem tanquam arbitrum, & arbitratorem, quod licet poterit eligere à principio alteram viam, an judicialiter ut arbitri, an extrajudicialiter ut arbitrör; tamen si non elegerit, poterit procedere utraque potestate & auctoritate ex eo, quod dicit Innoc. in c. cum ex offi- cioso, de rescriptis, de habente delegatum & ordina- riā potestate qui simul possit utraque uti, & quod tunc ut arbitrator processisse intelligitur. Et huic inferens cum Hostiens. quod si compromissari hoc modo electus processit partim judicialiter, partim extra- judicialiter, & non servato juris ordine, ut quia fe- cit libellum dare, licet contestari & non in scriptis, nec partibus citatis, testes recipit, nec eos publicavit, & laudum sine scriptis dedit; quod licet videatur sentientia non valere, quoniam eligendo, à principio viam judiciale, censeatur alteri renunciare; tamen esse dicendum, ut valeat processus ab arbitratore, tan- quam, ex quo potuit procedere utraque potestate.

Et ad Bart. & Dynum, qui in hoc contrarium dicit tenere, ut compromissarius electa via judiciali non posset ad extrajudicalem redire, respondet, procedere, ubi habet necesse eligere alteram viam, arguento l. si cui ff. de ser. secus si potuit procedere utraque via, nec specificè procedit à principio. Vides igitur quam variè loquitur, quamque difficilis sit resolutio hujus quæstionis.

101 Ego autem nec priorem affirmativam Baldi opinio- nem in d. l. negae nautes, nec distinctionem Feliini, & si qui sunt alii, sed absolutè negativam, ut veriorem, probabiliorē de jure, majoribusque, & fortioribus rationibus vallatam amplector, nempe judicem, qui non tenebatur procedere judicialiter, si partes judicis incepit assumere; non posse variare, & ad extrajudi- caliter redire. Moveor primò ex eo, quod magis receptum est inter Doctores, quod quando compre-

Salgado de Prost. Reg.

missum in aliquem, ut arbitrum, & arbitrarem si- mul, qui si partes assumperit judicis, & judicialiter procedendo intelligitur viam arbitri elegisse, ac ideo non poterit variare, nec redire ad naturam arbitrato- ris, extrajudicaliter volens procedere, ita teneat Specula in tr. de arbitri. §. fin. versic. sed pone sicut quotidie. Dynus & Bart. in l. societ. §. arbitri. ff. de arbitriar. Alex. in l. si seruos §. fin. ad fin. ff. de legis prima. Bart. in l. si dominum ff. de furtis. Idem Bart. in l. 3. ff. de re milit. Ludov. Romanus in rubr. col. 2. 1. Felin. alios alle- gans in c. ex offici, nu. 2. 3. de prescript. nonnullos alios referens sequitur Mafcard. de probat. concl. 1. 2. 5. tomo 1. per totam, & communem dicit Baptista de S. Blasio in tract. de arbitrio, & arbitratore, in 4. questione versic. 12. quando compromittitur, & quæst. 4. 8. ante fin. & quæst. 6. 7.

Rationem ibi subdentes, & præcipue Baptista de 103 sancto Blasio in locis relatis; ex quo enim procedendo judicialiter eligere maluit viam judicij, sibi debet via petere, quam semel elegit, textus in l. si mulieris §. fin. ff. quod motus causa. textus in leg. quod in heredem §. eligere, ff. de tributaria actione, leg. si duo atq. ff. de noxali & sic variando non potest illam viam mutare, leg. si dominum ff. de furtis, leg. si quis ius in rando, Cod. de rebus creditis, & jurejur. leg. sicut, Cod. de actio. & obli- gatio. clem. cum illuso. de renuntiatio & not. in leg. 104 quod semel placuit, de regul. juri. lib. 6. quod maximè procedit in Ecclesiasticis judicibus, quibus fortius pro- hibita stat variatio, cap. cum autem de jure patron. clem. prima de renuntia. ubi advertit Felin. in c. ex parte de- cani de rescriptis, versiculo dist. clem. prima Felin. in cap. 1. de presumptio. n. 3. 4. ad medium.

Secundò facit, nam si expressa electio, quam judex 105 facit via judicialis, se assumptum partis judicis, hoc operatur, ut non possit amplius variare, ex Felin. & Im- mol. suprà: pariter, & eodem modo idem operari debet electio tacita, quæ resultat, deducitur ex modo procedendi, & via quam assumpsit, quia tacita renun- tiatio, quæ resultat ex facto contrario, idem quod expressa operatur, maximè in judicio, ejus calore, text. in l. ad solut. C. dere judicata c. solicitudinem de appell. 106 c. gratum de off. & potest judi. del. per actum enim contrarium à jure suo contrario recessisse videtur, text. in c. cum venisset de testib. c. ex ore de his quæ sunt à major. par. capie. c. ult. de vita & honest. cler. l. 2. C. de jure dom. imper. l. si exheredatus ff. de inofficio testam. & l. si §. 1. eodem titulo cum aliis: & quæ ubique locorum Docto- res adducunt. Par enim judicium, & virtus est taciti, & expressi: l. cum quid ff. si certum peratur: si quidem tacitum, & expressum procedunt ex eadem potentia cause efficientis; ergo idem debent operari, ut dicit eleganter Bald. in l. 3. ff. de testamen. tute. l. de quibus in fin. ff. de leg. l. triticum ff. de verbor. oblig. & infinitas quæ- stiones exempli loco erga hanc doctrinam congressit Everard. in locis legalibus, loco ab expressio ad taciti.

Satis enim & clare insinuat, & demonstrat in indi- 107 ce, judicialiter & extrajudicialiter valente procedere; voluntatem suam & electionem, & modus procedendi, ut à princ. hujus capituli usque modò diximus, & in arbitrio, & arbitratore, quorum ille ordinem juris, & judiciale debet servare, l. prima ff. de arbit. iste autem non, sed extrajudicalem, l. si de meis §. receipisse ff. de arbitri. & de utroque Baptista de sancto Blasio in d. tr. de art. q. 2. ante fin. & in supradictis locis, & omnes in c. quinta vallis, de jurejur. & in l. societatem, §. arbitri. ff. de arbitri. & in d. §. receipisse, & quando in aliquem com- promittitur ut arbitrum, & arbitratorum per modum procedendi manifestatur, & cognoscitur; an arbitratoris potestate utatur, an arbitri: nam si procedit in forma judicij, & juris ordine arbitri erit; si extrajudi- caliter verò, arbitrator, ut notat Inn. An. de Butr. Ab. & cæteri communiter omnes in c. quinta vallis, 108

A 3 48