

de iurejur. Bart. & ceteri Doctores, in d. s. arbitrorum. Blasius supra in quest. 4. s. & seqq. Mascard. de probat. concl. 125. r. 1. quia causas cognoscimus per effectus, & ex eorum efficacia arguitur potentia causa efficientis, 109 l. rem non novam, circa fin. Cod. de iudiciis, §. quorum iuramque versculo, & bellicos, in proemio institut. c. ubi periculum, in princ. c. funda. circa medium, de electione. 110 Secundo probatur hæc opinio, nam illi qui potuit agere via executiva, si cepit simul agere via ordinaria, non est dandus regressus ad viam executivam, nec poenitentia locus est, quia non potest variare, l. minor annis cui fideicommissum, ff. de minoribus, Bald. in l. per diversos q. 10. C. mandati, Paul. Castrenf. con. 78. l. 1. Decius conf. 146. & 400. plures citat Burgos de Paz. conf. 39. n. 7. Azevedius in l. 1. n. 144. tit. 2. lib. 4. recopil. Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. §. part. §. 11. n. 20. (dicens audiendam non esse Gondizal. de Paz. in pract. §. p. tomo 1. cap. 3. n. 31. contrarium tenentem) & huius nostræ est etiam sententia cum pluribus relatis, Casar. de Grassis decisio 2. n. 2. & 3. de sententia excommuni. Lancelot. de attent. 2. p. c. 4. limi. 30. ex n. 9. Rota decisio 551. n. 5. lib. 3. p. 3. diversorum, & constanter fuisse resolutum in una Romana pecuniaria 28. Junii 1593. rejecta opinione contraria affirmat, & sequitur Gonzalez in regul. de men. al. gloss. 7. n. 192. tenet Guierrez lib. 3. pract. qu. 39. Scacia de iudiciis lib. 1. c. 62. nu. 33. & de appellat. q. 17. lim. 9. n. 45. Gratianus disceptat. 118. à num. 43. cum seqq. Felicianus de censibus c. 2. num. 9. Molina de primog. in additio. ad fin. operis cap. 13. n. 31. lib. 31. Giurba decisio 100. num. 53. & decis. 74. num. 11. nisi cum viam ordinariam intentaverit, protelleretur creditor, se via executivæ præjudicare nolle, Giurb. Molina, Burgos de Paz, & Azevedius post alios citati affirmant.

111 Hinc etiam fit, quod causa quæ semel effecta est ordinaria, semper remanet ordinaria, & appellabilis. Lancelot. Robert. in tract. de attent. 2. p. cap. 4. in præfatione, n. 172. & c. 12. lim. 2. n. 18. Rota decis. 132. n. 1. p. 1. diversorum. Pontanus de alimentis cap. 19. nu. 17. & seqq. & Gonzal. supra nu. 191. pro quo optime facit quod eleganter dicit glossa in l. proinde, §. notandum, ff. ad l. Aquil. quod quando in causa non requirebatur libellus, si interveniat libellus, & sic fit cepta via ordinaria, debet determinari, ut per eam dicit Franch. de Cur. in additio. post Alex. in l. unum, colum. fin. ff. si certum petatur, in additio, que incipit tamen fallit, &c. ubi dicit, quod tunc non valet sententia super libello inepto. Maranta in disp. 4. num. 2. quod nec negavit in responsione n. 12. videndus ad propositum.

112 Quod etiam pertinet, ponderandum dictum Bal. in l. nulla ff. de leg. & melius in l. quod favere col. 1. C. de legibus, docentis, quod si Princeps committit causam iudici, ut summarie in ea procedat, & ille procedat ordinariè, valet processus tanquam ordinarius, & ordinariè factus; idem tenet etiam Lanfr. in clem. sepe colum. 3. in princ. 15. conclusio de verborum sign. Maran. ubi proxime n. 3. & 11. quod dictum intellige secundum d. clem. sepe, & gloss. ibi verbo contradicentibus, &c. & quæ latissime Marius Giurba decis. 74. n. 12. vide supra n. 38. & infra n. 134. & facit ad propositum, quod dicit Quintilia Mandos. in tract. de monitoriis q. 65. n. 2. & 3. quod ille potuit eligere viam executivam juxta tenorem rescripti; tamen si elegit viam ordinariam incipiens ea agere, ei via præjudicat, quia via, quam semel elegit, patere debet, pro quo allegat textus in l. quod in heredem, §. eligere. ff. de trib. l. si duo acti ff. de noxali. Bart. in l. societatem §. arbitrorum, ff. pro socio. Innoc. Bart. 113 Alexandr. & alios, locis quibus nos supra. Et facit pro hoc etiam illud, quod obligatio in forma Camera non debet exequi pro summa in ea contenta, postquam aperta fuit via, ut de falsitate instrumenti cognosceretur Caputaquens. decisio 274. num. 1. part. 2.

Hieron. Gonzalez in regul. de men. & alter gl. 6. n. 193. de quo nos diximus latius infra 3. p. cap. 4.

Tertio, & pro hac nostra opinione facit, quod semel alterata natura rei, semper remaneat alterata. Alciatus, loquendo in feudo cons. 19. num. 8. lib. 2. Ursillus ad Assitum decis. 338. sub n. 6. versitem alia ratione, & conferunt quæ dicit Moli. de Hispanor. primogenis lib. 3. cap. 4. n. 13. Ruinus concl. 19. num. 6. lib. 2. & quæ adducit. Gonzalez supra in gloss. 24. num. 94. cum seqq. & gloss. 6. n. 200. & hinc est quod merum imperium, quod non est sui natura delegabile, si incipiat semel delegari, sustinetur factum delegabile. Bartol. in l. pater filium §. quindecim sub n. 4. ff. de legat. 3. & plures (ut asolet) conglisit ad id Tiraq. de retract. lignagior. §. 32. gloss. 1. sub num. 6. & n. 8. quem vide omnino.

Et facit quarto, quoniam quando iudex assumpserit parte iudicis citando aliquem (licet ad id non teneatur) huiusmodi citatio talis est naturæ, & qualitatibus ut illum faciat legitimum contradicentem, & personam saltem ad hæc, ut de iuribus citatis discutatur, antequam ad executionem deveniatur, & spectandus est Innocent. in c. cum inter colum. 1. de exceptionibus, & per Jacobinum Zuchard. Marfil. & alios latè, & optime prosequitur Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. nu. 611. 612. & usque ad n. 622. ergo si hoc operatur citatio in personam ejus, qui aliàs citari non tenebatur, ut debeat audiri, & de ejus iuribus discuti; non poterit iudex variando ad extrajudicalem viam redire; maxime quia cum efficiatur legitimus contradicentor virtute citationis, ut ultra relatos Bartol. in l. fin. Cod. de edict. div. Adri. n. 21. versic. quandoque venit post jussum. & etiam Bald. n. 42. Jaf. n. 23. Jacob. n. 45. & seqq. Decius nu. 45. Zuchard. n. 450. Marfil. in l. siquis, nec questio. nu. 33. 39. ff. de questio. succedit doctrina latè à nobis supra comprobata, ut quando iudex poterat procedere extrajudicialiter, teneatur necessario assumere partes iudicis, & forma judiciali audire, & procedere; quando adest legitimus contradicentor, & sic quod à principio erat voluntarium, cum per huiusmodi factum sit effectum necessarium, non poterit penitendo variare.

Insuper, & ad supradicta moveor, quoniam (ut supra diximus) processus judiciales & extrajudiciales sunt directò contrarii, & adinvicem oppositi, quemadmodum albedo nigredini, & latè docet Baptista de sancto Blas. in d. tract. de arbitro, & arbitrat. à princip. & per totas quæstiones, & incomparabiles esse docet Bal. in l. 3. de milit. test. non potest simul procedi, & cognosci, & in aliqua causa utraque & via, præsertim, & in uno articulo judiciali & extrajudiciali, nisi etiam quando compromittitur in aliquem ut arbitrum & arbitratorem, quia duo contraria non possunt concurrere simul in eodem subjecto, ut probant iura in secundo fundamento hujus partis supra posita, & quia quis non potest esse in duplici statu contrario, l. uni. §. cum queritur ad fin. Cod. de lat. lib. toll. quia tota causa, & processus dicitur unum, & idem continens, cujus contentia divisionem non recipit, text. in l. nulli Cod. de iudiciis, c. 1. de causa possess. & propriet. quæ utrobique notant Doctores, qui licet diversis articulis componantur, unum & idem censendum est, & id non debet diverso jure censi, l. cum qui ades ff. de usucapi. monstruosum foret namque, hominem membra quadrupedum habere; ac ideo si incipit agere via judiciali, meritò denegandus recursus ad extrajudicalem; quia ad positionem unius contrariorum sequitur remotio alterius, leg. illud ff. de acquir. hered. leg. sed si pupillus §. si instituta ff. de instituta actione: leg. hac verba ff. de verborum significatione, leg. 1. Cod. de furtis, c. cum teneantur 31. qu. 1. quicumque ab origine, de poenitentia distinct. 2.

Quod non solum procedit, quando rescriptum com-

promissum,

promissum, vel alia quævis dispositio in dando alicui has duas procedendi vias, utitur disjunctiva vel, seu similibus, sed etiam pariter procedat etiam si utatur copulativa, ut si dicatur (procedas summarie, & extrajudicialiter, eligimus in arbitrum & arbitratorem, procede de jure, & de facto) ex quibus verbis significatur judiciale, extrajudiciale, ut per Doctores latè in dict. l. societatem §. arbitrorum ff. pro socio, & l. si de meis §. recepisse, ff. de arbitris, & in c. quinta vallis de iurejur. Bapt. de sancto Blasio in locis supra relatis, quia tunc adhuc una tantummodo via procedere debet, non utraque simul judiciali & extrajudiciali. Quando etenim dictio copulativa ponitur intra contraria, seu incompatibilia, mutat suam propriam naturam, quæ est copulare etiam diversa, & resolvitur in disjunctivam, textus est notab. in l. Titio fundus ff. de usufruct. legatos per quem ibi decidit Bart. quod si testator in testamento dicat, quod vult suum testamentum valere jure testamenti, & codicillorum, illa copula resolvitur in disjunctivam vel, juxta l. fin. C. de codicill. Bald. in l. quod locum circa fin. C. si secund. nupti. muli. Paul. de Montepico in repetitione leg. Titia cum testamento §. Titia, colum. 32. de legatis 2. Bald. & Salicet. in l. multum interest. C. si quis alteri vel sibi.

121 Et tandem pro hac nostra opinione facit quod eleganter, & bene advertit Hieron. Gonzal. in regula de mens. alter. gloss. 9. in annot. n. 44. dicens, quod executor Apostolicus super collatione beneficii procedit extrajudicialiter, & potest etiam assumere partes iudicis, non tamen ad id tenetur, si non vult (nisi certis casibus) si autem procedit judicialiter in provisione beneficii, diligenter cavendum est, ut omnino servetur forma judiciaria, quod idem etiam dicit Felin. in c. dudum num. 34. de presump. fol. 193. Bened. Bendo. in repertorio ad eum, verbo, executor datus ad beneficia, colum. 5. in princip. fol. 52. ergo si teneret omnino tunc judicialiter procedere formam iudicii servando, sequitur evidenter, ut non possit in aliquo extrajudicialiter procedere, nec variando redire ad extrajudicalem viam; maxime quoniam jus admodum reprobatur, & abhorret intricacionem processus, ut est statim dicendum.

122 Et hoc idem voluisse, reperio Rotam in una Hispanens. Canoniceatus die decima Aprilis, anno 1606. coram Ludovico, teste Marefco. variat. resol. lib. 2. c. 1. num. 154. quæ fuit dictum, quod etiam si executor admiserit articulos super justificatione narratorum, super quibus aliqui fuissent testes examinati, non propterea dicitur fecisse se mixtum, ad hoc ut justificatio narrativa judicialis sit necessaria, tanquam si dixisset, quod si per illum actum admittendorum articulorum intelligeretur mixtus fieri executor, necessariò teneretur, etiam facere justificationem judicalem, & formam iudicii semel electam continuare, & non alterare, quæ mirabilis est ad hanc resolutionis comprobacionem.

123 Et ex his optime dictis primò infertur ad constitutionem 142. Pii V. de apponendo sequestro in beneficiis servatis, eam ad literam refert Hieron. Gonzal. in regula de mensib. in §. septimo proamiali in princ. per quam statuitur, quod quando beneficia ratione mensium, seu aliàs sunt reservata, seu inter provisos Apostolicum, & ab ordinario provisum desuper litigare contigerit; iudex statim quod parte legitime citata, & citatione reproducta, cognoverit præfatum reservationem, etiam summarie & extrajudicialiter, quantum sibi, & pro rei qualitate videbitur sufficere; fructus, redditus, & proventus beneficiorum sequestrari mandet, ac faciat, &c. ibi, etiam summarie, & extrajudicialiter, quantum sibi pro rei qualitate, sufficere, parte legitime citata, videbitur; constitit ex qua dispositione, licet extrajudicialis, & judicialis cognitio

committatur, ut de primo constat ex verbo (extrajudicialiter) in ea appposito, & ex verbo (constitit, &c.) quod potest ex illius natura referri ad extrajudicalem cognitionem, c. cum contigat, de rescript. & ibi Felin. n. 6. & in c. fin. n. 18. in §. n. 28. sub fillemia 6. & sub nu. 33. ad meum, versic. adde etiam in l. non dubium, de presump. idem Felin. post Bald. & alios, quos allegat. in c. si constitit sub n. 5. de accusat. Abbas in d. cap. fin. sub n. 13. ante finem versic. extra prædictos casu; de presump. de secundo autem, & sic de cognitione judiciali, docent verba illa apposita in d. constitutione Piana, scilicet (summarie) quæ id denotant juxta text. in clem. dispendiosam, juncta rubrica de iudiciis, & ex aliis verbis parte legitime citata, quæ id etiam significat juxta ea quæ de clausula (citaris citandis) & iterum pe citationis natura superius dicta reliquimus hoc in capite.

Non tamen illa intelligenda est, ut videatur iudicem concedere simul posse utraque via ut in appositione sequestri, sed altera tantum, ac ideo cepta via judiciali non poterit variare (licet summariam cognitionem a dhibere poterit) adeò ut illa dictio copulativa, & apposita in d. Piana, resolvatur in disjunctivam juxta modò dicta. Et licet sic posset procedi extrajudicialiter, ut uor. Gouzal. loco proxime relato nu. 127. cum duobus seqq. & supra n. 56. & 57. hoc tamen facere non poterit quando semel assumit partes iudicis, & cepit in forma judiciali procedere.

Hinc etiam pariter infertur ad Concilium Tridentinum sessione 22. de reformat. c. 15. quod, dum loquitur de dispensationibus matrimonialibus, hodie Ordinariis locorum committendis, ut se informet, si preces veritate nitantur, de quo superius dixi, his utitur verbis, ibi, summarie tantum, & extrajudicialiter cognoscatur, &c. (& declaratio sanctæ Congregat. Cardin. ibidem dicit: requiritur tamen citatio) pariter quod in superiori casu intelligendum, & declarandum est, ut possit procedere judicialiter, & extrajudicialiter, non simul, sed elective, sive tacite, sive expresse nec Doctores constituunt aliquam differentiam inter hanc commissionem sic conceptam, & alia; putà, mandata, de providendo, quibus nihil exprimitur de judiciali, seu extrajudiciali ultra id, quod tacite intelligitur à jure, ut videre est per ea quæ pluribus Doctoribus relatis adducit Nicolaus Garcia in tract. de beneficiis 6. p. c. 8. à n. 249. & supra.

Et illa verba declarationis S. Congregat. requirentis citationem non coarctant iudicem, ut omnimodo teneatur assumere partes iudicis, & judicialiter procedere, quia intelligenda sunt, quando adest adversarius, & contradicentor: decisum est à sacra Rota in una Reginenfi Parochiali, die octavo mensis Februarii, anno millesimo quingentesimo quinquagesimo septimo, coram Domino Chifaniensi. cujus supra mentionem feci, & ita etiam intelligit, & interpretatur verba illa Gonzal. ubi proxime num. 205. nam adhuc ipsa commissio habens clausulam (vocatis vocandis) non astringit iudicem ad procedendum in forma iudicii; quando nullus adest contradicentor, nec debeat vocari, ex quo etiam tunc procedi potest extrajudicialiter. Rota decis. 636. in una Anconi. terrarum de anno 1577. coram Seraphino, quæ habentur in prima parte diversorum. Nicol. Garcia de beneficiis 11. p. cap. 11. numero 139. & ex eis potest etiam intelligere, & interpretari rescripta, & alias commissiones, quibus passim describitur hac eadem clausula, ut procedat summarie, & extrajudicialiter.

Et idem quod nos sentit, probat etiam Baptista de sancto Blas. in d. tractatu de arbitro, & arbitratore, questione 4. versic. 9. quando compromittitur in aliquem dicens, quod quando compromittitur in ali-



129 quem copulativè ut arbitrum, & arbitratorem, & amicabilem compositorem, ac etiam ut procedat juris ordine servato, vel non servato, dicit, quòd si eligat viam judicialem, & arbitri, tunc procedere censeatur, ut arbitri, aliàs secus, per Innocentium in d. c. quinta vallis, quòd à principio habet mixtam naturam, cum postmodum possit eligere viam arbitri, vel arbitratoris, quod idem sit ac si disjunctivè compromissum concipiatur, de quo per eundem Baptista in versio. proxime sequenti, incipit decimo, quando compromittatur in aliquem disjunctivè.

130 His accedit modò interpretandus, & declarandus textus in c. nisi essent de prebendis, & dignitat. ubi delegatus, in quem à partibus fuit compromissum, simul delegata & arbitraria potestate usus est, & sic judicialiter, ut iudex delegatus, & extrajudicialiter ut arbitrator; quoniam respondeo illum text. non esse intelligendum in arbitrato, sed in arbitro, quod colligitur primò, quia ibi compromissum fuit in delegatum simpliciter super lite, non expressè, an sit arbitri, vel arbitrator; quia tunc in dubio censeatur debet arbitri, quando super latè assumitur. Ita tenent Ant. de Butrio. & Joannes de Immola in c. quinta vallis, de jurejur. quos referens sequitur Baptista de sancto Blasio loco supra relato, q. 4. in princ. versio. secundo, quando, &c. Deinde quia in eisdem text. dispositione illud adjicitur, ibi intelligitur esse præceptum, & arbitraria potestate. Non enim ibi dicitur ex arbitratoria, & sic non de arbitrato, sed de arbitrio intelligi oportet, ut advertit Baptista supra in prima quæst. imò à jure pro differentia diversis nominibus nuncupatur uterque, l. societatem, §. arbitratorum, ff. pro socio, & in titulo toto, ff. & C. de arbit. textus in l. C. de contrahen. emptio. & l. si quis arbitri, ff. de verb. oblig. c. quinta vallis, de jurejur. & utroque Doctores, & sic pro uno alius, minimè nuncupatur, argumento l. si idem, C. de codicill. ac propterea cum dixerit textus arbitraria potestate, &c. deductum vocabulum ab arbitrio, de ejus potestate intelligi necesse est, ab etymologia enim 131 vocabuli rectè arguitur, l. norionem, ff. instrum. in verbo proprie. l. quibus præcipua l. tugurii l. ut Alphenus, & l. pupillus, §. territorium, cum utrobique not. per gloss. ff. de verb. signifi. c. foras, eodem tit. textus cum glossa in §. fin. titulo per quos fiat invest. in usibus feudorum: cum sit etymologia resolutio vocis in proprium effectum rei quæ demonstratur, secundum Baldum in c. 1. §. si quis de manso, in ultim. colum. de controversia invest. in usi. feudi, & quia analogum per se sumptum stat pro potiori significatu.

Nec enim in iuribus ille sequendus est intellectus, ex quo sequeretur absurdum, prout in illo textu, si admitteremus duas naturas contrarias simul in eodem subiecto, & processu, prout est iudex delegatus, & arbitrator, quorum ille cum jurisdictione, & in forma iudicii, hic ut privata persona, & extrajudicialiter procedat, propter quod vitandum, id fatendum non est l. prima, §. unde queritur ff. de publicanis l. nam absurdum, cum l. præcedenti, ff. de bonis liber. l. observare, §. fin. ff. de officio proconsul. & legat. l. si quis ex argentariis, §. fin. ff. de edendo. l. scire oportet, §. aliud ff. de excusatio meorum l. secunda, §. sed si agant, & in §. sed si dubitem ff. de iudiciis, leg. cum qui ades, ff. de usucapionib. delegati verò; & arbitri potestate rectè potest quis simul uti, quia arbitri non extrajudicialiter, sed in forma iudicii procedit, l. 1. ff. de arbitris cum vulgaris, sicut

132 delegatus cujus jurisdictione ex arbitrio cumulat, augeturque potestas ex mixtura; ac ideo cum non sint contraria, sed diversa, rectè simul concurrunt, & utraque proceditur, c. cum olim, de arbitris, prout etiam delegata, & ordinaria jurisdictione idem iudex potest simul uti, text. in c. cum ex officii, & ibi notant

Doctores de præscript. & ita etiam illum text. de delegato arbitro intelligit Blasius in d. tr. de arbitro qu. 1. 5. versio. 4. fallit, ex Hostiens. in titulo de arbitris, §. secundo facit. Abb. in c. exhibitæ, de reum permut. per gl. in l. sed & si servum, §. si quis iudex, ff. de arbit. & ex his non est audientia glossa in d. c. nisi essent, verbo arbitraria, quæ in ejus intellectu variavit.

Et ex hac quæstione illa elicienda est resolutio, ut 133 is qui non tenetur assumere partes iudicis, si eas assumpserit faciendo actus judiciales, possit variare, & redire ad extrajudicialitatem, nec simul utraque via judiciali, & extrajudiciali uti, sed omnimodo teneatur servare formam judicialem à jure requisitam, & ita teneo prout hætenus latè probavimus satis.

Eam tamen ex mente omnium Doctorum (quorum 134 in hac quæstione mentionem facimus) declara ut procedat, quando iudex assumendo partes iudicis, elegit partem judicialem, ut non possit variare, secus autem è converso, ita ut si cœpit extrajudicialiter procedere, bene possit redire ad viam judicialem; quia jus favet causæ cognitioni ob suam justificationem, juxta ea quæ leguntur, & notantur in elem. sapè, per gloss. & Doctores ibi, de verb. signific. & quæ nos supra hoc capite diximus, versiculo, quoniam ut inquit glossa, &c. n. 38. & à 112. Ultra quæ faciunt etiam ad propositum quæ dicit Bald. in nulla circa fin. ff. de leg. Innoc. in c. innovavit in prima colum. de iudic. dicens, quòd servare ordinem judicialem, non potest nocere Bald. in l. testam. in 3. nota. C. de testam. & quæ latè Felin. in cap. cum dilecta, colum. 4. ampliatione 5. de rescript. & Cotelian. Cota in memorabilibus, verbo arbitri cui data est potestas, &c. & vide dictum Bald. in l. observare, §. proficisci qu. 1. 4. colum. 5. ff. de offic. proconsul. & leg. & Marant. in 4. disp. n. 14. & huic nostræ limitationi rectè convenit quòd pluribus citatis Doctores affirmat Marius Giurba in dec. 74. num. 12. quòd causa summaria sui natura potest, consensu partium fieri ordinaria. Ordinaria autem non potest fieri summaria, quos vide. Et ad hanc doctrinam reducendi sunt Doctores, qui affirmant, arbitrum habentem simul potestatem arbitratoris, ac executorem, qui potest extrajudicialiter, & judicialiter procedere, ut vult, & ut una via electa possint ad aliam redire, procedant, & habeant locum, quando cœperint procedere extrajudicialiter, ut possint rectè redire ad judicialem cognitionem, non tamen è converso, quia militat diversa ratio, & juris regulæ repugnant, & ita accipienda sunt etiam, quæ de utroque arbitro, & executore congerit Marefcotus variar. resolut. lib. 2. c. 1. à numero 151. & seqq.

Secundò declara dictam resolutionem, ut non pro- 135 cedat, quando in commissione, lege, compromisso, seu alia dispositione aliter disponatur expressè, veluti, ut procedat iudex judicialiter, & extrajudicialiter simul, vel quòd possit etiam una via electa, ad alteram redire, ut pro cautela dat dubitationis tollendæ causa Bald. in l. 3. ff. de milit. testam. loquendo in compromisso alicui factò tanquam arbitro, & arbitratori; quo insuper loco sentit, ut tanquam incompatibili non possit aliàs utraque via uti compromissarius, nec variare, & sic eum intelligunt & allegant multi ex Doctoribus superius allegatis, & in contrarium ejus pro quo illum ad principium hujus quæstionis citavi numero 98. Faciunt etiam ad hanc limitationem & declarationem resolutionis, quæ Baptista de S. Blasio in d. q. 4. à princ. quia tunc bene poterit variare, & simul utraque via judiciali, & extrajudiciali procedere, quando hæc sibi potestas à dispositione data est.

Ex hucusque dictis utilis suboritur quæstio, an in 136 casibus, quos diximus, iudicem teneri omnino judicialiter procedere, vel quia adest clausula (vocatis vocandis) vel comparet legitimus contradictor, vel quando

quando semel cœpit iudex in forma judiciali audire, & an procedendo extrajudicialiter vel intricatè simul judicialiter, & extrajudicialiter; sit licita appellatio, ejuque denegata delatio vim detegat, in qua quidem ne detineam diutius, affirmativè respondeo, ut justa sit, & legitima hæc appellatio. Pro qua primò pondero textum expressum (si bene perpendamus) in cap. exhibitæ, de iudiciis: ubi super electione causa appellationis fuit commissio, quibusdam iudicibus cum clausula (vocatis vocandis) ipsi autem, five moti ex natura electionis; quæ erat extrajudicialis, five propter verbum (inquirent) in commissione appositum, ut dicit ibi glossa, verbo, inquirent, non processerunt in forma judiciali, sed extrajudiciali, nolentibus hæc de causa exceptiones, nec probationes oblatas recipere, à quo procedendi modo parte gravata appellante, cum deberet judicialiter procedere, tum ex d. clausula (vocatis vocandis:) tum quia aderant adversarii contradictores, nimis justa, & legitima reputata fuit appellatio hæc à Rom. Pontifice, cuius fuisset ab ordinato processu emissa, ac ideo omnia post eam facta, ut attentata revocari mandantur, pro quo facit etiam gloss. ibi in d. verbo inquirent.

137 Pro quo secundò facit, quod ex d. text. communiter deductum est à Doctoribus vulgare velut axioma; quò ab inordinato processu, & ejus intricatione licita sit appellatio quoad utrumque effectum devolutivum simul, & suspensivum, Ricard. Malumbra conf. 7. incipit satis videro, inter consilia Federici de Senis, Cardin. Tuschus consilio 359. tomo 1. n. 21. & nos latè in c. 6. supra hac 1. part. ubi de præposteratione processus, & in locis modò citandis. Quod adèd generale est, & absolute procedit, ut locum habeat non solum in causis ordinariis, in quibus appellatio permittitur à diffinitiva; sed etiam ab interloquutoria, à quarum finali determinatione prohibetur, five quoad utroque effectus, devolutivum & suspensivum, five etiam quoad unum suspensivum tantum, ut tenent Carlianus Cota in memorialibus, verbo appell. non licet. Cov. in pract. quæst. c. 23. nu. 8. versio. ceterum licet. Ozalchus decif. 25. num. 14. Natta conf. 121. num. 4. Zuchar. in repet. l. si. C. de edicto Divi Adri. n. 436. nos latè supra hac 2. p. cap. 6. à num. 68. ubi plurimos alios adduximus, & multa ad propositum nostrum invenies infra 4. part. cap. 13. per totum.

138 Pro quo facit doctrina Lambert. in tr. de jure p. 3. art. 11. quæst. princ. 2. p. lib. 2. nu. 1. versio. Lapus autem dicit, &c. ubi sequutus Innoc. Abb. Lapum, & alios inquit loquendo in confirmatione, & institutione; quòd si pars comparet super ea, vult iudicium ordinare, & contentiosè agere, quod tunc necessariò est causæ cognitio adhibenda, quæ minimè adhibita institutio & confirmatio non teneret, ergo tanquam ab actu nullo licita & legitima appellatio erit, cum exceptionem non mereatur, juxta regul. l. 4. §. condemnatum ff. de re jud. & quæ nos latè infra 3. part. cap. 9. principio.

139 Major tamen difficultas est an iudex vim faciat non deferens appellationi eo casu, quo simul potest procedere in aliqua causa utraque natura simul modò, scilicet, & in aliquibus articulis judicialiter, modò & in aliis articulis extrajudicialiter, quòd contingere potest, quando ita in dispositione, seu commissione expressè dicitur, ut paulò ante diximus nu. 135. Et ita difficultas, nam pugnat duplex natura contraria, alia & sic extrajudicialis, negans appellationis delationem, alia verò judicialis eam concedens, & permittens. Et quia hanc quæstionem saltim in regula latè disputavi supra c. 7. ubi egi de sententiis, seu causis ad diversam qualitatem habentibus, aliam permittentem, aliam prohibentem appellationem, ex cuius resolutione, cui adhibui distinctionem, præsentè respondeo: quòd aut lo-

quimur, quando appellatur à toto processu, seu composito; puta, sententia super eo lata, & tunc prævalere qualitas prohibitiva, quia totus iste processus est unum corpus, & unum continens, cuius contentia non dividitur, l. nulli C. de iudiciis, c. 1. de causa poss. & prop. & faciunt quæ latè adduximus in d. c. 7. hac 2. p.

Aut enim non appellatur à toto ipso processu, seu 140 sententia, sed tantum ab aliquo articulo emergenti, vel incidenti ipsius processus, & tunc appellatio regulabitur juxta naturam ipsius articuli, ut si in eo fuit processum extrajudicialiter, minimè deferatur, si verò fuit processum judicialiter, & ipse articulus est aliàs qualificatus: vel quia habet vim diffinitivæ, vel quia continet damnum irreparabile, & similiter aliàs sit appellabilis, deferendum est omnino appellationi, aliàs secus ex iuribus vulgaribus, nam licet tota causa, & processus sit unum corpus, & continens inseparabile; tamen articuli ejus separati ab alteris censentur, ita docet Immola in c. si colum. 25. versio. tu potes concludere, de præsumpt. per gl. in elem. sapè ad fin. verbo partibus, de verbor. signif. Felin. in d. c. si. sub num. 24. & ipse Felin. in c. cum ex officii, sub nu. 13. de præsumpt. maximè cum inter ipsius causæ articulos, quoad appellationem adfit differentia. Si quidem videmus alii, & sic qualificati eam permittentes, alii negantes, ut merè interloquutoria ex toto discursu hujus primæ partis ff. de appell. recipi. ante sententiam Cod. quorum appell. non recip. Concil. Trident. sess. 24. de reformat. c. 20.

Ex quo enim simul iste procedendi modus cum 141 mixtura est in dispositione permittitur, unusquisque articulus causæ admittat, vel prohibeat appellationem secundum quod dicitur sua propria natura, maximè, quia licet tota causa ex promissione dispositionis admittat hanc mixturam, ut in uno articulo ejus queat judicialiter, & variando in alio extrajudicialiter procedi; tamen unus, & idem articulus eam mixturam non patitur, nec hoc modo potest in provisione procedi (quando expressè alteram viam non eligit) ut 142 intelligatur hæc variatio in diversis articulis causæ, non in eodem, ut est videre per Felin. in d. c. fin. sub nu. 34. de præsumpt. motus Immol. ibi d. colum. 25. versio. hinc potes concludere, & ipse Felin. in d. c. cum ex officii, sub num. 23. & vide hanc quæstionem & resolutionem ejus quæ latè adduximus supra in d. cap. 7. hac 2. p.

Et prius quàm hinc abeamus non incongruum, nec 143 inutile erit, animadvertere in hac materia, ut iis in casibus, in quibus iudex super electione, collatione, institutione, conformatione, seu provisione beneficiorum & similibus, judicialiter procedere cœperit, vel ex sua voluntate, vel ex necessitate juris [ut supra diximus] diligenter cavere debet, ut omnimodo servetur forma judicialis, iudicij tamen summarii, cum ita in causis beneficialibus sit procedendum, juxta textum in elem. dispendiosam de iudiciis, & in terminis docent & advertunt Felin. in c. fin. de præsumpt. nu. 34. dicens quòd eo casu, quo executor assumit partes iudicis, debet judicialiter procedere, secundum elem. sapè de verborum signif. & Lambert. loquendo in ordinariis iudicibus collatoribus in tract. de jur. patro. 3. art. 2. q. princ. 2. p. lib. 2. nu. 11. dicens, quòd in causis beneficialibus ubi apparet contradictor exceptionem opponens, ipse efficiuntur judiciales, sed tamen iudicij summarii, in quo procedi debet summarie, simpliciter, & de plano, sine strepitu & figura iudicij, ut elem. dispendiosam de iudic. in idem facit etiam [nullum allegans] Hieronym. Gonz. in reg. de men. & altern. in annot. gloss. 9. post princ. num. 44.

In hujusmodi tamen processu summario iudex præ 144 oculis habere debet omnino dict. elem. sapè de verb. signif. quæ dat formam huic procedendi modo, designans requisita necessaria, quæ in eo intervenire requiruntur, ad cuius, & dictæ elem. dispendiosam, majorem decla-