

posita, vel ex facili soluenda) In summa, æquitate quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni adductus est.

18 *Ad exhibendum quoque actio.* Sequitur septima Ad exhibendum. Actio inter arbitrarías loci obtinet lege tertia §. secundo D. ad exhibendum. ubi Ulpianus ait, in hac actione reum contumacem per in litem iusiurandum damnari. Vnde intelligi debet hanc actionem ex superiore genere arbitrariarum esse: nec mirum: cum in contumacia dolus ac fraus versetur. Formula igitur hæc erit, S. I. P. A. T. E. R. E. T. Seprimiū eam rem, quam Octavius exhiberi postulari habet, neque is arbitrio iudicis eam exhibeat, tum quanti in litem actor iuravit, tanti damnetur.

19 *Et cæteris similibus.* Sequitur octava Nō ex tantum qua hic nominantur, sed & alia præterea quædam arbitrarie sunt. Veluti ¶ confessoria & negatoria: De quibus extat testimonium in l. harum, tertia D. si seruit. vind. item Pauliana, l. ait Prætor, 10. §. per hunc 14. D. quæ in fraud. cred. Item rerum amotarum. l. si cum dos, 8. §. vltimo. D. de lito matrimonio. Item Fauiana, l. tenetur, §. D. si quid in fraud. cred.

20 *Pronuntiat iudici ex bono & æquo.* Sequitur nona Arbitrariis ¶ actionibus non certum quid, sed quantum æquius melius postulari solet. d. l. idem, & l. centum, de eo quod certo loco. Hæc autem æstimandi potestas tum de arbitrio quod in prima istarum actionum specie interponitur, tum etiam de eafententia quæ sola in alia specie

21 pronuntiat intelligenda est. Sequitur ¶ ut quid inter bonæ fidei & arbitrarías actiones, tum similitudinis, tum differentie sit, videamus. Tribus enim in rebus simillimas esse inter se superiora de monstrant: quod in vtriusque liberū sit iudicis arbitrium, in vtriusque in litem iuretur in neutris sponso fieri solet. Quæduplicem autem inter eas differentiam reperio. Primum enim. Dissimilima illarum ratio est, si causam eius potestatis quæ arbitro, tribuitur, spectemus. Nam superius docuimus in bonæ fidei iudiciis, eam potestatem idcirco iudici permitti, quoniam æque vtriusque intererat, quippe cum alter alteri obligatus esset: quippe cum ex rebus vltro citroque contractis lis nasceretur. At lites arbitrarie, aut ex possessione, aut ex obligatione vnius tantum nascuntur: vt illa iudicis potestas æque vtriusque conducere nō possit. Quæ nam igitur illius causa est? Equidē duplicem animaduerto, pro duplici Arbitrariarum specie Prior est, sola iuris Clementia & benignitas, quod non statim aliquem damnari patitur: sed eum prius officij sui admoneri iubet. Altera ipsius actionis incerta ratio: quoniam eius modi est actio, vt iudex ad certam aliquam petitionem astringi non possit: quippe cum quantum debeatur, ne actor quidem exploratum habeat. Secundam differentiam hanc reperio: quod in illarum formula EX BONA FIDE: in harum NEQVE RES & cæc. interponi solet. Tertiam quod ille in personam tantum reperitur, præter petitionem hereditatis, quæ tamen ipse personales habet præstationes, & à Iustiano primum in illum ordinem ascripserat. Hæ vero & in rem & in personam. Quartam, quod illa aut ex contractu, aut ex quadam contractus similitudine ac specie nascuntur. Hæ vero etiam ex genere quodam ac similitudine delicti:

Veluti ex dolo malo, seruorum noxa, rebus amotis, re per metum extorta. Quantum ¶ autem à strictis iudiciis differant, nemo aiti admodum hebes, ex iis quæ disputata sunt, non facile perspiciet, eodēque illud Pauli pertinet in l. trigesima sexta D. de verbor. significatio. verbum Opportere non ad iudicis facultatem pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare: sed ad veritatem refertur.

23 Superest vt illud queramus, an ¶ omnes actiones quibus incertum quid postularum, nimirum illud tantum quod æquum ac bonum iudici videbitur, arbitrarie dicendæ sint. Quæ dubitatio sane obscura in primis & perplexa videtur. Sed quoniam de bono & æquo tota hæc nostra disputatio est, spero fore, vt studium quod in ea explananda suspicimus, aqi bonique consolatur. Videamus igitur an illa tantum arbitrarie dicendæ sint, quæ cum rei persecutio fiat, tum officio iudicis dissoluendi iudicij potestatem permittunt: Cæteræ verò quæ cum vltionis & pœnæ persequendæ causa comparata sint, eam potestatem iudici non faciunt, hoc nomine appellari non possunt. Illarum exemplum funeraria nobis actio suppeditat de qua Ulpian. in l. & si quis, 14. §. 5. D. de re lig. & sumpt. sic scribit

24 Hæc actio ¶ quæ funeraria dicitur. ex æquo & bono oritur, æquum autem accipitur ex eius dignitate qui funeratus est, ex causa ex tempore, ex bona fide: vt neque plus imputeretur sumptus nomine, quàm factum est: neque tantum quantum factum est, si immodice factum est. Hæc ille. Quid autem magis ei actioni consentaneum est, quam vt reus actori ante sententiã satisfaciens, iudicio absoluat? Cum olim omnia iudicia ab solutoria essent, vt Imperator scribit infra sub titu. De perpet. & temp. act. Cui consensit Paulus in l. si reus, 73. D. de procur. eiusque rei duo exempla videmus apud Ciceronem in Orat. pro Quinto Roicio. eiusmodi videtur esse iudicij condicatio, de qua Papinianus in l. 66. D. de condic. indubit. sic scribit. Hæc condicatio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare conseruit. Quibus verbis maximè consentaneum est, vt reus actori ante sententiã satisfaciens, iudicio absoluat.

25 Alterius generis exemplum nobis actio ¶ de sepulchro violato suppeditat, quam Papian. in l. pen. D. de sepul. viola. cum in bonum & æquum conceptam esse dixisset, paulo post ait non in rei persecutione, sed in sola vindicta esse constitutam. Quod cum ita sit difficile dictum est, non cogendum esse iudicem & actoris dolori, & publicæ

26 disciplinæ satisfacere. Cum ¶ propter exemplum publicè interit peccata esse nō imposita l. loca. 9. §. 2. D. de pub. & veftig. lita vulnerat, §. 1. in fi. ad l. A. q. Itaq; idē Papian. l. 1. §. 1. D. ad sen. Turpil. Facti quidē quæstio, inquit, in arbitrio est iudicis: pœnæ verò persecutio nō eius volūtati mādatur, sed legis authoritatē referuatur. Simillima ratio est, prætorie actionis iniuriarū, de qua Iustin. sub ti. De in iur. sic scribit, Prætores permittebāt ipsis qui iniuriã passi sunt, eam æstimare: vt iudex vel tãti reum condēnet, quanti iniuriã passus æstimauerit, vel minoris prout ei visum fuerit, quæ de causa Vlp. in l. non solum 21. §. 1. D. eodem. iniuriarum, inquit, actio ex bono & æquo est. Itaque cum ad vltionē pertineat. neque re, ¶ sed pœnam persequatur