

amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulauimus, consequamur. Quis rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in iudicio: directum, asperum, simplex. Si pateret HS 1000 dari op. hic, nisi planum facit HS 1000 ad libellam sibi debent, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatam, QVANTVM æquius & melius sit dari. Ille tamen confitetur plus se petere, quam debeatur: sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque alter causæ confidit, alter diffidit. Quæ cum ita sint, quare abs te, quid ita de hac pecunia, de his ipsis HS 1000, de tuarum tabularum fide cõpromissum feceris, arbitrumve suspicetis, Quantum æquius & melius sit dari, repromittive, si peteres?

Hæc Cicero, quæ tamen à me longe aliter quam ut vulgo leguntur, commemorata sunt. Verum vtroque modo legantur, perspicue demonstratur, actionem omnem, qua non certum quid, sed quantum ex æquo & bono iudici videbitur, postulari arbitriam esse. Quapropter Arbitrarium Festus definit, id quod apud Arbitrium agitur. Cum autem in bonæ fidei actionibus & Arbitros pro iudicibus dicamus, & summam exactiõnis ipsorum potestati permittamus, sequitur etiam, ut illæ actiones verè & propriè Arbitrariæ dici possint. Quoniam tamen suam iam ac proprium nomen ex formula iudicij adeptæ sunt, docendi causâ, & ut suo quæque res nomine appellerent, generale hoc nomen ad alteram speciem accommodauimus. Speciem autem Arbitrariarum intelligo, eam quarum in formulis, si non omnibus, at plerisque, addi solebat, N E Q V E A R B I T R I O I V D I C I S A C T O R I S S A T I S F I A T. Nam etiam si hoc non adderetur, totius tamen rei arbitrium iudici permittebatur. Quæ ex re tantum inter bonæ fidei & arbitrarias actiones similitudo sit, intelligi planè potest: quoniam in vtriusque (vti superius docuimus) iudex totius rei potestatem habet, neque restrictæ certæ sponsonis finibus ac terminis coercetur. Quid autem inter vtriusque differentia sit, in extremo exponemus. Nunc illud admonere opus est, tantum à me harum arbitrariarum species obseruatas esse: Vnam in qua duplex quodammodò sententia pronuntiat, & ante secundam in litem iuratur: alteram in qua & vna sententia profertur, nec in litem iuratur. De singulis igitur ordine videamus.

*Actiões arbitrariæ.* Enunt. j. Actiones quibus reus arbitrio iudicis actori non satisfaciens, damnatur, arbitrariæ appellantur. Item si, l. 4. §. 4. D. Quod met. caus. Quæ quidem species est arbitrariarum prior: cuius hæc tres proprietates reperio: quod in istis iudiciis non prius licet iudici reum damnare, quam eum iusserit ex bono & æquo alteri satisfacere: his ferè verbis, A R B I T R O R debere te aduersario hac ratione satisfacere. Idque harum actionum ita proprium est, vt ex eo nomen inuenerint. Vnde intelligi debet, tantum quodammodò sententias in istis iudiciis pronuntiat, quarum altera iustus, siue Arbitrium, altera tuo nomine Sententia appellatur. Paulus in l. 1. §. D. de dolo mal. Arbitrio iudicis in hac quoque actione restituito comprehenditur & nisi fiat restitutio, sequitur cõdemnatio quan-

ta ea res est. Neque verò mirum id cuiquam videri debet, cum Prætorum quoque hunc morem fuisse constet ex Orat. pro Quintio, in qua perspicue iustus à decreto distinguitur: Iubet, inquit, P. Quintium satisfacere, aut sponsonem cum Sex. Mæuio facere. Recusabant, qui aderant tum Quintio: demonstrabant de re iudicium fieri oportere &c. Dolabella iniuriam facere fortissimè perseuerat: aut satisfacere, aut sponsonem iubet facere, & interea recusantes nostros aduocatos acerrimè iuber summoeri. Secunda istarum actionum proprietates hæc est, quod earum formulæ à Prætoribus ita concipiuntur, vt hanc sententiã addat, N E Q V E E A R E S A R B I T R I O I V D I C I S R E S T I T V E T V R. cuius rei exemplum videmus in litem, l. 4. §. pro eo, D. quod met. caus. & apud Ciceronem Verriana 4. S I P A T E R E T fundum Capenam quo de agitur, ex iure Quiritium P. Seruilij esse, neque is fundus restitueretur, &c. Tertio illarum actionum natura continetur, vt si reus arbitrio iudicis parere noluerit, tum iudex actori iusiurandum in litem deferat, id est iubeat illum iurare quantum litem aestimat: vt reum nõ modò tanti damnet, quãti ea res est, sed etiam quanti actor aestimauerit: nimirum puniendam contumaciã causâ. l. qui restitueret. 68. D. de rei vindic. l. 2. & pass. D. in lit. iur. Quod iusiurandum non omnino harum actionum proprium est, id enim cum bonæ fidei actionibus plerisque commune habent. l. 3. D. eodem. Sed hoc loco exortitur illa dubitatio. Nam si arbitriũ illud & iudicis iustus nihil nisi denunciatio quadam est instantis damnationis, nisi reus pateat: ecquis tam insanus futurus est, vt non illi parere malit, quàm grauiorem sententiã expectare? Hanc quæstionem nõ modò qui commode explicarit, sed qui summè dignis (vt dici solet) atigerit, reperi adhuc neminem. Existimo autem euidem, quoties damnandus reus videretur, duas actionibus opus fuisse quod ipsum & Sic. in Orat. pro Cæcinnâ, & Afcionius in Verriana Orat. planissimè demonstrat. Itaque si prima actione damnandus videretur, iudicem ampliãse quidem tantum, vt planius causa cognosceretur, non vt non liquere pronuntiat: sed tamen illis vsum verbis fuisse, quæ superius protulimus, A R B I T R O R, &c. Reum autem sperantem fore, vt res melius cognosceretur, recusasse. qua de causa in altera actione sententiã grauiorem pronuntiatam fuisse.

*Rem restituat, vel exhibeat, vel soluat.* Rem restituat, in rei vindicationibus, siue civilibus siue prætoris: Rem exhibeat, in actionibus ad exhibendum: Vel soluat, in actione Quod certo loco: de quibus singulis paulò post commodius differemus.

*Vel ex noxali causa seruum dedit.* Sequitur ij. Noxalis actio vna ex arbitrariis actionibus numeratur, quod tamen obscurum duas de causis videri potest. Primum quia noxæ dedendi iustus Arbitrii nomine appellari non potest, cum Arbitrium in iudicis benignitate quodammodo positum sit: Noxæ dedendæ facultas non à iudice, sed à lege ita reo permessa sit, vt ea etiam inuito iudice vti possit. lege miles, sexto §. primo D. de re iudic. libro primo &c. pass. D. de nox. act.