

20836

DU  
JEU ET DU PARI  
ET  
DU PRÊT A LA GROSSE AVENTURE  
EN DROIT ROMAIN

DU  
JEU ET DU PARI  
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

SOUTENUE  
Devant la Faculté de Droit de Toulouse

PAR  
M. Ernest TOURRATON  
AVOCAT A LA COUR D'APPEL.



TOULOUSE,  
IMPRIMERIE A. CHAUVIN ET FILS,  
RUE DES SALENQUES, 28.

1876



## FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR, ✱, doyen, professeur de droit commercial.  
MOLINIER, ✱, professeur de droit criminel.  
BRESSOLLES, ✱, professeur de code civil.  
MASSOL, ✱, professeur de droit romain.  
GINOULHIAC, professeur de droit français, étudié  
dans ses origines féodales et coutumières.  
HUC, ✱ professeur de code civil.  
HUMBERT, professeur de droit romain, en congé.  
POUBELLE, professeur de code civil.  
ROZY, professeur de droit administratif.  
BONFILS, professeur de procédure civile.  
ARNAULT, professeur d'économie politique.  
DELOUME, agrégé, chargé du cours de droit des gens.  
CONSTANS, agrégé, en congé.  
LAURENS, agrégé, chargé du cours de droit romain.  
PAGET, agrégé.  
CAMPISTRON, agrégé.

M. MOUSSU, secrétaire, agent comptable.

---

*Président de la Thèse : M. ROZY*

*Suffragants :* { MM. MOLINIER, professeur.  
MASSOL, professeur.  
DELOUME, professeur.  
LAURENS, agrégé.  
PAGET, agrégé.

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.*

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

AUX MIENS.

A MES AMIS.

M. BOZY

M. MOLLIER, professeur  
M. MASSOL, professeur  
M. DELGNE, professeur  
M. LATRENS, avocat  
M. TAYET, avocat

La Faculté a nommé rapporteur et dépositaire les auteurs  
particuliers du ouvrage.

DU JEU ET DU PAHI

PRÉFACE

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

AUX MIENS

# DU JEU ET DU PARI

ET DU

## PRÊT A LA GROSSE AVENTURE.



### INTRODUCTION



« Le besoin dicta les premiers contrats, l'échange, »  
» la vente et le louage. Mais l'audacieuse activité de »  
» l'esprit ne se renferme pas dans le cercle étroit »  
» des besoins. Ne se bornant pas même à l'immen- »  
» sité des choses que la nature et l'industrie ont »  
» mises à notre disposition, elle a entrepris de sou- »  
» mettre à ses calculs et à ses spéculations ce qui ne »  
» nous appartient pas, ce qui est hors de notre »  
» dépendance, le *hasard* lui-même. Il est devenu »  
» la base des contrats aléatoires, produit d'une »  
» civilisation déjà bien avancée, et qui, à mesure »  
» qu'ils sont plus éloignés de la nature, exigent »  
» davantage l'intervention du droit positif. »

Ainsi s'exprimait, au sein du Tribunal, l'orateur Siméon, lors de la rédaction du Code, et ses paroles, que nous plaçons à la première page de notre

travail, démontrent suffisamment la nature des contrats aléatoires dont le jeu et le pari sont assurément les deux types les mieux accusés. Mais, à côté du jeu et du pari, où on ne va au-devant des combinaisons de hasard que dans un but d'amusement où pour surexciter ces facultés, il existe d'autres opérations aléatoires, dans lesquelles on cherche, avant tout, à réaliser une œuvre de production utile.

C'est ainsi que le capitaliste qui aventure ses fonds dans une entreprise maritime et qui court de grands risques, doit pouvoir légitimement retirer une rémunération élevée pour sa hardiesse : il contribue à la fortune du pays en augmentant ses relations commerciales. Lui aussi, comme le joueur, il essaie de lutter contre les chances et contre les risques !

Ce rapprochement naturel nous a amené à traiter, au moins à Rome, à côté du jeu et du pari, du contrat de prêt à la grosse aventure.

L'étude du jeu et du pari que nous poursuivons en droit romain, comme en droit français, sera l'objet principal de notre travail.

Envisagé comme distraction, le jeu n'a pas besoin d'être défini, bien que certains auteurs aient cru devoir le considérer sous ce rapport et en donner l'explication suivante : « *Ludus est peractum facti delectabilis, quandoque virtutis gratia parati, quandoque lucri, quandoque voluptatis tantum, cessatio a negotiis* (1). »

Considéré comme opération juridique, on peut le définir : un pacte par lequel les parties s'engagent

(1) Caccialupus, *De ludo* (Tract., Tract., t. 7).

à donner à celle d'entre elles qui gagnera une somme ou un objet déterminé.

Quant au pari ou gageure, c'est une promesse réciproque par laquelle deux ou plusieurs personnes qui soutiennent des affirmations contraires s'engagent à payer une certaine somme à celle qui se trouvera avoir raison.

Tandis que le pari, considéré au point de vue juridique, se présente sous une forme unique et simple, le jeu se produit sous plusieurs aspects.

Par rapport à la fin que l'on poursuit, on distingue le jeu désintéressé qui a lieu, lorsque l'on ne joue point d'argent ou bien, encore, lorsque les sommes exposées sont modiques et le jeu intéressé dont la cupidité est le principal mobile.

Le jeu désintéressé a toujours trouvé grâce devant la philosophie. Recherché pour lui-même et non pour le gain, restreint à certains exercices, contenu dans de sages limites, il constitue un agréable passe-temps. Mais quand il n'a d'autre but que d'offrir un aliment aux appétits avides, la morale et la loi, le poète et l'homme d'Etat s'accordent pour le flétrir et le condamner.

Sans nous étendre sur les réprobations plus ou moins sévères dont il a été l'objet, qu'on nous permette de rappeler, néanmoins, qu'il n'est pas d'élément de corruption qui pervertisse, à un plus haut degré, le sens public. Présentant, comme un dangereux appât, quelques rares exemples de rapides fortunes, dont nul n'a le secret, il éblouit les yeux du vulgaire et les ferme sur la ruine de tant de familles. Il apprend qu'une journée, qu'une heure passée autour du tapis vert est souvent plus lucrative

que des années entières de peines et d'application incessante dans les travaux pénibles des autres professions. Peu d'esprits sont d'une trempe assez forte pour résister à cette tentation. L'avidité des jouissances et l'espoir de les conquérir par un coup heureux sont des sentiments destructeurs de toutes les vertus. Le dégoût du travail, qui ne récompense que les efforts patients, s'empare du cœur ; bientôt c'est l'envie qui le torture et qui le mène tout droit à la haine du riche ; enfin l'honneur même, la probité succombent trop souvent à la tentation qu'on ressent de devenir riche à son tour, et le vice du jeu produit parfois le crime.

Frappés de cette vérité, les législateurs de tous les temps ont évité de valider le jeu, pour en détourner ceux que la passion ou l'occasion pourraient entraîner sur cette pente fatale. Ils se sont sans cesse attachés à décourager les joueurs en les privant du droit de se faire payer leur gain. Mais si efficace que puisse paraître le moyen, leur but n'a pas été atteint : les mœurs, plus indulgentes que les lois, ont qualifié les dettes de jeu du titre pompeux de *dettes d'honneur*. Et, aujourd'hui encore, comme au dix-septième siècle, le joueur, dont le portrait éternellement vrai a été si finement tracé par Régnard, répondrait avec un calme imperturbable aux fournisseurs dont il refuserait de solder les mémoires :

Rien ne porte malheur comme payer ses dettes.

Et à celui qui oserait lui donner le conseil d'employer à désintéresser ses créanciers ce qu'il vient de gagner au jeu, il objecterait que cet argent a pour

lui un caractère sacré, qu'il est grevé d'un privilège en faveur des dettes de jeu futures qui lui paraissent préférables à toutes les autres : son gain est réservé pour ce but. « C'est un dépôt ! » s'écrierait-il.

Considéré quant à son objet, le jeu peut être divisé en trois classes : 1° le jeu d'adresse, lequel se subdivise en jeu d'adresse corporelle et jeu de calcul ou de combinaison ; 2° le jeu de hasard ; 3° le jeu mixte.

Comme exemples des jeux d'adresse corporelle, nous citerons, à Rome, la lutte avec le ceste, la course des chariots ; en France, au moyen âge, les tournois ; dans notre société moderne, le sport avec toutes ses ramifications.

Nous trouverons les jeux de calcul ou de combinaison dans les jeux de dames, d'échecs (1) et autres de même nature.

Les jeux mixtes sont ceux où l'habileté du joueur peut, jusqu'à un certain point, contrebalancer l'influence du sort : certaines combinaisons de cartes rentrent dans cette catégorie, par exemple : le piquet, le whist. Ces derniers jeux ont pris naissance avec les cartes, qui furent inventées, comme on le sait, sous Charles VI.

Restent les jeux de hasard : quels sont-ils ? Le jeu de hasard le mieux caractérisé est le jeu de dés, dont le nom latin (*alea*) désigne le hasard lui-même. À côté nous citerons la roulette surtout, la loterie, plus redoutable que tous les autres jeux ; car tandis que

(1) La tradition fait remonter l'origine du jeu d'échecs au siège de Troie, où Palamède aurait imaginé ce moyen de faire oublier à ses soldats les charmes de la patrie absente.

ceux-ci s'adressent aux classes opulentes et aisées, les loteries, au contraire, font appel aux classes pauvres dont elle surexcitent la convoitise; l'argent donné au jeu représente souvent le superflu abandonné, l'obole offerte à la loterie est toujours l'épargne de la veille, quant elle ne représente pas la privation et la misère du lendemain : « Tout le monde, » a-t-on dit, « ne peut pas jouer; tout le monde peut mettre à la loterie. »

Si nous recherchons l'origine des jeux de hasard, nous ne serons pas plus heureux que pour le pari, qui, fort ancien lui aussi, se perd dans la nuit des temps.

Les versions les plus ingénieuses ont été mises en avant : si l'on en croit Hérodote, les Lydiens seraient les premiers inventeurs des jeux. Pressés par la famine, ils auraient mangé un jour et joué l'autre pour essayer de tromper leur faim. D'après Isidore de Séville, *Alea* serait le nom de l'inventeur des jeux de hasard et aurait été porté par un soldat; d'après Pierre de Blois, ce serait Attalus, roi d'Asie. Enfin quelques auteurs soutiennent que le jeu est sorti d'une ville asiatique, nommée *Alea*. Bornons-nous, quant à nous, à constater l'antiquité de sa naissance.

Nous diviserons notre travail en deux parties bien distinctes, l'une se rattachant au droit romain, l'autre au droit français.

Dans la première, nous étudierons le jeu et le pari ainsi que le *nauticum fenus*; dans la seconde, le jeu et le pari au moyen âge et durant la période du droit intermédiaire; puis le jeu et le pari dans notre droit actuel.

Cette dernière partie, de beaucoup la plus importante, comprendra deux chapitres dans lesquels nous traiterons séparément notre sujet au point du droit civil proprement dit et des lois répressives. Nous aurons ensuite à faire application, dans un appendice, des règles de notre droit à la matière si intéressante des courses de chevaux et des jeux de Bourse.

# DRÖIT ROMAIN

## PREMIÈRE PARTIE

De son et de son à Rome

## CHAPITRE PREMIER

DU DROIT

Les Romains, surtout à l'époque de la République, ne se bornaient pas à vivre en son au nom de la loi, ils allaient se former dans ce qui est aujourd'hui les lois de la République.

Les lois de la République

nous dit Grotius (1) en parlant du son

l'Assemblée l'Assemblée dans son assemblée son Grotius (2), nous apprend, en effet, qu'ailleurs on

(1) De Jure.

(2) De Jure.

# DROIT ROMAIN

---

## PREMIÈRE PARTIE

### Du jeu et du pari à Rome

---

#### CHAPITRE PREMIER.

##### DU JEU.

Les Romains, surtout à l'époque de la République, ne se bornaient pas à flétrir le jeu au nom de la morale, ils atteignaient le joueur dans ce qui est son intérêt le plus cher :

*«... Erat ad nostros  
Non leve crimen avos.»*

nous dit Ovide (1) en parlant du jeu.

Ascanius Pedianus, dans ses annotations sur Cicéron (2), nous apprend, en effet, qu'autrefois on

(1) *Art d'aimer.*

(2) *In divinat. in Verrem.*

donnait contre le gagnant une action au quadruple de ce qu'il avait reçu ; la loi frappait d'ailleurs d'infamie celui qui faisait métier de jouer, et il fallut une réhabilitation pour restituer dans l'intégrité de ses droits Lucius Lenticula qui avait encouru une condamnation par rapport au jeu : « *Lucium Lenticulam,* » dit Cicéron (1), « *de alea condemnatum, collusorem suum Antonius restituit.* »

Néanmoins, on avait reconnu la nécessité d'accorder une certaine satisfaction à la soif du jeu qui tourmentait toutes les classes de la société. Pendant les saturnales, il était permis de jouer à tous les jeux de hasard (2). Mais, le mois de décembre expiré, les lois reprenaient leur empire ; les maisons de jeux étaient fermées, et l'édile veillait à ce qu'on n'y jouât pas en secret (3).

Le Jeu et le Pari font au Digeste l'objet du titre 5 du livre XI et au Code l'objet du titre 43 du livre III.

La place qu'occupe au Digeste le titre *De aleatoribus* indique combien son objet était odieux au législateur ; il vient immédiatement après celui qui s'applique aux esclaves fugitifs « *De fugitivis.* » Celui qui pousse un esclave à jouer le corrompt, comme celui qui le pousse à s'enivrer ou à fuir. En effet, le fragm. 25, § 6, au Digeste, *De ædilitio edicto*, assimile l'esclave qui joue à celui qui s'enivre ou qui s'enfuit. Et le fragm. 26, *De injuriis*, nous dit : « *Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat, vel consen-*

(1) *Philipp.*, II, 23.

(2) *Martial*, lib. IV, 14.

(3) *Id.*, VI, 84.

*tientem, tamen ego injuriam videor accipere, veluti si in popinam duxerit illum, si aleam luserit.* »

D'ailleurs, par un reste de pudeur, les joueurs de profession n'aimaient pas à être qualifiés du nom d'*aleatores* auquel s'attachait un certain caractère d'infamie ; ils préféraient celui de *tesserarii*. Le langage romain admettait-il une différence de signification entre ces deux mots ? Cujas (1) ne le pense pas, et, selon lui, la différence entre ces dénominations n'est guère plus tranchée que celle qui existe entre *fur* et *latro*. Malgré cette remarque de Cujas, il suffit que les joueurs aient préféré l'une de ces appellations pour qu'il nous soit démontré que, dans les habitudes du langage romain, elle n'affectait pas le caractère flétrissant qui s'attachait à l'autre.

Dans notre titre d'ailleurs fort court, la plus grande place est faite à l'édit du préteur.

Cet édit paraît comporter trois parties : la première a trait à celui qui fait jouer (*ad susceptorem alex*), la seconde à ceux qui jouent entre eux (*ad collusores*), la troisième à la répétition des sommes perdues au jeu.

Le fragment 1<sup>er</sup> reproduit ainsi le commencement de l'édit : « *Si quis eum apud quem alea lusum esse dicetur verberaverit damnatumse ei dederit, sive quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dabo.*

— « Si quelqu'un a frappé celui chez lequel on joue aux dés, lui a occasionné quelque dommage ou lui a soustrait quelque chose frauduleusement pendant le temps consacré au jeu, je ne donnerai pas d'action contre lui. »

Ainsi, le préteur, en haine du jeu, laisse impunis

(1) Cujas, *Observ.* 28, *De injuriis*.

les méfaits commis contre celui qui tient une maison de jeu.

Les motifs de cette disposition sévère nous sont donnés par une phrase fort curieuse à lire et dans laquelle il nous est dit que, les magistrats ne suffisant pas pour réprimer le jeu, on a voulu armer les joueurs eux-mêmes du moyen de sévir contre ceux qui les recevaient. C'était assurément un système original de répression, mais très-probablement dangereux dans l'application.

Ulpien s'empresse d'ajouter qu'il n'en 'est pas de même pour les joueurs. L'action *vi bonorum raptorum* et, sans aucun doute, l'action *furti* seraient fort bien données pour les soustractions qu'ils commettraient au préjudice les uns des autres. L'édit ne laisse sans protection que le maître du jeu : il ne se rapporte pas aux joueurs, *quamvis hi et indigni videantur* (1).

La décision du préteur dut lui être dictée par l'opinion publique qui, à Rome, de même que chez nous, flétrissait l'homme qui tient une maison de jeu et se contentait de blâmer celui qui s'y égare. C'est, qu'en effet, l'exploitation d'un vice est plus odieuse encore que le vice lui-même.

Le préteur dit qu'il ne donnera pas l'action *furti* au *susceptor aleæ*. Veut-il seulement parler de l'action pénale? Entend-il refuser également l'action *ad exhibendum*, la revendication, la *condictio*? Pomponius croit qu'il ne s'agit que de l'action pénale, mais c'est une opinion qu'Ulpien (2) déclare ne pas parta-

(1) *Fragm. 1, § 1, au Dig., De aleat.*

(2) *Ibid. 1, § 3, hoc tit.*

ger. En effet, le préteur a dit simplement : « Si quelque chose a été soustrait, je ne donnerai pas d'action. » « *Si quid subtractum erit, iudicium non dabo.* » Ces termes sont aussi généraux que possible ; on ne saurait établir une distinction là où la loi n'en fait pas. Il ne faut pas d'ailleurs s'étonner du caractère de la disposition pénale dont la législation romaine avait frappé l'homme qui tenait une maison de jeu : nous voyons dans la loi 29, au Code, *ad legem Juliam, de adulteriis*, que certaines personnes sont trop viles, pour que la loi s'occupe d'elles : « *Hæ autem immunes a judiciaria severitate et stupri et adulterii præsentur, quas vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit.* »

La seconde partie de l'édit a trait aux joueurs. Le préteur prononce une peine contre ceux qui, pour exciter au jeu, auraient recours à des menaces ou à des violences : « *In eum qui alex ludendæ causa vim intulerit uti quæque res erit, animadvertam.* » « Je sévirai contre celui qui aura forcé à jouer, quel que soit le fait. » Le joueur qui n'aurait retenu son adversaire que pour avoir une revanche n'en serait pas moins coupable et condamné (1) : « *Solent enim quidam et cogere ad lusum, vel ab initio, vel victi dum retinent.* » La peine était l'amende, la prison, les fers « *aut mulcta mulctetur (aleator) aut in lautumias, aut in vincula publicâ ducatur.* »

La troisième partie de l'édit se réfère à la répétition des sommes payées à l'occasion du jeu. On y voit le préteur permettre au vaincu de répéter par la *condictio* ce que le vainqueur a reçu de lui.

(1) *Fragm. 2, pr., hoc tit., Dig.*

D'après le principe général : « *Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est,* » il aurait dû en être autrement et la répétition n'aurait pas dû être admise. Mais il a été dérogé à cette règle dans l'intérêt même de l'exécution de la loi, afin de faire disparaître toute espèce de gain et de détruire ainsi le mobile du jeu lui-même.

Accurse (1) a cherché à expliquer et à concilier cette maxime avec la répétition dont parle notre titre, et voici ce qu'il dit : « Lorsque la répétition est refusée par application de la maxime : *in pari causa melior.....* ; c'est que l'objet qui est devenu la propriété du défendeur lui a été donné pour l'engager à commettre une mauvaise action. Il en est autrement si la prestation contre laquelle on vient aujourd'hui protester a eu lieu en exécution d'un contrat spécialement prohibé. » Cette distinction qui établit des différences si considérables entre le cas où le contrat serait en lui-même et directement interdit par la loi et le cas où, étant possible, il aurait été vicié par des conditions que la loi réproouve également, nous paraît par trop scolastique. Nous ne croyons pas qu'elle puisse être le fondement d'une théorie générale. Ce qu'il y a de vrai, selon nous, c'est que le législateur autorise la répétition pour prêter main-forte à un sénatus-consulte, qui, nous le verrons plus tard, défendait de jouer de l'argent à certains jeux. C'est également l'avis de Cujas (2), qui déclare que la répétition a été introduite en haine du jeu et par une exception toute spéciale.

(1) Accurse, grande glose, au tit. *De aleat.*, Dig.

(2) «... Alea, cujus odio multa singulariter recepta sunt » (Cujas, *Paratitl....* sur le Code, *De aleat.*).

Le droit français n'a pas admis qu'il puisse y avoir lieu à *condictio indebeti*, en matière de jeu, toutes les fois que les choses se sont payées loyalement entre les parties. Notre législateur s'est placé au point de vue de l'homme du monde; il ne favorise pas le jeu, mais il ne comprend pas qu'une personne honorable vienne reprendre l'argent qu'elle a perdu. Il y a, en effet, quelque chose d'immoral dans le fait d'un joueur qui étale devant son adversaire des valeurs qu'il se réserve de lui redemander, et tente ainsi de s'enrichir sans s'exposer, au fond, à aucune mauvaise chance. Notre droit est certainement plus conforme aux idées de bonne compagnie. Cependant la répétition accordée au perdant était peut-être le moyen le plus sûr de décourager le jeu, en lui enlevant l'attrait du gain.

La convention du jeu étant d'une nullité absolue en droit romain, il est bien évident que le prêteur, indépendamment de la *condictio* qu'il accordait au perdant, aurait refusé toute action contre lui (1), si le demandeur avait invoqué le jeu comme titre de sa créance.

Mais si le gagnant qui, d'ordinaire, aura eu soin de stipuler le montant de la somme qu'il a gagnée, agissait *ex stipulatu* et alléguait, en conséquence, une cause en apparence légitime d'obligation, la dette de jeu ne pouvant être ni novée, ni cautionnée (2), le prêteur aurait, sans aucun doute, accordé au défendeur l'exception *nisi in alea gestum sit* (3), tendant à repousser la prétention du demandeur.

(1) Loi 1, C., *De aleatoribus*.

(2) *Id.*

(3) *Fragm.* 19, § 4, *in fine*, *De probationibus*, Dig..

Le perdant avait donc le droit de se faire rembourser ce qu'il pouvait avoir payé, mais, il n'obtenait plus, comme sous l'empire du très-ancien droit, le quadruple de la somme perdue. Il pouvait se faire que les joueurs voulussent éluder les prohibitions de la loi, en ne jouant pas, en apparence du moins, de l'argent : « *Aliqui luserunt, non appositâ* » *pecuniâ, sed appositis lupinis, ed lege ut quot lupini amittantur, pro eis tot reddantur nummi.* »

La personne qui aurait ainsi reçu des jetons ou quelque autre signe de convention n'aurait pas eu davantage le droit d'exercer des poursuites contre son adversaire pour se faire payer la somme représentative des jetons.

Cette action en restitution entraînait l'infamie à l'égard de celui contre lequel elle était dirigée et qui succombait dans l'instance.

Le droit de répétition était, quant à ceux qui pouvaient l'exercer, fort étendu; ainsi, il était accordé à perpétuité aux héritiers du joueur perdant. Le gagnant et ses ayant cause n'auraient pu, même après trente ans, opposer de *prescriptio* à leur *condictio*. Et même, lorsque, mû par un sentiment de délicatesse, le perdant ou ses héritiers s'abstenaient d'agir, leur droit appartenait au fisc, à l'évêque, au préfet et au défenseur de la cité. Bien plus, il était permis à tout habitant de la ville, dans l'enceinte de laquelle les joueurs avaient violé la loi, de poursuivre le recouvrement de l'enjeu pour l'affecter à des travaux d'utilité publique (1).

Quand un esclave ou un fils de famille ayant un

(1) Loi 1, C., *De aleat.*

pécule avait perdu au jeu, le maître ou le père était admis à répéter (1) : « *Si servus, vel filius-familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio* (2). » En sens inverse, si l'esclave ou le fils de famille avait gagné au jeu, une action en répétition de *peculio* se donnait contre le maître ou le père. Ce n'était pas une action noxale qui était conférée en cette circonstance, car le droit des tiers n'avait point sa source dans un délit proprement dit; seulement, comme un maître ou un père ne concède pas un pécule à son esclave ou à son fils pour que ce pécule soit dissipé au jeu, l'objet de la *condictio* était limité aux valeurs que le jeu avait mises dans le pécule et qui s'y retrouvaient encore au moment où l'action était intentée.

Le préteur accordait même la répétition au fils ou à l'affranchi contre le père ou le patron qui avait gagné au jeu. Mais il ne délivrait alors qu'une action *in factum utilis*. Les mots : « *Quod in eâ re alea lusum erit* » n'y étaient point insérés. La formule ne renfermait donc rien qui avertît que la répétition était exercée pour une dette de jeu. Il fallait, en effet, écarter tout ce qui pouvait ternir la réputation d'un père ou d'un patron. L'action *in factum utilis* sauvegarde tous les intérêts : la fortune du demandeur, comme la considération du défendeur. Il n'y a là, du reste, qu'une application à un cas spécial de la règle générale posée par Ulpien dans le frag. 2, § 1<sup>er</sup>, du titre *De dolo malo* au Digeste, qui est ainsi conçu : « *Quibusdam personis non dabitur*

(1) Fragm. 4, § 1, Dig., *De aleat.*

(2) *Ibid.*

(actio), *utputa liberis vel libertis adversus parentes patronosve, cum sit famosa.* » Et le jurisconsulte termine ainsi : « *In factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonæ fidei mentis fiat.* » Il est inutile d'insister sur les motifs d'une pareille disposition : quels qu'aient été les torts d'un père ou d'un patron, la loi ne veut pas qu'il soit déshonoré par son fils ou par son affranchi. La puissance du père, la qualité du patron sont choses tellement sacrées à Rome, qu'elles doivent être respectées dans celui qui en est revêtu, lors même qu'il a manqué aux devoirs qu'elles lui imposaient. C'est une question d'ordre public et de convenance sociale.

Toute garantie affectée à une dette de jeu était également nulle et de nul effet : « *Data super alea lusu cautio irrita* (1). »

Des pénalités qui précèdent, on exceptait certains jeux propres à développer la force et l'adresse. On reconnaissait à ces jeux une espèce d'utilité sociale qui les rendait dignes de l'indulgence du législateur. Dans l'antiquité, où l'on attachait une grande importance au développement des forces physiques, les exercices violents étaient en faveur ; ils formaient des citoyens robustes pour les travaux de la paix, des soldats vigoureux pour les fatigues de la guerre. C'est ainsi que nous voyons un sénatus-consulte, rapporté dans le fragment 2 de notre titre *De aleatoribus*, admettre par exception les jeux et les paris qu'ils occasionnaient, pourvu néanmoins que les sommes exposées ne fussent pas excessives.

(1) Loi 1, C., *De aleatoribus*.

Le jurisconsulte Paul (1) admet qu'on peut, dans un festin, jouer son écot : « *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur.* »

Un mot de ce texte a soulevé une controverse; nous voulons parler du mot *familiæ* qu'on a proposé de remplacer par *alea*. Cujas (2), Nood (3) et Pothier (4) sont partisans de cette correction.

Mais d'autres commentateurs la repoussent, et parmi eux nous citerons le conseiller Antoine Fabre (5) : « Quoi ! » s'écrie-t-il avec indignation, « jouera-t-il pour un but utile ou glorieux celui qui joue pour manger? N'est-il pas plutôt l'esclave de sa glotonnerie? Y a-t-il là une cause qui mérite tant de faveur auprès d'hommes tempérants, comme il conviendrait que tout le monde le fût? Est-il possible de justifier cette exception autrement qu'en remarquant que c'est entre les membres de la famille seuls qu'on doit admettre un pareil jeu? »

Quand Justinien crut nécessaire de donner une nouvelle force à une législation vieillie et peut-être tombée en désuétude, il défendit tous les jeux, excepté le jeu du disque, le saut, la joute à armes courtoises, la lutte et les courses de chevaux. Il réglementa également les jeux qu'il tolérait. Avant lui, aucun maximum n'avait été fixé pour la somme exposée dans un jeu licite; l'empereur limita l'enjeu à un *solide*, lorsque les joueurs étaient riches; quant

(1) *Fragm. 4, pr., Dig., hoc tit.*

(2) *Observ. De aleat.*

(3) *Comm. De aleat.*

(4) Sur le titre *De aleat.*

(5) *Ant. Fabri, Rationalia de aleat.*

au pauvre, il ne pouvait exposer que des sommes fort minimes. Néanmoins, Justinien repoussait la restitution des sommes perdues à ces jeux, alors même qu'elles dépassaient les limites fixées par la loi : la sanction de la défense ne consistait que dans une amende.

C'est la constitution 3, au Code, qui contient ces dispositions (1). Justinien constate avec son emphase ordinaire que le jeu est fort ancien, qu'il a ravagé des milliers de nations étrangères, *multa millia extranearum nationum suscipiens*. Il dépeint ces victimes inexpérimentées, perdant toute leur fortune à des jeux auxquels elles s'adonnent nuit et jour. Il s'indigne en songeant aux blasphèmes que le jeu fait proférer. Enfin il s'attache, dans les lois 2 et 3, à proscrire avec soin le jeu des chevaux de bois, qui paraît lui inspirer une vive antipathie.

Quels pouvaient bien être ces chevaux de bois ? En présence de l'incertitude des interprètes les plus autorisés du droit romain, nous nous bornerons, sans émettre une opinion qui serait téméraire de notre part, à relater les différentes versions imaginées. Constatons tout d'abord que l'antiquité ne nous transmet aucun renseignement à cet égard. *Alexander ab Alexandro* (2) lui-même, qui s'est livré à des recherches minutieuses dans une notice spécialement consacrée aux jeux chez les Grecs et les Romains, ne paraît même pas soupçonner l'existence des chevaux de bois.

Un naïf annotateur de Pothier (3) se demande si ce

(1) *De aleatoribus et alearum lusu*.

(2) Voir sa notice (lib. 3, cap. 21).

(3) Nicolas Latruffe, éd. Pothier, au tit. *De aleat.*

ne serait pas le jeu de bague, qui fait les délices de l'enfance sur les places publiques et qui est l'accessoire obligé des manéges de chevaux de bois. Et il ajoute qu'il ne comprend pas l'acharnement de Justinien contre un jeu fort innocent en lui-même.

C'est, sans doute, à la proscription dont il a été l'objet qu'il faut attribuer l'ignorance où nous sommes de la véritable nature de ce jeu. La confiscation prononcée contre ceux dans les maisons desquels ces jeux étaient établis dut les faire disparaître peu à peu. Cela est si vrai, qu'au temps de Basalmon (1), on ne savait déjà plus à quoi s'en tenir. Ce dernier rapporte (2) une grave discussion qui s'éleva, à cet égard, devant Isaac Lange, empereur d'Occident. Les uns pensaient qu'il fallait entendre par *equi lignei* le jeu où les enfants se servent d'hommes en guise de chevaux (ce qui pourrait bien être notre cheval fondu); les autres y voyaient un jeu d'adresse analogue au jeu du tonneau. En supposant que l'une des trois interprétations rapportées dût être admise, il faut reconnaître que la part faite à la gymnastique et à l'adresse, dans ces divers exercices, n'était pas de nature à être prise en considération : *Ludi magis in alex speciem quam virtutis cadunt*. En conséquence, ces *ξυλικά ἵππικα*, durent être prohibés avec toute la rigueur nécessaire pour empêcher les citoyens de se livrer à leur amour du jeu en se rejetant sur un exercice qu'ils eussent fait rentrer arbitrairement dans la catégorie de ceux que la loi permettait.

(1) Au douzième siècle. D'abord patriarche d'Antioche, il devint plus tard patriarche de Constantinople.

(2) *Ad Canon.*, 2. *Synod.*, 6.

Malgré l'accumulation de ces dispositions rigoureuses, le nombre des joueurs croissait sans cesse ; la passion du jeu envahissait les cloîtres, où elle exerçait ses ravages.

Une constitution de Léon interdit aux clercs le jeu des dés, et une autre de Justinien leur défend de prendre une part quelconque, même aux jeux admis comme licites. « Des hommes appartenant » aux ordres sacrés, » écrit Léon à Stylianus (1), « commettent, en osant jouer, un crime qui appelle » les plus sévères châtimens. Hé quoi ! eux qui devraient avoir sans cesse l'âme sereine et l'esprit » attaché à la contemplation des choses divines » tant qu'il est possible à notre misérable nature, » ils manqueraient à leur mission pour courir à des » jeux passionnés !...

» Nous voulons que ceux qui souilleraient ainsi » leur saint caractère au jeu des dés soient relégués » dans un cloître, sans que pourtant leur relégation » puisse jamais durer plus de trois ans, et qu'avant » l'expiration de ce terme ils ne soient rendus à » leurs fonctions qu'autant que leur délit aura paru » suffisamment expié. Que si, postérieurement, ils » s'avisent de dépenser leur temps aux dés, ils seront entièrement privés de l'état ecclésiastique et » traités ni plus ni moins que comme des profaneurs, *tanquam piaculares* (2). » Cette destitution, prononcée par un empereur contre des prêtres, n'est qu'une application des canons des apôtres 41 et 42 :

(1) Const. 87, imp. Leonis.

(2) « Piaculum committit qui corpus sepulturæ traditum nudaverit, et s. solis radiis ostenderit » (Paul, lib. I, *Sentent.*, tit. 23).

« *Episcopus, aut presbyter, aut diaconus, qui vel ALEA, vel ebrietatibus indulget, vel desinito, vel deponitor. — Sub diaconus, aut cantor, aut lector, qui consimilia facit, vel desinito, vel a communione sejungitur; similiter et laici.* »

L'empereur Justinien renouvela ses prohibitions (1) dans des termes non moins énergiques :

« Nous avons appris, » dit-il, « qu'il se trouve des diacres, des prêtres et, nous en rougissons, même des évêques qui jouent aux dés, et n'ont pas honte de prendre part à des spectacles que nous avons interdits à plusieurs reprises. Il en est, à la vérité, qui ne se livrent pas personnellement au jeu, mais qui se mettent en communication avec les joueurs, s'assoient auprès d'eux pour être spectateurs de leurs faits déshonnêtes et s'intéressent avec une avidité odieuse aux choses les plus inconvenantes. Ils s'exposent à entendre les blasphèmes que le jeu fait nécessairement proférer. (*Sermones audiunt blasphemos, quos in talibus necesse est fieri.*) Ils souillent ainsi leurs mains, leurs yeux et leurs oreilles. Quelques-uns même se mêlent ouvertement aux courses de chevaux, font courir, ouvrent des paris, ou bien assistent à des représentations théâtrales, à des danses de baladins, à des combats de bêtes féroces, sans souci, pour eux-mêmes, de ce précepte qu'il faut renoncer au démon, à ses pompes et à ses œuvres, dont les spectacles font éminemment partie, et sans songer à se conformer les premiers aux conseils qu'ils donnent à leurs catéchumènes, quand ils les baptisent et les initient aux mystères adorables de

(1) Loi ult. au Code, *De episcopali audientia*, §§ 1 et 3.

la religion. (*Ipsi predicant ut abrenuncient adversarii cultui demonis et pompis suis.*) » De pareils scandales prouvent que l'autorité des apôtres et celle des empereurs avaient été impuissantes à prévenir et à réparer le désordre ; il est permis de douter que Justinien ait été plus heureux dans ses efforts pour la réformation des mœurs du clergé. L'époque des martyrs était déjà loin ; les persécutés d'autrefois étaient devenus les maîtres de l'Etat. La prospérité matérielle de l'Eglise avait fatalement amené, surtout en Orient, un relâchement de discipline inconnu dans les temps primitifs. Les vertus austères s'étaient mieux conservées en Occident, où l'Eglise luttait sans cesse contre les barbares. Ce nouvel apostolat forçait les clercs à joindre l'exemple au précepte et donnait à leur activité un aliment trop noble pour qu'ils pussent songer aux futilités condamnables auxquelles l'oisiveté entraînait trop souvent les prêtres de l'empire d'Orient.

## CHAPITRE II.

### DU PARI.

Le pari jouait un grand rôle dans la vieille procédure romaine. Il était, pour ainsi dire, la base de l'action *sacramenti*, la seule qui, dans l'origine, servit à faire décider un procès, qu'il s'agit de droits réels ou de droits personnels.

Dans cette action, les deux adversaires déposaient une certaine somme entre les mains des pontifes. Cette somme, dont la partie qui triomphait reprenait la moitié et dont l'autre partie perdait le reste, était acquise au culte et affectée aux sacrifices publics.

Chaque plaideur, confiant dans l'issue du débat, avait en quelque sorte parié sur le résultat du procès.

A côté du *sacramentum*, nous trouvons les *sponsiones* et les *restipulationes* que les deux adversaires font devant le prêteur et qui ne sont que des engagements réciproques ayant pour résultat d'assurer au gagnant la somme promise que doit celui qui perdra le procès.

Gaius (1) nous apprend que tandis que le *sacramentum* était toujours le même, le montant de la *sponsio* variait. Abandonné à la volonté des parties dans les questions réelles, il était ordinairement, dans les actions personnelles, de la moitié ou du tiers de la somme demandée. Cette espèce de gageure n'était du reste imposée aux plaideurs que dans les actions *creditæ pecuniæ*, *de pecuniâ constitutâ* et dans les interdits (2).

Applicable aux actions *in rem* aussi bien qu'aux actions *in personam*, la *sponsio* ne constituait pas, à proprement parler, un pari lorsque un droit réel était en litige.

Dans le pari, en effet, les deux parties contentantes doivent être exposées à une perte : or la personne qui prétend qu'un objet lui appartient et qui stipule de son contradicteur que celui-ci lui donnera mille sesterces, si le juge reconnaît que cet objet est bien à elle, ne se soumet à aucun risque. Dans ce cas la *sponsio* n'est pas sérieuse. Le demandeur qui triomphait n'exigeait point la somme pro-

(1) Gaius, Comm., IV, § 171.

(2) *Id.*, §§ 172 et suiv.

mise : « *Sponsio non penalis erat, sed præjudicialis* (1). »

Le procédé employé n'avait, en réalité, d'autre but que de faire statuer sur une question de propriété, au moyen du système formulaire. Le gagnant profitait de la décision pour obtenir ce qu'il réclamait. Le possesseur avait, en effet, dû promettre et garantir par des cautions que, s'il succombait, il restituerait la chose et les fruits, stipulation qui se nommait *pro præde litis et vendiciarum*.

Il est fort curieux de voir ainsi la loi emprunter ses formes d'action à un contrat qu'elle s'efforce de réprimer dans de certaines limites.

Les Grecs connaissaient aussi le pari judiciaire; mais, chez eux, il ne consistait pas dans une simple promesse, mais bien dans un dépôt effectif de gages. Démosthène, dans son oraison *πρὸς Πανταίνετον*, nous dit, en effet, que la gageure ne peut plus subsister parce que la partie adverse a retiré le gage; *ἀνεδιετο τὰς παρακαταβάδας*. Cette consignation était encore appelée *πρυτανεία*, parce que l'argent était déposé au Prytanée. Elle représentait ordinairement le dixième du montant du procès, s'il s'agissait d'une contestation entre particuliers, et le cinquième si la République était intéressée dans le débat.

Ce rapide aperçu de la procédure romaine nous amène à conclure que le pari était fortement enraciné dans les mœurs de Rome.

Nous en trouvons encore la preuve dans la narration que nous fait Pline sur le pari célèbre intervenu entre Antoine et Cléopâtre; le poète Virgile chante,

(1) Gaius, Comm., IV, § 94.

à son tour, le pari des bergers Damète et Ménélaque (1).

La question intéressante, la seule, en réalité, dont nous ayons à nous occuper, est celle de savoir si le pari était enveloppé dans les prohibitions sévères qui frappaient le jeu ? La question est controversée : avant de l'aborder, posons, en principe, un point qui est certain et sur lequel le doute ne saurait s'élever ; c'est celui-ci : le pari qui naît à l'occasion d'un jeu permis par le sénatus-consulte, a le même sort que le jeu qui l'engendre et, en conséquence, est valable ; au contraire, le pari qui surgit à l'occasion d'un jeu défendu est atteint par les mêmes prohibitions et est entaché de la même nullité que le jeu lui-même. Comment, en effet, le jeu réprouvé par la loi serait-il une cause de gain pour le parieur alors qu'il ne l'est pas pour le joueur ?

Le jurisconsulte Marcianus nous donne cette décision comme certaine dans un passage rapporté au Digeste (2) : « *In quibus rebus ex lege Titid (et Publicia) et Cornelia etiam sponsionem facere licet ; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.* »

Mais *quid* si le pari n'est pas né à propos d'un jeu et si, par conséquent, il n'en suit pas le sort ? C'est ici qu'apparaît la controverse.

Voët (3) pense que le pari, en dehors des jeux licites, était nul et que, même dans ces sortes de jeux, il n'était valable qu'autant qu'il s'enga-

(1) Eglogue 3.

(2) L. 3, *De aleat.*

(3) *De aleatoribus.*

geait entre les joueurs eux-mêmes; il soutient que la loi 3, citée plus haut, n'admet la validité du pari que quand il se rapporte à des jeux permis : « *Etsi enim circa ludos illos, in quibus de virtute certamen est, sponsionem facere liceat, in aliis tamen, ubi pro virtute non sit, non licet, sive de incerto alex eventu sponsio fiat, sive extra alex ludum de rebus futuris quibuscumque, quarum eventus est non ab industria arteque humana, sed casu pendens.* »

Nous croyons mieux fondée l'opinion opposée à celle de Voët. D'abord si, dans la loi 3, nous voyons que le pari intervenu à l'occasion d'un jeu prohibé n'était pas valable, n'avons-nous pas le droit de décider *a contrario* que, dans tout autre cas, le pari était permis? D'ailleurs, remarquons-le bien, le fragment 3 du Digeste doit être évidemment entendu *secundum subjectam materiam*; sa portée est toute relative. Le législateur s'occupait du jeu : il n'avait garde d'oublier que le jeu est une occasion fréquente de paris; c'est ainsi qu'il a été amené à valider le pari fait à l'occasion de certains jeux, sans se préoccuper en aucune façon de l'idée de statuer sur la validité du pari en général.

De plus, nous pouvons invoquer en notre faveur un fragment du Digeste (1).

Le jurisconsulte Ulpien suppose, dans cette loi, que deux anneaux (c'est, dans l'espèce, le montant d'un pari) ont été déposés en mains tierces, l'un par Primus, l'autre par Secundus, et que le dépositaire ne les remet pas au vainqueur. Il permet alors à celui-ci de se servir de la voie judiciaire pour se les

(1) Fragm. 17, § 5, *De præscr.*, V.

faire remettre. Si l'on donne au vainqueur une action pour exiger les deux anneaux et non pas le sien seulement, c'est que le pari est valable.

A notre avis, le pari était donc valable en principe. Pour le sanctionner et le rendre civilement obligatoire, — et notre décision s'appliquera tout aussi bien au jeu d'adresse qu'au pari, — on recourait aux formes de la *stipulation* ; ou bien encore on créait un contrat innomé en remettant préalablement l'enjeu à l'une des parties : ce contrat qui autorisait le dépositaire de l'enjeu à le garder s'il gagnait, l'obligeait, pour l'éventualité opposée, à restituer le double par le fait de l'action *præscriptis verbis*. Cette action appartenait également au gagnant dans le cas où l'enjeu, au lieu d'être remis à la partie adverse, avait été déposé en mains tierces.

DIXIÈME PARTIE

Du droit à la grosse aventure à Rome

Les risques de biens et de choses corporels n'ont  
rien de distinctes les risques ont de leur nature de  
bonne heure des marchandises dans le fait de  
même les risques de la charge dans le fait de  
propre aussi ancien que le commerce maritime est  
ceint que nous donnons par à la grosse avon-

On peut le définir ; et ainsi par lequel une par-  
toute partie une somme d'argent qui doit être versé  
portée au delà des ports ou aux endroits doivent être  
risques des marchandises qui seront également  
transportés au delà des ports (1). Mais il est ex-  
cessif de transporter seulement aux risques de  
partout, en ce cas que les ports de destination  
se trouvent à se faire dans un port, le port  
autres risques selon ce renferment (2) l'usage

(1) Robert, l. 1. §. 1. de la grosse aventure.  
(2) Robert, l. 1. §. 1. de la grosse aventure et de la grosse aventure.  
L. 1. §. 1. de la grosse aventure.

## DEUXIÈME PARTIE

### Du prêt à la grosse aventure à Rome.

---

Les risques si divers et si graves auxquels le commerce maritime est exposé ont donné naissance de bonne heure à des conventions faites dans le but de mettre ces risques à la charge d'un tiers. Un contrat presque aussi ancien que le commerce maritime est celui que nous nommons prêt à la grosse aventure.

On peut le définir : un contrat par lequel une personne prête une somme d'argent qui doit être transportée au delà des mers ou avec laquelle doivent être achetées des marchandises qui seront également transportées au delà des mers (1). Mais il est convenu que le transport s'effectuera aux risques du prêteur, en ce sens que les écus ou les marchandises venant à se perdre dans un naufrage, le prêteur n'aura aucune action en remboursement (2). Comme

(1) Modestin, L. 1, Dig., *De nautico fœnorè.*

(2) Modestin, même loi 1, et L. 3, Dig.; Dioclétien et Maximien, L. 4, C., *De naut. fœn.*

compensation de ces risques, le taux des intérêts auxquels le prêteur peut avoir droit, au cas d'heureuse traversée, est de beaucoup plus élevé que le taux légal et se trouve réglé au gré de la convention. Ce contrat avait échappé aux préventions qui existaient contre le prêt à intérêt proprement dit; en effet, le taux élevé des *usuræ* était le prix du risque que le prêteur consentait à courir.

A la différence du jeu, cet autre contrat aléatoire où les parties peuvent être considérées comme des ennemis en présence, s'efforçant de s'enrichir l'un aux dépens de l'autre, le prêteur, dans le prêt à grosse aventure, rend un service à l'emprunteur. L'intérêt commun est que l'opération réussisse; les deux parties s'efforcent d'atteindre un but favorable au développement de leur fortune privée, tout en contribuant, par leur activité commerciale, à la prospérité et à l'accroissement de la fortune publique.

L'utilité incontestable du prêt à la grosse le rendit d'un usage très-fréquent dans l'antiquité, où la navigation était entourée de grands périls. L'appât d'un bénéfice considérable pouvait seul, on le conçoit, engager le prêteur à affronter les chances de perte de son capital. Sans cette compensation lucrative, le commerce aurait languì et les voyages de long cours seraient devenus extrêmement rares.

C'est ce que comprirent parfaitement les Grecs qui, bien avant les Romains, connaissaient le prêt à la grosse aventure et le pratiquaient.

Et à ce sujet, il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil sur le mécanisme de ce contrat à Athènes.

Parmi les plaidoyers attribués à Démosthène et compris dans le recueil de ses œuvres, il s'en trouve

quatre qui ont été uniquement composés pour des affaires de prêts maritimes ou contrats à la grosse. Ils nous fournissent sur cette partie du droit athénien des renseignements d'autant plus précieux qu'ils sont uniques (1).

On nous saura gré de passer sous silence une controverse assez vive qui s'est élevée entre les divers commentateurs de ces textes, à propos de leur authenticité. Il n'entre ni dans notre sujet, ni dans nos prétentions de la reproduire; d'ailleurs, cette controverse est plus intéressante pour l'histoire de la littérature que pour celle du droit (2).

Quoi qu'il en soit, nous pouvons en toute confiance accepter les données que nous fournissent les quatre discours dont il s'agit; s'ils n'émanent pas de Démosthène lui-même, ils sont l'œuvre, dans tous les cas, d'un de ses contemporains qui était assurément bien instruit des habitudes du commerce maritime en Grèce. On ne saurait douter qu'ils n'aient été réellement prononcés devant un tribunal.

Cela dit sur l'autorité et la valeur des textes, nous allons exposer brièvement la théorie du prêt à la grosse, tel que le pratiquaient les Athéniens.

Le prêt à la grosse aventure nous apparaît, tout d'abord, avec les mêmes caractères que nous présentera plus tard le *nauticum fœnus* à Rome, et que

(1) Ce sont les plaidoyers contre Zénothémis, Phormion, Lacrite et Dionysodore. Une excellente traduction en français en a été donnée par M. R. Dareste, dans une monographie parue en 1867.

(2) Cette controverse est insérée tout au long dans les ouvrages remarquables de MM. Pardessus, *Collect. des lois maritimes*, t. I, chap. II; Bœckh, *Staatshaushaltung der Athener*, 2<sup>e</sup> édit., 1851; Schœfer, *Demosthenes und seine Zeit*, t. III. Leipzig, 1858, etc.

nous retrouvons encore aujourd'hui dans notre prêt commercial. C'est toujours un contrat en vertu duquel on prête une certaine somme d'argent, avec stipulation que le paiement sera subordonné à la condition de l'arrivée d'un navire à bon port. L'emprunteur est déchargé de l'obligation de rendre la somme principale et les intérêts, si le navire vient à périr par fortune de mer pendant le voyage. Comme prix du risque, le prêteur stipule un profit maritime réglé au gré de la convention, et, dans tous les cas, bien supérieur à l'intérêt ordinaire.

Le prêteur s'entoure de garanties : il demande des cautions, des gages et surtout des gages qui assurent, autant que possible, non-seulement le paiement au cas où la condition se réalisera, mais encore la bonne foi de l'emprunteur jusqu'au moment de cette réalisation. De là, l'affectation du prêt avec privilège sur le corps et la quille du navire ou sur le chargement. Toutefois, à la différence de nos lois actuelles, qui considèrent un prêt fait sans affectation comme simple pari et le prohibent comme tel, l'affectation était, à Athènes, purement facultative. C'est ce que nous apprend le plaidoyer contre Phormion.

Le fret (1), les agrès (2) et apparaux, l'armement et les victuailles peuvent faire l'objet du gage.

Le prêt à la grosse pouvait donc être affecté sur toutes sortes d'objets soumis au risque du voyage. Pouvait-il l'être même sur des objets non soumis au risque du voyage, et, par exemple, sur des immeubles ? Il est permis d'en douter, en l'absence de tout

(1) *Contrà* dans notre droit français.

(2) Conf. art. 315, Code comm.

texte qui autorise une pratique aussi contraire à la nature du contrat et aux habitudes du commerce.

Quel que fût l'objet de l'affectation, l'emprunteur déclarait dans le contrat que le gage était libre et s'engageait à ne pas l'affecter à un emprunt ultérieur. Mais ces déclarations et ces promesses ne suffisaient pas, paraît-il, pour prévenir la fraude; et l'auteur du plaidoyer contre Lacrite nous parle d'un Athénien condamné à mort pour ce fait. On avait jugé, sans doute, qu'un exemple était nécessaire.

Que décider en cas de concours entre plusieurs prêteurs? la loi romaine, nous le verrons, préfère le dernier prêteur aux précédents, comme ayant pourvu à la conservation du gage. La loi athénienne est muette sur ce point; mais on peut penser que la pratique avait assuré ce résultat, si conforme à l'équité et à l'intérêt des parties. Dans le plaidoyer contre Lacrite, il est question d'une stipulation par laquelle, un second emprunt à la grosse étant contracté, le nouveau prêteur ne remet les fonds qu'après s'être fait consentir une antériorité par le prêteur précédent.

Il n'existait pas de dispositions légales réglant les obligations réciproques du prêteur et de l'emprunteur, telles que le lieu et le temps des risques: la convention des parties était la loi du contrat.

Celui qui avait emprunté à la grosse sur des marchandises devait prouver que les effets chargés sur le navire désigné au contrat représentaient une valeur, sinon supérieure, du moins égale à la somme empruntée. A défaut de cette preuve, il n'était pas libéré par la perte du navire et du chargement. C'est

encore ce que nous apprend le plaidoyer contre Laccrite.

En cas de naufrage, le droit du prêteur à la grosse subsistait sur les effets sauvés ; s'il n'y avait point eu d'affectation, ce droit s'exerçait dans la proportion de ces effets au chargement total.

Quant à la forme du contrat, il était habituellement rédigé par écrit, parfois en double, en présence de témoins. Lorsqu'il n'avait été dressé qu'un seul exemplaire, il était signé et scellé par les parties et les témoins, puis déposé chez un tiers, ordinairement un banquier.

Les quatre plaidoyers de Démosthène nous fournissent également, à divers titres, des renseignements précieux sur la procédure.

Avant d'intenter l'action, les parties pouvaient, dans le but de terminer leur différend, s'adresser à un arbitre, le plus souvent sujet d'Athènes, quelquefois même un étranger ; mais, dans tous les cas, ayant un domicile et jouissant des droits civils.

On pouvait déférer la sentence arbitrale aux tribunaux sous forme d'appel ; c'est ce que nous font connaître les plaidoyers contre Dionysodore et Phormion. Mais quelle était l'action en pareil cas ?

La rubrique du plaidoyer contre Dionysodore nous apprend qu'il s'agit dans cette affaire d'une action en dommage (*δίκη βλαβῆς*) ; les trois autres plaidoyers ne nomment pas l'action intentée et se contentent d'indiquer qu'elle appartient à la classe des actions commerciales (*δίκαι ἐμπορικαί*).

L'affaire était déférée à une sorte de jury, composé de six magistrats appelés tesmothètes, et dont les noms étaient annuellement tirés au sort sur la liste

des six mille héliastes. Il convient de remarquer que cette organisation judiciaire n'était pas spéciale aux affaires commerciales et que les actions civiles lui étaient également soumises. Mais les affaires commerciales avaient ceci de particulier, qu'elles se jugeaient pendant l'hiver, c'est-à-dire dans la saison où on ne pouvait tenir la mer et où, par conséquent, il était plus facile de trouver juges et témoins. La procédure d'instruction, comme celle d'exécution, était plus rapide en matière commerciale ; la partie condamnée devait sur-le-champ donner caution, sous peine d'être retenue en prison jusqu'à complet paiement.

Dans toutes les demandes tendant au paiement d'une somme d'argent (*δίκαι χρηματικά*), le demandeur qui succombait était condamné à la peine de l'épobélie, c'est-à-dire au sixième environ de la somme demandée au profit du défendeur (1).

Le défendeur pouvait se borner à combattre les moyens du demandeur, purement et simplement, c'est ce qu'on appelait *εὐθουδικία*. Mais il pouvait aussi contester la recevabilité de l'action ou former une demande reconventionnelle (*παραγραφή*).

Il paraît que ce dernier moyen de défense était le plus fréquemment employé. En effet, sur les quatre discours auxquels nous empruntons ces diverses notions, trois (ceux contre Zénothémis, Phormion et Laccrite) sont des *λόγοι παραγραφικοί*.

Le plaidoyer contre Zénothémis nous fait, en outre, connaître une procédure particulière, l'*ἐξαγωγή*.

Il s'agit de savoir quel est le véritable propriétaire

(1) V. plaidoyer contre Dionysodore.

d'un chargement. L'action est au fonds, une revendication d'objets mobiliers. Les parties, pour l'engager, simulent une lutte. L'une d'elles est en possession, l'autre vient pour la dessaisir. Un créancier du possesseur intervient et fait cesser le trouble en *éconduisant* l'auteur de la voie de fait. Ce dernier intente alors l'action contre ses deux adversaires, probablement sous la forme d'une action personnelle en dommages-intérêts (*δίκη βλαβής*).

Ce que nous savons de cette procédure présente ceci de remarquable, c'est que nous y trouvons le germe et même la théorie tout entière de la *deductio quæ moribus fit* qui, dans l'ancien droit romain, servait à engager la revendication *pro sponsionem* au moyen d'une lutte fictive sur le terrain litigieux. Dans cette lutte, les rôles de vainqueur et de vaincu étaient convenus et arrêtés d'avance, et le vainqueur fournissait le *vadimonium*, c'est-à-dire qu'il s'engageait à comparaître à jour fixe.

Après ces données succinctes sur le prêt à la grosse, chez les Athéniens, nous allons étudier le *nauticum fœnus* chez les Romains.

Le *nauticum fœnus* ou prêt à la grosse aventure fait l'objet du livre XXII, au Digeste, et du livre IV, t. XXXIII, au Code.

Le grand nombre de questions que soulève l'interprétation de ces textes prouvent combien ce contrat était fréquent chez les Romains.

C'est qu'en effet, dans une société peu avancée sous le rapport de l'industrie et des entreprises commerciales, comme l'était la société romaine, le prêt à la grosse offrait seul, aux capitalistes assez hardis pour s'exposer à quelques chances de perte, le moyen

de faire rapporter à leur argent un intérêt très-considérable. Aussi était-il pratiqué non-seulement par ceux dont le métier consistait à faire le commerce de l'argent, les banquiers, usuriers et prêteurs sur gages, *argentarii*, *trapezitæ*, *mensarii*, mais encore par les plus illustres représentants du patriciat. Plutarque nous raconte que Caton, l'austère Caton, s'y livrait avec ardeur et avançait des sommes à un taux souvent excessif (1).

Cette propension des capitaux vers la spéculation prit des proportions exagérées qui eurent pour résultat de faire négliger l'agriculture, jusqu'alors si chère aux Romains. Aussi est-ce peut-être dans cet excès du mal qu'il faut chercher le motif qui amena Justinien à apporter une limite au taux de l'intérêt. Cette mesure, si contraire aux principes qui régissent les contrats aléatoires, s'expliquerait alors par des considérations d'économie politique bien dignes de fixer l'attention du législateur.

La première question que nous ayons à résoudre est celle de savoir à quels caractères nous distinguerons le *nauticum fœnus* de certaines conventions dont parlent nos textes, conventions qui présentent une telle analogie avec ce contrat que quelques com-

(1) Plutarque, *Marcus Cato*, 45, trad. d'Amyot : « Mais à la fin, il devint un peu trop âpre et trop ardent à acquérir, et abandonna le labourage, disant que l'agriculture étoit de plus grande délectation que de grand profit.... Davantage, il presta son argent à usure maritime.... et le faisoit en cette sorte : il vouloit que ceux à qui il prestoit son argent pour trafiquer sur mer associassent plusieurs autres marchands avec eux, jusqu'au nombre de cinquante, et qu'ils eussent autant de navires, et lors il entroit dans la société pour une partie seulement, laquelle il faisoit manier par un de ses serfs affranchis qui s'appeloit Quintion, etc. »

mentateurs leur ont appliqué la dénomination de *quasi nauticum fœnus*.

Nous avons donné plus haut la définition du *nauticum fœnus*. Les Romains, prenant l'objet du contrat pour le contrat lui-même, l'appelaient également *trajectitia pecunia* (1). « *Trajectitia pecunia ea est, quæ trans mare vehitur,* » ou, plus simplement encore, *pecunia nautica* ou *maritima*.

En prenant cette expression dans le sens que lui attribue le texte, nous voyons que le prêt est trajectice, non-seulement lorsqu'une somme d'argent est confiée à un navigateur qui se propose de l'emporter avec lui pour l'utiliser au delà des mers, comme dans l'hypothèse précédente, mais encore lorsque des marchandises ont été acquises en échange de ces deniers, du consentement de celui qui les a fournis.

Ces marchandises voyagent alors aux risques du prêteur : leur perte libère l'emprunteur, leur conservation ou leur salut l'oblige à fournir le profit accoutumé : « *Sed videndum an merces comparatæ in eâ causâ habeantur, et interest utrum etiam ipsæ periculo creditoris navigent; tunc enim trajectitia pecunia fit* (2). »

A quel contrat peut se rapporter le *fœnus nauticum*?

Cujas inclinerait volontiers à le considérer comme un contrat de louage, s'il n'était de l'essence de ce contrat d'avoir pour objet une chose que le locataire n'a pas le droit de consommer. Il répugne également à ce jurisconsulte de le considérer, dans son

(1) Fragm. 1, pr., *De naut. fœn.*, Dig.

(2) Fragm. 1, *eod. tit.*, Dig.

ensemble, comme un *mutuum*, parce que, dit-il, le *mutuum* est un contrat à titre gratuit. Aussi l'envisage-t-il comme une opération complexe. Il la dédouble et voit le *mutuum* dans le fait de prêter un certain capital destiné à être emporté en voyage, *trajectitia pecunia*; quant aux intérêts dus en dehors de ce capital, soit par stipulation, soit en vertu d'un simple pacte, il les regarde comme incompatibles avec l'idée d'un *mutuum*.

Nous pensons que le *fœnus nauticum* n'est autre chose qu'un *mutuum*; les intérêts qu'une stipulation rattacherait à ce contrat ne l'altère pas assurément dans son essence. Il y a mieux; l'argent prêté par une ville produit intérêt en vertu d'un simple pacte (1), il en est de même au profit de toutes personnes, pour un prêt de denrées (2).

M. de Savigny (3) ne partage pas cette opinion et voit dans le *nauticum fœnus* un contrat innomé *do ut des* pouvant produire une action *prescriptis verbis*. Cette idée émise incidemment et sans aucune espèce de développement ne nous paraît pas admissible, en présence des expressions dont se sert le jurisconsulte Paul, dans la loi 6, Dig., *De naut. fœn.*: « *Fœenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando.* »

Toutefois l'assimilation que nous établissons entre le prêt à la grosse et le *mutuum* ou prêt ordinaire, comporte certaines réserves; ainsi le taux de l'intérêt n'est pas celui de l'intérêt légal. De plus, dans le

(1) L. 30, Dig., *De usuris*.

(2) L. 12, C., *De usuris*.

(3) *Système*, t. VI, § 268, note m.

premier de ces contrats, les risques sont pour le prêteur, tandis que dans le second ils sont à la charge de l'emprunteur.

Ajoutons que le prêt maritime n'acquiert son caractère particulier qu'au moment où le risque commence, au lieu que le prêt ordinaire existe par la remise seule de la somme prêtée. Tant que les deniers délivrés par le prêteur n'ont pas été employés suivant la destination du contrat, l'argent n'est pas trajectice.

Il nous reste à signaler comme dernière différence entre le *mutuum* et le *fœnus nauticum*, que l'intérêt nautique est dû en vertu d'un simple pacte; tandis qu'en général, et sauf les cas exceptionnels auxquels nous avons fait allusion plus haut, le prêt ordinaire n'en produit que par stipulation : « *In quibusdam contractibus*, dit Paul, *etiam usuræ debentur quemadmodum per stipulationem; nam, si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere* (1). » La manière dont s'exprime Paul semble bien indiquer que le *nauticum fœnus* n'est pas le seul dans lequel les intérêts peuvent être dus *ex pacto* : on décidait sans doute de même toutes les fois qu'il s'agissait d'un contrat aléatoire.

Scévola nous dit également ailleurs : « *In his omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest* (2). »

Le prêt maritime n'existait, nous l'avons déjà dit, qu'à partir du moment où le risque devait commen-

(1) L. 7, Dig., De naut. fœn.

(2) Fragm. 5, § 1, Dig., eod. tit.

cer; le fragment 3 de notre titre est ainsi conçu : « *In nauticâ pecuniâ ex eâ die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat.* » Pas de risques, pas de prêt à la grosse : « *Cæterum si eodem loco consumatur, non erit trajectitia* (1). »

Le fragment 4 nous dit que si l'argent trajectice n'a jamais couru de risques, ou n'en a couru que jusqu'à un certain terme, ce sera seulement l'intérêt ordinaire qui sera dû pour tout le temps, dans le premier cas, et à partir du terme, dans le second. C'est ce qui ressort clairement aussi de la décision rapportée par la constitution 2 au Code *De nautico fœnore*. Vous avez prêté votre argent à la condition qu'on vous le rendra à Rome et vous avez déclaré ne pas vouloir courir les risques de la traversée; vous ne pouvez pas exiger un intérêt plus considérable que l'intérêt légitime : « *Non est dubium pecuniæ creditæ ultra modum licitum te usuras exigere posse.* »

En effet, il ne faut pas oublier que l'élévation du taux de l'intérêt se justifie par les risques que court le capital. On peut bien appeler trajectice, comme dans la constitution ci-dessus, l'argent fourni pour une expédition maritime, sous la condition qu'il ne sera pas aux risques du prêteur, mais on n'appliquera pas à un pareil contrat les règles particulières au *fœnus nauticum*.

Toutefois une difficulté se présente ici : il est parfaitement conforme aux principes que l'intérêt nautique ne puisse être exigé si l'argent n'a jamais couru des risques, car alors la condition même du contrat ne s'est pas accomplie. Le *fœnus nauticum*

(1) Fragm. 1, Dig., *eod. tit.*

s'évanouit : il ne reste plus qu'un *mutuum* pur et simple, en vertu duquel aucun intérêt ne peut être dû. Comment donc expliquer la réduction au taux légitime dont parle le fragment 4?

Sans aucun doute, l'*alea* venant à manquer, il n'y a plus qu'un *mutuum* auquel un pacte serait impuisant à faire produire des intérêts; aussi faut-il admettre que le jurisconsulte suppose une stipulation intervenue, comme cela arrivait très-souvent à l'occasion d'un prêt maritime. Ce point une fois acquis, nous avons en face de nous un *mutuum* à la suite duquel des intérêts excessifs ont été stipulés. Le cas est prévu au Digeste, dans le fragm. 29, *De usuris* : « Placuit, sive *supra statutum modum* quis *usuras stipulatus fuerit, sive usurarum usuras, quod illicitè adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse.* »

Le fragment 5 de notre titre rapproche du *nauticum fœnus* certains contrats qui ont, en effet, quelque analogie avec lui et qui, d'un autre côté, présentent de nombreux points de ressemblance avec le pari. Il nous suffira, pour en donner une idée, de citer le cas où je porte une somme à un pêcheur *in apparatus*, et il est convenu qu'il me la rendra *si cepisset*, s'il prend du poisson; ou bien, c'est à un athlète que je prête une somme *undè se exhiberet exerceretque* et il est convenu qu'il me la rendra seulement, *si vicisset*, s'il gagne le prix. Dans ces divers cas, il n'y a pas d'*alea* condamnable; nous ne sommes pas en présence d'une de ces conventions illicites qui, lorsqu'elles ont été exécutées, peuvent être mises à néant par la répétition des sommes perdues. Pour qu'il y ait lieu à la *condictio*, il faut que le vainqueur

doive l'argent qu'il a reçu à une cause injuste et odieuse.

Le fragment 122, au titre *De verborum obligationibus*, nous présente un exposé des faits qui constituent le *nauticum fœnus* et nous fournit en même temps la solution de diverses difficultés que son interprétation soulève.

Voici l'espèce : « Callimachus a reçu de l'argent » en prêt à la grosse de Stichus, esclave de Séius, » pour un voyage de Bérythe, en Syrie, à Brindes. » Le délai de la navigation a été fixé à deux cents » jours, et l'emprunteur a engagé et hypothéqué à la » garantie du prêt les marchandises achetées à Bé- » rythe pour être transportées à Brindes, et celles » achetées à Brindes pour être rapportées à Bérythe.

» De plus, il a été convenu entre les parties que, » lorsque Callimachus serait parvenu à Brindes, il » achèterait d'autres marchandises, en chargerait le » navire et s'embarquerait lui-même pour la Syrie, » le tout avant les ides de septembre prochain ; que » si, dans le délai fixé, la marchandise n'était pas » prête et qu'il ne fût pas revenu de Brindes, il ren- » drait tout de suite la somme prêtée, comme si le » voyage était terminé et paierait aux personnes » chargées de recevoir cette somme le montant des » frais nécessaires pour la faire parvenir à Rome. » Callimachus a promis de remplir tous ces engage- » ments, sur l'interrogatoire de Stichus, esclave de » Séius. »

Qu'arrive-t-il : « Avant les ides de septembre, » ainsi que le portait la convention, Callimachus » avait chargé les marchandises sur le navire et » s'était mis en route avec Héros, compagnon d'es-

» clavage de Stichus, comme pour revenir dans la  
» province de Syrie. Callimachus ayant chargé et  
» expédié les marchandises suivant son engagement,  
» et le navire ayant été submergé au temps où déjà  
» il aurait dû rendre à Brindes l'argent pour le faire  
» parvenir à Rome, on se demande (*quæsitum est*) si  
» Callimachus ne pourra pas invoquer la présence et  
» le consentement d'Héros, qui avait bien reçu mis-  
» sion de l'accompagner, mais auquel aucun autre  
» mandat n'avait été donné depuis la convention,  
» relativement à la somme prêtée, que de la rece-  
» voir et de la transporter à Rome. Callimachus est-il  
» tenu par l'action *ex stipulatu* de l'argent prêté  
» envers le maître de Stichus? » Le jurisconsulte Scævola répond que, « d'après les faits qui viennent  
» d'être exposés, il est tenu. »

Ce texte a donné lieu à un grand nombre de discussions.

Certains commentateurs, tels que Doneau et Pothier, soutiennent qu'il est impossible de le prendre tel qu'il est, et qu'il faut lui faire subir une correction. Voici, en deux mots, leur raisonnement :

Callimachus a rempli tous ses engagements : « *Et cum ante idus supra scripta secundum conventionem mercibus in navem impositis, ...quasi in provinciam Suriam perventurus enavigabit;* » le naufrage venant à détruire son navire, il doit être libéré de toute obligation envers le maître de Stichus. Or, c'est la décision contraire que donne Scævola. En conséquence, ils proposent de lire : *Et cum non ante idus*, etc. Avec ce changement toute difficulté disparaît. Callimachus n'est pas parti de Brindes avant les ides de septembre : cette infraction au contrat a rendu exi-

gible la somme prêtée. C'est donc en violation de ces engagements que Callimachus a repris la mer sans avoir effectué ce remboursement.

On est bien tenté d'admettre une correction si plausible, malgré tout ce qu'elle a d'arbitraire.

D'autres jurisconsultes ont pensé qu'au lieu de : *merces perferendas, in navem misisset*, il fallait lire : *merces perferendas, in navem mansisset eo tempore*, etc. Encore une explication fort ingénieuse, mais qui, comme la précédente, a le tort de remanier le texte.

Il semble d'ailleurs possible à Cujas d'expliquer ce fragment tel qu'il est, en entendant bien ces mots : « *Enavigavit quasi in provinciam Suriam perventurus.* » Ne pourrait-on pas dire que Callimachus, après avoir chargé ses marchandises et être parti de Brindes dans les délais convenus, a fait fausse route, a commis un acte de baraterie en paraissant se diriger vers la Syrie, tandis qu'il a pris en réalité une autre direction ? Son voyage a été prolongé ; les dangers ont augmenté en raison de la durée de la navigation. Quoi de plus rationnel, de plus juste, que les risques soient restés à sa charge ?

Enfin, on peut donner de ce texte une interprétation qui a le mérite de laisser subsister la version du Digeste. Précisons bien l'espèce : Callimachus a reçu de l'argent en prêt à la grosse, pour le voyage de Bérythe à Brindes, *civitate Beruto usque Brentensium*. Ce prêt lui a été fait à un terme de deux cents jours, en tout, *in omnes navigii dies ducentes*. Les marchandises que Callimachus emporte à Brindes et celles qu'il doit en rapporter en échange sont également affectées à la garantie de la somme prêtée. Il

a été de plus convenu que Callimachus repartirait pour Brindes avant les ides de septembre, sinon le remboursement du prêt devra être immédiatement opéré. La convention est observée en ce sens que Callimachus reprend la mer avant les ides de septembre. Mais au lieu de retourner directement en Syrie, il fait un détour, *enavigavit QUASI in provinciam Suriam perventurus*, et il est surpris en route par l'expiration du délai de deux cents jours pour lequel le prêt a été fait. Dès lors, le temps fixé pour les risques étant écoulé, ces risques sont à la charge de l'emprunteur (1). Si donc le navire vient à être submergé, la somme prêtée n'en devra pas moins être remboursée par lui. A la vérité, Héros, l'esclave du prêteur, a consenti à suivre Callimachus après le délai fixé pour la convention, au lieu de se faire conduire à Brindes pour y toucher le montant du prêt, exigible à l'expiration du terme de deux cents jours et de le transporter de là à Rome. Le navire a coulé *eo tempore quo jam Brentesio pecuniam reddere Romæ perferendam deberet*. On se demande si la présence d'Héros a pu emporter prorogation du prêt à la grosse. Il est clair que, dans ce cas, les risques maritimes auraient continué d'être à la charge du prêteur et que la perte ultérieure du navire aurait libéré Callimachus. Mais il n'en est rien. Héros n'avait d'autre mission que de recevoir l'argent à l'époque fixée pour le remboursement et de le rapporter à Rome. En conséquence, son consentement ne peut pas profiter à Callimachus, qui sera tenu de l'action *ex stipulatu*.

(1) C'est ce qui résulte également du fragm. *De nautico fœnore*, au Code.

Le change maritime n'est pas à proprement parler un intérêt. C'est ce que fait très-bien ressortir le jurisconsulte Scævola (1) qui l'appelle *periculi pretium*. C'est, en quelque sorte, une somme composée de deux éléments bien distincts : d'une part, la compensation de la jouissance du capital prêté; d'autre part, le prix du risque que court ce capital.

Le fragment 5 de notre titre a également donné lieu à diverses interprétations, dont il est bon de dire un mot. Voici en quels termes il est conçu : « *Periculi pretium est, et si conditione quamvis pœnali non existente, recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid, præter pecuniam, si modo in aleæ speciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si non convaluero, et cætera.* »

Doneau s'applique à traduire le texte et en donne l'explication suivante :

Dans le cas où je vous ai prêté pour que vous fassiez un affranchissement, par exemple, à la condition que vous ne me rendrez rien si vous faites ce que vous m'avez promis, et que, dans le cas contraire, vous me rendrez la somme avec des intérêts ou une autre somme en sus, Scævola pense que, soit que la clause pénale ait été exprimée, soit qu'elle ait été sous-entendue, je pourrai recevoir, non-seulement le capital, mais aussi ce qui a été promis en outre du capital, en vertu d'un simple pacte ; mais Scævola excepte les cas où l'opération deviendrait une sorte de jeu ; puis il cite, à titre d'exemples, des espèces dans lesquelles l'affaire est étrangère à toute

(1) Fragm. 5, *De nautico fœnore*, au Dig.

idée de jeu, bien que la condition à laquelle elle est soumise dépende du hasard ou d'un fait facultatif pour l'une des parties, comme : *Si piscem ceperis, si manumittas*, etc.

Cette explication est loin d'être satisfaisante; car, si, en réalité, elle montre un *pretium*, elle ne nous fait point apparaître un *periculum* auquel il s'applique.

Aussi nous aimons mieux dire avec Cujas, que dans la phrase *etsi conditione quamvis penali non existente*, la négation a été transposée. Si elle portait, en effet, sur le mot *existente*, il en résulterait que le prêteur pourrait exiger le prix du risque, même dans le cas où la condition à laquelle le paiement était subordonné ne serait pas accomplie : or, une pareille solution est inadmissible. Il propose donc de lire : *etsi conditione quamvis non penali existente*, c'est-à-dire : quoique ce que je reçois en outre du capital ne soit pas une peine, quoique je ne le reçoive pas, pour le retard, néanmoins je le reçois à bon droit, comme prix du danger couru. En un mot, il y a prix du péril, si une condition qui n'affecterait même aucun caractère pénal venant à se réaliser, je dois recevoir quelque chose de plus que mes déboursés.

Scævola ajoute : « *Si modo in aleæ speciem non cadat (contractus)*, » « pourvu que le contrat ne dégénère pas en une sorte de gageure. » Cette conclusion est erronée; car, en droit romain, la gageure était en principe valable. Il y a d'autant plus lieu de s'étonner de la restriction que Scævola apporterait à cette règle, que nous nous trouvons précisément en présence d'un contrat essentiellement aléatoire. Aussi

Cujas propose-t-il de lire *aliam speciem* au lieu de *alex speciem*, et *condictiones* au lieu de *conditiones*.

Ce fragment ainsi rétabli, voici quel en serait le sens : Il y a lieu de donner un prix pour le danger couru... pourvu que le contrat ne dégénère pas en une de ces opérations qui donnent ordinairement naissance à des *conditiones ab rem dati*, par exemple, lorsque je vous donne une somme sous cette condition : *si manumittas*, etc.

En effet, dans les trois hypothèses prévues par notre texte : *si manumittas*, *si non illud facias*, *si non convaluero*, il n'y a pas eu de risques courus par celui qui a donné son argent ; il l'y a eu simplement don conditionnel : *do ut facias*. Il pourra donc répéter, par la *condictio ob rem dati*, la somme qu'il a déboursée, mais il ne pourra rien réclamer en outre, la *condictio* qui résulte de l'inexécution de l'engagement ne devant avoir pour objet que ce qui rigoureusement a été fourni.

Mais remarquons qu'il n'en sera plus de même dans les espèces suivantes : « *Si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim, ut si cepisset redderet : et athletæ, unde re exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet.* »

Dans ces divers cas, en effet, si j'avance de l'argent à un pêcheur ou à un athlète, dans les conditions ci-dessus, je m'expose à la mauvaise chance d'une pêche nulle ou d'une défaite de mon débiteur ; il est donc juste qu'en échange du risque auquel je suis exposé de perdre mon argent, je puisse, après le succès, demander plus que je n'ai prêté. Quelle est la conclusion à tirer de ce fragment que les altérations ont rendu si obscur ! C'est que dans le *nauti-*

*cum fœnus*, comme dans tout contrat aléatoire, les intérêts représentent le prix du péril : *periculi pretium*.

Nous avons vu en quoi consistaient les risques ; il est temps de nous occuper du prix de ces risques.

Déjà on a vu qu'il pouvait et devait s'élever en raison de la gravité du péril. Ce principe, qui est élémentaire dans tous les contrats aléatoires, régna sans contestation dans l'ancien droit. Nous le trouvons reproduit dans les Sentences de Paul (1) : « *Trajectitia pecunia infinitas usuras recipere potest.* » Mais Justinien, par sa constitution *De usuris*, 26, au Code, réduisit le taux des intérêts dans le *nauticum fœnus* à la *centesima*, c'est-à-dire au taux ancien de l'intérêt légal. C'était là, assurément, une restriction incompatible avec la nature même du *nauticum fœnus* en particulier et des contrats aléatoires en général.

Mais qu'est-ce que la *centesima* ? En d'autres termes, quel était le taux légal de l'intérêt à Rome ?

C'est un point très-controversé.

Une opinion fort accréditée parmi les anciens auteurs, et presque abandonnée de nos jours, veut que ce soit l'intérêt de cent pour cent. Dans ce système, l'as représenterait le capital prêté ; or, l'as valait douze onces. Le créancier venant, à l'échéance de chaque mois, exiger une once d'intérêt, au bout de douze mois les intérêts égalaient le capital. Cette opinion se réfute d'elle-même : l'exagération d'un pareil intérêt est trop évidente pour avoir jamais été consacrée par aucune législation.

Au seizième siècle, dit M. Giraud (2), l'opinion

(1) Liv. II, tit. 14.

(2) *Traité des nexi*, page 12.

générale des jurisconsultes tels que Cujas et des archéologues tels que Paul Manuce, était que l'*unciarium fœnus* équivalait à 12 p. 100 par an. C'est également l'opinion de Sigonius. Le reproche le plus grave qu'on puisse faire à cette doctrine, c'est qu'on n'aperçoit pas bien le rapport entre la chose et l'expression qui sert à la désigner; l'*uncia* est le douzième de l'unité : comment le 12 p. 100 par an peut-il être considéré comme étant un douzième? Un douzième de quoi?

Dans une troisième opinion à laquelle se rattachent Saumaise, Dumoulin et Pothier, l'*unciarium fœnus* désignerait le 1 p. 100 par an. Cette explication, tout d'abord, donne lieu à la même objection que la précédente. D'ailleurs, il aurait tout autant valu proscrire le prêt à intérêt que de le réduire à un taux aussi illusoire. Ajoutons qu'il est difficile de croire qu'un intérêt de 1 p. 100 par an eût excité de fréquentes émeutes de la part des plébéiens (1). Aussi l'explication dont il s'agit est-elle de toutes la moins plausible.

Enfin, suivant Niebuhr, l'*unciarium fœnus* était le denier 12 par an ou  $8 \frac{1}{3}$  p. 100. Seulement, il fait remarquer que l'année romaine étant de dix mois, les  $8 \frac{1}{3}$  p. 100 par année de dix mois équivalent à 10 p. 100 par année de douze mois.

Comme ce n'est qu'incidemment que nous examinons cette grave question du taux légal de l'intérêt chez les Romains, nous ne pouvons entrer dans tous les détails que nécessiterait une discussion approfondie.

(1) « Sane vetus Urbi fœnebre malum et seditio num discordiarum-que creberrima causa, » nous dit Tacite.

Nous devons nous borner à exposer l'opinion qui nous paraît la mieux fondée.

Nous inclinons à penser que la *centesima* n'était pas autre chose que l'intérêt de 12 p. 100, soit 1 p. 100 par mois.

En effet, à Rome, les intérêts se payaient aux kalendes de chaque mois ; plusieurs textes au Digeste l'établissent d'une façon irrécusable (1). Or, en payant chaque mois la *centesima*, c'est-à-dire la centième partie du capital, on arrive à avoir payé, au bout de douze mois, douze fois cette centième partie, soit 12 p. 100.

C'était là le maximum du profit maritime, d'après la constitution 26, *De usuris*. On avait voulu tenir compte des risques et on l'avait élevé au-dessus du taux de l'intérêt ordinaire, qui était de 6 p. 100, et du taux de l'intérêt commercial, qui était de 8 p. 100. D'après cette même constitution, toute action est refusée pour la portion des intérêts excédant le taux fixé, et tout ce qui aura été payé au delà de cette mesure devra être imputé sur le capital. Tout espèce de retenue est également prohibée, et s'il en a été fait par le prêteur, le montant devra en être retranché du principal de la dette.

Par sa Nouvelle 106, Justinien abrogea la loi 26, en ce qui touche le prêt maritime. D'après ce texte, il paraît établi que les prêteurs étaient dans l'habitude de percevoir dix solides pour une somme de cent solides et que, de plus, ils chargeaient le navire d'autant de mesures d'orge et de froment qu'ils avaient prêté de solides ; l'emprunteur payait, en

(1) Fragm. 41, *De rebus creditis*, au Dig.

outré, les droits établis sur ces marchandises : « *Et si quidem placuerit creditoribus in singulis solidis pecuniarum, quas dederint, unum triciti modium aut hordei imponere qui mercedem publicis præberent teloniariis, sed quantum ad ipsos sive telonio navigare naves, et hunc habere fructum et harum quas dederint pecuniarum, et insuper etiam pro decem aureis unum percipere solidum pro usuris.* » Cette combinaison permettait en effet d'élever le profit maritime bien au-dessus de la *centesima usura*. Et ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est que, dans toutes les hypothèses, ces intérêts étaient perçus, non point pour un temps déterminé, mais pour chaque voyage quelle que fût sa durée.

Cette Nouvelle 106 n'a guère qu'une importance historique, car elle fut presque aussitôt abrogée par la Nouvelle 110. Le dernier état de la législation continue à résider dans la loi 26, *De usuris*. Dès lors, l'intérêt ne put excéder 12 pour 100, et comme la constitution ne distingue pas le prêt à la grosse aventure des autres espèces de prêt, nous pouvons en conclure que l'intérêt était perçu, non plus par voyage, mais bien, comme dans tout autre prêt, à raison du temps durant lequel l'emprunteur avait joui de la somme prêtée.

Quelle action attacherons-nous à ce contrat ? Nous avons vu M. de Savigny faire rentrer le *nauticum fœnus* dans la classe des contrats innomés et le munir d'une action *præscriptis verbis*. Pour nous, qui le considérons comme un véritable *mutuum*, nous accorderons aux prêteurs la *condictio certi* et pour le capital et pour les intérêts. Toutefois, si les intérêts ne doivent pas être perçus à raison d'un temps fixe

et déterminé, par exemple, par voyages, la *condictio certi* ne s'appliquerait qu'au capital; pour les intérêts, on donnerait la *condictio incerti*.

Puisque le change maritime est le prix des risques, il importe de bien déterminer en quoi consistent ces risques. La perte du navire ou des marchandises résultant d'un accident arrivé pendant le voyage, dans le temps fixé par la convention, entraîne pour le prêteur la perte de la somme prêtée. En l'absence de toute convention à cet égard, les risques commençaient d'ordinaire à l'époque où le navire mettait à la voile (1) et finissaient à l'arrivée au port désigné du navire et des marchandises. A ce moment, ils étaient irrévocablement dus; aussi, quand le prêt n'avait été fait que pour une partie de la navigation, le créancier embarquait sur le navire même du débiteur, un esclave qui était chargé de toucher l'argent à l'époque convenue du remboursement. La volonté des parties est toute puissante: elles peuvent convenir que le prêt a lieu pour l'aller et le retour, pour l'aller seulement, pour le retour seulement, ou pour un temps préfixe ou jusqu'à l'arrivée d'une condition.

Indépendamment du capital et du profit maritime, l'emprunteur était souvent exposé, quand il y avait eu convention spéciale à cet égard, à payer des intérêts à titre de peine, soit pour le retard qu'il pourrait apporter à l'accomplissement de ses obligations, soit pour indemniser le prêteur des services de son esclave obligé d'attendre le paiement. Le fragm. 9, au Dig., *De naut. fœn.*, suppose l'existence de cette con-

(1) Dig., fragm. 3, *De naut. fœn.*

vention et la regarde même comme habituelle : *uti solet*.

Cette indemnité, à la différence du profit maritime, ne pouvait, en aucun cas, dépasser le taux de l'intérêt légal (1).

Le profit maritime, nous le savons, pouvait être dû, en vertu d'un simple pacte, en était-il de même des intérêts à titre de peine ?

Sans doute, dans le *nauticum fœnus* et dans tous les contrats où la somme prêtée est aux risques du prêteur, le prix du risque, *periculi prætium*, est dû en vertu d'un simple pacte : *In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest* (2).

Mais c'est là une exception que rien n'autorise à étendre aux intérêts dus en dehors de tout profit maritime, sauf, bien entendu, les cas que la loi a spécialement prévus, comme celui, par exemple, du *mutuum* fait par les cités et pour lequel les intérêts pouvaient être dus en vertu d'un simple pacte.

Il convient d'ailleurs de remarquer que dans le fragm. 4 de notre titre, le jurisconsulte suppose constamment une stipulation : « *Pro operis servi... quod... instipulatum deductum est... non ultra duplum debetur. In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita quod (in ea) legitimæ usuræ deerit per alteram stipulationem operarum supplebitur.* »

Toutefois cette opinion est loin d'être universellement admise. Certains jurisconsultes pensent, non sans quelque raison, que le texte n'emploie le mot

(1) C'est ce que dit, en propres termes, le § 1 du fragm. 4, au Dig.

(2) Fragm. 5, § 1, *eod. tit.*

stipulation que parce que la stipulation était le mode le plus usuel pour s'obliger, mais que le législateur n'a pas entendu par là exclure la simple convention. Il peut, en effet, paraître singulier qu'une stipulation soit nécessaire pour produire légalement une dette d'indemnité, alors qu'il suffit d'un simple pacte pour produire des intérêts maritimes. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est que par exception que le pacte peut produire des intérêts et qu'une exception ne pouvant être généralisée, ne pouvant s'étendre, par analogie, d'une espèce à une autre, il faut appliquer les principes généraux en dehors des cas pour lesquels elle a été spécialement admise.

Sur quelles bases doit se calculer l'intérêt stipulé à titre de peine? Pothier estime, et nous sommes de son avis, que le profit maritime étant un accessoire et une espèce d'intérêt de la somme prêtée, puisqu'on l'appelle *nauticum fœnus*, ce serait violer les lois qui prohibent l'anatocisme (1), que de les réunir au capital prêté, pour établir le montant de la peine.

Cujas distingue ce qui a été stipulé à titre d'intérêt pour le retard, de ce qui l'a été pour le service de l'esclave. Il insiste sur cette distinction dont il s'efforce de démontrer l'utilité, en envisageant l'hypothèse, fort plausible du reste, où les parties ont convenu d'une somme déterminée pour tout le temps des services de l'esclave, tandis que, par la force même des choses, l'intérêt dû à raison du retard variera suivant la durée de ce retard même. Cujas fait, en outre, observer que, dans le cas où

(1) *De usuris*, au Code, L. 28.

l'on serait convenu d'une somme pour chaque jour de service de l'esclave, cette somme ne serait point due de la même manière que les intérêts : qu'elle serait due par jour, tandis que les intérêts seraient dûs par mois. Mais les textes nous paraissent confondre et traiter d'une manière identique, ces deux causes productives d'intérêts. C'est ainsi que le fragment 4 de notre titre s'exprime de la manière suivante « *In stipulatione fœnoris..... interpositâ, quod (in eâ) legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.* » « Si la convention relative aux intérêts n'atteint pas la *centesima*, on pourra convenir que ce qui manquerait pour parfaire ce taux sera dû pour les services de l'esclave. »

Le débiteur était-il mis en demeure, dans notre contrat, par la seule échéance du terme? La négative résulte du fragment 2 de notre titre, dans lequel Labéon nous dit que si le débiteur est absent et ne peut, par conséquent, être interpellé par le créancier, celui-ci suppléera à cette interpellation, en faisant constater sa demande par témoins : « *Si nemo sit qui a parte promissoris interpellari trajectitiæ pecuniæ possit id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.* » Cette décision, que nous trouvons si clairement rapportée dans notre titre, n'était pas admise sans contestation. On sait, en effet, combien elle était vivement controversée dans l'ancien droit entre les écoles des Sabinien et des Proculien.

Servius est d'avis, dit Ulpien dans le fragment 8, que le créancier ne peut point exiger une peine de son débiteur, en matière d'argent de transport, s'il n'a tenu qu'à lui de recevoir son argent dans le délai convenu. Comment, en effet, serait-il fondé à faire

supporter à son débiteur les conséquences de sa propre faute ?

On s'est demandé si le créancier aurait droit à des intérêts en dehors du profit maritime, dans le cas où les parties n'ayant pas prévu l'éventualité d'un retard, aucune stipulation n'était intervenue à l'égard des intérêts. La réponse est négative si l'on admet avec nous que le *fœnus nauticum* n'est qu'un *mutuum*. La mise en demeure et la *litis contestatio* ne sauraient faire courir d'intérêts. Il s'agit ici d'une *condictio certi* ; or, il est de principe que, dans la *condictio certi*, la *condemnatio* est toujours en rapport avec l'*intentio*.

Pour mieux protéger le créancier, nous lui donnerons, indépendamment de la *condictio*, qui le laisserait désarmé dans le cas où son débiteur éviterait de se trouver au lieu convenu pour le remboursement, l'action *De eo quod certo loco*. Cette action lui permettra de poursuivre son débiteur en tous lieux, et de le faire condamner à lui payer le capital prêté, les intérêts maritimes, et, de plus, des dommages-intérêts excédant le taux légal (1).

Il nous reste à parler des garanties que le prêteur pouvait se faire donner par l'emprunteur pour assurer le remboursement de sa créance.

Le fragment 6 de notre titre nous indique que l'emprunteur consentait au profit du prêteur une hypothèque sur les marchandises et le navire acquis des deniers prêtés : *Fœnerator, pecuniam usuris maritimis mutuatam dando, quasdam merces in nave pignori accepit*. Il résulte même de cette loi que l'hypothèque

(1) Fragm. 2, § 8, *De eo quod certo loco*.

pouvait être donnée non-seulement sur les marchandises du vaisseau du débiteur, mais encore sur d'autres marchandises chargées sur d'autres vaisseaux et déjà obligées à d'autres prêteurs. « *Ex quibus (mercibus) si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum, propriisque fœneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit (fœnerator).* »

Ces marchandises étaient, le plus souvent, achetées pour être revendues. L'hypothèque dont elles étaient grevées ne devait pas empêcher l'emprunteur d'atteindre le but qu'il se proposait. Il pouvait donc les vendre, et alors celles qu'il se procurait en échange se trouvaient subrogées à celles qui avaient été vendues. Il fallait, pour qu'une pareille subrogation pût se produire, que le prêt ait été fait pour l'aller et le retour.

Il ne saurait y avoir la moindre difficulté, lorsque le prêteur, créancier hypothécaire, se trouvera en présence de son débiteur seulement; mais s'il est en lutte avec d'autres créanciers, à l'instant surgissent les questions de préférence et de privilège.

En droit romain, le rang se réglait par la date du contrat d'hypothèque : *potior tempore, potior jure*. Ulpien, dans les fragments 5 et 6, *Qui potiores in pignore habeantur*, Dig., cite comme exception à cette règle un exemple qui se rapporte précisément à notre matière. Quelquefois, dit-il, le créancier postérieur est préférable au premier, si l'argent prêté par le second créancier a été dépensé pour conserver la chose : ainsi, un navire étant hypothéqué, j'ai prêté pour l'armer et le radouber. « *Item si quis in merces (sibi) obligatus crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut*

*naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit :  
nam et ipsum naulum potentius est. »*

Le motif de cette exception est facile à justifier.

Celui qui a conservé le gage commun a fait l'affaire de tous les créanciers ; c'est à lui qu'ils doivent de n'avoir pas tout perdu. Il est donc juste, équitable, qu'il leur soit préféré.

Il n'en fallait pas moins une convention pour conférer au créancier une hypothèque, même dans le cas où le prêt devait être employé à l'achat, la construction d'un navire. Le privilège, à Rome, ne donnait pas, comme chez nous, un droit réel propre.

Accurse a cherché à étendre le cas prévu par le sénatus-consulte de Marc-Aurèle (1), au cas que nous étudions, et assimilant celui qui a prêté de l'argent pour réparer une maison au *fœnator* qui porte également une certaine somme pour l'équipement ou la réparation d'un navire, il donne à l'un et à l'autre le même *privilegium* pour les deniers ainsi avancés.

Mais nous ne voyons pas qu'on puisse raisonner ici par analogie. Les mêmes motifs de faveur n'existent pas entre ces deux genres de prêteurs. Ne savons-nous pas, en effet, que les Romains encourageaient tout ce qui pouvait augmenter ou embellir la ville ? L'action *ad exhibendum* n'était-elle pas refusée, dans certains cas, *ne urbs ruinis deformatur* ? Il y a, dans l'espèce prévue par le sénatus-consulte, un intérêt public qui n'est pas aussi important, ou tout au moins aussi frappant, quand il s'agit, non plus de la réparation d'une maison, mais de la restaura-

(1) Fragm. 1, *In quibus caus. pign. vel hyp.*, au Dig.

tion d'un navire. Ne concluons donc pas que s'il y a privilège dans le premier cas, il doit y avoir également privilège dans le second. En l'absence de tout texte, conformons-nous à la règle générale écrite dans la loi 17, *De pign. et hyp.*, au Code, d'après laquelle il ne peut y avoir, au profit du créancier, qu'une hypothèque expresse.

Nous terminerons en exposant une dernière hypothèse prévue par le fragment 6 de notre titre.

Paul suppose qu'un créancier qui prête de l'argent à des intérêts maritimes a reçu en gage des marchandises qui étaient dans le navire ; il a été stipulé que, dans le cas où ces marchandises ne suffiraient pas pour le payer en entier, on lui en engageait d'autres chargées sur différents navires et déjà obligées à ceux qui avaient prêté sur eux, de telle sorte que ce qui resterait de ces marchandises, les créanciers antérieurs satisfaits, fût engagé à celui dont nous parlons. On a demandé si, dans le cas où le bâtiment auquel le créancier avait confié son argent, périrait dans le temps fixé pour la navigation, chargé de marchandises suffisantes à désintéresser ce créancier, la perte devait regarder ce dernier ou s'il pourrait être encore admis sur ce qui resterait des autres vaisseaux. Et le jurisconsulte répond : Dans les prêts ordinaires, la diminution de la chose donnée en gage regarde le débiteur et non pas le créancier ; mais lorsqu'il s'agit d'un prêt maritime, la condition est que le créancier ne pourra rien demander qu'autant que le vaisseau sera heureusement arrivé dans le temps convenu. « *Sed cum trajectitia pecunia ita datur ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius*

*crediti obligatio, non existente conditione defuisse videtur.* » De cette manière, dans l'espèce, la condition ne s'étant point réalisée, la créance tombe, et, par suite, l'action sur les gages ne subsiste plus, même à l'égard de ceux qui n'ont point été perdus, puisque le vaisseau a péri dans le temps fixé pour la navigation. Ainsi, le créancier ne peut élever aucune prétention au sujet des gages qui sont dans les autres navires.

Dans quels cas, se demande Paul, le créancier pourra-t-il être admis à réclamer ces gages? Il le pourra, si la condition sous laquelle l'obligation est contractée s'est réalisée, c'est-à-dire si les gages qui lui ont été donnés et le vaisseau sur lequel il a prêté son argent ont été perdus par quelque autre accident ou si ces gages ont été vendus à plus bas prix qu'ils n'avaient été estimés, ou encore si le vaisseau n'a péri qu'après le temps pendant lequel le créancier devait en courir les risques.

Dans le texte que nous venons de traduire et de commenter, la décision du jurisconsulte n'est qu'une application pure et simple des règles relatives aux contrats dont l'existence est subordonnée à l'avènement d'une condition.

# DROIT FRANÇAIS

---

## PREMIÈRE PARTIE

Du jeu et du pari au moyen âge et dans le droit intermédiaire.

---

### CHAPITRE PREMIER.

#### DU JEU.

Nous avons vu avec quelle sévérité les lois romaines traitaient les joueurs et prescrivait les jeux. Le moyen âge ne fut pas moins rigide. Les prohibitions de l'Eglise, à une époque où le droit canonique était si intimement lié au droit civil, contribuèrent à maintenir cette réprobation publique.

Les conciles et les synodes ne cessent de rappeler ces anciennes défenses : « *Nullus sive laicus, sive clericus ab hoc deinceps tempore alea ludat. Si quis autem hoc facere deprehensus fuerit, si sit quidem clericus deponatur, si laicus segregetur* (1). »

(1) Canon, 1. Concilii sexti.

Le patriarche Basalmon (1) fait observer que cette décision est plus rigoureuse que celle contenue aux canon 41 et 42 des Apôtres, qui ne font point encourir la déchéance, par ce seul fait que le clerc a joué et ne le punissent qu'autant qu'il refuse de se corriger, *vel desinito, vel deponitor*.

Puis vient le concile de Mayence, en 813, qui défend le jeu aux clercs et aux laïques, et dont nous voyons la défense reproduite dans un capitulaire de Charlemagne.

Depuis ce concile jusqu'à celui de Trente, en 1572, qui, le dernier, traita de la question du jeu, une série de décisions canoniques intervint sur cette matière; non moins nombreux furent les conciles qui s'occupèrent de cette grave question; on pourrait en compter jusqu'à vingt-cinq: passer en revue cette longue liste de décisions et de conciles, serait une tâche bien aride; nous nous en dispenserons; de même que, pour ne pas surcharger notre narration de détails qui pourraient paraître superflus, nous ne parlerons pas des vingt et un péchés que les casuistes contemporains apercevaient dans le jeu et qu'ils exprimaient par des mots latins de forme barbare. Qu'il nous suffise de dire que les peines prononcées n'étaient autres que celles du droit romain. D'ailleurs la théorie entière se résumait en ces quelques lignes: « *Omnis ludus virtutis vel recreationis, vel cessationis causâ, sine cupiditate et sine avaritiâ est permissus, dummodo non immisceat se fraus aut dolus, blasphema aut aliud delictum et fiat auris debitis et congruis...* » Et ailleurs: « *Ludus solius fortunæ est*

(1) Basalmon, *Ad Canon, 1. Concilii sexti (Pandectæ canonum)*.

*prohibitus quia stultum est submittere se viribus fortunæ, ludus qui consistit in peritiâ, seu in virtute, vel in robore corporis, iste est permissus.* »

Le jeu n'obtint pas plus de faveurs devant nos anciens rois que devant l'Eglise.

L'orthodoxe Charlemagne ne pouvait manquer de poursuivre le jeu, et ce n'est pas seulement le jeu proprement dit, mais toutes les distractions peu dignes du caractère sacerdotal, que prohibe l'empereur d'Occident.

Plus tard Louis IX, par une ordonnance de 1254, interdit les jeux d'une manière absolue : « *Inhibemus distincte ut nullus omnino ad taxillas ludat sive aleas et scachos* (les échecs). »

L'article 12, d'une seconde ordonnance, parue à la même époque, pour la réformation des mœurs dans les Etats de Langue d'Oc et de Langue d'Oil, reproduit cette prohibition.

Nouvelle défense, en 1319, de Charles IV, contre toute sorte de jeu, défense que son successeur consacre, en 1369, dans les termes suivants : « *Defendons jeux de dez, tables (trictrac), paulme, quilles, palets, escalles, billes et tous autres tels jeux qui ne écheent point à exerciter ne habiliter nos dits subjects à faict et usage d'armes, à la défense de nostre royaume, sur peine de quarante sols parisis à appliquer et pour chacune fois qui lui escherra.* »

Le premier adoucissement à ces prescriptions rigoureuses fut introduit par Charles VIII, qui permit, en 1485, aux personnes de naissance et d'honneur, en prison pour cause légère et civile, de charmer leur loisir en jouant au trictrac et aux échecs. Dès lors apparaît une tendance qui consiste à faire jouir

le noble où le seigneur d'une espèce d'exemption des lois relatives au jeu.

Un second pas fut bientôt fait dans cette voie. François I<sup>er</sup>, dont la passion et l'habileté au jeu de paume sont connues, leva la prescription qui, jusqu'alors, avait formellement frappé cet exercice.

C'est sous ce roi que les *loteries* désignées primitivement sous le nom de *blanques* firent leur première apparition. Réminiscence des *apophoretas* de l'antiquité (1), elles s'étaient implantées depuis longtemps déjà en Italie : ce n'est qu'en 1520 qu'elles s'introduisirent en France (François I<sup>er</sup> voulant empêcher que l'argent de ses ennemis n'allât par cette voie à ses ennemis, nous disent les chroniques). Les lettres patentes qui les autorisèrent furent expédiées au mois de mai 1539.

Les parlements résistèrent, et longtemps ils combattirent cette institution qui devait, selon eux, être une cause de ruine pour le peuple; mais ce fut en vain; leurs protestations restèrent impuissantes.

Néanmoins François I<sup>er</sup> s'inquiétait des dangers auxquels le jeu peut exposer et, par son ordonnance

(1) « L'origine des loteries se trouve dans les saturnales de Rome; on les voit figurer comme accessoires de ces fêtes; ceux qui y prenaient part recevaient gratuitement un billet qui donnait droit à emporter quelque chose; d'où le nom d'*apophoreta* qui leur fut donné (d'*ἀποφέρω*, j'emporte). Auguste créa aussi des loteries pour les fêtes populaires; mais le caractère de gain leur fut enlevé. Les lots se composaient le plus souvent d'objets de peu de valeur. Le but de ces jeux, qui devinrent fort à la mode sous cet empereur, fut l'amusement et la joie. Néron en changea le caractère: il vit dans ces largesses répandues par le hasard le moyen de déployer une magnificence fastueuse. L'empereur Héliogabale trouva plaisant de former des loteries composées moitié de billets utiles et moitié de billets risibles et de nulle valeur » (Daloz).

de Châteaubriand, rendue en 1552, il défendit spécialement : « à tous ceux qui manient deniers et finances de l'Etat de jouer ces deniers à quelque jeu que ce soit. Et ce, sous peine de perdition de leurs estats, d'être fustigés et bannis à perpétuité et leurs biens confisqués. » Et il ajoute : « Ordonnons ceux qui joueront avec eux soient condamnés à rendre l'argent qu'ils gagneront et le double d'iceluy. » Non-seulement cette ordonnance prohibe le jeu, mais encore elle admet la répétition et prononce, en outre, une amende du double de la somme perdue. Cette rigueur excessive s'explique par cette circonstance qu'il s'agit des deniers de l'Etat.

L'ordonnance de Moulins rendue sous Charles IX, en 1566, accorde aussi la répétition ; mais dans un cas exceptionnellement favorable. « Ordonnons que les deniers et biens perdus aux jeux de hasard pourront estre repétez par les mineurs, leur père, mère, tuteurs et curateurs ou proches parents. Voulons ceux biens leur estre rendus pour employer, au profit desdits mineurs et éviter leur ruine et leur destruction, sans par ces présentes approuver les jeux entre majeurs, pour le regard desquels, entendons les ordonnances de nos prédécesseurs estre gardées et y estre tenue la main par nos juges ainsi que la matière y sera disposée. »

Cette ordonnance établit au profit du mineur une espèce de *restitutio in integrum*, que justifie leur inexpérience ordinaire. Nous n'insisterons pas sur cette disposition, nous laissons la parole à l'avocat au parlement, Jacques Joly (1) : « La minorité et jeu-

(1) Conférence des ordonn. royales.

nesse, » dit-il, « est soumise à plusieurs tromperies, exposée à mille embuscades, ainsi que le dit très-bien le J. C., *in leg.*, I, Dig., *minoris*, et cherche l'on moyens infinis pour l'appauvrir et denuer de tous biens mesmement par jeux de hasard et autres illicites auxquels cet âge est enclin, quoy cognoissant un tas de pipeurs les induisent de plus fort à jouer à jeux de hasard que la jeunesse ne sait, et par ainsi perdent et consomment leurs substances, jour et nuit, non-seulement l'argent, mais aussi tous leurs autres biens et chevances et conséquemment par tel désordre blasphément comme ce très-bien montre l'Empereur, *in L. fin., C., de aleatoribus et alearum lusu.* »

Citons encore les ordonnances de Blois, rendue sous Henri III, en 1577; de Louis XIII, rendue en 1611, qui poursuivent toutes le même but.

En 1691, Louis XIV charge M. de Sartines de tenir la main à la prohibition de certains jeux qu'il énumère, et parmi lesquels nous relevons : « le jeu à tirer dans un livre. »

Néanmoins le grand roi s'efforce de tirer un impôt des loteries et de faire de l'administration de ces loteries une grande division du ministère des finances. Le préambule de l'arrêt du conseil de 1700 est aussi bizarre que curieux. « Sa Majesté ayant remarqué l'inclination naturelle de ses sujets à mettre de l'argent aux loteries particulières et désirant leur procurer un moyen agréable et commode de se faire un revenu sûr et considérable pour le reste de leur vie, et même d'enrichir leur famille, en donnant au hasard... a jugé à propos d'établir à l'hôtel de ville de Paris une loterie royale de dix millions. »

C'est cette loterie qui, après avoir vu sous Louis XV plusieurs rivales s'élever à côté d'elle, devait, en vertu de l'arrêt du conseil d'Etat du 30 juin 1776, reprendre le monopole et redevenir unique sous la dénomination de *loterie royale de France*, qu'elle a conservée presque jusqu'à nos jours. Elle a été supprimée en 1832.

Désormais nous ne rencontrons sur notre route qu'une seule ordonnance, celle du 1<sup>er</sup> mars 1781, qui reproduit, en la confirmant, toute la législation précédente.

Quant au droit intermédiaire, il ne nous fournit, à vrai dire, qu'un seul document, le décret du 22 juillet 1791. Ce décret est important à signaler, en ce qu'il est le point de départ d'un adoucissement dans la législation et qu'il inaugure l'ère dans laquelle est entré notre droit pénal actuel. Désormais ce ne seront plus les joueurs qui seront punis, mais ceux-là seulement qui tiendront des maisons de jeux de hasard.

C'est ainsi que ce décret édicte certaines peines : 1<sup>o</sup> contre les propriétaires ou principaux locataires des maisons ou appartements dans lesquels le public serait admis à jouer des jeux de hasard, s'ils demeuraient dans ces maisons et s'ils n'avaient pas averti la justice (300 liv. d'amende et 1,000 liv. en cas de récidive); 2<sup>o</sup> contre ceux qui tenaient des maisons de jeux de hasard (1,000 liv. à 3,000 liv. d'amende, emprisonnement d'un an au plus et confiscation des fonds trouvés au jeu. En cas de récidive, amende de 5,000 à 10,000 liv., emprisonnement de deux ans au plus).

Complétons cette revue des pénalités de l'ancien

droit, en disant quelques mots d'une juridiction d'un ordre tout à fait exceptionnel ; nous voulons parler du tribunal des Maréchaux, si célèbre par sa compétence spéciale à l'égard du duel. Le 6 mai 1760, une ordonnance royale décida que les créances qui procéderaient de pertes faites au jeu par des gentilshommes ou des militaires, lorsqu'elles n'excéderaient pas la somme de 1,000 liv., pourraient être demandées devant ce tribunal, et que les débiteurs seraient condamnés à payer. Au surplus, cette ordonnance défend à tout gentilhomme ou militaire de jouer sur parole au-dessus de 1,000 liv., sous peine de la prison.

Si, abandonnant le terrain des peines, nous étudions le droit *civil* des canonistes et des ordonnances, nous voyons, tout d'abord, qu'en ce qui concerne le droit de réclamer ce qui a été payé au gagnant, le droit canon n'a rien innové aux lois romaines ; peut-être même est-il allé plus loin. Lambert Danneau, professeur à l'académie de Leyde, motivait ainsi son opinion dans des termes énergiques : « *Quisquis ludendo igitur alienam pecuniam lucrari, perinde est atque furari.* » Ce droit de répétition n'est pas limité au perdant lui-même ; il pourra être exercé aussi : « *Per servum, per patrem, per abbatem, quando monachus perdidit, quia qui lusit cum talibus scienter committit furtum.* » La durée de l'action en restitution est de cinquante ans.

Le droit de répétition ne fut pas admis dans la jurisprudence laïque, si ce n'est toutefois dans l'ordonnance de Châteaubriand ; mais l'exception qu'elle formule se comprend aisément, si l'on se rappelle qu'elle a en vue les deniers de l'Etat.

L'ordonnance de Moulins, dont nous avons présenté plus haut le commentaire si vif et si piquant de Jacques Joly, autorise également le remboursement, mais dans un cas tout à fait spécial et qu'on ne saurait étendre; cette ordonnance ne s'applique, on le sait, qu'à « nos sujets mineurs et en bas âge. »

Une ordonnance de Louis XIII, rendue en 1629, porte, dans son article 13, les dispositions suivantes : « Déclarons toutes dettes contractées pour le jeu, quelque déguisées qu'elles soient, nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations *civiles et naturelles*. » — L'obligation naturelle n'existe donc pas et l'on ne peut expliquer le refus de l'action en répétition que par l'axiome : « *In turpi causâ melior est causa possidentis.* »

Pothier résume ainsi la législation civile : « ... Les » joueurs peuvent bien recevoir honnêtement et licitement les sommes qu'ils ont gagnées en jouant » à un petit jeu; mais quelque permis que soient ces » petits jeux, ils ne le sont pas au point de donner » aux joueurs une action pour poursuivre en justice » le paiement des sommes qu'ils ont gagnées. A » l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, la loi les reconnaît et accorde une action au » gagnant. » C'est cette législation civile que confirma l'ordonnance de 1781.

## CHAPITRE II.

### DU PARI.

Nous venons de donner un aperçu du Jeu sous l'ancien droit; il est bon de dire quelques mots du Pari, son compagnon habituel.

Ce dernier n'eut pas l'honneur d'une législation spéciale, et Pothier ne lui a consacré, à notre connaissance, aucun traité particulier.

Prévu par le droit canon, enveloppé dans les mêmes prohibitions que celles relatives au jeu, soit qu'il fût né du jeu lui-même, soit qu'il le fût de toute autre opération, il est toléré par les ordonnances et échappe à toute répression. Nous n'aurons donc à l'étudier qu'au point de vue civil.

Le pari, nous le savons, était fort pratiqué à Rome. Il se faisait, le plus souvent, *per stipulationem et restipulationem*, c'est-à-dire que chacune des parties, pour le cas où ses prévisions ne se réaliseraient pas, promettait à l'autre de lui payer une certaine somme d'argent. Ce mode de procéder explique pourquoi on appelait ces conventions *sponsiones*, au lieu qu'en France on les nommait *gageures*, parce qu'elles se faisaient le plus souvent par un dépôt de gages entre les mains d'un tiers.

Nos anciens auteurs distinguaient, à cette occasion, la *sponsio judicialis* qui intervenait entre les plaideurs et par laquelle le perdant s'obligeait envers celui qui gagnerait le procès, à lui payer une certaine somme arrêtée d'avance et la *sponsio ludicra*, dans laquelle, en dehors de tout litige, l'une des parties doit obtenir un gain déterminé, dans le cas où un fait qu'elle a déclaré exister, avoir existé ou devoir s'accomplir, contrairement à l'affirmation de l'autre partie, vient à être prouvé ou à se réaliser.

Néanmoins, si nous retrouvons dans notre ancien droit la trace de la *sponsio judicialis*, il faut ajouter que le dépôt du gage remplace chez nous la promesse verbale, en sorte qu'il y a plutôt analogie avec

le *sacramentum* qu'avec la *sponsio*. « Tant s'en faut, » dit Loysel (1), « que les gages diminuent l'obligation que mesme quelquefois ils la dénotent et la signifient. »

Et immédiatement, il cite comme exemple : « en l'ancienne solennité des duels, les deux champions jetant leurs gants ou quelque autre chose pour signifier qu'ils acceptaient le combat. »

Préoccupé de cette idée que les duels devaient, à une certaine époque, être regardés comme des jugements de Dieu et légalement admis à ce titre pour vider les procès, Loyseau semble voir une réminiscence du pari judiciaire dans les gages de bataille (2), comme les appellent les anciennes ordonnances et spécialement celle rendue, en 1303, par Philippe le Bel.

Néanmoins, nous hésitons (même en considérant le duel comme un jugement de Dieu) à reconnaître dans le gage de bataille une *sponsio judicialis* d'une espèce particulière. En effet, dans la *sponsio*, les parties s'exposent à perdre la somme qui fait l'objet de la *sponsio* ; de même dans le *sacramentum*. Rien de pareil dans le combat singulier. Les champions jettent leurs gants pour se provoquer au combat ou témoigner qu'ils l'acceptent ; mais ni le vainqueur ni l'Etat ne devenaient propriétaires de l'objet jeté. Il n'y a donc, dans l'acte intervenu, ni l'équivalent de la *sponsio*, ni l'équivalent du *sacramentum*. En réalité, le chevalier ne pouvait, sans se déshonorer,

(1) *Traité du déguerpiement*, liv. IV, chap. III, § 8.

(2) De même dans le *Thésor de langue française*, de Ranconnet, nous voyons, au v<sup>o</sup> *Gage*, le mot *sponsio* entrer dans la définition du gage de bataille.

abandonner son gage ; il devait venir le réclamer les armes à la main ; le dépôt n'était qu'un moyen d'assurer la comparution des parties et, si, à ce point de vue, on devait faire une comparaison avec le droit romain, ce serait plutôt au *vadimodium* qu'à la *sponsio* qu'on pourrait assimiler le gage de bataille, et encore l'analogie serait fort critiquable. Dans le *vadimodium*, en effet, il y a toujours une certaine peine pécuniaire (1) ; tandis que dans le duel, le chevalier qui ne se présente pas pour relever le gant est déshonoré, mais il n'est pas condamné à payer une somme d'argent comme le citoyen romain qui ne comparaisait pas en justice.

Nous trouvons des traces plus certaines de la *sponsio* dans la procédure ordinaire. Il paraît démontré que le défi ou pari judiciaire se pratiquait encore au treizième siècle, de façon à ne laisser aucun doute sur son identité avec la *sponsio judicialis* proprement dite. Nous lisons, en effet, dans une ordonnance attribuée par les uns à Louis IX et par les autres à Philippe IV : « *Volumus quod in litis initio contestata reddant pignora, litigantes, usque ad valorem decimæ partis litis, vel æstimationis ejusdem.* »

Nous n'insisterons pas davantage sur un point qui ne présente qu'un intérêt purement historique. Le perfectionnement de la procédure a fait complètement disparaître de nos jours le pari judiciaire qui, même dans notre ancien droit, semble n'avoir été que fort peu usité.

La *sponsio ludicra* est la seule gageure pratiquée de nos jours. C'est d'elle que nous avons surtout à nous occuper.

(1) Gaius, Comm. IV, §§ 184 et 185.

Disons de suite que ce genre de pari eut de nombreuses applications. Dans les ports d'Italie, les assurances se faisaient par gageures.

Straccha (1) raconte un pari fort curieux qu'il n'hésite pas à considérer comme valable et dont l'espèce présente quelque analogie avec les paris actuels de la Bourse.

L'élection d'un pape étant souvent disputée, on était dans l'usage d'ouvrir des paris en faveur de tel ou tel candidat. Les parieurs vendaient ensuite la créance éventuelle résultant pour eux du pari à des cessionnaires qui, à leur tour, pouvaient en faire des cessions successives. Le cours de ces créances (comme on dirait aujourd'hui le cours de ces valeurs) croissait et décroissait à mesure que les chances du candidat augmentaient ou diminuaient.

Nos anciens jurisconsultes ont-ils admis en principe et sans distinction la validité du pari ?

Loyseau (2) pense que la justice contentieuse n'admet en France d'autres gageures que celles qui se font par consignation : « Car le mot *gage* emporte qu'il y a consignation actuelle, et d'aucuns », ajoute-t-il, « au lieu de dire *gager* disent *mettre* et appellent la gageure *misaille*. Le mot *gage* signifie proprement laisser les gages ou consigner l'argent, comme on dit gager l'amende ou gager le rachat en plusieurs coutumes.

» De ce que les Romains », dit toujours Loyseau, « ont donné action aux simples sponsions, estoit par la force et énergie qu'ils attribuoient à la stipu-

(1) *De sponsionibus*, 2<sup>e</sup> part., § 4.

(2) *Loc. cit.*, liv. IV, chap. III.

lation qui de soy estoit suffisante pour produire action, bien qu'elle eût été faite sans cause : ce que nous ne pratiquons pas en France avec tant de rigueur; c'est pourquoi celui qui veut faire une gageure se doit assurer par consignation.

» Que si quelquefois, ceux qui veulent gager, se fians à soy l'un l'autre, se contentent de faire des promesses réciproques, cela est bon pour faire honte à celui qui ne veut pas payer, mais non pas pour agir contre lui en justice contentieuse. »

D'Espeisses (1), au contraire, pense qu'indépendamment de tout dépôt, les gageures sont valables lorsqu'elles tendent à un but digne de l'encouragement et de la faveur des lois (2). Et il cite, à l'appui de son opinion, un arrêt de Grenoble du 26 novembre 1504 qui valide une gageure faite « d'un tonneau de vin promis par l'une des parties au cas que l'autre allât à la nage jusqu'à un certain endroit d'un étang ». Le nageur y étant allé, et l'autre refusant de délivrer le tonneau de vin, il y fut condamné.

Il résulte de l'arrêt qu'il n'y avait pas eu consignation préalable du montant du pari (3).

Les parlements validèrent donc souvent des paris dans lesquels il n'y avait pas eu dépôt de gages : « On peut dire, en effet, que le hasard de la condition sert de cause suffisante à ces gageures, pourvu qu'elles ne soient faites sur un sujet déshonnête, n'y

(1) Tome I, tit. 10, *Des contrats sans nom*.

(2) C'est là une application du principe consacré dans notre droit moderne par l'article 1966, C. civ.

(3) Junge, arrêt rendu dans la même espèce par le Parlement de Bordeaux, en mars 1609. — V. Brillou, *Dict. des arrêts*, v<sup>o</sup> *Gageure*; Chardon, *Dol et fraude*, t. III, n<sup>o</sup> 566.

ayant rien dans ce cas qui soit contraire aux bonnes mœurs et qui empêche que la foi et la promesse ne doivent être tenues (1).

C'est le sentiment qui a dicté sans doute un arrêt rendu par le parlement de Provence, le 16 février 1662 (2) : « Un muletier ayant compté avec son hoste et été déclaré débiteur de onze livres, et du foin qui étoit encore dans le rastelier, l'hoste soutint qu'il y en avoit huit livres, et le muletier qu'il ne pesoit pas tant, et firent gageure de onze livres pour celui qui perdrait. Le foin n'ayant pesé que sept livres, le muletier gagna et, par ce moyen, sa dépense étoit compensée. L'hoste ayant mis en instance le muletier pour avoir le paiement de la dépense, le muletier opposa la gageure et la compensation. Par sentence du lieutenant général d'Aix, le muletier ayant été chargé de vérifier la gageure et l'ayant vérifiée, l'hoste condamné se seroit rendu appelant à la Cour. »

Il soutenait qu'en principe les gageures ou paris appelés *sponsiones* ne sont point obligatoires, à moins qu'elles n'aient un but digne de la faveur des lois, et subsidiairement il ajoutait « que même en admettant la validité des paris en général, il manquait à celui dont il s'agissait dans l'espèce, une formalité essentielle, celle de la consignation en mains tierces. » ce système ne prévalut pas. La Cour mit les parties hors de cause.

Enfin, il est des circonstances telles que ceux qui font de fortes gageures sur des faits incertains doi-

(1) Loyseau, *loc. cit.*

(2) Boniface, t. I, liv. VIII, tit. 24, chap. I.

vent être considérées comme insensés. En voici un exemple : « En l'année 1725, qui a été très-pluvieuse », dit d'Espeisses (1), « un nommé Bulliot, natif du Languedoc, banquier à Paris, paria contre plusieurs personnes qu'il pleuvrait quarante jours de suite après la Saint-Gervais. Il consigna, à cet effet, en mains tierces, une somme considérable en argent comptant et fit, en outre, des billets ou lettres de change pour près de cinquante mille écus qui furent pareillement déposés. La pluie ayant cessé avant les quarante jours, Bulliot perdit son pari et les dépositaires remirent les enjeux à ceux qui avaient gagné; mais les porteurs des billets et des lettres de change ayant actionné Bulliot pour leur paiement, ses parents le firent interdire, et quoique les parieurs alléguassent qu'ils étaient des négociants de bonne foi et qu'ils avaient pris ces effets sur la place avec confiance, à cause de la réputation entière de Bulliot, néanmoins, son frère, qui avait été nommé son curateur, ayant fait connaître la vérité par des présomptions concluantes, tous ces paris ont été déclarés nuls par arrêt rendu au rapport de M. Devienne, à la fin de l'année 1725. »

Nous pourrions multiplier les exemples : la jurisprudence des parlements est flottante et incertaine ; on ne peut la ramener à aucune règle précise. En somme, la question de validité des paris paraît avoir été presque toujours une question de fait.

Il nous resterait, avant de clore cette partie de notre travail, à indiquer la marche que continue à suivre le pari. Mais les dispositions législatives que

(1) D'Espeisses, *loc. cit.*

nécessitérent bientôt les *marchés à terme*, cette source si féconde de paris sur les effets publics, se lient d'une façon trop étroite à notre législation actuelle, pour que nous puissions en scinder l'étude, qu'il nous paraît préférable de renvoyer plus loin.

CHAPITRE PREMIER.

## DEUXIÈME PARTIE

### Du jeu et du pari dans notre droit actuel.

---

#### CHAPITRE PREMIER.

##### DU JEU ET DU PARI AU POINT DE VUE CIVIL.

Notre code civil est venu apporter, en matière de jeu, plusieurs innovations importantes.

Le droit romain et notre ancien droit avaient établi, on se le rappelle, une démarcation profonde entre le jeu et le pari. Le premier, illicite et prohibé, n'existait pas comme contrat, à moins qu'il ne tendît à exercer le corps humain, à augmenter son agilité ou son adresse; le second, au contraire, valable en principe, était reconnu en justice, pourvu qu'il ne fût contraire ni à la morale, ni à l'honnêteté publiques.

On a cherché à justifier cette différence (1) par des considérations à vrai dire plus ingénieuses que solides et qui, ainsi que le fait remarquer M. Troplong (2) ne sauraient tromper ni la conscience ni la

(1) Scaccia, § 1. *Quæst.* 1, n° 85.

(2) Troplong, *Des cont. aléat.*, p. 285.

raison. Le grand argument qu'on a fait valoir pour innocenter le pari et le mettre à l'abri des reproches adressés au jeu, c'est que le parieur expose une somme fixe, déterminée, tandis que le joueur ne sait jamais, quand il commence à jouer, jusqu'où l'entraînera sa passion.

Mais qui ne voit qu'au fond le pari peut être une cause de ruine tout aussi rapide que le jeu ? Les parieurs ne sont-ils pas en proie à la même fièvre que les joueurs ? L'amour du gain ne peut-il pas les exciter à augmenter leur mise d'une façon excessive, à mesure que l'événement dont dépend le pari approche et que grandit leur foi dans le succès ?

Les rédacteurs du Code n'ont pas pensé que le pari dût être traité avec plus de faveur que le jeu ; les plaçant l'un et l'autre sur la même ligne, ils ont, à juste titre, établi entre eux une assimilation complète : « La gageure ou le pari, » disait M. Siméon au Tribunal, « a les mêmes vices originels et les mêmes dangers que le jeu : comme lui, elle ne donne aucune action lorsqu'elle n'a de base que la recherche ou l'amour du gain ; comme lui, elle est tolérée quand elle a un objet raisonnable et plausible, des actes, par exemple, de force ou d'adresse et qu'elle n'est pas immodérée. »

Le législateur de 1804 a donc confondu le jeu et le pari dans des dispositions communes : il a fait plus, et la réforme qu'il a introduite en cette matière a été associée à une autre innovation importante ; car, après avoir refusé tout moyen de contrainte pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari, il a formellement exclu ce droit de restitution que la législation romaine accordait au perdant :

s'écartant des règles du droit romain et consacrant la jurisprudence inaugurée par l'ordonnance de Moulins, il a déclaré que les sommes payées volontairement pour acquitter une dette de jeu ne pourraient être répétées.

Mais pourquoi le législateur moderne a-t-il reculé devant l'emploi du moyen dont l'efficacité n'avait pas échappée au législateur ancien, moyen qui consistait à enlever tout intérêt au jeu, pour mieux le déraciner ?

Pothier a cherché à établir que le jeu était, en lui-même, un contrat qui ne renfermait rien d'injuste et qu'il serait contraire à la bonne foi de refuser de payer la somme perdue, lors-même qu'elle est considérable et qu'on a joué à des jeux défendus (1).

« Sans doute, » dit-il (2), « le gros jeu est déshonorable dans ses fins. Mais, après tout, on a été mû par le désir de gagner ; on a compté que si l'adversaire perdait, il paierait ; on a fait tout ce qu'il était possible pour faire tourner contre lui les chances de perte. A la vérité, la loi civile, par de bonnes raisons, défend les jeux de hasard ; elle prononce des peines contre les contrevenants ; elle ne leur reconnaît pas d'action en justice pour dettes de jeu. Mais cette sévérité n'est pas dictée par la considération que le jeu est mauvais en soi ; elle vient des abus qu'on en a fait fréquemment en le faisant servir à assouvir un désir immodéré du gain. Or, puisque le jeu n'est pas intrinséquement mauvais et que le contrat ne renferme pas en soi d'injustice, on doit,

(1) N<sup>o</sup> 58, *Jeu*.

(2) N<sup>o</sup> 36 et 37.

dans le for intérieur, tenir les parties pour obligées. »

Néanmoins cette opinion n'était pas universelle. Les théologiens, plus rigides que Pothier, soutenaient que le jeu est injuste en soi, parce qu'il est une profanation du sort qui est quelque chose de religieux ; qu'il est essentiellement contraire à l'équité naturelle, laquelle ne permet pas de s'enrichir de la perte et souvent même de la ruine d'autrui (1).

Mais Pothier répondait (2) : le sort n'est pas plus divin que tout ce qui se fait dans la nature et qui est l'ouvrage de Dieu. Les mystères que le sort renferme ne font pas qu'il dépende de Dieu plus étroitement que les causes connues qui agissent en ce monde. Quant à l'iniquité prétendue du jeu, on s'abuse étrangement. Est-ce que le gagnant qui, au dire des théologiens, s'enrichit aux dépens du perdant, ne lui a pas payé en quelque sorte ce qu'il lui a gagné, par le risque qu'il a couru d'en payer autant, si le sort lui eût été défavorable ? N'y a-t-il pas eu égalité de chances (3) ? En un mot, il ne faut pas que la superstition, relevant les autels de la fortune, en fasse en présence du christianisme, une divinité païenne ; il ne faut pas non plus infliger la qualification d'inique à une convention qui balance les chances respectives de gain et de perte et repose sur la bonne foi et l'égalité.

Tel est le résumé du système de Pothier.

Ce système ne prévalut pas tout d'abord, sous no-

(1) V. Molina, *De justitia*, t. II ; *De contract. disp.*, 516.

(2) N<sup>o</sup> 4 et suiv.

(3) N<sup>o</sup> 56.

tre ancien droit, où nous voyons les ordonnances se préoccuper surtout des dangers qu'entraîne le jeu et le traiter avec une sévérité excessive. Le système des théologiens l'emportait avec l'ordonnance de janvier 1629 qui, nous nous le rappelons, déclarait : « *nulles toutes dettes contractées pour jeu..... et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles.* »

Néanmoins, les mœurs et l'opinion publique ne ratifièrent pas ces sévérités. Tout en réprouvant les excès du jeu, tout en le proclamant comme un vice, quand il est porté jusqu'à la passion, elles ont toujours considéré qu'il y a un point d'honneur à payer les dettes qu'on y a contractées loyalement, et, de bonne heure, on a vu dans les promesses faites au jeu une obligation dont la bonne foi ne permet pas de se délier.

Entre ces diverses opinions, quelle est celle que le code civil a trouvée préférable ?

La question est délicate, et, dans la doctrine, a donné lieu aux systèmes les plus divergents.

Dans un premier système, on soutient que la loi fait du jeu et du pari des contrats civils qu'elle place au même rang que les contrats aléatoires (art. 1964), et que, dès lors, puisque le jeu existe comme contrat, il doit produire une obligation non pas simplement *naturelle*, mais civile. A la vérité, la loi lui dénie, à la différence des autres contrats, le droit de produire une action en justice (art. 1965) ; mais, sauf l'action qui lui manque, l'obligation qu'il engendre a tous les effets d'une obligation civile ordinaire. Ce qui le prouve, c'est que le perdant qui volontairement s'acquitte ne peut point répéter ce qu'il a payé

(art. 1967). Si la loi, dans l'espèce, lui refuse toute action en répétition, c'est qu'il a payé *valablement* ; or, la validité d'un paiement implique l'existence et la validité de l'obligation que veut éteindre celui qui paie.

Dans ce premier système, l'article 1967 expliquerait l'article 1965, en fixant la mesure dans laquelle le contrat civil du jeu, quoique dépourvu d'action en justice, reste néanmoins civilement obligatoire. Quant au motif qui a dû inspirer le législateur, il apparaît aisément. La dette de jeu, dans nos mœurs actuelles, est considérée comme plus impérieuse, plus sacrée que toute autre. Le refus de payer une pareille dette met toujours celui qui s'en rend coupable au ban de la société : dans bien des cas, on le verra, avec indifférence, manquer à des obligations provenant d'une source bien plus légitime. En refusant la répétition des sommes perdues et volontairement payées, le législateur n'a fait qu'obéir au sentiment qui règne, à cet égard, dans le monde.

Moins absolu dans sa solution, un deuxième système se contente de poser, en principe, que le jeu ou le pari ne produit qu'une obligation purement naturelle.

L'obligation n'est pas civile, puisqu'elle offre ce caractère, spécial à l'obligation naturelle, d'exclure la répétition. Ce raisonnement s'accorde parfaitement avec le texte de l'article 1235, aux termes duquel il est dit que tout paiement suppose une dette et que la répétition n'est point admise pour les dettes naturelles volontairement acquittées.

Si la dette de jeu est dépourvue d'action, c'est que le législateur a été mu par cette considération que la

partie qui a perdu a cédé peut-être à des entraînements irréflechis, de nature à aveugler son consentement. Afin de couper court aux procès scandaleux qu'entraînerait la vérification de ce point de fait, la loi, s'emparant de ce *peut-être*, en fait une présomption sous laquelle le perdant peut s'abriter, mais à laquelle il peut renoncer. Or, c'est précisément ce qu'il est censé faire lorsque, libre de toute pression et la partie finie, il paie son enjeu. Il fait alors ce que ferait un débiteur civilement obligé : il fait un bon et véritable *paiement*. Voilà pourquoi il ne peut pas répéter (1).

Un troisième système auquel nous nous rallions, soutient que le jeu n'engendre *aucune obligation*.

De deux choses l'une : ou la somme engagée comme enjeu est modique ou elle ne l'est pas.

Dans le premier cas, les joueurs ne songent qu'à passer leur temps et à éviter l'ennui. Or, un acte qui, à raison de son objet, est considéré par les parties comme un simple passe-temps, n'est *point du ressort des lois* (2). Or, comment un acte qui, par sa frivolité, est indigne de l'attention de la loi et dont, par suite, elle ne s'occupe point, peut-il produire un effet légal ?

Dans le second cas, chacune des parties joue pour s'enrichir des dépouilles de l'autre. Cette fin, dit Pothier, n'est point une fin honnête : le droit naturel et la charité y répugnent (3) ; la morale la réprouve (4).

(1) Delv., t. II, p. 117 et 442, note 5 ; Toullier, t. VI, n° 381 et 382 ; Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 6 ; § 386, p. 574.

(2) Portalis. V. Fenet, t. XIV, p. 539.

(3) N° 36, 38 et 55.

(4) M. Pont, *Des petits contrats*, n° 592.

Or, se peut-il que la loi ait, jusqu'à un certain point, pris un tel acte sous sa protection ?

Cette théorie, ajoutons-nous, est conforme aux précédents historiques et à la pensée qui a dirigé les rédacteurs du Code.

Le droit romain, on le sait, ne donnait aucun effet légal au jeu. L'ordonnance de janvier 1629 ne le traitait pas avec plus de faveur. Après avoir rappelé les dispositions de cette ordonnance qui efface jusqu'à l'obligation naturelle, Portalis ajoute (1) : « Nous n'avons pas cru devoir abandonner une jurisprudence si favorable aux bonnes mœurs et si nécessaire pour prévenir les désordres d'une passion dont tous les législateurs ont cherché à réprimer les excès. » Arrêtons-nous sur ce dernier document qui nous paraît probant.

Deux objections sont faites à ce système : la première se tire de l'article 1964 qui, rangeant le jeu et le pari dans les contrats *valables*, semble devoir leur faire produire des effets civils.

La réponse est facile : assurément nos adversaires n'ont pas la prétention de soutenir que les conventions de jeux et de paris sont, *dans tous les cas*, des contrats civils ; dès lors, la disposition précitée nous indique simplement que lorsque le jeu et le pari sont *légalement* valables, ils appartiennent à la classe des contrats. Quant à la question de savoir dans quels cas et sous quelles conditions ils sont licites et acceptés comme tels par la loi, l'article 1966 peut seul nous l'apprendre : les jeux propres au fait des armes, etc..., et les paris qui s'y rapportent

(3) Fenet, t. XIV, p. 539 à 541 ; 550 à 559.

sont seuls dignes de son attention et de sa faveur.

La deuxième objection qu'on peut nous faire est celle-ci :

Si la dette du jeu n'existe, ni comme dette civile, ni comme dette naturelle, d'où vient que la loi tienne pour bon et valable l'acte par lesquels le perdant s'exécute volontairement ? A quel titre cet acte peut-il valoir ? Comme paiement ? Cela ne se peut pas, puisque tout paiement suppose l'existence d'une dette (art. 1235). Comme donation ? ce serait tout à fait contraire à l'intention des parties. Donc, de deux choses l'une : ou le jeu engendre une obligation susceptible d'être valablement payée, et par conséquent valable en elle-même, au moins comme obligation naturelle ; ou l'article 1967, qui refuse au perdant le droit de répéter ce qu'il a volontairement payé, est inexplicable et dénué de toute raison.

Ce dilemme n'est pas invincible. La dette de jeu, nous le répétons, n'a aucune existence légale, et l'acte par lequel le perdant s'exécute n'est ni un paiement proprement dit, ni une libéralité. Si la loi refuse au perdant le droit de répétition, c'est en vertu de la maxime : *In pari turpitudine melior est causa possidentis*. En effet, entre deux maux il faut choisir le moindre et ce dernier est assurément celui qui blesse le moins l'équité. « Lorsque, en vertu d'un contrat illicite des deux côtés, quelque chose a été payée, à quelque résolution que l'on s'arrête, que l'on accorde la répétition ou qu'on la refuse, on tombera toujours dans un inconvénient. Si on l'accorde, n'est-il pas inique que celui qui a donné de l'argent pour commettre une mauvaise action puisse la répéter, lui qui devrait recevoir la peine de sa

complicité? Et, d'un autre côté, si on la refuse, n'encourage-t-on pas celui qui a reçu cet argent et qui par là a offensé la morale publique? Assurément, de quelque côté que l'on se tourne, la conscience se révolte; mais, cependant, il faut opter et s'arrêter au parti qui offre le moins d'inconvénients. Toute action en justice se fonde sur le droit; mais la retention se fonde souvent sur le fait et sur l'occasion, par exemple, sur le défaut de droit de celui qui demande. De là la règle : *In pari causa, melior est causa possidentis*. Que les parties restent donc dans l'état où le fait les a mises; qu'elles soient régies par le fait et non par le droit qu'elles ont foulé aux pieds (1). »

C'est bien là l'idée qui se présente à l'esprit de Portalis (2), lorsqu'il dit, à propos de l'article 1976 : « La loi ne saurait écouter les joueurs quand ils l'invoquent pour le fait même dans lequel ils l'ont méconnue; parce que d'ailleurs le repentir de l'avare qui a payé une dette de jeu n'est pas favorable pour réveiller l'attention de la justice. » Voët, Scaccia et Barbeyrac partageaient la même opinion.

Cette argumentation répond par elle-même, sans que nous ayons besoin d'insister davantage aux différents systèmes qui voient dans l'article 1967 la sanction de l'obligation civile ou naturelle à laquelle donnerait lieu la convention de jeu ou de pari.

Si le pari est, en principe, assimilé au jeu et se trouve soumis aux mêmes règles, il faut néanmoins observer que le parieur ne peut invoquer le bénéfice de l'article 1966, dont nous allons parler dans un

(1) Troplong, *loc. cit.*

(2) Fenet, *loc. cit.*, p. 550.

instant, que tout autant qu'il a pris une part active et directe au fait sur lequel s'est ouvert le pari. La loi ne saurait accorder sa protection à celui qui, simple spectateur, a conjecturé et affirmé contre un autre que dans tel exercice, la lutte, par exemple, l'un des champions qu'il désigne l'emportera. A quel titre serait-il récompensé pour avoir vu ses prévisions se réaliser? Est-ce que les sommes qu'il a engagées ont contribué au développement de l'adresse ou de la force du corps?

Nous verrons, plus tard, qu'il est fait une dérogation à cette règle dans le cas de paris intervenus à l'occasion de courses de chevaux.

En déclarant, dans l'article 1965, code civil, qu'il n'accorderait aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari, le législateur n'a pas émis une théorie nouvelle. Il s'est borné, d'une part, à poser en principe ce qui, dans les données de la jurisprudence romaine, n'était qu'une conséquence déduite de la prohibition établie par la loi; de l'autre, il n'a fait que renouveler et sanctionner, de plus fort, une règle de notre ancien droit qui se justifie aujourd'hui par les motifs mêmes dont s'étaient inspirés les rédacteurs de nos anciennes ordonnances.

Le jeu, envisagé comme simple exercice de récréation, contenu dans des limites modérées, n'a rien de blâmable en soi, rien qui ne soit dans les fins de la nature. Mais alors, par son objet même, comme par son peu d'importance, il n'est pas du ressort des lois (1) et, dès lors, il ne saurait être, dans ce cas, le principe d'une action.

(1) *Non de minimis currat prætor.*

Si, au contraire, il dégénère en spéculation et se transforme, en quelque sorte, en un acte de commerce où les parties n'ont pour mobile que le désir et l'espoir du gain, le jeu est fondé alors sur une cause trop vicieuse et trop blâmable pour motiver et légitimer une action en justice. D'ailleurs, dans ces conditions, il est susceptible d'entraîner après lui tant de désordres, tant de conséquences funestes, que, par prudence et comme moyen préventif, le législateur devait refuser, par avance, toute sanction aux engagements dont il pourrait être l'occasion : « Il est des choses », dit Portalis, « qui, quoique licites par elles-mêmes, sont prosrites par la considération des abus et des dangers qu'elles peuvent entraîner; conséquemment, si le jeu, sous le point de vue que nous l'envisageons, n'était pas déjà réputé mauvais par sa nature, il faudrait encore le réprouver par rapport à ses suites. Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne et que l'équité désavoue? Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée de gain de celle du travail et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles particulières, au détriment des mœurs publiques et de la société générale (1)? »

Le jeu et le pari sont donc, en principe, dépourvus de force obligatoire. Le perdant opposerait valablement une fin de non-recevoir, tirée de la cause même de la dette, au gagnant qui réclamerait en justice le

(1) Fenet, t. XIV, p. 540. — Loqué, t. XV, p. 173.

montant de l'enjeu convenu ; il pourrait, en dépit de l'opinion publique, se refuser à payer celui que le hasard a favorisé et qui est sorti vainqueur de la lutte.

Toutefois, ce principe souffre une exception que nous avons déjà constatée dans l'histoire et que notre législation consacre à nouveau. Certains jeux sont favorisés par la loi ; nous comptons parmi eux les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et *autres* jeux de même nature qui tiennent à l'*adresse* et à l'*exercice* du corps.

Est-il nécessaire de justifier l'exception consacrée par le code civil, dans l'article 1966, et de légitimer la protection spéciale que la loi accorde aux jeux dont nous venons de parler ? le motif nous en est donné, dans un langage pompeux et poétique, par le tribun Duveyrier : « Les jeux olympiques, » dit-il, « nous retracent la Grèce entière assemblée, célébrant des triomphes et s'exerçant aux actions de force et de courage qui protégeaient la liberté. Ces solennités, ces pompeuses cérémonies, ces acclamations d'un peuple immense, ces fleurs jetées à flots sur l'immortalité, ces couronnes si précieuses que le plus orgueilleux monarque les disputait avec plus d'ardeur qu'une victoire, que les pères mouraient de joie en les contemplant sur le front de leurs fils ; ces nobles jeux n'avaient que des efforts sublimes, des prix glorieux, et leur histoire ne nous transmet à nous-mêmes que des pensées de vertu et d'héroïsme.

» Ces souvenirs mêlés à ceux de nos anciens tournois, de nos joutes chevaleresques et des sentiments

de magnanimité, de gloire et d'amour qui étaient leur règle, leur motif et leur prix, ces souvenirs répandent encore aujourd'hui une saveur d'estime et d'approbation sur tous ces exercices qui n'en sont qu'une faible image ou une reproduction déguisée, sur les courses de chevaux et de chars, les assauts d'armes, la paume, le mail, la bague, tous ces jeux enfin dans lesquels la force, l'adresse ou la légèreté peuvent seules disputer l'avantage.

» Encore faut-il, pour qu'ils jouissent de ce privilège, qu'ils soient absolument purgés de tout calcul de lucre, de toute spéculation exorbitante, qui terniraient la pureté de leurs motifs et la générosité de leurs efforts. »

Si certains jeux ont ainsi le bénéfice d'une action judiciaire et sont érigés en véritables contrats, la loi n'en abandonne pas cependant les clauses à l'arbitraire et au caprice des parties : elle ne veut pas que le jeu, alors même qu'il aurait pour objet l'adresse et l'exercice du corps, sorte des bornes d'une simple distraction et que la stipulation de l'enjeu, qui ne doit provoquer que l'émulation, contribue à faire dégénérer le contrat en une véritable spéculation. Aussi l'article 1966 contient-il une disposition spéciale, aux termes de laquelle le tribunal pourra, alors même que le jeu réunirait toutes les conditions essentielles pour sa validité, rejeter la demande, dans les cas où la somme engagée lui paraîtra excessive.

Il s'agit là, on le comprend bien, d'une appréciation de fait qui rentre dans le pouvoir souverain des juges du fond. Ils prendront en considération, pour s'éclairer, la nature du jeu, la condition des joueurs, leur état de fortune, surtout leurs habitudes ; et, si

les juges estiment que la somme est trop élevée, ils rejettent la demande *pour le tout*. Il ne leur appartiendrait pas, en effet, de la modérer ou d'en restreindre le chiffre. Car, d'une part, ce serait eux en réalité qui, en procédant ainsi, feraient le contrat; et, d'autre part, on ne peut pas dire dans ce cas que les joueurs n'aient eu d'autre but que de stimuler leur courage : la somme même qu'ils ont engagée prouve que la pensée du gain était le mobile unique du contrat, et le jeu dans ces conditions étant abusif, c'est le cas d'appliquer dans son rigorisme absolu la règle qui le dépouille de toute action.

Il importerait peu d'ailleurs que le gagnant, reconnaissant que la somme engagée au jeu ou dans le pari était exorbitante, réduisit de lui-même le chiffre de sa demande. Ce sacrifice qu'il s'imposerait volontiers ne saurait écarter l'application de la disposition finale de l'article 1966 ; le juge n'en devrait pas moins, à raison de la pensée de gain qui a présidé à la formation du contrat, rejeter la demande en totalité.

Observons que la loi est purement *énonciative* dans la *nomenclature* des jeux, auxquels elle se montre favorable, mais qu'en même temps sa disposition est *limitative* en ce qui concerne leur *nature*. Ainsi, les jeux qui ne tiennent pas à l'adresse et à l'exercice du corps, par conséquent tous ceux de calcul et de combinaison, c'est-à-dire les jeux propres uniquement à exercer l'esprit, à développer l'intelligence, sont virtuellement exclus des dispositions de l'article 1966. Nous n'avons pas non plus à distinguer entre ceux qui sont de pur hasard et ceux qui sont mélangés d'habileté et de hasard : les uns et

les autres sont également soumis à la règle. Il n'y a pas à se référer, pour l'interprétation de l'article 1965, à la pensée qui, en droit pénal, a inspiré les dispositions prohibitives de la tenue des jeux : les articles 410, 474, 5°, et 477 du code pénal sont, en effet, plus restreints dans leur portée que l'article 1965 du code civil, en ce qu'ils s'appliquent seulement aux jeux de hasard proprement dits. C'est là un point reconnu par la jurisprudence qui, journellement, refuse d'assimiler aux jeux de hasard, dans le sens des dispositions prohibitives du code pénal, certains jeux, par exemple la *poule* au jeu de *billard*, le jeu de cartes, dit la *mouche*, etc. (1), qui, en droit civil, sont considérés comme dépouillés de toute action par application de l'article 1965.

Quant au pari, la question est plus délicate et la difficulté vient, d'un côté, de ce que certaines conventions aléatoires très-permises se rapprochent tellement du pari qu'il est souvent fort difficile de les distinguer. Ainsi, en matière d'assurances, il y aura difficulté, dans bien des cas, à discerner nettement l'assurance sur la vie, ce contrat d'indemnité, comme l'appellent les Anglais, chez lesquels ce contrat est passé à l'état d'institution nationale, de ces gageures folles et téméraires qui ne sont, à proprement parler, que de véritables paris sur la vie humaine. Le juge aura à apprécier si les contractants ont stipulé, en vue de réparer ou de prévenir le dommage pouvant résulter, pour le stipulant, de la mort de celui qui contracte avec lui ou de telle autre personne indiquée au contrat, ou s'ils ont voulu spéculer

(1) Crim., 18 févr. 1858, 9 nov. 1861. — Pau, 2 mai 1861.

ler sur un événement incertain et malheureux, la mort de l'un de leurs semblables. Dans le premier cas, il y a assurance sur la vie, contrat utile, essentiellement moral et auquel le législateur accorde toute sa protection; dans le second, il y a pari, contrat inutile, sans valeur juridique et à raison duquel les parties sont dépourvues de toute action (1).

D'un autre côté, il se présentera certains cas où les parties contractantes auront pu aisément déguiser le pari sous la forme d'autres contrats. Cette proposition ressortira avec une évidence frappante, lorsque nous traiterons d'une espèce de paris qui, de nos jours, se sont développés dans les proportions les plus considérables; nous voulons parler des paris sur la hausse et la baisse des effets publics; nous verrons, en les étudiant, quel embarras on éprouve à reconnaître que telle opération de ce genre est un véritable pari, que telle autre est une mutation sérieuse de propriété, un mouvement effectif de titres ou de sommes.

Mais revenons à notre commentaire des articles 1965 et 1966.

Dans les hypothèses éminemment favorables de l'article 1966, le jeu et le pari étant érigés en véritables contrats, doivent réunir toutes les conditions essentielles à la validité des contrats, en général; nous voulons parler de la *capacité* et du *consentement* des parties.

Il faut d'abord que chacune des parties ait le droit de disposer de la somme engagée par elles au jeu ou dans le pari. Ainsi, un mineur émancipé ou non,

(1) V. Troplong, *loc. cit.*, n° 158 et suiv.

un individu pourvu d'un conseil judiciaire, un interdit, ne pourraient pas valablement jouer ou parier les sommes dont ils ont la propriété ; car, bien que ces sommes leur appartiennent, ils n'en ont pas la libre disposition. Le gagnant leur réclamerait donc vainement le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari ; son action échouerait infailliblement dès que le perdant viendrait exciper de l'état d'incapacité qui le mettrait dans le cas de ne pouvoir disposer des objets ou des sommes par lui engagées dans le jeu ou dans le pari. Ce que nous disons du mineur, de l'interdit, de l'individu pourvu du conseil judiciaire, il faut le dire de la femme mariée (1), même séparée de biens, car, si elle a le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner, elle ne peut cependant le faire que dans la mesure et les limites du droit d'administration, dans lequel, quelque étendu qu'on le suppose, le jeu ne saurait jamais rentrer (2).

Une seconde condition nécessaire à la validité du contrat de jeu ou de pari, c'est que le consentement des joueurs ou des parieurs soit parfaitement libre. Le consentement est sans doute de l'essence de tous les contrats ; mais on doit y tenir plus encore dans celui dont il s'agit ici que dans tous les autres, parce que c'est surtout dans le jeu que l'entraînement, la passion, l'aveuglement sont à craindre, et que la fraude et le dol sont possibles.

Mais la capacité et le consentement ne sont pas les seules conditions nécessaires : Pothier en signale encore deux qui sont, nous devons le remarquer en

(1) Cass., 30 déc. 1862.

(2) Pothier, n° 9 à 11.



passant, particulières au contrat de jeu : l'égalité de risques (1) et la fidélité apportée au jeu (2).

Par égalité de risques, il faut entendre que la partie doit s'engager entre joueurs de même force; mais on comprend qu'il ne saurait être question ici d'une égalité rigoureusement exacte. Il suffit qu'il n'y ait pas entre les joueurs une trop grande disproportion. Si l'un d'eux avait la certitude matérielle de gagner la partie, et si le risque faisait défaut, le contrat serait entaché de nullité. Quant à l'inégalité des risques résultant uniquement de ce que l'un des joueurs exposerait au jeu une somme supérieure à celle qu'y engagerait l'autre, elle ne serait d'aucune considération. La convention est, à la vérité, en dehors des règles propres aux contrats intéressés de part et d'autre, et en définitive le gagnant, si c'est celui qui a engagé au jeu la somme la plus faible, aura reçu du perdant une sorte de libéralité; mais, comme le dit Pothier, c'est là un avantage que celui-ci n'a pu ignorer, qu'il a fait de son plein gré, en toute connaissance, et qui, dès lors, ne contient aucune injustice.

La dernière condition nécessaire à la validité du contrat est que les joueurs tiennent le jeu avec fidélité et n'y apportent aucun fait de tricherie ou de supercherie. Pothier donne comme exemple d'infidélité au jeu le cas où, jouant au billard, l'un des joueurs laisserait sciemment son adversaire dans l'erreur sur le nombre de points déjà faits, s'abstiendrait de l'avertir s'il en marquait un nombre moins

(1) Pothier, nos 19 à 23.

(2) *Id.*, n° 28.

dre, et gagnerait la partie à la faveur de cette méprise dont il aurait profité.

La créance née du jeu ou du pari n'est pas exigible, on l'a vu ; mais il peut se faire que le perdant, « fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, » s'acquitte volontairement envers le gagnant d'une dette que nos mœurs ont qualifiée de dette d'honneur. La loi romaine déclarait que rien n'était fait ; elle accordait au perdant le droit de se faire restituer le paiement qu'il avait effectué.

A cette règle, nous le savons, l'ordonnance de Moulins en substitua une nouvelle que le législateur reproduit dans l'article 1969 : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant dol, supercherie ou escroquerie. »

Nous nous sommes déjà expliqué sur le principe de cet article et sur la pensée qui a présidé à sa rédaction ; nous n'y reviendrons pas. Nous passons immédiatement à son commentaire, nous occupant successivement de la portée de l'article 1967, de ce qui constitue un paiement dans le sens de cet article et des conditions auxquelles le paiement est exclusif du droit de répétition.

Nous dirons ensuite quelques mots de certains contrats accessoires qui naissent souvent à l'occasion du jeu ou du pari, *occasione ludi*, pour nous servir de l'expression d'un jurisconsulte ancien.

Il n'y a pas à insister longuement sur le premier point. La place qu'occupe notre article et sa formule même en indiquent nettement la portée. L'article 1965 pose en thèse générale que la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari, et l'article 1966 ajoute que les jeux te-

nant à l'adresse et à l'exercice du corps sont exceptés de la disposition précédente, sauf le droit pour les juges de rejeter l'action en totalité, lorsque les sommes engagées dans le jeu ou dans le pari leur paraissent excessives. L'article 1967 vient immédiatement après et dispose que *dans aucun cas* le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant dol, supercherie ou escroquerie. Il résulte de là incontestablement que la règle posée dans cet article est générale, s'appliquant tout aussi bien aux cas prévus par l'article 1965 qu'à ceux que vise l'article 1966; qu'elle est absolue, en ce sens qu'elle ne distingue pas entre l'enjeu modéré et l'enjeu excessif. Dès qu'il est acquitté entre les mains du gagnant, tout est consommé: la justice ne pourrait, pas plus d'office que sur la demande de la partie, tenir pour non-venu un engagement désormais avoué et librement exécuté par le perdant.

On a toutefois soutenu qu'en matière de *jeux de Bourse*, le paiement de l'enjeu est parfois restituable. Les auteurs notamment qui voient dans le jeu et le pari une obligation civile ou une obligation naturelle, et dont nous avons combattu plus haut l'opinion, hésitent à attribuer ce caractère au pari sur la hausse et la baisse des effets publics; ils reculent devant cette conséquence qu'un fait délictueux, réprimé par la loi pénale, puisse être la source d'une obligation, même naturelle. Cependant, parmi ces auteurs, quelques-uns, inconséquents avec leur point de départ, décident que la restitution n'est pas ici admissible et que celui qui a payé ne peut faire usage de ce droit.

Pour nous, qui avons expliqué l'article 1967 par le principe : « *In pari causâ melior est causa possidentis*, » nous croyons devoir, par un argument à *fortiori*, repousser le droit au remboursement. Nous disons, avec la jurisprudence dont nous suivons l'opinion, que « plus le perdant cherche à établir que les jeux de Bourse constituent un délit, plus il démontre la non-recevabilité de son action. »

Toutefois, pour que ce dernier ne puisse élever de réclamation, il faut qu'il ait *volontairement payé* : voilà deux mots qu'il nous faut expliquer ; et, tout d'abord, laissons de côté le caractère volontaire de l'acte, pour nous occuper du mode d'extinction lui-même de la dette.

Que le paiement soit effectué en espèces ou en meubles, il n'en opère pas moins la libération du débiteur ; mais en est-il de même, s'il est acquitté à l'aide d'une *dation en paiement*, d'une *cession de créance*, d'une *compensation*, actes qui indiquent de la part du débiteur l'intention formelle et la volonté arrêtée de remplir son obligation ? Parcourons ces divers modes d'extinction.

La dation en paiement effectuée par une vente d'immeubles était implicitement reconnue et validée par l'ordonnance de 1629, dont l'article 141 s'était borné à réserver les hypothèques acquises sur les immeubles par les créanciers du vendeur : « Et d'autant, » disait cet article, « que l'effrénée passion du jeu porte quelquefois à jouer des immeubles, nous voulons et déclarons que, nonobstant la perte et délivrance desdits immeubles, quoique déguisée en vente, échange ou autrement, les hypothèques demeurent entre eux aux femmes pour leurs

conventions et aux créanciers pour leurs dettes, nonobstant tout décret, s'il est prouvé que l'aliénation desdits immeubles procède du jeu. »

Mais, postérieurement, une déclaration du 1<sup>er</sup> mars 1781, usant envers le jeu d'une rigueur excessive, prononça la nullité : « des ventes, cessions, transports et tous autres actes, de quelque nature qu'ils puissent être, ayant pour cause une dette de jeu, soit qu'ils aient été faits par des majeurs ou des mineurs. »

Quelle doit être notre solution sous l'empire de la législation actuelle ? Nous n'hésitons pas à décider, avec M. Troplong, que la déclaration du 1<sup>er</sup> mars 1781, n'ayant pas été reproduite par le code civil, qui a émis un système complet sur le contrat de jeu et de pari, doit être considérée comme abrogée. Les juges auront un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les faits et donner à l'opération intervenue entre les parties le véritable caractère qu'elle comporte ; car un tel acte, quel qu'il soit, vente de meubles ou d'immeubles, transport de créances, etc..., ne pourra être opposé au perdant, dans le sens de l'article 1967, qu'autant qu'il aura dessaisi ce dernier définitivement d'une valeur ou d'un droit quelconque, et indiquera par cela même la volonté bien arrêtée du perdant de s'acquitter.

Ainsi, d'abord, la livraison de meubles ou d'immeubles à titre de dation en paiement constitue bien un paiement dans le sens de l'article 1967, quand l'intention des parties est que le gagnant devienne immédiatement et d'une manière définitive propriétaire du meuble ou de l'immeuble qui en est l'objet. Mais si l'acte qualifié vente est en réalité une simple

procuration donnée par le perdant au gagnant, à l'effet de faire vendre l'objet mobilier ou immobilier et de retenir sur le prix le montant de la dette de jeu, il est clair qu'il n'y aura paiement irrévocable et fait accompli susceptible de faire écarter la répétition que par la réalisation de la vente suivie de la rétention de la somme perdue au jeu ou dans le pari.

Comme le perdant peut jusque-là révoquer sa procuration, il est vrai de dire qu'il n'y a pas jusque-là une manifestation suffisante de l'intention et de la volonté d'accomplir l'obligation résultant du jeu ou du pari.

Ajoutons que cette opération, cette vente ne vaudra que comme dation en paiement; c'est-à-dire que si le gagnant vient à être évincé de la chose donnée en paiement, il reprendra simplement sa créance primitive. Il ne saurait y avoir lieu à une vente proprement dite, produisant action en garantie; sinon la loi protégerait indirectement une dette de jeu. A un autre point de vue, on ne peut soutenir qu'il y ait, à proprement parler, vente; car il faudrait admettre que vous m'avez vendu effectivement votre maison et que je vous en ai dû le prix *ex empto*, puis que ce prix, une fois dû, s'est compensé légalement avec le montant de la dette de jeu. Or, nous verrons que cette compensation est impossible.

Le paiement peut aussi consister en une cession de créance, et la propriété de la créance passera au gagnant, qu'elle soit ou non cessible par endossement, pourvu toutefois que les formalités exigées par la loi aient été remplies. En effet, après l'accomplissement de ces formalités, la cession de

créance équivaut à un véritable paiement ; le perdant, après s'être légalement acquitté, ne pourrait exiger aucune restitution. Il importe néanmoins de remarquer que le transport doit être fait sans garantie ; autrement ce serait protéger la dette de jeu qui légalement est dépourvue de toute sanction ; en conséquence, si le gagnant est évincé, il n'aura aucun recours. N'a-t-il pas, en effet, accepté le paiement à ses risques et périls ? Ne sait-il pas que la stipulation expresse de garantie ne peut produire d'effet, qu'elle serait une fraude à la loi ? Ainsi, alors même que la garantie aurait été stipulée, le perdant sera libéré de toute obligation.

Il peut se faire aussi que le perdant, pour s'acquitter, souscrive des billets à ordre au profit du gagnant. Deux cas pourront alors se présenter :

Si c'est le gagnant qui vient à l'échéance du titre en réclamer le remboursement, le souscripteur pourra lui opposer que la dette ayant pour cause le jeu ne saurait servir de base à l'action dirigée contre lui et soutenir avec raison qu'il n'est pas permis d'assimiler à un paiement définitif des billets qui ne sont que de simples promesses de payer plus tard (1). Il y aurait la même raison de décider dans le cas où il s'agirait d'une obligation notariée ou d'un effet de commerce souscrit par le perdant : il n'y aurait pas eu davantage paiement exécuté (2).

Supposons maintenant que les billets ne sont plus entre les mains du gagnant, mais qu'ils se trouvent

(1) Cass., 29 déc. 1814 ; Lyon, 21 déc. 1822 ; Grenoble, 6 déc. 1823.

(2) Troplong, n° 196 ; Mollot, n° 331.

- dans le commerce. Dès qu'ils sont mis en circulation, le souscripteur ne peut opposer aucune exception aux tiers-porteurs, pourvu qu'ils soient de bonne foi, c'est-à-dire pourvu qu'ils ignorent la cause origininaire de la dette. Mais le perdant, contraint ainsi de payer une dette dont la cause est illicite, aurait son recours contre le bénéficiaire du billet, c'est-à-dire contre le gagnant, qui, en le négociant, a touché le montant de sa créance (1).  
En présence ces solutions, qui ne sont plus contestées en jurisprudence, nous devons ajouter que le perdant pourra être admis à prouver par témoins que ces billets reposent sur une fausse cause (ce qui sera le cas le plus fréquent), et que leur cause réelle et illicite en elle-même a été déguisée pour violer la loi. On objectera peut-être qu'il y a contradiction entre notre affirmation et les dispositions de l'article 1341, C. civ., qui ne permet de recevoir aucune preuve *contre* et *outré* le contenu des actes. Nous répondrons, avec l'article 1353, que le cas de fraude est excepté, et qu'en tout état de cause elle peut être établie par la preuve testimoniale; or, la dissimulation de la cause réelle d'une obligation est assurément une fraude, et l'hypothèse que nous envisageons écarte évidemment l'application de la disposition rapportée plus haut.

De ce que le paiement doit être volontaire, il faut décider que la compensation qui, chez nous, a lieu de plein droit, à l'insu même du débiteur, ne se produirait pas à l'occasion d'une dette de jeu, bien qu'au fond la compensation ne soit autre chose qu'un

(1) Cass., 4 déc. 1854.

paiement abrégé. Le gagnant, devenu à un titre légitime quelconque débiteur du perdant, ne pourrait se dispenser de payer ce qu'il doit, en alléguant qu'il est lui-même créancier en vertu du jeu. Si on décidait autrement, la compensation s'opérant sans le consentement de la partie intéressée, on arriverait, au mépris du texte formel de la loi, à contraindre le débiteur à l'acquittement de sa dette. Le perdant doit pouvoir dire : « Je reconnais mon obligation, mais il ne me convient pas de l'exécuter ; j'entends que vous remplissiez les engagements que vous avez contractés vis-à-vis de moi. » Nous pouvons ajouter que la compensation ne s'applique qu'aux dettes exigibles, c'est-à-dire aux dettes munies d'une action ; or, c'est ce qui n'a pas lieu pour la dette de jeu.

Le paiement ou les actes équivalents dont nous venons de présenter l'énumération ne sont susceptibles d'exclure l'action en répétition que lorsqu'ils ont été *volontairement* exécutés.

Le paiement doit être *volontaire*. Quand le perdant paie sa dette, c'est qu'il suppose qu'il a été loyalement vaincu. Mais s'il vient à reconnaître que la fraude a préparé sa perte et que le gagnant a usé à son égard de dol, supercherie, tricherie, etc. ; par exemple en regardant son propre jeu ou le dessous des cartes, le paiement qu'il a fait sera sujet à restitution. La mauvaise foi du gagnant vis-à-vis d'un adversaire loyal doit lui aliéner l'intérêt de la loi et rendre ce dernier recevable dans sa demande en remboursement ; à plus forte raison en serait-il ainsi, si le gagnant lui avait extorqué le paiement par des manœuvres frauduleuses. De ce que le paiement doit être volontaire, il suit que le perdant pourrait se le

faire restituer, s'il a ignoré les conséquences de ce paiement et s'il n'a pas su qu'en cas de refus de sa part la loi refusait au gagnant le droit de l'y contraindre. On a aussi décidé que l'héritier qui paie une dette sans savoir qu'elle a pour cause le jeu, pourra se faire restituer en justice la somme versée.

Du même principe découle cette conséquence, que les incapables, tels que le mineur, l'interdit, la femme mariée pourront répéter ce qu'ils auront payé au jeu. On ne pourrait pas dire, en effet, que le paiement fait par un incapable, c'est-à-dire par une personne n'ayant pas capacité pour vouloir, a été accompli volontairement et en parfaite connaissance de cause.

Si, à l'occasion d'une partie de jeu, les joueurs déposent leur enjeu sur table, il n'y aura pas, comme on l'a prétendue, un paiement virtuel fait par le perdant, ni une aliénation des sommes ou des choses mises comme enjeu sur la table. Chacun des joueurs conserve, à notre avis, la propriété de son enjeu et peut le retirer après la partie terminée. Le paiement fait par anticipation, c'est-à-dire avant la partie perdue et alors que les joueurs entraînés par l'ardeur de la passion qui les subjugue sont encore sous l'empire de l'ivresse du jeu, ne saurait être considéré comme un acte *volontaire*. Cependant si le perdant tardait trop à réclamer, son silence impliquerait alors une adhésion libre et réfléchie aux faits accomplis, et ces faits se traduiraient en un paiement volontaire, derrière lequel le gagnant pourrait se retrancher (1).

(1) La Cour de Bordeaux a décidé notamment, dans une espèce

Il nous reste maintenant à dire quelques mots de divers contrats, tels que le prêt et le mandat, qui souvent se rattachent au jeu et au pari.

Faudra-t-il les considérer comme tombant aussi sous l'application de l'article 1965? Par exemple, Primus, voulant jouer ou engager un pari, manque des fonds nécessaires et s'adresse à Secundus qui les lui prête; celui-ci sera-t-il dépourvu de toute action contre Primus pour obtenir le remboursement de la somme prêtée? et parce que cette somme a fourni à Primus le moyen de jouer ou de déposer l'enjeu d'un pari, Secundus pourra-t-il être repoussé dans son action par l'exception résultant de l'article 1965? La question se résout par une distinction qu'on peut d'ailleurs aisément pressentir.

Si le prêteur est complètement étranger à l'opération, s'il n'est pas intéressé dans la partie, s'il ignore même la destination des fonds qui lui ont été empruntés, il est de toute évidence que l'action en remboursement ne saurait lui être refusée, le joueur eût-il perdu l'entière somme qu'il a empruntée et même au delà. Alors, en effet, l'action a sa base, non pas dans le contrat de jeu ou de pari auquel la loi refuse tout moyen de sanction, mais dans un prêt, contrat de bienfaisance, digne, à ce titre, de la faveur et de la protection de la loi (1).

S'agit-il, au contraire, d'un prêteur intéressé, par exemple d'un prêteur qui, dans une partie engagée, analogue, que l'action en répétition n'est refusée par l'article 1967, Code civ., que lorsque le perdant a volontairement payé après la perte; que cet article est inapplicable lorsque le paiement a eu lieu par anticipation.

(1) Colmar, 29 janv. 1841.

a fait une avance à l'un de ses cojoueurs, qui n'a agi que dans la pensée de faciliter et de favoriser le jeu, la solution sera différente. La cause du prêt, dans ce cas, est aussi peu favorable que le jeu lui-même, et, pas plus que le jeu, elle ne saurait engendrer une action.

C'est ainsi qu'il a été justement décidé, en ce sens que la société des agents de change qui a prêté sur le fonds commun des sommes à un de ses membres pour faire face à ses découverts et lui donner le moyen de continuer ses opérations, sachant bien que l'agent se livre à des paris sur la hausse et la baisse, est sans action pour lui réclamer les fonds prêtés (1).

Après le prêt vient le mandat.

Plusieurs hypothèses sont à considérer : Le perdant peut d'abord charger un tiers de payer sa dette de jeu. Dans ce cas, ce dernier a le bénéfice d'une action judiciaire pour se faire rembourser de ce qu'il a payé par suite du mandat et pour son exécution. Cette action ne procède pas, en effet, d'une dette de jeu, puisque les parties n'ont pas joué l'une contre l'autre ; elle dérive d'un mandat donné pour l'accomplissement d'un fait licite. Cette dette n'a pas sa source, son origine dans le jeu, elle doit être protégée par la loi. Si le mandataire a entre les mains des fonds appartenant au mandant et qu'il s'en serve pour effectuer le paiement, il est certain qu'il joue le rôle d'un instrument de transmission purement passif et que l'opération doit être considérée comme si elle avait été accomplie par le mandant lui-même ; si,

(1) Paris, 30 mai 1838.

au contraire, celui qui paie n'a pas reçu l'argent du mandant et agit sur son invitation, on peut dire qu'il a fait l'avance de ses deniers personnels, qu'il les lui a prêtés. Et puisque nous avons validé le prêt fait au perdant, nous validerons également l'exécution du mandat intervenu dans ces conditions.

Il n'en serait pas de même si, au lieu d'un mandataire, il s'agissait d'un *negotiorum gestor*. La personne qui aurait acquitté de son chef, de sa propre initiative une dette de jeu ou le montant d'un pari, n'aurait aucun recours contre le perdant. Et la raison en est bien simple : le paiement doit être volontaire, et le perdant ne saurait, par le fait d'une personne tierce, être privé du droit de ne pas payer, si telle était son intention. Ne peut-il pas, en effet, lui dire : « Vous n'avez pas fait mon affaire; je ne voulais pas payer. »

On est tenté de se demander si le *negotiorum gestor* ne devrait pas, tout au moins, être considéré comme donateur et si, dès lors, le débiteur ne pourrait pas être soumis au rapport dans le cas où il viendrait à sa succession. La négative n'est pas douteuse; le paiement consommé par le *de cuius* n'a pas enrichi le perdant qui n'aurait pas payé. Le prétendu avantage qui lui aurait été fait est donc complètement illusoire. D'ailleurs, l'égalité, cette base de la théorie du rapport, a-t-elle été un instant troublée? Nullement. Le perdant ne souffre-t-il pas, comme ses cohéritiers, et, pour sa part, de l'absence d'une valeur qui a été distraite de la succession, sans qu'il en ait recueilli aucun avantage pécuniaire appréciable?

La question devient plus difficile, si nous suppo-

sons la *negotiorum gestio* ratifiée. Dans ce cas, nous n'hésiterions pas à admettre que le perdant est engagé envers le *negotiorum gestor*, comme il le serait envers toute personne, par le mandat qu'il lui aurait donné et qu'elle aurait exécuté sur-le-champ. En effet, l'élément essentiel qui avait manqué *a priori* dans la *negotiorum gestio*, pour que le paiement fait en l'acquit du perdant fût valable, c'était sa volonté de payer. Or, sa volonté est aujourd'hui d'être libéré par le paiement fait en son nom.

Si le mandat de payer la dette de jeu nous paraît, en principe, valable, nous déclarerions, au contraire, nul le mandat de jouer.

Cette solution est facile à justifier :

Comment pourrait-on faire produire des effets juridiques à un mandat que l'honnêteté ou la raison défend d'accepter? N'est-il pas évident que la loi réprouve le jeu dont on fait un moyen de spéculation? Le mandataire qui fournit, dans ce but, des avances à son mandant, ne s'associe-t-il pas à ses désordres? Ne les encourage-t-il pas? et n'est-ce pas, dès lors, le cas de lui appliquer la règle d'Ulpien : « *Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione non agitur* (1). »

La jurisprudence s'est toujours autorisée de ces principes, et elle en a fait l'application avec une exactitude parfaite aux agents de change dans leurs rapports avec leurs clients, en décidant que l'agent de change, dans toutes les circonstances où les opérations auxquelles il a prêté son ministère sont considérées comme de simples paris, n'a aucune action

(1) Ulpien, L. 6, § 3, ff., *Mandat. vel. caut.*

contre son client, soit en paiement de ses droits de commission, soit en remboursement des avances qu'il a pu faire pour ce dernier.

## CHAPITRE II.

### DU JEU ET DU PARI DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES LOIS RÉPRESSIVES.

Le jeu et le pari, à peu près confondus par le code civil dans des règles identiques, ont été diversement traités par la loi pénale.

Dans une première section, nous étudierons le jeu ; dans une seconde, le pari.

Notre première section comprendra elle-même deux paragraphes : les maisons de jeu ; les loteries.

#### SECTION PREMIÈRE. — *Du jeu.*

##### § 1<sup>er</sup>. — *Des maisons de jeu.*

Les monuments de la législation attestent les efforts qui ont été faits, à toutes les époques, pour mettre un frein à la passion des jeux de hasard.

Les dispositions de la loi des 19-22 juillet 1791, dont nous avons parlé plus haut, furent renouvelées par un décret du 24 juin 1806 qui prohiba les maisons de jeux de hasard dans toute l'étendue de l'Empire. L'article 3 portait que : « Tout fonctionnaire public, soit civil, soit militaire, qui autoriserait une maison de jeu, qui s'intéresserait dans ses produits ou qui, pour la favoriser, recevrait quelques som-

mes d'argent ou autres présents de ceux qui la tiendraient, serait poursuivi comme complice. »

Toutefois, l'article 4 du même décret autorisait le ministre de la justice « à faire des règlements particuliers, sur cette matière, pour les lieux où il existait des eaux minérales, pendant la saison des eaux seulement, et pour la ville de Paris. »

C'est en vertu de cette disposition que plusieurs maisons de jeu furent établies soit à Paris, soit dans d'autres localités ; leur exploitation fut même régularisée par des ordonnances du 5 août 1818 et du 19 juillet 1830. En 1837, la loi des finances de l'année autorisait encore, à Paris, la mise en ferme des maisons de jeux de hasard.

Toutefois, l'exception introduite par le décret de 1806 a cessé de recevoir son application depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1838 ; l'article 10, L. 11 juillet 1836 (1), qui prohibe les jeux publics, ayant été déclaré exécutoire à partir de cette époque.

« Ainsi, » dit M. Duvergier (*Collect. des lois*, t. XXXVI, p. 304, note), « se trouvent abrogés l'article 18, L. 19 juillet 1820, l'ordonnance du 5 août 1818 et le décret du 24 juin 1806. Il faut espérer que ce changement dans la législation est le précurseur d'un changement dans les mœurs et que, peu à peu, on verra disparaître cette habitude funeste et absurde de consacrer au jeu des sommes élevées et un temps précieux. C'est aux législateurs, aux magistrats, à tous ceux qui sont chargés de la haute direction sociale, à donner l'exemple de cette réforme ; les hom-

(1) V. la discussion qui a précédé cette loi dans le *Moniteur* du 18 juin 1836.

mes voués à l'étude des sciences morales, et notamment les légistes, doivent aussi comprendre qu'il est des délassements plus nobles, plus sérieux et plus moraux que le jeu et surtout le gros jeu.... »

Il y a déjà quelques années que ces lignes ont été écrites, et nous n'osons affirmer que les honnêtes espérances de leur auteur se soient réalisées.

Aujourd'hui, toute la législation sur les jeux réside dans les articles 410 et 475, § 5, du code pénal, qui prévoient et punissent, l'un la tenue des maisons de jeu de hasard, l'autre le fait d'avoir tenu des jeux de hasard dans les rues, les chemins et autres lieux publics.

Au seuil de l'étude des dispositions pénales relatives aux maisons de jeux se place une remarque importante : ce n'est pas le jeu considéré en lui-même que la loi punit, mais bien l'ouverture d'une maison destinée à son exploitation.

Que faut-il entendre par la tenue d'une maison de jeu ? Les caractères distinctifs d'un pareil établissement sont définis par le code pénal lui-même ; l'article 410 suppose, en effet, une maison de jeux de hasard, un établissement spécial ; il veut que le public y soit admis, soit librement, soit sur la présentation des affiliés ; il prévoit l'existence d'administrateurs, de banquiers, de préposés, d'agents, d'intéressés ; il suppose enfin que l'établissement est pourvu d'instruments, d'ustensiles, d'appareils destinés au service des jeux, de meubles et d'effets mobiliers destinés à garnir la maison ou à la décorer. Tel est l'ensemble des circonstances qui impliquent un établissement prohibé dans le sens de la loi ; mais ce concours simultané de faits n'est pas indispensa-

ble pour établir l'existence d'une maison de jeu : il suffit que le public y soit admis (1) et que des jeux de hasard y soient pratiqués. On comprend aisément que, si le public n'est pas admis, il ne saurait y avoir de maison de jeu : chacun, en effet, est libre de se livrer chez lui à toutes sortes de jeux, à la condition, toutefois, d'en restreindre l'usage dans le cercle de sa famille et de ses relations particulières ; l'autorité publique ne peut exercer de surveillance sur le foyer domestique, et d'ailleurs les jeux n'offrent de dangers sérieux que dans les cas où ils sont un moyen de spéculation (2).

Toutefois, il est essentiel de distinguer si les jeux sont tenus dans une maison spécialement destinée à leur exploitation ou s'ils sont établis dans *les rues, chemins, places et lieux publics*. Le code pénal (3), dans cette dernière hypothèse, ne frappe les contrevenants que d'une amende de six à dix francs. Le motif de cette différence est que la tenue d'une maison de jeux clandestine, sur laquelle la police ne peut exercer aucune surveillance, entraîne des conséquences plus graves que le jeu qui s'exerce en public, que la police peut constamment surveiller et interrompre dès qu'il offre un caractère dangereux.

Le jeu qui se joue dans les cafés, auberges ou cabarets, présente ce dernier caractère, ces divers établissements étant *des lieux publics* où la police peut toujours pénétrer. Ce caractère de lieux publics est même positivement reconnu à ces établissements

(1) Bordeaux, 7 déc. 1843; Carnot, t. II, p. 400, n° 5.

(2) Chauveau et Hélie, *Th. C. pénale*, t. VII, p. 403.

(3) Art. 475, n° 5.

par l'article 475, § 5, code pénal ; car, autrement, comme le font remarquer MM. Chauveau et Hélie, on ne comprendrait pas le sens des mots *lieux publics*, placés dans cet article, après l'énumération des *places*, des *rues* et des *chemins*. L'infraction commise dans les cafés, cabarets ou auberges, continuellement soumis à l'inspection de l'autorité, ne peut être ni bien grave ni bien dangereuse : dès lors, on conçoit qu'elle doive être réprimée par une pénalité moins sévère. Et on est amené à conclure que l'article 410 est exclusivement applicable aux maisons clandestinement ouvertes aux jeux de hasard et qui échappent, en leur qualité de maisons particulières, à la surveillance habituelle de la police.

Cette doctrine a été consacrée par la Cour de cassation, qui a jugé que le fait par un cabaretier de donner habituellement à jouer, dans son cabaret, le jeu de l'écarté, ne constitue point le délit prévu par l'article 410, code pénal, mais bien la contravention réprimée par l'article 475, n° 5, même code.

Mais, depuis, la Cour de cassation a décidé (1) que la disposition de l'article 410 est générale ; qu'on n'y trouve rien dont on puisse inférer qu'il est inapplicable aux aubergistes, cabaretier ou cafetiers, qui tiendraient une maison de jeux de hasard ; que l'article 475, n° 5, n'a pas dérogé à la généralité des dispositions de l'article 410, à l'égard des maisons de jeu établies dans les auberges, cafés et cabarets, et qu'il a pour objet d'atteindre tout jeu de hasard,

(1) Cass., 12 mai 1843. — Montpellier, 23 janv. 1843.

qui, tenu d'une manière *passagère* ou *accidentelle*, ne pourrait, par ce motif, être considéré comme constituant l'établissement d'une maison de jeu, puisque, d'ailleurs, il est tenu dans un lieu public.

Et, en conséquence, la Cour a jugé que le propriétaire d'un café, cabaret ou auberge, qui donne *habituellement* à jouer des jeux de hasard, est passible de la peine prononcée par l'article 410, C. pén., si les circonstances relevées à sa charge sont de nature à constituer l'établissement de jeux de hasard.

Il s'élèvera donc parfois des difficultés de fait sur le point de savoir laquelle des deux dispositions précitées devra être applicable à l'aubergiste ou cafetier, chez lequel il aura été surpris des individus s'adonnant à des jeux de hasard. Il suffira, à notre sens, pour appliquer avec discernement ces deux dispositions, d'une distinction toute naturelle : ou le maître d'un établissement public établit des jeux de hasard dans un lieu qui leur est principalement consacré ; ou, au contraire, il tient des jeux de hasard dans les limites d'un amusement inoffensif : dans la première hypothèse, l'article 410 recevra son application ; dans la seconde, le contrevenant ne sera puni que de l'amende portée dans l'article 475, n° 5.

Cette distinction rationnelle ne souffrira pas de grandes difficultés dans l'application : Les magistrats pourront aisément distinguer la tenue réelle d'une maison de jeux de hasard d'avec la tolérance d'un cafetier ou d'un cabaretier qui, pour ne pas déplaire à ses habitués, aura souffert dans son établissement quelques parties empruntées à un jeu de hasard.

L'absence de tout intérêt de sa part dans le jeu, le peu d'importance des sommes risquées, le carac-

tère purement *accidentel* de la partie qui s'est engagée, le très-petit nombre de joueurs qui auront tenu les cartes, etc., etc....., seront tout autant d'éléments d'appréciation pour le juge.

Le deuxième élément constitutif du délit ou de la contravention, suivant que nous nous placerons dans le cas de l'article 410 ou dans celui de l'article 475, résulte de la nature du jeu ; il faut que ce jeu soit rangé parmi *les jeux de hasard*.

Il est donc important, à ce point de vue, de bien déterminer à quelle catégorie appartient tel ou tel jeu. Nous serions entraîné trop loin si nous voulions entrer dans des détails à cet égard. Nous avouons d'ailleurs en toute humilité être au-dessous d'une pareille tâche. Qu'il nous suffise de reproduire ici les décisions de la jurisprudence sur les jeux à propos desquels elle a eu à statuer.

En général, la question ne s'est jamais élevée à propos des jeux d'adresse, quoique pourtant nous ne savons comment, à propos du billard et du jeu de quilles, des arrêts aient dû intervenir et les proclamer de véritables jeux d'adresse (1).

La question ne s'est pas davantage élevée relativement aux jeux de *combinaison*, dames, échecs, à propos desquels aucun doute ne peut s'élever. La nature de ces jeux les met *nécessairement* à l'abri des nécessités de la loi.

Mais entre les jeux mixtes et les jeux de hasard proprement dits, la différence n'est pas aussi nettement tranchée : la ligne de démarcation entre les premiers qui doivent rester impunis et les seconds

(1) Cass., 26 mars 1855.

que les juges doivent réprimer n'est pas très-sensible; aussi trouvons-nous quelques arrêts sur ce point et même quelques divergences.

Ont été considérés comme jeux mixtes et ont échappé à la sévérité de la loi : le besigue (1), la mouche (2), le piquet (3), à propos duquel sont intervenues plusieurs décisions et notamment des arrêts de la Cour de cassation.

Ont été considérés, au contraire, comme jeux de hasard et, en cette qualité, ont donné lieu à une répression : le pharaon, la roulette (4), la bouillotte (5), les douze points (6) et l'impériale. Quant à l'écarté, cinq arrêts de Cours d'appel l'ont classé parmi les jeux de hasard; cependant il y a eu à son égard un revirement de jurisprudence, et il a eu droit de cité parmi les jeux mixtes (7). Remarquons néanmoins qu'un arrêté du ministre de l'intérieur interdit, avec la bouillotte et l'impériale, le jeu d'écarté, comme jeu de hasard dans tous les cercles ou lieux de réunion publique.

Les caractères de l'infraction ainsi déterminés, nous devons examiner en premier lieu quelles sont les personnes qui peuvent être poursuivies et, en second lieu, quelles sont les peines applicables.

Comme le texte l'indique, l'incrimination de l'article 410 est d'abord dirigée contre ceux qui ont tenu

(1) Cass., 2 avril 1853.

(2) Cass., 18 février 1858.

(3) Cass., 8 janv. 1857 et 28 mai 1841.

(4) Paris, 8 nov. 1839.

(5) Rennes, 30 mai 1839.

(6) Paris, 10 mai 1844.

(7) Cass., rej. 4 août 1836; *Id.*, 31 juillet 1863; Pau, 2 mai 1861.

la maison de jeu. MM. Chauveau et Hélie (1) font remarquer à cet égard que la loi ne recherche pas, à la différence de ce qu'elle fait pour les loteries, ceux qui ont *établi* la maison de jeu. Il faut, disent-ils, une *direction active* pour motiver la responsabilité pénale; cela résulte formellement du texte de la loi. Le projet de l'article 410 portait : « *Ceux qui auront établi et tenu une maison de jeu.* » La commission du Corps législatif fit remarquer que puisque l'*établissement* d'une maison de jeu n'est pas suffisant pour constituer un délit et qu'il faut en même temps que cette maison ait été établie et tenue, il suffisait de dire : *ceux qui auront tenu une maison de jeu.* Cet amendement, adopté par le conseil d'Etat, ne laisse aucun doute sur le sens de l'article.

La loi assimile ensuite à ceux qui ont tenu la maison de jeu, les *banquiers* de la maison, c'est-à-dire les agents qui dirigent et tiennent le jeu; mais on a jugé (2) avec raison que l'individu qui n'est ni agent, ni associé, ni intéressé pour une part quelconque et qui n'a rempli les fonctions de banquier que parce que les joueurs étaient appelés à diriger et à tenir le jeu, ne peut être réputé que simple joueur et échappe dès lors aux pénalités édictées par la loi.

Le texte de l'article 410, considéré dans son sens grammatical, a fait naître la question de savoir si les administrateurs, agents et préposés des maisons de jeu étaient compris dans l'incrimination; cet article, en effet, ne les désigne qu'après avoir parlé des loteries et l'on induit de là qu'il n'a voulu désigner

(1) *Loc. cit.*, p. 407.

(2) Cass., 2 juin 1838.

que les agents de ces derniers établissements. Cette interprétation ne repose, à notre avis, que sur un vice de rédaction ; il n'existe d'ailleurs aucun motif pour rendre responsables les employés des loteries et exonérer de cette responsabilité les employés des jeux (1).

L'article 475, n'oublions pas de le mentionner, punit indifféremment ceux qui ont *établi* ou *tenu*.

Les peines applicables indistinctement à ceux qui ont tenu une maison de jeu, aux banquiers, aux administrateurs, préposés ou agents de cette maison sont : « un emprisonnement de deux mois au moins » et de six mois au plus, et une amende de cent à » six mille francs. »

L'article 410 ajoute : « Les coupables pourront » être, de plus, à compter du jour où ils auront subi » leur peine, interdits pendant cinq ans au moins et » dix ans au plus des droits mentionnés en l'arti- » cle 42 du présent Code. »

Enfin, ce même article porte dans son dernier paragraphe : « Dans tous les cas, seront confisqués » tous les fonds ou effets qui seront trouvés expo- » sés au jeu ou mis en loterie ; les meubles, instru- » ments, ustensiles, appareils employés ou destinés » au service des jeux ou des loteries, les meubles et » les effets mobiliers dont les lieux seront garnis ou » décorés. »

La confiscation, remarquons-le, atteint même les joueurs qui, on se le rappelle, ne sont pas punis par le code pénal.

(1) Ce point a été consacré par la jurisprudence : Cass., 25 mai 1838 ; Chauveau et Hélie, t. VII, *loc. cit.*

La Cour de cassation a décidé (1) que la confiscation *des fonds trouvés exposés au jeu* ne doit pas être restreinte aux sommes d'argent trouvées et saisies *sur la table de jeu*, mais qu'elle doit s'étendre aussi aux sommes saisies, soit sur les maîtres, soit sur les agents de la maison de jeu clandestine, « attendu que ceux-ci ne peuvent soutenir qu'il n'y a d'exposé au jeu, de leur part, que l'enjeu actuel, puisque leur spéculation illicite consiste précisément à tenir les diverses sommes que les joueurs voudront exposer successivement au hasard de la partie. »

Quant à la contravention prévue par l'article 474, § 5, outre une amende qui peut varier de six à dix francs, elle entraîne également, en vertu de l'article 477, la confiscation des « tables, instruments, »  
» appareils des jeux ou des loteries établies dans  
» les rues, chemins et voies publiques, ainsi que les  
» enjeux, les fonds, denrées, objets ou lots proposés  
» aux joueurs (2). »

Mentionnons, en terminant cette première partie de notre étude, que « le code pénal n'a pas, en prohibant les jeux de hasard, abrogé les dispositions »  
» légales qui attribuent à l'autorité municipale le  
» droit général et absolu de régler, dans l'intérêt  
» du bon ordre, tous les jeux publics qui ne sont

(1) Cass., 25 mai 1838 ; Chauveau et Hélie, *Théorie C. pén.*, t. VII, p. 412 et suiv.

(2) L'article 478 du code pénal contient une dérogation fort grave aux règles de la récidive, en disposant que « les individus mentionnés au n° 5 de l'article 475 (ceux qui ont établi ou tenu des jeux sur la voie publique) qui seraient repris pour le même fait en état de récidive, seront traduits devant le tribunal de police correctionnelle et punis d'un emprisonnement de six jours à un mois et d'une amende de 16 à 200 fr. »

» pas compris dans cette prohibition, et qu'il appar-  
» tient dès lors aux maires, non-seulement de dé-  
» terminer quels sont, suivant les localités, les jeux  
» de commerce qu'ils jugent sans inconvénient de  
» laisser jouer dans les cafés et autres lieux publics,  
» mais encore de les défendre indistinctement dans  
» tous les établissements où il ne les aurait pas ex-  
» pressément autorisés (1). »

Mais il est évident qu'une telle prohibition, soit qu'elle s'appuyât sur des règlements anciens, soit qu'elle résultât d'un arrêté pris directement par l'autorité municipale, aurait pour sanction l'article 471, n° 15, C. pén., et non l'article 475, n° 5.

En terminant notre étude sur le jeu considéré au point de vue des lois répressives, nous ne devons pas passer sous silence l'émotion qui se produisit, il y a quelques années, à l'occasion de la suppression des maisons de jeux de hasard, émotion qui soulève encore, de la part de quelques publicistes, de violentes réclamations qui trouvent de nos jours leur écho dans une partie de la presse.

On a soutenu que ces jeux, *sorte d'exutoire appliqué à un mal incurable*, offraient moins de dangers que les nombreuses maisons clandestines qui leur ont succédé. Mais pense-t-on que le rétablissement des Kursaals aurait pour conséquence de faire tomber les maisons clandestines? Est-ce que le joueur ne trouvera pas toujours dans ces dernières, loin du contrôle de la police, des moyens plus faciles de satisfaire sa passion et hésitera-t-il un seul instant dans son choix?

On a prétendu ensuite que le mieux était de régu-

(1) Cass., 22 avril; Cass., 6 déc. 1833.

lariser la marche d'un mal qu'on est impuissant à guérir et de lui faire sa part, comme on fait celle du feu ; que l'Etat peut, par exemple, prendre telles dispositions qu'il croira salutaires pour empêcher les désordres, par exemple la fixation d'un maximum pour enjeu, d'une heure pour la clôture ; enfin, que l'on pourrait contraindre les joueurs à ne jouer qu'argent sur table et exiger scrupuleusement la présentation réelle. Nous doutons que cette réglementation produisît les résultats préconisés. La fraude ne trouvera-t-elle pas toujours le moyen de tromper la vigilance de l'autorité?

On dit encore que les cercles, casinos, salons de conversation, ne sont que de véritables maisons de jeu plus redoutables encore n'étant pas surveillées. Il y a là une exagération ; d'abord les jeux de hasard caractérisés, la roulette, par exemple, n'y sont pas admis. De plus, il est certaines formalités d'admission au cercle qui sont de nature à n'en permettre l'entrée qu'à un nombre limité d'aspirants et qui peuvent même, jusqu'à un certain point, paralyser les entraînements momentanés ou irréflechis auxquels on pourrait se laisser aller.

On ajoute qu'il y a une véritable contradiction pour un gouvernement entre le fait d'empêcher les maisons de jeu et celui de conserver le monopole lucratif des cartes à jouer, qui fournissent un aliment puissant à la passion du jeu. Argument peu sérieux : s'il est vrai que les cartes sont employées pour des jeux de hasard ruineux, elles peuvent l'être aussi pour des jeux de combinaison, pour des jeux désintéressés qui procurent une distraction, un passe-temps agréables.

Enfin, on allègue, en se plaçant au point de vue économique, que le rétablissement des maisons de jeu attirerait les étrangers à Paris et dans nos stations thermales, qu'elles contribueraient ainsi à enrichir le gouvernement, qui prélèverait un impôt assez considérable, et qu'il en résulterait une impulsion active donnée au commerce des villes qui renfermeraient ces sortes d'établissements, tandis qu'en les proscrivant, comme on le fait, les opulents étrangers portent leur or dans les pays voisins ; que la levée de l'interdiction aurait aussi pour résultat de retenir en France nos riches indigènes qui vont dépenser des sommes excessives à l'étranger, pour satisfaire la passion du jeu.

A ces considérations, nous répondrons par des arguments tirés du même ordre d'idées : nous dirons que les maisons de jeu enlèveraient à la circulation, aux consommations utiles, des sommes considérables pour les immobiliser entre les mains des joueurs.

D'ailleurs, quand la suppression des maisons de jeu, concluerons-nous, n'aurait pas eu d'autre résultat que celui d'avoir effacé le jeu de la liste des vices publics et patentés, cet avantage suffirait seul pour la maintenir.

## § 2. — Des loteries.

Le Code assimile, au point de vue de la pénalité, les loteries et les jeux de hasard (art. 410 et 475, n° 5, C. p.). Toutefois, il ne punit que les loteries non autorisées par la loi.

La distinction entre l'ancienne loterie royale et les loteries privées n'existe plus.

La loi du 22 février 1829, cédant au vœu public, avait préparé l'extinction de la loterie royale, en supprimant les bureaux dans vingt-huit départements. La loi du 21 avril 1832 a fait un pas de plus et a condamné définitivement cette funeste institution, en déclarant que la loterie royale cesserait d'exister le 1<sup>er</sup> janvier 1836 (1).

Cette abolition fit naître une foule d'entreprises particulières qui, avec des combinaisons diverses, présentaient les caractères et les inconvénients des loteries, et avaient pour objet de spéculer sur l'avidité du public et de perpétuer ainsi d'immorales institutions que le législateur avait voulu atteindre et flétrir (2).

L'article 410, restreint dans ses précisions, était évidemment insuffisant pour réprimer ces dangereuses spéculations. Telle fut l'impression qui frappa d'abord les tribunaux, puis le législateur.

Une loi nouvelle, la loi du 21 mai 1836, est donc intervenue, dans le but d'expliquer, de fortifier et d'étendre les dispositions de l'article 410.

Quant à l'article 475, dont nous avons présenté plus haut le commentaire, la loi de 1836 l'a laissé subsister dans son intégrité; c'est ce qui résulte de la discussion qui eut lieu à la Chambre des députés (3).

(1) Article 48. C'est la loi budgétaire de l'année.

(2) Tout devenait matière à loterie, jusqu'aux immeubles, et particulièrement les châteaux des bords du Rhin. Il n'était pas rare de voir ces propriétés mises en loterie pour une somme de dix ou vingt fois supérieure à la valeur effective.

(3) Duverg., *Collect.*, t. XXXVI, p. 83; Chauveau et Hélie, *Th. C. P.*, t. V, p. 376.

Mais à quels caractères distinguer la loterie, simple contravention réprimée par l'article 475 du code pénal, de la loterie délit prévu et puni par la loi de 1836 ?

Suffira-t-il, par exemple, pour appliquer l'article 475, que la loterie ait été tenue dans un lieu public ? « Evidemment, » dit M. Duvergier, « cela n'est pas possible ; car si on choisissait un théâtre ou une place publique pour y faire une loterie d'immeubles ou pour y vendre des livres avec primes, le ministère public réclamerait certainement les peines sévères de la loi de 1836 et non les peines légères de l'article 475. » Voudra-t-on, suivant l'expression de M. Dubois d'Angers (1), appliquer la loi de 1836 aux grandes loteries et l'article 475 aux petites ? « Alors, » continue M. Duvergier, « il deviendra impossible de fixer la limite séparative de deux loteries, la loi n'ayant pas dit à quelle somme commence la grande loterie et finit la petite. »

Pour nous, nous partageons entièrement l'avis exprimé dans une note que nous trouvons au répertoire du *Journal du Palais*, sous le mot *loterie*, et qu'on nous permettra de reproduire :

« Tout en regrettant que le législateur n'ait pas plus clairement distingué des faits qui offrent tant d'analogie et auxquels il voulait néanmoins appliquer des pénalités différentes, nous croyons qu'on peut encore faire concorder la lettre et l'esprit de la loi, et maintenir la distinction indiquée. En effet, la loi de 1836, malgré la généralité de ses termes prohibitifs, ne paraît devoir s'appliquer,

(1) V. la discussion.

» comme l'ancien article 410 du code pénal qu'elle  
» remplace, qu'aux loteries tenues dans des mai-  
» sons particulières, et cela, non-seulement par la  
» nature et l'importance présumées des opérations  
» qu'elle énumère, mais encore par la présence des  
» entrepreneurs, agents, colporteurs et distributeurs  
» qu'elle suppose, hypothèses en quelque sorte in-  
» conciliables avec les loteries tenues dans des lieux  
» publics. L'article 475, au contraire, semble exclu-  
» sivement réservé à punir les loteries ordinaire-  
» ment peu importantes qui se tiennent dans des  
» lieux publics, dont les opérations fort simples sont  
» mises à la portée de tous les passants, dont un  
» marchand ambulant est presque toujours le seul  
» et unique entrepreneur, et qui apparaissent et dis-  
» paraissent le plus souvent sans avoir été annon-  
» cées. Que si, par exception, quelqu'un s'avisait  
» de mettre en loterie des immeubles, des effets  
» mobiliers ou des marchandises de prix dans un  
» lieu public, soumis à la surveillance incessante de  
» la police, l'importance des objets ainsi exposés ne  
» semblerait pas devoir faire dégénérer la contra-  
» vention en délit, car la répression serait par trop  
» facile pour qu'on dût appliquer à une pareille im-  
» prudence des peines destinées à punir la fraude  
» qui se cache dans des maisons particulières, et  
» tend par cela même à la société des pièges plus  
» dangereux. Si, au contraire, la loterie tenue dans  
» une maison particulière semble descendre, par  
» son peu d'importance, aux proportions de celles  
» qui se tiennent ordinairement dans un lieu public,  
» elle n'en conserverait pas moins le caractère de  
» délit, à raison de la clandestinité qui l'accompa-

» gné; et les magistrats trouveraient, dans l'arti-  
» cle 463 du code pénal, le moyen de proportionner  
» la peine à la culpabilité. Ainsi, il nous semble  
» que, dans tous les cas, le lieu où se tient la lote-  
» rie fera connaître s'il faut appliquer la loi de 1836  
» ou l'article 475 du code pénal. »

La loi de 1836 est avant tout une loi interprétative et extensive. L'infraction qu'elle prévoit et qu'elle prohibe formellement dans son article 1<sup>er</sup> est toute matérielle; les tribunaux n'ont point à s'occuper du but de la loterie et de sa moralité; l'existence de la loterie constitue seule le délit.

L'article 2 est venu ensuite, en énumérant toutes les variétés de loteries que le législateur a entendu défendre, éclaircir certains points autrefois obscurs. Il ne saurait y avoir sur ces divers points de meilleur commentaire que l'exposé de la loi, plus explicite encore que le texte de la loi elle-même : « Que  
» ces spéculations soient *principales* ou *accessoi-*  
» *res*, *habituelles* ou *isolées*, sous forme de vente  
» *mobilière* ou *immobilière*, ou de *souscription* ;  
» qu'elles présentent un mélange apparent d'*opéra-*  
» *tions commerciales* et de *chances aléatoires*, toutes  
» les fois qu'elles choisissent le sort pour instru-  
» ment, elles rentrent dans les prohibitions de la loi  
» et dans les définitions de son article 2. »

Tout en l'interprétant, la loi de 1836 donne une extension notable à l'article 410 du code pénal.

Elle frappe des peines édictées par ce dernier article les auteurs, entrepreneurs et agents de loterie, soit que les opérations qu'ils ont formées, établies ou tenues soient *françaises* ou *étrangères*. Il ne suffisait pas, en effet, de proscrire toute espèce de lo-

teries : il fallait en même temps prohiber l'exploitation en France d'une loterie établie en pays étranger. En outre, l'article 4 de cette loi apporte une seconde extension, en punissant d'un emprisonnement de quinze jours au moins, de trois mois au plus et d'une amende 100 fr. à 2,000 fr., conformément à l'article 411 du code pénal, auquel renvoie l'article 4 de la loi de 1836, « ceux qui auront colporté ou » distribué les billets, ceux qui, par des avis, annonces, affiches ou par tout autre moyen de publication, auront fait connaître l'existence des loteries ou facilité l'émission des billets. » Il ajoute qu'il « sera fait application, s'il y a lieu, des deux » dernières dispositions de l'article 3. »

Enfin, la nouvelle loi, dans son article 3, déclare qu'elle entend laisser subsister les pénalités de l'article 410. Mais, comme avant la loi de 1836, les immeubles mis en loterie ne pouvaient être confisqués, les articles 410 et 477 du code pénal n'autorisant que la confiscation des objets y énoncés (1), on comprend qu'alors aucune amende n'étant destinée à remplacer la confiscation des immeubles, l'importance même de l'objet mis en loterie devenait une cause de diminution de peine. L'article 3 de la loi nouvelle a eu pour objet de combler cette lacune et de faire disparaître une semblable anomalie : « s'il » s'agit de loteries d'immeubles, la confiscation prononcée par ledit article sera remplacée, à l'égard du propriétaire de l'immeuble mis en loterie, par une amende qui pourra s'élever jusqu'à la valeur estimative de cet immeuble. »

(1) Paris, 17 nov. 1832.

Puis l'article aggrave les peines de la récidive et modifie, par conséquent, l'article 58 du code pénal. Il dispose qu'en cas de seconde ou ultérieure condamnation, l'emprisonnement et l'amende portés en l'article 410 pourront être élevés au double du maximum. Enfin, il termine en disant qu'il pourra, dans tous les cas (1), être fait application de la loi sur les circonstances atténuantes.

Aux dispositions que nous venons de parcourir et qui concernent les loteries, il est fait exception dans deux cas éminemment favorables : les loteries d'objets mobiliers sont, en effet, permises, lorsque ayant été autorisées dans les formes prescrites, elles doivent *exclusivement* servir, soit à un acte de bienfaisance, soit à l'encouragement des arts.

L'article (2) qui formule ces deux exceptions les subordonne à une autorisation préalable, dont les formes ont été déterminées par l'ordonnance royale du 29 mai 1844.

En vertu de cette ordonnance, l'autorisation est délivrée, à Paris et pour le département de la Seine, par le préfet de police, et dans les autres départements par les préfets, sur la proposition des maires. Ces autorisations ne sont accordées que pour un seul tirage; elles énoncent les conditions auxquelles elles ont été accordées dans l'intérêt du bon ordre et dans celui des bénéficiaires (3).

(1) Avant la loi du 28 avril 1832, la peine encourue par celui qui avait tenu une loterie clandestine pouvait être modérée, en cas de circonstances atténuantes, en vertu de l'article 463 du code pénal, lorsque le montant de la recette ne s'était élevé qu'à 10 fr. (Cass., 12 octobre 1810).

(2) L'article 5 de la loi de 1836.

(3) Article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance.

Les tirages se font sous l'inspection de l'autorité municipale, aux jours et heures qu'elle a déterminés. L'autorité municipale peut, lorsqu'elle le juge convenable, faire intervenir dans cette opération des délégués ou des commissaires agréés par elle (1).

Le produit net des loteries dont il s'agit est entièrement et exclusivement appliqué à la destination pour laquelle elles ont été établies et autorisées, et il doit en être valablement justifié (2).

La loi de 1836 est si générale dans sa prohibition, la spéculation a, sous son empire, imaginé tant de manières diverses d'attirer les capitaux, de si grandes choses ont été ainsi accomplies qu'on comprend facilement que l'esprit hésite; il ne saurait ni tout réprover ni tout absoudre; il cherche une ligne de séparation; il veut dégager d'une loi très-vague et très-large une prohibition raisonnable. Là est la difficulté. Attachons-nous à la résoudre dans ces combinaisons financières qui sont chaque jour, on peut dire, inventées, soit pour la construction de chemins de fer, soit pour réaliser des emprunts au profit d'Etats ou de villes, soit encore pour fonder des établissements de crédit.

Ces combinaisons se présentent sous trois formes principales :

1° Emission d'obligations remboursables en un long espace de temps, à un taux supérieur au montant du capital versé, dans un ordre déterminé par un tirage au sort, de telle façon, par exemple, que celui

(1) Article 2 de l'ordonnance.

(2) Article 3 *ibid.*

qui a versé 100 fr. a la chance de recevoir, peu d'années après, si le sort le favorise, une somme de 500 fr., qu'il ne recevra, au contraire, si le sort lui est défavorable, que quarante, soixante, quatre-vingt-dix ans, peut-être plus tard. Ces obligations produisent un intérêt de 3 p. 100 du capital nominal, pouvant représenter, suivant le taux d'émission ou d'achat, 5 p. 100 et plus du capital réellement versé.

2° Emission d'obligations remboursables au taux de la souscription, procurant un intérêt inférieur à 5 p. 100 et offrant la chance du gain d'une prime plus ou moins considérable par suite d'un tirage au sort. Les primes ne sont, en réalité, que la distribution, entre quelques obligations désignées par le sort, de la somme que représente le 1 p. 100 ou le 1 1/2 p. 100 retranché sur l'intérêt servi au créancier. Telles sont, par exemple, les obligations de 500 fr. émises moyennant somme égale, productives d'un intérêt de 3 p. 100 ayant la chance de gagner au sort une prime qui peut s'élever jusqu'à 100,000 ou 150,000 francs.

3° Emission d'obligations remboursables en un long espace de temps, à un taux supérieur à celui de la souscription, à une date fixée par le sort, ne donnant pas droit à un intérêt certain, mais offrant la chance d'une prime plus ou moins considérable, suivant un tirage au sort.

Ces combinaisons diverses tombent elles sous l'application de la loi de 1836 ?

Il existe, sur la solution à donner, une profonde divergence entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

Au début, ces combinaisons ont été adoptées et

mises en usage par de grands établissements français (1) qui avaient obtenu de notre législateur l'autorisation d'adresser aux capitaux cet appel rendu plus attrayant par l'*alea*.

L'autorisation législative ne permet pas d'élever, à leur égard, le reproche d'illégalité et rend incontestablement inapplicable la loi de 1836. Le législateur ne paraît même pas, tout d'abord, s'être préoccupé de l'idée qu'en accordant son autorisation il dérogeait à la loi prohibitive des loteries. La question ne paraît avoir été soulevée devant lui que récemment (2), et voici le résumé de la doctrine du gouvernement sur la portée de la loi de 1836.

La loi défend les loteries et les opérations purement aléatoires, mais elle ne défend pas les emprunts avec remboursements à primes, ni les emprunts avec lots distribués au sort, pourvu que l'emprunt offre aux capitalistes un placement sérieux. Le placement présente ce caractère : 1° lorsque le capital prêté est remboursable et que la mise n'est point perdue ; 2° lorsque, pour le capital prêté, un intérêt est servi, intérêt plus considérable que la portion des bénéfices réservés pour être distribués en lots

(1) Les compagnies du chemin de fer, le Crédit foncier de France, les villes de Roubaix, etc...

(2) En 1865, à l'occasion d'un emprunt mexicain réalisé en France sous le patronage du gouvernement français (séance de la Chambre des députés du 9 juin 1865 ; *Moniteur officiel* du 10 juin 1865 ; en 1868, à l'occasion d'un emprunt que voulait contracter la Compagnie du canal de Suez, et qu'en présence des discussions et des doutes, cette compagnie ne voulait émettre avec primes et lots que sous l'autorisation d'une loi (Chambre des députés, séance du 6 juin 1868 ; *Moniteur officiel* du 17 juin 1868). — V. M. Duvergier, *Lots et décrets*, 1868, p. 232.

par voie de tirage au sort ; presque toujours intérêts de 3 p. 100 au minimum. Le lot est alors un attrait accessoire ajouté à l'avantage d'un placement réel et recherché pour lui-même, indépendamment des chances qui l'accompagnent.

Le gouvernement a fait une application remarquable de sa doctrine, dans des traités internationaux. Stipulant le droit de faire coter aux bourses étrangères les titres émis en France par les communes, les établissements publics, les sociétés, et accordant la réciprocité, il a été convenu que ces dispositions ne seraient pas applicables aux valeurs émises avec lots ou primes, attribuant au prêteur ou porteur un intérêt inférieur à 3 p. 100 du capital (1).

Ce système a été également émis et soutenu, en 1870, à la presque unanimité par les membres du barreau de Paris, dans une consultation restée célèbre (2).

A cette époque, la Société des chemins de fer de la Turquie d'Europe, sous la garantie du gouvernement ottoman, avait émis des obligations au cours de 180 fr., remboursables à 400 fr. par le sort, procurant 12 fr. d'intérêt par an, et courant la chance de primes considérables. La souscription, ayant été annoncée en France, avait soulevé une vive polémique. Il s'agissait d'être fixé sur la légalité de l'opération et sur la participation qui y prêteraient les ban-

(1) Voir article 36 du traité franco-belge du 12 mai 1861 (P. Lois, décrets, année 1861, p. 92; S. Lois annotées, 1851, p. 56); discours de MM. Rouher, ministre d'Etat, et Vuitry, ministre président le conseil d'Etat dans les séances précitées.

(2) Voir *Gazette des tribunaux*, 14, 15 mars 1870. Sic Duvergier, *Lois et décrets*, 1868, p. 233.

quiers et les journaux français. C'est pourquoi le barreau fut consulté.

Tout autre est le système des tribunaux ; la Cour de cassation, dans trois arrêts des 10 février, 24 mars et 4 mai 1866, bien qu'elle ait eu à statuer sur des titres donnant droit de participer au tirage au sort de lots presque tous considérables, eu égard à la mise ; bien que dans aucune de ces trois affaires la question ne se soit élevée sur des titres qui, comme les obligations des chemin de fer, fussent simplement remboursables avec primes, c'est-à-dire avec une augmentation modérée du capital assurée à tous les prêteurs, à une époque variable fixée par le sort, la Cour de cassation ne fait, dans ses considérants, aucune distinction entre ces diverses opérations qui, à des degrés divers, offrent des bénéfices aléatoires. Elle accepte, dans toute la largeur qu'ils comportent, les termes de la loi : « Opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort. »

Le pouvoir judiciaire donne donc à la loi une interprétation plus compréhensive que ne le fait le pouvoir législatif et embrasse dans sa prohibition les trois combinaisons que nous avons décrites plus haut.

## SECTION II. — *Du pari.*

En général, le pari n'est pas atteint par la loi pénale. Mais le législateur a pensé que l'agiotage peut avoir sur le crédit public une funeste influence et il a voulu, autant que possible, remédier à ce danger en punissant d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de 500 à

10,000 fr. les paris faits sur la hausse ou la baisse des effets publics (1).

Est réputé pari de ce genre, aux yeux des rédacteurs du code pénal (2), toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne sont prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Nous présenterons plus loin le commentaire approfondi de ces dispositions pénales ; il nous suffit, pour le moment, de les avoir fait connaître.

#### APPENDICE.

##### § 1<sup>er</sup>. — *Des courses de chevaux.*

Parmi les exercices spécialement indiqués dans l'article 1966, il en est un favorisé à tel point que l'Etat a cru devoir intervenir directement pour l'encourager : nous voulons parler des courses de chevaux.

L'origine des courses de chevaux remonte à l'antiquité la plus haute : chantées par les poètes de l'ancienne Grèce, objet principal de ses fêtes, elles forment l'un des plus puissants attrait des jeux Olympiques. Les Romains s'éprirent à leur tour de cet exercice, et les fêtes de Rome lui doivent une partie de leur éclat.

Cependant les courses n'étaient envisagées par la

(1) Article 421 du code pénal.

(2) Article 422 *ibid.*

société antique que comme des jeux d'adresse propres à développer l'agilité et la force des lutteurs et des guerriers.

Dans nos temps modernes elles ont revêtu un tout autre caractère, et, dès 1826, M. de Corbières indiquait clairement, dans une instruction ministérielle, la pensée qui avait présidé à l'établissement des courses de chevaux : « On a en vue, » disait-il, « de favoriser plus puissamment et en ménageant tous les intérêts, la transplantation et la propagation des races les plus propres à améliorer l'espèce. »

C'est dans cet esprit que l'Etat, les communes, ou même des sociétés particulières, promettent un prix au vainqueur de la course.

Mais à qui va appartenir ce prix ? sera-ce au jockey qui monte le cheval gagnant ? sera-ce au propriétaire ? Ce dernier seul profitera de la prime : seul, il sera pourvu d'une action judiciaire pour en réclamer le montant. La prime, en effet, dans l'esprit de la loi, doit constituer un encouragement, une récompense pour l'éleveur, ou le propriétaire qui a su amener un de ses chevaux à un degré de perfectionnement tel, qu'il devance tous ses concurrents. Ce n'est pas pour développer la vigueur de l'homme, c'est uniquement en vue d'améliorer le cheval que les courses ont été instituées. Le maître sera donc seul regardé comme ayant pris part à la lutte ; on ne considérera que lui.

C'est à ce point de vue que nous nous placerons pour élucider diverses opérations qui s'élèvent à propos des paris en matières de course : la Cour de Paris, du reste, a, dans un arrêt du 22 février 1818, adopté la même solution.

Il faut bien le reconnaître, ces prix qu'on appelle,

en style de course, argent public, n'offrent en fait au propriétaire ou à l'éleveur qu'un intérêt purement accessoire : souvent à peine suffisent-ils à la rémunération du jockey. Les paris sont l'attrait principal. D'ailleurs les courses sont d'importation anglaise, et nos voisins d'outre-mer, en nous transmettant leurs usages, leur personnel et le langage des courses, nous ont transmis en même temps le goût des paris.

Ces paris se présentent à nous sous des aspects différents.

D'abord, ils pourront intervenir directement, de propriétaire à propriétaire. Seront-ils sanctionnés, et le gagnant pourrait-il traduire devant les tribunaux le perdant qui refuserait d'acquitter la convention ? Oui, sans doute, car dans ce cas, bien que les parties aient conservé le rôle de simples spectateurs, elles ont néanmoins servi l'intérêt que la loi avait pour objectif, c'est-à-dire l'amélioration de la race chevaline. Le montant du pari devient, en quelque sorte, l'accessoire du prix ; la même action sera accordée au vainqueur pour réclamer l'un et l'autre (1).

La solution serait tout à fait opposée si le pari avait lieu entre deux personnes complètement étrangères à la course ; intervenu entre simples spectateurs, il serait dépourvu de toute sanction. En effet, par qui pourrait être exercée l'action ? par l'écuyer du cheval vainqueur ? Mais il n'a pas été dans l'intention des parties de stipuler pour lui une prime d'encouragement ! Par le propriétaire du cheval ? mais ici encore les parieurs n'ont jamais voulu faire l'affaire de ce propriétaire ! Quant aux parties elles-mêmes, elles

(1) Pont, *Pet. cont.*, t. I, n. 612.

seraient non-recevables : leur but unique a été de s'assurer des bénéfices mutuels à l'occasion d'un jeu, qu'elles n'ont pas eu, remarquons-le bien, l'intention d'encourager, auquel elles sont restées complètement étrangères. Leurs paris n'auront d'autre effet que celui assigné, en cas de paiement volontaire, par l'article 1967 du code civil (1).

Mais entre ces deux hypothèses dont la solution est opposée, il se présente un troisième cas qui peut soulever quelques difficultés.

Il s'agit du pari qui pourrait intervenir entre un propriétaire de chevaux et une personne étrangère à la course : doit-on décomposer l'opération ? donner action au propriétaire si son cheval gagne et la refuser à son adversaire si la fortune se déclare en faveur de ce dernier ?

A notre avis, il y aurait injustice à ne pas établir une parité de position entre les parties. Décider autrement, ce serait mettre du même côté toutes les chances heureuses et ne laisser à celui qui n'est pas possesseur du cheval que la simple expectative de la fidélité à la parole donnée par son coparieur.

Nous refuserions la protection de la loi à l'un comme à l'autre. Accorder aux deux la sanction de leurs conventions serait ouvrir la porte à la fraude et donner aux personnes que l'espoir du lucre seul attire aux courses un moyen très-facile d'é luder les justes sévérités de la loi, en choisissant leurs adversaires dans le camp des propriétaires.

Les paris dont nous venons d'étudier les effets ju-

(1) « Dans aucun cas, le perdant ne peut pas répéter ce qu'il a volontairement payé. » Pont, *loc. cit.*, n° 613.

ridiques sont peu fréquents : il est rare, en effet, que les propriétaires parient directement entre eux. Généralement, ils s'adressent à une certaine classe de personnes appelées par les Anglais *bookmakers*, à cause du carnet dont ils sont porteurs et sur lequel ils conservent les noms des personnes auxquelles ils prêtent leur entremise (1).

Ces *bookmakers* soutiennent ainsi contre les parieurs inscrits le prix engagé. Il existe, d'ailleurs, entre les enjeux respectifs, une grande disproportion, et alors que le *backer* risque une certaine somme, son adversaire obligé, le *bookmaker* en expose une qui peut quelque fois être égale à la première, mais qui, le plus souvent, est de deux, trois ou plusieurs fois supérieure. Cette disproportion est basée sur le mérite du cheval et sur les chances plus ou moins favorables qu'il peut offrir. Plus le cheval a de chances, plus est faible l'écart existant entre les enjeux respectifs : c'est là ce qui constitue la cote du cheval ; cette cote, comme celle des valeurs de la Bourse, a ses variations.

Les *bookmakers*, en nombre assez restreints, ont, en fait, une sorte de monopole ; les simples curieux, tout aussi bien que les possesseurs de chevaux, se servent de leur intermédiaire.

Ces sortes de paris qui interviennent ordinaire-

(1) Ce carnet, dont l'un des doubles est entre les mains du parieur, contient à chaque page quatre colonnes.

Dans la première, le parieur (le *backer*) inscrit la somme qu'il engage, dans la seconde la somme qu'il peut gagner, dans la troisième le nom du cheval précédé d'un P ou d'un C, selon qu'il parie pour ou contre, et dans la quatrième le nom de la personne avec laquelle il fait le pair.

ment entre propriétaires de chevaux et amateurs de course, ont la plus grande analogie avec les *paris mutuels* dont nous nous entretiendrons un peu plus loin.

Ces paris ont-ils une sanction ? La négative n'est pas douteuse, alors même que le pari s'engagerait entre *bookmakers* et propriétaires de chevaux : car les premiers ne sont pas parties aux courses, et leurs opérations n'ont pas pour objet d'améliorer la race chevaline, mais uniquement de satisfaire la passion des joueurs, en l'exploitant à leur profit. D'ailleurs, les sommes engagées sont presque toujours trop élevées, eu égard aux facultés du parieur ; et nous savons qu'aux termes de l'article 1966, *in fine*, « ... Le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive. »

Mais faut-il aller plus loin et décider que ces paris à la cote tombent sous l'application de l'article 410, qui punit d'un emprisonnement et d'une amende ceux qui auront tenu une maison de jeu de hasard et y auront admis le public ? Le tribunal correctionnel de Paris l'a ainsi pensé, dans son jugement du 22 juin 1876, en rejetant le système de la défense, dont on nous permettra de dire un mot à raison du caractère d'actualité de cette question et des premières données de la jurisprudence en pareille matière.

Le défenseur (1) soutenait qu'en principe le délit n'existait pas ; qu'on ne saurait voir un jeu de hasard dans le fait de donner à un individu qui le demande le cheval qu'il a choisi et sur lequel il met la somme qu'il veut ; que, dans tous les cas, on ne devait voir

(1) M<sup>e</sup> Lachaud.

dans le fait incriminé qu'une simple contravention punissable de l'article 745, § 5, du code pénal ; qu'on ne pouvait, en effet, trouver dans l'installation des *bookmakers* sur la voie publique, le plus souvent dans une voiture, en plein vent, ce caractère de maison, d'établissement dont parle l'article 410. « Y a-t-il là une agence, une administration ayant des employés ? Où est l'enseigne ? où est la raison sociale ? »

Le tribunal correctionnel de Paris a, néanmoins, considéré que l'opération à laquelle se livre le *bookmaker* constitue une véritable loterie, et que la voiture transportée, munie du personnel et du matériel nécessaire pour procurer au public les moyens de se livrer au jeu, devait être considérée comme une maison de jeu dans le sens de l'article 410, C. pén.

Nous n'admettons pas, sur ce dernier point, la solution du tribunal de la Seine ; à notre sens, la peine ne doit consister qu'en une amende de 6 à 10 fr. (art. 475, n° 5, C. p.), et la raison de notre décision n'est autre que la publicité du lieu où se tiennent les agences, publicité qui en rend la répression beaucoup plus facile.

À côté de ce genre de paris, nous trouvons les agences de poules ou de paris mutuels qu'il convient d'examiner. Que sont ces poules ? que sont ces paris mutuels ?

Le système des poules consiste à recevoir des parieurs leurs mises en échange d'un bulletin numéroté que l'agence leur délivre, bulletin correspondant à autant de séries qu'il y a de chevaux engagés ; lorsque les bulletins sont distribués, on procède à la répartition des chevaux de la manière suivante :

Les numéros assignés à chacun d'eux sont placés dans une urne ou dans une roue ; le cheval dont le numéro sort le premier devient celui des parieurs dont le bulletin porte le n° 1 ; le cheval dont le numéro sort le second devient celui des parieurs dont le bulletin porte le n° 2 , et ainsi de suite. Après la course , les parieurs dont le cheval est arrivé le premier reçoivent, à la caisse de l'agence, au prorata de leurs enjeux , le montant de l'ensemble des mises, sauf une déduction du dixième que l'agence prélève sur le total et qui constitue son bénéfice.

Les agences ont, d'ailleurs, pour satisfaire le goût du public, varié les combinaisons des poules. On distingue les poules au tableau, où les paris ne s'engagent que sur les chevaux inscrits au poteau avant leur départ ; les poules au programme, comprenant tous les chevaux inscrits au programme ; les poules à l'engagement, spéciales à certaines courses et s'appliquant à tous les chevaux engagés, ne dussent-ils pas courir et ne pas même figurer au programme.

Ces combinaisons plus ou moins hasardeuses reposent sur la même base.

On le voit, dans cette opération, le hasard seul fait échoir au parieur la chance du gain qu'il poursuit, c'est la roue de la fortune qui lui accorde le numéro du cheval dont il subit fatalement la bonne ou la mauvaise fortune. La jurisprudence (1) n'hésite pas à considérer cette combinaison comme une loterie prohibée par la loi du 21 mai 1836, et lui applique, en conséquence, les pénalités édictées par cette loi.

(1) Tribunal de la Seine, 8 avril 1869, 27 mai 1870 ; Cour de Paris, arrêt, 4 juin 1869.

Depuis, les poules se tiennent dans l'ombre et à l'état purement occulte.

Tout autre est le système des paris mutuels. Les agences des paris mutuels exposent dans leur office un tableau portant, dans des cases séparées, les numéros et les noms des chevaux qui doivent courir. Chaque parieur fait une ou plusieurs mises sur le cheval qu'il désigne, et ces mises sont inscrites en regard du nom et du numéro de ce cheval ; en même temps on établit, au fur et à mesure, le total des mises sur l'ensemble des chevaux, de telle sorte que chacun des parieurs peut, avant de s'engager, apprécier le montant des enjeux exposés sur chaque cheval. L'agence délivre ensuite un bulletin indiquant le cheval choisi et les mises du parieur qui, si son cheval est vainqueur, partage avec ceux qui ont parié pour le même cheval, dans la proportion de leurs mises respectives, le total des sommes engagées, déduction faite de 10 p. 100 au profit de l'agence.

Au point de vue civil, il n'est pas douteux que ces paris soient, ainsi que les poules, destitués de tout effet : le gagnant n'a donc aucun droit pour réclamer devant les tribunaux le montant de son gain ; bien plus, le perdant peut demander le remboursement de sa mise, car il a fait un paiement anticipé ; or, nous l'avons dit maintes fois, tout paiement fait à l'avance n'est pas un paiement volontaire, il est fait dans l'ardeur du jeu ; il est susceptible de restitution.

Mais faut-il aller plus loin et décider que les paris mutuels constituent une loterie prohibée ? Tel n'avait pas été, en 1869, l'avis qui avait prévalu devant les juges du tribunal de la Seine.

« En vain objecte-t-on que les personnes qui

s'adressent aux agences parient au hasard pour tel ou tel cheval. Que le sort aveugle joue le principal rôle dans le choix fait entre les parieurs, cela est possible, car souvent les chevaux leur sont inconnus ; mais il n'en est pas moins certain que leur choix est volontaire, puisqu'il leur est loisible de porter leurs préférences sur un cheval plutôt que sur un autre. On insiste sur ce fait que le hasard exerce une telle influence dans les paris mutuels que, si les mises sont nombreuses sur le cheval gagnant, la part de chaque parieur sera faible et que, si par impossible, toutes les mises se sont portées sur un seul cheval et que celui-ci vienne à gagner, il n'y aura pas de gain. L'objection ne prouve qu'une chose, à savoir, la négation du hasard et la perspicacité des parieurs qui auraient supputé à l'avance les chances favorables du cheval auquel la victoire était réservée. »

Toute autre a été l'opinion émise récemment par la Cour de cassation (1). Elle a décidé que les paris mutuels constituent des jeux de hasard passibles des peines édictées par la loi du 21 mai 1836 et par l'article 410, C. pén.

Voici, au surplus, les considérants remarquables par lesquels elle motive sa décision : Attendu..... « que les paris reçus dans ces établissements ne sont pas le résultat de rapports personnels et de pactes individuels entre les joueurs qui sont inconnus les uns aux autres ; que les parieurs, absolument étrangers, en presque totalité, aux goûts et aux traditions du sport, ne se proposent en aucune fa-

(1) Cass., Crim., 17 juin 1874.

con de favoriser l'amélioration des races chevalines ; qu'ils ignorent, d'ailleurs, tout ce qui serait nécessaire pour faire une appréciation plus ou moins rationnelle de la valeur comparative des chevaux devant courir sur les hippodromes français ou étrangers ; qu'ils n'ont qu'un mobile : la passion du jeu ; qu'une seule préoccupation : celle de profiter des chances du sort, en préférant souvent les combinaisons séduisantes et presque toujours trompeuses qui leur offrent la possibilité d'un gain considérable, au moyen d'un enjeu minime placé sur un cheval dédaigné ou inconnu ; — qu'en indiquant le cheval sur lequel ils placent leurs mises, les parieurs qui fréquentent (l'agence Oller) ne font pas acte d'appréciation personnelle plus ou moins réfléchie, de calcul de probabilité plus ou moins rationnel, de choix plus ou moins éclairé ; qu'ils obéissent aveuglément au hasard et aux entraînements du jeu, quand ils placent leurs mises sur tel ou tel cheval, désigné sans discernement, en dehors de toute combinaison de l'intelligence, qui serait basée sur des faits précis ou sur des renseignements plus ou moins exacts ; que le choix du cheval, même quand il s'applique à un cheval unique, comme dans les paris mutuels simples, est, dans ces conditions, purement fictif et ne saurait modifier le caractère essentiel de ces paris, dans lesquels prédominent les chances du sort, les combinaisons de l'intelligence ne pouvant s'y mêler qu'exceptionnellement dans des proportions si faibles qu'elles ne sont pas appréciables ; — Attendu que si des paris individuels, intervenus à l'occasion des courses de chevaux, peuvent, dans certains cas, ne pas être considérés comme des jeux de hasard, il en

est autrement des paris reçus dans les agences ouvertes au public (par Oller) ;

» Par ces motifs..... rejette, etc. »

§ 2. — *Des jeux de bourse.*

L'importance qu'a prise de nos jours la richesse mobilière, l'esprit d'industrialisme et de spéculation qui envahit de plus en plus les classes de la société, prêtent un caractère d'actualité à la question si intéressante déjà en elle-même des opérations de bourse.

La spéculation, d'un côté, avec ses inconvénients et ses abus, de l'autre avec sa nécessité et ses avantages, a donné lieu à de hautes et nombreuses discussions et à des écrits d'une grande portée.

Tour à tour du domaine de l'économie sociale et politique, de la morale, de la chaire sacrée (1), du théâtre (2), elle a suscité les controverses les plus vives et les plus délicates.

Elle perdrait à être traitée par nous; néanmoins, on nous permettra de reproduire en quelques mots ce que tant d'esprits distingués ont exposé avant nous. Nous ne saurions trouver une introduction plus attrayante à l'étude des jeux de bourse que nous allons traiter. Les principes qu'elle met en jeu serviront à nous guider à travers les difficultés nombreuses que nous trouverons sur notre route et nous permettront de résoudre plus sainement les problèmes qui s'offriront à notre examen.

Les jeux et les paris sur les effets publics, a-t-on

(1) P. Matignon, 5<sup>e</sup> conférence. Avent, 1873.

(2) *La Jeunesse*, d'Emile Augier; *la Bourse*, de Ponsard, etc.

dit, doivent avoir pour conséquence nécessaire d'altérer sur le marché la valeur réelle de ces effets, d'induire ainsi en erreur les vendeurs ou les acheteurs sérieux, de déprécier les titres reposant sur la garantie de l'Etat. Loin de donner une impulsion féconde à l'activité et au développement du marché national, ils y apportent, au contraire, une cause d'affaiblissement et de torpeur, par l'état d'abandon où ils laissent la négociation et la circulation des titres, tandis que, d'autre part, en provoquant des cours factices au gré et suivant les besoins d'un agiotage sans pudeur comme sans mesure, ils jettent la perturbation et la méfiance sur le marché, en éloignant les opérations sérieuses et en décourageant ainsi la spéculation loyale, si nécessaire au maintien et au développement du crédit public.

D'autre part, ils portent une atteinte non moins grave à la moralité publique, en accoutumant une foule de gens à chercher la fortune et le bien-être dans les luttes et dans les chances du jeu et de la spéculation, et non dans le savoir, dans le travail patient, honnête, productif.

Ces hautes raisons d'Etat et d'intérêt public sont assurément fort graves ; mais on a fait dans ces derniers temps particulièrement, au nom de la bonne économie financière, une distinction entre la spéculation licite, le commerce sur les capitaux et l'agiotage, les jeux et paris prohibés ; et prenant la défense des premiers, on a dit :

Il est incontestable que les titres négociables sont susceptibles d'une incessante modification dans leur valeur relative, soit en hausse, soit en baisse. Dès lors le père de famille, le spéculateur doit avoir toute

facilité, toute liberté d'acheter, de vendre, d'échanger ces valeurs contre d'autres, soit afin d'éviter une perte possible, soit afin de réaliser un bénéfice probable ou espéré.

Il faut donc lui laisser la faculté de vendre ou d'acheter, non-seulement au comptant, mais encore à terme, lorsqu'il apprécie, au milieu du mouvement oscillant du prix des capitaux, les moyens de conjurer des pertes ou de réaliser des bénéfices.

Envisageant la question à un point de vue plus élevé, on ajoute que la spéculation et les marchés à terme sont une des conditions de l'existence et de la prospérité du crédit général, de l'activité et du mouvement des capitaux; les espérances qu'éveillent les chances de bénéfice ont seules la puissance de faire sortir de leurs cachettes une somme énorme de capitaux d'épargne qui, sans cette invitation, demeureraient improductifs et qui, une fois attirés sur le marché, fécondent une foule d'entreprises utiles auxquelles le capital aventureux peut seul donner la vie; par là aussi, par l'habitude des placements mobiliers en valeurs négociables, le gouvernement trouve à son tour la possibilité de réaliser ces grands emprunts, qui rendent tous les jours si éclatante la puissance financière de la France, qui développent sa richesse et assurent sa grandeur.

Telles sont les diverses appréciations de morale, de théorie et d'économie administrative qui ont été émises sur les négociations et opérations de bourse (1).

(1) V., pour plus de détail, sur cet aperçu général : MM. Jeannotte-Bozérian, *De la Bourse*, t. II, 4<sup>e</sup> partie; Proudhon, *Manuel du spéculateur*, p. 4 et suiv.; Oscar de Vallée, *Les manieurs d'argent*; Horace

Nous devons maintenant les examiner dans leurs manifestations effectives et pratiques.

Les affaires qui se traitent à la Bourse sont de deux espèces : d'une part, elles constituent des négociations industrielles et commerciales proprement dites; d'autre part, des négociations d'effets publics. Nous ne nous occuperons que de celles-ci, laissant le plus possible dans l'ombre les opérations sérieuses qui ne rentrent pas dans notre cadre.

Toutes les opérations de bourse, quelles que soient leur complication ou leur simplicité, affectent la forme d'un achat ou d'une vente; seulement elles sont tantôt réelles, tantôt fictives; quelquefois elles constituent des placements sérieux; mais le plus souvent, il faut le reconnaître, elles ne constituent que des paris sur la hausse ou la baisse des fonds publics, ce qu'en d'autres termes on appelle des *jeux de bourse*.

La difficulté de distinguer les uns des autres provient de ce que, dans tous les cas, l'apparence est la même et que, dans l'impossibilité où l'on se trouve d'apprécier d'une façon certaine l'intention des parties contractantes, on juge souvent du fond d'après la forme.

Nous avons dit que la vente et l'achat étaient la forme unique des opérations de bourse; ajoutons que la vente *au comptant* ou *à terme* sont leurs seules modalités.

(1) La plus simple, mais aussi la moins commune

Say, *Dict. d'écon. politique*, v<sup>o</sup> *Argent*; Courtois, *Des opérations de Bourse*, p. 76. Frémery, *Etudes de droit commercial*, p. 504; Thiers, *De la propriété*, p. 104... etc., etc.

des opérations de bourse, est le marché au comptant, c'est-à-dire la vente ou l'achat *pur et simple* des effets publics. Dans ce genre de marché, aucun délai n'est stipulé pour l'exécution de la convention, sauf celui nécessaire à la tradition manuelle ou au transfert des titres, suivant qu'il s'agit d'effets au porteur ou d'effets nominatifs : la négociation des valeurs reste uniquement soumise aux fluctuations de l'offre et de la demande.

Le marché au comptant rend la spéculation presque impraticable, dans tous les cas peu dangereuse, et, quant au jeu, elle l'exclut formellement. Aussi nous ne nous étendrons pas davantage sur ce point. Nous ne parlerons pas non plus de l'*arbitrage*, qui consiste dans un échange de titres et qui se présente, par exemple, quand une personne échange des titres 3 p. 100 de la rente contre des titres 5 p. 100.

A la différence des marchés au comptant, qui sont des opérations sincères, opérant une mutation sérieuse de propriété, les marchés à terme ne sont le plus souvent que des combinaisons fictives servant de déguisement à de véritables paris.

Cette opinion se confirme lorsqu'on étudie le mécanisme de la liquidation des marchés à terme.

Un exemple nous le fera comprendre : Deux personnes se trouvent en présence à la Bourse. L'une d'elles, Primus, croit que, dans un temps déterminé, les fonds publics éprouveront une hausse ; l'autre, Secundus, pense, au contraire, qu'au terme fixé ils seront en baisse. Primus, qui tient pour la hausse, achète de Secundus 3,000 fr. de rente 3 p. 100, fin courant, à 62 fr., cours actuel de la rente. A la fin du mois, ses prévisions se sont réali-

sées, et la rente est montée à 64 fr. Que doit faire Secundus? S'il faut qu'il livre les rentes achetées par Primus, il achètera lui-même 3,000 fr. de rente au cours du jour, moyennant 64,000 fr., remettra les titres à Secundus, duquel il recevra 62,000 fr., et, par suite, éprouvera une perte de 2,000 fr. De son côté, Primus versera entre les mains de Secundus 62,000 fr. comme réception des titres, et réalisera, eu égard au cours du jour, un bénéfice de 2,000 fr.

Si le cours de la rente, au lieu d'être de 64 fr. à la fin du mois, eût baissé à 60 fr., c'est-à-dire au pair, le résultat inverse se serait produit: Primus, acheteur à terme, aurait perdu les 2,000 fr. que Secundus, vendeur, aurait gagnés.

Si Primus et Secundus avaient fait un marché sérieux, il s'ensuivrait, dans la première hypothèse, que Primus exigerait la livraison effective des titres de rente; il pourrait néanmoins laisser à Secundus les titres que ce dernier désirerait peut-être conserver au cours précédent, et nous nous trouverions alors en présence d'une compensation qui s'opérerait jusqu'à due concurrence entre le prix de 64,000 fr. qui lui est dû et le prix de 62,000 fr. dont il est lui-même débiteur.

Mais supposons que la compensation n'ait pas eu lieu: à la réalité substituons la fiction, et nous nous trouverons en présence de deux parieurs qui n'ont songé ni l'un ni l'autre à recevoir ou à livrer un titre effectif de rente qui souvent même n'aura jamais été dans la possession de l'un d'eux, et c'est alors que nous apparaît le jeu de bourse dans sa forme habituelle.

On le voit, les marchés à terme, bien qu'emprun-

tant les apparences d'achats ou de ventes, se résolvent le plus souvent en de simples paiements de différences. Le vendeur a joué à la baisse, l'acheteur à la hausse, et la forme de l'opération sous laquelle ils ont déguisé leur jeu n'est « qu'une coquetterie de joueur et une affectation de bienséance pour faire illusion au public. »

Les marchés à terme, tels que nous venons de les décrire, peuvent s'appliquer également à certaines marchandises, telles que les farines, les huiles, les trois-six, etc... Ils se font soit à la Bourse, soit à la Halle, soit ailleurs; ils ont lieu par l'entremise de courtiers et peuvent même se conclure sans aucun intermédiaire. Du reste, ils présentent un intérêt beaucoup moindre que les marchés fictifs sur les effets publics.

On distingue deux espèces de marché à terme : le marché *ferme* et le marché à *prime*, appelé aussi marché *libre*.

Le marché ferme est celui qui engage le vendeur et l'acheteur, de telle sorte que ni l'un ni l'autre ne peut se dégager de son obligation en payant, à titre de dédit, une certaine somme fixée d'avance.

Quel que soit son objet, le marché ferme est dangereux; les contractants n'ont pas la faculté d'y renoncer et doivent subir toutes les éventualités de leur accord, si désastreuses qu'elles puissent être. Pour éviter ce danger d'écart, qui parfois peut être considérable, on a imaginé le marché à prime ou marché libre.

C'est un marché à terme, avec clause que l'acheteur, par exemple en abandonnant une partie du prix qui a été stipulée au moment de la convention et

qu'on appelle *prime*, aura la faculté de s'affranchir du marché si, au jour de la réalisation, les cours lui sont défavorables. Exemple : Primus achète 3 fr. de rente pour 62 fr. 20, dont 50 cent. (ce sont ces derniers mots qui constituent le marché à prime : ceci veut dire qu'au terme l'acheteur pourra résilier moyennant 50 cent. de perte).

S'il suit cet avis, il abandonne alors sa prime, qui est définitivement acquise au vendeur ; si, au contraire, il déclare *lever la prime*, selon le terme consacré, c'est-à-dire vouloir prendre livraison de la rente achetée et payer la différence entre le cours actuel et le cours du jour où la convention est intervenue, le marché libre se trouve converti en un marché à terme ordinaire ou marché ferme.

L'exécution du marché ou la *réponse* des primes, pour employer l'expression technique, se fait à la dernière bourse du mois, ou le 15 pour les liquidations de quinzaine. Le prix de ces primes est variable : le plus souvent de 1 fr., de 50 cent. et de 25 cent. ; il est toujours en raison inverse du prix du marché ; plus le prix du marché augmente, plus le montant de la prime diminue.

Constatons que le marché à terme est toujours moins cher que le marché à prime ; cette différence se conçoit aisément. Dans celui-ci, la position de l'acheteur est infiniment plus avantageuse ; ses chances de perte seront toujours limitées. Il exécutera toutes les fois que le marché lui procurera un bénéfice ou qu'il ne le constituera ni en perte ni en bénéfice, ou bien encore lorsque la perte sera inférieure au montant de la prime.

Le vendeur se trouve donc à la merci de l'ache-

teur pour le maintien de la convention. Bien plus, si son bénéfice, toujours incertain, est limité, sa perte éventuelle n'a pas de bornes, et il pourra être enlevé (c'est le terme en usage) pour des sommes considérables, s'il est obligé de racheter, au jour de la liquidation, les effets qu'il s'est engagé à livrer.

De pareils marchés sont donc souvent dangereux pour celui qui vend à prime des effets qu'il ne possède pas, dans l'espérance que l'acheteur ne prendra pas livraison et qu'il lui laissera le bénéfice de la prime.

La négociation, telle que nous venons de l'exposer, a sa contre-partie.

Il arrive parfois que c'est le vendeur qui paie une prime à l'acheteur et acquiert ainsi le droit de livrer ou de ne pas livrer au prix convenu. Le marché, dans ce cas, est *libre* pour le vendeur, *obligatoire* pour l'acheteur. C'est ce qu'on appelle *une prime pour recevoir*.

Nous arrivons au *report*, troisième combinaison de deux opérations de nature différente, le marché au comptant et le marché à terme.

Il n'entre pas dans notre plan de décrire les combinaisons nombreuses du report; nous nous bornerons à l'observer sous sa forme essentielle. Le mot *report* est pris, à la Bourse, dans deux sens un peu différents.

Dans une première acception, il désigne la différence qui existe entre le prix d'une valeur au comptant et celui de cette même valeur à terme, lorsque le prix du terme est plus élevé que celui du comptant. C'est par opposition au mot *report*, employé dans ce sens, qu'on appelle *déport* la différence en

tre les deux cours, lorsque le prix du comptant est plus élevé que celui du terme.

En temps normal, la rente au comptant est à plus bas prix que celle payable à terme. Il faut, en effet, considérer que l'acheteur au comptant se dépouille, dès l'instant, du prix, tandis que l'acheteur à terme jouit, jusqu'à l'échéance, de l'intérêt de son capital qu'il conserve; de plus, l'effet public s'accroît de son produit incessant depuis le détachement du coupon jusqu'au jour où le coupon suivant sera exigible.

Dans un second sens, celui dont nous avons à nous occuper, le report désigne une opération compliquée, comprenant tout à la fois un achat et une vente *simultanée* de titres, l'une ordinairement au comptant et l'autre toujours à terme. Les parties qui figurent dans cette opération jouent, tour à tour, le rôle d'acheteur et de vendeur. Exemple : Primus achète de Secundus 3 fr. de rente 3 p. 100 à 62 fr. comptant, et revend à Secundus 3 fr. de rente 3 p. 100 à 62 fr. 25, fin du mois.

Il peut se faire aussi que les deux opérations soient l'une et l'autre à terme; dans ce cas, la première doit nécessairement comporter un terme plus rapproché que la seconde. Primus achète 3 fr. de rente 3 p. 100 à 62 fr., fin janvier, et revend à Secundus 62 fr. 25, fin février.

Celui qui achète pour revendre se nomme le *reporteur*, celui qui vend pour racheter se nomme le *reporté*.

N'oublions pas que la *simultanéité* de la vente et du rachat est le caractère essentiel de l'opération; lorsqu'un laps de temps plus ou moins long les sé-

pare, il y a une vente et un achat, et réciproquement : il n'y a pas de report.

Ainsi compris, le report a quelques points de ressemblance avec le réméré, sauf que, dans notre cas, le rachat est obligatoire au lieu d'être facultatif.

Cette opération a une double utilité. D'une part, elle procure au capitaliste un placement avantageux de ses fonds pour un temps excessivement court. De l'autre, elle procure au spéculateur le moyen de prolonger ses opérations au delà du terme fixé pour l'exécution du marché.

Le report (1), disons-nous, est utile au capitaliste.

Vous possédez une certaine somme d'argent dont vous n'aurez l'emploi que dans un ou deux mois. Comment la rendre productive d'ici là ? à l'aide d'un report. Voici de quelle manière : Le 3 p. 100, je suppose, est, au comptant, à 65 fr., il est à terme à 65 fr. 40. Vous employez votre argent à acheter comptant du 3 p. 100 à 65 fr., et vous le revendez, en même temps, fin courant, à 65 fr. 40. Le bénéfice résultant de la différence des taux des deux négociations vous représentera un intérêt calculé à l'année. Si l'intervalle entre l'achat et la vente, au lieu d'être un mois, était de trois semaines, quinze jours ou une semaine, vous aurez eu le moyen de placer votre argent plus avantageusement encore.

Vous aurez, en outre, l'avantage, ayant revendu ces rentes à terme, au moment où vous les achetez, de demeurer étranger à la baisse. Les risques seront

(1) *Report* est un mot anglais qui signifie *prolongation, continuation*.

courus par l'acheteur qui contracte vis-à-vis de vous l'obligation de prendre livraison au taux et au terme convenu. Le seul danger auquel vous êtes exposé, c'est que l'acheteur devienne insolvable. Dans ce cas, vous conserverez toujours les titres et vous pourrez attendre une hausse pour les revendre.

Le report est encore utile au spéculateur.

Il donne à celui qui n'est pas en mesure d'exécuter son opération à l'échéance le moyen de maintenir sa position d'acheteur ou de vendeur, et d'attendre, pour se liquider, le jour où ses prévisions de hausse ou de baisse s'étant réalisées, il pourra remplir ses engagements sans une trop grande perte.

Ce genre de report nécessite l'intervention d'un capitaliste ; ordinairement c'est l'agent de change lui-même qui a reçu d'un certain nombre de clients des dépôts de sommes ou de titres destinés à être employés en reports. Vous dites à cet agent de change : « J'ai acheté fin courant ; je n'ai pas les fonds nécessaires ; trouvez-moi quelqu'un qui prenne livraison pour moi, je lui vendrai et nous ferons un rachat fin courant. » De cette façon, vous n'aurez à payer qu'une différence, et si la hausse arrive plus tard, conformément à vos prévisions, vous pourrez regagner cette différence et obtenir un bénéfice.

Ces diverses formes du report que nous venons d'examiner offrent la plus complète sécurité, soit aux capitalistes, soit aux détenteurs de titres : les premiers ne paient qu'en échange des titres, les seconds ne s'en dessaisissent que contre paiement.

Mais souvent les achats et les ventes ne sont que purement fictifs. Au moment de la liquidation, il n'y a ni livraison ni paiement ; tout se résout en dif-

férences qui se règlent à la fin de chaque quinzaine ou de chaque mois. Les reports servent ainsi de voile à de nouveaux jeux de bourse (1).

A côté du report ordinaire, mentionnons le *report sur prime*. On appelle ainsi une opération par laquelle, ou bien on achète ferme des effets qu'on revend à prime pour la même époque, ou bien on achète ferme des effets fin courant qu'on revend à prime fin prochain.

C'est un moyen de bénéficier sur la différence du cours ferme au cours à prime.

Nous venons de faire connaître sommairement le mécanisme des marchés à terme, les éléments qu'ils fournissent à la spéculation, les diverses combinaisons auxquelles ils se prêtent; nous avons maintenant à examiner, au point de vue du droit civil, commercial et pénal, les contrats eux-mêmes auxquelles ces marchés donnent lieu.

Il est certain que la promesse de vendre une chose que le vendeur ne s'engage à livrer qu'à l'expiration d'un certain délai et que l'acheteur ne doit payer qu'à la même époque, est valable (art. 1589, C. civ.). Il n'est pas douteux, non plus, que l'obligation de livrer à terme une chose déterminée dans son genre, mais indéterminée dans son espèce, dont le promettant ne serait ni propriétaire ni même possesseur au moment de la convention, constitue également un contrat licite.

(1) Quand le report est une opération sérieuse, constitue-t-il un prêt ou un achat suivi d'une revente? Cette question, que nous n'avons pas à examiner, a une importance pratique immense; en effet, si on doit considérer le report comme un prêt, il faudra lui appliquer les lois sur l'intérêt et sur l'usure.

A-t-il été fait exception à ces principes, en ce qui concerne la vente et l'achat d'effets publics, avec stipulation réciproque d'un délai de livraison et de paiement, et, dans le cas de l'affirmative, quelles sont les conditions de cette exception ?

Telle est la question à examiner.

Les marchés d'effets publics exercent une influence si considérable sur l'existence et la prospérité du crédit général, sur l'activité et le mouvement des capitaux indispensables au travail, à la production, aux intérêts les plus essentiels de la société, que, de bonne heure, ils fixent l'attention du législateur.

A côté des principes généraux de nos codes s'établit, pour eux, une législation toute spéciale qui, sous l'influence des temps et des circonstances, a voulu tantôt les proscrire entièrement, tantôt les subordonner à certaines conditions plus ou moins efficaces, tantôt les entourer d'obstacles indirects.

Cette législation assez confuse a été diversement interprétée par les jurisconsultes. Il est donc nécessaire, pour l'intelligence des questions qui vont suivre, d'en tracer un exposé que nous nous efforcerons, néanmoins, de présenter le plus succinct possible, indiquant, au fur et à mesure, les différentes appréciations dont elle a été l'objet, et nous réservant de dire plus loin ce que nous pensons des controverses auxquelles cette législation a donné lieu.

Avec l'accroissement des dettes de la royauté, des communes, et le nombre chaque jour plus considérable des titres qui se présentaient sur le marché, les négociations des effets publics avaient pris, même avant la Révolution de 1789, un développement de

plus en plus intense, qui n'avait pas tardé à donner naissance à la spéculation et à l'agiotage.

Le gouvernement pensa qu'il était de son devoir d'empêcher les jeux ou paris sur les cours probables et à venir des effets publics, dont l'habitude et l'usage s'établissaient à côté des transactions effectives, et auxquels on reprochait, d'une part, d'occuper une masse considérable de capitaux dans un mouvement stérile d'action et de réaction accompli sur ces capitaux eux-mêmes, en dehors des besoins réguliers et des opérations utiles du travail et de la production, et, d'autre part, de produire trop souvent des oscillations de baisse préjudiciables au crédit de l'Etat.

En conséquence, la réglementation relative aux négociations et transactions sur les effets publics eût pour but principal de mettre obstacle aux opérations fictives, c'est-à-dire à l'agiotage et aux jeux-paris sur ces valeurs.

Cette réglementation se manifeste sous l'ancienne monarchie, et particulièrement à la suite des perturbations financières amenées par le système de Law, par un grand nombre d'actes, dont les plus importants sont : l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724 qui exige le ministère des agents de change pour la négociation de papiers commerçables et autres effets ; qui veut que les particuliers acheteurs ou vendeurs de ces papiers ou effets remettent l'argent ou les effets à l'agent de change avant l'heure de la bourse, et qui défend d'opérer les négociations en dehors du local spécial et des heures que cet arrêt indique. Puis viennent les arrêts du conseil des 7 août 1785, 12 octobre 1785, 22 septembre 1786 et 14 juillet 1787.

Le premier de ces arrêts dispose, dans son article 4, que le cours des effets royaux et celui du change doivent seuls être cotés. Il déclare nuls les marchés et compromis d'effets royaux à terme et sans livraison ou sans dépôt réel de ces effets, constaté par un acte contracté au moyen de la signature de l'engagement. L'arrêt du 12 oct. 1785 modifie le précédent, en exigeant seulement, à défaut de titres au moment de la vente, des pièces probantes de la propriété des vendeurs. Quant aux deux arrêts du conseil des 22 sept. 1786 et 14 juil. 1787, le premier fixe limitativement à deux mois le délai de la livraison et institue une commission pour prononcer sommairement et sans frais sur les contestations relatives aux marchés à terme des effets publics; l'autre révoque cette commission.

Tels sont les documents que nous trouvons dans cette première période de la législation antérieure à 1789. Après avoir, par l'arrêt du conseil du 24 sept. 1724, rendu improbables les marchés à terme, par l'impossibilité de concilier leur mécanisme avec ses prescriptions, elle s'adoucit et déclare ces opérations licites et sanctionne leur exécution, pourvu que l'échéance du terme de livraison n'excède pas deux mois et que le vendeur opère la livraison, le dépôt des effets au moment de l'engagement, ou tout au moins qu'il dépose chez un notaire les pièces probantes de sa propriété. En cas de contravention à la preuve préalable de la propriété et à la fixation du délai de livraison, les opérations sont déclarées nulles et une amende de vingt-quatre livres est prononcée contre le contrevenant.

La seconde période est celle qui s'étend depuis la

Révolution de 1789 jusqu'au code de commerce de 1807, et au code pénal de 1810.

Les marchés à terme continuent à être régis par les arrêts du conseil de 1785 et de 1786. Le décret du 13 fruct. an III, portant défense de vendre, dans d'autres lieux qu'à la Bourse, de l'or et de l'argent, ne changea point l'état de choses accompli. L'article 3 de ce décret porte : « Tout homme qui sera convaincu d'avoir vendu des marchandises et effets dont, *au moment de la vente, il ne serait pas propriétaire*, est déclaré agioteur et doit être puni comme tel. »

Cette disposition, remarquons-le, se concilie parfaitement avec celle des arrêts de 1785 et de 1786, puisqu'en obligeant le vendeur à prouver sa propriété, ces arrêts exigent par cela même qu'il soit propriétaire au moment de la vente.

La loi du 28 vend. an IV qui suivit, demande une attention particulière, car c'est dans cette loi que les adversaires des marchés à terme puisent leur argument principal. L'article 4 de la loi dispose : « Attendu que *les marchés à terme ou à prime ont été interdits par de précédentes lois*, tous ceux contractés antérieurement au présent décret sont annulés, et il est défendu d'y donner aucune suite sous peine de... » Ainsi, cette loi se réfère aux anciens règlements ; elle en repousse la désuétude et l'abrogation ; elle maintient leur existence et affirme leur applicabilité quant aux marchés à terme ou à prime en général.

Mais quelles étaient *ces lois précédentes*, dont la loi de l'an IV a voulu parler et faisait si durement l'application ? Étaient-ce les arrêts de 1785 et 1786,

qui permettaient, dans de certaines limites, les marchés à terme à la Bourse? Était-ce l'arrêt de 1724, dont les dispositions rendaient le marché à terme impraticable, ainsi que nous l'avons dit plus haut?

Les uns (1) pensent que la législation de l'an IV, en rappelant, en termes généraux, que les marchés à terme ou à prime étaient déjà interdits *par de précédentes lois* et en donnant ainsi une vie nouvelle aux anciens arrêts du conseil, prouve, par les expressions dont elle se sert, que le législateur n'a pas voulu revenir aux prohibitions absolues de 1724.

Certains (2) admettent une conclusion analogue, tout en regardant la loi de l'an IV comme étrangère, en quelque sorte, à la question qui nous occupe : ils font remarquer que cette loi ne statue que sur les espèces métalliques et lettres de change et qu'elle ne peut être dès lors invoquée contre les marchés à terme des effets publics.

D'autres auteurs (3) soutiennent, au contraire, que la loi de l'an IV a été la consécration du système de l'arrêt 1724; que s'il avait voulu se référer au système des arrêts de 1785 et 1786, le législateur eût parlé des lois qui autorisent les marchés à terme et non de celles qui les interdisent.

Nous n'insistons pas davantage sur ce point; nous retrouverons plus loin cette controverse.

L'arrêté consulaire du 27 prair. an X a donné lieu également à une difficulté d'interprétation de même nature. Son article 13 porte que : « chaque agent de

(1) Troplong, *Cont. aléatoires*, n° 120.

(2) Moillot, *Bourses de commerce*, n° 458.

(3) Fréméry, *Traité des spéculations de Bourse*, p. 497; Jeannotte-Bozérian, *La Bourse*, n° 280.

change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète est *responsable de la livraison et du paiement* de ce qu'il aura vendu et acheté... »

Des termes de cette disposition, que l'on prétend inspirée par les mêmes principes que la loi de vendémiaire an IV, les adversaires des marchés à terme ont conclu que ces marchés étaient impossibles, car les deux conditions essentielles de la spéculation à terme, qui sont, d'une part, l'acquisition ou la vente d'effets publics à découvert, et, d'autre part, en même temps, le dépôt différé entre les mains de l'agent de change des titres vendus et des sommes destinées à les payer, n'existent plus : l'agent de change devant avoir reçu le dépôt préalable des titres et de l'argent, on en est réduit uniquement au marché au comptant (1).

Cette interprétation est repoussée par ceux qui prétendent que la législation résultant des arrêts de 1785 et 1786 n'a pas cessé d'être en vigueur. Ils répondent que l'arrêt de prairial a bien posé, en principe, le dépôt préalable entre les mains de l'agent de change des titres et de l'argent, mais qu'il a admis aussi l'hypothèse implicite où le dépôt n'aurait pas eu lieu, en rendant, dans ce cas, l'agent de change responsable de la livraison et du paiement de ce qu'il a acheté ou vendu (2).

Nous arrivons ainsi à la législation actuelle. Cette législation a-t-elle prévu les hypothèses qui nous occupent, a-t-elle jeté plus de clarté sur la question

(1) M. Jeannotte-Bozérian, *loc. cit.*, n° 282 et suiv.

(2) Troplong, *loc. cit.*, n° 131.

dont nous recherchons les éléments du solution ?

Et d'abord, que nous dit le code civil ? Le code civil ne contient, quant aux obligations à terme, que des principes généraux qui n'ont pas en vue ces contrats compliqués et spéciaux, susceptibles de se produire dans les opérations de bourse, auxquels on a donné le nom *de marchés à terme*. Nous trouvons, il est vrai, deux dispositions se rattachant plus directement à la matière : ce sont celles des articles 1965 et 1966. Mais appliquer ces articles aux marchés à terme, n'est-ce pas résoudre la question par la question ? n'est-ce pas supposer ou que le marché à terme, en général, tel qu'il se pratique ordinairement à la Bourse, constitue nécessairement un jeu ou un pari, ce qui est à démontrer, ou que certains marchés à terme peuvent constituer un jeu ou un pari, ce qui n'est pas contestable, mais ce qui n'implique rien quant à la question générale. Les articles 1965 et 1966, code civil, nous paraissent donc sans effet sur la difficulté, parce qu'il n'est pas possible d'en déduire le maintien ou l'abrogation de la législation antérieure. Le code de commerce ne nous donnera pas davantage satisfaction. L'article 90 se borne à promettre que des règlements d'administration publique pourvoient à tout ce qui est relatif à la négociation des effets publics. Mais ces règlements n'ont jamais été rendus et le législateur n'a pas cessé de garder un profond silence.

La discussion relative à la validité ou la nullité des marchés à terme a porté enfin sur l'interprétation des articles 421 et 422, C. pén.

De ces articles et particulièrement de l'article 422, on a tiré cet argument fondamental que le législa-

teur du code pénal a supposé qu'un pareil contrat pouvait être valable : qu'il a même introduit une facilité plus grande dans l'accomplissement du marché à terme, puisque, par l'induction de ses dispositions, il suffit au vendeur de prouver uniquement qu'il avait la disposition des effets au temps de la livraison, ce qui le laisse librement à découvert quant à la possession de ces effets, pendant tout le temps qui s'écoule entre la convention elle-même et son exécution par la livraison des effets.

« Les arrêts de 1785 et 1786, » dit M. Troplong (1), « ont statué à la fois au civil et au criminel, ils ont été le vrai code pénal de l'ancien régime sur les jeux de bourse et ils sont abrogés en partie par le code pénal de 1810, lequel a entendu régler la matière. »

D'après M. Jeannotte-Bozérian (2) cette opinion ne saurait être admise. Il n'est pas exact de dire, comme le fait remarquer M. Troplong, que les arrêts de 1785 et 1786 sont le vrai code pénal de l'ancien régime ; ils en sont tout à la fois et le code civil et le code pénal. Or, si au point de vue des conditions caractéristiques du délit, l'ancienne législation a été modifiée, il ne s'ensuit nullement que celles auxquelles cette législation avait subordonné la validité civile du contrat aient été atteintes.

De cette exposition raisonnée de la législation, deux systèmes se dégagent : l'un, qui consiste à soutenir la validité des marchés à terme, soit dans les

(1) *Loc. cit.*, n° 126 ; Mollot, n° 453, *in fine*.

(2) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Effets publics*, § 11 ; Coffinières, p. 140 et suiv. ; Jeannotte-Bozérian, *loc. cit.*, n°s 293 à 300.

limites établies par les arrêts de 1785 et 1786, soit dans les conditions créées par les articles 421, 422, C. pén.; l'autre qui conclut à la prohibition absolue des marchés à terme.

Placée ainsi en présence d'une législation incertaine, la jurisprudence, dans son rôle d'interprète, devait nécessairement sentir le contre-coup des contradictions théoriques que nous avons signalées et nous présenter, à son tour, une marche flottante semée d'hésitations et parfois même de revirements soudains.

Et ses anxiétés ont dû être d'autant plus grandes, que la Cour de cassation semble avoir craint d'engager la question et de la poser sur le terrain du droit. Elle l'a toujours considérée comme une simple question de fait dont l'appréciation doit appartenir souverainement au juge du fond. C'est là une donnée constante que nous relevons dans ses décisions (1).

C'est donc principalement dans les arrêts des Cours qu'il faut suivre la marche et le développement de la jurisprudence.

Au début, ces Cours se montrent assez favorables aux marchés à terme. La Cour de Paris, dans un arrêt remarquable du 29 mai 1810, allait jusqu'à dire, dans un de ses considérants : « *qu'il n'existe aucune loi en vigueur qui proscrive les marchés à terme...* (2). »

Mais, vers 1823, un changement assez remarquable se manifeste et le marché à terme est prohibé d'une manière formelle.

(1) Cass., 26 août 1866.

(2) *Junge*, dans ce sens d'interprétation favorable : Paris, 18 juin 1812 et sur pourvoi, req. 22 juin 1814 ; Paris, 11 janv. 1821.

S'appuyant à la fois, non-seulement sur les arrêts de 1785 et 1786, mais encore sur celui de 1724 ainsi que sur la loi du 28 vendémiaire an IV qu'elle déclare toujours obligatoire, la jurisprudence décide que ces marchés, lorsqu'ils ne sont pas précédés du dépôt des titres ou des sommes destinées à solder l'achat des titres, sont expressément ou implicitement prohibés par les règlements (1).

Néanmoins, elle ne tarda pas à se départir de ce système de rigueur; abandonnant l'arrêt de 1724 et ses prescriptions prohibitives, elle se borne d'abord à renfermer la question dans l'application pure et simple des règlements de 1785 et 1786.

Comme ces arrêts n'exigeaient de dépôt préalable que de la part du vendeur et qu'ils n'imposaient pas cette formalité à l'acheteur, elle fit une distinction entre les achats et les ventes à terme à découvert; elle considéra les premiers comme valables et annula seulement les ventes à terme, lorsque le vendeur ne s'était pas conformé aux dispositions de ces anciens règlements (2).

Les tribunaux, faisant ensuite un nouveau pas, semblent ne plus vouloir se maintenir dans l'application rigoureuse des règlements de 1785 et 1786. Suivant ce nouveau système, qui est l'expression des tendances actuelles de la jurisprudence et qui compte en sa faveur un nombre toujours croissant de décisions (3), le marché à terme n'est pas prohibé en

(1) Paris, 11 août 1824; Orléans, 27 janv. 1827; Amiens, 30 juin 1838; Paris, 21 janvier 1854.

(2) Paris, 29 mars 1832; Paris, 14 nov. 1836.

(3) Paris, 10 mai 1856; Paris, 13 mai 1873; Toulouse, 30 juin 1874.

principe; il est valable lorsqu'il est sérieux et que, dans la pensée des parties, il doit être suivi d'une exécution réelle; ce qui reste défendu, c'est le jeu de bourse, c'est-à-dire l'opération qui ne doit pas aboutir à une livraison ou à une levée de titres et qui doit se régler par le paiement de simples différences.

Quant aux caractères auxquels la jurisprudence reconnaît les jeux de bourse, ils sont, à vrai dire, assez incertains et, du reste, il serait difficile qu'il en fût autrement, car il s'agit ici de faits et de circonstances, d'appréciation d'intention et de volonté, qui échapperont toujours à une analyse doctrinale.

A notre avis, c'est avec juste raison que la jurisprudence a repoussé la nullité absolue du marché à terme.

Si l'on examine sans idées préconçues la législation sur laquelle repose la question de la validité de ces marchés, il paraît impossible d'y voir leur prohibition radicale.

Sans entrer dans l'examen de cette question, dont le développement approfondi dépasserait les limites de notre travail, et sur laquelle d'ailleurs abondent de nombreux commentaires (1) dont nous ne pourrions présenter ici qu'un pâle reflet, constatons que nulle part il n'existe dans nos lois une disposition quelconque de laquelle on puisse légalement déduire que le législateur ait entendu revenir aux systèmes de l'arrêt de 1724. Si telle eût été son intention, qui l'eût empêché de l'exprimer clairement et positive-

(1) Notamment Jeannotte-Bozérian, *loc. cit.*; Mollot, *loc. cit.*

ment ? S'il ne l'a pas fait, c'est évidemment qu'il n'a pas voulu le faire.

D'un autre côté, cependant, on voit que de tout temps le législateur a cherché à entraver certaines opérations de bourse, soit qu'il agisse directement sur les spéculateurs eux-mêmes, comme dans les arrêts de 1785 et 1786, en imposant au vendeur l'obligation de justifier, au moment du marché, de la propriété du titre vendu, à peine de nullité du contrat ; soit qu'il agisse sur les agents de change, en les soumettant, dans l'article 13 de l'arrêté du 27 prairial an X, à des prescriptions sévères sanctionnées par une responsabilité sérieuse et une pénalité rigoureuse ; soit enfin qu'il frappe de peines correctionnelles les jeux de bourse eux-mêmes, comme dans les articles 421 et 422 du code pénal.

En validant le marché à terme dans une certaine mesure, en prohibant l'agiotage et le jeu, la jurisprudence nous paraît avoir fidèlement appliqué la législation.

Mais toute difficulté n'est pas encore aplanie, la question est loin d'être entièrement vidée. En principe, on repousse la nullité absolue du marché à terme. Voilà un point important acquis ; mais nous le savons, si certaines opérations sont validées, il en est d'autres qui sont frappées de réprobation. Il faut donc distinguer entre ce qui est permis et ce qui est défendu ; or, comment déterminer cette limite ? à quels caractères reconnaître le marché valable et le jeu prohibé ? Les arrêts de 1785 et 1786 donnent une règle à cet égard ; doit-on toujours la suivre ? D'un autre côté, l'article 422, C. pén., présente une règle différente ; est-ce celle-ci qui devra prévaloir ?

Examinons :

Il est, tout d'abord, une remarque importante à faire : c'est que les règlements sur les marchés à terme, soumis à une étude attentive, nous apparaissent plutôt avec le caractère de lois d'accident (qu'on nous pardonne le terme) qu'avec celui qui convient aux lois de principe ; leur but est l'intérêt financier de l'Etat, bien plus que l'ordre et la morale publique.

Nés au milieu et par suite de circonstances accidentelles, dès que ces circonstances ont changé, ils sont facilement mis en oubli, non-seulement par les particuliers, mais encore par les gouvernements eux-mêmes.

La vérité de notre proposition apparaît clairement, si on veut bien jeter un coup d'œil sur les divers monuments de la législation en cette matière.

Sans doute, les lois rendues pendant les premiers temps de la Révolution rappellent formellement les règlements antérieurs et en ordonnent l'exécution ; mais il n'en est déjà plus de même, lorsque nous arrivons, en 1808, au code de commerce. Il annonce qu'il sera pourvu par des règlements d'administration publique à tout ce qui est relatif à la négociation et transmission de propriété des effets publics (art. 90) ; mais il ne dit pas que provisoirement on observera les anciens règlements, et ce silence paraît d'autant plus significatif que, lorsqu'il s'agit de droits de courtage à percevoir par les agents de change, le législateur a le soin de nous dire que les anciens usages seront suivis jusqu'aux nouveaux règlements à intervenir. Survient le code pénal de 1810. Dans les articles 421 et 422, il prévoit et punit le jeu de bourse. D'un côté, il adoucit la peine anciennement pronon-

cée et il modifie le caractère du délit dans un sens favorable au vendeur. Tandis que les arrêts de 1785 et 1786 exigeaient qu'au moment du marché le vendeur justifiât de la propriété du titre, l'article 422 se borne à exiger que le vendeur prouve que les effets vendus ont dû se trouver à sa disposition au temps de sa livraison. Mais, d'un autre côté, il est plus sévère ; car, par la généralité de ses termes, l'article 421 permet d'atteindre l'acheteur à découvert (1), ce qui n'était pas possible avec les arrêts de 1785 et 1786.

Les articles 421 et 422, C. pén., rapprochés du silence gardé au sujet des arrêts de 1785 et 1786, n'est-il pas un indice frappant de l'abandon des anciennes règles sur le marché à terme et sur les jeux de bourse, et n'est-on pas vraiment en droit de conclure que celles-ci ont été implicitement abrogées ?

Toutefois, la jurisprudence, telle qu'elle est aujourd'hui formulée, présente de graves difficultés et soulève des objections sérieuses, il faut en convenir.

La distinction qu'elle établit entre les jeux de bourse prohibés et les marchés à terme permis, du moment qu'elle n'a pas pour base les hypothèses spéciales prévues par les arrêts de 1785 et 1786, est des plus subtiles et même, on peut le dire, est contraire à la pratique. En effet, il est universellement reconnu que presque tous les marchés à terme, si ce n'est tous, ne se résolvent jamais que par des différences, et, par conséquent, ne sont, à vrai dire, que de véritables jeux et paris sur les effets publics. Et,

(1) Conf. MM. Jeannotte-Bozérian, n° 417; Morin, *Dict. de dr. crim.*, v° *Agiotage*. Carnot, *C. pén.*, t. II, p. 423. Chauveau et Hélie, *C. pén.*, t. V, p. 486 et suiv.; *Crim.*, 9 mai 1857.

néanmoins, nous ne voyons jamais le ministère public requérir contre les joueurs l'application de l'article 422, C. p., qui punit l'agiotage. Or, si les tribunaux ne traitent pas comme des joueurs ceux qui travaillent à la bourse sur les différences, comment peuvent-ils traiter comme des jeux les opérations qui s'y concluent? Comment admettre qu'il y ait des jeux et qu'en même temps il n'y ait pas de joueurs? Si on recherche pourquoi, toute puissante dans la théorie, la loi pénale n'atteint jamais, dans la pratique, les agioteurs, si on veut savoir pourquoi l'article 422 reste aux mains des parquets une menace vaine, *telum imbellè*, c'est que, désespérant en face de marchés identiques de dire avec sûreté où finit la spéculation innocente, où commence le jeu condamnable, la magistrature répressive aime mieux, dans le doute, laisser passer quelques abus qu'inquiéter les contrats honnêtes. Si le magistrat voyait clairement le délit avec ses frontières légales, pourrait-il le tolérer? La tolérance d'un délit par le pouvoir social, mais ce serait la complicité?

D'ailleurs, quels sont les éléments d'appréciation qui autorisent un tribunal à décider que telle opération de bourse doit être considérée comme sérieuse et par suite validée? que telle autre n'est que purement fictive et doit être annulée.

La jurisprudence admet qu'il faut rechercher dans l'intention des parties, lors de la passation du contrat, le signe caractéristique des opérations sérieuses et des opérations fictives. Les parties ont-elles voulu que l'opération se réglât en différence? opération fictive, agiotage; les parties ont-elles voulu que l'opération se liquidât par un mouvement de

titres et d'argent? opération sérieuse, spéculation.

Mais l'intention des parties se révèle dans le bordereau qui constate le marché ; or, ce bordereau est toujours libellé d'une façon identique ; la variété prétendue des intentions est inconciliable avec l'unité constante de la formule employée. La formule est une et le contrat est un. Tout vendeur écrit et signe qu'il s'engage en liquidation. En présence de cette formule unique, comment soutenir que certains spéculateurs promettent, que certains autres ne promettent pas d'effectuer à l'échéance une livraison de titres ?

Aussi les tribunaux recourent-ils, le plus souvent, à un autre aperçu ; ils mesurent les *ressources* du spéculateur.

Un spéculateur qui a 100,000 fr., en caisse, achète à la Bourse 1 million de valeurs. Ce spéculateur, disent les arrêts, joue, il travaille dans le vide ; mais n'est pas capable de lever en liquidation le million de valeurs qu'il a achetées.

L'arithmétique des arrêts est fantaisiste, et la jurisprudence commet une grosse erreur de comptabilité. En effet, j'achète un million de titres. Cette opération a deux faces : elle me constitue, il est vrai, débiteur du prix ; mais, en même temps, elle me fait acquérir une créance en livraison des valeurs qui forment l'objet du contrat ; cette créance grossit mon actif et s'ajoute aux 100,000 fr. que je possède déjà. L'opération passée, j'ai en réalité, dans mon actif, 1,100,000 fr., dans mon passif 1 million. Je puis, en réalisant ma créance, en tirer 1 million. Sans doute, je puis, dans cette réalisation, éprouver quelque perte ; mais ne

suffit-il pas, pour que la liquidation soit sérieuse, que mes 100,000 fr. parent au déficit?

D'ailleurs, faire reposer la validité ou la nullité de l'opération sur cette circonstance que le spéculateur a ou n'a pas une fortune suffisante pour la mettre à exécution, c'est prendre une base qui n'est fondée ni en équité, ni en droit, peut-on ajouter.

Est-il moral de donner à un homme le moyen de manquer à ses obligations parce qu'il n'a pas les ressources nécessaires pour les remplir? Est-ce qu'en droit la validité d'un contrat dépend de la solvabilité des contractants? Cette jurisprudence aboutit à cette conséquence singulière : elle tend à légaliser le jeu, pour peu qu'il n'excède pas les forces du joueur.

Et l'agent de change, le malheureux agent de change, qui a agi de bonne foi et sur lequel vont retomber lourdement les conséquences de la déloyauté de son client, quelle situation inique lui faites-vous? Peut-il, au moment du marché, si facilement mesurer les ressources de son client? Non. Un client qui a 100,000 fr. de surface, ne peut-il pas traiter secrètement avec quatre ou cinq agents, de telle sorte que chacun d'eux, s'imaginant recevoir exclusivement ses ordres, ne voie pas d'inconvénient à lui ouvrir un crédit de 100,000 fr.

« Le vice du système de la jurisprudence consiste en ceci : qu'elle déclare fictives les ventes qui n'entraînent pas un mouvement de titres. C'est une erreur qui vient de ce qu'on n'a que superficiellement étudié le mécanisme de la liquidation. En liquidation, toute vente m'assure, si je le veux, les titres que j'ai achetés et auxquels j'ai

» droit. Sans doute, il se peut que je n'exige pas, en  
» résultat, livraison matérielle des titres; mais la  
» convention de livrer qui caractérise la vente a du  
» moins existé lors du contrat, et j'en puis toujours  
» réclamer le bénéfice lors de la liquidation. Si mon  
» vendeur ne me fournit pas lui-même les titres qu'il  
» m'a promis et que j'aie besoin de les chercher sur  
» la place, en déboursant peut-être un prix plus  
» élevé, — j'ai acheté au cours de 500 fr. des titres  
» qui, lors de la liquidation, valent 600 fr., — mon  
» vendeur devra me payer la différence, 100 fr.  
» Qu'est-ce maintenant cette différence, sinon la ré-  
» paration mathématique du préjudice que le vendeur  
» me cause en ne me livrant pas lui-même? Qu'est-ce,  
» sinon le moyen à l'aide duquel j'obtiens, aux frais  
» du débiteur, l'exécution effective du contrat que j'ai  
» passé? Je retiens, en effet, mon prix, 500 fr.; j'y  
» ajoute l'indemnité 100 fr., et avec mes 600 fr., je  
» puis ramasser sur la place les titres dont j'ai be-  
» soin. Où est l'anomalie? où est la fiction? Je ne  
» vois là qu'une application banale, un peu accélérée  
» seulement par les usages financiers de l'article 1144  
» du code civil.... Quand, en droit commun, je suis  
» créancier et débiteur d'une même personne et  
» qu'une compensation s'établit, en ne laissant sub-  
» sister qu'une partie de la plus forte des deux obli-  
» gations, dira-t-on que les deux dettes compensées  
» jusqu'à due concurrence sont des dettes fictives  
» parce qu'il n'est besoin de payer effectivement que  
» le reliquat?  
» La liquidation de la Bourse, comme la compen-  
» sation du code civil, simplifie les paiements, mais  
» ne supprime pas les contrats. C'est là ce que les

» arrêts n'ont pas saisi, et pourtant le nœud de la question était là (1). »

Ce qu'il y a de certain, c'est que la jurisprudence, en annulant les marchés qu'elle appelle fictifs, n'a nullement atteint le but qu'elle poursuivait : enrayer la spéculation désordonnée. De nos jours, celle-ci a pris des proportions colossales. Nous allons plus loin : le système qu'elle préconise ne peut qu'aider au développement des opérations téméraires. Le capitaliste qui passe des marchés à terme par l'intermédiaire de l'agent de change, sait aujourd'hui qu'au cas de bénéfice il sera payé par l'agent, qu'au cas de perte il pourra, au prix d'un peu de honte, se faire dégager par décision judiciaire ; et le capitaliste qui n'a devant lui que des éventualités de gain, des perspectives heureuses, le capitaliste s'abstiendrait ! Les opérations de bourse peuvent apporter la richesse, jamais la ruine, et l'on s'étonne qu'elles entraînent les faibles, qu'elles séduisent la masse !

Aussi plusieurs esprits distingués, frappés de ces inconvénients, proposent-ils un système aussi radical, mais en sens inverse que celui de M. Jeanotte-Bozérian. Ce système consiste à déclarer légales et obligatoires toutes les négociations non entachées de fraude, vendues à la Bourse par le ministère des agents de change, et à en rendre l'exécution forcée, d'après les règles du droit commun. Ils pensent que cette sanction, en faisant peser sur les spéculateurs toutes les conséquences de la responsabilité civile et commerciale, contiendrait le torrent dans des limites suffisantes. Sans

(1) M. Jules Leveillé, *Du régime de la Bourse*, 1868.

doute, il y aura encore des folies, mais elles seront en plus petit nombre : les opérations de bourse deviendront plus modérées dès qu'on sentira qu'elles engendrent des dettes fermes.

Seulement, cette réforme, il ne faut pas la demander à la jurisprudence, comme le voudrait M. Ambroise Rendu (1). Il ne nous paraît pas légal de demander au juge civil de déclarer licite et permis le même fait que le juge correctionnel punirait, s'il lui était soumis, des peines de l'article 421; il y a là une limite que les tribunaux ne sauraient franchir et qu'il appartient au législateur seul de supprimer.

Cette idée de la validité des marchés à terme, sans distinction, a déjà fait son chemin autour de nous, et plusieurs législations étrangères l'ont inscrite dans leurs codes.

Le 29 février 1860, le grand conseil de Genève émettait, sur les opérations de bourse, une loi dont voici les dispositions :

Article 1<sup>er</sup>. — Les marchés à terme sont reconnus à la Bourse de Genève comme opérations commerciales légales.

Article 2. — Les marchés pourront se résoudre par différences, d'accord entre les contractants.

Article 3. Les articles 421 et 422 du C. pén. sont abrogés.

Article 4. L'article 1965, C. civ., ne peut être interprété comme applicable aux marchés à terme désignés dans l'article 1<sup>er</sup>.

En Belgique, l'article annulant les opérations de

(1) Journal le Droit, n° du 12 sept. 1861.

jeu a été effacé du projet que le gouvernement, préoccupé de réorganiser la Bourse, présentait aux Chambres en 1868.

En Angleterre, un bill célèbre, dû à l'influence de sir John Barnard, proscrivit, en 1734, l'agiotage. Ce bill n'a jamais été exécuté et il fut, dès le principe, convenu entre tous ceux qui fréquentent le *Stock-Exchange* que le spéculateur qui invoquerait le bill de sir Barnard serait à tout jamais expulsé de la Bourse. Le bill de sir Barnard fut donc, dès sa naissance, lettre morte. Il a été formellement abrogé en 1860.

En France, ce système fut soutenu, sous le Consulat, par un des hommes les plus considérables dans les conseils de l'Empire et, de plus, financier estimé, le comte Mollien (1). De nos jours, repoussé par le Sénat en 1864, il a trouvé, en 1860, l'appui de M. Berryer, dans une cause restée célèbre (2); et, en 1862, M. Larrabure le défendait devant le Corps législatif dans un projet de loi (3).

Nous voici arrivés aux dernières limites de notre travail. En terminant, notre pensée se reporte vers cet axiome si juste, devenu depuis longtemps une vérité banale et à l'application duquel il semble qu'aucune institution ne doive échapper, tant il est vrai que les circonstances et les temps exercent leur influence même sur les principes en apparence les plus immuables.

Après bien des siècles, on désire une réforme

(1) *Mémoires*, I, p. 250.

(2) Procès des coulissiers.

(3) *Moniteur*, 4 juin 1862. Projet portant modif. des articles 74, 75 et 90 C. comm.

entièrement opposée à la manière de voir du législateur romain. Partant du même point de départ, poursuivant le même but, la diminution du jeu, on en arrive à proposer des moyens directement contraires.

Le droit romain prohibait d'une manière absolue le jeu, voulant ainsi ne laisser aucun espoir de lucre aux joueurs ; nul doute qu'il n'eût frappé de la même réprobation les jeux de bourse s'ils avaient pu exister à cette époque ; de nos jours, on formule le vœu que ces derniers soient maintenus et validés dans la pensée de les maîtriser. De quel côté est la vérité ? C'est là un problème que nous avouons en toute humilité ne pouvoir résoudre.

Nous nous bornons à constater l'impuissance de la législation actuelle, l'inefficacité de ses moyens et, partant, la nécessité de l'intervention législative. Jamais réforme ne s'impose plus sérieusement à son attention.

## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN.

I. — La règle *dies interpellat pro homine* n'était pas en vigueur en droit romain.

II. — Dans l'action négatoire, c'est au demandeur à prouver la non-existence de la servitude.

III. — Quand un *adpromissor* s'est engagé *in durio rem causam*, son obligation n'est pas nulle pour le tout, mais réductible dans la limite de l'obligation principale.

IV. — Le pupille est *infans* jusqu'à l'âge de sept ans.

### ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

I. — C'est dans les chartes de concession de fiefs, et non ailleurs, qu'il faut chercher l'origine du droit d'aînesse.

II. — La saisine possessoire a son origine dans les principes du droit germanique, modifiés par l'influence des lois romaines.

III. — Les bénéfices tirent leur origine du droit canonique.

## CODE CIVIL.

I. — L'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans, perd la faculté de renoncer s'il était saisi, ou la faculté d'accepter s'il n'était pas saisi.

II. — L'enfant renonçant ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.

III. — Pour acquérir par prescription l'usage des eaux d'une source, il faut que les travaux dont parle l'article 642 soient faits, en partie du moins, sur le fonds supérieur.

IV. — L'aliénation à titre onéreux, consentie par un héritier apparent, est nulle.

V. — Le droit du preneur d'un immeuble est personnel et mobilier.

## PROCÉDURE CIVILE.

I. — Le jugement statuant sur une demande d'autorisation formée par une femme mariée ne doit pas être prononcé en audience publique.

II. — L'action en réintégrande est ouverte, non-seulement au possesseur proprement dit, mais encore au simple détenteur.

III. — Le tribunal français, devant lequel on poursuit l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger, ne peut réviser au fond la décision des premiers juges.

## DROIT CRIMINEL.

I. — L'excuse ne change point la qualité de l'infraction.

II. — L'aggravation de peine résultant de la qualité de l'auteur principal doit s'étendre au complice.

III. — La simple tentative d'avortement provenant d'une autre personne que la femme enceinte tombe sous le coup de l'article 317, C. pén.

### DROIT COMMERCIAL.

I. — Si le tireur est tombé en faillite avant l'acceptation du tiré, le porteur a un droit exclusif à la provision.

II. — La signature de l'acceptant par intervention doit être donnée sur la lettre elle-même et non dans l'acte de protêt.

III. — Le voiturier conserve son privilège sur la chose par lui transportée, même après s'en être dessaisi.

### DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les églises paroissiales consacrées au culte n'appartiennent pas aux fabriques, mais aux communes.

II. — Un fonds du domaine public devient prescriptible, dès qu'il a cessé, même tacitement, d'être affecté à un service public.

III. — Les cimetières font partie du domaine public communal.

### DROIT DES GENS.

I. — Le crime commis sur un vaisseau de guerre, dans la mer territoriale ou même dans le port d'une nation étrangère, est soumis à la loi pénale de l'Etat dont le vaisseau porte pavillon.

II. — Les individus pris en ballon doivent être traités, non pas comme espions, mais comme estafettes.

III. — L'ambassadeur ne peut donner asile, dans son hôtel, au délinquant qui voudrait s'y réfugier.

### ÉCONOMIE POLITIQUE.

I. — Les impôts directs sont préférables aux impôts indirects.

II. — Dans le doute, l'intérêt du consommateur doit l'emporter sur celui du producteur.

III. — L'argent est la marchandise par excellence ; mais c'est une marchandise soumise aux lois ordinaires de l'offre et de la demande.

*Vu par le Président de la Thèse,*

H. ROZY.

*Vu par le Doyen,*

DUFOUR.

*Vu et permis d'imprimer,*

*Pour le Recteur,*

*L'inspecteur d'Académie délégué,*

BELIN.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée au candidat. — Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

Cette Thèse sera soutenue, en séance publique, dans une des salles de la Faculté de droit de Toulouse, le vendredi 3 novembre 1876.

# TABLE DES MATIÈRES

|                        |   |
|------------------------|---|
| INTRODUCTION . . . . . | 1 |
|------------------------|---|

## DROIT ROMAIN.

### PREMIÈRE PARTIE.

#### DU JEU ET DU PARI A ROME.

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Du jeu. . . . .   | 9  |
| CHAPITRE II. — Du pari. . . . . | 24 |

### DEUXIÈME PARTIE.

#### DU PRÊT A LA GROSSE AVENTURE A ROME. 31

## DROIT FRANÇAIS.

### PREMIÈRE PARTIE.

#### DU JEU ET DU PARI AU MOYEN AGE ET DANS LE DROIT

#### INTERMÉDIAIRE.

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Du jeu. . . . .   | 65 |
| CHAPITRE II. — Du pari. . . . . | 73 |

DEUXIÈME PARTIE.

DU JEU ET DU PARI DANS NOTRE DROIT ACTUEL.

|  |     |
|--|-----|
| CHAPITRE I. — Du jeu et du pari au point de vue civil. . . . .                             | 82  |
| CHAPITRE II. — Du jeu et du pari dans leurs rapports avec<br>les lois répressives. . . . . | 114 |
| SECTION I. — Du jeu. . . . .   | 114 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Des maisons de jeu. . . . .  | 114 |
| § 2. — Des loteries. . . . .   | 127 |
| SECTION II. — Du pari. . . . .   | 138 |

APPENDICE.

|   |     |
|---|-----|
| § 1 <sup>er</sup> . — Des courses de chevaux. . . . . | 139 |
| § 2. — Des jeux de bourse. . . . .                    | 150 |

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.