

tout cas, les propriétaires ne participent aucunement aux jeux, il n'y a pour eux ni adresse ni exercice du corps. Dont on ne se trouve ni dans le texte ni dans l'esprit de l'exception. C'est bien là notre avis. L'opinion générale est contraire (1). Les courses de chevaux, dit-on, favorisent la transplantation et la propagation des races les plus propres à améliorer l'espèce : ce sont les termes d'une instruction ministérielle. C'est la raison pour laquelle l'Etat et les communes ont créé des primes auxquelles ont droit les propriétaires des chevaux, à l'exclusion des écuyers. Rien de mieux ; mais qu'est-ce que cela a de commun avec les jeux de l'article 1966 ? Le code civil a pour objet de former des hommes aptes à la guerre, il n'a pas songé aux chevaux ; les courses de chevaux sont donc étrangères à la disposition exceptionnelle établie pour les exercices des hommes.

## § II. Effet de la convention du jeu ou du pari.

### NO 1. DU DÉFAUT D'ACTION.

**201.** La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu (art. 1965). De là suit que si le gagnant agit en justice, le défendeur peut repousser la demande par une exception péremptoire. Mais que faut-il décider si le perdant n'oppose pas l'exception ? Le juge peut-il l'opposer d'office ? La question est controversée. Nous n'hésitons pas à admettre l'affirmative en termes absolus et sans distinction aucune. La solution dépend de la nature de l'exception : est-elle d'ordre public ? ou est-elle d'intérêt privé ? Et cette question elle-même dépend de la nature des dettes de jeu et du motif pour lequel ces dettes n'engendrent pas d'action. Dans notre opinion, les dettes de jeu sont des obligations naturelles ; par conséquent, elles n'ont aucune existence aux yeux de la loi ; elles ne produisent qu'un seul effet, c'est que, quand elles sont volontairement payées, elles ne donnent pas lieu à une action en répétition ; ainsi les dettes de

(1) Mourlon, t. III, p. 425, n° 1077<sup>a</sup>. Pont, t. I, p. 292, n° 613.

jeu, comme toutes les obligations naturelles, n'ont d'effet que lorsqu'elles sont éteintes par un paiement volontaire. Tant qu'elles ne sont pas acquittées volontairement, la loi les ignore ; c'est, légalement parlant, le néant. Ce caractère des dettes naturelles suffit pour décider notre question. Il en résulte que le juge ne peut pas baser sa condamnation sur une dette de jeu, car ce serait la baser sur le néant ; il doit motiver sa décision : condamnera-t-il le débiteur par le motif qu'il a perdu une somme d'argent au jeu ? Là où il n'y a pas de dette, il ne saurait y avoir de condamnation. Le juge est donc obligé de renvoyer le défendeur de la demande : c'est dire qu'il doit opposer l'exception d'office.

On nous objectera qu'il est contesté que les dettes de jeu soient des obligations naturelles, et qu'il est contesté encore que les dettes naturelles soient inexistantes aux yeux de la loi, à ce point qu'on puisse les comparer au néant ; c'est donc, dira-t-on, décider une controverse par des principes controversés. Soit ; nous laisserons de côté la théorie des obligations naturelles pour nous en tenir à l'article 1964 et aux motifs pour lesquels le législateur n'accorde aucune action pour les dettes de jeu. Portalis dit que ces dettes n'ont pas de cause ; le rapporteur du Tribunal dit que la cause en est illicite, et Duveyrier en conclut que le législateur doit les ignorer ou les dédaigner (n° 194). Ainsi l'orateur du gouvernement et les orateurs du Tribunal s'accordent à établir ce principe que les dettes de jeu, ou n'ont point de cause, ou ont une cause illicite. Elles diffèrent, sous ce rapport, des obligations naturelles qui n'ont rien d'illicite ; tandis que les dettes de jeu sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Elles sont contraires à l'ordre public parce que le jeu détourne les hommes du travail et que le travail est la base de l'ordre social. Le travail est aussi l'âme de l'ordre moral ; le jeu, en nourrissant l'oisiveté, en donnant l'habitude de folles dépenses, devient une cause fatale d'immoralité. En ce sens les dettes de jeu ont un caractère illicite ; la conséquence légale est qu'elles ne peuvent avoir aucun effet (art. 1131 et 1133). Dès lors on ne conçoit pas qu'elles servent de base à une condam-

nation. Le législateur les réproouve; il ne veut pas que le gagnant agisse en justice, il lui refuse l'action; et l'on veut que le juge accueille la demande, qu'il y fasse droit, qu'il condamne le perdant à payer ce qu'il ne doit pas! L'exception de jeu est donc essentiellement d'ordre public; donc, dans l'intérêt de l'ordre public, le juge doit l'opposer d'office.

Il est vrai que cette théorie des dettes de jeu est aussi controversée. On enseigne que les dettes de jeu n'ont rien d'illicite; que, loin de les réproover, le législateur moderne les considère comme des contrats civils et leur donne une place dans le titre consacré aux contrats aléatoires. Nous avons répondu d'avance à l'objection (n° 194), en nous appuyant sur la tradition, sur le texte et sur l'esprit de la loi; nous allons compléter notre réponse en examinant la question spéciale qui fait l'objet du débat. La loi, dit-on, permet au perdant de payer sa dette; et s'il la paye, elle lui défend de répéter; ce qui prouve qu'il devait; or, s'il doit, et s'il peut payer volontairement, pourquoi ne lui permettrait-on pas de se laisser condamner à payer en n'opposant pas l'exception de jeu? Ne pas opposer l'exception, alors qu'il sait qu'il peut anéantir la demande en l'opposant, c'est bien consentir volontairement à payer la dette sous forme de sentence judiciaire; si le perdant a le droit de payer volontairement hors de justice, il doit aussi avoir le droit de payer en justice. L'argumentation nous paraît très-faible. Ce qui prouve que le perdant n'a pas payé volontairement, c'est que le gagnant le poursuit devant les tribunaux; il est vrai que le défendeur n'oppose pas l'exception de jeu, c'est sans doute parce que la honte et la crainte de l'opinion publique l'en empêchent; toujours est-il que ce silence n'équivaut pas à un paiement volontaire; s'il avait entendu payer volontairement, il ne se serait pas laissé poursuivre devant les tribunaux (1).

**202.** Nous avons discuté la question en restant sur le terrain de l'article 1965. La question présente encore une autre face. D'après la législation française, il y a des jeux

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 575, note 10, § 386. Pont, t. I, p. 313, n° 636.

qui constituent un délit. Les articles 421 et 422 du code pénal de 1810 portent : « Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics seront punis des peines portées par l'article 419. Sera réputé pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas 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. » Les jeux de Bourse constituant des délits, la convention formée par les joueurs est par cela même illicite; par conséquent, l'exception de jeu est d'ordre public. Mais, en général, le jeu n'est pas un délit, puisque la loi ne le punit pas; en ce sens, il est licite; et, partant, dit-on, l'ordre public n'est point intéressé à ce que l'exception de jeu soit opposée d'office par le juge. Si cette doctrine était exacte, il en résulterait une conséquence très-grave pour notre droit belge. Le nouveau code pénal n'a pas reproduit les articles 421 et 422 du code de 1810; le jeu de Bourse n'est donc pas plus un délit que tout autre jeu. En ce sens tout jeu est licite. Il en faudrait conclure que l'exception de jeu n'est plus d'ordre public, d'après notre droit.

Nous n'admettons pas la distinction entre le jeu qui constitue un délit et le jeu qui n'est pas puni par le code pénal; cette distinction n'a aucune influence sur notre question. Une exception peut être d'ordre public, quand même il ne s'agit point d'un délit criminel. Quand une convention est fondée sur une cause illicite, comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, elle ne peut avoir aucun effet, aux termes des articles 1131 et 1133; d'où suit que la convention ne peut pas faire l'objet d'un débat judiciaire, et, par suite, le juge ne peut pas connaître de la demande; il doit opposer l'exception d'office, puisqu'elle est d'ordre public. Or, telle est la dette de jeu. Peu importe donc que le jeu soit ou non puni comme délit. Quand il constitue un délit, il y a une circonstance aggravante qui ne laisse aucun doute sur le caractère de la convention et de l'exception qui en résulte, mais il n'est pas requis qu'une convention soit punie par le code pénal pour que l'exception soit d'ordre public. Donc les articles 421 et 422 sont étrangers au dé-

bat, et la question reste la même, d'après notre droit comme d'après le droit français.

**203.** Nous arrivons à la jurisprudence. On se la dispute; elle a pu paraître douteuse, parce que les arrêts sont le plus souvent rendus dans des espèces où il s'agit de jeux de Bourse, c'est-à-dire de jeux prohibés par le code pénal. Toutefois la doctrine consacrée par la jurisprudence n'est pas douteuse. Alors même qu'il s'agit de jeux de Bourse, et que le tribunal oppose d'office l'exception de jeu, la décision n'est pas fondée sur le code pénal, elle est fondée sur l'article 1964, qui est le vrai siège de la difficulté. Action d'un agent de change de Paris contre un agent de change d'Amiens en paiement d'un reliquat de compte. Le défendeur appelle ses clients en garantie. La contestation n'avait pour objet que le chiffre des sommes réclamées. Aucune des parties ne soutint que les opérations à l'occasion desquelles les comptes litigieux étaient produits constituaient des jeux de Bourse ne pouvant donner lieu à une action en justice. Des arbitres furent nommés pour apurer les comptes. Quand les parties revinrent devant le tribunal, les juges se livrèrent d'office à l'appréciation des opérations qui leur étaient soumises. Le jugement, confirmé en appel, constate que les parties, en faisant à la Bourse des opérations qui étaient hors de proportion avec leur fortune, n'avaient en vue que de se livrer à des paris sur la hausse et la baisse et de chercher ainsi, à tous risques, la fortune ailleurs que dans le travail, au grand détriment de la morale publique. On voit que la cour ne cite pas le code pénal, elle se place sur le terrain de l'article 1133, et déclare que le jeu est une convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Ce qu'elle dit s'applique à tout jeu, puisque tout jeu détourne du travail; cela est décisif. La cour arrive ensuite à la question de droit que nous venons de discuter. Invoque-t-elle le code pénal qui punit les jeux de Bourse? Non, elle cite l'article 1965, qui n'accorde aucune action pour les dettes de jeu et les paris. Les opérations qui font l'objet du procès constituent des infractions à des lois d'ordre public; dès lors il n'est pas permis de prononcer une condamnation pour des faits au sujet desquels il n'est accordé aucune

action en justice. La cour ajoute : « et qui d'ailleurs sont considérés comme des délits. » Voilà la circonstance aggravante, mais ce n'est pas le seul motif de décider; ce que la cour vient de dire, que la convention est immorale, contraire à l'ordre public et ne donne lieu à aucune action, suffit : ce sont les raisons décisives. La cour y revient encore en répondant à l'objection tirée du silence des parties. « Peu importe, dit-elle, que les parties n'élèvent de contestations que sur la manière d'établir leur compte avec l'agent de change; quel que soit le résultat de ce compte, la cour ne pourrait donner sa sanction au paiement d'un solde pour lequel la loi dénie toute action en justice (1). »

La cour de Lyon a jugé dans le même sens. Elle prend comme point de départ, non les articles 421 et 422 du code pénal, mais l'article 1965, aux termes duquel aucune action n'est accordée en justice pour une dette de jeu. Ce texte constitue une loi d'ordre public édictée en vue des intérêts généraux de la société, non moins qu'en vue des intérêts privés des parties. Cela est manifeste, dit l'arrêt, si l'on tient compte, d'une part, de la lettre de cette disposition énergique : *la loi n'accorde aucune action*, et si l'on s'enquiert, d'autre part, du but qu'a dû se proposer le législateur dans l'intérêt de la *morale publique*. Ces motifs de décider sont déterminants; l'arrêt ajoute qu'*au surplus* les jeux de Bourse, si dangereux pour l'ordre social, constituent de véritables délits. C'est un motif qui vient à l'appui de ceux que la cour avait donnés, mais ce n'est pas la raison déterminante. L'arrêt établit ensuite en fait que les opérations sur lesquelles il y avait litige n'étaient autre chose que des jeux de Bourse; elle en conclut que ce serait violer la loi que d'admettre une action prohibée par la loi. Dans l'espèce, les parties n'opposaient pas l'exception de l'article 1965; ce qui s'expliquait, dit la cour, les deux parties, agents de change, ayant manqué l'une et l'autre aux devoirs professionnels de leur charge. Mais, dit l'arrêt, cette exception peut et doit être admise d'office, la loi résistante perpétuellement et d'elle-même, selon l'expression

(1) Amiens, 14 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 70).

des anciens docteurs, à ce qu'elle prohibe par un motif d'ordre public et d'intérêt général (1).

La cour de Paris a rendu deux arrêts sur la matière. Il n'y est pas question des articles 421 et 422 du code pénal; les décisions sont fondées exclusivement sur le texte et l'esprit de l'article 1965. Le premier arrêt commence par constater en fait que les opérations qui ont donné lieu au procès consistaient en spéculations sur la hausse et la baisse des effets publics et ne devaient se liquider, d'après l'intention des parties, et ne se sont liquidées que par le paiement de différences, sans que jamais il y eût paiement des prix d'achat ou livraison de valeurs vendues. Ces opérations, dit la cour, constituent un jeu. Or, la loi refuse toute action à toute demande qui a pour base des faits de cette nature; ces prescriptions étant d'ordre public, il est du droit et du devoir des tribunaux d'en faire, même d'office, l'application quand preuve est faite qu'il y a jeu. Dans l'espèce, le ministère public avait requis l'application de l'article 1965 (2). Ainsi le ministère public de même que la cour décident la question, en termes généraux, pour tout jeu; car l'article 1965 refuse l'action pour tout jeu. Enfin le dernier arrêt de la cour de Paris a jugé, en termes absolus, que l'exception de jeu est d'ordre public et peut être soulevée d'office par le tribunal, alors même qu'aucune des parties ne prétend s'en prévaloir (3). La cour ne donne pas d'autre motif; la jurisprudence est fixée, et, à vrai dire, elle n'a jamais été douteuse; il n'y a que les auteurs intéressés à écarter l'autorité des décisions judiciaires qui les ont interprétées de manière à leur faire dire autre chose que ce qu'elles disent.

**204.** Il arrive souvent que le perdant, ne pouvant pas payer comptant, souscrit des billets qu'il remet à la partie gagnante. Si le paiement des billets est demandé en justice, celui qui les a souscrits peut-il opposer l'exception de jeu? Lorsque c'est le gagnant lui-même qui forme la demande, l'affirmative n'est point douteuse, car les parties se

(1) Lyon, 29 juin 1871 (Dalloz, 1871, 2, 152).  
 (2) Paris, 13 mai 1873 (Dalloz, 1873, 2, 240).  
 (3) Paris, 20 mai 1873 (Dalloz, 1874, 5, 300).

trouvent toujours dans le cas prévu par l'article 1965; le gagnant réclame le paiement de ce qu'il a gagné au jeu contre le perdant, peu importe sous quelle forme la réclamation se produit. Vainement le demandeur dirait-il qu'il demande, non le paiement d'une dette de jeu, mais l'acquiescement d'un billet; ce billet n'est autre chose que la reconnaissance de la dette de jeu; on ne peut pas dire que c'est un paiement volontaire de la dette et que, par suite, le perdant a renoncé à toute exception en vertu de l'article 1967; car souscrire un billet ce n'est point payer, c'est promettre de payer; or, on ne peut pas promettre de payer une dette de jeu, avec cet effet que le créancier aura action en justice, l'article 1965 s'y oppose. On ne peut pas objecter non plus que la dette de jeu est novée, d'abord parce que les dettes de jeu ne peuvent pas se nover, comme nous le dirons plus loin, et en supposant que la novation soit possible, la souscription d'un billet n'est pas une novation; nous renvoyons, sur ce point, au titre des *Obligations*. Donc la dette de jeu subsiste; ce qui est décisif (1).

La jurisprudence a consacré le principe et les conséquences qui en résultent. On lit dans un arrêt de la cour d'Angers que la remise de billets à ordre n'est pas un paiement, mais une promesse de payer; l'article 1965 s'applique donc au billet de même qu'à la dette; en refusant action pour une dette de jeu, la loi la refuse nécessairement pour l'acquiescement du billet qui en est la reconnaissance (2). C'est la constatation d'une obligation inexistante; or, la confirmation la plus expresse d'une dette qui n'existe pas est inopérante, puisque le néant ne se confirme pas. A plus forte raison la simple promesse de payer ce que l'on ne doit pas ne peut avoir aucun effet.

Tant que le billet est entre les mains du gagnant, il n'y a aucune difficulté. Mais si le billet est négociable, le gagnant se hâtera de le mettre en circulation. Quels sont, en ce cas, les droits et quelles sont les obligations du souscripteur? Il est de doctrine et de jurisprudence que le tiers porteur, s'il est de bonne foi, a action contre le souscrip-

(1) Pont, t. I, p. 314, n° 638. Aubry et Rau, t. IV, p. 576, note 11, § 386.

(2) Angers, 13 août 1831 (Dalloz, au mot *Jeu-Pari*, n° 14).

teur. Au point de vue des principes du droit civil, il y a un motif de douter. La dette de jeu est inexistante et ne produit aucun effet, sinon que la répétition du paiement volontaire n'en est pas admise; or, la dette ne change pas de nature pour être constatée par un billet à ordre; ce billet n'a donc aucune valeur, et celui au profit duquel il est souscrit ne peut pas en le négociant lui donner une valeur qu'il n'a point; donc le souscripteur devrait avoir le droit de repousser le tiers porteur par la même exception qu'il peut opposer au bénéficiaire. Mais les principes du droit commercial ne permettent pas que le souscripteur du billet refuse de payer un billet valable en la forme, car ce serait lui permettre d'induire les tiers en erreur et de les tromper par son fait; il signe un billet négociable, il doit en supporter les conséquences. La bonne foi, qui est l'âme des relations commerciales, l'exige. De là suit que si le tiers porteur était de mauvaise foi, le souscripteur pourrait lui opposer l'exception de jeu; le tiers qui est de mauvaise foi ne peut pas invoquer des principes qui ne sont établis qu'en faveur de la bonne foi (1).

Si le souscripteur, sur la poursuite du tiers porteur de bonne foi, doit payer, aura-t-il un recours contre le gagnant qui a touché le montant du billet? L'affirmative est certaine, bien qu'une cour d'appel s'y soit trompée. En effet, la négociation du billet ne change rien aux relations des parties contractantes; entre les joueurs, il n'y a toujours pas de contrat, pas de dette; en remettant au gagnant un billet, le perdant n'a pas entendu payer; et puisque le gagnant a forcé le souscripteur à payer en négociant le billet, il lui doit garantie de ce chef. On objecte, et l'objection a égaré la cour de Paris, que ce recours en garantie n'est autre chose que la répétition de ce que le perdant a payé; et l'article 1967 dispose que dans aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé. La décision a été cassée, et elle devait l'être. L'article 1967 suppose un paiement volontaire fait par le perdant; or, dans l'espèce, il n'y a pas de paiement; il ne peut donc pas même s'agir

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 576, notes 12-14, § 386. Pont, t. I, p. 316, n° 641.

d'un paiement volontaire. Il n'y a pas de paiement; car la remise, faite par le perdant au gagnant, de billets à ordre et de lettres de change ne constitue pas un paiement, c'est une simple promesse de payer plus tard, parce que, pour le moment, le perdant ne peut pas payer. Le porteur, dit la cour de cassation, n'a pas pu, en transmettant les effets à un tiers, changer la cause et la nature de l'obligation contractée envers lui. Il suit de là que le souscripteur conserve le droit d'opposer au tiers porteur, lorsque celui-ci connaît l'origine de la dette, les exceptions qu'il pouvait opposer au porteur primitif (1). S'il est obligé de payer au tiers porteur de bonne foi, c'est uniquement à raison de sa bonne foi; mais, conservant son droit d'opposer l'inexistence de la dette, il a le droit d'appeler en cause le porteur primitif et de demander, à son égard, la nullité des traites qu'il a souscrites, en prouvant que ces traites sont sans cause ou fondées sur une cause illicite. En mettant le gagnant en cause, le souscripteur n'exerce pas l'action en répétition de ce qu'il a volontairement payé, car il n'a pas payé sa dette; s'il a dû payer le porteur du billet, cela n'a rien de commun avec la dette de jeu, celle-ci reste ce qu'elle était, une dette sans cause ou sur cause illicite (2).

**205.** L'action que le tiers porteur de bonne foi a contre le souscripteur du billet fait naître une autre question. Pour ne pas être exposé à devoir payer, le souscripteur serait intéressé à réclamer la restitution des billets contre le gagnant: en a-t-il le droit? Il a été jugé que le perdant peut réclamer la restitution des billets et qu'il peut même exiger une garantie pour les billets qui sont déjà en circulation (3). Sur le premier point, il ne saurait y avoir de doute. Les billets souscrits par le perdant sont la reconnaissance d'une dette qui n'existe pas; le gagnant à qui ils sont remis n'y a donc aucun droit; et comme il pourrait en abuser en les

(1) Voyez, sur ce point, l'arrêt de rejet, du 30 novembre 1826 (Daloz, au mot *Jeu-Pari*, n° 36).

(2) Cassation, 12 avril 1854 (Daloz, 1854, 1, 180). Dans le même sens, Angers, 24 août 1865 (Daloz, 1866, 2, 211), et Montpellier, 17 janvier 1868 (Daloz, 1870, 1, 258).

(3) Angers, 28 août 1813, et sur pourvoi, Rejet, 29 décembre 1814 (Daloz, au mot *Jeu-Pari*, n° 38).

négociant, le perdant a intérêt et droit d'en demander la restitution. Quant à la garantie du chef des billets qui circulent, il nous semble que l'action est prématurée; ce serait une action du chef d'un droit qui n'est pas ouvert, qui peut-être ne s'ouvrira jamais; or, nos lois ne connaissent pas ces actions; toute demande judiciaire doit reposer sur un droit né et certain, au moins quant à son existence.

**206.** Les billets souscrits par le perdant énoncent régulièrement une fausse cause. De là des difficultés de preuve que nous avons examinées au titre des *Obligations* (t. XVI, nos 169-175) en traitant de la preuve (1).

NO 2. DE L'EXCEPTION DE PAYEMENT VOLONTAIRE.

**207.** L'article 1967 porte qu'en aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé. C'est l'application aux dettes de jeu du principe qui régit les obligations naturelles : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées (art. 1235). » C'est parce que les dettes de jeu produisent le même effet que les obligations naturelles, que l'on range d'ordinaire les dettes de jeu parmi les obligations naturelles. Il y a toutefois une différence. Les auteurs du code réprouvent les dettes de jeu par le motif que le jeu, quand il a pour objet le gain, est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Sous ce rapport, les dettes de jeu sont des obligations sur cause illicite: or, ces obligations n'excluent pas, en principe, la répétition de ce qui a été payé. L'intérêt public semble, au contraire, exiger que le jeu ne profite jamais au gagnant; lui permettre de conserver ce que le perdant lui a donné, n'est-ce pas indirectement encourager les joueurs et le jeu? Il eût été certainement plus logique, dans cet ordre d'idées, de donner au perdant une action en répétition. L'orateur du Tribunat, qui qualifie le jeu de monstre antisocial, est assez embarrassé quand il s'agit de justifier la disposition de l'article 1967, qui permet à ce

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 576, note 13, § 386. Pont, t. I, p. 315, n° 639.

monstre de garder ce qu'il a extorqué de la passion du perdant. Il dit que la restitution blesserait le droit de propriété. Le propriétaire a le droit d'user et d'abuser, il peut dissiper en folles dépenses tout ce qu'il a; la loi civile respecte même les folies qu'il commet, sauf à le placer sous conseil judiciaire; mais tant qu'il conserve sa pleine capacité, elle ne lui permet pas de demander la restitution de ce qu'il a follement dépensé. La conséquence logique de ce pouvoir absolu du propriétaire, dit Duveyrier, c'est que le perdant ne peut pas répéter ce qu'il a payé. « Ce qu'il a perdu au jeu et payé, il aurait pu le perdre dans toute autre opération inconsiderée, il aurait pu le donner. » L'argumentation cloche, nous semble-t-il. Duveyrier oublie que la loi ne laisse pas pleine liberté aux personnes qui jouent; si elles sont libres de jeter leur argent par la fenêtre, elles ne sont pas libres de le jouer en donnant une action au gagnant contre le perdant; en ce sens, le jeu, quoique n'étant pas une dette, reste néanmoins un fait illicite; or, la liberté du propriétaire ne va pas jusqu'à commettre des actes illicites.

Duveyrier donne encore une autre raison pour justifier la disposition de l'article 1967. Il dit que « le perdant qui paye, quoiqu'il sache qu'il ne doit pas, obéit à sa conscience, qu'il serait bien difficile de contredire; à une certaine délicatesse, qu'on ne pourrait guère condamner; à l'équité naturelle, qui toujours impose une exacte réciprocité (1). » Notre réponse est toujours la même. S'il est vrai que le jeu est réprouvé parce qu'il blesse les bonnes mœurs et l'intérêt social, les joueurs sont sans droit pour invoquer leur conscience et pour agir d'après des sentiments très-honorables sans doute, mais qui, dans l'espèce, aboutissent à contrevenir indirectement à une loi d'ordre public. Le droit de la société devrait donc l'emporter.

**208.** La loi ne valide pas toute espèce de paiement; pour qu'il ne donne pas lieu à répétition, il faut que le perdant ait payé *volontairement*. Quand le paiement est-il volontaire? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été

(1) Duveyrier, Discours, n° 4 (Loché, t. VII, p. 354 et suiv.).

dit, sur l'article 1235, au titre des *Obligations*; le principe est identique (t. XVII, n° 26).

**209.** L'article 1967, après avoir dit qu'en aucun cas le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, ajoute : « A moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. » Cette disposition n'est que l'application d'un principe général de droit. C'est un vieil adage que le dol fait toujours exception, alors même que la loi ne le dit pas. Elle n'a pas besoin de le dire; le dol vicia le consentement et la volonté, et, par conséquent, il vicia tout fait juridique où la volonté intervient. Le perdant paye par délicatesse, par point d'honneur; cela suppose que le jeu s'est passé honorablement. Si, lors du paiement, le perdant avait su qu'il était victime d'un fripon, d'un escroc, certes il n'aurait pas payé; un paiement pareil est nul, parce qu'il est vicié par le dol et l'erreur. Le perdant a donc le droit de demander la nullité du paiement et, par suite, de réclamer la restitution de ce qu'il a payé (1).

**210.** L'ordonnance de 1566 donnait aux mineurs le privilège de restitution qu'elle refusait aux personnes capables de contracter. Sous l'empire du code, le privilège des mineurs est devenu le droit commun. Les mineurs, comme tous les incapables, sont d'ailleurs protégés par leur incapacité. Incapable de contracter, le mineur est, à plus forte raison, incapable de jouer. Il en est de même de la femme mariée, incapable de faire aucun acte juridique sans autorisation maritale. Cependant la passion du jeu, pour mieux dire de la richesse que l'on y cherche, gagne les femmes : elles jouent à la Bourse! Les conséquences de ces engagements ont donné lieu à des procès qui ont été portés jusque devant la cour de cassation. Nous devons nous y arrêter : c'est un trait de mœurs tout ensemble et une leçon de droit.

**211.** Une femme mariée sous le régime de communauté charge un courtier d'opérations d'achat et de vente de valeurs de Bourse dont le compte fut réglé après le décès de

(1) Duveyrier, Discours, n° 5 (Loché, t. VII, p. 355).

son mari. Elle avait laissé aux mains de son mandataire diverses sommes produites par des ventes sérieuses, afin de le couvrir dans la série de jeux qu'il accomplissait pour son compte. Débitrice en vertu de ces jeux, la femme refusa de laisser porter à son débit ces dettes, comme ayant été contractées sans le consentement de son mari; elle réclama, en conséquence, la restitution des sommes affectées aux pertes résultant de ces opérations, ce paiement anticipé n'étant pas plus valable que les opérations elles-mêmes à raison de son incapacité. Le premier juge rejeta toutes ses prétentions, et la décision fut confirmée en appel. La cour répond à l'objection tirée de ce que la femme sous puissance de mari n'avait pu engager sans autorisation les valeurs de la communauté. « Il était de notoriété publique, dit l'arrêt, que la femme était spécialement chargée par son mari d'administrer la fortune mobilière de la communauté; et il résultait des faits et documents de la cause que l'autorisation au moins tacite du mari s'étendait jusqu'aux opérations d'achat et de vente de valeurs de Bourse auxquelles sa femme pouvait se livrer. »

Pourvoi en cassation. La demanderesse se prévalait d'erreurs évidentes échappées au premier juge et que la cour s'était appropriées en adoptant les motifs du jugement. Nous laissons ce débat de côté. Il s'agissait de savoir si la femme avait pu payer valablement le courtier chargé des opérations de Bourse, et si, par suite, il y avait paiement volontaire dans le sens de l'article 1967, excluant la répétition. La cour pose en principe que l'autorisation donnée par le mari à sa femme peut être tacite et que l'arrêt attaqué constatait qu'il y avait eu autorisation au moins tacite. Il y a ici une erreur dans le langage. Le mari qui charge sa femme d'administrer la communauté, avec un pouvoir allant jusqu'à faire des opérations de Bourse fictives, ne donne pas à sa femme l'autorisation dont celle-ci a besoin pour couvrir son incapacité, il lui donne un mandat; il n'y aurait lieu à autorisation que si la femme jouait à la Bourse pour son propre compte. En droit, il y a donc deux questions très-distinctes : Le mari peut-il donner à sa femme mandat de gérer la communauté et de faire même des opé-

rations de Bourse? L'affirmative est certaine. Il est certain aussi que ce mandat, comme tout mandat, peut être tacite. La conséquence était évidente, dans l'espèce. La femme pouvait, comme mandataire du mari, jouer à la Bourse; ces engagements étaient nuls à titre de jeu, mais le paiement volontaire fait par la femme, au nom de son mari et comme mandataire, était valable; par suite, il n'y avait pas lieu à répétition (1).

Autre est la question de savoir si le mari peut autoriser la femme à jouer à la Bourse pour son propre compte; ce qui suppose qu'elle possède des valeurs mobilières dont elle a le droit de disposer avec autorisation maritale. La négative nous paraît certaine : l'autorisation maritale est établie pour garantir l'incapacité de la femme; elle suppose qu'après délibération le mari approuve l'acte juridique que la femme se propose de faire comme étant utile à la femme et à la famille. Il faut donc qu'il s'agisse d'une convention sérieuse, ce qui exclut le jeu que la loi réprouve comme une convention illicite; et si le mari ne peut autoriser sa femme à jouer, il ne peut pas non plus l'autoriser à payer une dette de jeu. Ce qui rend la chose évidente, c'est que, sur le refus du mari, la femme peut s'adresser à la justice; et conçoit-on la justice autorisant la femme à jouer à la Bourse et à payer les dettes qu'elle contracterait dans ces jeux?

**212.** Une femme séparée de biens peut-elle jouer à la Bourse sans autorisation maritale? Nous avons rapporté, au titre du *Contrat de mariage* (t. XXII, n° 320), un arrêt sur cette question. D'après ce que nous venons de dire, la femme séparée ne peut jamais se livrer à ces opérations aussi dangereuses qu'immorales. La capacité d'administrer ne donne pas le pouvoir de faire des actes de dissipation et de désordre. Et l'autorisation donnée pour faire des opérations pareilles ne se conçoit pas, ni en morale, ni en droit. Dans l'espèce, il s'agissait aussi de savoir si la femme pouvait répéter les sommes qu'elle avait volontairement payées à son agent de change. On invoquait contre elle

(1) Rejet, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 112).

l'article 1967. La cour de cassation répond que la loi valide le paiement volontaire; cela suppose que celui qui paye a capacité légale de vouloir; or, la femme mariée, quoique séparée de biens, n'a pas capacité de payer une dette de jeu; donc elle peut répéter ce qu'elle a payé.

**213.** L'article 1967 donne lieu à des difficultés plus sérieuses. Le perdant ne peut pas répéter ce qu'il a volontairement payé. Quand peut-on dire qu'il y a paiement? Les parties déposent leur enjeu sur la table: ce dépôt est-il un paiement anticipé et, comme tel, n'est-il pas sujet à restitution? La question est controversée. On admet généralement que les articles 1965 et 1967 sont inapplicables dans ce cas, en ce sens qu'ils supposent un jeu sur parole; tandis que, dans l'espèce, il y a jeu au comptant, un dépôt des sommes que le perdant doit payer. Ce dépôt est un paiement conditionnel; chacune des parties transmet à l'autre la propriété des sommes qu'elle dépose sur la table; si elle perd, la condition se réalise, le gagnant est propriétaire et, partant, il ne peut être question de répéter contre lui des deniers qui sont entrés dans son patrimoine; ce serait le dépouiller de sa propriété. Il en serait de même si les enjeux avaient été remis aux mains d'un tiers: celui-ci devrait remettre la somme dont il est dépositaire au gagnant, dont elle est devenue la propriété; il n'aurait pas le droit de la restituer au déposant, car le déposant a cessé d'être propriétaire et le gagnant l'est devenu (1).

Cette doctrine nous laisse des doutes. La conséquence à laquelle aboutit le principe témoigne contre le principe. En effet, il en résulte que toute convention de jeu n'est pas nulle: le jeu au comptant serait valable et la loi n'annulerait que le jeu sur parole. Cette distinction n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Le texte ne prévoit pas la difficulté; dira-t-on que cela suffit pour valider le jeu au comptant en vertu du principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis? A vrai dire, la loi ne prohibe pas formellement le jeu, elle se borne à refuser toute action pour

(1) Duranton, t. XVIII, p. 93, n° 116. Pont, t. I, p. 330, n° 657 et 658. Aubry et Rau, t. IV, p. 578, note 20, § 386.



les dettes de jeu. Mais pourquoi n'accorde-t-elle pas d'action? Parce que le jeu détourne du travail et conduit à l'immoralité. Est-ce que par hasard le jeu au comptant est plus moral que le jeu sur parole? Valider le jeu au comptant, ce serait encourager le jeu et le favoriser. Les joueurs commencent toujours par jouer au comptant, en payant de suite ce qu'ils perdent; mais bientôt leurs ressources s'épuisent et le jeu continue sur parole. Le jeu reste toujours le même et ne change point de nature; si la loi réproouve le jeu sur parole, elle doit aussi réproouver le jeu au comptant.

L'argumentation juridique par laquelle on essaye de justifier le jeu au comptant est plus subtile que vraie. Si la loi valide le paiement volontaire des dettes de jeu, c'est qu'elle suppose que le paiement se fait après que le jeu est terminé, alors que la passion n'anime plus les joueurs; le perdant qui paye entend acquitter une dette d'honneur. Est-ce ainsi que les choses se passent quand les joueurs mettent leur enjeu sur table ou le déposent entre les mains d'un tiers? Non, c'est dans la surexcitation de la passion qu'ils font ce dépôt, non pour payer une dette, il n'y en a pas encore, mais pour témoigner que leur volonté est de la payer. C'est donc une promesse de payer plutôt qu'un paiement. Le paiement suppose une dette, et la dette de jeu ne prend naissance que lorsque le jeu est fini; le paiement anticipatif et volontaire d'une dette de jeu ne se comprend pas. Payer anticipativement, c'est payer ce que l'on ne doit pas, et l'on peut répéter ce qu'on a payé sans le devoir; si la loi n'admet pas la répétition, c'est seulement quand le débiteur paye, alors que tout est consommé et qu'il a bien conscience de ce qu'il fait (1).

Nous ne connaissons pas d'arrêt sur la matière (2). Voici la seule espèce analogue qui se soit présentée. Deux personnes jouent au billard et souscrivent d'avance des billets,

(1) Troplong, *Des contrats aléatoires*, nos 201 et 202. Mourlon, p. 431, 2<sup>e</sup>, n<sup>o</sup> 1079<sup>e</sup>.

(2) En matière de jeux de Bourse et de couvertures données aux agents de change, il y a des arrêts qui décident qu'il ne peut y avoir de paiement par anticipation. Voyez plus bas.

de 1,200 francs chacun, qui seront remis au gagnant. Est-ce là un paiement anticipatif ou, comme on dit, un jeu au comptant, ou est-ce un jeu sur parole? Dans l'espèce, il n'y avait guère de doute; la remise d'un billet à ordre n'est pas un paiement, c'est une simple promesse de payer, et promettre de payer une dette de jeu, c'est jouer sur parole. Donc les parties ne se trouvent plus dans les termes de l'article 1967, il n'y a pas de paiement; le porteur du billet réclame le paiement, et à cette action le perdant peut opposer l'exception de jeu (1).

**214.** Aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, mais il est libre de l'accepter; c'est ce qu'on appelle une dation en paiement. La dation en paiement équivaut au paiement; elle libère le débiteur, et le créancier devient propriétaire de la chose, comme il le serait par une vente. Dès lors l'article 1967 est applicable. Le débiteur peut donner en paiement non-seulement une chose mobilière ou immobilière, mais aussi une créance. Seulement les cessions de créances sont soumises à certaines formes qui varient d'après la nature du droit cédé. Les créances civiles sont cédées par voie de vente, c'est ce que le code appelle une cession ou un transport; l'article 1689 porte qu'entre le cédant et le cessionnaire la délivrance s'opère par la remise du titre; mais, aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique. Si le perdant fait une cession dans ces conditions, il est certain qu'il y a paiement. Le cas s'est présenté récemment devant la cour de cassation (2). Dans l'acte de cession, il était dit que le débiteur, voulant se libérer, avait offert à son créancier, qui l'acceptait, plusieurs créances; le créancier se trouvait en possession des titres; la cession avait été notifiée aux débiteurs cédés, et le créancier avait reçu des débiteurs des à-compte échus sur les sommes dues.

(1) Angers, 13 août 1831 (Dalloz, au mot *Jeu-Pari*, n<sup>o</sup> 14).

(2) Rejet, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1871, 1, 208).