ter pour faire honneur à sa parole? D'ailleurs, ne serait-il pas singulier que le Code civil, qui tient pour favorable le paiement effectué, eût des suites si rigoureuses contre le prêteur de bonne foi avec l'argent duquel ce paiement a été fait?

70. On pourrait cependant opposer comme contraire un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 30 mai 1838 (1). Néanmoins, si on y regarde de près, cet arrêt est le résultat de circonstances particulières qui ne contrarient pas notre principe. Il s'agissait, en effet, d'un sieur Bureau, agent de change, qui jouait à la Bourse, et qui, pour faire face à ses découverts, avait successivement emprunté à la société des agents de change à Paris, dite du *fonds commun*, diverses sommes de 130,000 fr., 90,000 fr., 200,000 fr. La société des agents de change savait que Bruneau se livrait à ces opérations de Bourse, que la loi condamne, mais que la coutume commerciale ne traite pas avec la même réprobation. Elle le savait, et, loin de l'arrêter dans cette voie funeste, elle lui fournissait les moyens de continuer son jeu et de soutenir son crédit. Était-ce là le fait d'un prêteur ordinaire, qui ne voit qu'un service à rendre, ou un placement à faire? Non! La compagnie des agents de change agissait dans un intérêt de corps; elle ne voulait pas que Bureau pût se soustraire à l'acquittement de son obligation par un refus de paiement de nature à compromettre la considération de la corporation des agents de change; elle ne voulait pas qu'il pût

(1) Dalloz, 38, 1, 227.

se prévaloir de la disposition de la loi qui l'autorisait à ne pas payer. Elle interposait donc son action médiatrice, soit pour désintéresser les autres agents de change qui avaient traité avec Bureau, soit pour faire taire les tiers qui se trouvaient ses créanciers naturels; et par-là elle laissait percer une sorte de collusion dont le but était d'éluder une disposition d'ordre public en se substituant aux créanciers de Bureau. Si on lit l'arrêt de la Cour royale de Paris du 10 juillet 1836 (1), qui statua sur cette affaire, on verra que c'est sous ce point de vue qu'elle l'examina. Il n'est pas permis d'en douter, surtout quand on réfléchit à ce considérant: « Que la » compagnie des agents de change, *en se substituant*, » *soit à divers agents de change, soit à des tiers auxquels* » *la loi aurait refusé toute action devant les tribunaux, n'a* » *pu* ÉLUDER *une disposition d'ordre public.* »

Dans de telles circonstances, que pouvait faire la chambre des requêtes devant laquelle cette décision était attaquée? Était-elle maîtresse de changer la position faite par la Cour royale, et de voir un prêteur ordinaire dans la compagnie des agents de change, signalée à ses yeux comme ayant voulu *se substituer aux créanciers* et ayant tenté *d'éluder la loi?* Le rejet était donc infaillible; l'arrêt du 30 mai 1838 le prononça. Peut-être le motif donné pour l'expliquer pourrait-il être le sujet de quelques équivoques, si on le séparait des faits sur lesquels j'ai insisté? Mais, comme j'étais du nombre des juges, je puis affirmer que ces faits parurent décisifs; et

(1) D., 36, 2, 141.

quand on les a présents à la pensée, on pénètre facilement dans la pensée de la Cour.

71. Au lieu de faire un emprunt proprement dit, le perdant peut charger un tiers de payer sa dette de jeu. Dans ce cas, ce dernier a l'action *mandati* pour se faire rembourser de ce qu'il a payé par suite du mandat et pour son exécution. Cette action ne procède pas d'une dette de jeu, puisque les parties n'ont pas joué l'une contre l'autre; elle procède d'un mandat donné pour l'accomplissement d'un fait licite.

72. Autre serait la solution, si un tiers avait pay sans mandat, et comme *negotiorum gestor* bénévole, une dette de jeu. Le perdant pourrait le désavouer et lui dire : « Qui vous a chargé de faire mes affaires et de vous entremettre dans une chose abandonnée à mon libre arbitre? Pourquoi avez-vous voulu me faire faire malgré moi ce que la loi ne m'oblige pas à faire? Vous avez commis une imprudence, supportez-en les conséquences. »

73. Que faut-il dire du mandat donné pour jouer? Autorise-t-il le mandataire à actionner son mandant pour le rembourser de ses avances, frais, salaires, etc., etc.?

En principe, le mandat pour une chose honteuse, prohibée, ou non avouée par la loi, est nul; il n'engendre pas d'action. Ulpien a très bien dit: *Rei turpis nullum mandatum est. Et ideò hac actione non agitur* (1).

(1) L. 6, § 3, D., *Mandati*.
Junge, l. 1[2], § 1, D., *Mandati*, et l. 53 D., *Pro socio*, qui

Or, nous avons dit (1) que le jeu qui dépasse les limites de la modération est déshonnête, et que lorsqu'il reste un simple amusement, la loi ne voit pas en lui une cause sérieuse d'action.

Partant de là, qu'est-ce qu'un mandataire qui, obéissant à un mandat de jouer gros jeu, fait des avances à son mandant? Ne s'associe-t-il pas à ses désordres, ne les favorise-t-il pas? Peut-il être de meilleure condition que celui qui prête de l'argent à un joueur pour l'exciter au jeu?

Et si le jeu était une simple distraction, serait-il sérieux et digne d'entretenir la justice de pareilles futilités?

Il ne faut donc pas hésiter à repousser l'action du mandataire qui aurait prêté ses services pour jouer.

74. A plus forte raison le mandataire serait-il non recevable s'il avait servi d'agent au mandant pour des jeux punis par la loi, comme sont les paris sur la hausse et la baisse des fonds publics (2).

Aussi a-t-il été jugé plusieurs fois que l'agent de change qui a joué pour son client n'a pas d'action contre lui. Il suffit de rappeler la fameuse affaire Perdonnet et Forbin-Janson, dont nous aurons occasion de parler bientôt avec plus de détails.

75. Il n'y a rien de contraire à cela dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1833 (3). Cet

dit : « *Delictorum turpis atque fœda communio est.* »
Pothier, *Mandat*, n° 7.

(1) *Suprà*, n° 58.

(2) Art. 421, 422 C. p.; *infrà*, n[os] 97 et suiv.

(3) D., 33, 1, 200.

arrêt se borne à décider que le moyen tiré de ce que les opérations confiées à l'agent de change constituaient des jeux de bourse ne peut être proposé pour la première fois à la Cour de cassation. Et, en effet, comment la Cour de cassation, qui n'est pas appelée à prendre connaissance des faits, pourrait-elle être saisie *de plano* de la question de savoir si, en fait, il y a eu jeu ou opération sérieuse dans tels et tels actes d'achats et ventes de fonds publics ?

76. Faudrait-il montrer la même sévérité, non-seulement à l'égard de l'agent de change, mais à l'égard d'une maison de commerce de Paris qu'une autre maison de commerce de province chargerait de faire des jeux de bourse pour compte de cette dernière ?

Un arrêt de la chambre des requêtes du 5 mars 1834, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour royale de Paris du 13 mai 1832, a décidé que le mandataire agissant comme *nudus minister*, sans intérêt ni profit, ne faisait que remplir un mandat, qu'il exerçait l'action *mandati*, et que son fait ne pouvait être assimilé à des jeux de bourse, entre des joueurs respectifs, auxquels se trouve déniée toute action réciproque les uns envers les autres (1).

Cette décision peut, au premier coup d'œil, paraître en opposition avec les idées que nous avons émises au n° 73. Cependant, dans ces sortes d'affaires, la part des circonstances doit être faite, et les principes ne doivent pas être imposés aux espèces sans

(1) D., 34, 1, 156.

distinction et sans ménagements. La maison de Paris savait-elle que l'intention de la maison de province était de jouer ? Par cela seul qu'il y avait ordre de faire acheter à terme par un agent de change, peut-on dire qu'il y eût mandat de jouer ? Le mandataire avait-il connaissance que le mandant avait *à priori* l'intention de ne pas prendre livraison, et de tout réduire à des différences ? Nul ne peut dire, en lisant l'exposé des faits recueillis dans la notice de l'arrêt, que ces questions aient été résolues contre la maison de Paris ; et dès lors on doit supposer que cette maison ne s'est montrée, aux yeux des juges du fait, que comme un mandataire ordinaire, qui prête son ministère pour un acte dont on lui a laissé ignorer les circonstances déshonnêtes ou répréhensibles.

Pris en ce sens (et je ne crois pas m'écarter de son véritable esprit), l'arrêt dont il s'agit est juridique ; il se concilie à merveille avec les vrais et éternels principes sur le mandat de choses défendues, ou non reconnues par la loi.

77. C'est également par ces idées qu'on explique un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 29 novembre 1831 (1), rendu dans une matière étrangère aux art. 421 et 422 du Code pénal. Il faut toujours se demander si le mandataire, en prêtant son ministère, a voulu aider à une mauvaise action et servir d'instrument à une passion déréglée, ou s'il a été de bonne foi.

78. Au surplus, on trouve la confirmation pleine et entière de notre doctrine dans un arrêt de la Cour

(1) D., 32, 1, 120.

de Bordeaux du 29 août 1828, qui juge que le tiers qui a prêté son ministère pour jouer sur les eaux-de-vie n'est pas recevable à réclamer du joueur qui l'a employé les sommes payées par lui par suite des pertes éprouvées (1). Dans cette espèce, l'intelligence du mandant et du mandataire était avérée; tous deux marchaient de concert pour des opérations que la Cour déclarait empreintes d'un caractère répréhensible. On voit que cet arrêt est topique. Nous pensons que, sous le rapport que nous envisageons ici, il mérite toute la confiance des jurisconsultes.

§ II. — *Du pari ou gageure.*

79. A côté du jeu, la loi met le pari, dont les principes sont à ses yeux les mêmes.

Le pari est une convention faite sur une proposition alternative, et d'après laquelle chaque partie, se posant en adversaire de l'autre, nie la proposition affirmée, affirme la proposition niée, et attache un gain à la réussite éventuelle et incertaine de ce qu'elle a avancé.

Le pari, en italien *scommessa*, en latin *sponsio* (2), était en usage chez les Romains; leur littérature nous en offre plusieurs exemples curieux (3).

Virgile a chanté le pari du berger Damète avec Ménalque se disputant la supériorité dans le chant (4).

Dans le temps qu'Antoine étalait en Orient son

(1) 29 août 1828. (D., 29, 2, 136.)
(2) Marcianus, l. 3 D., *De aleat.*
(3) Budæus ad leg. 2, *De origine juris.*
(4) Eclog. III.

luxe et sa gourmandise (1), Cléopâtre, dont rien n'égalait le faste, le plaisantait sur la médiocrité de ses festins. Que faut-il donc faire, dit Antoine, pour ajouter à leur magnificence? Parions, répondit Cléopâtre, que je dépense dix millions de sesterces en un seul repas. Antoine, qui croyait la chose impossible, accepta le défi (2), et Plancus en fut constitué juge (3). Le lendemain, le souper qui devait décider cette grave question (4) fut servi. Rien n'annonçait plus de luxe qu'à l'ordinaire, et Antoine demandait d'un ton railleur qu'on produisît le compte. Au second service, on place devant la reine un vase plein d'un certain acide. Cléopâtre, qui avait à ses oreilles deux perles les plus belles et les plus grosses qui eussent jamais paru, magnifique héritage des rois d'Orient, en détache une, la jette dans l'acide, et aussitôt qu'elle la voit dissoute, elle l'avale (5). Puis, elle prend la seconde et se prépare à recommencer. Mais Plancus, juge du pari, l'arrête, et proclame qu'Antoine est vaincu (6).

La perle ainsi sauvée resta, pour le dire en passant, fort célèbre. Après que Cléopâtre fut tombée au pouvoir du vainqueur, cette perle fut sciée en

(1) Pline, IX, 58 (t. 7, p. 98, *éd. Panck.*).
Macrobe, *Saturn.*, 2, 13; *suprà, Séquestre*, n° 258 (note).
(2) *Sponsionibus factis.* (Pline.)
(3) *Judex sponsionis.* Macrobe l'appelle : *arbiter tam honesti certaminis.*
(4) *Tantæ quæstionis.*
(5) *Ac liquefactum absorbuit.*
(6) Straccha appelle ce pari : *pulchram et memorabilem sponsionem* (*De sponsion.*, 1 pars, 2).

deux pour faire des pendants d'oreilles à la Vénus du Panthéon de Rome. La moitié d'un souper de ces débauchés fit la parure d'une déesse ! !

80. Enfin, pour ne pas multiplier inutilement les exemples, je me bornerai à dire ici qu'on était également dans l'usage de parier de l'argent à l'occasion des jeux qui exerçaient la force, le courage ou l'adresse; et ces paris étaient reconnus par la loi (1).

81. Ordinairement les parieurs déposaient entre les mains d'un juge (2) le prix destiné au gagnant (3), ou bien un anneau, en signe d'arrhe (4); et si ce juge ne donnait pas fidèlement au vainqueur la chose déposée, on avait contre lui l'action *præscriptis verbis* (5). Quand le pari était déshonnête, chacun avait contre lui la répétition de la chose déposée (6).

82. En principe et en pratique, il y a trois espèces de pari :

Le premier a lieu quand on dépose les gages du pari entre les mains d'un tiers (7). Nous venons de signaler ce cas par des exemples. Le pari porte alors le nom de gageure, à cause des gages donnés et consignés (8).

(1) Marcianus, l. 3 D., *De aleat.*

(2) Dans le pari de Cléopâtre, c'est Plancus qui est le juge. Dans le pari des deux bergers de Virgile, c'est Palémon.

(3) *Depono*, dit Damète, *tu dic mecum quo pignore certas.*

(4) Ulp., l. 17, § 5, D., *Præscript. verb.*
Pline, 33, 6.

(5) Ulp., *loc. cit.*

(6) *Id.*

(7) Ulp., l. 17, § 5, D., *Præscript. verb.*

(8) Loyseau, *Déguerpiss.*, IV, 3.

83. Le second a lieu quand on se contente d'une promesse réciproque. Par exemple, je parie avec Jacques 200 francs que dans trois mois tel vaisseau sera rentré dans le port du Havre, et Jacques parie qu'il n'arrivera pas. Chez les Romains, ce pari se contractait par la voie solennelle de la stipulation et de la restipulation (1), et c'était le plus usuel. Voilà pourquoi le pari portait chez eux le nom de *sponsio*, tandis que chez nous, où la consignation des gages est plus fréquente, le pari s'appelle plus ordinairement gageure (2).

On trouve dans l'histoire romaine un exemple de pari par stipulation et restipulation. Le consul Lutatius et le préteur Valérius avaient détruit la flotte carthaginoise dans les parages de Sicile, et le sénat avait décerné à Lutatius les honneurs du triomphe. Valérius prétendit à la même récompense. Mais Lutatius s'y opposa. Une vive dispute s'éleva entre les deux ; Valérius offre le pari que c'est sous sa conduite que la flotte carthaginoise a été écrasée (3). Lutatius accepte solennellement le pari (4), et Atilius Calatinus est choisi pour juge. Alors Valérius cherche à prouver que Lutatius était couché dans sa litière et hors d'état de marcher. Calatinus, sans attendre que le consul prît la parole, fit cette question à son adversaire : Si vous aviez été d'un

(1) Loyseau, *loc. cit.*

(2) Loyseau, *id.*

(3) Sponsione Lutatium provocavit : *in suo ductu punica classis esset oppressa.* (Valère Maxime, l. 2, c. 8, n° 2.)

(4) *Nec dubitavit restipulari Lutatius* (*Idem.*).

avis opposé à Lutatius sur le moment décisif pour livrer la bataille, qui de vous ou de lui l'aurait emporté? —Lutatius, répondit le préteur. —Et si vos augures eussent été différents de ceux du consul, lesquels auraient eu la préférence? — Ceux du consul. Eh bien? dit alors l'arbitre, puisque dans cette contestation il s'agit du commandement et des auspices, je n'ai plus rien à examiner. Lutatius, je vous donne gain de cause: *Secundum te litem facio* (1).

84. La troisième espèce de pari a lieu quand l'un des contractants donne à l'autre une somme qu'il gardera si son pari se réalise, mais qu'il rendra au double ou au triple s'il le perd.

Voici l'exemple que donne Straccha de cette espèce de pari : le siége pontifical étant vacant, les paris s'ouvrent (comme cela avait lieu ordinairement en Italie à une certaine époque) (2) sur l'élection de son successeur. Je soutiens que c'est le cardinal de Monte qui sera élu; Titus gage que non, et il me remet 200 francs, qui m'appartiendront si le cardinal est nommé. Que si, au contraire, c'est un autre cardinal, je promets de rendre les 200 fr. à Titius et de lui en donner encore autant de mes propres deniers (3). Nous verrons, au n° 167, un autre exemple emprunté à des faits plus récents et plus pratiques. Je parlerai aussi, au n° 169, d'une combinaison fort utile et fort licite qui s'en rapproche beaucoup à certains égards, mais dont l'esprit

(1) Valer. Maxim., lib. 2, c. 8, n° 2.
(2) *Ut plerùmque assolet*, dit Straccha (2ª pars, 4).
(3) Straccha, *loc. cit.*

et le but s'éloignent tout-à-fait de l'intention de la gageure, et ne permettent pas de la confondre avec elle.

85. Dans l'ancienne jurisprudence, on n'était pas d'accord sur la valeur juridique des paris et gageures. Azon pensait que ces contrats n'étaient valables que lorsqu'ils intervenaient sur des jeux propres à exercer le corps, et il se fondait sur la loi 3 D., *De aleat.* (1). Loyseau nous apprend même que c'était une opinion populaire (bien qu'erronée, suivant lui) qu'il n'y a point d'action pour les *gageures ludicres* (2); que quand on n'avait pas déposé de gages et qu'on s'était contenté de simples promesses, *cela était bon pour faire honte à celui qui ne voulait pas payer, mais non pas pour agir contre lui en justice contentieuse* (3). On disait au soutien de ce sentiment: «Il y a des gens faciles à contredire, ou entêtés dans leurs idées, qui pour la moindre chose soulèvent des controverses et provoquent des paris avec légèreté. Il ne faut pas que la justice soit importunée de ces bravades qui n'ont rien d'assez sérieux. L'on doit s'en tenir sagement au sénatusconsulte en vigueur chez les Romains, qui ne permettait d'intéresser que les jeux favorables au développement de l'adresse et de la force du corps (4).

(1) Sur le tit. *De relig.*, C., n° 4.
(2) Déguerp., IV, 3, 15.
(3) *Id.*, 14.
(4) V. Straccha, *loc. cit.*
Et Scaccia, § 1, q. 1, n° 88.
C'était l'avis de Paul de Castro, qui refusa de donner une consultation en faveur de la validité d'un pari.

86. D'autres, au contraire, comme Straccha (1) et Scaccia (2), pensaient que, toutes les fois que le pari n'était pas fait à l'occasion d'un chose déshonnête, il formait un contrat que l'on ne devait pas mépriser. C'était aussi le sentiment de Loyseau (3), de Danty (4), Expilly (5), Émerigon (6), et autres cités par ce dernier. On argumentait de la loi 17, § 5, D., *De præscript. verb.*, dont le texte est en effet bien positif. Et quant à la loi 3 D., *De aleat.*, elle doit être entendue, disait-on, *secundùm subjectam materiam*. De quoi est-il question à son point de vue? Des jeux. Quand donc elle défend les gageures, ce n'est que par rapport aux jeux que le titre *De aleatoribus* proscrit; mais ce n'est pas par rapport à d'autres sujets qui ne sont pas des jeux et ne rentrent pas dans le titre *De aleatoribus*, sans quoi on arriverait à proscrire tous les paris qui sont en usage.

87. Objectera-t-on (7) que l'on doit appeler jeu toutes les combinaisons qui ont pour base les hasards de la fortune? Dira-t-on avec Azon que *ludus aleæ dicitur, omnis ludus qui viribus fortunæ innititur?* Mais, répond Straccha, il n'y a pas de jeu sans faits et actes extérieurs; *ludus in factis dicitur:* voilà pourquoi il a été défini par les docteurs : « *Peractum facti*

(1) 3ª pars, 1, 2, 3.
(2) § 1, quæst. 1, nº 88.
(3) *Loc. cit.*
(4) P. 229.
(5) Pl. 4.
(6) *Des assurances*, ch. 1, sect. 1, p. 9.
(7) Straccha, nº 4.

» *delectabilis quandoque virtutis gratiâ parati, quandoque* » *lucri, quandoque voluptatis, tantùm cessatio à negotiis.* »

Or toutes les gageures ne sont pas dépendantes de jeux proprement dits; et alors pourquoi ne vaudraient-elles pas comme conventions faites sous une condition casuelle ou mixte? L'usage en est général, surtout dans le commerce, et la coutume prouve qu'il ne faut pas s'armer de tant de sévérité (1).

Beaucoup de graves théologiens, saint Thomas (2), Navarre et autres rappelés par Danty (3), confirmaient cette manière de voir; elle a eu la sanction de plusieurs arrêts (4).

88. Pour terminer ce tableau de l'ancien droit, je rappellerai quelques exemples de paris que Straccha passe en revue.

Caïus a promis à Titius de lui donner 100 si l'empereur ou le pape meurt dans l'année, et, par contre, Titius promet 100 à Caïus s'il n'y a pas décès. Straccha, après avoir rappelé l'opinion de Paul de Castro (5), qui tient cette stipulation pour nulle, quoiqu'elle soit approuvée par de savants juriscon-

(1) Scaccia, § 1, q. 1, nº 89.
(2) T. 2, quæst. 32, art. 7.
(3) P. 232.
(4) Danty, p. 234.
Despeisses, t. 1, p. 1, t. 10.
Catellan, liv. 5, ch. 61.
Brillon, vº *Gageure*.
Il y a cependant des arrêts contraires.
(5) Sur la loi *A Titio*, D., *De verb. oblig.*;
Voyez aussi Scaccia, *loc. cit.*