18 751
(idem 18749)

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

MEIS ET AMICIS

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. BONFILS, ✻, Doyen, professeur de Droit commercial.
GINOULHIAC, ✻, professeur de Droit français dans ses origines féodales et coutumières.
POUBELLE, O ✻, professeur de Code civil, en congé.
ARNAULT, ✻, professeur d'Économie politique, en congé.
DELOUME, professeur de Droit romain.
PAGET, professeur de Droit romain.
CAMPISTRON, professeur de Code civil.
WALLON, professeur de Code civil.
BRESSOLLES (Joseph), professeur de Procédure civile.
VIDAL, professeur de Droit criminel.
HAURIOU, professeur de Droit administratif.
BRISSAUD, agrégé, chargé d'un cours de Code civil.
ROUARD DE CARD, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.
DE BOECK, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
MÉRIGNHAC, agrégé, chargé du cours de Droit international privé.
TIMBAL, agrégé, chargé du cours de Droit constitutionnel.

M. Moussu, secrétaire.

M. HUMBERT, O. ✻, sénateur, professeur honoraire.
M. HUC, ✠, Conseiller à la Cour d'appel de Paris, professeur honoraire.
M. BRESSOLLES (G.), ✻, professeur honoraire.

Président de la Thèse : M. BRESSOLLES (J.).

Suffragants : MM. GINOULHIAC. HAURIOU. BRISSAUD.

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

1873

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DU SERMENT

EN DROIT ROMAIN

DU SECRET PROFESSIONNEL EN MÉDECINE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Jules LAFFORGUE

AVOCAT

TOULOUSE
IMPRIMERIE DOULADOURE-PRIVAT
RUE SAINT-ROME, 39

1888

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

OUVRAGES CONSULTÉS.

DROIT ROMAIN.

Accarias. — Précis de droit romain ; 3e édition. Paris, 1882.
Bonjean. — Traité des actions. Paris, 1845.
Brisson. — De formulis et solemnibus populi romani verbis ; 1755.
Cujas. — Opera. Editio altera pratensis ; 1864.
Doneau. — Commentarii de jure civili ; 6e édition. Nuremberg, 1822.
Duaren. — Opera. Lucques, 1765.
Ihering. — Esprit du Droit romain ; traduction Meulenaère. Paris, 1880.
De Keller. — De la procédure civile et des actions chez les romains ; traduction Capmas. Paris, 1870.
Maynz. — Cours de Droit romain ; 4e édition. Bruxelles, 1876.
Pellat. — Principes généraux de la propriété de l'usufruit. Paris, 1853.
Pothier. — Pandectes. Paris, 1821.
De Savigny. — Traité de Droit romain ; traduction Guenoux. Paris, 1850.
Zimmern. — Traité des actions ; traduction Étienne. Paris, 1843.

THÈSES.

Camus. — Thèse pour le doctorat en droit. Paris, 1886.
Montagnon. — Thèse pour le doctorat en droit. Lyon, 1883.

DROIT FRANÇAIS.

Blanche. — Études pratiques sur le Code pénal. Paris, 1872.

Bouchut. — Du secret médical (Gazette des hôpitaux, 1872, p. 294).

Bouillet. — Le secret imposé aux médecins (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1835; 1re série, t. XIII, p. 461).

Briand et Chaudé. — Manuel complet de médecine légale. Paris, 1869.

Brillon. — Dictionnaire des arrêts. Paris, 1727.

Brouardel. — Le Secret médical. Paris, 1886.

Chaudé. — Du Secret médical (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1864; 2e série, t. XXI, p. 408).

Chauveau et *Faustin Hélie.* — Théorie du Code pénal. Paris, 1872.

Dalloz. — Répertoire. (Vis Révélation de secrets; témoin.)

Dareau. — Traité des injures. Paris, 1785.

Demange, *Devergie* et *Gery.* — Rapport à la Société de médecine légale. (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1869; t. XXXI, p. 445).

Denisart. — Collection de décisions nouvelles. Paris, 1771.

Dérouet. — Du Secret professionnel. (Revue pratique, 1874 et 1875; t. XXXVI et XXXVII).

Domat. — Les Lois civiles. Paris, 1777.

Faustin Hélie. — Traité de l'Instruction criminelle. Paris, 1860.

Hémar. — Le Secret médical. (Revue critique, 1869; t. XXXV).

Heurteloup. — Secret professionnel. (Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1879; 3e série, no 2, p. 160).

Jeannel. — Du Secret médical. (Union médicale du 26 août 1864.)

Legraverend. — Traité de la Législature criminelle en France. Paris, 1823.

Locré. — Législation civile, commerciale et criminelle. Paris, 1827.

Max Simon. — Déontologie médicale. Paris, 1845.

Merlin. — Répertoire. (Vo témoin.) Paris, 1827.

Muteau. — Du Secret professionnel. Paris, 1870.

Rauter. — Traité théorique et pratique du Droit criminel français. Paris, 1836.

Tanon — Rapport à la Cour de cassation sur l'affaire Watelet. (Sirey, 1886 ; 1re partie, p. 86.)

Tourdes. — Secret médical. (Article du Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales ; directeur : Dechambre.)

Trébuchet. — Jurisprudence de la médecine. Paris, 1834.

Villey. — Note sous l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire Watelet (Sirey, 1885 ; 2e partie, p. 121.)

De l'intention en matière pénale (France judiciaire 1876-77 ; 1re partie, p. 1).

De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale (France judiciaire, 1876-77 ; 1re partie, p. 313.)

THÈSES.

Hû. — Thèse pour le doctorat en droit. Paris, 1880.

Lavaux. — Thèse pour le doctorat en médecine. Paris, 1867.

Royer. — Thèse pour le doctorat en droit. Paris, 1887.

DROIT ROMAIN

DU SERMENT

INTRODUCTION.

Le tribun Jaubert, dans son rapport sur le chapitre VI du titre des contrats et obligations, après avoir passé en revue les divers moyens de preuve, s'exprime ainsi :

« S'il n'existe aucun de ces moyens celui qui réclame doit-il être renvoyé de sa demande? Celui contre qui la demande est formée sera-t-il à l'abri de toute recherche?

« Il reste un recours à l'homme de bien et une ressource aux ministres de la loi.

« C'est l'appel à la conscience.

« Nous voulons parler du serment.

« Ne nous arrêtons pas dans cette matière à des idées trop défavorables à l'espèce humaine; n'examinons pas avec une analyse sévère si l'état des sociétés actuelles et les exemples frappants de corruption qui nous affligent doivent *laisser subsister l'antique théorie du serment.*

« Le législateur d'un grand peuple doit ne pas perdre de vue les faiblesses attachées à l'humanité; mais il lui importe de coordonner ses institutions de telle manière qu'elles consacrent le *respect dû à la morale* et que la conscience publique soit la règle des consciences privées.

« Que le serment soit donc regardé comme un *supplément* des lois civiles. » (Locré. *Législation civile*, t. XII, p. 538.)

Il résulte des termes de ce rapport que, si les rédacteurs du Code civil y ont inséré les dispositions relatives au serment, c'est par esprit de tradition et pour l'honneur des principes. Mais, comme ils avaient des doutes sur sa force probante, ils ont restreint son champ d'application, en l'admettant seulement à titre de preuve supplémentaire et de moyen subsidiaire. Il y aurait beaucoup à redire sur la valeur pratique de ces motifs, et de nombreux jurisconsultes regrettent

la présence dans notre Code de quelques dispositions de la section V.

Pothier avait déjà condamné le serment déféré d'office. « Depuis plus de quarante ans, disait-il, que je fais ma profession j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu plus de de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu. » (*Traité des obligations*, nº 924.) Certains auteurs modernes ont accentué ces critiques et reproché au législateur d'avoir sans motif sérieux provoqué une infinité de parjures [1]. Enfin, en pratique, le serment est peu employé, et, s'il est quelquefois déféré par une partie, ce n'est pas parce qu'elle espère en profiter, mais elle veut faire commettre un parjure à l'adversaire et l'exposer aux conséquences religieuses, sociales et même pénales qui peuvent en résulter.

A Rome, au contraire, le serment était d'un usage fréquent, presque quotidien. Les lois l'imposaient dans de nombreuses circonstances, et les jurisconsultes s'en étaient emparés pour transformer en témoignages les déclarations naturellement intéressées des parties plaidantes. La

1. Voir sur ce point : Toullier, t. X, nº 398 et 399; Laurent, t. XX, nº 381 et 382.

différence entre les deux législations est frappante ; c'est pour en rechercher toute l'étendue et en apprécier les causes que nous avons fait du serment le sujet d'une étude spéciale. Nous n'avons pas la prétention de faire entrer dans un cadre essentiellement restreint tous les développements que la matière pourrait comporter ; nous nous attacherons seulement à dégager le caractère des institutions qui ont pour base le serment, sans nous étendre sur les détails qui n'ont plus qu'un intérêt exclusivement historique.

Dans le cours de nos recherches, nous nous sommes heurtés à de nombreuses difficultés. Les points les plus importants ont donné lieu à des systèmes contradictoires qui se recommandent tous par de sérieux arguments. Les textes, en effet, ne nous fournissent pas des indications sûres. Ils ont été compilés et peut-être défigurés à une époque où la procédure en général, et le serment en particulier, avaient subi de profondes modifications. Nous les accepterons cependant tels qu'ils nous sont parvenus, parce qu'il paraît difficile de les modifier ou de les supprimer sans entrer dans la voie des hypothèses et s'exposer à bâtir des systèmes sur des idées préconçues. Ces quelques considérations nous serviront d'excuse, si nos solutions ne sont pas indiscutables. Nous aurons, du reste, le soin de les soumettre à nos

juges avec tous les arguments qui nous auront décidé en leur faveur.

Nous diviserons notre étude en deux parties. Dans la première, nous traiterons du serment en général en exposant ses principales applications; dans la seconde, nous étudierons spécialement les divers serments employés en procédure. Enfin, dans un appendice, nous donnerons quelques brèves explications sur les conséquences civiles ou pénales du parjure.

PREMIÈRE PARTIE.

DU SERMENT EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINE DU SERMENT, SON IMPORTANCE, SA NATURE.

Chez les peuples primitifs, le droit n'apparaît pas tout d'abord comme une science fondée uniquement sur la raison et indépendante de tout autre lien. Les premiers législateurs comprennent qu'une loi qui n'aurait d'autre autorité que sa logique et son opportunité ne serait pas comprise par des hommes dont le développement intellectuel est enrayé par les nécessités de la vie matérielle. Ils savent, en outre, qu'une loi ne sera respectée que si les magistrats chargés de l'appliquer ont à leur disposition une force assez imposante pour décourager la résistance. Cette force suppose une société organisée. Mais l'homme

primitif, réfractaire à toute autorité émanant de ses semblables, est naturellement superstitieux. Témoin et même victime de phénomènes dont il ne connaît pas la cause, il les attribue à un être surnaturel devant lequel il se trouve impuissant et désarmé, et qu'il respecte parce qu'il le craint. Aussi, dans toute société en formation, la première incarnation du droit est une incarnation religieuse. Les vérités rationnelles y sont présentées comme des dogmes, les devoirs comme des ordres de la divinité. Dans la Bible, dans le Koran, les règles les plus simples de morale, de droit et même d'hygiène font partie de la révélation et de l'enseignement religieux.

La première législature romaine nous présente ce caractère. Numa prétend légiférer sous la dictée de la nymphe Egérie. Tout ce qui paraît devoir être respecté est mis par la loi ou les particuliers sous la protection divine (*Leges sacratæ, res sacræ, sanctæ.*) Celui qui porte atteinte à des intérêts publics ou privés est coupable d'un outrage à la divinité. Les pontifes s'emparent de sa personne non pour le punir, mais pour apaiser le dieu par des sacrifices faits aux dépens de sa fortune ou de sa vie. Si aucune expiation ne paraît devoir suffire, la société, pour se purifier et ne pas répondre des fautes d'un de ses membres, excommunie le délinquant (*exsecratus, sacer*), qui perd

ainsi la seule protection efficace, la protection religieuse ; ses biens et sa vie sont à la disposition du premier venu ; il se trouve indirectement condamné aux derniers supplices. Les pontifes se détournent même de leurs occupations religieuses pour trancher des différends purement privés. Mais la partie qui a occasionné injustement le procès perd son *sacramentum*, dont le montant indemnisera la divinité du temps perdu pour le service des autels et employé pour résoudre la difficulté.

Le serment est la manifestation la plus persistante de cette origine religieuse. Dans sa forme primitive, il se compose d'une déclaration solennelle, par laquelle on invoquait la divinité, d'abord comme témoin de la vérité d'un fait, ou de la sincérité d'une promesse, et ensuite comme vengeresse du parjure, s'il était commis. C'est donc à l'origine un acte essentiellement religieux, qui puise son autorité dans la croyance en un dieu juste et tout puissant. (Platon. *Des lois*, livre XII). Les deux éléments signalés dans la définition, l'affirmation *deo teste* et l'imprécation (*exsecratio*) ou invocation au dieu vengeur, peuvent être constatés dans de nombreuses formules, par exemple, dans Plaute (*Amphitryon*, acte III, scène II, vers 52. — *Rudens* acte V, scène II, vers 46). De ces deux parties, la plus im-

portante était évidemment l'imprécation, qui donnait au serment son caractère religieux et obligatoire. Aussi, de la formule du serment *per Jovem lapidem,* qui est qualifié de *sanctissimus* par Cicéron (Lettre XII, liv. VII) et de *vetustissimus* par Apulée (*de deo Socratis*), il ne nous reste que l'imprécation « Si sciens fallo, tum me Diespiter, salva urbe arceque, bonis ejiciat, ut ego hunc lapidem. (Festus, v° *lapidem.*) Cette formule porte en elle-même la trace de son ancienneté ; les mots *salva urbe arceque* rappellent la responsabilité solidaire de la société vis-à-vis de la divinité outragée par un de ses membres : principe que l'on retrouve dans le droit romain primitif, et qui est la base de la théorie de l'expiation. Indépendamment de la formule, le caractère religieux du serment était manifesté par une cérémonie qui le précédait et l'accompagnait. On se transportait dans un temple, et on jurait la main sur un autel « tange aram hanc Veneris. » (Plaute. *Rudens*, loc. cit.)

Cette absorption du droit dans la religion n'est qu'une première étape. Les hommes comprennent tôt ou tard que les principes qu'on leur présente comme révélés trouvent leur raison d'être dans la notion subjective de justice ; et peu à peu le droit se dégage de l'enveloppe protectrice qui lui était nécessaire à une époque où, n'étant pas

compris, il aurait pu être discuté et violé. Mais l'émancipation ne fut jamais complète dans le droit romain. Même à la fin de la République et sous les empereurs païens, la religion était encore un élément indispensable du droit public et privé. Sans doute, le grossier polythéisme romain, qui personnifiait les vices plutôt que les vertus, séduisait assez peu les esprits éclairés; sans doute la religion aux mains des classes dirigeantes ne devint plus qu'une comédie grossière et un moyen de gouvernement. (Polybe, VI, 56); mais l'usage même du moyen atteste la croyance à son efficacité, c'est-à-dire à la persistance chez le peuple de l'esprit religieux, qui, loin de crouler avec les divinités païennes, reparut sous une forme plus pure, grâce aux progrès du Christianisme[1]. C'est ainsi que l'on peut s'expliquer la longue faveur du serment dans les mœurs romaines. Montesquieu a dit dans son *Esprit des lois* (liv. VIII, chap. XIII) : « Le serment avait tant de force chez ce peuple que rien ne l'attache plus aux lois. Il fit bien des fois, pour l'observer, ce qu'il n'aurait jamais fait pour la gloire et pour la patrie; » et l'affirmation n'est pas téméraire. Aulu-Gelle, (liv. VII, chap XVIII), Cicéron (Lettre I, liv. VII),

1. Voir sur ce point Ihéring (t. I, p. 335) dont nous n'adoptons pas, du reste, le système.

Pline (*Panégyrique,* chap. LXIV) attestent l'autorité considérable du serment et même la persistance des vieilles formules.

Et cependant le serment se ressentit des progrès de l'esprit philosophique. A l'époque classique, nous voyons apparaître des formules où le nom de la divinité ne figure plus. La sincérité de l'affirmation n'est plus garantie par la foi religieuse, mais par la crainte ou le respect que peuvent inspirer certaines personnes ou même certaines choses. On jurait par les parents (Properce, liv. II, élégie XVI, v. 15), par les enfants (L. 4, D. *de jurej.*, XII, 2. — Pline, *Epist. ult.* liv. II), par les yeux d'une personne aimée (Tibulle, liv. III, élég. ult. v. 47), par l'empereur vivant ou mort (L. 13. D. *de jurej*, XII, 2.) Nous trouvons même une formule de serment *ex animi sui sententia* (Tite-Live, liv. XLIII, chap. XV. — Aulu-Gelle, liv. IV, chap. ult.); c'est notre parole d'honneur.

Dans toutes ces formules, on ne peut sérieusement songer à une sanction, l'imprécation doit donc disparaître; et, si elle y figure encore, c'est par redondance poétique (Properce, liv. IV, élégie VII, v. 51). Cette transformation ne doit pas nous étonner. Le serment religieux n'a de valeur que si celui qui le prête craint la divinité; et comme la foi n'est pas apparente, son autorité est

purement subjective et subordonnée à la franchise et à la loyauté de celui qui jure. L'affirmation réfléchie et solennelle de l'honnête homme offre autant de garantie que son serment; et le serment d'un homme d'une moralité douteuse ne vaut pas plus que sa parole toute nue. Pourquoi donc ferait-on intervenir les dieux? Cicéron, au chapitre XXIX, liv. III de son *Traité des devoirs*, s'exprime très cavalièrement sur la vengeance divine « quæ nulla est, » mais il conclut à l'observation de la foi jurée « ne turpiter faceret » (chap. XXVIII). Longtemps avant lui le tragique grec Eschyle avait dit que le serment n'ajoutait rien à la valeur de l'affirmation : « Juramenta non fidem afferunt viro, sed vir juramentis[1]. » Nous ne prétendons pas, du reste, qu'il y a identité entre le serment religieux et la parole d'honneur; nous constatons seulement que le droit romain les met sur la même ligne et que l'assimilation s'explique. On a, en effet, longtemps discuté et on discute encore sur le caractère du serment dans le droit français. On a soutenu que c'était un acte essentiellement religieux, dont la valeur ne pouvait se baser que sur la crainte de la vengeance divine. Nous ne

1. Cette sentence est la traduction latine d'un vers d'Eschyle qui est rapporté par Stobée au chapitre XXVII de son *Florilegium*.

cachons pas nos préférences pour l'opinion contraire. Nous croyons avec Merlin (v° *serment*) « que la simple attestation de conscience est un véritable serment, » et, sans entrer dans cette discussion, nous signalons que la tradition romaine est incontestablement dans ce sens. Le serment était un acte civil ou religieux, et c'est pour cela que M. de Savigny le définit : « affirmation faite sous l'invocation d'une chose objet de notre culte ou de nos respects. » (*Traité de droit romain*, t. VII, p. 53.)

CHAPITRE II.

APPLICATIONS DU SERMENT.

Les applications du serment sont nombreuses en droit romain ; les glossateurs les avaient divisées en deux catégories. Ils distinguaient le *juramentum assertiorum* et le *juramentum promissorium*. Le premier serait celui qui accompagne et garantit l'affirmation de l'existence d'un fait passé ou présent, le second, au contraire, garantirait l'exécution d'une promesse, et porterait, par conséquent, sur un fait futur. Cette distinction n'a rien de juridique. Celui qui s'engage à exécuter une promesse affirme seulement (asserit)

que sa promesse est actuellement sincère. L'homme ne peut répondre de l'avenir, et les engagements peuvent ne pas recevoir d'exécution, malgré la bonne foi et la bonne volonté de leur auteur.

Une autre division moins générale figure dans les commentaires; on distingue le serment judiciaire et le serment extrajudiciaire. La distinction est logique mais incommode à raison des sous-distinctions qu'elle entraîne; elle est surtout choquante au point de vue de la terminologie romaine, le serment judiciaire ne correspondrait pas, comme nous le verrons, au *juramentum judiciale*.

Les rédacteurs du Digeste n'ont pas fait une classification générale, mais ils ont donné un nom aux principaux cas d'application du serment. Malheureusement on ne s'accorde pas sur le sens de la plupart des termes employés, notamment des mots *voluntarium*, *nécessarium* et *judiciale*. D'après les uns, *voluntarium* s'appliquerait au serment extrajudiciaire (de Savigny, p. 89, t. VII); d'après d'autres, il désignerait aussi le serment litis décisoire; *nécessarium* s'appliquerait selon les uns au serment référé, selon les autres au serment supplétoire. (Doneau, Comm., liv. XXIV, chap, XXIV, § 3); *judiciale* enfin s'appliquerait, soit au serment déféré par la partie, soit au ser-

ment déféré par le juge (Doneau, § 4). Les éléments nous manquent pour trancher la controverse; aussi adopterons-nous la classification des glossateurs pour jeter un rapide coup d'œil sur les diverses applications du serment, en nous servant, pour plus de clarté, des dénominations admises en pratique, bien qu'elles n'aient aucune base dans les textes.

SECTION I.

DU JUSJURANDUM PROMISSORIUM.

Le serment était considéré à Rome comme la meilleure garantie d'une promesse, aussi était-il exigé dans toutes les circonstances solennelles.

Tous les fonctionnaires devaient dans les cinq jours de leur investiture prêter serment de remplir fidèlement les devoirs de leur charge (Tite-Live, liv. XXXI, chap. L). Les consuls sortants juraient *nihil contra leges fecisse*, formule que Cicéron remplaça fièrement par ces mots : « Rempublicam atque hanc urbem mea unius opera esse salvam (*Oratio in personam*, chap. III). »

Les soldats prêtaient serment de fidélité à la patrie au moment de l'incorporation[1]; et, dans

1. Aulu-Gelle (liv. XVI, chap. IV) nous rapporte d'après Cincius la formule du serment que le tribun faisait prêter au ci-

toute circonstance grave, ils raffermissaient leur courage par des invocations aux dieux ; ils juraient, par exemple, de vaincre ou de mourir dans la bataille prochaine, et, dans ce cas, ils s'associaient par quelques mots (idem in me) à une formule (præjuratio) prononcée par leur chef (Festus, v° *præjurationes*).

Les tuteurs, les témoins, les juges en vertu de la Novelle VIII devaient aussi prêter serment.

L'inviolabilité de la chose jurée servait de lien d'obligation entre personnes de nationalité différente, et même entre ennemis. Nous en trouvons la preuve dans l'histoire romaine. Aulu-Gelle raconte notamment (liv. VII, chap. XVIII) qu'Annibal après la bataille de Cannes envoya à Rome pour négocier dix prisonniers romains. Avant leur départ, il leur fit jurer de rentrer si la négociation n'aboutissait pas. Huit rentrèrent, en effet, au camp d'Annibal pour y subir les derniers supplices malgré les supplications de leur famille ;

toyen qu'il enrôlait. « In magistratu C. Lœlii C. filii consulis, L. Cornelii. P. filii consulis, in exercitu decemque millia passuum prope furtum non facies dolo malo, solus neque cum pluribus, pluris nummi argentei in dies singulos, extra hastam, hastile, ligna, poma, pabulum. utrem, follem, faculam. Si quid ubi invenieris sustulerisve, quod tuum non erit, uti tu ad C. Lœlium C. filium consulem, L. ve Cornelium. P. filium consulem, sive quem ad utrum eorum jus erit proferes aut profitebere in triduo proximo... »

deux se laissèrent fléchir. Les pouvoirs publics en furent honteux, les censeurs appliquèrent à ces parjures les peines les plus infamantes, il fut même question de les renvoyer à l'ennemi. Et cependant ils n'avaient pas osé violer ouvertement la foie jurée, ils avaient usé d'un subterfuge pour se dégager.

Le serment était très souvent joint à une promesse faite entre particuliers (Plaute, *Rudens*, acte V, scène II, v. 45). Dans ce cas quelle était sa valeur, suffisait-il pour créer une obligation civile? Pour le droit primitif nous croyons qu'on peut répondre affirmativement. Cette solution paraît découler de cette phrase de Cicéron (*de Off.* 3, 31) « Nullum enim vinculum ad astringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt, id indicant leges in XII tabulas. » Il est du reste très naturel que dans une législation religieuse le lien sacré soit le seul sanctionné. Le *jusjurandum liberti* nous en offre la preuve indirecte.

Supposons qu'un citoyen veuille affranchir son esclave, mais en se réservant des *operæ*; il entend faire un marché et non une libéralité. Le résultat était difficile à obtenir. En effet, d'un côté, l'affranchissement ne pouvait être fait sous condition : *actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem : veluti emancipatio....* (L. 77, D.

de regulis juris, L, 17), et, d'un autre côté, l'esclave étant incapable de s'obliger civilement, il était à craindre qu'il refusât d'exécuter l'obligation naturelle, ou de contracter l'obligation civile, qui était cependant la cause et la raison d'être de son affranchissement. Le *jusjurandum liberti* a été imaginé pour résoudre cette difficulté. On faisait jurer par l'esclave non encore affranchi qu'il fournirait les *operæ* demandées. Ce serment créait un lien religieux, qui était présumé suffisant pour contraindre l'affranchi à prêter un second serment, d'où résulterait l'obligation civile.

Il est donc certain que, même au temps classique, et dans un cas spécial une obligation civile résultait d'un serment que les textes mettent sur la même ligne que la stipulation : *aut juret aut promitteret* (L. 44, pr. D. *de lib. causa* XL. 12). Si donc au temps classique le second serment peut, comme une stipulation, créer un droit de créance, c'est qu'à l'origine tous les serments étaient obligatoires, et que le *jusjurandum liberti* est une épave du droit ancien qui, à raison de son usage fréquent, a résisté à toute transformation.

A l'époque classique, en effet, le droit profane (*jus*) s'est développé aux dépens du droit religieux (*fas*). Alors, comme autrefois, l'obligation

sanctionnée ne pouvait résulter que d'un contrat intervenu dans les formes légales. Mais le pontife n'est plus le juge de droit commun et le magistrat laïque qui l'a remplacé exige des formes toutes différentes, parmi lesquelles le serment ne figure plus que pour le cas spécial d'obligation aux *operæ*.

Il y avait cependant des exceptions :

1° Le serment pouvait être la condition d'un contrat, et par conséquent la source de l'obligation qui pouvait en résulter (19, § 6, D. *de Donat.*, XXXIX, 5). Cette condition n'est prohibée que pour les actes de dernière volonté (L. L. 20, 26, D. *de Cond.*, XXXV, 1).

2° Le préteur, nous le verrons, sanctionna le serment judiciaire et extrajudiciaire et fit ainsi revivre comme exception l'ancienne règle, en rétablissant un lien prétorien à la place du lien civil disparu.

3° La loi civile, dans certains cas, punissait le parjure, et de cette peine résultait une contrainte indirecte avec laquelle il faut compter.

Ne faut-il pas aller plus loin? Faut-il décider que la force obligatoire du serment pouvait toujours prévaloir sur le droit civil, et créer une obligation valable là où les formes ordinaires étaient impuissantes? La question a été vivement controversée au moyen âge, et résolue affirma-

tivement en Allemagne en s'appuyant sur la constitution I au code (*Si adversus vendit.* II, 28). L'empereur Frédéric Ier généralisa même la solution du texte dans une constitution, insérée au *liber feudorum* (liv. II, titre LIII), qui décidait dans son § 3 que le mineur de vingt-cinq ans ne pourrait pas se faire restituer contre une obligation consentie avec serment [1]. La décision de la Constitution I ne devait pas être expliquée théoriquement, c'était une solution d'espèce. Jamais en droit romain on n'a mis utilement sous la sauvegarde du serment des obligations non sanctionnées ou réprouvées par la loi. (L. 7. § 16. D. *de Pactis*, II. 14 — C. 5 § 1 *de Legibus* — I. 14.) Notre principe persiste donc, mais avec des exceptions qui en restreignent singulièrement la portée.

SECTION II.

DU JUSJURANDUM ASSERTORIUM.

Les textes nous indiquent de nombreuses hypothèses dans lesquelles le serment garantissait l'exactitude d'une affirmation ; nous signalerons brièvement les principales.

1. Ce même § 3 figure dans les éditions du Code, à la suite de la constitution qu'il interprète, sous le titre de *Nova constitutio Friderici.*

Le serment, surtout à l'origine, accompagnait toutes les déclarations solennelle. Aulu-Gelle nous apprend, par exemple, que le citoyen interrogé par le censeur sur son état civil devait prêter le *solemne juramentum de uxoribus:* « Ut tu ex animi tui sententia uxorem habes? »

Devant le préteur, l'un des plaideurs peut récuser le juge qu'on lui propose, en affirmant sous serment qu'il n'a aucune justice à attendre de lui : « forum sibi iniquum ejurare. » (Cicéron, *Seconde action contre Verrès*, liv. III, chap. LX.)

Le juge peut refuser de trancher une difficulté lorsque la loi ou les parties ne lui en donnent pas le moyen. Il lui suffira de jurer *sibi non liquere.* « Juravi mihi non liquere atque ita judicatu illo solutus sum. (Aulu-Gelle, XIV, 2). » Cette faculté est une conséquence toute naturelle du caractère du juge romain, auquel on ne peut demander la sagacité d'un magistrat, que des connaissances spéciales et une pratique journalière rendent plus clairvoyant.

Le maître de la maison dans laquelle on procédait à la *quæstio furti per licium et lancem* pouvait interdire l'entrée de la pièce occupée par une femme ; mais il devait jurer que la chose volée ne s'y trouvait pas. (Macrobe, *Saturnales*, liv. I, chap. VI).

Dans certains cas, le juge exigeait des plai-

deurs le *jusjurandum calumniæ* par lequel ils affirmaient leur bonne foi. Justinien rendit ce serment obligatoire dans tous les procès pour les parties et même pour les avocats[1]. (C., 1 et 2, *de Jurej*, II, 59.) Mais il dut généraliser une ancienne règle, dont on ne connaît pas exactement la portée. Dans le droit classique, le même serment devait être prêté par le citoyen qui exerçait une action populaire. (Cicéron, lettre 8, livre VIII *ad familiares*.) Il devait aussi être prêté dans ces cas très nombreux signalés dans les textes et sur lesquels il paraît difficile de créer une théorie. Gaïus, par exemple, nous signale au commentaire IV, § 172, que le préteur pouvait déférer le serment *calumniæ* à ceux qui n'encouraient pas les peines de l'*infiliatio*. La lex *Rubria de civilate Galliæ* (N. K. K.) et Cicéron (*pro Roscio comœdo*, I in fine) nous indiquent aussi des applications qui ne sont pas de nature à éclairer la matière.

Le serment extrajudiciaire[2] est beaucoup plus

1. Cette dernière disposition est probablement l'origine de l'article 311 du Code d'instruction criminelle et de l'article 121 du Code de justice militaire.

2. Cette dénomination est généralement acceptée, mais elle est impropre parce que tous les serments promissoires et les serments affirmatifs précédemment étudiés sont aussi extrajudiciaires, c'est-à-dire qu'ils interviennent en dehors de toute contestation judiciaire.

important. C'est une convention conditionnelle à laquelle le préteur donna une force obligatoire pour rapprocher le droit et les mœurs religieuses. Deux personnes, dont l'une se prétend créancière de l'autre, peuvent craindre le résultat toujours douteux d'un procès. Pour en finir à l'amiable, l'une des parties peut déférer à l'autre le serment. En agissant ainsi, elle fait une offre de transaction que l'autre partie peut refuser ou accepter. Si le serment est prêté, le préteur déclare qu'il sanctionnera cette convention. C'est un pacte prétorien conditionnel.

Le serment extrajudiciaire tire toute sa valeur de la convention qui le précède (L. 3, pr. D. *de Jurej.*, XII, 2). Il doit être prêté dans les termes convenus (L. L. 3, § 4, 4, 5, pr. *eod. tit.*) et il ne peut être déféré (L. 17)[1].

Le serment prêté par le prétendu créancier constitue à son profit un titre de créance qu'il pourra faire valoir en justice. Le préteur lui accordera l'action *de jurejurando*, en vertu de laquelle il obtiendra la valeur du droit dont il s'est affirmé titulaire. De l'obligation primitive il n'en est plus question ; elle a été éteinte par

1. Pour éviter des redites, nous ne citerons pas quelquefois le titre et le livre en même temps que le numéro de la loi. Il faudra, dans ce cas, se référer au livre XII, titre 2, du *Digeste*, qui traite spécialement notre matière.

une sorte de novation (L. 26, § 2). Le juge se prononcera uniquement sur l'existence ou la non existence du serment. Si c'est, au contraire, le débiteur qui a juré, il est libéré ; et, si plus tard le créancier armé de nouvelles preuves voulait poursuivre le recouvrement de la créance, l'effet de l'action serait paralysé par *exceptio jurisjurandi*. Cette extinction de la dette est absolue, les textes la comparent à celle qui résulte de la chose jurée (L. 2), de l'acceptilation (L. 40), et du paiement (L. 35, § 1).

Nous n'insistons pas davantage sur les effets du serment extrajudiciaire ; nous les retrouverons avec les conditions de forme et de capacité à propos du serment décisoire, dont nous aborderons bientôt l'étude.

SECONDE PARTIE.

DU SERMENT EN JUSTICE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PREUVE PAR SERMENT.

La plus importante application du *jusjurandum assertorium* est le serment judiciaire, c'est-à-dire celui qui est prêté dans le cours d'un procès. Nous en trouvons dans les textes trois espèces : 1° Le serment litis-décisoire, déféré par l'une des parties soit *in jure*, soit *in judicio;* 2° le serment supplétoire, déféré par le juge; 3° le *juramentumin litem*, déféré aussi par le juge et portant sur la valeur de la chose réclamée.

Dans ces trois actes de procédure, le serment doit être considéré comme une preuve. Le mot preuve a été employé avec diverses significations. Il désigne tantôt la démonstration légale d'un fait juridique, c'est-à-dire un résultat, tantôt

un procédé destiné à convaincre le juge, c'est-à-dire un moyen. C'est ce dernier sens que nous adoptons, les textes nous y autorisent ; c'est ainsi qu'il faut entendre le terme *probatio* dans la rubrique et les textes du titre III, livre XXII, au *Digeste*, notamment dans la règle célèbre du fragment 2 : (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat). Le serment peut-il être considéré comme un de ces moyens destinés à convaincre le magistrat ou le juge de l'existence d'un fait ou d'un droit ? A première vue on pourrait en douter. Certains textes paraissent établir une antithèse entre le serment et la preuve. (C. 3, *de reb cred.*, IV, 1), mais ce n'est là qu'une nuance de langage ; la constitution 12 pr. au même titre et le fragment 25, § 3, au *Digeste*, *de probationibus* (XXII, 3), classent le serment parmi les moyens de preuve. Il ne pourrait y avoir de doute que pour le serment décisoire, parce que le juge en constate seulement le résultat, sans l'apprécier. Mais il suffit de faire remarquer que dans ces hypothèses il y a présomption, c'est-à-dire preuve légale. Nous reconnaissons que le moyen peut être imparfait ou douteux ; mais la vérité juridique, bien différente de la vérité scientifique, n'est jamais absolue, et à Rome on pouvait poser en thèse que les plaideurs hésiteraient à se prononcer pour leur intérêt et contre leur devoir.

Aussi, concluons-nous avec Cujas (Comm. in titulo III *de probat.* ad legem VI) : « Jusjurandum est etiam probatio, sicut lex, testis, instrumentum, questio. » Les inconvénients de ce moyen de preuve n'avaient pas échappé aux jurisconsultes. Les plaideurs devinrent de moins en moins dignes de la confiance qu'on leur accordait, et les jurisconsultes introduisirent peu à peu des restrictions à l'autorité du serment.

CHAPITRE II.

DU SERMENT LITIS-DÉCISOIRE « IN JURE. »

Le serment litis-décisoire est d'origine prétorienne, en ce sens qu'il a été introduit dans le droit classique par l'Édit. Mais nous croyons qu'il devait exister dans le droit primitif, qu'il n'a pas été introduit mais qu'il a été rétabli par le préteur [1]. Nous l'étudierons sous le système formulaire et sous le système des *judicia extraordinaria* sur lesquels seulement nous avons des renseignements.

Deux personnes se trouvant devant le magis-

1. Nous avons justifié d'avance cette conjecture en faisant remarquer que le serment devait avoir une autorité considérable dans une législation théocratique.

trat, l'une d'elles, au lieu d'établir par les preuves ordinaires et directes le point de fait ou de droit contesté, peut faire appel à la conscience de son adversaire et accepter d'avance les conséquences de l'affirmation, qu'elle aura provoquée. Ce droit résultait d'un passage de l'Édit conservé dans les fragments 3 et 7 au *Digeste* (*de jurej.*, XII, 2). Nous diviserons l'étude de cette procédure en quatre sections : dans la première, nous nous demanderons entre quelles personnes elle peut intervenir; dans la seconde, sur quelles difficultés; dans la troisième et la quatrième, nous étudierons la forme et les effets.

SECTION I.

PAR QUI ET A QUI LE SERMENT PEUT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ?

§ 1. *Qui peut le déférer?* — Si l'on se référait au texte de l'édit rapporté au fragment 3, on pourrait croire que le demandeur seul peut déférer le serment : « Ait prætor; si is cum quo agetur, conditione delata juraverit. Eum cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. » Ce serait une erreur. Le jurisconsulte Paul décide, en effet, que, lorsque les deux parties veulent user de cette faculté, le demandeur obtient la préférence. (*Sentences*, liv. II, titre I, § 2.)

La délation de serment, comme tout acte juridique, est soumise à certaines conditions de capacité. Cette capacité se déterminera d'après les conséquences de l'acte accompli. Or, nous verrons que celui qui défère le serment met la décision du procès à la discrétion de l'adversaire, et renonce à faire valoir les moyens qu'il pourrait découvrir plus tard; il rend donc sa condition pire, il accomplit un acte d'aliénation. Se trouvent donc exclus de cette faculté les impubères (L. 17, § 1, *de jurej.*) et les prodigues interdits (L. 35, § 1, *eod.*); sont admis, au contraire, à déférer le serment le tuteur et le curateur du *furiosus* (L. 17, § 2) sous leur responsabilité, le *procurator* d'un particulier ou d'un municipe munis de pouvoirs suffisants. (LL. 17, § 3 — 19 — 34, § 1.)

L'application rigoureuse de la règle devrait faire refuser le droit de déférer le serment à l'esclave ou au fils de famille titulaire d'un pécule. Les lois 20 et 22 au même titre, en leur permettant de déférer le serment, s'ils ont la *libera administratio,* fournissent un argument de plus aux partisans du système, qui leur accorde, dans ce cas, le pouvoir d'aliéner. La loi 5, § 2, D. *de pecul.* (XV, 1) paraît même ne pas distinguer et accorder le droit de déférer le serment au fils de famille titulaire d'un pécule, quels que soient ses pouvoirs.

§ 2. *A qui le serment peut-il être déféré et qui peut le prêter?* — En principe, personne ne peut se plaindre d'une délation de serment : juger soi-même son propre procès, c'est évidemment rendre sa condition meilleure. Aussi toute personne peut être sommée de prêter serment. Le pupille (L. 26), l'esclave et le fils de famille qui n'ont pas la libre administration du pécule (LL. 23-24-25) peuvent et doivent prêter serment. On pourrait même le déférer à ceux auxquels on ne pourrait pas déférer le serment *calumniæ* (L. 14). Exiger d'une personne le serment *calumniæ*, c'est douter de sa bonne foi ; lui déférer le serment décisoire, c'est, au contraire, la supposer incapable de se parjurer.

Les rites défendaient cependant aux Vestales et aux Flamines de Jupiter de prêter serment, et une disposition de l'Édit, conservée par Aulu-Gelle (liv. X, chap. XVI), consacrait en leur faveur une dispense, qui fut plus tard étendue aux clercs. (L. 25, § 1, *de Episcop.*, liv. I, titre III.)

Une seconde série d'exceptions découle de ce principe que le serment ne peut être utilement déféré à ceux qui ont *justam causam ignorantiæ*. Par application de cette règle, l'héritier peut refuser de prêter serment (*Sentences de Paul*, liv. II titre I, § 4 ; L. 42, D. *de reg juris*. L. 17). Il ne faudrait pas cependant conclure de ces textes que

le serment de crédulité ou d'ignorance (art. 2275 du Code civil) n'existait pas dans la procédure romaine. Nous verrons que la délation peut porter sur un fait quelconque, et il paraît difficile d'expliquer autrement que par ce serment le passage suivant de la constitution 12 au Code (liv. IV, titre I) : « Cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento. »

La même règle nous permettra d'expliquer les paragraphes 2 et 3 de la loi 34, à notre titre. Si le paragraphe 3 autorise le *procurator* et le *defensor* de l'absent à résister à une délation de serment, c'est qu'ils peuvent avoir *justam causam ignorantiæ;* et c'est pour la même raison que le pupille sera quelquefois dispensé de prêter serment (§ 2), malgré la généralité de la règle écrite au fragment 26 *principium* cité plus haut. En principe, croyons-nous, le pupille doit obéir à la délation, parce que la prestation est un acte qui rentre dans les limites de sa capacité. Mais il pourra cependant se soustraire au droit commun, s'il déclare et s'il prouve qu'il n'est pas au courant de ses affaires.

Toutes ces dispenses sont créées dans l'intérêt de ceux qui peuvent les opposer; les textes leur donnent le droit de *recusare sacramentum,* mais s'ils renoncent à ce bénéfice le serment prêté sera valable. (LL. 9, § 6-12, § 2 D. *de jurej.*)

Nous verrons que la personne à qui le serment est déféré peut le référer, c'est-à-dire sommer l'adversaire de le prêter à sa place. La relation du serment est donc une délation qui doit supposer chez celui qui la fait la capacité d'aliéner. Le pupille à qui on déférerait le serment pourrait le prêter, mais ne pourrait pas le référer.

SECTION II.

SUR QUELLES CONTESTATIONS LE SERMENT PEUT-IL ÊTRE DEFÉRÉ ?

Le serment, en droit romain, peut être déféré et prêté sur une allégation quelconque. Il pourra porter sur des faits, et même sur des droits. Cette proposition résulte de deux textes généraux (LL. 3, § 1 et 34. Dig. *de jurej.*) et de nombreux exemples cités dans d'autres textes. Il peut être employé pour établir un droit de propriété (L. 9, § 7), de créance (L. 34, § 6), une question d'état (L. 3, § 2); il peut être déféré sur tous les faits qui sont la source d'un droit, sur le vol (L. 13, § 2), la grossesse (L. 3, § 3), la consistance du pécule (L. 26, § 1), enfin sur le point de savoir si un serment a été antérieurement prêté (L. 29). Il n'y a même pas lieu de se préoccuper de la nature de l'action ; il pourrait, par exemple, être dé-

féré dans une *popularis actio*. (Duaren, Commentaire, in titulo *de jurej.* chap IX).

A côté de cette règle générale, nous ne trouvons aucune des restrictions qui ont été introduites dans les législations modernes, notamment dans la loi ou la jurisprudence françaises. Le Code civil n'admet pas la délation de serment sur un rapport de droit (art. 1359), et la jurisprudence, dans des cas particuliers, s'oppose à une délation régulière. Ces différences s'expliquent. Le législateur français, nous l'avons indiqué, se défiait de la sincérité des justiciables, et, quant aux rapports de droit, il savait que, pour les affirmer, il faut plus que de la bonne foi, il faut une certaine connaissance des principes juridiques qui était beaucoup plus répandue à Rome que chez nous.

On pourrait être tenté de trouver une exception à la généralité du principe dans le fragment 14 *de jure patronatus* (XXVII, 14), qui s'exprime ainsi : *jusjurandum patronum non facit*. Or, le fragment 3, § 2 à notre titre décide que le préteur sanctionnera un serment prêté sur la condition des personnes, et on pourrait croire que la solution doit être restreinte au cas où le serment est favorable à l'état contesté. M. Accarias fait remarquer avec raison que, si le serment auquel il est fait allusion dans le fragment 14 ne

produit aucun effet, c'est que le seul intérêt en jeu est un droit de succession ; et la convention de serment n'est pas opposable à un tiers qui n'y a pas participé et n'y a pas été représenté. (T. II, p. 787, n. 1.)

SECTION III.

FORMES DE LA DÉLATION ET DE LA PRESTATION.

Le serment, avons-nous dit, est un acte civil ou religieux ; il peut donc affecter les formes les plus variées. La formule est facultative. La loi 5, § 1, au Digeste à notre titre permet même de déférer un serment *propria superstitione*. Il n'y a qu'une limite à ce droit, et encore Ulpien ne la donne pas comme certaine. Le serment ne pourrait pas être basé sur un point d'une religion publiquement réprouvée. (L. 5 *pr.* et § 3 Digeste *de jurej.*)

Les termes de la prestation doivent rigoureusement reproduire ceux de la délation. Les effets sont subordonnés à cette condition (LL. 4 et 5 *pr.*). Le serment déféré doit aussi être référé dans les mêmes termes. La loi 34, § 8, indique cependant qu'il pourrait y avoir exception à la règle à cause de la diversité des personnes ou des choses, c'est-à-dire, sans doute, lorsque les parties au-

ront une religion différente; le magistrat interviendra pour fixer la formule.

La prestation doit être faite au lieu où se serait produite la *litis contestatio* qu'elle remplace, c'est-à-dire devant le magistrat. Ce dernier se transportera cependant chez les personnes notables (L. 15). Il est indispensable, en principe, que la prestation suive immédiatement la délation, parce que, nous dit Justinien dans le *principium* de la Constitution 12 (IV, 1) « evenit ut, provocatione lite suspensa, hi quidem qui jusjurandum prestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant. » La règle existait déjà au temps classique, puisque Ulpien (L. 34. D. *de jurej.*) nous signale un cas exceptionnel où il y avait lieu à accorder un délai. Remarquons, en passant, que la difficulté tranchée par ce texte est une conséquence de l'admission du serment pour établir un rapport du droit. Le préteur est obligé dans certains cas difficiles d'accorder un délai et même de dispenser du serment.

La prestation d'un serment régulièrement déféré peut être soumise à la condition que celui qui le défère prêtera lui-même au préalable le *jusjurandum calumniæ*. Mais on ne pourrait pas opposer la même exception à celui qui le réfère. (L. 37, § 7.)

Certains actes sont considérés par les textes comme équivalents à la prestation quant aux effets. Ainsi le préteur considère comme prêté le serment dont on a fait remise (L. 9, § 1); et il y aura remise, lorsque le demandeur, par exemple, déclarera qu'il dispense le défendeur de la prestation qu'il avait exigée, *contentus voluntate suscepti jurisjurandi* (L. 6). Cette remise peut intervenir sous toute espèce de forme, même par lettre et en l'absence de celui qui en bénéficie (L. 41). Mais c'est un acte de disposition encore plus grand que la délation. Aussi pour faire valablement une *remissio jurisjurandi* il faut avoir la capacité d'aliéner (L. 32).

Le serment sera aussi censé prêté, lorsque l'adversaire l'aura rendu impossible par sa faute, ou lorsqu'il aura résisté à une demande légitime, en refusant, par exemple, de jurer *de calumnia*. Ce refus est considéré par les textes comme une remise tacite. (L. 37).

SECTION IV.

EFFETS DE LA DÉLATION ET DE LA PRESTATION.

§ 1. *Effets de la délation.* — La délation du serment par l'une des parties à l'autre arrête le cours de la procédure ordinaire, qui est rem-

placée par une procédure plus simple, plus rapide, et qui aura le grand avantage de recevoir une solution définitive devant le préteur. Les phases de cette nouvelle procédure sont indiquées par une formule concise dans l'Édit : « Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. » (L. 34, § 6.) En ajoutant à ce texte incomplet ce qui résulte du § 7, on constate que celui à qui on défère le serment a le choix entre trois partis.

1° *Solvere* : payer, plus généralement accepter comme juridiquement établie l'affirmation contraire à celle qu'on le somme de faire, et en exécuter les conséquences.

2° *Jurare* : prêter le serment dans les termes indiqués.

3° *Referre jusjurandum* : sommer l'adversaire de prêter lui-même le serment contraire.

Si le premier parti est adopté, le procès est terminé, à moins qu'il n'y ait contestation sur d'autres points; dans ce dernier cas, la procédure ordinaire reprendrait son cours normal.

Si le serment est référé, il ne pourra pas être référé une seconde fois; le choix est limité à deux partis : *solvere aut jurare*.

Si le serment est prêté, il produira des effets que nous étudierons dans le paragraphe suivant.

Mais on peut n'avoir adopté aucun de ces trois partis; on peut refuser de prêter serment

ou de le référer, ou même garder le silence. Dans ce cas, si le refus n'est pas appuyé sur un motif valable, on est assimilé au *confessus in jure* (L. 38). Le préteur rendra un décret par lequel la prétention de celui qui déférait le serment sera rendu purement et simplement exécutoire. Le plaideur ne pourrait pas notamment échapper à cette alternative et aux conséquences de son refus en offrant d'établir son droit par les moyens ordinaires. Les textes sont aussi rigoureux que précis : *solvere aut jurare cogam*. Quelques jurisconsultes allemands [1] ont cependant soutenu qu'on pouvait toujours refuser de jurer en offrant de prouver. Ce système est uniquement basé sur un passage assez obscur de Quintilien dans l'*Oratoria Institutio* : « Que excusatio si deerit, hoc unum relinquitur, ut invidiam sibi ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit : itaque hominem quidem malum occu paturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quœ affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an pejerarit. » (Liv. V, ch. VI.) Quintilien a voulu tout simplement dire qu'il vaudrait mieux, au point de vue moral, permettre de prouver que contraindre à jurer. Nous retrou-

1. Zimmern (page 381, note 15) cite dans ce sens Glodschmidt, Linde et Malblanc.

verons ce texte à propos du serment déféré *in judicio*.

Nous avons dit que la délation du serment extrajudiciaire était une offre de transaction, qui pouvait devenir un contrat parfait, si l'adversaire l'acceptait. Ce caractère contractuel se retrouve aussi dans le serment déféré *in jure*, mais avec des restrictions. Il laisse à l'adversaire un choix libre, sans doute, mais restreint à deux ou trois partis, et la délation est un acte qui produira des effets, quelle que soit la détermination de celui auquel elle s'adresse. La délation du serment décisoire contient un élément de contrainte qui la différencie profondément d'un contrat. Les jurisconsultes avaient constaté cette double nature, et le fragment 26, § 2, compare la délation à certains contrats et à l'action en justice. La procédure *in jure* suppose aussi un élément volontaire : le consentement des deux parties (judicium accipere) ; mais à côté de cet élément contractuel intervient un élément de contrainte : le préteur envoie le demandeur en possession des biens du défaillant. Cette observation expliquera la comparaison que certains textes font entre la délation du serment et la *litis contestatio* (L. 35, § 2). Mais il ne faudrait pas conclure de cette ressemblance à une identité. Le résultat des deux procédures diffère quelque peu et cette différence tient à ce que

l'élément contractuel et par conséquent obligatoire est plus important dans le *jusjurandum* que dans le *judicatum*.

§ 2. *Effets de la prestation ou des actes équivalents.* — Lorsque le serment a été prêté, il n'est plus permis à l'adversaire de contester devant la justice le fait ou le droit ainsi affirmé; il n'y a plus de difficultés possibles que sur l'existence ou la non existence de la prestation; et de la solution de cette dernière question dépendra la solution du procès (L. 5, § 2). Cet effet n'est pas particulier au serment; la *sententia*, elle aussi, rend indiscutables les faits et les droits qui y sont affirmés, et c'est ce qui nous explique la comparaison que la loi 1 au Digeste *quarum rerum* (XLIV, 5) fait entre ces deux actes. Les effets sont analogues, ils ne sont pas cependant identiques. L'autorité de la chose jurée est supérieure à celle de la chose jugée (L. 12, D.). La délation et la prestation du serment peuvent être comparées aux deux termes d'une transaction; l'action en justice perd, au contraire, tout élément contractuel après la *litis contestatio*, pendant le cours de la procédure *in judicio*, aussi les effets de la chose jugée sont-ils limités. L'absolution du défendeur ne fait pas disparaître l'obligation naturelle et la loi ménage au plaideur

vaincu des voies de recours. Le serment, au contraire, est un pacte reconnu et sanctionné par le préteur; la convention qu'il contient doit avoir une autorité supérieure au jugement et égale à la loi. L'obligation naturelle disparaîtra (L. 42, *pr.*) et la vérité qui découle du serment décisoire régulièrement déféré n'est susceptible d'aucune voie de recours (*Sentences de Paul*, L. 5, titre 32.)

Cette dernière conséquence n'avait pas été admise sans difficultés. Au temps classique certains jurisconsultes avaient déjà demandé l'assimilation, à ce point de vue, du serment et du jugement; c'était l'opinion de Labéon, et le fragment 21 au Digeste (*de dolo*, IV. 3) nous apprend que les jurisconsultes les plus autorisés, Pomponius et Marcellus, n'avaient pas eu de peine à faire admettre que, même si le parjure était démontré, le plaideur, qui en avait été victime, ne pourrait pas au moyen de l'action de dol obtenir un résultat analogue à celui que la même action lui aurait procuré, si son adversaire avait obtenu frauduleusement une absolution (L. 24 et 25 *eod.*). Justinien, après avoir inséré dans son Code une constitution (C. 1, liv. IV, titre I) qui mentionne le principe, lui apporte une dérogation en matière de serment déféré sur un fidéicommis verbal. (C. 13 *eod. titulo.*)

Le serment comme la *litis contestatio* inter-

rompt la prescription. (L. 13, § 1, D. *de jurej.*)

La prestation du serment est l'exécution de la condition à laquelle était subordonnée l'existence de la convention. Aussi le bénéfice n'en sera acquis que dans la mesure où sont acquis les bénéfices des conventions. L'énumération des conséquences de cette règle établira une fois de plus la prédominance de l'élément contractuel sur l'élément judiciaire.

1° Les effets de la chose jurée disparaîtront si les intéressés obtiennent la rescision de la délation d'après les règles qui régissent la rescision des contrats. La loi 9, §§ 4 et 5 décide, par exemple, que le mineur de vingt-cinq ans pourra se faire restituer contre une prestation qui l'a lésé, et que les créanciers pourront faire tomber un serment intervenu en fraude de leurs droits. Dans toutes ces hypothèses, les intéressés feront valoir leurs droits par l'exception ou la réplique de dol, suivant qu'ils se verront opposer l'action ou l'exception *jurisjurandi*.

2° La prestation du serment peut être novée par une nouvelle délation, qui aura pour effet, si elle est acceptée, d'enlever toute efficacité à l'acte remplacé (L. 28).

3° Les effets de la prestation doivent être rigoureusement limités à ceux qui étaient prévus par la délation ; sur ceux-là seulement il y a con-

cours de volonté et consentement. La loi 30, § 2, fait une application de cette idée en matière de restitution de dot. Pour établir le montant de cette restitution la femme devra affirmer sous serment la somme qui lui est due, et il ne suffirait pas qu'elle s'expliquât seulement sur la somme qu'elle aurait apportée en dot. De même, d'après la loi 11 *principium*, celui qui a juré que le demandeur n'était pas propriétaire n'a pas pour cela prouvé qu'il l'était lui-même. Ce serment ne lui servirait pas pour recouvrer la possession, si elle lui était enlevée. Mais, lorsque les parties ont voulu faire porter la prestation sur un droit, ce droit est juridiquement établi; il produira tous les effets qui en résultent normalement, c'est-à-dire qu'il engendrera une action au profit de celui qui a juré, et même contre lui, si l'affirmation a porté sur un contrat synallagmatique (L. 13, § 3, 4 et 5).

4° Enfin la règle : *res inter alios acta aliis non nocet nec prodest* s'applique exactement au serment. Le principe est contenu dans les lois 7 et 8 à notre titre. Le serment est opposable à celui qui l'a déféré, à celui qui l'a prêté, à leurs ayant cause à titre universel, enfin à ceux qui possèdent même à titre particulier l'objet du droit juré. Si une femme a juré que l'enfant qu'elle a mis au monde a été conçu des œuvres de telle ou telle

personne, Ulpien décide au fragment 3, § 3, que ce serment prêté par la mère ne pourrait pas être opposé à l'enfant, qui rechercherait sa paternité. Il en serait autrement si une sentence était intervenue. En matière d'état, en effet, il est certain que le jugement est opposable à tous les intéressés, pourvu qu'il ait été rendu pour ou contre le contradicteur légitime (L. 3. D. *de agnosc,* XXV, 3). Et nous saisissons l'occasion d'accuser la différence qui existe aussi à ce point de vue entre la *res jurata* et la *res judicata*. Cette différence n'avait pas, du reste, échappé aux jurisconsultes romains, et nous avons déjà étudié un texte dans lequel elle est manifestée sous forme d'opposition (L. 14, *de jure patronatus*, XXXVII, 14).

La règle, en vertu de laquelle les actes n'ont d'effet qu'à l'égard de ceux qui y participent, souffre une exception en matière de représentation conventionnelle. Par exemple, certains actes accomplis vis-à-vis du mandataire sont opposables au mandant, certaines sommations adressées à un coobligé sont opposables aux autres coobligés. Les textes nous fournissent de nombreuses décisions analogues dans notre matière. Le serment prêté par le débiteur libère le garant et réciproquement (L. 42), le serment prêté par le débiteur sur la délation de l'un des *correi stipu-*

landi le libère à l'égard de tous (L. 28, pr.), le serment prêté par l'un des *correi promittendi* profite aux autres (L. 28, § 3). Nous déciderons donc, quoique en dehors des textes, que le serment prêté par l'un des créanciers *correi* ne profite pas aux autres et que le serment prêté par le créancier, sur la délation de l'un des débiteurs *correi*, ne sera pas opposable aux autres.

Après avoir indiqué ces effets, il nous reste à montrer de quelle façon, par quelle procédure ils étaient produits ou manifestés. Nous distinguerons suivant que le serment est prêté par le demandeur ou par le défendeur.

Dans le premier cas, si l'action intentée est une *condictio certi*, ou s'il n'y a pas de contestation sur la valeur de la chose, le procès est terminé, il n'y a pas lieu à *litis contestatio*, le défendeur est *pro judicato*. Le préteur rend immédiatement exécutoire le contenu du serment, comme sur l'action *judicati*, il rend exécutoire le droit constaté par la sentence. (L. 34, § 6.)

Si l'action était *incerta*, c'est-à-dire si le droit réclamé n'était pas évalué en argent et fixé à une somme indiscutée, il fallait nommer un juge pour fixer cette somme. Le serment produisait l'effet d'un *præjudicium* d'une *pronuntiatio* antérieure à la *litis æstimatio* (L. 11, § 3). Le préteur accordait une action analogue à l'action *confessoria*,

(TOULOUSE)

dont il est parlé aux fragments 23, § 11 et 25, §§ 1 et 2, *ad legem aquiliam* (IX, 2); c'était l'action *jurisjurandi* ou l'ancienne action sous forme utile, puisque le point de droit n'est plus en discussion. (De Savigny, t. VII, § 312, p. 83.)

Si le serment est, au contraire, prêté par le défendeur, il n'y a plus lieu de distinguer; le préteur refuse l'action et renvoie le défendeur des fins de la poursuite. (LL. 7 et 9.)

Pour protéger l'autorité attachée au serment, le préteur le sanctionnait par une action ou une exception. Nous avons vu qu'en cas d'allégation de serment extrajudiciaire le préteur accordait une exception ou une action; il en sera de même dans le cas assez difficile à concevoir où le fait de la prestation du serment *in jure* pouvait être contestée. (L. 9, § 1.) L'action est qualifiée *ficticia* parce qu'elle produira les effets qu'aurait produits l'action à propos de laquelle le serment est intervenu (L. 11, § 3), elle est évidemment *in factum* (C. 8, Code *de rebus creditis et jurej.*, IV, 1.)

L'*exceptio jurisjurandi* a une application beaucoup plus importante au cas où la contestation décidée par le serment sera de nouveau portée en justice. Les jurisconsultes, ne pouvant donner dans ce cas *l'exceptio rei judicatæ*, donnaient notre exception qui produisait des effets aussi absolus. L'édit est formel : *neque in ipsum neque*

in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo. (L. 7.)

L'autorité de la chose jurée est donc subordonnée à deux conditions : identité de personnes, identité de *quæstio*. Nous nous sommes déjà expliqué sur l'identité de personnes, et des textes formels prouvent que l'exception pouvait être opposée toutes les fois que la même contestation était portée en justice (*eadem quæstio*), sans qu'il y eût lieu de tenir compte des différences dans le rôle joué par les parties ou dans l'action intentée. (LL. 28, § 4 — 13 §§ 2 et 4.)

La prestation de serment, comme la *litis contestatio*, consume l'action (L. 30, § 3) et transforme le droit déduit en justice. A côté de la quasi-novation judiciaire il existait donc une quasi-novation résultant du serment prêté *in jure*.

CHAPITRE III.

DU SERMENT DÉCISOIRE « IN JUDICIO ».

La procédure que nous venons de décrire peut, croyons-nous, se dérouler dans les mêmes conditions devant le *judex*. La délation et la prestation du serment produisent des effets identiques, que les parties soient *in jure* ou *in judicio*. Cette

TOULOUSE

proposition résulte d'abord de textes très nombreux au Digeste, qui sont certainement d'une époque antérieure à la disparition du système formulaire, et dans lesquels les pouvoirs et les devoirs du préteur en matière de serment sont reconnus ou imposés au juge (LL. 34, §§ 8 et 9, D. *de jurej.* 25, § 3, D. *de prob.* XXII, 3). Sénèque enfin (*Controv.*, liv. III, præf.) nous rapporte une sentence rendue par les Centumvirs sur une délation de serment. Or les Centumvirs remplissaient les fonctions du *judex*.

Quelques auteurs [1] n'admettent pas cependant le système que nous venons d'exposer; ils soutiennent que le juge n'est pas, comme le préteur, enchaîné par les termes de l'édit, et qu'il pourrait, par conséquent, autoriser celui auquel le serment est déféré à établir son droit par les moyens ordinaires. Ce système, basé uniquement sur le passage de Quintilien expliqué et refuté plus haut (p. 48), se débarrasse de tous les textes en accusant Tribonien de les avoir interpolés à l'époque où les pouvoirs du juge et ceux du préteur se trouvaient réunis sur la même tête. Ce reproche, qui ne s'appliquerait pas au texte de Sénèque, n'est qu'une hypothèse inadmissible. Il faut, en effet, supposer que les compilateurs

1. Voir notamment Zimmern, p. 402.

du Digeste ont respecté les textes fondamentaux, pour interpoler des textes qui auraient pu passer inaperçus. Il faut supposer que, dans la loi 34, les paragraphes 6 et 7 auraient été respectés par ceux qui modifiaient les paragraphes 8 et 9. Une pareille constatation juge le système.

Nous ne croyons pas, du reste, qu'un texte fût nécessaire pour tracer au juge sa conduite en présence d'une délation de serment; la justice et le bon sens suffisaient, et c'est ce que le jurisconsulte Paul constate dans la loi 38. « Manifestæ turpitudinis et confessionis, nolle nec jurare nec jusjurandum referre ». De Savigny fait remarquer avec raison « que ce texte semble écrit pour justifier le *judex* qui, traitant le refus de jurer comme un aveu judiciaire, en fait la base de sa sentence..... On ne peut le rapporter au serment extrajudiciaire, car il n'y avait alors aucune espèce de contrainte et notamment pas de *referre;* ni au serment déféré devant le préteur, les moyens de contrainte dont celui-ci dispose n'ayant besoin d'aucune justification, puisqu'ils sont fondés sur la lettre de l'Édit. » (Tome VII, § 313, p. 87.)

Les textes du Digeste prévoient donc le serment déféré par la partie devant le *judex*, et comme il n'est soumis par ces mêmes textes à aucune règle spéciale, nous devons lui appliquer

(TOULOUSE)

les règles déjà exposées pour le serment déféré devant le préteur. Après la prestation ou le refus de prestation le juge doit rendre une *sententia* (L. 35, § 9). Mais cette *sententia* différera essentiellement d'un jugement de condamnation ou d'absolution; ce sera une constatation authentique du fait intervenu, qui donnera acte de la clôture définitive du litige, comme le décret du préteur dont nous avons parlé à propos du serment prêté *in jure*. Il y a cependant entre ces deux situations une différence essentielle, qui tient à la nature des choses. Le juge ne pourra ramener à exécution les conséquences du serment, le préteur disposant seul des moyens de contrainte. A défaut de satisfaction amiable, il faudra revenir devant ce magistrat qui accordera l'exécution sur la seule preuve de l'existence de la sentence, comme dans l'action *judicati*.

CHAPITRE IV.

DU SERMENT LITIS-DÉCISOIRE SOUS LE SYSTÈME DES « JUDICIA EXTRAORDINARIA. »

Si nous envisageons le serment décisoire après la disparition du système formulaire, nous n'avons plus sans contestation qu'à appliquer les règles du serment déféré *in jure*. La formule *solvere*

ant jurare cogam est rigoureusement applicable au magistrat qui remplissait les fonctions du préteur et du *judex* et pouvait rendre exécutoire le droit qui lui paraissait établi. (C. 9, *de rebus cred.*, IV, 1.)

Justinien, dans la constitution 12 au même titre, a résolu diverses questions plus ou moins importantes. Nous signalerons une procédure relative au serment déféré aux absents et une restriction très sage en matière d'appel. En appliquant les principes exposés plus haut, nous arrivons à cette conséquence, que, s'il n'est pas possible de révoquer en doute le droit affirmé par le serment et de faire appel sur ce point, rien ne s'oppose à ce qu'on conteste devant plusieurs degrés de juridiction la validité ou la régularité de la prestation ou de la délation. Mais pour éviter que, sous le couvert d'un appel régulier, on porte atteinte à l'autorité de la chose jurée, Justinien n'autorise l'appel que s'il est basé sur des moyens déjà présentés en première instance. Si donc le défendeur, par exemple, avait refusé purement et simplement de prêter serment ou avait gardé le silence, toute voie de recours lui serait fermée.

TOULOUSE

CHAPITRE V.

DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

Le juge, comme la partie, peut déférer le serment. Cette délation peut intervenir dans deux hypothèses qui ont donné lieu à deux institutions d'un caractère différent[1] : le serment supplétoire et le *juramentum in litem* ou serment en plaids. Le premier seul sera étudié dans le présent chapitre.

Les textes permettent au juge en présence d'une *inopia probationum* de déférer le serment à l'une des parties. Cette faculté pourrait étonner au premier abord. Qu'un des plaideurs défère le serment à son adversaire, on le comprend sans difficulté. Libre de ne pas intenter l'action ou de laisser éteindre son droit, il doit aussi être libre de le compromettre, en l'abandonnant à la bonne foi de son adversaire. Mais que le juge se permette, de sa propre autorité, de disposer d'un droit qui ne lui appartient pas, en confiant à l'un des plaideurs le soin de rendre la sentence qu'on

1. Cette affirmation ne serait plus rigoureusement exacte dans le droit du bas-empire. Nous démontrerons, en effet, que les deux serments distincts à l'origine se confondirent peu à peu, et que le « juramentum in litem » perdit de bonne heure son caractère original.

lui demande, c'est ce qui peut paraître exorbitant, « quia iniquum est aliquem suæ rei judiciem fieri. » (L. 17, D., *de judiciis*, v., 1.) Ces observations porteraient, si le serment que nous étudions n'était pas un simple moyen de preuve livré à l'appréciation du juge qui pourra se prononcer en toute liberté.

Ce serment, toujours déféré par le juge, doit être prêté par tous ceux qui n'exercent pas les fonctions religieuses signalées plus haut. Il peut porter sur l'existence ou sur la valeur du droit.

Le juge n'est pas toujours libre de le déférer. Nous avons fait ressortir les dangers de cette preuve et nous n'avons pas besoin d'établir qu'il serait inique de déférer, par exemple, le serment au défendeur, si le demandeur avait fait la preuve complète de son droit. Cette faculté était restreinte à certaines hypothèses qui ne nous sont connues que par un texte du Digeste (L. 31, *de jurej.*) et par un texte du Code (C. 3, *de rebus creditis et jurej.*, IV, 1); il faut être en présence d'une *causa dubia* ou d'une *inopia probationum*.

Quel est le sens exact de ces termes un peu vagues? Les commentateurs ne sont pas parvenus à se mettre d'accord. Les uns (Doneau Comm., liv. XXIV, chap. XIX, § 5, tome XIV, p. 238, Heineccius, *de lubricitate jurisjurandi suppletorii*, § 8) soutenaient que les causes étaient

TOULOUSE

douteuses lorsque les deux parties apportaient à l'appui de leurs prétentions des preuves également fortes. D'autres (Vinnius, *Questiones selectæ,* liv. I, chap. XLIV), pensaient que les causes douteuses étaient seulement celles « in quibus judex dubius est, ob minus plenas probationes allatas. »

Nous croyons que la vérité se trouve dans les deux systèmes, et que, comme le décide l'article 1367 du Code civil, le juge pouvait déférer le serment, si la demande ou l'exception n'était ni pleinement justifiée, ni complètement dénuée de preuves. Si la demande est pleinement justifiée, le juge doit l'admettre ; il doit la rejeter, si elle est dénuée de preuves. En dehors de ces deux cas la question est douteuse, les preuves sont insuffisantes, le juge doit être libre de rechercher les moyens de conviction partout où il pense les trouver[1].

Le serment aussi déféré doit être refusé ou prêté, il ne pourrait être référé[2]. S'il est refusé

1. Nous avons déjà vu que dans cette hypothèse le juge romain pouvait aussi se récuser lui-même, et jurer que l'affaire ne lui paraissait pas claire. (Non liquet).

2. Cette affirmation résulte de ce fait que les motifs qui ont entraîné la possibilité de la relation du serment décisoire ne se retrouvent pas dans le serment judiciaire. (L. 34, § 7, D. XII, 2.) Le juge peut avoir confiance dans l'affirmation de l'un des plaideurs et se défier, au contraire, de la loyauté de l'adversaire.

sans motifs légitimes, le juge verra dans cette attitude un aveu implicite, et il condamnera ; s'il est, au contraire, prêté, entraînera-t-il une sentence conforme ? Les textes paraissent le décider : « Secundum eum judicare qui juraverit (L. 31, D. *de jurej.*) ; » « jurejurando res decidi oportet (C. 3 *de reb. cred.* IV, 1). » Et cependant, les motifs que nous exposions au début de ce chapitre ne nous permettent pas de prendre ces textes à la lettre. Le serment, comme tous les moyens de preuve, doit être apprécié souverainement par le juge. S'il en est autrement pour le serment décisoire, c'est à raison du caractère transactionnel qui ne se retrouve pas dans notre matière.

Notre système trouverait, au besoin, appui dans la loi 4, § 3 (*de in litem*, D. XII, 3). Ulpien, dans ce texte sur lequel nous reviendrons, permet au juge, dans certains cas, de ne pas se conformer au serment *in litem*. Or les observations que nous aurons à présenter sur ce serment prouveront jusqu'à l'évidence que la situation du demandeur qui le prête est beaucoup plus favorable que celle du demandeur auquel le juge a déféré le serment supplétoire. Si donc les jurisconsultes ont pris des mesures contre le demandeur qui prête un serment *in litem* exagéré, à plus forte raison ont-ils dû prémunir le défendeur contre

TOULOUSE

les conséquences d'un parjure commis par un demandeur moins pardonnable. Nous prouverons enfin que la loi 5, § 4 (XII, 3) se réfère à un véritable serment supplétoire qui est soumis au contrôle du juge.

Nous avons déjà prouvé que la décision du procès basée sur le serment décisoire n'était pas susceptible d'une revision. Une partie ne pouvait se baser sur un parjure, même légalement prouvé, pour recommencer le procès. Une toute autre solution s'impose en matière de serment décisoire. La partie, qui n'a pas déféré le serment, n'a pas accepté les conséquences d'un mensonge; elle ne l'a pas provoqué, elle ne peut en souffrir. « Cum invito litigatore interpositum sit, invito nocere non potest. (Donneau, *Comm.*, liv. XXIV, chap. XIX, § 12, tome XIV, p. 256). De cette observation découlent deux conséquences : la partie condamnée pourra recommencer le procès si elle découvre des preuves nouvelles (L. 31, D.) et appeler de la sentence.

Ce droit d'appel est certain. La constitution 12 à notre titre paraît décider le contraire; mais elle ne vise évidemment que le serment décisoire ; la preuve en est dans le motif donné au § 3 qui ne peut s'entendre que du serment déféré par l'un des plaideurs : « Cum nimis credule est, parti quœ hoc detulit... superesse provocationem. » Ce

texte, du reste, n'a qu'une importance juridique très restreinte, et Duaren (*Comm.* au titre *de jurjurando*, cap. III, t. I, p. 374) l'apprécie comme suit : « Hæc constitutio aliquid habet obscuritatis et videtur præscripta ab homine parum diserto. »

CHAPITRE VI.

DU « JURAMENTUM IN LITEM » SOUS LE SYSTÈME FORMULAIRE.

Le *juramentum in litem* est la faculté accordée au demandeur de fixer, sous la seule garantie de son serment, le montant de la condamnation encourue par le défendeur. Il a du être inventé par le préteur pour remédier aux conséquences du caractère des condamnations civiles à Rome.

Gaïus, au commentaire IV, § 48, s'exprime ainsi : « Omnium autem formularum quæ condemnationem habent ad pecuniariam œstimationem condemnatio concepta est. » Ce qui signifie, qu'au moins sous le système formulaire, toutes les condamnations étaient pécuniaires. Les droits réels déduits en justice subissaient une transformation profonde. Le propriétaire réclamant la possession de sa chose n'était considéré par le juge que comme créancier de la valeur de cette même chose. On discute beaucoup sur la

TOULOUSE

raison d'être de ce principe. Ortolan (*Explication des Institutes*, t. II, p. 450), Accarias (t. II, n° 762) ont présenté des systèmes très savants pour l'expliquer. Nous croyons qu'il faut y voir une conséquence du caractère du juge et des idées particulières aux Romains sur la transmission des droits. Le juge, en effet, était un simple particulier, il n'avait pas comme le préteur une part de l'*imperium*. Il ne pouvait, par conséquent, obliger le défendeur récalcitrant à faire quelque chose, exhiber ou restituer; et il ne pouvait pas surtout, en présence d'un demandeur injustement dépouillé d'un droit, le lui rendre de sa propre autorité, et sans le concours et le consentement de celui qui en est devenu titulaire. Il estimait simplement la valeur du préjudice causé, et le préteur pouvait seul donner à la condamnation une force exécutoire. Le système romain s'explique, mais il n'est pas logique. Les jurisconsultes admettaient, en effet, dans de nombreuses hypothèses, des décisions attributives (actions en partage ou en bornage); il conduisait enfin à des résultats absurdes auxquels il fallut porter remède.

Les inconvénients du système se faisaient sentir en matière d'action réelle ou d'action personnelle ayant pour objet un corps certain. Le défendeur pouvait se refuser à rendre la chose revendiquée ou à donner la chose due; et l'indemnité

pécuniaire, en supposant que l'insolvabilité du défendeur ne la rendît pas illusoire, pouvait ne pas être l'équivalent du droit perdu. Le calcul de *la litis æstimatio* devait être fait sur des bases certaines et le juge ne pouvait faire entrer en compte la valeur d'affection (63, *ad leg. falc.* D. XXV, 2). La prééminence de la force se trouvait ainsi légalement consacrée.

Pour remédier à cet inconvénient, les jurisconsultes suspendirent l'effet extinctif de la *litis contestatio* et le subordonnèrent à la non exécution de l'obligation dans le cours de l'instance. C'est le but et le motif de la règle *omnia judicia esse absolutoria* (Gaïus, C. IV, § 114); principe que le préteur consacra en pratique par l'extension progressive de la formule arbitraire. Mais ce n'était qu'un premier pas, il fallait contraindre le défendeur à user de la faculté nouvellement introduite; le *juramentum in litem* a été inventé dans ce but.

Le juge fixe la question de droit: si la réclamation est fondée, il le déclare dans une première décision (pronuntiatio); il somme ensuite le défendeur de se conformer à cette sentence préparatoire, et il le menace de faire fixer par le demandeur lui-même le montant de la condamnation, s'il refuse d'obéir. Les Romains estimaient que la menace d'une appréciation énorme entraînerait la satisfaction et que, dans le cas contraire, le

payement de la condamnation équivaudrait à cette satisfaction.

Mais le défendeur peut être insolvable, et il faillait protéger le demandeur dans cette hypothèse. Les jurisconsultes ne crurent pas devoir le faire, si l'action avait pour base un simple droit de créance que le demandeur avait eu le tort de stipuler d'un insolvable. Si, au contraire, l'action intentée est une action réelle ou une action personnelle qui mérite une faveur spéciale, soit parce qu'elle est préparatoire à la revendication (ad exhibendum), soit parce qu'elle tend à faire restituer une possession perdue (depositi, commodati), il fallait un autre moyen de contrainte. Le préteur et le juge ne pouvaient assister impassibles à une expropriation violente, et c'est pour cela que, tout naturellement, on fut obligé d'admettre, même au temps classique, l'exécution *manu militari* du *jussus judicis* dans les actions réelles et dans certaines actions personnelles favorisées. Mais cette exécution était subordonnée à la condition qu'il n'y eût qu'un obstacle de fait à vaincre. Le droit commun reprenait son empire, s'il fallait plus qu'un simple déplacement matériel, par exemple si l'usucapion ayant été accomplie *inter moras litis*, la propriété ne pouvait être retransférée qu'avec le consentement du nouveau propriétaire.

Le *juramentum in litem* était donc le seul moyen de contrainte dans la plupart des actions personnelles et dans les actions réelles, lorsque la chose a disparu ou a été usucapée. Nous croyons même, avec M. Pellat (*Principes sur la propriété*, p. 375), que le demandeur pouvait ne pas réclamer l'exécution *manu militari* dans les cas où elle était possible et se contenter du *juramentum in litem*. Il vendait ainsi son droit et en fixait lui-même le prix. Cette opinion nous paraît trouver une base inattaquable dans les fragments 46 *de rei vindicatione* (VI, 1) et 21, § 4 *de operis novi nuntiatione* (XXXIX, 1).

Il résulte des explications précédentes que le *juramentum in litem* ne pourra être déféré que si deux conditions se trouvent réalisées : il faut que l'action intentée donne au juge le pouvoir de s'écarter des règles de l'*ipsum jus* sur la procédure, et il faut de plus que le défendeur oppose une résistance injuste.

La nécessité de la première condition rend cette procédure impossible dans une action *stricti juris* (L. 6, D. *de in litem*, XII, 3). Les Romains savaient que le montant du serment s'écartait toujours de la *vera rei æstimatio*, qui devait être faite avec des moyens plus sûrs. La loi 5, § 4, au même titre suppose cependant que le demandeur, dans une action *ex stipulatu*, fixe lui-même sur

son serment la valeur de l'esclave promis et mort pendant la demeure du débiteur. Ce texte n'est pas en contradiction avec notre principe, le serment prêté dans l'espèce est un serment supplétoire. La disparition de l'esclave ne permet pas au juge de procéder, ou de faire procéder à une expertise; il défère donc le serment par suite de l'*inopia probationum*. Mais il ne faudrait pas appliquer à cette hypothèse les règles du *juramentum in litem* qui n'est pas seulement un moyen de preuve.

Il faut donc, comme première condition, que l'action soit réelle ou de bonne foi (L. 5, pr. *eod*); il faut ensuite que le défendeur refuse dolosivement d'exécuter l'*arbitrium* (L. 5, § 3 *eod*). Le dol est nécessaire pour que ce droit exorbitant soit accordé au demandeur, et il y aura dol d'abord en cas de *contumacia* du défendeur en possession qui refuse de restituer, ou bien lorsqu'il se sera mis dans l'impossibilité d'opérer cette restitution par suite d'un dol ou d'une faute lourde. S'il y avait seulement faute légère, le juge procèderait à l'estimation (L. 68, *de rei vind.*, 6, 1); mais il ne lui serait pas interdit de s'aider du témoignage du demandeur, auquel il pourrait, s'il le jugeait nécessaire, déférer le serment supplétoire. Notre serment est donc une peine destinée à réprimer le dol; aussi ne pour-

rait-il pas être déféré au préjudice des héritiers de celui qui l'a commis; les peines sont personnelles. (C. 5. Code, *de in litem.* — L. 4, Digeste, *de fidejussoribus*, XXVII, 7.)

La prestation ne sera valable que si elle émane d'un demandeur pubère (L. 4, princ., D. *De in litem*) et maître de l'affaire. Ces deux conditions sont nécessaires et suffisantes. Le mandataire *ad litem*, muni de pouvoirs suffisants, pourra donc jurer, malgré l'autorité de Papinien qui avait exprimé une opinion contraire. (L. 7, D. *De in litem.*)

Nous croyons qu'en présence d'une de ces hypothèses où il y avait lieu à *juramentum in litem*, le demandeur pouvait le réclamer comme un droit que le juge ne pouvait lui refuser. Les lois 5, § 1, et 4, § 2, décident bien le contraire; mais ces textes correspondent à une époque où l'institution avait perdu son véritable caractère; la peine disparaissait peu à peu pour faire place au moyen de preuve; le serment *in litem* se confondait avec le serment supplétoire. Le défendeur de mauvaise foi ne méritait, en effet, aucun ménagement, alors surtout qu'on n'avait pas d'autre moyen pour le contraindre. Dans le Fragment 68 *De rei vindicatione*, qui pose et résout spécialement la question qui nous occupe, le même Ulpien ne laisse pas au juge la même

latitude (Duaren, Commentaire *De in litem*, t. I, ch. XXIX, p. 400). Enfin, si, comme nous l'avons admis, le demandeur peut à son choix réclamer l'exécution *manu militari* ou le serment, c'est que le juge ne pouvait lui refuser cette dernière faculté s'il avait renoncé à la première.

Le demandeur pourra prêter le serment *in infinitum* (L. 4, § 2, D. *De in litem*); il pourra, par conséquent, faire entrer dans le calcul de l'indemnité même la valeur d'affection. Ce point a été contesté par certains auteurs modernes[1], et cependant les textes sont formels. La loi 1 au Digeste suppose que la somme affirmée sera supérieure à la valeur réelle, elle reconnaît que le *pretium rei* sera dépassé; le jurisconsulte ne peut admettre que cette majoration légale cache un mensonge; il doit donc supposer qu'elle correspond justement à la valeur d'affection.

Le montant du serment pourra-t-il être limité par avance à un maximum ou réduit postérieurement par une condamnation inférieure? A l'origine, le moyen de contrainte ne pouvait être efficace que si ces limites n'existaient pas. Mais à la suite de certains abus les juges prirent l'habitude de taxer les serments ou de les réduire, et c'est ce qui nous explique la présence dans le Digeste de

1. Voir Camus, thèse de doctorat, p. 57.

textes contradictoires (L. 68, *De Rei vindic.*, L. 18, *De dolo,* IV, 3). Cette évolution est certaine, les textes de notre titre l'établissent. Dans la loi 4, §§ 2 et 3, à notre titre, Ulpien admet, en signalant une controverse, la *taxatio* dans les actions de bonne foi seulement, et subordonne le pouvoir de modérer la condamnation à une *magna causa*. Marcien, au contraire, son contemporain, avait déjà transformé l'exception en règle générale. La *taxatio* et la modération sont de droit. Le juge, qui pouvait ne pas déférer le serment, peut en annihiler les effets (L. 5, *De in litem*).

Il faut tenir compte de la même évolution pour résoudre, avec un texte de Scœvola, la question des voies de recours. Avant la transformation, le défendeur récalcitrant qui avait été condamné sur le serment du demandeur pouvait bien faire appel sur la validité ou la régularité de la délation ou de la prestation, mais il ne pouvait pas demander seulement la diminution de la condamnation. Il avait encouru la peine, il devait la subir tout entière. Plus tard, au contraire, le caractère pénal disparaît; le *juramentum in litem* devient un serment supplétoire, un simple moyen de preuve que le juge d'appel peut apprécier en toute liberté. Il est donc probable qu'à cette époque l'appel pouvait porter sur le montant de la

condamnation. Et cependant la transformation ne fut pas complète sur ce point. Paul, dans la dernière loi du titre III, livre XII, s'exprime ainsi : « De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere[1], » et les empereurs Zénon et Justinien, dans les procédures qu'ils inventèrent et que nous étudierons, ne soumirent pas le montant du serment à une réduction, même au cas de parjure. Après ces observations, le texte de Scœvola (L. 28, § 1, *De appel.*, XLIX, 1) ne nous embarrassera plus. Un tuteur remplacé a été condamné à fournir à son successeur les pièces à l'appui de son compte de tutelle; il a refusé, et le demandeur a prêté le serment *in litem*. Peut-il y avoir appel? Sur la validité de la prestation, pas de difficultés. Mais si le défendeur prétend faire réduire le montant de la condamnation, au temps de Scœvola, c'est-à-dire au temps d'Ulpien, de Paul et de Marcien, il y a au moins controverse, et comme Scœvola n'en suppose aucune, nous croyons pouvoir conclure que l'appel portait sur la validité de la délation, à raison, sans doute, de la nature de l'action ou de toute autre cause.

1. Ce texte de Paul se réfère évidemment à la sanction civile du parjure; le jurisconsulte ne fait pas la distinction entre le parjure *per deum* et *per principem* qui, de son temps, était nécessaire au point de vue pénal. (Duaren, Comm., tit. *De jurej.*, ch. XXXII.)

Dans ce dernier état du droit, le *juramentum in litem* n'exercera plus qu'une contrainte bien faible, parce que le défendeur aura toujours l'espoir de ramener à la valeur réelle le montant de la condamnation. La disparition de l'institution n'était, du reste, que la conséquence de l'extinction des causes qui l'avaient rendue nécessaire. Le système des condamnations pécuniaires, avant d'être supprimé par Dioclétien, avait déjà été bien amoindri par l'organisation de l'exécution *manu militari* et l'augmentation des *cognitiones extraordinariæ*.

CHAPITRE VII.

DU « JURAMENTUM IN LITEM » SOUS LE SYSTÈME DES « JUDICIA EXTRAORDINARIA ».

La disparition des formules ne fit pas disparaître en même temps toute l'utilité du *juramentum in litem*. Même, lorsqu'on condamnait *ad rem*, la force publique pouvait être impuissante si l'objet avait disparu ou si le défendeur se refusait à une combinaison juridique, sans laquelle il n'y avait pas de satisfaction possible : s'il ne voulait pas, par exemple, retransférer un droit définitivement acquis. Aussi la compilation de Justinien reproduit les règles de la matière en

accentuant la transformation sur laquelle nous nous sommes expliqués. Les empereurs Zénon et Justinien les appliquèrent même à deux hypothèses nouvelles.

Le *juramentum Zenonianum* intervient au cours de la procédure sur l'interdit *unde vi*, qui s'exerçait alors sous forme d'action arbitraire (C. 9, *unde vi*, VIII, 4). Si nous supposons que le demandeur violemment expulsé réclame en même temps que la possession de l'immeuble certains meubles détruits ou soustraits, il lui sera très difficile ou même impossible d'en fixer la valeur. Il ne les possède pas, il ne peut les représenter. En haine du *dejiciens*, et à titre de peine, Zénon permit au *dejectus* de fixer la valeur de ces meubles par une affirmation sous serment. Cette procédure est originale, parce qu'elle suffit pour établir non seulement la valeur, mais encore l'existence des objets en litige; c'est l'extension du principe des preuves pénales à un cas favorable.

Justinien, dans la *Novelle* 82, chapitre x, autorise la partie gagnante à indiquer au juge le montant des frais qu'elle a exposés dans l'instance et qu'elle a le droit de se faire rembourser par la partie qui succombe. Cette indication sera aussi faite sous la foi du serment et le juge en fera figurer le montant dans la condamnation.

Dans ces deux cas, le juge devait faire précéder la délation d'une *taxatio,* mais il ne pouvait pas postérieurement réduire le montant de l'estimation : « Nec habere licentiam judicem minus quam juratum est condemnare. » (*Nov.* 82.)

APPENDICE.

DU PARJURE.

Nous pouvons maintenant apprécier l'importance de l'édifice juridique que les Romains avaient basé sur le serment. Pour qu'il apparaisse ainsi dans toutes les manifestations de la vie civile ou politique, il fallait que les législateurs, le préteur et les jurisconsultes eussent une grande confiance dans la bonne foi des citoyens. Cette confiance était justifiée en principe, parce que le serment présentait une triple garantie, religieuse, civile ou pénale. Nous nous sommes déjà expliqués sur la garantie religieuse (chap. I); elle fut toujours sérieuse à Rome, mais elle ne fut pas suffisante. Les jurisconsultes se préoccupèrent des parjures, parce qu'ils peuvent avoir de graves conséquences. Ils portent préjudice à celui qui a eu l'imprudence de se fier à la parole donnée, et ils tendent surtout à détruire la confiance qui est la base et la raison d'être de l'institution. Il faut donc les réprimer dans l'intérêt des victimes et dans l'intérêt de la société.

Le moyen le plus naturel pour sauvegarder l'intérêt des victimes consisterait à faire tomber tous les effets qu'a produits ou que pourrait produire le serment violé. Les jurisconsultes romains, nous croyons l'avoir établi, n'adoptèrent ce parti que pour le serment supplétoire (L. 31. D. *de jurej.* 12, 2) et peut-être pour le *juramentum in litem* dans le dernier état du droit. Le juge du premier et celui du second degré peuvent contrôler le serment qu'ils ont déféré. Dans toutes les autres hpothèses, que le serment soit judiciaire ou extrajudiciaire, affirmatif ou promissoire, le parjure même légalement prouvé n'aura aucune influence civile. Les victimes ne pourront pas, par exemple, opposer l'exception de dol à l'action *jurisjurandi*, ou intenter elles-mêmes l'action de dol (L. 21. D. *de dolo malo,* IV, 3). Le parjure ne peut être dangereux que si le serment était la seule garantie de l'exécution de la convention ou de la sincérité de l'affirmation, et, dans ce cas, la partie lésée n'a pas le droit de se plaindre, elle est en faute. En se contentant de la sanction contenue dans l'imprécation, elle a accepté par avance les conséquences d'un parjure possible. Quant au serment *in litem*, dans sa forme primitive, il s'analyse en une peine, et le parjure, loin de modifier ce caractère, l'accentue. En fait, sinon en droit, si la contrainte est efficace c'est que le défendeur sait

que la valeur affirmée sera de beaucoup supérieure à la valeur réelle. En résumé, si nous laissons de côté le serment judiciaire, nous pouvons poser, en règle générale, que la partie lésée par un parjure ne pourra, ni demander à la prouver, ni même profiter de la preuve qui aurait été faite par autrui : *stari religioni debet.*

Mais au-dessus de l'intérêt particulier il y a l'intérêt de la société, qui doit se défendre contre les actes nuisibles. Le serment judiciaire a été inventé pour faciliter l'expédition des affaires litigieuses (L. D. *de jurej.*) ; mais il ne doit pas sacrifier les intérêts des honnêtes gens au profit des hypocrites, et il manquerait son but si le parjure n'était pas réprimé. On hésiterait à déférer le serment à une personne qui, ayant tout intérêt à mentir, pourrait le faire sans crainte. Aussi, sous la République, le parjure était puni, quelle qu'ait été la forme du serment. Les censeurs étaient spécialement chargés de lui appliquer des peines infamantes[1], sur lesquelles nous n'avons pas de renseignements. Ces magistrats devaient procéder à

1. Censoresque omnium notarum et damnis et ignominiis affecerunt. (Aulu-Gelle, liv. VII, chap. XVIII.)

Indicant notiones animadversiones censorum ; qui nulla de re diligentius quam de jurejurando judicabant. (Cicéron, *De officiis*, liv. III, chap. XXXVIII.)

Perjurii pœna divina exitium, humana dedecus. (Cicéron, *De legibus*, liv. II, chap. IX.)

une enquête et rendre une sentence; c'est au moins ce qui paraît résulter du texte du *De officiis* (judicabant). A l'époque impériale apparut le serment *per principem*, qu'il faut distinguer du serment *per Deum*. Ce dernier était en fait impuni, les censeurs ayant disparu ; une constitution d'Alexandre Sévère regularisa même la situation en proclamant l'impunité : « Jurisjurandi contempta religio satis deum ultorem habet. » (C. 2, *de rebus creditis* et jurej. IV, 1.) Le parjure *per principem*, au contraire, était une offense à l'empereur, un crime de lèse-majesté, et à ce titre il fut frappé de peines qui varièrent avec le bon plaisir des princes. Ce fut pendant longtemps la peine de mort, qui ne disparut définivement qu'à partir de de la constitution d'Alexandre Sévère. Mais depuis longtemps elle n'était plus appliquée dans un grand nombre de cas : par exemple, celui qui violait un serment relatif à un droit pécuniaire était battu de verges. (L. 13, § 6, D. *de jurej.* XII, 2.)

L'avénement des empereurs chrétiens modifia toutes ces règles. Le serment redevint un acte essentiellement religieux, on ne jura plus *per principem*, et les empereurs, désireux de voir leur Dieu respecté par tout le monde, s'empressèrent de punir le parjure *per Deum*. (C. 17, *de dignit.* XII, 1, Novelle 124, chap. II.)

DROIT FRANÇAIS

DU SECRET PROFESSIONNEL EN MÉDECINE

INTRODUCTION

Le sujet que nous nous proposons de traiter n'est pas nouveau. Tous les ouvrages complets de droit pénal lui consacrent quelques développements ; dans ces derniers temps il a été l'objet de traités spéciaux et de communications aux sociétés savantes; les tribunaux enfin ont plusieurs fois statué. Il semble qu'une discussion aussi complète aurait dû éclairer la matière; et cependant les publications récentes sont loin de nous présenter des principes logiques et précis sur lesquels on puisse édifier une théorie juridique. Tous nos efforts tendront à établir d'abord ces principes, pour en faire découler ensuite les solutions dans les hypothèses les plus pratiques.

UNIVERSITAIRE

La profession médicale n'est pas la seule qui engendre le secret; nous l'avons cependant choisie comme sujet d'étude pour plusieurs motifs. D'abord, c'est celle qui nous permettra le mieux de dégager les principes. Les avocats, les avoués, les notaires ont un double caractère : ils sont quelquefois confidents, mais ils sont aussi officiers publics chargés de faire des déclarations au nom des personnes qui ont recours à leur ministère. De cette pluralité de fonctions naissent des devoirs contraires, dont la coexistence compliquerait l'exposition et la discussion d'une matière déjà quelque peu obscure à raison de l'insuffisance des textes.

Mais ce qui nous a surtout déterminé dans le choix de notre sujet, c'est son importance sociale et juridique. Au point de vue social d'abord, nous aurons plusieurs fois l'occasion de faire ressortir la gravité des intérêts en jeu. La profession médicale est une de celles dont la necessité s'impose; comme le sacerdoce, elle correspond à des devoirs généraux; et tandis que l'intervention des autres confidents est toujours accidentelle et exceptionnelle, il est peu de personnes qui ne soient pas obligées de recourir aux lumières d'un médecin et de lui faire des confidences.

Au point de vue juridique, le secret des médecins est de beaucoup le plus important. Il touche

par ses conséquences à toutes les branches du droit. Il fait partie du droit pénal parce que sa violation est un délit; il doit être combiné avec les dispositions du Code de procédure et du Code d'instruction criminelle relatives aux enquêtes, et avec les dispositions du Code civil et du Code pénal qui prescrivent les déclarations de naissance; les représentants de l'autorité administrative doivent en tenir compte dans leurs règlements; les Compagnies d'assurances sur la vie doivent enfin se préoccuper des dispositions prohibitives de l'article 378 du Code pénal.

Nous étudierons donc spécialement le secret des médecins; mais les principes que nous établirons auront une portée générale, et nous citerons dans le cours de nos raisonnements des décisions ou des opinions relatives à des confidents autres que les médecins.

Le secret médical, avons-nous dit, est intéressant à divers points de vue, il se présente sous les apparences les plus variées. C'est tantôt une obligation strictement légale, tantôt une dispense de témoignage, tantôt enfin une exception au principe de la liberté des conventions; mais c'est surtout et avant tout un devoir dont la violation est un délit. Tous les développements qu'il comporte, toutes les solutions qu'il commande sont des conséquences de ce caractère. Le seul

texte législatif se trouve dans le Code pénal et punit la violation du secret. Pour nous conformer à la préoccupation du législateur, nous présenterons le commentaire de l'article 378, en étudiant le délit qu'il punit, d'abord dans ses éléments essentiels, ensuite dans sa sanction, et en nous réservant de traiter, au fur et à mesure que nous les rencontrerons, les questions civiles, administratives ou commerciales qui viennent se greffer sur la théorie de droit pénal.

HISTORIQUE.

Le secret professionnel médical peut être envisagé à un double point de vue.

On pourrait d'abord l'étudier comme devoir professionnel, comme règle de conduite dont un médecin consciencieux ne doit jamais s'écarter. Ce serait un des éléments de cette partie de la déontologie médicale qui ne trouve sa sanction dans aucune loi positive.

A ce premier point de vue nous connaissons l'opinion régnante chez les praticiens anciens. L'antiquité grecque nous fournit le premier exposé des devoirs médicaux dans le serment qu'Hippocrate faisait prêter à ses disciples trois siècles avant l'ère chrétienne. Ce serment, qui a

servi de règlement pour l'exercice de leur profession, non seulement à tous les médecins grecs et romains, mais encore à tous les docteurs de la faculté de Montpellier jusqu'à la loi du 19 ventôse an XI, contenait le paragraphe suivant dans une traduction latine :

« Quæ inter curandum visu, aut auditu notavero, vel extra medendi arenam in communi hominum vita percepero, quæ non decet enuntiare, silentio involvam et tanquam arcana illa æstimabo. »

Max Simon, dans son *Traité de déontologie médicale,* rapporte une phrase de Cicéron ainsi conçue :

« Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt multa tegere debent etiam læsi, quamvis sit difficile tacere quum doleas. »

La faculté de Paris imposait les mêmes devoirs dans des termes analogues. L'article 77 des statuts de l'année 1171, reproduit dans les statuts de l'année 1600 (art. 19), s'exprimait ainsi :

« Ægrorum arcana visa, audita, intellecta eliminet nemo. »

Ces formules, malgré leur apparente rigueur, étaient encore beaucoup trop élastiques pour constituer une garantie sérieuse contre l'indiscrétion des médecins, seuls juges des cas où la confidence devient un secret inviolable.

Nous ferons le même reproche au passage suivant du jurisconsulte Domat :

« Comme les médecins, les chirurgiens et les apothicaires ont souvent des occasions où les secrets des malades ou de leur famille leur sont découverts, soit par la confiance qu'on peut avoir en eux ou par les conjonctures qui rendent leur présence nécessaire dans les temps où l'on traite les affaires ou autres choses qui demandent le secret; c'est un de leurs devoirs de ne pas abuser de la confiance qu'on leur a faite, et de garder exactement et fidèlement le secret des choses qui sont venues à leur connaissance et qui doivent demeurer secrètes. » (*Lois civiles*, tome II, titre XVII, section II, n° 13).

Nos médecins, nous le verrons, se sont imposé des devoirs plus rigoureux. Ils reconnaissent que la loi morale est plus exigeante que la loi pénale, et que là où il n'y a pas délit il peut y avoir indélicatesse.

Ce premier point de vue est en dehors de notre compétence et du cadre de nos études. Nous devons envisager le secret comme principe juridique sanctionné par la loi, et nous demander d'abord s'il y a des précédents historiques.

Si l'on en croyait l'exposé des motifs rapporté plus loin, et la plupart des auteurs qui se sont posé la question, l'article 378 serait une dispo-

sition nouvelle, rendue nécessaire par le relâchement des mœurs médicales. Nous espérons prouver que cette opinion est erronée et que le secret médical aussi vieux que la médecine a été protégé par la loi bien avant le Code pénal.

Tout devoir comporte une sanction directe et positive et une sanction indirecte et négative : la première atteint celui qui ne remplit pas le devoir, la seconde, au contraire, protège celui qui entend s'y conformer. Les sanctions positives forment la plus grande partie du Code pénal. Nous trouvons dans le Code d'instruction criminelle des sanctions négatives. L'article 322, par exemple, reconnaît que certains devoirs moraux défendent aux parents de provoquer par une déposition la condamnation de leur parent. La loi, qui ne croit pas devoir punir la violation de ce devoir, sanctionne le droit de le remplir. Le secret professionnel nous fournit l'exemple d'une obligation pourvue de la double sanction : la punition de la révélation entraîne le droit de ne pas la commettre. Or, il est facile de prouver que la loi romaine et notre ancienne jurisprudence reconnaissaient à certains témoins le droit de se retrancher derrière le secret professionnel.

La loi 41 au Digeste, *de testibus,* dispense les *procuratores* de déposer en justice sur les faits relatifs aux procès qu'ils ont soutenus. Notre

ancienne jurisprudence était arrivée, après quelques hésitations, à la même solution (Favre, *Code,*, liv. IV, titre XV, def. 19. — Dareau, *Traité des injures*, tome I, p. 96, note 27).

La même dispense avait été reconnue au confesseur depuis le quatrième siècle, en exécution d'un canon ainsi conçu : « Non liceat clericum ad testimonium devocari eum qui præses vel cognitor fuit. »

La solution était-elle étendue au secret médical ? En droit romain il est difficile de répondre. Nous avons un texte sur lequel s'appuie Domat (tome II, titre XVII, sec. 2, nº 16) pour soutenir la négative et qui est loin d'être concluant; c'est la Constitution 6 au Code *de re militari* (XII, 36). Ce texte décide que le soldat renvoyé dans ses foyers pour infirmité sera difficilement incorporé une seconde fois, parce que la réforme a été prononcée en connaissance de cause, après enquête sérieuse, et sur la demande du médecin (medicis denuntiantibus). Il ne résulte pas, croyons-nous, de ce texte que les médecins romains auraient été mal accueillis s'ils avaient invoqué la discrétion professionnelle devant la justice. Dans l'espèce visée par la constitution le médecin joue le rôle d'expert, et nous établirons plus tard que les déclarations intervenues dans ces conditions ne portent aucune atteinte au principe

du secret. La question est donc entière, mais il est probable que la solution admise pour le *procurator* devait s'appliquer, pour les mêmes raisons, au *medicus*.

Dans notre ancien droit la question était controversée. Domat, nous l'avons vu, semble admettre la négative. Mais nous croyons que, dans le dernier état du droit, le médecin pouvait devant la justice invoquer le secret professionnel et s'y retrancher. C'est ce qui nous paraît résulter du numéro 35 (v. *médecine*), du *Dictionnaire des arrêts* de Brillon. Cette solution cependant est signalée par Dareau comme très discutée (*Traité des injures*, tome I, p. 95).

Le secret professionnel a-t-il été sanctionné comme devoir, en d'autres termes, les législateurs antérieurs à notre Code pénal ont-ils songé à garantir l'observation de la discrétion professionnelle par la menace d'une peine ?

Ulpien, au fragment 41 (D. *ad legem aquiliam*, IX, 2) et au fragment 1, § 38 (D. *depositi*, XVI, 3) donne l'action *injuriarum* contre celui qui a divulgué les dispositions secrètes d'un testament déposé chez lui. Cette action est une action pénale ; mais c'est la seule hypothèse prévue par les textes du droit romain.

Dans notre ancien droit, la violation du secret médical était quelquefois punie d'une peine pécu-

niaire. Dareau nous rapporte, d'après Bouchel, une condamnation prononcée contre un apothicaire qui « avait décélé une mauvaise maladie de laquelle son débiteur avait été sauvé » (page 88, note). La décision est de 1599, et l'auteur ne mentionne pas de controverse.

L'innovation des rédacteurs du Code pénal porte donc uniquement sur la transformation d'une jurisprudence rarement invoquée en disposition pénale, dont tout le monde pourra demander l'application. Et cette transformation était nécessaire. Une personne surprend un secret, ou bien un secret lui est confié, sans que rien dans sa profession ne nécessite ou, du moins, ne justifie cette confidence ; c'est un criminel qui a fait part de ses remords à un ami, c'est un solliciteur qui a mis son protecteur au courant des circonstances les plus secrètes de son existence ; et puis cet ami, ce protecteur, révèlent ce qu'on leur a appris. Les honnêtes gens qui considèrent le secret comme un dépôt sacré partageront l'indignation d'Horace :

Commissa tacere
Qui nequit : hic niger est ; hunc tu, Romane, caveto.

(Liv. I, Sat. IV.)

La loi pénale ne peut cependant intervenir pour protéger celui qui se met maladroitement et

sans nécessité dans l'embarras. La victime a perdu par son imprudence le droit de se plaindre.

Mais si le révélateur exerce une profession qui rend la confidence nécessaire ; que cette nécessité dérive de la loi, parce que le confident est un intermédiaire nécessaire : de la religion, parce que c'est un prêtre, ou de la nature, parce que c'est un médecin, l'intérêt social est en jeu, la loi pénale doit intervenir. Il faut qu'elle protège ceux qui, n'ayant commis aucune faute, sont atteints dans leurs intérêts matériels ou dans leur considération. Il faut que celui qui est obligé par la loi de communiquer à un officier ministériel un projet de donation ou les pièces d'un procès puisse espérer que la crainte de la peine retiendra celui qui aurait pu faire bon marché de sa conscience. Il ne faut pas enfin qu'un malheureux se prive des secours de la science parce que le médecin pourrait être tenté de révéler ce qu'on sera obligé de lui dire.

L'exposé des motifs du livre III, titre II, chapitre I, du Code pénal nous prouve que c'est bien sous l'influence de ces préoccupations sociales que l'article 378 a été rédigé. Le chevalier Faure s'exprimait ainsi :

« Ne doit-on pas considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la

personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu'utile, à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui, enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et consolateurs ? La nécessité d'une peine en cette matière est mieux sentie qu'elle ne pourrait être développée. » (Locré, tome XXX, p. 494.)

L'article présenté fut voté et promulgué sans modifications. Il est ainsi conçu :

Art. 378. — Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état et profession des secrets qu'on leur confie qui, hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs.

Le texte et les motifs sont généraux. Celui qui s'est rendu coupable d'une faute est aussi bien protégé que l'honnête homme qui n'a rien à se reprocher. Ne pourrait-on même pas dire que la disposition a été insérée dans le Code en vue de ceux qui ont une tâche dans leur existence ?

Ceux-là seuls peuvent craindre qu'on porte atteinte à leur considération, ou qu'on les mette dans l'embarras, en divulguant leur conduite. Celui, au contraire, dont la vie a toujours été pure, peut la livrer au jugement de ses semblables sans que sa considération ou ses intérêts puissent en souffrir.

Nous croyons et nous tâcherons de prouver que cette disposition impose au médecin l'oubli de tout ce qu'il a pu apprendre dans ses rapports avec ses malades. Il est astreint au secret le plus absolu, quel que soit l'intérêt qui le pousse à parler. Il doit assister impassible à tous les désastres qu'il pourrait empêcher, il doit même supporter avec dévouement les conséquences fâcheuses pour lui qui pourraient résulter de son silence. « C'est qu'en effet, la médecine est comme un sacerdoce; les devoirs qu'elle impose sont sacrés, quelquefois même implacables. D'un mot vous pouvez retirer un ami d'un précipice, et vous ne pouvez le dire, parce qu'il y a deux hommes en vous, l'homme du monde et le médecin; le médecin, auquel on confie toutes les plaies du corps, comme au prêtre toutes les plaies de l'âme. Le médecin auquel on ne songe même pas à demander le secret, tant il est naturel; auquel la mère raconte les choses à déshonorer dix fois sa fille, et sans crainte, sans hésitation,

avec confiance, parce que cet homme peut la guérir, lui rendre la vie, la santé ; le médecin, enfin, auquel un homme criminel et fugitif vient apporter ses blessures, sans prendre le soin de lui en cacher les causes, sans concevoir même la pensée, qu'il puisse être trahi. Honneur à la profession qui inspire une telle confiance; mais aussi, honte et réprobation et devant Dieu et devant les hommes pour ceux qui la trahissent ! » (Trébuchet, *Jurisprudence médicale*, p. 283).

CHAPITRE PREMIER.

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE RÉVÉLATION DE SECRETS.

Pour que le juge puisse appliquer une peine à un acte qui lui est déféré, il faut qu'on lui prouve que cet acte est prévu et puni par la loi pénale et que son auteur est légalement responsable. La tâche du magistrat se compose donc de deux constatations distinctes par leur objet. Il doit d'abord examiner l'acte incriminé et s'assurer qu'il remplit toutes les conditions exigées par la loi pour constituer un délit puni, c'est-à-dire constater l'existence des éléments matériels du délit. Il doit ensuite reconstituer l'état moral de l'agent au moment où l'infraction a été commise,

et vérifier s'il se trouvait dans les conditions nécessaires pour que le délit lui soit légalement imputable, c'est-à-dire constater l'existence des éléments moraux.

Les éléments matériels d'un délit sont constitués par un faisceau de faits multiples que l'analyse permet de dégager. Ainsi, pour qu'il y ait vol, il faut : 1° qu'il y ait une soustraction; 2° qu'elle porte sur la chose d'autrui; 3° qu'elle soit frauduleuse. Ces éléments varient avec les délits; certains résultent d'une simple omission, d'autres exigent un acte, d'autres, enfin, n'existent que si l'acte a été accompagné de circonstances particulières.

Les éléments moraux se décomposent aussi en faits multiples et variables. Pour qu'un délit puisse être puni, il faut que son auteur ait agi librement et consciemment. Ces deux éléments, liberté et conscience, réunis, forment ce que l'on a appelé l'élément volontaire et quelquefois l'élément intentionnel. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur le sens de cette dernière formule; elle n'implique pas la recherche des intentions, c'est-à-dire du but que poursuivait l'agent, elle s'explique par ce fait que, la loi étant présumée connue de tous, celui qui la viole, même par ignorance, imprudence ou étourderie, est censé l'avoir violée intentionnellement.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

Mais si le plus souvent, nous ajoutons même en principe, la liberté et la conscience suffisent pour constituer la culpabilité, le législateur exige quelquefois une intention spéciale chez l'agent, par exemple, l'intention de nuire à la victime du délit, et il gradue la peine suivant que cette intention existe ou n'existe pas, existe avec plus ou moins d'intensité. Ainsi l'homicide par imprudence est puni de l'emprisonnement correctionnel et d'une amende (art. 319); l'homicide volontaire (commis avec l'intention de tuer) est puni des travaux forcés à perpétuité (art. 304); enfin le meurtre, entouré de circonstances qui dénotent une dépravation plus complète et des intentions plus dangereuses, est puni de la peine de la mort (art. 302, 303, 304). Ces infractions intentionnelles sont des exceptions, par l'excellente raison que l'ordre social est troublé par le fait matériel, quel que soit le mobile qui l'ait provoqué. En règle générale, la bonne foi de l'agent ne fait pas disparaître la criminalité de l'acte, et, par conséquent, nous avons le droit de dire que, lorsque l'on voudra exiger plus que le minimum de responsabilité, il faudra un motif particulier tiré du texte de la loi[1].

1. Voir, sur ce point, Villey, Note sur l'arrêt Watelet (Sirey, 85, 2, 121); *De l'intention en matière pénale; de l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pé-*

La théorie que nous venons d'exposer sur les éléments généraux de l'imputabilité pénale n'est pas admise par tout le monde. Elle a été combattue d'abord par l'école idéaliste. Si la peine, en effet, est la sanction du démérite, le juge, avant de la prononcer, doit rechercher le but poursuivi par le prévenu et les causes de sa conduite; s'il a voulu nuire à autrui, il a commis un acte immoral et injuste, il sera puni; si, au contraire, il a violé une loi qu'il ne connaissait pas, ou si même connaissant la prohibition il n'en a pas tenu compte dans une bonne intention, il n'a pas démérité, il ne sera pas puni. Les rédacteurs du Code pénal ne sont pas évidemment partis de ce principe, et les rares auteurs qui l'ont cru ont fait de vains efforts pour expliquer les nombreuses dispositions qui punissent des actes pour lesquels la question d'intention ne peut même pas se poser [1]. C'est qu'en effet la société frappe pour se protéger; la loi pénale sévit « dans le seul intérêt de l'ordre et de sa propre conservation » (Chauveau et F. Hélie, n° 4), et elle se condamnerait à l'impuissance si elle permettait de se soustraire à ses dispositions

nale (*France judiciaire*, 1876-77, pp. 1 et 313), et le rapport du conseiller Tanou (Sirey, 86, 1, 86).

1. Voir Le Sellyer, *Traité de la pénalité et de la responsabilité*, et *de l'intention en matière pénale* (*France judiciaire*, 1876-77, p. 111).

dans des hypothèses autres que celle qu'elle prévoit expressément. Le crime commis avec les meilleures intentions du monde doit être réprimé, parce que personne ne peut mettre sa conscience à la place de la loi.

Ces quelques considérations feront aussi justice d'une vieille théorie accréditée par d'éminents criminalistes, et qui a été résumée dans un vieux brocard : « Point de délit sans intention, » ce qui signifierait que l'intention de nuire serait un élément essentiel des crimes et des délits. Écoutons MM. Chauveau et Faustin Hélie : « La volonté considérée comme élément d'un délit renferme essentiellement l'intention de nuire; si l'on fait abstraction de cette intention, il ne reste plus qu'un fait matériel préjudiciable sans doute, mais dépouillé de la criminalité qui seule le rend punissable » (tom. V, nº 1872). Ce système est basé sur une confusion. Sans doute, les délits sont le plus souvent des actes intentionnellement dirigés contre des particuliers; mais ce n'est pas ce caractère qui rend ces actes illicites. Ils sont punis parce qu'ils portent atteinte à l'ordre social. Il suffit, pour s'en assurer, d'ouvrir le Code pénal, qui classe parmi les délits la rupture de ban (art. 45), l'évasion (art. 238), l'usurpation de titres (art. 270), le port illégal de décorations (art. 259), l'homicide par imprudence (art. 319).

Dans toutes ces hypothèses, il n'est même pas possible de supposer que le prévenu a voulu nuire à quelqu'un, il a simplement contrevenu à une disposition qu'il était censé connaître. Les auteurs que nous combattons ont pris l'exception pour la règle et une coïncidence fortuite pour un principe.

La jurisprudence avait pendant de longues années appliqué le système de MM. Chauveau et Faustin Hélie. Grâce aux efforts de criminalistes distingués, parmi lesquels nous citerons M. Villey, nous avons pu assister à un revirement, et, dans des décisions sur lesquelles nous reviendrons au chapitre suivant, le Tribunal de la Seine, la Cour de Paris et la Cour de cassation ont déclaré que la transgression volontaire de la loi suffisait pour constituer le délit.

Il résulte des développements précédents que, comme les éléments matériels, les éléments moraux varient avec les espèces. L'étude rationnelle d'un délit nous paraît donc devoir se composer de l'énumération et de la discussion de chacun de ses éléments. C'est ainsi que nous procèderons. Nous commencerons par l'étude des conditions morales, parce que nous aurons à nous prononcer sur une grave controverse dont la solution aura une grande influence sur la suite de notre étude.

CHAPITRE II.

ÉLÉMENTS MORAUX.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit relativement aux deux éléments généraux de l'imputabilité pénale. Le révélateur devra avoir agi librement et consciemment. Personne ne songerait à poursuivre et condamner un médecin qui aurait divulgué des secrets en état d'aliénation mentale. Mais ces deux éléments nécessaires sont-ils suffisants? Notre délit n'est-il pas un délit intentionnel? Faudra-t-il que le ministère public fasse une preuve particulière pour démontrer que la révélation a été faite dans l'intention de nuire?

La solution de la difficulté se trouvera dans la réponse à la question suivante : Y a-t-il quelque chose dans la loi qui nous autorise à dire que nous nous trouvons en présence d'une exception à la règle générale?

Quelques auteurs, notamment MM. Chauveau et Faustin-Hélie, M. Hémar dans une communication faite à la Société de médecine légale[1], la

1. Cette communication a été publiée dans la *Revue critique*, année 1869, t. XXXV.

jurisprudence dans une série de décisions ont cru trouver la preuve de cette exception dans ce fait « que l'article 378 est placé sous la rubrique des calomnies, injures et révélations de secrets inspirées par la méchanceté et le dessein de diffamer et de nuire. » (Cass. 23 juillet 1830. D. P. 30, 1, 331.) Notre délit serait une sorte de diffamation qui, toujours d'après les mêmes auteurs, supposerait l'intention de nuire. A l'appui de ce système on produit aussi le rapport du tribun Monseignat au Corps législatif. « Cette disposition, dit-il, est nouvelle dans nos lois ; sans doute il serait à désirer que la délicatesse la rendît inutile, mais combien ne voit-on pas de personnes dépositaires de secrets, dus à leur état, sacrifier leur devoir à leur causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des révélations indécentes, des anecdotes scandaleuses et déverser ainsi la honte sur les individus, en portant la désolation dans les familles. » (Locré, t. XXX, p. 539.) On fait remarquer que le rapporteur paraît ne vouloir atteindre que les révélations intentionnellement nuisibles.

Il nous est facile de répondre. Il faudrait d'abord prouver que la diffamation est un délit intentionnel, et la preuve ne serait pas facile. Nous croyons, contrairement à la jurisprudence, que l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour

constituer une diffamation punissable (Cass. 25 avril 1887. J. P. 87, 1, 309), parce que nous ne trouvons pas dans notre loi un terme analogue à celui que les législateurs belges ont inséré dans le Code revisé de 1867, dont l'article 443 est ainsi conçu : « Celui qui, dans les cas ci-après indiqués, a *méchamment* imputé un fait précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne..... »

Admettons cependant que la diffamation soit un délit intentionnel; la même solution devrait-elle s'imposer pour la révélation de secrets? La réunion des deux délits sous la même rubrique ne nous paraît pas devoir entraîner comme conséquence l'identité de leurs éléments, alors surtout que l'examen du texte nous conduit à adopter une opinion contraire. Ce texte, sans distinguer entre les révélations, les punit toutes, sauf celles qui sont ordonnées par la loi. Aurait-il été nécessaire de signaler cette exception dans un texte concis jusqu'à l'obscurité, si le délit avait supposé l'intention de nuire? En signalant ce cas d'absolution et en le signalant seul la loi a répudié tous les autres, et notamment ceux qui seraient basés sur la bonne foi.

Au rapport de Monseignat, qui paraît ne se préoccuper que du *quod plerumque fit*, nous opposons l'exposé des motifs, qui vise les révélations

simplement indiscrètes, et qui accuse la prétention du législateur de protéger la société contre les conséquences funestes d'une révélation, quel qu'en soit le mobile. Pour dégager un dépositaire de l'obligation de conserver, il faut plus que ses bonnes intentions, il faut l'intervention de la loi.

Comprenant la faiblesse d'une argumentation basée sur l'apparence extérieure des textes, les partisans du système que nous combattons l'ont appuyé sur la confusion déjà signalée entre l'intention de faire une chose prohibée et l'intention de nuire. C'est à propos du secret professionnel que MM. Chauveau et Faustin Hélie ont écrit la phrase que nous avons rapportée au chapitre précédent. Nous aurions pu nous dispenser de réfuter le système théoriquement, en constatant simplement qu'il conduirait à des conséquences ridicules. Un tribunal qui prétendrait condamner un voleur se verrait opposer le raisonnement suivant : « Sans doute j'ai volé, mais je n'ai jamais eu qu'une intention parfaitement avouable et parfaitement juste, l'intention de me créer des ressources, et je n'ai qu'un regret, celui de n'avoir pas pu atteindre mon but sans froisser les intérêts de quelqu'un ! » Le même raisonnement pourrait être présenté avec beaucoup plus de vérité en matière de viol ; nous mettrions le mi-

nistère public au défi de prouver que le coupable a voulu nuire à sa victime.

Enfin MM. Chauveau et Faustin Hélie auraient raison, qu'il faudrait décider que nous nous trouvons en matière exceptionnelle. Ce que la loi a voulu atteindre dans l'article 378, c'est le trouble porté à l'ordre social par la révélation. L'exposé des motifs cité plus haut est formel en ce sens. La loi punit la révélation, parce qu'elle peut déterminer les malades « à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui. » C'est donc l'atteinte portée à l'ordre public par le fait matériel que l'on a voulu réprimer; et le principe de la défense sociale légitime les pénalités prononcées, abstraction faite la moralité de l'acte.

Qu'il soit, du reste, bien entendu que nous ne dispensons pas le juge de s'enquérir des intentions du prévenu; il devra au contraire les rechercher pour fixer la durée de la peine dans les limites du maximum et du minimum.

La jurisprudence avait pendant longtemps décidé que l'intention de nuire était nécessaire pour constituer le délit de révélation de secrets. (Cass. 23 juillet 1830. D. P. 30, 1, 331.) Dans le courant de l'année 1885, le système fut soutenu devant les tribunaux par le docteur Watelet. Ce médecin, accusé par un journal d'avoir, par des soins maladroits, causé la mort du peintre Bastien

Lepage, protesta dans une lettre destinée à la publicité. Pour prouver que « ni son dévouement, ni sa science ne pouvaient sauver son client, » il exposa, avec de nombreux détails, la maladie dont il l'avait soigné, les opérations qu'on avait dû lui faire subir et les causes de la mort de celui dont il avait été pendant dix ans « le confident et le médecin. » Le parquet s'émut. Traduit en police correctionnelle, le docteur Watelet fut condamné à 100 francs d'amende le 11 mars 1885. La condamdation fut maintenue par la Cour d'appel le 5 mai 1885 et par la Cour de cassation le 18 décembre. Nous reproduisons les principaux motifs de ces décisions, parce qu'ils sont intéressants par les principes qu'ils affirment, et parce qu'ils forment le meilleur résumé de la discussion à laquelle nous nous sommes livré.

Jugement du tribunal correctionnel (Sirey, 85, 2, 121.)

. . . . . .

« Attendu que les termes généraux de cet article (art. 378 du Code pénal) ne comportent de restriction d'aucune sorte, que nulle disposition particulière et exceptionnelle de la loi ne fait de l'intention de nuire ou de dénigrer l'élément essentiel et constitutif de ce délit; que le dommage pour l'ordre public, ou pour la personne dont le

secret est trahi peut, en effet, résulter au même degré d'une simple indiscrétion que d'une révélation volontairement malveillante;

« Attendu dès lors que l'élément intentionnel du délit consiste, selon les règles ordinaires du droit, dans la transgression volontaire de la loi, et dans la connaissance par la personne tenue au secret qu'elle viole le dépôt de confiance qui lui a été fait;

« Attendu qu'il importe peu, en conséquence, que Watelet n'ait pas agi dans une intention malveillante, que l'absence d'intention de nuire peut seulement atténuer le délit, mais non le faire disparaître. . . . . .

Arrêt de la Cour de Paris (Sirey 85, 2, 122).

. . . . . .

« Considérant..... que la protection que le législateur entend donner aux confidences forcées serait bien faible et bien peu efficace s'il suffisait qu'une révélation ne fût qu'indiscrète pour échapper à toute application de la loi. . . .

. . . . . »

Devant la Cour de cassation le docteur Watelet présenta deux moyens à l'appui de son pourvoi. Il soutenait d'abord qu'il n'avait pas eu l'intention de nuire à la mémoire ou à la famille de son client, et sur ce point la Cour confirma les précédentes décisions (Sirey 86, 1, 86). Il soute-

nait ensuite que les faits révélés n'étaient pas secrets, parce qu'ils étaient déjà connus du public. Il succomba aussi sur ce second moyen que nous retrouverons plus tard.

En adoptant cette opinion, la jurisprudence s'est rangée du côté des principaux auteurs qui ont envisagé la question[1]; et nous l'approuvons sans arrière-pensée, quoique dans ce système la tâche de l'interprête soit beaucoup plus difficile. En augmentant la portée d'un texte, on augmente en même temps le nombre des cas douteux. En exigeant, au contraire, une condition de plus pour l'existence du délit, on supprime la plus grande partie des questions controversées.

CHAPITRE III.

ÉLÉMENTS MATÉRIELS.

Nous passons à l'étude des éléments matériels, c'est-à-dire des conditions auxquelles doit satisfaire l'acte incriminé pour tomber sous le coup de l'article 378. L'analyse nous en révèle deux principales : la peine sera encourue s'il y a eu un

1. Voir Blanche, t. V, n° 450. — Rauter, t. II, n° 503. — Muteau, p. 2 et suivantes. — Brouardel, p. 16.

secret médical confié et une révélation. Or, pour qu'il y ait secret médical, il faut que certaines confidences soient faites à certaines personnes, et pour que la révélation soit punissable, il faut d'abord qu'elle soit faite dans certaines conditions, et que, de plus, elle ne soit pas obligatoire. Nous arriverons donc à la notion exacte de l'étendue des devoirs des médecins en cette matière par la réponse aux quatre questions suivantes, qui feront chacune l'objet d'une section : quels sont les faits secrets? quelle doit être la profession du confident? quelles sont les révélations prohibées? quelles sont les révélations obligatoires.

SECTION I.

DES FAITS SECRETS.

C'est la partie la plus discutée et la plus obscure de la théorie que nous examinons; aussi nous attacherons-nous à donner des solutions claires et logiques, tout en évitant d'entrer dans des détails trop techniques dont la discussion dépasserait notre compétence.

Les faits que le médecin peut connaître dans l'exercice de ses fonctions peuvent être envisagés à un double point de vue. Au point de vue de leur nature, d'abord, on peut les diviser en faits

médicaux et faits extra-médicaux. Les premiers comprendraient toutes les confidences ou constatations qui ont un rapport direct ou indirect avec la maladie ; en d'autres termes, toutes les circonstances que le médecin doit nécessairement ou naturellement connaître pour mener la cure à bonne fin, par exemple, les symptômes et l'origine de la maladie, l'état moral du malade. Les seconds comprendraient tous les faits qui n'ont, au contraire, aucun rapport avec la maladie, mais dont le médecin peut être instruit, grâce aux visites fréquentes qu'il fait à son client. Dans cette catégorie rentreraient, par exemple, tous les renseignements qu'il peut recueillir sur la situation pécuniaire de son client, sur ses projets ou ceux de sa famille.

Sur cette première division il n'y a pas eu de sérieuses controverses. On a bien soutenu que le secret médical ne pouvait s'expliquer que pour les faits médicaux ; plus généralement, que l'obligation au secret basée sur la nécessité de la confidence devait disparaître, si cette même confidence était facultative ou inutile. Le tribunal de la Seine avait adopté ce système en décidant qu'un avoué n'était pas tenu au secret pour des pourparlers antérieurs à un acte notarié. La Cour de Paris a réformé cette décision par un arrêt du 5 avril 1851 (Sirey, 1851, 2, 204). Il serait, en

effet, ridicule d'obliger un malade à se bien surveiller, à peser et à mesurer ses paroles, de peur que le confident ne se transformât en un dangereux témoin. Du reste, c'est toujours à raison de la confiance inspirée par sa profession que l'on ne se tient pas sur la réserve vis-à-vis d'un médecin. « La porte du moribond ne s'est ouverte à son approche qu'à raison de son état et de sa profession (Hémar). » Les anciens règlements médicaux et le passage de Domat déjà cités sont unanimes dans le sens que nous indiquons; et l'article 378, en ne distinguant pas, nous oblige à décider que le secret professionnel couvre les faits extra-médicaux comme les faits médicaux.

Si nous envisageons les mêmes faits sous le rapport de la forme de la confidence, nous arrivons à des distinctions sur lesquelles on a fondé des systèmes très nombreux.

Un point hors de doute, c'est que lorsqu'il y a recommandation expresse du secret, que cette recommandation émane du malade ou de sa famille, le médecin qui n'en tiendrait pas compte engagerait sa responsabilité pénale. Mais l'obligation du confident est certainement plus étendue. Un seul auteur, Trébuchet (*Jurisprudence médicale*, p. 284), a soutenu le contraire. D'après lui, un médecin qui dans l'examen d'un malade découvrirait un fait tellement secret qu'on ne lui

avait même pas avoué, pourrait impunément parler. Nous ne réfuterons pas ce système. Il est évident qu'il existe des faits pour lesquels une convention expresse de secret n'est pas nécessaire, parce qu'elle est sous-entendue. Il y a des faits secrets par leur nature, c'est-à-dire qu'à côté du secret expressément stipulé il y a un secret tacite dont l'étendue est à déterminer. C'est l'opinion enseignée par MM. Hémar, Muteau et Brouardel; elle a été admise par la jurisprudence (Cassation, 26 juillet 1845, D. P. 1845, 1, 340. Arrêt de la Cour de Bruxelles, *Gazette des hôpitaux* du 12 juin 1845), et elle a été étendue au secret des avoués par un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1855 (D. P. 1855, 1, 30).

Nous approuvons ces décisions en ce qu'elles admettent l'existence d'un secret tacite, mais nous les combattons lorsqu'elles prétendent le limiter à des constatations de faits d'une nature particulière. Nous croyons, au contraire, que la discrétion professionnelle ne peut être une garantie sérieuse que si elle est absolue. La société est intéressée à ce que le médecin oublie tout après avoir tout entendu, à ce qu'il observe la même réserve pour les constatations sans conséquences et pour les découvertes compromettantes. Sur quoi se baserait-on pour décider que

le fait était secret par sa nature? Qui sera chargé d'une aussi grave décision? Nous ne pouvons, en nous en rapportant à sa conscience, mettre la victime à la merci du coupable, et il nous répugne de laisser à l'arbitraire des tribunaux une décision si importante et si délicate.

Nous croyons enfin que le but poursuivi par les rédacteurs du Code pénal serait manqué si l'on permettait au médecin de dévoiler les faits indifférents et sans conséquences matérielles ou morales. Le jour où il se retrancherait derrière le secret professionnel, on interprèterait son silence dans un sens défavorable, et on en conclurait que le client est intéressé à ce que sa maladie ne soit pas connue. Or l'article 378 a été justement rédigé pour que des déclarations d'un homme de l'art ne puissent pas corroborer de simples soupçons. Si, par exemple, devant une cour d'assises un médecin appelé en témoignage renseignait les jurés sur l'état de santé de l'accusé, son client, et refusait subitement de s'expliquer sur une affection compromettante, on déduirait certainement de cette attitude que l'affection existe; parce que si elle n'existait pas le médecin pourrait parler sans crainte. Invoquer seulement dans certains cas le secret professionnel, c'est indiquer que la réponse refusée serait contraire aux intérêts du client, c'est

dévoiler indirectement le secret et violer par conséquent la loi.

On pourrait nous opposer le texte de l'article 378 qui paraît viser seulement les secrets confiés, c'est-à-dire une partie seulement des faits constatés. Cette rédaction s'explique tout autrement. Pour les médecins, comme pour les confesseurs, toutes les contestations ou confidences doivent rester secrètes. Mais notre article n'a pas été spécialement écrit pour eux; la formule est générale. Elle s'applique à d'autres professions, qui, comme celle de l'avocat, ont un double caractère, celui de porte-parole et celui de confident, et c'est pour viser uniquement ce dernier caractère que notre article parle de secrets confiés.

En résumé, nous estimons que le médecin engage sa responsabilité s'il révèle à un tiers un fait quelconque qu'il a connu dans l'exercice de ses fonctions. Nous ne nous méprenons pas sur la portée et la gravité de la règle. Nous savons que nous imposons aux médecins des obligations bien rigoureuses; mais nous ne faisons qu'appliquer dans ses conséquences une théorie qui nous paraît triompher en doctrine et en jurisprudence. M. Brouardel (p. 243) s'exprime ainsi : « Mais, je le répète à dessein, si nous voulons que lorsque nous nous taisons notre silence ne soit pas interprété d'une façon défavorable, il faut que,

même pour les maladies qui n'ont rien de secret, nous observions le silence. (*Mariage, Assurances sur la vie, déposition en justice*)[1]. » Et dans les dernières décisions de la jurisprudence, c'est-à-dire dans l'affaire Watelet, la discussion n'a pas porté sur la nature des faits révélés; ils ont été considérés comme confidentiels, et cependant, dans le système que nous combattons, on aurait pu soutenir qu'ils étaient parfaitement avouables et que, la famille ne se sentant pas atteinte, il ne pouvait y avoir révélation d'un fait secret par sa nature.

SECTION IV.

PROFESSION DU CONFIDENT.

La révélation n'est punissable que si elle est faite par une personne exerçant une certaine profession, et si elle porte sur des faits connus dans l'exercice de cette profession.

Le texte vise d'abord les médecins, chirurgiens officiers de santé, les sages-femmes et les pharmaciens, puis, en général, tous les confidents par

1. Nous ne prétendons pas que M. Brouardel ait soutenu le système que nous avons adopté. Sa manière de voir à ce sujet est assez difficile à dégager. Nous nous emparons donc du principe sans affirmer que son auteur ait voulu en tirer les conclusions qui nous paraissent en découler.

état et profession. Par conséquent sont astreints au secret médical, en vertu de la disposition particulière ou générale, tous ceux qui habituellement et légalement soignent les malades, qu'ils obéissent à des instructions supérieures ou qu'ils agissent de leur propre initiative. Ainsi tous ceux qui, sans être diplômés, exercent une profession qui les mettra au courant des maladies de ceux qui les font appeler, par exemple ceux qui font profession d'être les aides ou auxiliaires des médecins ou pharmaciens : les garde-malades, infirmiers, élèves en médecine ou en pharmacie, seront, d'après nous, astreints au secret professionnel[1]. Mais, au contraire, les parents, les amis, les voisins qui par humanité ou charité font accidentellement fonction de garde-malade ne tomberaient pas sous le coup de la loi pénale, qui exige de l'agent un état et une profession appelant la confidence. Ainsi se trouve résolue par une distinction la question très discutée des obligations des aides ou auxiliaires. M. Hémar et la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 décembre 1864 rapporté par Muteau (p. 558), ont décidé que tous ceux qui ne figuraient pas dans l'énu-

1. Les élèves internes des hôpitaux sont astreints au secret, quelle que soit la solution adoptée sur les obligations des aides et auxiliaires; leur qualité de suppléant du médecin ou du pharmacien les fait rentrer dans l'énumération du texte.

mération de l'article 378 ne pouvaient encourir une responsabilité pénale. Nous venons de prouver que cette solution est inacceptable, parce que l'énumération, de par le texte lui-même, n'est pas limitative. La rédaction peut être mauvaise, mais l'interprète doit la subir. Nous ne saurions cependant suivre MM. Muteau (p. 559) et Brouardel (p. 236) lorsqu'ils prétendent astrein dre au secret les aides accidentels et les témoins fortuits d'une confidence. Nous laisserons donc en paix « l'oisif des petites villes » (Brouardel) racontant à ses amis qu'il a assisté dans l'officine du quartier à la préparation de médicaments compromettants destinés à une personne de leur connaissance. C'est la solution que nous adopterons tant que notre loi n'aura pas décidé, comme le § 30 du Code pénal allemand, que les aides seront, comme les médecins, astreints au secret; nous espérons même que nous n'aurons jamais à regretter dans nos lois la présence d'une disposition semblable. On ne peut exiger d'une personne l'accomplissement de devoirs qui lui sont inconnus, parce qu'ils sont la conséquence d'une profession qu'elle n'exerce pas.

Les personnes rentrant dans la catégorie que nous venons de délimiter ne seront punies que si elles révèlent un fait connu dans l'exercice de la profession qui est la source de leur obligation.

Or, la profession des médecins consiste normalement et uniquement à guérir, ou tout au moins à soigner des malades. La science qu'ils ont acquise peut bien, sans doute, leur permettre de rendre d'autres services; mais la seule fonction que le législateur a voulu viser dans le texte est celle de médecin traitant, traduction exacte du mot latin *medicus*. L'obligation au secret pèse donc uniquement sur le médecin traitant, et seulement pour les faits qu'il a connus en cette qualité : « *ægrorum* arcana eliminet nemo. » Au contraire, pour tous les renseignements qu'il a recueillis en dehors de sa profession il fera bien de se souvenir que la discrétion est un devoir pour tout le monde, qu'elle est recommandée par Hippocrate même *extra medendi arenam*, mais il ne devra des comptes qu'à sa conscience, s'il l'oublie.

La distinction que nous venons d'indiquer est fertile en conséquences; elle nous donnera le moyen de résoudre toute une série de questions controversées. Nous déciderons, en effet, que lorsque le médecin interviendra, non pour soulager ou guérir un malade, mais pour procéder à des constatations ou investigations, que ses connaissances spéciales rendront plus sûres et moins discutables, il ne sera pas astreint au secret. Il devra même, pour se conformer au man-

dat qu'il a accepté, révéler tout ce qu'il sera parvenu à surprendre. Ainsi se trouve justifiée la pratique de l'expertise médicale, judiciaire ou conventionnelle.

Le médecin commis par la justice dans un procès criminel pourra donc, sans crainte et sans remords, communiquer aux tribunaux le résultat de ses recherches ; de même le médecin chargé de prévenir la communication de maladies contagieuses dans un atelier ou dans une agglomération quelconque d'individus ; le délégué de l'administration municipale qui constate les naissances ou les décès ; le médecin désigné par un supérieur dans une hiérarchie quelconque pour constater l'existence d'une incapacité de travail ; enfin, le médecin d'une compagnie d'assurances sur la vie chargé d'examiner celui qui désire s'assurer[1], peuvent et doivent tout dire. Mais ils devront aussi se présenter franchement comme experts, faire comprendre à ceux qui se prêtent à leurs investigations que, loin de solliciter une con-

1. Certaines compagnies ont aussi exigé de ceux qui voulaient s'assurer un certificat de leur médecin traitant rédigé sous forme de réponse à un questionnaire. MM. Briand et Chaudé et Legrand du Saulle croient que la délivrance de ce certificat peut être faite impunément toutes les fois que le contrat d'assurances doit tourner au profit du client. Ceux qui, avec la jurisprudence actuelle, admettent que le délit existe sans l'intention de nuire, décideront, au contraire, que le médecin traitant doit refuser toute espèce de certificat.

fidence, ils s'efforceraient de ne pas en tenir compte, si elle leur était faite. Ils devront surtout éviter d'abuser de leur double qualité pour surprendre ce qu'ils auraient été impuissants à découvrir, aidés seulement de leur science et de leur expérience. Leur qualité de confident habituel ne doit pas leur faire oublier qu'ils font une expertise.

Nous ne prétendons pas, dans les lignes qui précèdent, approuver ou désapprouver l'expertise médicale sur laquelle on a beaucoup discuté. Nous serions, au contraire, tout disposé à la recommander, pourvu qu'elle fût confiée à des médecins exclusivement légistes ou que, du moins, on n'en chargeât jamais un praticien qui a pu connaître comme client la personne qu'il doit examiner en qualité d'expert. La nature humaine se dédouble difficilement, et nous voyons tous les jours les conséquences fâcheuses de cette confusion de fonctions et d'obligations [1]. Aussi

1. M. Labroquère, avocat général à Montpellier, dans un discours de rentrée prononcé le 4 novembre 1879, critique la pratique actuelle et exprime le vœu de voir le médecin légiste prendre dans l'économie de la justice la place digne de sa haute mission; et nous pouvons signaler comme réforme accomplie dans ce sens une disposition du Code pénal mexicain qui a constitué un corps de médecins légistes nommés par le ministre, et dont les décisions peuvent être déférées à un conseil médico-légal (*Annuaire de législation étrangère*, année 1881, p. 717).

approuvons-nous les décisions de plusieurs associations s'interdisant l'exercice de quelques-unes de ces missions délicates. C'est ainsi que les médecins de Toulouse se sont engagés, dans le règlement de leur association, à ne délivrer aucun certificat aux compagnies d'assurances.

SECTION III.

RÉVÉLATION INTERDITE.

La révélation des faits que, dans les explications précédentes, nous avons mis sous la sauvegarde du secret médical est, en principe, interdite. Nous croyons que la loi seule, et dans des cas particuliers où un intérêt supérieur est en jeu, peut relever le médecin d'un devoir légal. Le secret professionnel ne peut être une garantie sérieuse que s'il est absolu. Nous avons déjà établi qu'il devait porter sur tous les faits connus du médecin en cette qualité, nous verrons dans la suite de ces explications que la règle est invariable avec la variété des circonstances et des intérêts. Toute différente est la solution à laquelle arrivent ceux qui admettent que notre délit suppose l'intention de nuire. Pour eux, évidemment, de nombreuses circonstances pourront enlever à la révélation son caractère délictueux. Les motifs

des décisions que nous allons adopter constitueront une nouvelle réfutation de leur système.

Il y aura, d'après nous, révélation punissable toutes les fois que, par un moyen quelconque, le médecin aura fait connaître ou soupçonner des faits secrets, pourvu, bien entendu, que l'on trouve dans les paroles ou écrits incriminés le nom de la personne à laquelle il est fait allusion, ou tout au moins des indices qui permettent de la reconnaître. La société ne peut, en effet, s'effrayer des observations anonymes, qui constituent le fonds de la science médicale comme de toutes les sciences expérimentales.

La révélation ainsi caractérisée sera interdite : I. quelle que soit la forme qu'elle affecte ; II. quelle que soit la personne à laquelle elle s'adresse ; III. quels que soient les circonstances ou les motifs qui paraissent la commander.

I. La forme ne doit pas nous arrêter ; la loi atteint les délits dans toutes leurs manifestations. Certains médecins se sont crus moralement obligés de dénoncer des crimes qu'ils étaient seuls à connaître ou d'empêcher un mariage qui serait pour l'un des époux une source de déceptions ou de dangers ; et ils ont proposé divers procédés au moyen desquels ils abuseraient du secret sans s'exposer à une peine.

(Brouardel, p. 41 et suiv. et p. 164.) Les auteurs de ces systèmes plus ou moins ingénieux obéissent peut-être à des sentiments très élevés, mais ils font preuve d'une ignorance absolue des principes les plus élémentaires du droit pénal. Nous ne prendrons pas la peine de discuter leurs propositions; nous leur rappellerons seulement qu'on ne respecte pas une loi que l'on tourne, et qu'un honnête homme n'a rien à craindre ou à se reprocher quand il s'est confiné dans la stricte exécution de ses devoirs.

II. La révélation à une seule personne suffira pour constituer le délit, même si le secret n'a été communiqué qu'à une personne obligée elle aussi à la discrétion; la confiance est toute personnelle. Le médecin devra donc, contrairement à une pratique quotidienne, refuser de garnir dans les cahiers de visite ou les pancartes d'hôpitaux la colonne réservée aux renseignements médicaux[1]. Les cliniques, comme les communications

1. Tourdes pense que le malade qui entre dans un établissement hospitalier en se soumettant aux règlements qui y sont en vigueur autorise la révélation. L'argument est très faible au point de vue juridique : les particuliers, nous le verrons, ne peuvent pas plus autoriser un délit que les administrations ne peuvent le commander; mais il est surtout détestable au point de vue moral. C'est la misère qui remplit les hôpitaux, et les malades seraient privés d'une garantie que la loi

qu'il fera aux bureaux de statistiques, aux sociétés savantes, aux publications médicales, seront strictement anonymes. Il refusera enfin de répondre aux questions que pourraient lui poser les supérieurs hiérarchiques du malade. Ce droit a été formellement reconnu aux médecins militaires, relativement aux officiers, par une circulaire ministérielle du 4 avril 1845; mais, par une anomalie au moins inexplicable, la même garantie n'a pas été accordée aux militaires d'un grade inférieur. La même règle doit être observée vis-à-vis de ceux qui appellent ou paient le médecin, par exemple vis-à-vis des administrateurs d'une société de secours mutuels[1], ou des parents ou tuteurs, à moins que, dans ce dernier cas, le médecin n'ait été chargé de procéder à une constatation sur un enfant qu'il n'a pas traité. Nous affirmons même ici, sauf à le démontrer plus tard, qu'il devra refuser tout témoignage à la justice et tout renseignement à l'autorité administrative. Le confident sera même

a jugée nécessaire, parce qu'ils n'auraient pas les moyens de se faire soigner chez eux. La pauvreté est une infériorité sociale, mais elle ne doit pas dégénérer en infériorité juridique.

1. M. Brouardel rapporte (p. 129) une condamnation prononcée par le tribunal correctionnel de Lille contre un médecin qui avait communiqué au bureau d'une société de secours mutuels des renseignements sur la maladie dont il avait soigné un des sociétaires.

puni s'il dévoile le secret médical à son parent ou à sa femme. Nous ferons cependant une exception relativement au mari d'une femme médecin. Il paraît difficile d'astreindre cette dernière à une discrétion absolue, alors que la jurisprudence autorise son mari à surveiller sa conduite et sa correspondance, et à violer, par conséquent, le secret des lettres, même s'il est destiné à protéger le secret médical. Le malade n'a pas à se plaindre : *imputare sibi debet cur talem elegit.*

III. Les devoirs du médecin ne sont pas non plus modifiés par les circonstances. On a cependant cité différentes hypothèses dans lesquelles le secret pourrait être impunément violé. Nous les examinerons, mais nous déclarons à l'avance que, pour des motifs déjà exposés, nous ne pouvons faire fléchir la loi dans des cas particuliers non prévus par les textes, alors surtout que l'observation stricte et absolue du secret nous paraît être un élément essentiel de son institution.

Certains auteurs, notamment Hémar et Dalloz (V° *Révélation de secrets*), soutiennent que la notoriété antérieure des faits révélés enlèverait à la révélation son caractère délictueux. Sans nous attarder à discuter l'insuffisance d'un pareil critérium, nous répondrons, avec l'arrêt Watelet, que le témoignage du médecin ajoutera toujours

quelque chose à la conviction publique, et que, le plus souvent, il transformera une pure allégation, un soupçon sans fondement, en une vérité authentique et incontestée.

Les mêmes auteurs ont soutenu que l'autorisation des intéressés pourrait relever le confident de son obligation. La question est délicate et mérite un examen sérieux. Elle ne peut se poser d'abord pour les faits qui n'ont pas été confiés par le malade et qui ont été découverts, à son insu, par le médecin. L'autorisation ne peut être sérieuse que si elle est faite en connaissance de cause, et il serait certainement contraire au vœu de la loi qu'une personne apprît ainsi qu'elle est atteinte d'une maladie dangereuse, et qu'une catastrophe est aussi fatale que rapprochée. Pas de difficultés, non plus, si le secret intéresse plusieurs personnes et qu'il n'y ait qu'une seule autorisation. (Grenoble, 23 août 1828, D. P., 28, 2, 238; Assises du Lot-et-Garonne, 15 décembre 1887; *Gazette des Tribunaux*, 23 décembre 1887.) Mais il peut y avoir doute lorsque la personne, seule intéressée, veut provoquer une révélation dont elle connaît d'avance toute la portée. Il semble, en effet, qu'il « s'agit d'un délit qui ne repose que sur un dépôt. Dès l'instant où le déposant le retire, le dépôt ne peut être violé. » (Dalloz, *loc. cit.*, n° 35.) Et cependant, avec la

jurisprudence constante, nous déciderons que « la loi qui défend aux médecins et aux chirurgiens de révéler les secrets qui leur sont confiés ne faisant aucune espèce d'exception, il est évident que, dans toutes les hypothèses, ce qui ne parvient à la connaissance des médecins et des chirurgiens que par cette voie doit rester impénétrable. » (Arrêt de la Cour de Grenoble.) Le système de MM. Hémar et Dalloz conduirait, en effet, à l'anéantissement du secret médical. Toutes les fois que la solution d'un procès dépendrait de l'existence d'un fait qui a dû être connu d'un médecin, la partie intéressée aurait un moyen bien simple de renseigner les juges : elle sommerait l'adversaire de délier le médecin du secret professionnel; le refus équivaudrait à un aveu. En matière criminelle, enfin, cette même conséquence serait contraire aux principes d'humanité qui ont fait repousser par le législateur la torture, le serment de l'accusé, le témoignage des proches et autres procédures trop impitoyables; elle irait même à l'encontre des motifs de notre article qui est destiné à protéger ceux qui ont à craindre l'indiscrétion d'autrui. Malgré ces puissantes raisons, le Code pénal allemand ne punit que les révélations non autorisées.

La prohibition de l'article 378 devra être respectée, quel que soit l'intérêt du médecin lui-

même. Il pourrait cependant y avoir doute en matière de demande judiciaire d'honoraires. L'article 2272 du Code civil en reconnaît la légitimité, et l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 déclare que les peines de la diffamation et de l'injure ne pourront être appliquées aux écrits produits devant les tribunaux. C'est en se basant sur ces textes que M. Hémar conclut à l'impunité du médecin. Nous ne saurions admettre sa solution, parce que nous avons déjà établi qu'il n'y a rien de commun entre la diffamation et la révélation d'un secret, et parce que le médecin peut justifier sa demande par le nombre de visites, les usages locaux ou une convention spéciale; il pourrait, dans tous les cas, exiger d'avance une rétribution que la loi ne lui permet pas de justifier. Le système contraire a surtout l'inconvénient de couvrir un chantage que les tribunaux ont eu à réprimer. Le 14 août 1864, le Tribunal de la Seine condamna à une année d'emprisonnement et à 500 francs d'amende un sieur Halbrand qui s'était permis d'assigner un de ses clients devant le juge de paix pour avoir à lui payer une note. Dans l'assignation qui fut déposée chez un concierge il justifiait le montant de sa réclamation en indiquant une série d'affections dont il prétendait l'avoir guéri. Les médecins, il faut leur rendre cette justice, se sont astreints eux-

mêmes à une discrétion absolue en matière d'honoraires; mais ils ont revendiqué le droit de divulguer un secret lorsqu'ils ont cru que l'intérêt de la société était en jeu.

C'est à propos de cet intérêt de la société ou de la justice que l'on a inventé la théorie de la révélation officieuse, sur laquelle les médecins et les jurisconsultes ont commis de véritables hérésies juridiques. Les médecins ont, par exemple, revendiqué le droit de parler pour éviter ou réparer une erreur judiciaire, et ils ont fait des distinctions et des sous distinctions pour arriver, du reste, à s'en remettre à la conscience de chacun. Certains jurisconsultes les ont approuvés[1]. Comment! la loi punit la révélation, elle croit devoir prendre des mesures contre les médecins, et ces mêmes médecins seraient libres de violer la loi, suivant les inspirations de leur conscience! Le médecin doit donc se taire; il refoulera au fond de son cœur le cri du sentiment, et qu'il soit bien persuadé que, s'il sacrifie des intérêts particuliers, c'est dans un intérêt général. Cette affirmation n'est pas un paradoxe; nous l'appuierons

1. L'opuscule de M. Hémar a justement pour but de combiner le devoir de révélation avec les règles du secret, et l'auteur arrive à cette conclusion que, toutes les fois que l'intérêt de la société ou de la morale est en jeu, la révélation est possible, même lorsqu'elle n'est pas obligatoire.

sur l'opinion du procureur général Delangle. Les héritiers du condamné Lesurques (affaire du courrier de Lyon) se basaient, pour demander la revision du procès, sur ce que l'avocat d'un autre accusé, Dubosq, aurait réuni ses collègues pour savoir s'il pouvait révéler à la justice un aveu de son client, qui entraînait l'innocence de Lesurques. A cette objection, le magistrat répondit : « A qui faire croire qu'un avocat ait pu être assez étranger aux devoirs et à la conscience de son état pour venir demander à ses confrères s'il lui était permis de violer une règle aussi ancienne que la profession? Quoi! le législateur a fait du ministère de l'avocat un ministère nécessaire en matière criminelle; il a provoqué, commandé la confiance du client envers son défenseur, et ce défenseur, dans lequel il a eu foi, auquel il a ouvert son cœur, peut se transformer en dénonciateur! Le secret qu'il a déposé dans son sein ne reste inviolable que si la révélation a peu d'importance! Que l'avocat, après la confession du client, abandonne la défense si la nature des aveux provoque ses scrupules, soit! c'est son droit, quelquefois c'est son devoir. Mais consulter des personnes étrangères à la défense, mais leur révéler des faits dont la divulgation peut entraîner la perte de l'accusé!... J'ai été longtemps avocat, mes-

sieurs, et je rougis de penser qu'en aucun temps un avocat ait pu se souiller d'une telle honte ! » (Réquisitoire, § 4, D. P., 1869, 1, 65.)

Le médecin, enfin, ne pourra satisfaire aux exigences des héritiers de son client qui solliciteraient une révélation. Cette question a été soulevée à propos des assurances sur la vie. Toutes les polices françaises obligent les bénéficiaires à produire un certificat émanant du médecin qui a soigné la personne décédée. L'article 14 des conditions générales des polices de la Compagnie l'*Aigle* est, par exemple, ainsi conçu : « Les sommes dues par la Compagnie sont payées au siège social dans les trente jours de la remise de la police et des pièces justificatives, lesquelles comprennent notamment... le certificat légalisé du médecin qui l'a soigné, constatant le genre de maladie ou d'accident auquel il a succombé. » D'après les principes que nous avons exposés, la délivrance d'un pareil certificat constituerait un délit, et le Tribunal du Havre, le 30 juillet 1886 (Sirey, 87, 2, 69), a débouté de leur demande les bénéficiaires d'une assurance qui prétendaient obliger un médecin à le fournir.

Mais quel sera le sort du contrat dont une des clauses ne sera pas exécutée ? C'est la question qui a été soumise au Tribunal de Besançon peu de temps après, et qui a été tranchée d'une façon

qui ne paraît pas satisfaisante. Le Tribunal a déclaré que ce certificat avait pour but de prouver à la Compagnie que l'assuré n'avait pas succombé dans des conditions telles qu'il en résulte une déchéance, c'est-à-dire qu'il n'y avait eu ni suicide, ni duel, ni exécution capitale. Or, l'impossibilité légale de fournir ce moyen de preuve autorise le bénéficiaire à administrer la preuve testimoniale et les présomptions; et le Tribunal, dans son jugement, a déclaré que la preuve avait été faite, que la déchéance n'était pas encourue, et que la Compagnie devait payer. (17 février 1887, S. 87, 2, 94.)

Le Tribunal a méconnu l'intention formelle des parties en interprétant une clause contre la partie qui l'avait insérée dans son propre intérêt. Si la compagnie a exigé le certificat, c'est qu'elle a cru que le médecin était seul capable de donner une indication sérieuse et utile, et l'assuré qui a accepté n'a pas à se plaindre. S'il en est ainsi, la clause dont nous parlons est une condition, puisqu'elle empêche, si elle ne se réalise pas, l'existence de l'obligation de l'un des contractants. Cette condition est illicite, parce que les parties, en l'insérant ou en l'acceptant, ont prévu et voulu la violation de l'article 378, et par conséquent, le contrat peut être annulé. Si la Compagnie résiste, les intéressés feront prononcer la nul-

lité de la police et demanderont la restitution des primes payées.

De cette longue revue d'espèces il résulte que le secret médical, créé par la loi, ne peut disparaître que devant un texte de loi. Avant d'examiner ces textes nous croyons devoir indiquer en terminant les obligations auxquelles se sont eux-mêmes astreints les médecins de la Gironde, et que le docteur Jeannel citait dans une lettre publiée par l'*Union médicale* du 26 juillet 1864.

« 1° Le médecin ne doit jamais divulguer ce qu'il a connu par la confidence de son client;

« 2° L'obligation du secret médical est absolue et persiste malgré l'autorisation de l'intéressé, car ce dernier ne peut mesurer la portée de la divulgation qu'il autorise;

« 3° Le médecin accusé ne doit point divulguer le secret médical pour se défendre; il doit attendre qu'on fasse preuve contre lui;

« 4° L'obligation du secret persiste pour le médecin, même lorsque le secret dont il a reçu la confidence dans l'exercice de ses fonctions cache une action que les lois qualifient et punissent comme un crime. *En résumé, le secret partout et toujours.* »

Cette dernière formule nous servira de conclusion; nous sommes heureux de la trouver dans la bouche de ceux qui auraient intérêt à la combattre.

SECTION IV.

RÉVÉLATION OBLIGATOIRE.

Nous nous sommes expliqué dans la section précédente sur les tempéraments que certains auteurs avaient voulu apporter à la règle du secret; il nous reste maintenant à délimiter l'exception prévue par l'article 378. Dans sa disposition finale, ce texte déclare que la révélation ne sera pas punie, si elle a été faite en vertu d'un ordre de la loi. Nous devons donc, pour compléter notre étude, rechercher les cas de dénonciation obligatoire. Nous allons énumérer et discuter les textes auxquels on a voulu donner ce sens. En voici d'abord le tableau :

I. Articles 103, 104, 105, 106, 107, 136, 137 du Code pénal;
II. Édit de décembre 1666;
III. Articles 471 n° 15 et 475 n° 2 du Code pénal;
IV. Article 30 du Code d'instruction criminelle;
V. Article 80 du Code d'instruction criminelle;
VI. Article 346 du Code pénal;
VII. Loi du 2 mars 1822.

I. Les articles 103, 104, 105, 106, 107, 136 et 137 n'appartiennent plus qu'à l'histoire. Ils impo-

saient aux médecins, comme à tout le monde, la révélation des complots contre la sûreté de l'Etat et du crime de fausse monnaie. Ils ont été abrogés par la loi du 28 avril 1832.

II. Un édit de décembre 1666 imposait aux médecins et aux chirurgiens de Paris seulement l'obligation « de déclarer au commissaire de police de leur quartier les blessés qu'ils auraient pansés chez eux ou ailleurs. » Les dispositions de cet édit ont été rappelées et confirmées par divers textes législatifs de 1716 à 1806. Peut-on les considérer comme ayant été visées par l'article 378 ? Nous estimons, avec l'unanimité des auteurs et de la jurisprudence, que ces textes sont abrogés, parce qu'ils sont incompatibles avec l'obligation au secret créée depuis par le Code pénal. Leur application ferait, du reste, disparaître le secret dans le cas où il est justement nécessaire, et détruirait, pour des motifs aujourd'hui disparus, une règle importante, sur une partie seulement du territoire.

L'autorité administrative a cependant soutenu que ces monuments législatifs n'avaient pas été abrogés, et, aux époques troublées de notre histoire, elle a tenté de les remettre en vigueur. Des ordonnances du 25 mars 1816 du 2 décembre 1822 et du 9 juin 1832 ont prétendu faire des médecins

les auxiliaires de la police. Les médecins ont résisté à ces prétentions injustes. Dupuytren, interrogé, répondait : « Je n'ai pas vu d'insurgés dans mes salles d'hôpital, je n'ai vu que des blessés. »

III. L'article 475 n° 2 du Code pénal impose aux aubergistes, hôteliers et loueurs en garni la tenue de certains registres que l'administration pourra consulter, et dans lesquels seraient inscrits les noms des personnes qui séjourneraient dans l'établissement. L'autorité préfectorale avait voulu assimiler les maisons de santé et d'accouchement à des logements garnis, et imposer aux médecins ou sages-femmes qui les dirigeaient la tenue des registres. La Cour de cassation, dans deux arrêts du 12 décembre 1846 (D. P. 4, 38), a déclaré que l'article 475 ne s'appliquait pas aux établissements destinés à recevoir des malades, à raison justement de l'obligation au secret à laquelle le législateur ne paraissait pas avoir voulu déroger.

L'article 471 n° 15 punit ceux qui ont contrevenu aux règlements municipaux, pourvu que ces règlements rentrent dans les attributions conférées par la loi à l'autorité qui les a publiés. Or, en vertu du § 3 de l'article 97 de la nouvelle loi municipale, reproduisant textuellement l'article

3, § 3, titre XI de la loi de 1790, les maires ont le droit de maintenir par des règlements le bon ordre dans les lieux publics. L'autorité municipale avait prétendu trouver dans ce texte le droit de faire tenir des registres par les directeurs des maisons de santé ou d'accouchement. Mais la jurisprudence a repoussé ces prétentions dans de nombreuses décisions. Les maisons de santé et d'accouchement « ne sauraient être, sans un étrange abus de langage, considérées comme des lieux publics soumis à la surveillance de l'administration et ouvertes de tous temps aux agents même les plus subalternes de la police. » (Cassation, 23 janvier 1865, D. P. 64, 1, 152.) Le 20 juin 1886, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence. (Journal *le Droit* du 18 août 1886.)

IV. L'article 30 du Code d'instruction criminelle oblige toute personne témoin d'un crime ou d'un délit à en donner avis au parquet. Ce texte est-il un de ceux qui obligeraient les médecins à se porter dénonciateurs? M. Hémar l'a soutenu; il pense du moins que, si l'article 30 n'oblige pas le médecin à parler, il le lui permet. Nous ne saurions admettre une pareille solution. Malgré son apparente précision, l'article 30 n'a prétendu imposer aucune obligation. Il résulte de la discus-

sion qui a eu lieu au Conseil d'Etat que « l'article ne fait que poser une règle dont la sanction se trouve, *mais avec beaucoup de modifications*, dans la partie pénale du Code ; on y verra que le défaut de révélation n'est puni qu'à l'égard de quelques crimes d'État et avec exception de certaines personnes. » (Locré, t. XXV, p. 157.)

L'abrogation des articles 103 et suivants a donc enlevé à l'article 30 toute sa portée comme obligation, et par conséquent le médecin ne peut pas dénoncer son client coupable d'un crime ou d'un délit, parce qu'il n'y est pas tenu.

V. Les articles 80, 157, 189 et 304 du Code d'instruction criminelle obligent tout témoin cité devant une juridiction d'instruction ou de jugement à comparaître et à satisfaire à la citation. Cette obligation doit-elle disparaître lorsqu'il y a secret professionnel, ou bien l'intérêt de la justice doit-il l'emporter? Telle est la question que nous avons à résoudre. C'est de beaucoup la plus pratique de celles que soulève le secret médical, et c'est aussi une de celles sur laquelle nous rencontrerons les systèmes les plus nombreux et les plus différents.

Un point hors de doute, c'est que le médecin doit d'abord comparaître, et satisfaire ensuite à la citation, tant qu'il ne sera interrogé que sur des

faits qu'il a connus en dehors de l'exercice de sa profession. Jusque-là point d'antinomie.

Mais doit-il violer le secret médical, ou ce qui, d'après nous, revient au même, doit-il révéler les faits qu'il a connus comme médecin? C'est ici que nous rencontrons la controverse.

Un premier système, soutenu par MM. Legraverend et Rauter, adopté par le législateur belge dans la dernière revision du Code pénal (art. 458), décide que l'intérêt de la justice doit passer avant tous les autres, et notamment avant ceux que sauvegarde le secret médical. L'article 378 ne s'appliquerait qu'en matière extra-judiciaire, et les articles 80, 157, 189 et 304 viseraient autant de cas où les médecins devraient se porter dénonciateurs.

Ce système est jugé, à notre point de vue, parce qu'il admet des restrictions trop nombreuses à une règle essentiellement absolue. « Si les secrets ainsi confiés à un homme public pouvaient être violés au nom de la loi, la loi serait en contradiction avec elle-même : elle rendrait impossibles des professions et des fonctions dont elle consacre la nécessité. » (Cubain, *Traité de la procédure des Cours d'assises*, n° 458.) Qui oserait confier un secret grave à un médecin, si ce même médecin cité devant un tribunal pouvait être obligé de parler? Le premier venu peut faire

ouvrir une instruction judiciaire, la partie lésée peut, en matière correctionnelle, mettre en mouvement l'action publique; elle aurait ainsi le moyen d'arriver à la connaissance officielle d'un secret qui l'intéresse. Une pareille interprétation de la loi va à l'encontre des principes posés par la loi elle-même. Du reste, c'est une règle d'interprétation que les décisions spéciales dérogent aux décisions générales. Toutes les fois que deux textes imposent des devoirs contradictoires, et que l'un est spécial à une catégorie de personnes et l'autre général, il faut se référer au texte spécial pour déterminer les obligations des personnes qu'il vise. Nous devons donc retourner la proposition et dire que l'article 378 apporte une exception à la règle du témoignage obligatoire. Enfin, notre ancienne jurisprudence ne connaissait le secret médical que comme dispense de témoigner, et il est insoutenable que notre Code, qui garantissait ce secret, ait fait disparaître une règle dont la nécessité s'était imposée avant même qu'on ait songé à cette garantie.

La Cour de cassation avait consacré le système de MM. Legraverend et Rauter le 23 juillet 1830 (D. P. 1830, 1, 321); elle l'abandonna pour adopter l'opinion soutenue par M. Faustin Hélie dans son *Traité d'instruction criminelle*. D'après cet auteur, l'article 378 ne pourrait servir de base

à un refus de témoignage, parce que cet article ne punit que les révélations faites dans l'intention de nuire. La déposition provoquée par la justice ne peut avoir ce caractère ; elle est donc possible, mais elle n'est pas obligatoire. Si nous ne trouvons pas, en effet, dans le texte de la loi une disposition sur laquelle le médecin puisse s'appuyer pour refuser de témoigner, l'humanité peut lui commander le silence, et dans ce cas « la justice doit respecter le devoir qui pèse sur le médecin..., parce que l'accomplissement de ce devoir est un besoin social, parce qu'il est indispensable de conserver à des fonctions sur lesquelles la société s'appuie une indépendance qui peut seule garantir les intérêts qui leur sont confiés. » (F. Hélie, nº 1846.) Le médecin est libre, il peut parler ou se taire, il ne devra des comptes qu'à sa conscience. Ce système a été admis par de nombreux arrêts (Cass., 26 juillet 1845., D. P., 1845, 1, 340), il a été confirmé pour les notaires par un arrêt de la Cour de cassation rendu sur le rapport de M. Faustin Hélie le 10 juin 1853 (D. P., 1853, 1, 207).

Nous nous sommes déjà expliqué sur la valeur de la théorie d'après laquelle l'article 378 ne serait applicable que s'il y avait intention de nuire. Le système pèche donc par la base. Mais

nous lui ferons un reproche plus grave : il est, d'après nous, insoutenable qu'une dispense de témoigner, une exception à l'article 80 puisse trouver sa source en dehors d'un texte. Et alors de deux choses l'une : ou bien l'article 378 est en partie abrogé par l'article 80, et dans ce cas des considérations morales ou sociales ne pourront jamais soustraire les médecins à un devoir légal, ou bien c'est l'article 378 qui abroge en partie l'article 80, en ce sens que devant la justice le secret professionnel persiste. Nous avons démontré que la première alternative est inadmissible. Nous devons donc admettre que non seulement le médecin est dispensé de déposer sur les faits secrets, mais que même cette déposition lui est interdite. Les magistrats ne doivent, ni la provoquer, ni l'entendre.

Dans ce troisième système, auquel nous nous arrêtons, le secret professionnel est considéré comme un droit. Le devoir qui résulte du texte entraîne le droit corrélatif de s'y conformer. L'article 378, dirigé contre les médecins, deviendra entre leurs mains une arme qu'ils opposeront à ceux qui voudraient leur faire violer leurs obligations.

La Cour de cassation a abandonné dans l'affaire Watelet la base du système de M. Faustin Hélie ; aussi attendions-nous avec impatience que

la question du secret médical dans ses rapports avec le témoignage se représentât devant la justice. Un arrêt est intervenu le 15 décembre 1887. La Cour d'assises du Lot-et-Garonne, en dispensant un notaire de déposer, s'est exprimée ainsi :

« Qu'en effet, formule d'une pensée aussi vieille que la conscience humaine, formule dont l'expression se trouve déjà dans le serment d'Hippocrate, le secret professionnel est d'ordre public tout aussi bien que la répression des crimes et des délits, qu'il intéresse l'honneur, la sécurité et la constitution des familles, dont l'ensemble compose à son tour la société tout entière ;

« Que cesser de faire du secret professionnel une obligation absolue pour la convertir en obligation relative c'est le détruire en ouvrant la porte aux appréciations les plus arbitraires des cas où la violation serait permise, parce qu'elle serait utile ou opportune, *sit ut est aut non sit.* » (*Gazette des Tribunaux* du 23 décembre 1887.)

Ces motifs manifestent un revirement de jurisprudence que nous sommes heureux de constater. Ils détruisent la théorie de la déposition facultative. Si l'observation du secret intéresse la société, en présence d'un texte formel il n'y a pas de place pour une appréciation ni de la part des médecins, ni de la part des tribunaux.

Le médecin, avons-nous dit, n'est pas dispensé

de comparaître; il devra aussi prêter serment. Mais comment conciliera-t-il ce dernier devoir avec le secret? En prévenant le tribunal ou la Cour que sa profession l'oblige à restreindre son serment et à promettre seulement la vérité pour tous les actes, faits ou déclarations qu'il n'a pas connus dans l'exercice de sa profession. Que décider si par inadvertance le serment a été prêté sans restriction? M. Faustin Hélie (nº 1857) croit que le témoin est acquis à l'instruction, parce qu'il a renoncé à la dispense. Cette solution nous étonne sous la plume de l'éminent jurisconsulte. On ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et transiger avec la loi pénale (Code civil, art. 3 et 6.) La considération que le serment sera violé ne nous paraît pas suffisante pour autoriser un témoin à se rendre coupable d'un fait immoral et délictueux; et il ne serait pas décent que le ministère public demandât l'application de la loi en se basant sur une illégalité. Le médecin pourra donc invoquer le secret même après un serment sans restriction, parce que cette restriction, comme toutes les dispositions prohibitives, est censée connue et par conséquent sous-entendue. La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 janvier 1826 (J. P., 1826, 2, p. 104), paraît adopter dans son premier motif l'opinion enseignée par M. Faustin Hélie; mais le système con-

traire a triomphé devant la Cour d'assises de la Seine le 11 avril 1877. (*Gazette des Tribunaux* des 10 et 11 avril 1887.)

Tout ce que nous venons de décider à propos des enquêtes criminelles s'applique aussi aux enquêtes civiles. La question ne devrait même pas se poser pour ceux qui admettent que le témoin cité devant une juridiction civile peut refuser de répondre sans encourir une peine. (Chauveau et Carré, Q. 1036.) L'obligation de déposer n'existant pas, l'obligation au secret ne subirait pas d'exception. Mais même ceux qui croient que l'obligation de déposer est sanctionnée par les peines de l'article 263 du Code de procédure reconnaissent que les médecins peuvent se retrancher derrière le secret professionnel. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes, et il n'y a dissidence que sur des points déjà discutés. (Grenoble, 22 août 1828, D. P., 28, 2, 238.) La profession médicale pourra être la source d'une dispense ou d'un reproche que les intéressés feront valoir devant le juge-commissaire ; ce dernier qui mentionnera sur le procès-verbal l'incident et renverra les parties à l'audience pour l'appréciation des motifs. (Bioche, enquête n° 318.)

VI. Les médecins et les sages-femmes sont quelquefois obligés de déclarer les naissances. Cette

obligation résulte de l'article 56 du Code civil, et l'article 346 du Code pénal inflige une peine à ceux qui ne font pas la déclaration, quand ils y sont tenus. Nous n'entrerons pas dans la discussion très importante et très intéressante qui a pour but de déterminer les cas dans lesquels l'article 56 est applicable aux médecins et aux sages-femmes. Pour qu'il puisse y avoir antinomie entre le secret et l'obligation de déclarer il faut que cette obligation existe. Nous supposerons donc qu'un médecin est tenu de déclarer une naissance, et, dans ce cas, tant qu'il se sera strictement conformé au devoir imposé par la loi civile et sanctionnée par la loi pénale, personne ne pourra lui reprocher une violation de secret. Mais on n'est pas d'accord sur l'étendue de ces devoirs. Certains auteurs ont soutenu que les déclarants étaient tenus de fournir à l'officier de l'état civil tous les renseignements énoncés dans l'article 57, et notamment le nom de la mère. Cette opinion n'a pas triomphé, et actuellement une jurisprudence constante contre laquelle il serait téméraire de s'élever décide que le déclarant n'est pas tenu de désigner en la nommant la femme qu'il a accouchée. (Cass., 16 sept. 1843, D. P. 44, 1, 137. — 1er juin 1844. D. P. 44, 1, 282. — 1er août 1845. D. P. 45, 1, 363.) Nous croyons cette jurisprudence fondée en droit.

L'article 56 du Code civil oblige les médecins et les sages-femmes à déclarer seulement le fait de la naissance, et l'article 346 du Code pénal, qui punit le défaut de déclaration, ne vise que l'article 56. Le législateur ne peut pas avoir voulu exiger les renseignements énumérés dans l'article 57. Le père naturel doit rester inconnu, tant qu'il ne vient pas affirmer lui-même sa paternité ; et l'indication dans l'acte du nom de la mère naturelle n'aurait aucun intérêt pour l'enfant ; il n'en résulterait même pas un commencement de preuve par écrit pour établir sa filiation. Sans doute, le père ou le tiers qui a assisté à la naissance de l'enfant, désireux de lui donner un état civil régulier, ou de lui procurer le moyen de l'établir, pourront indiquer le nom des parents légitimes ou de la mère naturelle ; mais personne ne peut être contraint de fournir ces renseignements. Or, le médecin n'est autorisé à parler sur ce qu'il a constaté dans l'exercice de ses fonctions que s'il y est obligé ; l'étendue de son obligation est en même temps la limite de son droit. Il se conformera donc à la loi civile et à la loi pénale en fournissant seulement au maire les indications indispensables pour la rédaction de l'acte. Il présentera l'enfant, indiquera les nom et prénoms qui lui ont été donnés, le jour et l'heure de la naissance et la commune où l'accouchement a eu lieu.

La déclaration ainsi réduite suffira pour déterminer la compétence de l'officier de l'état civil et le fait de la naissance, et elle ne portera aucune atteinte au principe du secret, parce qu'elle sera anonyme.

Cette solution que nous croyons la plus juridique est en même temps la meilleure au point de vue moral et législatif. En garantissant aux femmes pour lesquelles la maternité est un déshonneur la discrétion de ceux qui connaîtront nécessairement leur accouchement, on préviendra l'idée du crime que la crainte du mépris public aurait pu faire germer dans leur esprit. Le Code pénal belge a rendu la déclaration du nom des parents obligatoire, en visant l'article 57 dans l'article 361 qui correspond à notre article 346. Nous croyons qu'il a fait fausse route.

VII. De tous les textes que nous avons examiné aucun ne nous a paru suffisant pour délier le médecin de ses devoirs professionnels. Toutes les dispositions que nous avons commentées se concilient avec l'article 378 en ce sens qu'elles lui cèdent le pas. Nous ne pouvons cependant conclure, avec M. Hémar, que la révélation obligatoire n'existe pas dans notre législation. Une loi du 3 mars 1822 impose aux médecins la déclaration de certains faits secrets.

L'article 13 est ainsi conçu : « Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 50 à 500 francs tout individu qui..... ayant connaissance d'un symptôme d'une maladie pestilentielle aurait négligé d'en informer qui de droit. Si le prévenu est médecin, il sera, en outre, puni d'une interdiction d'un à cinq ans. »

Ce texte manque certainement de précision, en ce sens que la qualification de pestilentielles ne correspond pas à une catégorie scientifique de maladies. Nous croyons, avec M. Brouardel (p. 231), que le législateur n'a pas songé à toutes les maladies épidémiques, mais seulement à la peste, au choléra, à la fièvre jaune et à tous ces fléaux mal connus autrefois, qui disparaissent avec les progrès de la civilisation et que la science parvient toujours à cantonner dans une portion limitée du territoire. A cette première restriction il faut aussi ajouter que l'article 13 ne sera appliqué que si le pouvoir exécutif intervient pour le mettre en vigueur.

L'exception prévue dans la loi de 1822 est parfaitement justifiée par les dangers qu'elle a pour but d'éviter et elle ne porte pas une atteinte bien grave au secret professionnel. Nous pouvons donc conclure de cette revue de textes, qu'en dehors d'une exception peu importante le médecin

doit oublier tout ce qu'il a appris auprès de ses malades, que personne ne pourra l'obliger à parler, et qu'aucune considération ne le fera échapper à la sanction pénale s'il dévoile un secret.

Ainsi se trouve confirmé dans les textes le principe que nous avons plusieurs fois énoncé, que la cour d'assises du Lot-et-Garonne a consacré tout récemment dans un arrêt dont nous avons rapporté les motifs, et qui constitue, d'après nous, la règle la plus importante de la matière : Le secret médical ne peut être une garantie sérieuse que s'il est absolu.

Nous devons cependant reconnaître que, sur ce dernier point, certaines législations étrangères ont adopté des solutions différentes. Nous avons déjà remarqué que l'article 458 du Code pénal belge obligeait les médecins à dire toute la vérité à la justice, et que l'article 300 du Code pénal allemand permettait la révélation si elle était autorisée par les intéressés. Nous ajouterons que le Code de procédure italien, dans les articles 102 et 103, a rendu obligatoire pour les médecins la dénonciation des crimes et délits contre les personnes. Enfin, un traité récent de médecine légale, traduit par le Dr Coutagne, nous apprend qu'en Angleterre les médecins n'ont jamais songé à invoquer le secret devant la justice. En discutant les solutions, nous avons jugé les

monuments qui les consacrent. Ils violent un principe qui nous paraît essentiel, et quelques-uns ont soulevé des difficultés si sérieuses que certains publicistes en ont demandé la revision dans le sens de la législation française [1].

CHAPITRE IV.

SANCTION.

Tout délit peut entraîner une double sanction, pénale ou civile. L'article 378 du Code pénal, qui définit le délit de révélation de secrets, nous indique en même temps la peine qui sera encourue. Le médecin sera puni d'une amende de cinq francs à cinq cents francs et d'un emprisonnement d'un mois à six mois, sauf l'application de l'article 463. Si la révélation avait été faite publiquement et si les faits révélés étaient de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'un tiers, on se trouverait en présence d'un seul fait qui constituerait deux délits, révélation de secrets et diffamation. Ce cas particulier a reçu le nom de concours moral d'infractions, par opposition au concours matériel résultant de plusieurs infractions successives. La règle à appliquer dans cette hypothèse est inscrite dans l'article 365 du

1. La denunzia della lesioni violente secundo la legge francesse et italiana, 1885. Reggio Emilia.

Code pénal : la peine la plus forte sera seule prononcée. L'amende pourra donc être portée à 2,000 francs, en vertu de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881.

La peine édictée dans l'article 378 sera encourue indépendamment de tout préjudice. La loi pénale, qui statue dans un intérêt général, punit tous les actes qui lui paraissent contraires à l'ordre public, sans que le juge ait à se préoccuper, au moins pour l'existence de la culpabilité, du caractère dommageable de l'acte. Elle atteint le voleur qui a indemnisé sa victime, et même l'assassin qui a été réduit à l'impuissance avant d'avoir commis son crime. Telle est la règle générale. La loi y déroge dans certains cas en subordonnant la poursuite à la plainte de la partie lésée. Nous ne trouvons pas cette restriction dans notre article et nous approuvons ceux qui l'ont rédigé, parce que, même lorsque la révélation n'atteint pas directement une personne déterminée, elle nuit toujours indirectement à la société ; elle tend à détruire une confiance qui est cependant nécessaire, et « à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui. » (Exposé des motifs de l'article 378.) Le Code pénal des Pays-Bas (art. 272), le Code pénal hongrois (art. 382) et le Code pénal alle-

mand (art. 300) subordonnent la poursuite à une plainte. Cette rédaction toute nouvelle ne nous paraît pas être un progrès au point de vue législatif.

La révélation peut entraîner une seconde sanction. Le médecin pourra être condamné à payer des dommages-intérêts à la partie lésée. Mais l'action civile qui a sa source dans l'article 1382 du Code civil n'est pas ouverte toutes les fois qu'il y a délit correctionnel. Aux conditions déjà mentionnées pour que la peine soit encourue, il faut ajouter l'existence d'un préjudice injustement causé à un particulier. Si, par exemple, la révélation portait sur des faits indifférents, ou si elle avait été, soit provoquée, soit autorisée par les intéressés, il y aurait certainement délit pénal, mais il n'y aurait pas délit ou quasi-délit civil.

Le montant des dommages sera fixé par le juge, en tenant compte du préjudice éprouvé. La première rédaction de l'article 378 (art. 318 du projet) finissait ainsi : « sans préjudice des dommages-intérêts qui seront au moins doubles de l'amende. » (Locré, t. XXX, p. 377.) Ce membre de phrase a disparu ; mais il ne pouvait s'expliquer dans l'esprit de ceux qui l'avaient proposé que par les origines que nous signalions au début de notre étude et qui relieraient notre délit au délit d'injures de la loi *Aquilia*.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. Le butin fait sur l'ennemi appartient, en principe, au peuple romain et non au premier occupant.

II. Sous le système des *legis actiones*, les condamnations civiles étaient toujours pécuniaires.

III. Toutes les actions réelles sont arbitraires.

IV. L'exécution des jugements *manu militari* était possible sous le système formulaire.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. La reconnaissance d'un enfant naturel ne peut résulter que d'une déclaration faite devant l'officier de l'état civil ou devant un notaire.

II. Dans les conventions par correspondance, le contrat n'est définitivement formé qu'à partir du moment où la lettre contenant acceptation est parvenue à celle des parties qui a fait l'offre.

III. La clause par laquelle les époux qui stipulent le régime dotal conviennent que l'administration des biens dotaux appartiendra à la femme est nulle.

IV. Le bénéfice d'une assurance sur la vie contractée par le mari au profit de la femme commune en biens appartient en propre à la femme, qui devra récompense à la communauté pour le montant des primes payées à la Compagnie.

PROCÉDURE CIVILE.

Le pacte de réméré inséré dans un contrat de vente est opposable, en cas de surenchère du dixième, aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble vendu.

DROIT CRIMINEL.

Toutes les infractions punies de peines correctionnelles sont des délits auxquels il faut appliquer le principe du non cumul des peines et les règles de la complicité, sauf les exceptions prévues dans les textes.

DROIT COMMERCIAL.

La femme d'un commerçant tombé en faillite peut demander la liquidation de ses reprises, sans faire prononcer la séparation de biens.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Les tribunaux français sont incompétents, en vertu de l'article 1er de la convention du 2 novembre 1869,

pour statuer sur une action dirigée contre un sujet suisse, même s'il a été assigné en même temps que d'autres défendeurs français, par application de l'article 59, § 2, du Code de procédure civile.

Vu par le Président de la thèse :

Le 22 mai 1888.

JOSEPH BRESSOLLES.

Vu par le Doyen de la Faculté :

Le 23 mai 1888.

HENRY BONFILS.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 23 mai 1888.

Le Recteur de l'Académie,

CL. PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Pages

INTRODUCTION 11

PREMIÈRE PARTIE. — Du serment en général 16

CHAPITRE Ier. — Origine du serment; son importance, sa nature 16

CHAPITRE II. — Applications du serment 23

Section Ire — Du *jusjurandum promissorium* 25

Section II. — Du *jusjurandum assertorium* 30

SECONDE PARTIE. — Du serment en justice 35

CHAPITRE Ier. — De la preuve par serment 35

CHAPITRE II. — Du serment *litis* décisoire *in jure* 37

Section Ire (§ 1). — Qui peut le déférer ? 38

— (§ 2). — A qui peut-il être déféré ? 40

Section II. — Sur quelles contestations le serment peut-il être déféré ? 42

Section III. — Formes de la délation et de la prestation 44

Section IV (§ 1). — Effets de la délation 46

— (§ 2). — Effets de la prestation 50

CHAPITRE III. — Du serment décisoire *in judicio* 57

CHAPITRE IV. — Du serment décisoire sous le système des *judicia extraordinaria* 60

CHAPITRE V. — Du serment supplétoire 62

CHAPITRE VI. — Du *juramentum in litem* sous le système formulaire 67

CHAPITRE VII. — Du *juramentum in litem* sous le système des *judicia extraordinaria* 77

APPENDICE. — Du parjure 80

DROIT FRANÇAIS.

INTRODUCTION..... 85
HISTORIQUE..... 88
CHAPITRE Ier. — Éléments constitutifs du délit de révélation de secrets..... 98
CHAPITRE II. — Éléments moraux..... 104
CHAPITRE III. — Éléments matériels..... 111
Section Ire. — Des faits secrets..... 112
Section II. — Profession du confident..... 118
Section III. — Révélation interdite..... 124
Section IV. — Révélation obligatoire..... 137
CHAPITRE IV. — Sanction..... 154
POSITIONS..... 157

439

Toulouse, imp. DOULADOURE-PRIVAT, rue Saint-Rome, 39. — 5196

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE