22121

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DU SERMENT

CONSIDÉRÉ COMME MODE DE PREUVE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Le juin 1872

Par M. H. DE BRIANÇON,

Né au château des Egrons, commune de Riocaud (Gironde).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE
IMPRIMERIE LOUIS & JEAN-MATTHIEU DOULADOURE
Rue Saint-Rome, 39.

1872

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✲, doyen, *professeur de Droit commercial.*
RODIÈRE ✲, *professeur de Procédure civile.*
MOLINIER ✲, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✲, *professeur de Code civil.*
MASSOL ✲, *professeur de Droit romain*
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code civil.*
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé.*
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
POUBELLE, *professeur de Code civil, en congé.*
BONFILS, agrégé, *chargé de cours.*
ARNAULT, agrégé, *chargé du cours d'Économie politique.*
DELOUME, agrégé, *chargé de cours.*
CONSTANS, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire Agent comptable,

Président de la thèse : M. GINOULHIAC.

Suffragants. { MM. RODIÈRE, ROZY, } *Professeurs.* — { BONFILS, ARNAULT, } *Agrégés.*

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

MEIS ET AMICIS.

INTRODUCTION

Le serment est une affirmation faite sous l'invocation de la divinité : *est enim, jusjurandum affirmatio religiosa ; quod autem affirmasti quasi Deo teste promiseris, id tenendum est* (1). C'est une institution corrélative à l'idée de Dieu et qui comme elle se retrouve dans tous les temps. Aussi pour traiter cette matière dans son entier, il faudrait toucher aux plus hautes questions de la théologie et de l'histoire ; mais notre étude n'aura pas un but aussi élevé, elle sera de beaucoup plus modeste, et comme l'indique suffisamment le titre même de notre opuscule, nous ne nous occuperons que du serment en matière civile.

(1) Cicéron, traité *de officiis* III, 29.

Nous trouvons le serment en usage chez les peuples les plus anciens. Les livres des Hébreux font remonter à la divinité l'origine du serment : la Genèse (1), en effet, nous montre le Très-Haut s'engageant par serment envers Abraham. Les Indiens trouvent également l'origine du serment dans le sein même de la divinité. Enfin Pythagore et ses disciples partagent la même manière de voir, puisque, selon ces philosophes, l'Être suprême s'était engagé par serment à conserver les créatures et à régler les mouvements qui les font agir. Nous avions donc raison de dire en commençant que l'institution du serment est corrélative à l'idée même de Dieu.

Malgré la grandeur de son origine, l'apparition du serment signale une ère de décadence morale : « Dans les premiers temps du monde naissant, dit » Juvénal, le Grec n'était pas toujours disposé à jurer. » « La discorde, fille de la nuit, dit Hésiode, enfanta » le mensonge, les discours ambigus et captieux, et » enfin le serment si funeste à tout mortel qui le viole. » « Lorsque les protestations furent devenues des liens » trop faibles, on tâcha de leur donner de la force, en » les marquant du sceau de la religion et l'on crut » que ceux qui ne craignaient pas d'être infidèles crain- » draient du moins d'être impies. C'est ainsi que le » serment prit naissance, origine fort ancienne » puisqu'il commença à s'établir presque en même

(1) Chap. 22 — Vers. 16.

» temps que les hommes commencèrent à tromper (1). »

Bientôt le serment, qui était venu au secours de la bonne foi restée insuffisante, dut pour se conserver être suivi de certaines cérémonies destinées à frapper l'imagination par des images terribles, et souvent l'appareil fit plus d'impression que le serment lui-même.

Le christianisme rendit au serment sa forme et sa pureté primitive. Un texte de S. Matthieu nous montre le soin que nous devons apporter à ne pas employer le serment sans nécessité. Cette apparente prohibition, qui doit s'entendre non pas quant au serment juridique et sérieux, mais quant au serment employé dans le langage ordinaire de la vie, sert de fondement à une doctrine des Quakers et des Anabaptistes que nous aurons à apprécier dans la suite.

Les empereurs Romains multiplièrent l'usage du serment. Le moyen âge lui fut peu favorable dans l'ordre civil; mais en revanche les liens féodaux le développèrent dans l'ordre politique; ainsi les dignitaires, les fonctionnaires, les rois mêmes durent jurer de remplir fidèlement leur devoir. Enfin, c'est principalement dans les écrits du grand jurisconsulte Pothier que nos législateurs ont recueilli le ser-

(1) Abbé Massieu, *dissertation sur le serment des anciens* rapportée dans les mémoires de l'Académie des belles-lettres, tom. 1. p. 193. V. aussi Plutarque, *vie de Lysandre*, chap. 4; « on trompe les hommes avec des serments, les enfants avec des osselets ».

ment pour lui assigner une place dans notre Code civil.

Ont-ils bien consulté les tendances de leur époque? N'ont-ils pas commis un fâcheux anachronisme en conservant une institution attaquée avec autant d'énergie qu'on en avait mis naguère à en exalter les mérites.

Certes, on peut faire remarquer que le serment constitue une dérogation capitale au règles du droit. En thèse génerale, quand une partie en appelle une autre en justice, elle est obligée de faire la preuve de ses allégations; enfin la déclaration soit du demandeur soit du défendeur est comptée pour rien, jusqu'à ce qu'elle ait été corroborée par une série de faits, de circonstances, qui sont de nature à apporter la lumière et la conviction dans l'esprit du juge.

Le serment, dit-on, met l'homme entre son devoir et son intérêt et c'est une grande excitation au parjure dans un siècle où le despotisme de l'intérêt grandit tous les jours?

« Chez un peuple qui n'est pas religieux, dit Montesquieu, on ne peut déférer le serment qu'à un individu qui n'est pas intéressé tel qu'un juge ou un témoin, (1)» et Portalis au conseil des cinq-cents: « dans nos mœurs cette auguste cérémonie n'est plus » qu'une forme outrageante pour le ciel, inutile pour » la société, et offensante pour ceux qu'on oblige à s'y » soumettre. »

(1) Montesquieu, *esprit des lois*, liv. XIX. chap. 22.

Nous ne partageons point une manière de voir aussi sévère. Nous pensons qu'il ne faut pas ravaler notre pauvre nature humaine jusqu'au point de la supposer incapable de faire du serment un usage vraiment sérieux. Certes en faisant la part des faiblesses et de la dépravation qui règnent, il y a encore une loi naturelle qui s'appelle l'opinion publique et qui est toujours prête à flétrir le parjure et à rendre hommage à la vérité. « Ne nous arrêtons pas dans » cette matière, dit le tribun Jaubert, à des idées trop » défavorables à l'espèce humaine ; n'examinons pas » avec une analyse trop sévère si l'état des sociétés ac- » tuelles et les exemples effrayants de corruption qui » nous affligent doivent laisser subsister l'antique » théorie du serment? Le législateur d'un grand peuple » ne doit pas perdre de vue les faiblesses attachées à » l'humanité; mais il importe de coordonner ses insti- » tutions de telle manière qu'elles consacrent le respect » dû à la morale et que la conscience publique soit » la règle des consciences privées (1). » Remarquons en outre que le serment ne sera presque toujours qu'un recours extrême accordé au demandeur quand tous les autres moyens lui font défaut : « s'il n'existe » aucun moyen de preuve, dit encore le tribun Jaubert, » celui qui réclame doit-il être renvoyé de sa demande? » celui contre qui la demande est formée serait-il à » l'abri de toute recherche? Il reste un recours à

(1) Rapport au tribunat, sur le titre des contrats et obligations.

» l'homme de bien, une ressource au ministre de la » loi : nous voulons parler du serment. Que le serment » soit donc toujours regardé comme un supplément des » lois civiles !

Nous constatons en terminant que l'emploi du serment se retrouve dans toutes les législations à quelque époque éloignée que l'on remonte, à quelque peuple que l'on s'adresse et qu'à l'exemple de notre Code, presque toutes les législations étrangères l'ont ou conservé ou adopté.

DROIT ROMAIN

Les anciens Romains avaient placé dans le Capitole, à côté de Jupiter Optimus Maximus la statue de la bonne foi (1), témoignage éclatant du culte inviolable qu'ils avaient pour elle. Il n'est donc pas étonnant que le serment ait été de très-bonne heure appelée à jouer un rôle chez un pareil peuple. En effet, en remontant aux sources même du Droit romain, nous trouvons le serment en usage comme mode solennel de contracter : « *nullum vinculum*, dit Cicéron (2), *ad astringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt; id indicant leges in XII Tabulis.* A la différence de la mancipation qui ne pouvait avoir lieu qu'entre citoyens Romains, le serment par sa nature s'offrit comme un lien obligatoire entre les membres des diverses cités, parce que Rome et les différentes cités du Latium

(1) Traité *de officiis*, III, 29. p. 618.
(2) Traité de *officiis*, chap. 22.

reconnaissaient une souveraineté commune, celle d'un Dieu suprême (1). Tout porte à croire que la stipulation provient de la mancipation ou plutôt du *nexum* et du *jusjurandum* combinés (2) : ce qui revient à dire que le serment, en tant que *causâ civilis obligationis* du moins, ne tarda pas à tomber en désuétude.

Considéré au point de vue de son emploi juridique, le serment est promissoire ou affirmatif, *jusjurandum promissorium vel assertorium.* Le serment promissoire se réfère à l'avenir, on s'en sert pour garantir l'exécution d'une promesse : de là son nom de serment promissoire. Le serment affirmatif au contraire se réfère à un fait présent ou passé : son rôle est de confirmer la sincérité d'une affirmation. Nous allons nous occuper du serment promissoire et nous traiterons ensuite du serment affirmatif et de ses subdivisions.

Du serment promissoire.

Une des principales applications du serment promissoire avait trait aux services que les esclaves que l'on allait affranchir promettaient à leur patron : nous voulons parler de la *jurata promissio liberti* (3). Les esclaves, on le sait, ne pouvaient s'obliger dans la forme ordinaire des contrats, il eût donc été oiseux de recourir à la stipulation. Voici comment on procédait : le maître

(1) Laferrière T. I, l. I. n° 2.
(2) Laferrière T. I. page 142.
(3) *Gaii* épitome liv. II. tit IX, § 4.

faisait promettre par serment les *operæ libertorum* à son esclave avant de l'affranchir; ce serment, il est vrai, ne donnait lieu à aucune action (1), mais par respect pour l'engagement religieux, il se renouvelait après l'affranchissement, et alors il engendrait une action.

Un autre exemple du serment promissoire nous est fourni par le Code (2) : dans l'espèce un mineur qui avait vraisemblablement interjeté appel devant l'empereur et demandait sa *restitutio in integrum* contre une vente, voit rejeter sa demande, entre autre motifs, parce que le contrat avait été confirmé par serment : « *neque perfidiæ, neque perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti* » lui répond l'empereur.

Nous pensons, avec M. de Savigny, qu'il serait difficile de trouver dans ce rescrit un sens abstrait et une portée générale; car en Droit romain le serment suivait toujours la nature de l'acte auquel il était apposé, et ne pouvait jamais confirmer les contrats nuls ou annulables par eux-mêmes (3). Néanmoins, au XIIe siècle, une constitution de Frédéric Ier a adopté l'interprétation contraire et l'a confirmée (4). Des décrets pontificaux ont également admis ce principe en le précisant davantage (5).

En cas de compromis confirmé par le serment des parties, Justinien donne une *condictio ex lege* ou une action utile suivant le cas (6).

(1) L. 44, Pr. *deliberali causâ*, 40-12. — L. 7 pr. D. *de operis libert.* 38-1.

(2) L. 1, C. *si adv. vend.*, II, 28.

(3) L. 7, § 16, D. *de pactis*; L. 5. C. *de legibus.*

(4) *Auth. sacramenta puber.*

(5) C. 28 X, *de jurej.* II, 24. — C. 2, *de pactis in* VI, 1, 18. v. cout. de Bretagne. art. 471.

(6) L. 4 C. *de recept.* II, 56, abolie nov. 82 C. XI.

Une constitution d'Honorius, que nous aurons l'occasion de revoir, dispose que lorsque une transaction ou un pacte ont été confirmés par serment, celui qui veut revenir contre cette transaction ou contre ce pacte encourt l'infamie (1). Enfin le serment d'administrer en bons pères de famille que Justinien dans la *novelle* 78 exige des tuteurs et des curateurs, est également un serment promissoire.

Du serment affirmatif.

Le serment affirmatif, *jusjurandum assertorium* a trait, comme nous l'avons dit, aux faits présents et surtout aux faits passés.

La rubrique de notre titre au digeste porte : *de jurejurando sive volontario, sive necessario, sive judiciali.* Les interprètes sont loin d'être d'accord sur la véritable signification de ces mots. Nous commençons, avec Cujas, par mettre de côté le *jusjurandum judiciale*, qui n'est autre chose que le serment déféré par le juge *in causis dubiis* ou *in litem* : son appellation est des plus justes puisqu'il ne peut-être déféré que par le juge seul (2).

Que signifient maintenant ces mots : *jusjurandum necessarium seu voluntarium ?*

Cujas se fondant sur le peu de concordance de textes avec la division tripartite du titre, croit à une pure invention de Tribonien. Pour lui le serment volontaire est le

(1) L. 41. C. de transact., II, 4.
(2) L. 31 D. *de jurej.*, 12-2.

serment déféré, parce que celui à qui il est déféré peut le référer à son adversaire; le serment nécessaire au contraire est celui qui est référé, parce que la partie à laquelle il est référé ne peut se refuser à le prêter sous peine de perdre son procès (1).

Pour nous, avec plusieurs interprètes dont l'opinion se trouve corroborée par la grande autorité de M. de Savigny, nous pensons que le serment volontaire est celui que l'une des parties défère à l'autre, préalablement à toute comparution en justice, c'est-à-dire extrajudiciairement. Il est en effet, volontaire, car la partie à laquelle il est déféré est libre de l'accepter ou de le refuser; il n'y aura pas ici l'ombre de la contrainte car un particulier n'a aucun pouvoir sur un autre particulier (2).

Dans le serment nécessaire au contraire les parties sont loin de disposer d'un libre arbitre aussi grand. L'une d'elles le défère à son adversaire; ce dernier devra le prêter ou le référer : s'il ne prend pas l'un de ces deux partis il perdra sûrement sa cause. Nous faisons remarquer contre la division adoptée par Cujas, qu'elle laisse entièrement de côté le serment extrajudiciaire, serment volontaire par excellence dont plusieurs textes font mention dans notre titre même.

Nous allons traiter successivement du serment volontaire, du serment nécessaire et enfin du serment déféré par le juge.

(1) Cujas, *paratit.* D. h. t.

(2) Voet. h. T. nº 7. — *Noodst. com. ad libr.* XII. t. II. p. 217. — Perez T. *de jurej.* nº 11. — Vinnius, *selæct. quæst.* lib. I, cap. 42.

Du serment volontaire.

Un principe général du Droit civil romain était celui-ci : *solus consensus non obligat civiliter*. Pour que le pacte fut appelé contrat, pour qu'il produisit des obligations civiles il fallait qu'au consentement des parties vint s'ajouter ce qu'on appelait la *causa civilis obligationis* (1). Le pacte *nu*, *nuda pactio*, *nudum pactum* c'est-à-dire le pacte qui n'est pas revêtu de la *causa civilis obligationis* ne produit pas d'action : *ex pacto actio non oritur*. On sait comment la législation prétorienne modifia cette rigueur : le pacte ne donna pas d'action, mais il donna une exception. Etait-il bon de s'en tenir là? Fallait-il laisser, en présence d'un plaideur de mauvaise foi muni d'un texte favorable, la bonne foi désarmée et livrée aux rigueurs du *strictum jus*, de ce droit strict en vertu duquel on vit un homme perdre sa cause pour s'être servi de l'expression *vites* au lieu de *arbores*, terme de la loi (2)? L'équité prétorienne qui vint avec tant d'art juxtaposer ses principes *confirmandi*, *supplendi*, *corrigendi juris civilis gratia*, osa aller plus loin en faveur du serment, ajoutant ainsi aux preuves admises par le Droit civil, la preuve plus décisive prise dans la conscience même de l'adversaire. « Lorsqu'une personne, disent les *Institutes* (3), sur l'invitation de son adver-

(1) L. 1. § 3; L. 7. pr. et § 1 D. *de pactis*, 2-14.
(2) *Gaius comment.* IV, § 11.
(3) *Inst.* § 11. *de actionibus.*

saire, a juré que la somme qu'elle réclame lui est due, si cette somme ne lui est pas payée, le Préteur avec juste raison lui donne une action telle que la question à examiner n'est pas de savoir si la somme est due; mais si le serment a été prêté. » — Le caractère de ce serment est celui d'une transaction, d'une convention proprement dite: ce qui le prouve c'est l'expression dont se sert le texte: « *postulante adversario*, sur l'invitation de son adversaire. » Le serment qu'une personne prêterait spontanément n'aurait aucune valeur juridique (1).

Le serment volontaire est déféré sans convention préalable ou d'après une convention. Dans le premier cas celui à qui on le défère n'est pas tenu de le prêter; s'il le prête, c'est un acte purement volontaire de sa part. Il ne saurait être question de le référer, car un pareil acte de la part de l'adversaire à qui le contrat a été proposé, constituerait une nouvelle délation entièrement distincte de la première. — S'il est déféré d'après une convention, il doit être prêté d'après les termes de la convention qui a eu lieu entre les parties; le référer ce serait déroger à cette convention: c'est ce qu'exprime le jurisconsulte Paul en ces termes: « *jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur referri non potest* (2). »

Mais revenons à notre texte et posons une espèce: Primus s'est présenté à Secundus comme étant son créancier d'une somme de..... Secundus lui a dit: « jurez qu'effectivement je vous dois cette somme et je

(1) L. 3 pr. D. *de jurejur.*, 12-2.
(2) L. 17 pr. D. *eod. tit.*

vous la paierai. » Primus a juré; malgré cela Secundus refuse de le payer : que va faire Primus ? Primus ira trouver le Préteur et celui-ci lui donnera une formule d'action qui ordonnera au juge, non pas d'examiner si réellement Secundus doit une telle somme à Primus; mais seulement si Secundus a véritablement déféré le serment à Primus sur l'existence de la créance et si Primus l'a prêté. En un mot la question posée dans l'*intentio* de la formule sera une question de fait et non une question de droit; Primus intentera contre Secundus une *actio in factum* (1).

Ainsi le serment volontaire donnera lieu à une action, *l'actio ex jurejurando*, lorsqu'il aura été déféré par le débiteur au créancier sur l'existance de la créance et que ce dernier aura juré qu'elle existe (2).

Qu'arrivera-t-il au contraire lorsque ce sera le demandeur qui aura déféré le serment au débiteur sur l'existence de la dette et que ce dernier aura juré qu'il ne doit rien ? — Ecoutons la loi 7 : L'édit porte : « Je ne donnerai pas d'action pour poursuivre une demande sur laquelle le serment aura été déféré ni contre le défendeur qui aura prêté le serment ni contre ses successeurs ; car, dit la loi 9 : une fois le serment prêté il n'y a plus d'action. Néanmoins si on révoque en doute le fait de la délation et de la prestation du serment il y aura lieu à une exception. »

Nous pouvons appliquer ces données au § 4 des *Institutes*, tit. *de exceptionibus*, qui parle de *l'exceptio ju-*

(1) L. 8. C. *de reb. cred.*, 4-1.

(2) Le serment pourrait également porter sur une difficulté en matière de propriété : L. 9, § 7. D. *de jurejur.*

risjurandi. Voici l'espèce : Primus amène Secundus devant le magistrat pour se faire délivrer contre lui la formule d'une action soit *in rem* soit *in personam* (les deux cas sont prévus). Secundus objecte que Primus lui a déféré le serment sur le point de savoir si sa prétention actuelle était fondée, et qu'il a juré qu'elle ne l'était pas. Le Préteur, qui n'est pas juge du fait, en présence du désaccord des parties sur le fait de la délation et de la prestation du serment, ne refusera pas à Primus la formule qu'il demande, mais il y insérera une exception qui donnera au juge mission d'examiner si le serment a été, oui ou non, déféré et prêté ; si la réponse est affirmative le défendeur sera absous.

Une loi (1) confond l'action de *jurejurando* avec l'action publicienne : cela vient de ce que l'action publicienne est une revendication utile. On comprend, dit M. Demangeat (2), qu'Ulpien, l'auteur de cette loi, confonde l'action *ex jurejurando* avec la publicienne, lorsque cette action *ex jurejurando* tient lieu de la revendication.

Une autre loi (3) qualifie l'action de *jurejurando* d'action utile; voici le texte : « *Julianus ait eum qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere.* Ce texte a donné lieu à beaucoup d'interprétations diverses ; celle de Pothier (4) nous paraît la plus plausible, la voici : Primus possesseur d'un fonds a déféré le serment à Secundus qui menaçait de

(1) L. 7. D. *de public. in rem act.* 6-2.
(2) Cours élément. de Dr. rom. t. II. p. 548.
(3) L. 13 § 1. D. *de jurejur.*
(4) *Pand. Justin.*, tit. *de jurej.*, nº XXXVII.

revendiquer contre lui ; Secundus a juré *fundum suum esse*. Primus a dans la suite possédé le temps requis pour la *præscriptio longi temporis;* malgré cela Secundus pourra toujours exercer utilement contre lui son action *ex jurejurando*, parce que le serment tout comme la *litiscontestatio* a interrompu la *præscriptio longi temporis* (1).

Nous ne nous demanderons point ici quelles sont les personnes qui peuvent déférer le serment volontaire et à qui il peut être déféré. Pour ne pas faire double emploi nous répondrons à ces questions lorsque nous nous occuperons du serment nécessaire.

A l'égard de la relativité du serment volontaire nous renvoyons également à ce que nous dirons sur cette matière à propos du serment nécessaire ; sauf, bien entendu, à signaler les quelques différences qui pourront se rencontrer.

Du serment nécessaire.

Le serment volontaire constitue, nous l'avons vu, une véritable transaction qui n'est obligatoire que lorsqu'elle a été acceptée par chacune des parties. Le serment nécessaire, qui n'est autre que le serment litisdécisoire, a aussi sa base dans une transaction, puisque celui qui le défère consent par cette offre même à perdre son procès, si l'autre partie accède à la condition qui lui est faite. Néanmoins il offre ceci de particulier que la partie à laquelle il est déféré ne sera pas libre de le refuser ; mais

(1) Argument d'analogie de la loi 9, § 3. *eod tit.*

devra forcément le prêter sous peine de perdre son procès (1).

Qui peut déférer le serment nécessaire.

Du principe que le serment nécessaire a à peu près tous les caractères de la transaction (2), il s'en suit que pour pouvoir le déférer il faut avoir la capacité d'aliéner, de faire sa condition pire : conséquemment, ne pourront pas le déférer valablement ceux qui ne peuvent faire leur condition pire.

En premier lieu nous trouvons les impubères : le serment qu'ils auront déféré *sine tutore auctore* n'entraînera contre eux aucune conséquence mauvaise, car dit le texte (3) : *pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet.* » Il est bien évident qu'il est ici question d'un pupille sorti de l'*infantia.*

Que décider à l'égard des mineurs de 25 ans? A ce propos Pomponius et Ulpien ne partageaient pas la même manière de voir (4) : «Si un mineur de 25 ans a déféré le serment de son adversaire et prétend dans la suite avoir été lésé, il aura contre l'exception du serment qui serait opposée à sa nouvelle action, une réplique. » C'était là l'opinion de Pomponius. Ulpien se hâte de corriger ce qu'elle a de trop absolu : «Pour ma part, dit-il, je pense que cette réplique ne doit pas toujours être donnée au mineur, mais que le Préteur doit examiner

(1) L. 34, § 6 *hoc tit.*
(2) L. 2, *eod. tit.* — mais Cujas lib. 18 *ad edict.*
(3) L. 17, § 1. D. — L. 4. C. *eod. tit.*
(4) L. 9, § 4. D. *hoc. titul.*

si le mineur a vraiment été trompé, pour, dans ce cas, lui accorder l'*in integrum restitutio*. En effet en alléguant qu'on est mineur on ne prouve pas toujours qu'on a été trompé. Au reste, ajoute le texte, cette exception et cette enquête ne devront pas dépasser les délais déterminés ; or, ces délais avaient été fixés par Justinien à quatre années à partir de 25 ans accomplis (1). Ces données étaient applicables aux mineurs de 25 ans qui n'étaient pas pourvus d'un curateur et à ceux qui, bien que pourvus d'un curateur, avaient déféré le serment avec ou sans l'assistance de ce dernier.

A partir de Dioclétien et de Maximien une règle nouvelle (2) succède aux anciens principes ; dès lors deux cas sont à considérer : ou le mineur n'a pas de curateur et dans ce cas la loi 9, § 4, reste applicable ; ou le mineur a un curateur et désormais il est considéré comme un prodigue interdit, en sorte que la délation du serment qu'il ferait sans l'assentiment de son curateur serait nulle (3).

Le prodigue, dit la loi 35, § 1, ne peut être admis a déférer le serment. Il en faut dire autant de ceux qui lui sont assimilés, car soit que le serment tienne la place d'une convention, d'un paiement ou d'un jugement, il ne doit être déféré que par ceux qui sont capables de ces actes. » Les personnes assimilées aux prodigues sont d'abord les *furiosi* (4), et par extension les *mente capti*, les sourds, les muets et ceux qui sont frappés d'une

(1) L. 7 C. 2-53.

(2) L. 3. C. *de in integr. rest.* 2-22.

(3) Voët, *ad pandectas hoc titul.* n° 8. — Demangeat, T. 1, p. 395. *Contra* Cujas. *Tit. de verb. obl.* L. 101. — de Vangerow, Lehrbuch, t. 1, §. 291, observ. 2.

(4) L. 1. pr. D. *du curat. fur.* 27-10.

maladie incurable (1). Les circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles ils se trouvent, font que leurs curateurs ne doivent pas se contenter de donner leur assentiment aux actes que feraient ces derniers ; mais qu'ils ont au contraire mission d'agir seuls et en leur propre nom comme gérants d'affaire (2). C'est pour cette raison que la loi 17, § 2, déclare que le curateur d'un fou ou d'un prodigue peut valablement déférer le serment : évidemment parce que le prodigue ne le pourrait pas lui-même.

Enfin, un débiteur ne peut déférer le serment en fraude de ses créanciers. Une loi de notre titre prévoit ce cas (3) et décide que les créanciers auront une réplique tirée de la fraude dont ils ont été victimes lorsqu'on leur opposera l'exception du serment qui avait été déféré au débiteur de leur débiteur. Le même texte prévoit encore le cas ou le débiteur défère le serment non plus à son débiteur mais à un prétendu créancier *ut juret sibi decem dari oportere*. Si lors de l'envoi en possession ce dernier veut se faire payer, ou bien on lui refusera l'action ou on lui délivrera la formule qu'il demande mais après y avoir inséré une exception tirée de la fraude faite aux créanciers.

Recherchons maintenant quels sont en matière de délation du serment les pouvoirs des mandataires légaux ou conventionnels?

En première ligne nous trouvons le tuteur : le tuteur peut-il déférer le serment? Pour répondre à cette ques-

(1) Inst. § 4. *de curat.*
(2) L. 3 § 5 D. *de neg. gest* ; L. 1 § 3 D. *de tutel. et rat.*
(3) L. 9 § 5. *eod. tit.* D.

tion nous allons faire une distinction entre le tuteur du pupille *infans* et le tuteur du pupille sorti de l'*infantia*.

S'agit-il du tuteur du pupille *infans*, c'est à loi 17, § 2, qu'il faut nous rapporter. Cette loi donne au tuteur, *qui tutelam gerit*, le pouvoir de déférer le serment sans réserve aucune, s'il s'agit bien entendu de choses qui peuvent s'aliéner sans décret, mais s'il s'agit d'immeubles ou de meubles que le tuteur ne peut aliener *sine interpositione decreti* (1), il devra obtenir un décret du magistrat, comme s'il s'agissait de transiger (2), car nous avons dit que le serment participe de la nature de la transaction.

S'agit-il au contraire du tuteur du pupille sorti de l'*infantia*, c'est à la loi 35 pr. qu'il faut nous adresser. Dans ce cas, le tuteur qui n'est plus un gérant d'affaire, *mais qui se contente de compléter la personne imparfaite du pupille*, ne pourra déférer le serment qu'en l'absence de toute espèce de preuves. Ajoutons qu'il doit, s'il y a lieu, obtenir un décret, suivant ce que nous avons dit plus haut. Cujas (3), Voët (4) et Faber (5), n'ont pas cru devoir faire cette distinction; pour eux les lois 17, § 2, et 35 pr. se complètent l'une et l'autre. Nous avons trouvé que le sens respectif des deux lois en question, résistait à l'interprétation qu'ils en donnent, et nous avons cru être plus d'accord avec elles en leur faisant viser chacune un cas différent. La loi 17, § 2, parle du

(1) L. 22. C. *de administ. tut.* 5-37.
(2) L. 4 C. *de præd et aliis rebus minor.*
(3) Oper. post. lib. 5 p. 200; *id*, *lib.* 2, p. 228.
(4) Voët, *ad pandectas tit. de Jurej*, nº 8.
(5) Faber, C. *lib.* 4 *tit.* 1 *def.* 20.

tuteur, *qui tutelam gerit*; n'entend-elle pas désigner le tuteur du pupille *infans*, qui n'a point à donner son *auctoritas*, mais à gérer les affaires, puisque le pupille *infans* ne peut faire aucun acte (1)? Ce qui nous encourage encore à persister dans cette opinion, c'est que ce tuteur est assimilé par la même loi au *curator furiosi prodigive*. La loi 35 pr. vise un cas spécial : le pupille voudrait intenter une action, mais il n'a pas de preuve, en sorte que l'action lui sera refusée; le tuteur qui en principe n'a autre chose à faire qu'à lui prêter son concours dans les actes qu'il fait, pourra ici, par exception, déférer le serment à l'adversaire, serment qui aura pour résultat de procurer une action au pupille.

Le curateur d'un *furiosus* ou d'un interdit pour cause de prodigalité peut déférer le serment, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, mais en est-il de même du curateur d'un mineur de 25 ans? Nous ne le pensons pas. La loi 17, § 2, ne parle que du curateur du *furiosus*, ou du prodigue et non du curateur du mineur de 25 ans, parce qu'à la différence du *furiosus* ou du prodigue (2), le mineur de 25 ans peut déférer le serment (3).

Le *procurator* peut déférer le serment lorsqu'il a un mandat général d'administrer tous les biens, ou lorsqu'il a une procuration spéciale à l'effet de déférer le serment, ou enfin lorsqu'il est *procurator in rem suam* (3).

Les pouvoirs des *procuratores* dépendaient de la volonté du constituant, ils variaient donc selon les hypothèses.

(1) L. 1. § 2. D. *de adm. et per. tut.*
(2) L. 35 § 1. *de Jurey* 12-2.
(3) L. 9 § 4. *eod, tit.*
(4) L. 17 § 3 *hoc titul.* — V. L. 13 § 1. D. 2-14.

En dehors des trois cas que nous venons de citer on présumait que le *procurator* n'avait pas reçu des pouvoirs assez étendus pour qu'il pût déférer le serment. Les lois 18 et 19 font une application de ce principe.

Le défenseur d'une ville municipale ou de toute autre corporation ne pouvait déférer le serment que tout autant que sa procuration l'y autorisait (1).

Les fils de famille et les esclaves peuvent-ils déférer le serment?

Nous allons distinguer le cas où ils ont l'administration du pécule et le cas où ils ne l'ont pas.

1° S'ils ont l'administration du pécule ils peuvent déférer le serment, c'est le cas prévu d'une manière générale par la loi 20.

La raison en est, dit la loi 21, que l'esclave peut valablement recevoir un paiement et nover une obligation; or, le serment est assimilé tantôt à un paiement (2), tantôt à une novation (3).

Cette loi 21 suppose résolue une grave controverse. Les textes, en effet, sont loin d'être unanimes pour reconnaître que la capacité de recevoir un paiement implique la capacité de nover. Ainsi les lois 27 *de pactis*, 16 et 25 *de novationibus* paraissent s'y opposer formellement. Ces lois se sont placées, selon nous, dans les hypothèses où les pouvoirs donnés à l'esclave ou au fils de famille n'avaient pas autant d'étendue que dans l'hypothèse de la loi 20. Ce qui confirme notre opinion c'est que la loi 34 *de novationibus*, qui vise la même hypothèse que la loi 20,

(1) L. 34 § 1 D. *hoc titul.*
(2) L. 35 § 1. D. *eod. titul.*
(3) L. 26 § 2 D. *eod. titul.*

donne une décision entièrement conforme à celle des lois 20 et 21.

Ces deux dernières lois disposent pour le cas où l'esclave ou le fils de famille sont demandeurs et n'ont déféré le serment que parcequ'ils n'avaient pas d'autres preuves à apporter. Si au contraire ils étaient défendeurs, ils devraient, semble-t-il, laisser le demandeur justifier ses prétentions comme il le pourrait et il serait pour eux de la dernière imprudence de le constituer juge dans sa propre cause. Malgré cela la loi 22 accorde dans ce cas une action contre le père ou le maître jusqu'à concurrence du pécule. Cette loi, remarquons-le, ne paraît pas avoir été maintenue dans son entier : il est en effet facile de voir d'après son commencement que Paul, son auteur, citait une opinion qui n'était pas la sienne: *quidam putant*... etc.

2° S'ils n'ont pas l'administration du pécule peuvent-ils déférer le serment?

Nous avons ici à faire une distinction entre le fils de famille et l'esclave, distinction du reste qui se trouve dans la loi 5, § 2, *de peculio*. Cette loi accorde bien, en cas de serment déféré par le fils de famille une action contre le père, comme si le fils avait contracté, *quasi contractum sit ;* mais elle décide tout autrement en cas de serment déféré par l'esclave, *sed in servo diversum est.*

Nous terminons ce chapitre en disant que le demandeur et le défendeur ont tous les deux le droit de déférer le serment : en cas de conflit le demandeur à la préférence: « *deferre jusjurandum prior actor potest* » dit Paul (1).

(1) Paul, sent. II, 1 § 2.

A qui le serment peut-il être déféré ?

La prestation du serment ne peut causer aucun préjudice à son auteur, elle ne peut que lui procurer un avantage, c'est pourquoi on l'assimile à une acquisition. En conséquence on décide que le serment peut être déféré à quelle personne que ce soit, même à une personne incapable. Mais, dira-t-on, puisqu'il est reconnu que le pupille ne peut se rendre coupable de parjure par la raison qu'il n'est pas censé tromper avec connaissance, il est évident qu'à proprement parler il n'y a pas eu de serment, car qu'est-ce qu'un serment ou le parjure n'est pas possible ? Le jurisconsulte Paul prévoit cette objection : « en matière de serment, dit-il, on n'a égard ni au sexe ni à l'âge de celui qui l'a prêté : car le serment doit toujours avoir son effet contre celui qui s'en est contenté dans le moment où il le déférait. Il en est ainsi, bien qu'il soit clair qu'un pupille ne peut se parjurer, puisqu'il n'est pas censé tromper avec connaissance de cause (1). » Le serment prêté par le pupille aura donc tout son effet contre le *deferens* et ce dernier devra s'imputer d'avoir déféré le serment, car il était libre de ne pas agir ainsi. Si au lieu de prêter serment le pupille l'a refusé, il est constant qu'on ne pourra se prévaloir de son refus de prêter le serment, pas plus qu'on ne pourrait se prévaloir de la délation faite par lui : c'est en ce sens qu'Ulpien

(1) L. 26 pr. D. *h. titul.*

dit : « *pupillo non defertur jusjurandum* (1) » Cette règle du reste est applicable à tous les incapables : ils ne peuvent *deteriorem facere conditionem*, ils ne peuvent donc pas compromettre leurs droits par un refus de serment.

Les fils de famille et les esclaves peuvent prêter le serment qu'on leur défère sans avoir l'administration du pécule, car en faisant cela ils ne peuvent qu'augmenter le patrimoine du père ou du maître (2). Si au lieu de prêter le serment ils le refèrent ou le refusent, nous aurons à appliquer les principes que nous avons déjà exposés. Ainsi, s'ils ont la libre administration du pécule et si le litige porte sur le pécule l'adversaire à qui le serment aura été refusé ou référé pourra l'opposer au père ou au maître jusqu'à concurrence du pécule (3). S'ils n'ont pas l'administration du pécule, mais qu'il y ait un pécule, le serment refusé ou référé préjudiciera au père dans les limites du pécule, si c'est le fils qui a référé ou refusé le serment, mais le serment refusé ou référé par l'esclave ne nuira point au maître (4). Enfin, s'il n'y a pas de pécule, le serment référé ou refusé par le fils de famille ou par l'esclave ne portera aucune atteinte aux droits du père ou du maître (5). — Le père peut également jurer que son fils ne doit rien et ce serment profitera à l'un et à l'autre (6).

Plusieurs textes prévoient le cas où le *procurator* ou le

(1) L. 34 § 2 *eod. titul.*
(2) L. 20. L. 23. L. 24, *eod. titul.*
(3) L. 20. L. 22. *eod. titul.*
(4) L. 5 § 2. *de peculio* D.
(5) L. 24 *in fine* D. *hoc titul.* 12-2
(6) L. 26 § 1 D. *eod. tit.*

défensor (1) ont prêté serment, et ces mêmes textes décident que ce serment profitera au maître. Néanmoins, il peut très-bien se faire qu'ils ignorent le fait sur lequel doit porter le serment, aussi ne peut-on se prévaloir de leur refus de jurer. « Le *procurator* pas plus que le *défensor* ne peuvent être forcés à prêter serment, dit Ulpien, ce qui fait que Julien écrit, au livre 10 du *Digeste* que le *défensor* n'est point tenu de jurer et qu'il lui suffit d'être prêt à recevoir jugement » (2). — Justinien (3) décide que l'absent doit prêter serment lui-même. Il prévoit deux hypothèses : ou l'absent est assez peu éloigné pour qu'il ne lui soit pas impossible de se rendre au lieu où se juge le procès ; et dans ce cas on lui donnera un délai, passé lequel il s'exposera à perdre son procès s'il n'a pas comparu en personne; ou il est si éloigné qu'il ne peut se déplacer, il faudra alors que dans la province, où il habite, il se rende avec des témoins devant les préposés aux actes publics et prête le serment ou le refère ou le récuse. L'adversaire pourra d'ailleurs se faire représenter par procureur spécial ou assister en personne à l'exécution de ces formalités; le procès pendant ce temps aura suivi son cours ; le juge aura examiné toutes les questions indépendantes du serment, et d'après le résultat obtenu sur ce dernier point on décidera conformément aux règles générales. » On ne peut pas non plus forcer les curateurs ou tuteurs à prêter serment quand ils estent en justice, par exemple, au nom du pupille *infans*, du *furiosus* ou de l'interdit pour cause de prodigalité; si

(1) L. 9 § 6; L. 42, § 2. D. *eod. tit.*
(2) L. 34 § 3 D. *eod titul.*
(3) L. 12 § 4-5. *de reb. cred. et Jurej*, C. 4-1.

néanmoins ils jugent à propos de prêter serment, ce serment profitera à ceux qu'ils représentent (1). Les *legati provinciales* ne pouvaient pas être forcés de prêter serment, par la raison que nous nous occupons ici du serment judiciaire et que ces derniers ne pouvaient être forcés *judicium accipere* (2).

Enfin, suivant l'ancien Droit il y avait des personnes à qui la religion défendait de prêter serment, comme nous l'apprend Aulu-Gelle (3) : telles étaient les vestales et les Flamine de Jupiter, auxquels conformément à l'usage reçu, l'on ne pouvait déférer le serment. De là ce fragment de l'édit perpétuel : « *Sacerdotem vestalem, et flaminem dialem, in omni mea jurisdictione jurare non cogam* » (4).

Formes du serment.

Le serment le plus solennel chez les anciens Romains s'adressait à Jupiter, le père des dieux. Celui qui jurait prenait une pierre et la jetait en disant : *Si sciens fallo, tum me diespiter, salva urbe arceque, bonis ejiciat, ut ego hunc lapidem* (5); ce serment se prêtait d'ordinaire au Capitole (6).

L'influence du polythéisme grec fit du reste varier à l'infini la forme du serment, aussi voyons-nous que les

(1) Arg. d'analogie L. 4 pr. *de in litem Jurej.*, 12-3.

(2) L. 35, § 2, D. *de Jurej.*

(3) Aulu-Gelle, nuits attiques x, 16.

(4) Pothier, lib. xii, *pandectarum*, tit. ii, § ii.

(5) *Festus verbo lapidem.*

(6) Pline, *lib.* 2, *cap.* 7 : *alii in ipso Capitolio fallunt, ac fulminantem pejerant Jovem.*

textes laissent à celui qui défère le serment la plus grande latitude dans le choix des formules : *omne omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis sibi jurari stabitur* (1). Quand le serment n'était pas *licitum*? Ulpien répond à cette question : « si quelqu'un, dit-il, avait déféré un serment illicite, en exigeant, par exemple, qu'on jurât par un point d'une religion publiquement défendue, il faut examiner si ce serment ne serait pas comme non avenu, et à mon avis on doit le réputer tel (2). » Mais on était libre de déférer le serment d'après une superstition ou une croyance particulière, pourvu que cette croyance ne rentrât point dans les rites d'une religion défendue. Au temps ou écrivait Ulpien, par religion publiquement défendue on entendait la religion chrétienne, et au temps de Justinien les sectes hérétiques ou le paganisme.

Celui à qui le serment était déféré devait le prêter dans les termes même de la délation : *jurari autem oportet ut delatatum est jusjurandum* (3). Ainsi, si je vous ai déféré le serment pour que vous juriez en prenant Dieu à témoin, et que vous ayez juré par votre tête ou par celle de vos enfants (4), votre serment n'aura aucun effet (5). Ulpien cite encore un exemple analogue ; il s'agit de quelqu'un qui a juré pour son salut : certes un tel serment est équivalent à celui par lequel il aurait pris Dieu à témoin, puisqu'en réalité il n'a juré ainsi que par respect pour la divinité ; cependant ce serment ne sera pas valable si on ne

(1) L. 5, pr. D. *de Jurej.*
(2) L. 5, § 3, D. *eod. titul.*
(3) L. 3, § 4, D. *de Jurej.*
(4) L. 4, D. *eod. titul.*
(5) L. 5, pr. D. *eod. titul.*

le lui a pas déféré précisément de cette manière et il devra de nouveau jurer, en prenant cette fois Dieu à témoin, si telle a été la délation (1).

Si les parties ne s'accordent pas pour déterminer la forme du serment, c'est au juge à la fixer (2).

Parmi les nombreuses formes du serment en usage chez les Romains, nous ne saurions passer sous silence, le serment qui se faisait par le génie de César, conséquence extrême de l'adulation impériale. Disons cependant à la louange de Tibère qu'il ne voulut jamais permettre qu'on jurât par son génie, dans la crainte de dérober à la divinité un des principaux hommages qui lui sont dus (3).

Le serment, qui d'ordinaire se prêtait devant le Préteur ou devant le juge pouvait par exception se prêter à domicile quand il s'agissait de personnages illustres, ou de personnes retenues chez elles pour cause de maladie : on leur envoyait un délégué pour recevoir le serment (4). Il en était de même pour les femmes d'une réputation honorable (5). Dans le dernier état du droit, les évêques, les clercs prêtent serment dans les églises en touchant les saintes Ecritures. L'adversaire avait toujours le droit, soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoir, d'assister à la prestation du serment, excepté quand il s'agissait des femmes qui conservaient le droit de jurer en l'absence de l'autre partie (6).

(1) L. 33, *eod titul.*
(2) L. 34, § 5, D. *eod titul.*
(3) *Diom Cassius*, liv. 57 de son histoire.
(4) L. 15, D. *de Jurej.*
(5) Nov. 124, c. 1.
(6) Nov. 123, c. 7; nov. 124, c. 1.

Dans quelles contestations et à quelles conditions le serment peut-il être déféré?

Jusjurandum, dit Ulpien, *et ad pecunias et ad omnes res locum habet*» (1). Le même jurisconsulte dit aussi: « *Quacumque autem actione quis conveniatur, si juraverit proficiet ei jusjurandum : sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive pœnali actione vel quavis alia agatur, sive de interdicto* (2). Ces textes d'une porté si générale nous font voir clairement toute l'importance du rôle que jouait le serment dans une législation pourtant si formaliste en matière de conventions et de preuves : c'est sous l'influence de cette idée que Gaïus a pu dire : « *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jusjurandi religio* » (3).

Ainsi le serment est admissible, non-seulement dans les procès où un intérêt pécuniaire est engagé, mais encore en matière de questions d'état ou d'actions intentées au criminel. « Si l'on a prêté serment sur la condition d'une personne, dit Ulpien, le Préteur fera observer ce serment, et il donne pour exemple le cas ou le défendeur ajuré qu'il n'était pas sous la puissance du demandeur (4). Plus loin le jurisconsulte Paul donne une décision analogué à propos d'une question d'affranchissement : « si le patron, dit-il, ayant déféré le serment à son affranchi,

(1) L. 34, pr. D. *eod. titul.* — Idem, Paul sent. *lib.* II, t. 1.
(2) L. 3, § 1, D. *eod titul.*
(3) L. 1, *de Jurej.*, 12-2.
(4) L. 3, § 2, *eod. titul.*

celui-ci affirme qu'il n'est point un affranchi, son ressentiment sera pris en considération en sorte que le patron ne pourra plus demander ni les *operæ libertorum* ni la *bonorum possessio contra tabulas.* (1) » Enfin, dit Ulpien, on peut, comme l'écrit Marcellus, faire usage du serment dans une contestation où il s'agit de savoir si une femme qui invoque l'édit carbonien est véritablement enceinte (2). Dans les causes criminelles si l'accusé a prêté serment, il est hors de doute que son serment sera valable : « Dans les actions populaires (c'est-à-dire criminelles) le serment prêté par le défendeur ne sera opposable aux tiers que tout autant qu'il aura été déféré de bonne foi, en effet dans ces sortes d'action celui qui agit n'éteint la demande que s'il n'agit pas par collusion avec le défendeur (3). » Il serait en effet trop facile de se faire donner par un compère l'occasion de prêter un serment fallacieux et de se procurer ainsi l'impunité. Mais l'accusateur pouvait-il contraindre l'accusé à prêter serment? Le serment était-il forcé en matière criminelle, comme en matière civile? Nous ne le pensons point en présence d'une loi du Code ainsi conçue : « *Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre in publicam notationem debere, qui munita sit idoneiis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita* » (4). Le refus de l'accusé de prêter serment constituerait-il une preuve plus claire que le jour de sa culpabilité? C'est possible; mais il nous semble que l'intention du législateur qui

(1) L. 30, § 4, *eod titul.*
(2) L. 3, § 3, *eod. titulo.*
(3) L. 30, § 2, D. *de Jurej*, 12-2.
(4) L. 25, C. *de probationibus*, IV-19.

a édicté cette loi était d'empêcher les accusateurs d'intenter des actions publiques sans être munis de documents irréfutables; or, poursuivre criminellement un individu dans l'espoir qu'il refusera de jurer qu'il n'est pas coupable, ce n'est point avoir d'ores et déjà des preuves suffisantes, ce n'est point se conformer au vœu du législateur.

Une condition indispensable à la validité de la délation du serment est la suivante : le serment doit porter sur un fait personnel à celui auquel il est déféré : *iniquum est de alieno facto alium jurare* (1). On ne peut ignorer son propre fait; mais on peut légitimement ignorer le fait d'autrui. C'est un principe d'équité consacré par plusieurs textes (2), principe sur lequel il est inutile d'insister.

On s'est demandé sous notre ancienne jurisprudence, si l'on pouvait déférer le serment en l'absence de toute espèce de preuve? Nous apprécierons dans notre thèse française les arguments de l'affirmative et de la négative, et nous nous contenterons d'avancer ici que, selon nous, c'est l'affirmative qui doit l'emporter.

Effets généraux de la délation et de la prestation du serment nécessaire.

Le demandeur, supposons-le, a déféré le serment au défendeur : comment les choses vont-elles se passer? Le

(1) L. 11, § 2, D. *rerum amotarum* 25-2.
(2) L. 42, *de regulis jur.* — Paul, sent. lib. 2, tit. 1, § 4.

défendeur aura trois partis à prendre : 1° prêter le serment ; 2° le référer ; 3° exiger du demandeur le serment de *calumnia*. Si pénétré de la justice de sa cause il prend le premier parti, il gagne son procès. Si sa conscience lui fait un devoir de ne pas s'engager légèrement dans un acte aussi solennel, il a la faculté de référer le serment, c'est-à-dire de rejeter sur son adversaire l'obligation que celui-ci voulait lui imposer, et cette fois l'adversaire sera obligé de jurer (1). Mais le défendeur doit-il référer le serment dans les termes mêmes dans lesquels il a été déféré ? « Cela n'est pas toujours nécessaire, dit Ulpien : la *diversité des choses* et la *qualité des personnes* peuvent apporter quelques variétés *dans la relation* du serment, et dans ce cas, c'est au juge qu'il appartient de déterminer de quelle manière le serment sera référé (2).» Comment la diversité des choses, *diversitas rerum*, pourra-t-elle influer *sur la relation* du serment ? Les mots *diversitas rerum* doivent sans doute s'entendre du cas, où celui à qui on veut déférer le serment ne se trouve pas en mesure de jurer parce que le fait ne lui est pas personnel : un héritier, exerçant les droits de son auteur, défère par exemple le serment au débiteur, celui-ci ne pourra le référer dans les termes mêmes de la délation ; il faudra pour le référer modifier la formule. L'expression *qualitas personarum* vise une question de forme : ce qui le prouve c'est que la loi 12, § 5 au code (4-1) reproduit cette expression et ajoute que le juge devra tenir compte de la qualité des personnes pour leur faire

(1) L. 25. § 1. *De pecun const.* 13-5.
(2) L. 34. § 8. *De Jurej.* D. 12-2.

prêter serment soit devant lui, soit à leur domicile, soit dans les églises. Si, par exemple, un évêque ou un clerc ayant déféré le serment, son adversaire veut le lui référer, comme les évêques et certains clercs n'étaient pas astreints à jurer, mais pouvaient se borner à une simple affirmation, il y aura lieu à une modification de la formule, dont le juge sera souverain appréciateur.

Enfin, avons nous dit, le défendeur pourra exiger du demandeur le serment de *calumnia* : exiger le serment de *calumnia*, c'est forcer le demandeur à jurer qu'il n'agit pas par esprit de chicane (1). Nous reviendrons plus loin sur le serment de *calumnia*.

Si le défendeur ne prend pas un de ces trois partis, c'est-à-dire s'il refuse de prêter serment, il perd son procès (2), car ce refus est un aveu évident de l'injustice de sa cause « *manifestæ turpitudinis et confessionnis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre* (3) ». — Mais le défendeur qui a ainsi succombé n'a pas perdu tout recours. Il peut interjeter appel en se fondant sur ce que le *serment ne lui a pas été régulièrement déféré*; et si le juge d'appel reconnaît que le serment a, en effet, été mal déféré, il pourra, en connaissance de cause, corriger le premier jugement; mais si au contraire il prononce que le serment a été régulièrement déféré, le premier jugement se trouvera confirmé par cette décision (4).

Comme nous avons déjà eu occasion de le dire, le serment a pour base une sorte de transaction, *speciem*

(1) L. 34. § 4. D. *De Jurej.*
(2) L. 34. § 6. D. *Eod. tit.*
(3) L. 38. D. *Eod. tit.*
(4) L. 12. C. *De rebus cred.* 4-1.

transactionis continet, il s'en suit qu'il ne pourra pas être question de recourir à la voie de l'appel en cas de parjure prouvé. C'est en ce sens que la loi 2 dit : *majoremque habet autoritatem quam res judicata, quia*, dit Cujas, *a re judicata appellare potest.* Un exemple est nécessaire pour bien faire ressortir ce principe : Primus a déféré le serment à Secundus sur l'existence d'une créance qu'il prétendait avoir contre lui, Secundus a juré qu'il ne devait rien et tout a été dit. Les circonstances veulent que dans la suite on découvre qu'il a commis un parjure et que la dette existait réellement. Au premier abord, on est vivement tenté de décider qu'il y a lieu de revenir sur la première décision ; mais si l'on recherche froidement ce qui s'est passé entre les parties, on cesse d'être en contradiction avec les textes. Lorsque Primus a déféré le serment à Secundus, il a proposé une transaction, il n'a mis à son désistement qu'une condition qui est la suivante : « Si vous prêtez le serment » ; or, comme le fait remarquer M. de Savigny, celui qui défère le serment ne fait pas dépendre la perte du procès du fait que son adversaire aura ou n'aura pas dit la vérité ; il espère bien que son adversaire n'osera pas se parjurer, mais il consent tacitement à courir les risques du parjure. Ulpien (1) indique bien que Labéon était d'avis d'accorder l'action *de dolo* contre le parjure ; mais il ajoute que cet avis n'était partagé ni par Pomponius, ni par Marcellus, en un mot qu'il n'avait pas prévalu. Julien est du même avis. Enfin la loi 1 au Code est ainsi conçue : *causa jurejurando, ex consensu utriusque partis vel*

(1) L. 21. D. 4-3. *De dolo,*

adversario inferente delato et prestito vel remisso decisa nec perjurii pretextu retractari postest, nisi specialiter hoc lege excipiatur. Une cause qui a été terminée par le serment du consentement des deux parties, soit qu'il ait été déféré, référé et prêté ou remis, ne peut plus être reproduite en justice, même sous prétexte de parjure, si ce n'est dans un cas excepté par la loi. » — Cette exception est contenue dans un texte de Justinien, voici l'espèce : un individu se disant légataire demande contre l'héritier du *de cujus* la délivrance d'un legs qu'il prétend lui avoir été laissé. Il ne paraît pas de testament; l'héritier défère le serment au prétendu légataire, et ce dernier jure qu'il est véritablement légataire : à la suite de quoi l'héritier lui délivre le montant du legs. Il est prouvé dans la suite qu'il n'y a jamais eu de legs. Justinien dans ce cas autorise la répétition du legs, car, dit-il, il serait immoral qu'une personne pût retirer un avantage de son parjure (1). — Si cette raison si générale était la vraie raison, on serait entraîné à décider qu'il faut annuler tous les serments où le parjure se trouverait postérieurement prouvé. Il est bien plus conforme aux principes d'adopter l'explication fournie par la glose d'Accurse, laquelle justifie la décision de notre loi par les données d'un texte de Gaïus; ce texte est ainsi conçu : « De his » controversiis quæ ex testamento proficiscuntur neque » transigi, neque exquiri veritas, aliter potest, quam ins- » pectis, cognitisque verbis testamenti (2). » Or, dans l'espèce on n'avait pu consulter les termes du testament,

(1) L. 13, C. *De reb. cred. et Jurej.* 4-1.

(2) L. 6. D. *De transactionibus* 2-15.

puisque on ne l'avait pas lors du procès ; on ne pouvait donc pas transiger sur le litige, ni par conséquent le trancher par le serment, puisque le serment est une espèce de transaction. Cette explication a l'avantage de laisser intacte la règle générale, à savoir que le parjure ne donne ouverture à aucune action privée (1). Donnait-il au contraire ouverture à une action publique ?

Jurisjurandi contempta religio satis deum ultorem habet, dit l'empereur Alexandre (2). Le soin de punir le parjure fut d'abord uniquement réservé à la divinité ; plus tard on prit l'habitude, nous l'avons vu, de jurer *per genium principis* : dès ce moment il y eut des peines criminelles contre le parjure. C'est ce qui faisait dire à Tertullien : « citius apud vos per omnes Deos quam per genium » Cæsaris peieratur (3). » La peine édictée contre le parjure était celle de la fustigation ; et, afin que ce châtiment ne manquât pas son but, le bourreau tout en s'acquittant de ses fonctions devait répéter au coupable ces mots : « προπετως μη ομνυς », c'est-à-dire, ne jure pas témérairement (4).

Les textes assimilent la remise du serment faite par celui qui le défère ou le réfère à la prestation effective du serment. Qu'est-ce à proprement parler que la remise du serment. « Une partie, dit Paul, remet le serment lorsque, l'ayant déféré et l'adversaire étant prêt à le prêter, elle lui en fait grâce et se contente de l'intention où il était

(1) V. Pothier, *lib.* XII. tit. II. N° 48. Savigny traité du droit rom. 7. § 311. Note V.

(2) L. 2. C. *De rebus cred et de Jurej.* 4-1.

(3) *Apologet. cap. 18 in fine.*

(4) L. 13. § 6. D. *De Jurej.* 12-2. V. L. 16. C. 2-12.

de le prêter ». Il faut donc que l'adversaire soit prêt à jurer et que le *deferens* déclare se contenter de cette preuve : ces deux conditions sont indispensables; aussi le jurisconsulte ajoute : « Si la partie à qui le serment a été déféré n'a pas voulu prendre sur elle de le prêter, le serment n'est pas censé remis, quoique l'adversaire ne veuille plus le déférer lorsque l'autre partie offre par la suite d'affirmer ; parce qu'un serment ne peut être censé remis, qu'autant que la partie se sera chargée de le prêter » (1). — Dans un autre texte Paul oppose le serment *propter rem* au serment de *calumnia* dont le père et le patron sont dispensés et il décide qu'on ne dispense du serment *propter rem*, c'est-à-dire, sur la sincérité de la dette ni le père ni le patron (2). — La raison de cette décision, dit Pothier (3), c'est qu'il n'est point honteux de prêter le serment *propter rem*, tandis qu'exiger d'une personne le serment de *calumnia*, c'est mettre son horabilité en grande suspicion.

La remise du serment n'est pas soumise à des formalités déterminées, il suffit de la simple manifestation de la volonté. Ainsi Labeon décide que l'on peut faire la remise du serment à une partie absente qui ignore que la remise lui est faite (4). — Enfin, la remise du serment constitue une véritable renonciation à un droit acquis, il faut donc pour consentir valablement un tel acte, avoir la capacité d'aliéner ; c'est pour cette raison que Modestin

(1) L. 6. D. *Eod. tit.*

(2) L. 14 D. *Eod. tit.*

(3) Pothier, *lib.* XII. tit. II. *Pandect.* N° 7. Note 5.

(4) L. 41. D. *De Jurej.* 12-2.

décide que le pupille ne peut faire la remise du serment (1).

Effets spéciaux du serment prêté ou refusé soit in jure *soit* in judicio.

Cette matière est des plus compliquées ; pour l'exposer avec ordre et clarté nous allons avoir recours à des divisions et à des subdivisions.

I. LE DEMANDEUR ET LE DÉFENDEUR SONT EN PRÉSENCE IN JURE.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le serment est déféré par le demandeur au défenseur : celui-ci le prête ou le refuse.*

§ 1er. — *Effets du serment prêté par le défendeur.*

Devant le Préteur comme devant le *judex* il s'engageait un véritable procès, en ce sens que le Préteur ne délivrait une formule d'action que tout autant que le demandeur justifiait ses prétentions au moins en partie. Primus se prétend créancier de Secundus ; mais il n'a pas de preuve à fournir ; que fera-t-il ? Il ira devant le Préteur et il dira à Secondus : « Jurez que vous ne me devez rien et j'abandonne mes prétentions. » Dans notre hypothèse Secundus a juré : tout sera terminé là, car le Préteur refusera l'action à Primus : *ejus est actionem denegare qui potest dare* (2). Si quelque temps après Primus reparaît

(1) L. 32. D. *Eod tit.*
(2) L. 102, § 1. D. *De regul Jur.*

devant le magistrat avec un commencement de preuve et renouvelle sa prétention, il n'y aura point lieu malgré cela à lui délivrer une formule corrigée par une exception; mais l'action lui sera cette fois encore purement et simplement refusée. Si néanmoins Secondus ne peut prouver qu'il a précédemment prêté serment, le prêteur, qui n'est pas juge du fait, délivrera bien à Primus la formule qu'il demande; mais il y insérera une exception qui donnera au juge mission d'examiner si Secundus a réellement juré qu'il ne devait rien lors de la première demande (1).

§ 2. *Effets du serment refusé par le défendeur.*

Toujours dans la même hypothèse, si Secundus au lieu de prêter le serment que lui a déféré Primus, le refuse, il avoue implicitement la légitimité de la demande dirigée contre lui et il y aura lieu de lui faire l'application du texte d'Ulpien : *si non jurat solvere cogendus erit a Pretore* (2). Nous renvoyons ici à la distinction que nous faisons à propos des effets du serment prêté par le demandeur, cas entièrement analogue à celui-ci.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le serment est déféré par le défendeur au demandeur : celui-ci le prête ou le refuse.*

§ 1er. *Effets du serment prêté par le demandeur.*

Dans notre hypothèse le défendeur comptant sans doute sur un refus de prêter serment de la part du

(1) L. 7, 8 et 9 D. *De Jurej.* 12-2.
(2) L. 34. § 6. D. *Eod. tit.*

demandeur et dans l'intention de paralyser ainsi immédiatement l'action dirigée contre lui, a dit à son adversaire : « Jurez que la créance que vous prétendez avoir contre moi existe et je vous la paierai. » Le demandeur a juré. Quel va être l'effet de ce serment?

Si l'action intentée était une *condictio certi*, c'est-à-dire si son objet était une somme d'argent déterminée, le Préteur ne délivrera pas d'action ; mais il pourvoira directement à l'exécution de la demande. Cette décision s'appuie sur la loi 34, § 6 D. h. T. où le Préteur déclare que si le défendeur refuse de jurer il le contraindra à payer : le cas où le défendeur refuse de jurer que la dette n'existe pas et le cas où le demandeur jure que sa créance existe sont des cas identiques qui doivent forcément entraîner des conséquences analogues. Telle est du reste l'opinion de M. de Savigny : « en pareil cas, dit-il, le serment supplée en réalité au jugement et rend inutile le *judex* et la *litiscontestatio* (1). » En un mot le Préteur autorisera les mêmes voies de contrainte qu'il aurait autorisées s'il y avait eu jugement prononcé (2).

Dans toute autre espèce d'action dont l'objet ne sera pas une somme déterminée, le Préteur devra renvoyer devant le *judex* et celui-ci aura mission d'arbitrer le montant de la condamnation (3). « Une fois le serment prêté, dit encore M. de Savigny, un procès régulier s'engage devant le *judex*. Plusieurs auteurs prétendent à tort que c'est là une *actio in factum de jurejurando* (4).

(1) Traité de droit rom. t. 7. § 312. Note t.
(2) L. 8. C. *De rebus cred et* 4-1. L. 25. § 2. D. *Ad leg. Aquil.* L. 6. D. 42-2.
(3) V. L. 25. § 2. *Ad leg. Aquil.*
(4) Bayer, *Worlesungen* p. 401-402.

C'est bien plutôt la continuation de l'action déjà intentée et elle s'exerce d'une manière moins complète que s'il n'y avait pas eu de serment. Ainsi, plus de *litiscontestatio* proprement dite et le *judex* n'a plus à apprécier le mérite de la réclamation, mais seulement à en fixer la valeur ; enfin, la formule sera conçue à peu près en ces termes : *Quod A. Agerius juravit, N. Negidium fundum Cornelianum ipsi dare oportere, quanti is fondus est, eum condemna.* L'*intentio si paret dare oportere* était inutile car le serment avait déjà établi le fait (1). »

Nous avons supposé dans notre hypothèse que le défendeur a déféré directement le serment au demandeur, il va sans dire que le serment prêté par le demandeur, alors que le défendeur le lui a référé, produit les mêmes effets.

§ 2. *Effets du serment refusé par le demandeur.*

Si le demandeur refuse de jurer que sa créance existe, il avoue par cela même que sa demande est injuste et le Préteur ne lui délivrera pas d'action (2). Le refus de prêter serment de la part du demandeur produira des effets analogues à ceux du serment prêté par le défendeur.

II. LE DEMANDEUR ET LE DÉFENDEUR SONT EN PRÉSENCE IN JUDICIO.

On a soutenu qu'avant la supression de l'*ordo judiciorum*, le serment ne pouvait pas être déféré *in*

(1) Savigny, traité de droit rom. t. 7. § 312. V. L. 11. § 3 *de Jurej.* 12-2.
(2) L. 38. D. *De Jurej* 12-2.

judicio. Cette opinion se base sur une interpolation de tous les textes qui parlent de la délation du serment devant le juge (1). En effet, dit-on dans ce système, prenons la loi 34 : le § 9 contient ces mots *quum res in jusjurandum demissa sit judex jurantem absolvit.... nolentem jurare reum condemnat, non solventem condemnat*; or, c'est précisément ce que dit le § 6 de la même loi à propos du Préteur, il y a donc interpolation. L'interpolation, dit M. de Savigny, n'est pas impossible ; mais elle n'est pas absolument nécessaire. En cette procédure les fonctions du Préteur n'ont jamais différé essentiellement de celles du *judex* ; il est donc tout naturel qu'Ulpien nomme indifféremment l'un ou l'autre à propos des mêmes fonctions. Du reste un texte de Paul (2), en parlant de la preuve à administrer devant le *judex*, mentionne le serment prêté devant le *judex* dans des termes appropriés au droit nouveau ; ce n'est pourtant pas un texte interpolé.

Le serment prêté devant le *judex* doit certainement produire un effet, puisque le serment extrajudiciaire en produit un. L'incertitude ne peut donc porter que sur le cas où le serment est refusé devant le *judex* : on se demande alors si le *judex* avait les mêmes moyens de contrainte que le Préteur? Remarquons qu'il ne s'agit pas ici de condamner à une amende, il ne s'agit absolument que de tenir pour vrai le contraire de ce qu'aurait pu jurer celui qui refuse le serment. Pourquoi le *judex* ne le pourrait-il pas? La loi 38 h. tit. paraît avoir été

(1) Keller, *litiscontestation*, p. 50-51. — Zimmern, § 135. — Puchta, § 171.
(2) L. 25 § 3, D. *de probat*, 22-3.

écrite spécialement pour justifier le *judex* qui traitant le refus de jurer comme un aveu judiciaire en fait la base de sa sentence. Cette loi, en effet, ne peut s'appliquer au serment extrajudiciaire où l'on n'était jamais forcé de jurer et où il n'y avait pas de référé; elle ne s'applique pas davantage au serment *in jure* (1), car les moyens de contrainte dont disposait le Préteur n'avait pas besoin d'être justifiés : elle se rapporte donc tout naturellement au serment déféré devant le *judex*. Cette argumentation se trouve corroborée par l'autorité de Sénèque : nous voyons en effet, dans le procès d'Albutius, le tribunal des *Centumvirs*, qui faisait l'office de *judex*, assimiler à un aveu judiciaire le refus de serment et le prendre pour base de sa sentence (2).

Sous Justinien il n'y a plus de distinction entre le *judex* et le Préteur, dès lors l'alternative que prononçait autrefois le Préteur : « *solvere aut jurare cogam* (3) se trouve littéralement appliquée au *judex; « per judicem solvere vel jurare..... necesse habet »* (4).

Cela dit posons nos hypothèses :

1re Hypothèse. — *Le demandeur a déféré le serment au défendeur : ce dernier l'a prêté ou l'a refusé.*

§ 1er. *Effets du serment prêté par le défendeur.*

Observons d'abord que *in judicio*, la question ne porte plus que sur des faits et non sur des rapports de droit. Le

(1) Opinion de Puchta, § 173-e.
(2) Sénèque, *controv.* liv. III. préf.
(3) L. 34, § 6. D. *de jurej.* 12-2.
(4) L. 9. C. de R. *cred. et jur.* 4-1.

demandeur n'agit qu'en vertu de la formule qui lui a été délivrée : le défendeur ne peut alléguer que les exceptions qui lui ont été concédées. Supposons un procès né à l'occasion d'une vente ; le demandeur n'aura à prouver devant le *judex* que les faits dont la réunion constituent le contrat appelé vente ; le défendeur ne pourra opposer que des preuves tendant à démontrer, ou que le contrat n'était pas valable, ou qu'il l'a de son côté exécuté. Primus a vendu à Secundus le fond Cornélien ; un procès s'est élevé entre eux à ce propos : Secundus prétend que le fonds en question ne lui a pas été livré. Le Préteur lui a délivré une formule qui donne au juge mission d'examiner s'il y a eu, ou s'il n'y a pas eu livraison. Devant le juge Secundus, demandeur, soutient son dire et dit à Primus. « jurez que vous m'avez livré le fonds Cornélien et je vous tiens quitte. » Primus a prêté le serment demandé : il est clair que ce serment sera la base d'un jugement qui absoudra Primus le défendeur, et les choses se passeront comme si la conviction du juge s'était formée par toute autre espèce de preuve (1). Cette décision aura une portée dans l'avenir analogue à celle de tout jugement et le défendeur une fois absous aura une exception pour repousser de nouvelles attaques, pourvu bien entendu, que le procès ultérieur soit le renouvellement de l'ancien procès et n'ait par une existence indépendante. Il en sera ainsi toutes les fois que le second jugement ne pourrait que contredire directement tous les faits affirmés par celui qui a juré. Cette donnée ressort d'une foule de textes qui s'appliquent

(1) L. 18 *in fine*, C. 2-12.

tant au serment extrajudiciaire qu'au serment judiciaire. « Pour que le serment prêté dans le premier procès, dit M. de Savigny puisse exercer son influence sur la décision du second, il s'agit uniquement de constater que tous deux ont pour base une *eadem quæstio* (1). L'influence du serment comme celle du jugement s'exerce sans égard aux circonstances suivantes :

1° Différence de l'objet extérieur (2)

2° Différence de l'action (3)

3° Différence du rôle : le serment lie aussi bien celui qui le prête que son adversaire (4). »

§ 2. *Effets du serment refusé par le défendeur.*

Lorsque Secundus a dit à Primus : Jurez que vous m'avez livré le fonds Cornélien et je vous tiens quitte, il a dit implicitement : Mais si vous refusez de jurer, vous avouez par cela même que vous ne me l'avez pas livré. Si donc Primus a refusé de prêter serment ; que devra faire le juge ? Il devra, comme nous l'avons dit plus haut, tenir pour vrai le contraire de ce qu'aurait pu jurer Primus ; il prendra le refus de ce dernier comme base de son jugement et il donnera gain de cause au demandeur.

(1) L. 28 § 4 et 7 *de jurej.* 12-2 — V. aussi L. 12 ; l. 13 ; l. 14 D. *de except rei jud.* 44-2. — V. L. 7 *de excep. rei judic.* 44-2.

(2) L. 11 § 3 ; l. 7 *eod. tit.*

(3) L. 28 § 4, 6-9 — L. 13 § 2 — L. 3 § 4 — V. aussi L. 7 § 4 D. *de excep. ei jud.* L. 5 h. tit.

(4) L. 13 § 3-5.

2me Hypothèse. — *Le défendeur a déféré le serment au demandeur : ce dernier l'a prêté ou l'a refusé.*

§ 1er. *Effets du serment prêté par le demandeur.*

Nous pouvons supposer ici que Primus le défendeur au lieu de prêter serment ou de le refuser l'a référé à Secundus: Jurez vous-même ; lui a-t-il dit, que je ne vous ai pas livré le fond en litige et je me tiens pour battu. Secundus a juré. Ce serment aura pour effet de confirmer entièrement les faits compris dans la formule : le jugement qui interviendra devra donc être en faveur du demandeur.

§ 2. *Effets du serment refusé par le demandeur.*

Toujours dans la même hypothèse Secundus le demandeur à qui le serment est référé, pourra-t-il le refuser en offrant de faire la preuve des faits sur lesquels il doit porter? Nous ne le pensons pas. Lorsque le défendeur a référé le serment, il a mis aux mains du demandeur l'issue du procès en n'exigeant de lui qu'une affirmation : refuser le serment dans un tel cas, avoir des scrupules de conscience pour le prêter et se réfugier derrière des offres de preuves toujours ambiguës c'est avouer que l'on a témérairement engagé le procès, c'est donner lieu à l'application de la loi 38 h. t. dans toute sa rigueur : *manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle jurare.*

Entre qu'elles personnes le serment produit ses effets?

Comme nous avons eu occasion de l'observer plus haut, le serment participe à la fois, du caractère des

contrats et de celui du jugement, aussi rien de plus logique que de lui appliquer cette maxime si connue ; *res inter alios acta aliis neque nocet, neque prodest.* Ulpien du reste dit formellement. « *Jusjurandum alteri, neque prodest neque nocet* (1). » Notre titre nous fournit une foule d'exemples à l'appui de cette règle, exemples qui se rattachent tant à des actions réelles qu'à des actions personnelles (2). La loi 3, § 3, est-elle à proprement parler une application de ce principe ? Voici l'espèce : une femme a demandé à être envoyée en possession des biens de son mari défunt en se prétendant enceinte ; elle a prêté serment sur ce fait et elle a obtenu son envoi en possession. Ce serment, dit Marcellus, empêchera bien la femme d'être troublée dans sa possession ou d'être attaquée comme ayant calomnieusement demandé son envoi en possession ; mais il n'empêchera pas d'examiner après l'accouchement si l'enfant est bien conçu des œuvres du mari. Le jurisconsulte justifie sa décision en disant, *quia jusjurandum alteri neque prodest neque nocet.* La véritable raison c'est que le serment n'a porté que sur le fait de la grossesse et non sur le fait de la filiation. Le fait de la filiation est donc une question tout-à-fait distincte de la première ; il est juste que l'effet du serment prêté par la femme ne puisse s'y appliquer.

Lorsque nous avons dit que le serment ne peut être opposé aux tiers et ne peut leur profiter, nous n'avons point entendu comprendre parmi les tiers les héritiers

(1) L. 3, § 3, *in fine* D. *de jurej.* 12-2.

(2) L. 9, § 7, *eod titul.* D. — L. 10. — L 11, § *ult.* — L. 12.—L. 13.*eod. titul.* V. aussi l 2. C. *quib. res jud. non noc.* L. 63. *de re jud.*

des parties et leurs ayant cause (1). — Mais outre les parties et leurs héritiers ou ayant cause le serment pourra encore présenter de l'importance relativement à d'autres personnes. C'est ce qui se rencontre dans les rapports des co-créanciers et co-débiteurs corrées, dans les rapports des co-créanciers et co-débiteurs solidaires, dans les rapports du débiteur principal et du fidéjusseur, enfin dans les rapports des créanciers et des débiteurs d'une chose indivisible.

Supposons, *duo rei stipulandi*, Primus et Secundus et un débiteur *tertius*.

Primus, l'un des créanciers a déféré le serment à Tertius, le débiteur commun, sur l'existence de la dette, Tertius a juré, *se dare non oportere* : il pourra opposer valablement ce serment à l'autre créancier Secundus, car l'obligation corréale tout entière est éteinte comme s'il y avait eu paiement : « lorsque deux créanciers sont corrées, dit Paul (2), le serment déféré au débiteur par l'un deux nuit à l'autre. »

Si le débiteur Tertius au lieu de jurer a refusé le serment, quel sera l'effet de ce refus ? Nous distinguerons à ce propos entre le serment extrajudiciaire et le serment judiciaire. Si le serment a été déféré extrajudiciairement le refus de Tertius ne fait rien du tout. L'offre non agréée est réputée non avenue : le cas est analogue à celui ou une personne refuse de consentir à une convention qu'on lui propose. C'est en ce sens qu'Ulpien dit ; « *si neque juratum est neque remissum jusjurandum pro eo debet*

(1) L. 7 — L. 8 D. *de jure jur.* 12-2.

(2) L. 28 pr. D. *eod titul.*

haberi atque si res in jusjurandum admissa non esset (1) »
Si le serment a été déféré *in jure* ou *in judicio* le refus de Tertius entraînera sa condamnation; mais Secundus l'autre créancier ne pourra se prévaloir de ce refus pour poursuivre Tertius car la *litiscontestio* a éteint la créance primitive et a créé une nouvelle créance pour laquelle Secundus est un tiers tout à fait étranger.

Si le débiteur commun Tertius au lieu de jurer ou de refuser le serment l'a référé à Secundus et que Secundus ait juré qu'effectivement l'obligation corréale existait, quel sera l'effet de ce serment ?

S'il a été déféré extrajudiciairement pourra-t-il être invoqué par Primus aussi bien que par Secundus, ou au contraire ne pourra-t-il être invoqué que par Secundus seul ? nous ne trouvons à cet égard aucune décision dans les textes; mais nous pensons avec MM. Demengeat et de Savigny que l'action de *jurejurando* ne doit être donnée qu'en faveur du *rei stipulandi* qui a prêté le serment (2).

Si le serment a été déféré *in jure* ou *in judicio*, Primus, l'autre créancier, ne pourra poursuivre Tertius le débiteur, car une fois *deducta in judicio* l'obligation corréale est éteinte.

Il peut se faire encore que Secundus, auquel le serment a été référé par le débiteur commun Tertius, l'ait refusé : *quid juris ?* Si la délation est extrajudiciaire, elle est réputée non avenue; si elle s'est produite *in jure* ou *in judicio*, Tertius se trouve libéré et aucune poursuite ne pourra plus être exercée contre lui.

(1) L. 5 § 4. D. *de jurej.* 12-2.

(2) Demangeat *oblig. solidaire*, p. 94. — V. Savigny *das obligation enrecht.* tit. 1, § 19 p. 187-188.

Supposons maintenant, *duo rei promittendi*, Primus et Secundus et un créancier Tertius. Tertius le créancier commun a déféré le serment à Primus, l'un des *rei promittendi*, et ce dernier a juré *se dare non oportere*. Ce serment équivaut à un paiement : il profitera donc à Secundus aussi bien qu'à Primus : « Si de deux débiteurs corrées l'un affirme ne rien devoir, l'autre est libéré » (1). Mais il faut pour qu'il en soit ainsi que le serment ait été déféré sur l'existence même de l'obligation corréale : jurez, a dit le créancier que l'obligation corréale n'existe pas; alors seulement le serment prêté vaut paiement. Si au contraire le doute portait sur le point de savoir si Primus n'est pas l'un des *rei promittendi*, le serment qu'il aurait prêté ne profiterait nullement à Secundus, car la libération de Primus et le droit de poursuite réservé contre Secundus ne seraient pas alors inconciliables : « *multum enim interest*, dit Pomponius, *utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur ; cùm persona liberatur, manente obligatione : alter durat obligatus* (2). »

Si Primus au lieu de prêter serment l'a refusé, si la délation a été faite extrajudicièrement elle est réputée non avenue; si elle a été faite *in jure* ou *in judicio* Primus sera condamné, mais Tertius ne pourra se prévaloir de ce refus pour poursuivre Secundus l'autre débiteur corrée, car ce dernier se trouve libéré par l'effet même de la poursuite.

Si Primus au lieu de prêter ou de refuser le serment l'a référé à Tertius, le créancier, et que Tertius l'ait prêté ; si le serment a été référé extrajudiciairement, il ne

(1) L. 28 D. § 3, dict. tit.

(2) L. 19. *de duob. reis const.* 45-3 D.

créera d'action que contre celui des *rei promittendi* qui a déféré le serment, c'est-à-dire contre Primus ; si le serment a été référé *in jure ou in judicio*, Primus sera condamné, mais Tertius ne pourra plus poursuivre Secundus.

Si enfin Tertius a refusé le serment *in jure ou in judicio*, Primus sera absous et Secundus ne pourra plus être poursuivi, du moins avant Justinien (1). Si le serment avait été référé extrajudiciairement le refus de Tertius n'entraînera aucun résultat.

L'ancien principe en vertu duquel tous les débiteurs étaient libérés par la *litiscontestatio* faite avec l'un deux, s'appliquait seulement au cas où le créancier avait une *condictio* contre les débiteurs, c'est-à-dire dans le cas de corréalité proprement dite. Qu'arrivait-il donc si les débiteurs au lieu d'être *correi promittendi* étaient simplement débiteurs solidaires, c'est-à-dire tenus d'une action de bonne foi ou *in factum* ? Notamment un des débiteurs solidaires a juré que la dette n'existait pas, le créancier commun aura-t-il le droit de poursuivre les autres? Il ne le pourra pas, parce que le serment tient lieu de paiement et que le paiement a pour effet d'éteindre la créance pour tout le monde. Mais si le débiteur solidaire au lieu de prêter serment l'avait refusé, le créancier pourrait poursuivre les autres débiteurs, car la *litiscontestatio* faite avec l'un de ces derniers n'avait point pour effet d'éteindre le droit du créancier vis-à-vis des autres (2). En matière d'obligation solidaire, en effet, les débiteurs ne se trouvaient pas enchaînés par des paroles solen-

(1) L. 28. C. *de fide jus.* 8-41.
(2) L. 2 D. 45-2 — V. Gaïus. *com.* III. § 180 ; *com.* 4 § 106.

nelles qui demandaient à être interprêtées strictement. On recherchait la volonté probable des parties, ainsi l'on admettait bien que le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres ; mais on n'attachait pas le même effet à la simple poursuite exercée contre l'un deux, parceque l'interprétation des paroles employées ne forçait point ici de proclamer l'unité absolue d'objet. A partir de Justinien, du reste, la poursuite exercée contre l'un des *rei promittendi* ne libera plus les autres : « Je crois, dit M. Demangeat, que Justinien a laissé subsister l'ancien principe dans le cas inverse, c'est-à-dire dans le cas des poursuites exercées par l'un des *rei stipulandi* ; mais la question est discutée par les interprètes (1) ».

Il est une sorte d'obligation qui a quelques rapports avec l'obligation corréale et avec l'obligation solidaire, nous voulons parler de l'obligation indivisible.

Supposons deux créanciers d'une chose indivisible et un débiteur. L'un des créanciers a déféré le serment au débiteur et celui-ci l'a prêté : ce serment ne sera pas opposable à l'autre créancier ; en ce sens que ce dernier pourra actionner le débiteur, déduction faite de la part de l'autre créancier ; en d'autres termes l'effet du serment doit être restreint entre le débiteur qui l'a prêté et le créancier qui l'a déféré, car en Droit romain comme en Droit français le créancier ne peut faire remise de la dette qu'en proportion de la part qu'il y prend (2). Si c'était le débiteur qui avait déféré le serment à l'un des créanciers, le refus du créancier aurait produit les mêmes

(1) *Obligation solidaire*; p. 420.

(2) L. 13. — pr. D. *de jurej.* 12-2.

effets ; mais si au lieu de refuser le serment ce créancier avait juré, son serment aurait profité à son cocréancier à raison de l'indivisibilité.

Si nous supposons au contraire plusieurs codébiteurs d'une chose indivisible, le serment déféré par le créancier à l'un des codébiteurs profitera à tous les autres, car le créancier peut bien réclamer la chose indivisible à celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, mais le paiement une fois fait libère tous les débiteurs, or le serment vaut paiement, *loco solutionis cedit.* Si le débiteur à refusé de jurer, son refus ne peut nuire à ses codébiteurs, car le débiteur ne peut, par son refus de prêter serment, compromettre les droits de ces codébiteurs.

Enfin, supposons que nous nous trouvons en présence d'un créancier, d'un débiteur principal et d'un fidéjusseur.

Le serment prêté par le débiteur principal libère le fidéjusseur, dit Paul (1). — Point de difficulté si l'obligation qui pèse sur le débiteur est une obligation proprement dite ; mais nous savons que la fidéjussion peut accéder à une obligation naturelle (2) : ce cas est prévu par un texte de Pomponius, voici l'espèce : Un individu s'est porté fidéjusseur d'un pupille qui a emprunté à titre de *mutuum.* Le créancier poursuit le pupille et lui défère le serment : le pupille jure *se dare non oportere.* Le créancier se retourne alors contre le fidéjusseur : — La question est de savoir si l'exception du serment prêté par le pupille pourra servir à son fidéjus-

(1) L. 28, § 1. *De jurej.*, 12-2.
(2) Gaïus, *Comment.*, III, § 119 ; Inst. § 1. *De fidejuss.*

seur? Il faut, dit le texte, examiner quelle a été la commune intention des parties. Si le créancier en déférant le serment, et le pupille en le prêtant avaient en vue la réalité du prêt, il est clair que le serment du pupille a éteint la dette naturelle, et le fidéjusseur, par conséquent, est libéré; mais si le pupille a juré *se dare non oportere*, parce qu'il a emprunté l'argent *sinè tutoris auctoritate*, et non point dans l'intention de nier la réalité du prêt, son serment ne pourra nullement profiter au fidéjusseur. — Dans le doute, c'est-à-dire dans le cas où il est impossible de savoir si le serment du pupille a porté sur le fait, c'est-à-dire sur la réalité du prêt ou sur le droit, c'est-à-dire sur la validité du prêt, on présume que la commune intention des parties a été de s'en rapporter au serment du pupille pour terminer toute contestation. Par conséquent, le pupille pourra, dans ce cas, redemander la somme s'il l'a payée, et le fidéjusseur pourra aussi opposer *l'exceptio jurisjurandi* (1).

De même que le serment prêté par le débiteur libère le fidéjusseur, de même aussi le serment prêté par le fidéjusseur libère également le principal obligé. Telle est en effet l'opinion de Cassius et de Julien, par la raison que le serment tenant lieu de paiement, l'obligation est censée éteinte, pourvu cependant que le serment ait pour objet l'obligation même, c'est-à-dire si la chose est ou n'est pas due, et non pas la personne de celui qui le prête, par exemple, si la chose est ou n'est pas due par un tel (2).

Le paragraphe 2, de la même loi, fait l'application de

(1) L. 42. D. *De jurej.*

(2) L. 28, § 1. D. *eod. titul.* — L. 1, § 3. D. *Quar. rer. act. non dat.*

ce principe à un cas particulier : Quelqu'un s'est engagé, envers moi, à me représenter mon débiteur qui se tenait caché. Je le poursuis et il jure qu'il ne m'a rien promis; ce serment ne peut être d'aucune utilité à mon débiteur; mais au contraire s'il a juré qu'il ne m'est rien dû (*se nihil mihi præstare oportere*), tout ne sera pas fini là, et j'aurai une réplique qui donnera au juge le pouvoir d'examiner s'il a entendu jurer que j'ai été payé, ou, au contraire, qu'il m'a déjà représenté mon débiteur, comme il s'y était engagé.

Du serment de calumnia.

Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner le serment *de calumnia*. Il se lie le plus souvent à la procédure du serment nécessaire. Ainsi, celui à qui le serment est déféré, nous dit la loi 34, § 4, h. t., a la faculté, avant de le prêter ou de le référer, d'exiger de son adversaire le serment *de calumnia*, c'est-à-dire de lui demander de déclarer qu'il n'agit pas par esprit de chicane. Faute par l'adversaire de faire cette déclation, l'action lui était refusée, et il était assimilé au demandeur, *qui remittit jusjurandum* (1). Seuls, le père et le patron, à raison de leur position privilégiée, étaient dispensés du serment *de calumnia*. Cette donnée ressort de plusieurs textes (2); la loi 34, § 4 semble bien, il est vrai, dire absolument tout le contraire : elle s'exprime comme il suit : « hoc

(1) L. 37. D. *De jurej.*, 12-2.

(2) L. 16. *eod. tit.* — L. 7, § 3. D. *De obseq. parent. et patro. præst.*, 37-15. L. 13, § 14. D. *De damno. infect. et de suggrund. et protect.*, 39-2.

» jusjurandum de calumnia neque patrono neque paren-
» tibus remittitur. » L'opinion la plus vraisemblable, c'est que le copiste a commis une erreur et a écrit *neque* au lieu de *æque* : « c'est ainsi qu'on lit, nous dit Pothier, dans Holoandre et dans les Basiliques, et c'est mal à propos que les éditions vulgaires portent *neque patrono*, etc..... (1). »

Justinien augmenta beaucoup l'importance du serment *de calumnia*. Il exigea que chaque partie qui avait une preuve à administrer, de quelque nature que fût cette preuve et dans toute espèce de procès, prêtât serment qu'elle n'agissait point ainsi dans le but de retarder le jugement définitif. — Cette pratique eut pour résultat inévitable d'entraver considérablement la marche de la procédure. Aussi la Novelle 49, cap. 3, nous apprend qu'il sufisait que les parties jurassent une fois pour toutes, au début de l'instance, de ne rien entreprendre par esprit de chicane.

La constitution 11 nous apprend dans quels termes le demandeur et le défendeur prêtaient serment : le demandeur jurait qu'il n'entreprenait point le procès par esprit de chicane, mais uniquement parce que sa cause lui paraissait bonne; le défendeur, de son côté, jurait que s'il résistait aux prétentions de son adversaire, ce n'était qu'à raison de la confiance que lui inspirait la légitimité de ses moyens de défense. Outre cela, les parties devaient encore jurer, en présence des juges, qu'elles n'avaient rien promis ni donné, soit par elles-mêmes, soit par personnes interposées, soit aux juges,

(1) Pothier, l. 12, t. 11. *Ad pandect.* § 28, note 2.

soit à toute autre personne pour les intéresser au gain de leur procès ; on exceptait, bien entendu, les honoraires des avocats. Les avocats étaient comme leurs clients astreints au serment *de calumnia.* — Les tuteurs, les curateurs, les procureurs, et en général tous ceux qui sont valablement chargés des affaires d'autrui devaient jurer qu'ils croyaient la cause bonne et juste. Ils devaient prêter serment, dit le texte, d'après leur conscience, c'est-à-dire d'après ce qu'ils croyaient vrai.

Dans la crainte que les parties ne se missent d'intelligence pour éluder la loi en se faisant respectivement remise du serment *de calumnia*, Justinien ordonne aux juges de ne jamais souffrir que ce serment soit remis, car, dit-il, nous n'avons pas publié cette loi pour l'agrément des particuliers, mais pour l'utilité générale.

Si le demandeur refusait de prêter le serment *de calumnia*, il était débouté de sa demande ; si c'était le défendeur, il était condamné, car en agissant ainsi il était censé acquiescer aux prétentions de son adversaire.

DU SERMENT DÉFÉRÉ PAR LE JUGE.

Jusjurandum judiciale.

Lorsque le juge ne se trouve pas suffisamment éclairé par le débat contradictoire, il peut ordonner à l'une des parties de prêter un serment auquel il confirme sa déci-

sion (1). Ce serment est appelé, par les textes, *jusjurandum judiciale*, c'est le serment supplétoire de notre Code.

Dans quelles circonstances le juge pourra-t-il déférer ce serment? Deux lois répondent à cette question.

C'est d'abord la loi 31, D. h. t. : « Solent judices, *in* » *dubiis causis*, exacto jurejurando, secundum eum judi- » care qui juraverit. » Et la loi 3, C. *De reb. cred. et jurej.* : « In bonæ fidei contractibus nec non in cœteris causis, » *inopia probationum*, per judicem jurejurando, causa » cognita, rem decidi oportet. » Une cause est douteuse lorsque chacune des parties ont en leur faveur des preuves également fortes et complètes, notamment dans le cas cité par Voët, où elles ont produit des témoins entièrement contradictoires de part et d'autre (2). Il y aura au contraire insuffisance de preuves, *inopia probationum*, lorsque les preuves invoquées sont déclarées insuffisantes par la loi; citons comme exemple le témoignage d'un seul témoin, les actes domestiques, etc..... (3).

Le serment déféré par le juge n'a aucun des caractères de la transaction, c'est un simple élément de conviction, un simple mode de preuve, que le juge emploie pour éclairer sa religion, pour arriver à la découverte de la vérité, et qu'il emploie comme il aurait employé tout autre mode d'instruction. Il s'en suit que le jugement qui sera basé sur ce serment pourra être réformé par la voie de l'appel, comme tous les autres juge-

(1) L. 31. D. *De jurej.*, 12-2. — L. 3; l. 12. Pr. C. *H. tit.*
(2) Voët. *Ad pandectas tit. de jurej.*
(3) L. 5; l. 6. C., 4-19.

ments (1). Ce point là est non-seulement conforme aux principes, mais il est de plus formellement exprimé par un texte de Gaïus ainsi conçu : « Remarquons qu'il y a des cas où il est permis, par les constitutions des princes, de recommencer en entier l'instance, même après le serment; par exemple, si la partie expose qu'elle a trouvé de nouvelles pièces desquelles seules elle prétend faire usage. Mais ces constitutions paraissent ne devoir être appliquées que dans le cas où l'un des plaideurs a été absous grâce au serment que le juge lui a déféré : car les juges ont coutume, dans les causes douteuses, de prononcer après le serment en faveur de celui qui l'a prêté. Mais si le serment avait été déféré par les parties dans l'esprit de terminer par là leur contestation comme par une transaction, on ne permettrait pas ensuite de renouveler l'instance. » Cette loi sur laquelle il est inutile d'insister fait ressortir, avec une grande clarté, la différence qui existe entre le serment nécessaire et le serment déféré par le juge (2).

Jusjurandum in litem.

Le *jusjurandum in litem* ou serment estimatoire, est une variété du précédent. Son but n'est point d'établir les droits du défendeur ou du demandeur; il n'y a plus d'incertitude sur ce point; le fond même du litige est très-bien élucidé, la demande est prouvée de la façon

(1) V. l. 35. *De re jud.*, 42-1 ; l. 19, l. 29. C. *De transact.*, 2-4. — V. aussi Bouchardi Wiedereinsetzung in den Vorigin stand, p. 138.

(2) V. l. 4. C. *De re jud.*

la plus complète, le juge sait qu'il doit condamner ; mais il ignore encore quel doit être le montant de la condamnation : c'est pour arbitrer la condamnation qu'il y aura lieu au *jusjurandum in litem*.

On peut le définir : un serment en vertu duquel le demandeur obtient la valeur réelle de sa chose, ou la valeur d'affection que cette chose avait pour lui. Le *jusjurandum in litem*, en effet, est *veritatis vel affectionis* : ces deux dénominations ne se trouvent, il est vrai, nulle part dans les textes, mais elles sont l'œuvre des interprètes. Les textes ne se préoccupent guère (1) que du *jusjurandum affectionis*, car le *jusjurandum veritatis* a bien peu d'importance pratique ; on n'a recours à lui que pour remplacer l'estimation du juge, alors que ce dernier ne peut la faire autrement (2). Aussi quand nous parlerons du *jusjurandum in litem* ce sera le *jusjurandum affectionis* que nous entendrons désigner. Ce serment à un caractère pénal, aussi n'intervient-il qu'en cas de dol et jamais lorsqu'il n'y a que simple faute (3). Pour la même raison il ne pourra être déféré que contre l'auteur du dol et jamais contre ses héritiers (4).

Le *jusjurandum in litem* avait des conséquences d'autant plus exorbitantes que le demandeur pouvait porter l'estimation de sa chose à l'infini (5), et que l'on ne revenait ordinairement jamais sur le parjure (6). Mais ces con-

(1) L. 1. Pr. D. *De in lit. jurando* ; l. 2, § 1, etc.
(2) L. 2, § 1 ; l. 5, § 4. *Hoc. titul.*
(3) L. 5, § 3. D. *De in lit. jurej.*, 12-3. — L. 2, § 1. *In fine eod. tit.*
(4) L. 73. D., 46-1. — L. 22. D., 39-1.
(5) L. 4, § 2. D. *De in lit. jur.*
(6) L. 11. D. *eod. tit.*

séquences exorbitantes recevaient la restrictien suivante: le juge qui était maître au début de déférer ou de ne pas déférer le serment, pouvait *à fortiori* fixer une somme que l'estimation du demandeur n'avaient pas la faculté d'exéder (1). Le juge pouvait même n'avoir aucun égard au serment et absoudre la partie en entier, ou la condamner à une somme moindre que l'estimation, s'il se présentait quelque raison très-juste et si depuis on avait trouvé de nouvelles preuves (2).

Seul le juge pouvait déférer le *jusjurandum in litem*, et il ne pouvait le déférer qu'au *dominus litis* ou du moins à celui qui *litem suo nomine contestatus est* (3). Malgré cela ce serment pouvait être déféré au tuteur ou au curateur (4); c'est, dit le texte, une marque d'amitié qu'ils seront libres de donner à leur pupille ou à leur mineur; mais ils ne pourront être forcés de le prêter, car ils ne connaissent pas ce qui s'est passé entre leur pupille et sa partie, et il serait bien dur de leur faire courir les risques d'un parjure pour procurer un gain à autrui.

Pour prêter ce serment, il faut avoir assez de jugement pour être à même de donner une estimation en connaissance de cause, aussi le pupille ne peut le prêter, mais le mineur le peut (5).

Quelle était l'utilité pratique du *jusjurandum in litem?*

(1) L. 5, § 11, D. *eod. tit.*

(2) L. 4, § 3. D. *eod. tit.*

(3) L. 7. D. *eod. tit.*

(4) L. 4. Pr. *eod. tit.*

(5) L. 4. Pr. *In fine.* D. *De in lit. jur.*

Sous le système formulaire, contrairement à ce qui avait lieu sous l'empire des actions de la loi et sous Justinien, on sait que toutes les condamnations étaient pécuniaires (1), en sorte que quand même on réclamait un corps certain, tel fond, tel esclave, le juge ne pouvait condamner le défendeur à donner ou restituer la chose en nature; mais il devait estimer en argent l'objet du litige et condamner au montant de l'estimation. Tel était le principe général : exceptionnellement pour échapper aux inconvénients pratiques de cette règle, le juge avait, dans certaines actions appelées actions arbitraires, la faculté de ne condamner le défendeur que tout autant qu'il n'avait pas obéi à l'ordre préalable, *arbitratus judicis*, de restituer la chose en litige (2).

Cet *arbitratus judicis* pouvait-il être exécuté par la force malgré le défendeur? Un texte d'Ulpien répond affirmativement, le voici : « Qui restituere jussus judici » non paret, contendens non posse restituere, si qui» dem habeat rem, manu militari officio judicis, ab eo » possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque » causæ nomine condemnatio fit... (3). » Quelques interprètes pensent que ce texte a été interpolé par Tribonien pour l'accomoder aux usages de son temps; mais il porte en lui-même la preuve qu'il n'a point été altéré, puisqu'il fait une distinction si tranchée entre le *jussus judicis* s'appliquant à la chose revendiquée et la condamnation intervenant *fructuum duntaxat et omnis causæ nomine.*

(1) Gaïus, *Comment.* IV, § 48.

(2) *Inst.* § 31. *De action.*

(3) L. 68. *De rei vindic.*, 6-1.

S'il y avait eu interpolation, Tribonien n'aurait parlé que de la condamnation, puisque sous Justinien la condamnation pouvait avoir pour objet la chose même réclamée par le demandeur (1). M. de Savigny croit à l'interpolation de cette loi, parce qu'il considère la coexistence de la *manus militaris*, en cas de *contumacia* du défendeur, et du *jusjurandum in litem* comme impossible : « Dans la supposition d'une exécution réelle, dit-il, on ne conçoit pas qu'il y ait jamais lieu au serment *ob contumaciam* (2). »

Nous ne voyons pas pourquoi le demandeur ne pourrait pas avoir le choix entre reprendre sa chose avec l'aide de la force publique et obtenir contre l'adversaire récalcitrant condamation à une somme considérable? Assurément une pareille fuculté n'a rien d'absurde, rien d'inconcevable (3). Il peut très-bien se faire du reste que le défendeur ait usucapé la chose depuis la *litis contestatio* : si donc il se refuse à obéir à l'ordre que lui donne le juge de retransférer la propriété, il est bien évident que ce ne sera pas la *manus militaris* qui pourra remplir ce but, car la *manus militaris* peut lever un obstacle de fait, mais ne peut trasférer la propriété : il n'y aura donc qu'à condamner le défendeur d'après le *jusjurandum actoris* (4). Ainsi dans les actions arbitraires il n'y avait lieu au *jusjurandum in litem* que dans les cas où la *manus militaris* ne pouvait être employée (5).

(1) *Inst.* § 32. *De action. comp.* Gaïus, IV, § 52. — V. aussi M. Pellat, *Explic. du liv.* VI. *Des Pandectes*, p. 368 et suiv.

(2) *System.*, t. V. § 221, note *d*.

(3) *Cours. élément. de Dr. rom.*, t. II, p. 603, M. Demengeat.

(4) Voy. M. Pellat, *Explicat. du liv.* VI. *Des pandectes*, p. 376.

(5) V. l. 3, § 2. D. *De reb. cor.*, 27-9. — L. 8. D. *De in lit. jur.*, 12-3.

Le *jusjurandum in litem* se fait dans les actions *in rem*, *ad exhibendum* et dans les actions de bonne foi, dit un texte de Marcien (1). Cette énumération là n'est pas limitative, et nous admettons que le *jusjurandum in litem* pouvait être employé dans toutes les ations, qui sans être *in rem*, de bonne foi ou *ad exibendum*, tendaient cependant à une restitution (2). Il n'était jamais admis dans les actions de droit strict : la loi 5, § 4, contient une exception à ce principe, exception que nous avions déjà signalée et qui n'a trait qu'au *jusjurandum veritatis* (3).

(1) L. 5. Pr. D. *De in lit. jur.*, 12-3.

(2) L. 2. *eod. tit.* — L. 18. *De Dolo malo*, 4-3. — L. 25, § 1. D. *Solut. mat. dos quemad.*, 24-3.

(3) L. 5, § 4. D. *De in lit. jurando.*

DU SERMENT EN DROIT FRANÇAIS

Pour ne point donner une trop grande extension à notre opuscule et pour ne pas nous exposer à des répétitions inévitables, nous traiterons en même temps du serment dans l'ancien Droit et dans le Droit actuel.

Ici d'ailleurs, comme en Droit romain, nous suivrons la même méthode d'exposition et nous allons examiner successivement le serment promissoire, puis le serment affirmatif et ses subdivisions.

Du serment promissoire

Nous avons eu occasion dans notre thèse romaine de parler de la constitution d'Honorius qui ne punissait pas seulement de la peine de l'infamie tous majeurs de vingt cinq ans qui revenaient contre les pactes et les transactions qu'ils avaient passés sans violence et librement, mais encore les privait de toute action et de tout le profit qu'ils auraient pu retirer du pacte ou de la transaction. Cette constitution qui complétait le système romain passa telle quelle dans le droit gallo-romain sans voir diminuer la sanction qu'elle attachait à la foi du serment. Le droit canonique alla plus loin encore et dès lors le serment fut appelé à donner de l'efficacité à tous les actes encore imparfaits, pourvu qu'il ne portât point atteinte aux nullités

d'ordre public (1). Hors ce cas la règle était celle-ci : le serment sert à maintenir tous les actes pourvu qu'il ne soit point de nature à compromettre le salut éternel : « Justum et licitum jusjurandum quod non vergit in » æternæ salutis dispendium : igitur quod servari non » potest absque detrimento salutis æternæ, servandum » non est (2). »

Le serment qui ne pouvait porter atteinte aux nullités d'ordre public pouvait être apposé à des actes faits contrairement à la loi et leur donner la force qui leur manquait. Une décrétale en effet nous apprend qu'une femme qui a renoncé avec serment à faire valoir la nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal, ne peut invoquer ladite nullité. La décrétale donne pour raison qu'il est bon de ne pas fournir aux femmes l'occasion de commettre des parjures.

Un texte de Boniface VIII donne force obligatoire à un acte réprouvé par le Droit civil : il s'agit d'une femme qui a renoncé à sa légitime dans un contrat de mariage; le pape décide que cette renonciation est valable si elle est confirmée par serment.

Une décision d'Alexandre III dispose que le prêt à intérêt quoique défendu par le Droit canonique est néanmoins valable s'il est sanctionné par le serment de l'emprunteur.

Le même Alexandre décide qu'une promesse accompagnée de serment, quoique extorquée par une violence

(1) V. cap. 12, *extra de foro compet.* V. Chassanée, rubrique 4, fol. 167, vers. 3.

(2) C. 28, *de jure.* C. 58 *de regulis juris*, in-6.

injuste, oblige devant Dieu (1). Célestin III dit que les papes, lorsque ils absolvent du violement du serment, n'entendent pas porter ceux qui ont fait de pareils serments à les violer, mais seulement user d'indulgence pour ce violement, qui doit être traité avec l'indulgence que méritent les fautes vénielles et non pas puni avec la rigueur que méritent les fautes mortelles : *non eis dicatur ut juramenta non servent, sed si non ea attenderint, non ob hoc tanquam pro mortali crimine puniendi* (2).

Le Droit coutumier adopta en partie les règles admises par le Droit canonique. Mais Beaumanoir s'élève contre le serment quand il accompagne les conventions où le consentement est vicié, ou des conventions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Si par exemple il s'agit d'une convention faite par force ou par peur, le serment qui l'accompagne n'empêchera pas de la faire annuler, car il est probable qu'on a également juré par force ou par peur : « Car aussi bien, dit Beaumanoir, peut-on dire que la fiance et le serement fut fes par force ou par peur comme la convenanche (3). » Bouteiller est du même avis : « s'il advient que aucun par force ou par contrainte ou par paour constant fait serment d'aucune chose ou promet à faire; sachez que tel serment ne fait à tenir, puisqu'il est contre raison et bonnes mœurs et en tel serment chet légère dispensation » (4).

(1) Chap. 8, *extra de Jurey*.

(2) Célestin III, chap. 15, dict. tit. Voir Pothier, oblig. N° 110.

(3) Philippe de Beaumanoir, cout. de Beauv. chap. 34, alin, 38, v. aussi Grotius, l. 2, chap. 13, N° 14; St-Thomas II, 2, 9, 89, art. 7. Puffendorff IV, 2, 8.

(4) Tom. 5, p. 704, somme rurale, V. Zoesius *ad Pandect*, h. tit. num. 73.

Le prêt à intérêt était défendu par le Droit canonique et par le Droit civil. Beaumanoir à ce propos examine si le serment ajouté à une convention d'usure peut lui donner force obligatoire et il fait timidement entendre qu'un tel serment ne doit avoir aucune valeur ; Beaumanoir ici parle, comme nous venons de le faire remarquer, avec embarras et à mots couverts, parce que le délit d'usure étant contraire au Droit canonique, le serment qui l'accompagnait était de la compétence des juges d'église (1).

D'autres coutumiers (c'est-à-dire des recueils de règles adoptées dans la plupart des provinces de la France, recueils qui ne forment pas, il est vrai, des traités dogmatiques) nous indiquent les règles du serment en matière de contrat usuraire et ils sont unanimes pour établir que l'efficacité du serment pouvait être telle que l'on pouvait à la fois exiger les intérêts et le capital, pourvu que les intérêts ne dépassassent pas le capital (2).

Des ordonnances vinrent confirmer l'usage du serment promissoire, notamment celle de Philippe le-Bel de 1302. Cette pratique fut confirmée par tous nos coutumiers et dès lors la clause du serment fut considérée comme une clause de style : après mention de la lecture on trouve dans les anciens actes cette formule : « les parties l'ont ainsi voulu, promis et juré tenir. » Or, tout serment étant un acte religieux, tout acte religieux étant de la compétence des gens d'église, il s'en suivit que la juridiction des gens d'église se trouva fort étendue. « Les préten-

(1) M. Ginoulhiac à son cours.

(2) V. ordon. de St-Louis de 1254, ordon. de Pilippe-le-Bel, 1311 et 1313, De Louis XII 1510 et de Charles IX 1567; ordon. de Blois, art 202.

tions des gens d'église, dit Pothier, avaient autrefois rendu bien commun l'usage du serment dans tous les contrats : ils prétendaient que la connaissance de toutes les contestations sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait au juge d'église, parce que le serment étant un acte de religion, et le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment étant un violement de la religion du serment, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements, ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'église. C'est pourquoi les notaires qui étaient gens d'église, ne manquaient pas d'insérer dans les contrats qu'ils passaient, que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat, et de les exécuter fidèlement, afin d'assurer aux juges d'église la connaissance de l'exécution du contrat » (1).

Mais Pothier a-t-il raison d'avancer que c'est de propos délibé que les gens d'église usaient dans les contrats de la clause du serment pour se faire attribuer la juridiction? De pareilles manœuvres ont-elles été pratiquées réellement par les gens d'église?

La loi 41 *de transactionibus*, que nous avons citée plus haut, passa dans la loi des Wisigoths ; mais elle fut altérée et d'après l'interprétation qu'on lui donna elle n'eut plus trait aux pactes et aux transactions, mais aux pactes et aux conventions confirmés par serment. La stipulation Aquilienne, on le sait, avait pour mission de transformer les simples pactes en stipulations ; il est ici question de la stipulation Arcadienne, clause fondée sur les termes

(1) Pothier oblig. N° 104.

mêmes de la constitution d'Arcadius et d'Honorius. Grâce à cette stipulation, qui devint générale, les simples pactes eurent autant de force que les contrats, une plus grande même, puisque l'infamie était encourue si l'on manquait à ses engagements. Ainsi dans la pratique tous les actes eurent une clause particulière; ils furent sanctionnés par la convention même des parties, par la stipulation Arcadienne, *quæ omnium cartharum accommodat firmitatem.* Mais cette stipulation Arcadienne, ce n'est pas le clergé qui l'a établi, puisqu'elle est d'origine purement romaine, donc ce ne sont point les notaires gens d'église qui l'ont inventée pour étendre leur juridiction (1).

Sous Pothier il y avait déjà longtemps; comme il le remarque lui-même, que l'usage des serments avait cessé dans les contrats des particuliers (2). Aujourd'hui plus encore qu'au temps de Pothier l'accession du serment est sans influence sur le caractère obligatoire de la convention. D'une part il est certain qu'il n'ajoute pas à la force d'un contrat qui légalement formé tient lieu de loi aux parties contractantes (1134); d'autre part il ne saurait donner à un contrat qui n'est pas valable la force que la loi lui refuse.

Le serment que doivent prêter les témoins appelés en justice avant de déposer est un serment promissoire. Enfin la caution juratoire que l'article 603 exige de l'usufruitier pour qu'il puisse être autorisé à retenir une partie des meubles nécessaires à son usage, à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit, est encore

(1) M. Ginoulhiac à son cours.

(2) V. édit. de novembre 1703, recueil de Besançon, tom. 3, p. 140. Pothier oblig. N° 104. Denisart v° serment N° 28.

un serment promissoire, consacré par notre Droit actuel.

Du serment affirmatif.

Le serment affirmatif a trait, comme nous l'avons déjà exposé, non plus à l'avenir comme le serment promissoire, mais aux faits présents et surtout aux faits passés. Ce serment est extrajudiciaire ou judiciaire.

Du serment extrajudiciaire.

Dans notre Droit coutumier le serment extrajudiciaire n'a pas toute la force qu'il avait en Droit romain; cela ressort de la dissertation de Beaumanoir sur la force du serment volontaire. Ce jurisconsulte à ce propos nous parle d'une clause qu'on avait l'habitude d'insérer dans les actes; cette clause portait que l'une des parties était dans l'obligation de prêter serment pour arbitrer les dommages, s'il y a lieu : « cil qui veut dire ou jurer ses damaces, doit, avec son serement, dire comment il a eu tex damaces et par queles resons » (1). La partie n'avait point une latitude indéfinie pour cette arbitration et si le juge trouvait les dommages réclamés trop exorbitants, il avait le droit de les réduire à de plus justes limites : « son veoit qu'il jurast outrageus damaces par convoitise, il ne serait pas creu sans proeves. Et s'il ne le poot prover, parce qu'il en doit estre creu, loiax estimation des

(1) Beaumanoir, cout. de Beauv. chap. 35, alin. 13. v. de Fontaine chap. 21, p. 271.

damaces doit estre fete par le juge selon ce qu'il voit la querele » (1).

Le serment extrajudiciaire était encore admis en matière de rapport et de communauté, notamment lorsque la femme et l'héritier juraient qu'ils n'avaient fait aucun détournement à l'égard des biens composant la communauté. Mais le crédit de ce genre de serment tend peu à peu à s'affaiblir : le guidon des Praticiens dit qu'il est aussi mal d'aller contre sa promesse que contre son serment, enfin dès le XIIIe et le XIVe siècle on n'en trouve plus de trace.

Notre Code civil n'a pas cru devoir s'occuper directement du serment extrajudiciaire : Nous avons à lui appliquer les principes généraux. Est-il déféré sans convention préalable; il est de nul effet, s'il est refusé, et produit les effets ordinaires d'une convention, s'il est accepté. Est-il déféré en vertu d'une convention, il doit être prêté dans les termes mêmes de la convention et il ne peut être référé, ce qui modifierait la volonté des parties, ou plutôt ce qui serait proposer une autre convention que chacune des parties serait libre d'accepter ou de refuser. En un mot nous appliquerons le principe de l'art. 1134 à savoir que les conventions légalement formées sont la loi des parties.

Je réclame mille francs de Paul. Paul soutient me les avoir payés. Pour éviter l'ennui d'éclaircir d'anciens comptes et pour me dispenser d'introduire une action en justice, j'offre à Paul de renoncer à mes prétentions, s'il

(1) Cout. de Beauv., loc. cit. v. aussi chap. xv p. 125, 127 du Cons. de Pierre de Fontaine.

veut prêter serment en présence d'amis communs qu'il ne me doit rien. Cette convention est une véritable transaction consentie, dit Toullier, sous la condition potestative que Paul prêtera serment (1).

Le serment extrajudiciaire, étant une véritable transaction, est soumis comme tel aux règles admises en matière de convention en général et en matière de transaction en particulier (1122, 1165-67, 2051). Ainsi par exemple, il ne pourra être opposé aux tiers et ne sera pas opposable par eux (2051); il aura entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (2052), enfin la délation et la prestation pourront être regardées comme nulles et non avenues, si la première est le résultat du dol ou de la violence (2053). — Nous renvoyons, pour plus de détails, à ce que nous dirons sur le serment décisoire.

Nous nous contenterons de remarquer ici que le serment extrajudiciaire pourra être déféré là où le serment décisoire ne le pourrait pas. Celui-ci, en effet, ne peut pas être déféré par la partie civile à l'auteur d'un délit poursuivi correctionnellement, puisque une fois la poursuite entamée c'est, à proprement parler, le ministère public qui est partie en la cause. Le serment extrajudiciaire pourra au contraire, dans la même hypothèse, être valablement prêté, puisque le ministère public n'a pas encore agi et que l'on peut toujours transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit (2046).

Un exemple du serment extrajudiciaire nous est fourni par l'art. 55 du Code de procédure civile ainsi conçu :

(1) Toullier, n° 562.

« Si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le recevra, ou fera mention du refus de le prêter. » Ce serment là est un serment extrajudiciaire : les parties comparaissent devant le juge de paix pour arriver à une conciliation, pour éviter un procès; l'instance n'est pas encore engagée. Si le serment est prêté par la partie à laquelle il est déféré, pas de difficulté; ce serment consacre l'exécution d'une transaction consentie par les parties et dont le juge de paix a mission de constater l'accomplissement. Mais que faut-il décider si le serment est refusé ? Dans ce cas, il n'y a pas lieu à appliquer l'art. 1361, car le refus de la partie n'est qu'un refus de se concilier (1), et un pareil refus n'est pas de nature à empêcher la partie de faire valoir ses moyens en justice si l'affaire y est portée (2). — Le juge de paix doit faire mention de la prestation du serment ou du refus de le prêter et on ne voit pas, dit-on, l'utilité de cette dernière mention. Cette mention, il est vrai, ne présente un véritable intérêt que lorsque le serment a été prêté, car la prestation du serment équivaut à une conciliation, et il est tout naturel que le juge de paix énonce les termes dans lesquels la transaction s'est opérée; mais par voie de conséquence, il doit, puisqu'il a commencé par donner acte de la délation, indiquer si cette délation a été oui ou non acceptée; c'est une pure question de forme, et nous le répétons encore, le refus de prêter serment n'est autre chose qu'un refus de se concilier.

(1) Arrêt de rejet, 17 juillet 1810. — Poitiers, 3 février 1841.

(2) Douai, 5 février 1854.

Du serment décisoire.

Le serment litisdécisoire offre plus d'intérêt et a une plus grande importance que le serment extrajudiciaire. Nous avons déjà étudié la nature assez complexe qu'il avait en droit romain : c'était avons-nous dit, une espèce de transaction et en même temps un mode de preuve, un acte de procédure tendant à établir non pas simplement des faits, mais encore des rapports juridiques.

Le Droit Gallo-romain changea fort peu le caractère du serment décisoire, témoin les *exceptiones Petri* qui traitent du serment décisoire et du serment supplétoire et qui ne relèvent que de légères modifications.

Au XIIIe siècle le serment décisoire offre une très-petite importance pratique; aussi Tancré (*ordo judiciarius*) n'en traite que très-brièvement. Beaumanoir déclare que ce genre de serment n'inspire qu'une très-petite confiance. Il est d'avis de ne l'employer que dans les petites causes : « Ce n'est pas bon, ne selon Dieu, dit-il, que lons ples et grans coz soient mis en petites quereles » (1). Dans les causes importantes on usait de la preuve testimoniale, littérale, et surtout du gage de bataille. Beaumanoir admet le gage de bataille en matière immobilière et même en matière mobilière, excepté pourtant en matière de douaires, de retraits ou de juge-

(1) Chap. VII. *H. tit.*, p. 132.

ments rendus par des arbitres. Sauf ces exceptions, on peut dire d'une manière générale qu'au XIIIe siècle le gage de bataille était le mode de preuve de droit commun (1). Toutes les coutumes en font mention, tandis que le serment, au contraire, joue un rôle bien modeste et seulement dans les petites causes. Il n'en est même pas du tout question dans les *Constitutions du Chastelet de Paris.*

Au XIVe siècle l'influence du Droit romain commence à ruiner le crédit de la preuve par gage de bataille, et par la même raison le serment regagne peu à peu en importance. La coutume d'Artois le mentionne au nombre des modes de preuves, et elle ne parle point du gage de bataille, par la raison que la preuve par gage de bataille avait été abolie dans les domaines du roi, et que ces derniers comprenaient la coutume d'Artois dans leurs territoire (2).

Au XVe siècle le serment litisdécisoire se substitue définitivement au lieu et place du gage de bataille. Il en est question dans la somme rurale de Bouteillier : « il advient souvent, dit-il, que les parties comparans devant le juge, le demandeur met la demande au serment du défendeur, et dit qu'il l'en croira du tout. Sçachez que lors le défendeur en doit jurer, et de tout ce que par son serment veut affirmer en doit estre creu sans jamais preuve ne reproche faire..... S'il advenait que le défendeur ne voulsist jurer ne aussi le serment remettre

(1) Voir Petrus Jacobi, *Pratique dorée.* — V. aussi *Décret.* 5, tit. 34 et 35.

(2) Ord. de Saint-Louis de 1260. — Beaumanoir, chap. LXI. — V. aussi Ordon. de 1296-1303-1306. — Style du Parlement, part. 1, ch. XVI.

au demandant, lors doit estre couvaincu de la demande par contumace de serment pour vérité et en ce doit être condamné et es despens (1). »

Deux jurisconsultes, l'un du XVIIe l'autre du XVIIIe siècle, ce sont occupés du serment; ces deux jurisconsultes sont Domat et Pothier. Ils se complétent l'un l'autre; nous pouvons dire cependant, à titre de remarque généralé, que Domat cherche à expliquer le Droit romain d'après les données du Droit français; Pothier fait le contraire, il explique le Droit français d'après les données du Droit romain; il lui arrive même parfois de méconnaître les vrais principes du Droit français pour faire prévaloir ceux du Droit romain (2).

Domat semble attribuer au serment litis décisoire la force de la transaction : « Lorsque le serment décisoire, dit-il, a été déféré à une partie et qu'elle a juré, il sera décisif : et ce qu'elle aura déclaré tiendra lieu de vérité et servira de règle; car c'était pour décider que le serment était déféré. Ainsi il aura autant et plus de force qu'une chose jugée, et fera le même effet qu'un paiement, si celui à qui on demandait une somme jure ne rien devoir, ou qu'une transaction, si c'était un différent d'une autre nature (3). » Mais plus loin il admet que même dans le serment décisoire la découverte de pièces, prouvant le contraire de ce qui a été juré peut entraîner la preuve de la fausseté du serment : « Cette preuve, dit-il, qui est facilement reçue, lorsque le serment est

(1) Bouteillier, *Somme rurale*, tit. 5, p. 704.

(2) M. Ginoulhiac à son cours. — V. aussi Minier, p. 603.

(3) Domat, *Lois civiles*, tit. VI, sect. VI, n° 10.

déféré par le juge et non par la partie, peut l'être aussi quoique le serment ait été déféré par la partie elle-même, si la qualité du fait, l'évidence de la preuve font que l'équité le demande ainsi (1). »

Quant à Pothier, il considère le serment comme le résultat d'une convention intervenue entre les parties (2) : il ne peut y avoir d'équivoque sur ce point.

Le droit intermédiaire faillit porter un coup mortel au serment. Cambacérès chargé par la Convention de rédiger un projet de Code uniforme pour toute la France, s'exprime ainsi à la fin de la théorie des preuves, art. 65, l. II : « Le serment judiciaire n'est pas admis » — Un second et un troisième projet conservèrent cette abrogation. L'usage du serment paraissait donc unanimement condamné, lorsque la Commission nommée par le premier Consul rendit au serment sa place parmi les modes de preuves. Mais ce mode de preuve ne portait encore que le nom d'affirmation judiciaire : c'était, semblait-il, mettre à cet égard les dispositions du Code en harmonie avec le nouvel ordre de chose, qui laissait en dehors des lois civiles tout ce qui avait trait à la religion. Mais à la séance du 2 frimaire an XII, un membre, M. Miot, demanda la substitution du mot serment au mot affirmation, sous prétexte que le premier était plus respectable que le second. Regnauld de Saint-Jean-d'Angely parla dans le même sens et il s'appuya sur ce que faux serment et fausse affirmation présentaient un sens différent. La

(1) Domat, *eod. tit.*, n° 12. — V. aussi F. de Boutaric, *Inst.*, *lib.* 4. *tit. de actionibus*, § 11. — V. Faber, Code, liv. 4, tit. 1er, déf. 2 et 21.

(2) Pothier, *Oblig.*, nos 516, 517.

commission adopta ces conclusions et le serment prit encore place dans notre Code.

Caractère du serment décisoire sous l'empire du Code civil.

Quel est dans notre Code le véritable caractère du serment décisoire? Le serment décisoire, dit l'art. 1357 1°, est celui qui est déféré par l'une des parties à l'autre, pour en faire dépendre la solution du litige. L'une des parties, fait son adversaire juge dans sa propre cause. jurez, lui dit-elle que vous ne me devez rien et je me désiste de ma demande, mais si vous n'osez pas jurer, c'est que ma demande est juste. Le serment décisoire constitue donc une espèce de transaction d'après l'art. 1357 1°; mais plus loin les art. 1316 et 1365 mettent le serment décisoire au nombres des preuves et l'art. 1350 3°; le compte au nombre des présomptions.

Peut-on admettre que les rédacteurs du Code aient eu presque en même temps des idées si contradictoires sur le caractère du serment litisdécisoire? Assurément il n'est pas possible de s'en tenir un seul instant à une telle opinion. Comment donc concilier des points de vue qui paraissent si opposés?

Il y a deux choses dans le serment décisoire: la délation et la prestation. La délation, convention en vertu de laquelle le serment est déféré, et le but de cette convention, la prestation, qui est la source des effets du serment. Dans l'art. 1357 1°, les rédacteurs

ont considéré à la fois la délation et la prestation, dans les articles 1316, 1365, 1350 2°, ils n'ont considéré que les effets du serment prêté : c'est là le motif de leur appréciation au premier abord si différente. Cete explication suffit à elle seule pour établir qu'il n'y a rien dans notre Code qui soit de nature à prouver que le serment décisoire n'a pas conservé le caractère transactionnel qu'il avait en Droit romain.

Les rédacteurs du Code ont généralement copié Pothier; or nous avons eu occasion de dire déjà que Pothier était loin de considérer le serment comme un simple mode de preuve; nous citons ses propres paroles : « Lorsque une des parties défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision et que celle des parties à qui le serment est déféré, accepte la condition et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui a déféré le serment, de s'en tenir à ce qui aura été affirmé; ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire (1). » — Si les rédacteurs du Code avaient voulu modifier le caractère du serment décisoire ils l'auraient à coup sûr exprimé d'une manière formelle, or, nous le répétons, il n'y a rien dans la loi qui puisse prouver un pareil changement. Bien plus, les travaux préparatoires nous démontrent à n'en point douter, que

(1) Pothier, oblig. n° 916.

dans l'esprit du législateur de 1804, le serment conservait la même force que par le passé. A ce propos écoutons Portalis : « Le serment décisoire étant regardé comme une convention entre celui qui prête le serment et celui qui le défère il suit de là que..... etc...

Un dernier argument de nos adversaires consiste à faire remarquer qu'il ne saurait y avoir convention entre les parties, car il est de principe que toute convention n'est obligatoire que par le consentement libre de la partie à laquelle elle est proposée; or, dans la matière qui nous occupe la partie à laquelle le serment est proposé n'est pas libre puisqu'elle se trouve dans l'obligation ou de prêter le serment ou de le référer sous peine de perdre son procès. Cet argument là aurait pu avec autant de raison s'appliquer au serment décisoire en Droit romain, ou sous l'ancienne jurisprudence, tel du moins que le concevait Pothier; néanmoins il est constant et en Droit romain et sous l'ancienne jurisprudence que le serment décisoire avait un caractère transactionnel : pourquoi donc n'en serait-il pas de même sous l'empire du Code? Nous ne disons pas du reste que le serment décisoire soit une véritable transaction, une convention proprement dite; non, c'est une espèce de transaction : *jusjurandum speciem transactionis continet*, comme disaient les Romains. Le fait que le serment intervient dans une instance judiciaire, modifie un peu les règles ordinaires admises en matière de convention : ainsi la partie à laquelle le serment sera déféré ne pourra refuser de le prêter sans perdre son procès, mais comme compensation, comme adoucissement à sa position pénible, le législateur lui accorde le droit de référer le serment

à son adversaire : nous voyons dans cette faculté de référer le serment une autre preuve que le serment décisoire est basé sur une convention.

Enfin une dernière preuve que les rédacteurs du Code ont entendu conserver au serment le caractère qu'il avait en Droit romain, c'est que l'art. 1357, est à peu de choses près la reproduction de la loi 1er au titre de *jurejurando*.

Forme et procédure du serment décisoire.

Le serment est un acte religieux par lequel celui qui jure invoque Dieu, non-seulement comme témoin de la vérité de son affirmation, mais encore comme vengeur du parjure. Le serment renferme donc deux choses bien distinctes : 1° l'invocation par laquelle on prend le Dieu, qui sait tout, à témoin de la vérité du fait qu'on affirme ; et 2° l'imprécation par laquelle on appelle la vengeance divine sur soi-même si l'on est parjure.

Cette dualité dans le serment a porté saint Thomas et plusieurs canonistes célèbres (1), à distinguer deux sortes de serments : le serment appelé *simple* qui consiste dans la seule invocation de Dieu, comme témoin de la vérité du fait qu'on affirme, et le serment qui contient l'imprécation expresse ou tacite par laquelle on provoque en outre la vengeance divine. Mais l'opinion qui a prévalu est celle qui considère la simple invoca-

(1) Suarez, *lib.* 1, *de jur.*, *cap.* 13, n° 2 et 28 ; *Pyrrhing*, in tit. 10, *du jurej.* n° 18.

tion de Dieu comme ne constituant point un serment proprement dit. Sans l'imprécation le serment ne saurait avoir de force, car l'imprécation en est la sanction (1). Aussi les anciennes formules du serment contenaient-elles toujours l'imprécation en termes formels (2). Peu à peu cependant les formules solennelles dont, pendant le cours du moyen âge, on avait entouré le serment pour en garantir la fidélité tendirent à disparaître, et dans la jurisprudence coutumière le serment nous apparaît dégagé de toutes les formes auxquelles il était assujetti : « Le serment fait la main levée à Dieu, dit Despeisses, où Dieu se trouve présent non-seulement comme témoin, mais aussi comme juge pour punir le parjure de ceux qui jurent faussement, surpasse en vertu et respect toutes autres formes de serment, quelques clauses qu'elles puissent contenir. Les formes extraordinaires apportent plus de terreur et d'épouvante que de piété et font présumer que la conscience de celui qui doit jurer de cette sorte est suspecte, puisque les formes ordinaires du serment ne sont pas jugées capables de tirer de lui la vérité (3). »

Les rédacteurs du Code n'ont pas dit un mot de la question de forme, par la raison sans doute que l'usage constant devait suppléer au silence de la loi, usage consacré du reste par l'art. 312 du Code d'instruction

(1) Boëmer *jus eccel. protest.* lib. 2 tit. 24 n° 5 et s. et les auteurs qu'il cite.

(2) Eschilus, *apud Stobœrum*, cité par Toullier, n° 346. — V. aussi la *Novelle* 8 de Justinien *in fine*.

(3) Despeisses, tit. x, sect. iv. art. 3, V. L 8, pr. D. *de condit inst.*

criminelle : ainsi celui qui prête serment lève la main droite et dit : Je le jure (1).

Cet usage ne présente aucune difficulté aussi longtemps qu'il ne s'agit d'en faire l'application qu'à des personnes appartenant au culte catholique ou protestant; mais la question se complique singulièrement, s'il s'agit de personnes appartenant à des cultes dissidents qui n'admettent pas le serment ou qui l'admettent avec des formalités particulières

Peut-on, imposer à tous les français un mode unique de prestation de serment et leur interdire par conséquent le mode admis par leur religion particulière? — Adopter une telle décision ce serait effacer la liberté de conscience qui forme la base même de notre Droit public. Cette seule considération suffit certainement à elle seule pour autoriser à franchir les limites du droit commun, qui n'est, après tout, fondé sur aucun texte formel de notre Code.

Cette question s'élève notamment à propos des Quakers dont les croyances considèrent le serment comme un outrage fait à la majesté de Dieu (2). Si l'on suppose donc que le serment a été déféré à un Quaker, celui-ci sera-t-il obligé de se conformer au droit commun sous peine de perdre son procès, ou sera-t-il admis à affirmer en son âme et conscience la vérité des faits qui sont l'objet de la délation? — Cette question s'était déjà élevée en 1764 et 1770 et elle avait été résolue contre

(1) V. Genèse cap. 14, V. 22. — *Apocalypse*, cap. 10. — Deuter, cap. 32, vers. 40, V. aussi Edit du mois de mai de 1576, édit. de Nantes de 1598.

(2) S. Mathieu chap. 5, vers. 34, 35 et suiv.

les Quakers dont la secte était seulement tolérée en France (1). Elle se souleva de nouveau en 1791 et une députation de Quakers fut envoyée à l'assemblée constituante pour demander à être dispensés du serment civique. Mirabeau prit à cœur leur demande et la défendit avec son éloquence ordinaire; néanmoins la question soulevée ne fut pas résolue, ou plutôt ne fut pas poursuivie jusqu'à une solution qui ne pouvait manquer d'être favorable, puisque désormais la liberté de conscience était solennellement proclamée Qu'est-ce en effet que le serment? C'est une affirmation religieuse, même sous l'empire de notre Code, puisque le tribun Jaubert disait : « que le juge, comme la loi, aurait fait tout ce qu'il aurait pu lorsqu'il aurait appelé la religion au secours de la justice (2). » Serait-ce bien faire appel à la religion que d'exiger la prestation du serment dans une forme réprouvée par la religion de celui à qui il est déféré?

La Cour de Bordeaux consacra se système par son arrêt du 22 mars 1809, la Cour de cassation saisie d'un pourvoi le confirma sur les conclusions de Merlin (3) et dès lors il fut reconnu que les Quakers devaient être admis à affirmer en leur âme et conscience la sincérité de leurs assertions. Il n'y a donc plus qu'un point de fait à constater : est-il de notoriété publique que l'individu appelé à jurer appartient à la religion à laquelle il se prétend affilié?

Ce que nous venons de dire des Quakers, nous le

(1) V. Voltaire, *Dict. phil. aff. jud.*

(2) Rapport au tribunat sur le titre des contrats et obligations.

(3) 28 mars 1810.

disons également pour les juifs qui réclameront le droit de prêter serment dans les formes prescrites par les rites de leur religion.

Mais à l'inverse, lorsque la partie est disposée à prêter serment d'après le droit commun, peut-on la forcer à se conformer aux formes rituelles de la religion qu'elle professe? Si par exemple on a déféré le serment à un juif, celui-ci sera-t-il obligé de le prêter *more judaico*.

On a donné beau jeu au système de la négative en voulant appliquer aux juifs un mode de prestation dont les formes principales étaient la reproduction de coutumes des XIe et XIIe siècles, d'une ordonnance de Charles-Quint de 1555, de lettres patentes de 1784, c'est-à-dire appartenant à une époque où les juifs étaient à peine tolérés. C'est, dit-on, les placer sous l'empire d'un droit exceptionnel et violer le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi et la liberté des cultes, en permettant de pénétrer dans le sanctuaire de la conscience pour y scruter des mystères dont l'homme ne doit compte qu'à Dieu.

Le même système fait encore observer que la loi criminelle ne tient aucun compte de la différence de religion des jurés ou des témoins et ne prescrit qu'une seule et unique forme de serment. Comment la loi serait-elle si sévère en matière d'intérêt privé et si peu sévère lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la société tout entière? (1).

Nous répétons, comme nous avons déjà eu occasion

(1) En ce sens *rej*. 20 janvier 1820. — Cass. 3 mars 1846. — Nimes, 7 juin 1827.

de le dire, que le serment est un acte religieux, que par conséquent il doit être prêté dans les formes prescrites par la religion que professe celui à qui il est déféré (1). « Le serment se rapportant à Dieu, a dit la Cour de Nancy, (15 juillet 1808) il est dans la raison comme dans l'esprit de la loi qui l'autorise que celui qui le prête, le fasse selon le mode que lui prescrit son culte, puisque c'est la seule garantie que l'on puisse avoir de la vérité de sa déclaration et de la justice de sa défense. »

Quelles bonnes raisons peut invoquer un juif pour se dispenser de jurer d'après la seule forme à laquelle sa religion reconnaisse un pouvoir? Sa résistance ne vient que de la crainte qu'il a d'engager sa conscience en prêtant serment *more judaico*. Et le législateur autoriserait un tel abus? non sans doute; les rédacteurs du Code n'ont réglementé qu'une chose dans le serment c'est sa délation, ils ne se sont pas occupés de la prestation, parce que la prestation doit être faite suivant les rites de la religion à laquelle appartient celui à qui le serment est déféré.

Nous ne portons aucune atteinte à la liberté de conscience en décidant qu'une partie ne peut se soustraire aux pratiques d'une religion à laquelle elle se rattache de notoriété publique. Le juge devra se livrer à une simple appréciation des faits, appréciation qui n'aura rien d'inquisitorial.

En un mot la question est celle-ci: le serment prêté *jure communi* lie-t-il ou ne lie-t-il pas la conscience des juifs, pris comme type de dissidents? Nous admettons

(1) Décision ministérielle de 1806.

donc la doctrine de la Cour de cassation à l'égard des juifs résidants en France (1), parce que deux décisions du consistoire général de 1806 et de l'assemblée des rabbins ont décidé qu'aucune forme particulière n'était prescrite pour le serment. Mais à l'égard des juifs résidants en Algérie nous ne croyons pouvoir mieux faire que d'adopter en fait la doctrine de la Cour d'Alger fondée sur les considérations suivantes : (2) « Attendu que le but du législateur serait manqué, si la formule du serment pouvait être regardée, à raison de la religion particulière de celui qui doit le prêter, comme un lien insuffisant ; attendu qu'envisagé sous ce point de vue, le litige se réduit à une simple question de fait et de circonstance à l'occasion de laquelle il serait dangereux de se livrer à des théories plus ou moins vraies suivant les temps et suivant les lieux ; attendu qu'il résulte des documents produits au procès et notamment d'une consultation signée des rabbins d'Alger, que le serment judiciaire prêté selon la formule d'usage devant les tribunaux français, n'oblige pas la conscience des Israélites.

Attendu que cette déclaration a d'autant plus de force, qu'on ne saurait lui opposer des déclarations en sens contraire, émanées des docteurs français, parce que, d'une part, les Israélites Algériens, qui ne sont pas encore rattachés aux décisions du grand sanhédrin de France, du 9 mars 1807, peuvent avoir et ont en effet des opinions différentes en matière de doctrine, et que, d'autre part, ils ont eu jusqu'ici une sorte d'existence propre et

(1) 3 mars 1846.

(2) Arrêt du 18 juin 1845.

de juridiction particulière donnée à leurs rabbins par l'art. 49 de l'ordonnance royale du 26 septembre 1844. »

Reste l'argument qui met en avant l'inconséquence qu'il y a à exiger dans un simple procès civil, plus de garanties que la loi n'en a imposé dans les causes criminelles. A cela nous répondons que le Code civil et le Code d'instruction criminelle ont chacun leurs règles spéciales : notamment la preuve par témoin, qui est admise sans condition dans les affaires criminelles, ne peut exister au-delà de 150 fr. dans les affaires d'intérêt privé. Laissons donc à chaque droit ses théories particulières et n'oublions pas que le serment reposant sur une transaction, il est juste et naturel que chaque partie ait un rôle égal, ce qui ne serait pas si l'une d'elles pouvait à la faveur d'une subtilité juridique, enlever au contrat qui lui est proposé son véritable caractère.

La procédure du serment est réglée par les articles 120 et 121 du Code de procédure civile.

L'art. 120 est ainsi conçu : Tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu.

Le but de la loi est évident ; elle veut que la partie soit à même de réfléchir par avance sur la portée de la déclaration qu'on exige d'elle.

L'énonciation dans le dispositif du jugement des faits sur lesquels doit porter le serment est-elle prescrite à peine de nullité? Nous le pensons, contrairement à un arrêt de la Cour de Turin du 20 février 1808, car une telle omission vicie le jugement dans son essence. Comment en effet pourrait-on admettre qu'un jugement qui

a pour but unique la prestation d'un serment se taise sur les faits qui forment la base du serment lui-même? (1) Mais le but de la loi sera rempli pourvu que les faits sur lesquels doit porter le serment soient relatés dans la question de fait qui précède le dispositif (2).

Cet article 120 est applicable au serment supplétoire, cela est hors de doute. Le serment est déféré par le tribunal à l'une des parties; il ne peut l'être que par un jugement, et par un jugement qui énonce, qui détaille les faits sur lesquels la partie sera appelée à jurer. Est-il également applicable au serment décisoire? Dans la pratique lorsque les parties sont présentes et qu'il n'y a pas de difficultés qui s'élèvent, le tribunal donne acte de l'offre de prêter serment, et, au besoin, de la prestation, si elle s'opère immédiatement. Dans ce cas il n'y a pas lieu à un jugement, et l'article 120 sera par conséquent inapplicable. Mais au contraire si la partie à qui on défère le serment ne consent pas à le prêter alléguant soit que la matière n'est pas susceptible de transaction ou que son adversaire n'est pas capable de transiger, soit que le fait ne lui est par personnel, alors la question portant soit sur la nature de la matière, soit sur la capacité de la partie qui a déféré le serment, sera soumise au tribunal et débattue devant lui; alors il devra intervenir un jugement aux termes de l'art. 120.

Le serment sera fait par la partie en personne, et à l'audience (art. 121). Cette disposition abroge la jurisprudence de quelques anciens parlements qui autorisait

(1) Boitard, tom. 1, p. 473. Chauveau, t. 1, art. 120, n° 503.

(2) Berriat, p. 492, n° 3. Pigeau, *comment.* t. 1, p. 286.

le serment par procureur, jurisprudence éminemment vicieuse, car la nature du serment indique assez que c'est un acte essentiellement personnel à celui qui le prête.

Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, par exemple en cas de maladie, le serment pourra être prêté devant le juge que le tribunal aura commis et qui se transportera au domicile de la partie. Si la partie à laquelle le serment est déféré est trop éloignée, le tribunal pourra ordonner qu'elle prêtera serment devant le tribunal de sa résidence. Cette disposition doit être combinée avec celle de l'article 1035 du même Code, article qui lui donne une plus grande extension : il permet, en effet, de désigner pour recevoir le serment un tribunal voisin, un juge, ou même un juge de paix. C'est ainsi que l'a décidé la Cour de cassation (17 février 1836).

La Cour suprême a également décidé que la Chambre des vacations d'une Cour d'appel peut valablement recevoir la prestation d'un serment, si elle a été déléguée à cet effet par l'arrêt qui a déféré le serment. On a vainement argumenté des termes de l'article 44 du décret du 30 mars 1808 et de l'article 32 du décret du 6 juillet 1810, disant que la chambre des vacations ne peut connaître que des affaires sommaires et de celles qui requièrent célérité, et que les prestations de serment peuvent être rangées dans ces sortes de causes, alors que l'affaire n'est pas elle-même sommaire et urgente de sa nature (1). Ces objections n'ont pu être prises en considération en présence des termes de l'article 121.

(1) Req. 19 juillet 1836.

L'article 121, *in fine*, ajoute : « dans tous les cas (c'est-à-dire même dans le cas où la loi autorise le serment à domicile pour impossibilité absolue de se transporter à l'audience), le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée par acte d'avoué à avoué, et, s'il n'y a pas d'avoué constitué, par exploit contenant l'indication du jour de la prestation. » On a pensé que la présence de la partie adverse serait une garantie de plus pour empêcher le parjure. Cette présence sera sollicitée par acte d'avoué à avoué, ou par un simple exploit, *s'il n'y a pas d'avoué constitué.* Au premier abord on ne comprend pas comment le serment peut être déféré par l'une des parties à l'autre, ou même par le juge, sans qu'il y ait d'avoué constitué. En général et sauf des exceptions très-rares (1) le demandeur aura toujours un avoué, car l'exploit d'ajournement introductif d'instance doit à peine de nullité, contenir constitution d'avoué (2). Il peut se faire que le défendeur n'ait pas comparu, c'est-à-dire, n'ait pas constitué avoué dans les délais de l'ajournement. Dans cette hypothèse aux termes de l'art. 150 le tribunal doit avant de donner défaut et d'en adjuger le profit, vérifier les conclusions du demandeur. S'il décide à la suite de cette vérification que le demandeur doit prêter serment, on ne pourra point appeler le défendeur par acte d'avoué à avoué puisqu'il n'a pas d'avoué; on ne pourra donc l'appeler que par un exploit notifié à domicile (3). On s'est demandé quel doit être le délai qui doit s'écouler entre le jour de la

(1) V. art. 107, C. pro. V. Boitard et Colmet-Daage, n° 151. tom. 1er.
(2) Art. 61.
(3) Boitard et Colmet-Daage, tom. 1er, n° 255.

citation et celui de la comparution? Sera-ce le délai de huit jours, qui est le délai de Droit commun (art. 72), ou le délai de trois jours applicable en matière d'enquête (Art. 261). Malgré la jurisprudence de la Cour de cassation qui a déclaré ce dernier délai suffisant, en se fondant sur ce que la présence de la partie est aussi utile en cas d'enquête, qu'elle peut l'être lorsqu'il s'agit du serment (1), nous inclinons pour le délai de Droit commun, car ce n'est pas en procédure qu'il est permis de raisonner soit par analogie soit par argument *à fortiori* (2).

Remarquons que la loi n'a pas attaché à la présence de celui qui défère le serment une bien grande importance puisqu'elle n'a pas prononcé la nullité contre l'absence des formalités prescrites par l'art. 121 *in fine*. Or, les nullités ne peuvent se suppléer ; c'est en ce sens que la Cour d'Aix a jugé que le serment prêté en l'absence de la partie adverse n'est pas nul (3).

Dans quelles contestations le serment décisoire peut-il être déféré?

« Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, » dit l'art. 1358. Le législateur, en s'exprimant ainsi, a voulu dire que le serment décisoire peut être déféré dans toute espèce d'instances civiles, possessoires, pétitoires, personnel-

(1) Cassat. 4 janvier 1842.

(2) Orléans, 9 déc. 1807 ; mais V. Dalloz, n° 5364, tom. 33.

(3) Aix, 21 mai 1811. V. Berriat, p. 493. Chauveau sur Carré, art. 121, n° 520 bis.

les, réelles, et quelle que soit la valeur du litige (1); mais il est clair qu'il y a des exceptions forcées à la règle générale posée par l'art. 1358.

Ainsi le serment, du moins si on le considère au point de vue du résultat, peut être envisagé comme étant un genre de preuve ; il s'en suit qu'il ne pourra servir à établir certains faits auxquels la loi refuse toute force juridique, tels que : la vente de la chose d'autrui (1599), la vente d'une succession future (1130), une dette de jeu (1965), etc..... Il s'en suit encore, qu'il ne pourra être admis pour prouver l'existence de certains contrats que la loi ne reconnaît que lorsqu'ils sont revêtus de formes spéciales, essentielles à leur validité, comme la donation, les conventions matrimoniales, l'hypothèque, etc. (2). —

Le serment décisoire peut-il faire preuve contre un acte authentique ou sous seing privé? En d'autres termes, peut-on déférer le serment, par exemple, au demandeur s'il présente comme preuve de sa demande un acte authentique ou sous seing privé?

A l'égard de l'acte authentique nous ferons une distinction. Ou bien les faits contenus dans l'acte authentique ne peuvent être déniés sans mettre en doute la bonne foi de l'officier public, sans compromettre son caractère officiel, et dans ce cas il est absolument nécessaire de recourir à l'inscription de faux, car c'est le seul moyen permis par la loi pour attaquer le témoignage

(1) Pothier, *Oblig.* nº 913. — Bonnier, nº 344. — Duranton, t. XIII, nº 578.

(2) Duranton nº 574 t. 13. — Marcadé, art. 1358-1360, nº 1. — Larombière, t. V, art. 1358, nº 10.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE I UNIVERSITAIRE

d'un officier de l'Etat civil (1); ou bien, au contraire, les faits énoncés dans l'acte authentique n'intéressent pas directement la responsabilité du notaire ; il n'en a été en quelque sorte que l'historien : ces faits-là peuvent être l'objet d'un serment, car ce qu'on révoque en doute, ce n'est point la sincérité de l'officier public, c'est la sincérité du témoignage qui lui a été fait. Ainsi le serment pourra être déféré si l'on prétend que le prix porté dans l'acte n'a pas été payé, seulement dans le cas où le paiement aurait été fait hors de la présence du notaire, et non dans le cas où ce dernier déclarerait que les espèces ont été comptées devant lui (2).

A l'égard d'un acte sous seing privé nous admettons sans distinction la délation du serment : nous nous fondons pour cela sur la généralité des termes de l'art. 1358 et sur l'art. 1341 qui ne prohibe contre et outre le contenu aux actes que la preuve testimoniale. Le demandeur du reste aurait mauvaise grâce à se plaindre, puisque le défendeur le constitue juge dans sa propre cause (3).

Nous avons déjà dit plus haut que la délation du serment ne pouvait avoir lieu dans le but de suppléer aux formalités exigées *ad solemnitatem* dans certains contrats spéciaux. Que décider maintenant à l'égard de quelques contrats pour lesquels la loi exige un écrit non plus *ad solemnitatem* mais simplement *ad probationem*, tels que l'antichrèse et la transaction ?

(1) V. Bonnier, *Traité des preuves*, n° 344. Aubry et Rau, 3e édit., t. VI, p. 352.

(2) En ce sens Turin, 10 niv. an XIV. — Grenoble, 11 juillet 1806, etc. — V. *Cout. de Bretagne*, art. 283. — Toullier, t. X, n° 380.

(3) V. Cass., 6 août 1856.

Selon quelques auteurs, l'écrit manquant, aucune espèce de preuve ne peut être admise : « La nature particulière de la transaction, dit M. Troplong (1), a fait exiger la preuve écrite afin de prévenir tout débat sur l'existence d'un acte destiné à mettre les parties d'accord. Le serment litisdécisoire est donc un moyen de preuve qui répugne à la nature de ce contrat. Il suppose un procès sur la preuve, et la loi ne veut pas qu'il puisse y en avoir. »

Nous préférons l'opinion contraire fondée sur les art. 1358 et 1360 qui permettent de déférer le serment sur toute espèce de contestations encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve. Les art. 2044 et 2085 sont une dérogation à l'art. 1341 : ils n'admettent pas la preuve testimoniale même au-dessous de 150 fr.; mais rien ne nous autorise à décider qu'ils repoussent tout autre mode de preuve. Ce serait en faire des contrats solennels; or, les contrats solennels sont de droit étroit, car dans notre Droit actuel tous les contrats se forment par le seul consentement (2).

Le serment décisoire peut-il être déféré contre une présomption légale ?

L'art 1352 est ainsi conçue : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. — Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire,

(1) Troplong, *Transact.*, n° 27.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 479. — Duranton, t. X, n° 406.

et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

Cet article est sans contredit d'nne grande obscurité : aussi a-t-il donné lieu à plusieurs systèmes d'interprétation. Suivant les auteurs les plus accrédités (1), l'art. 1352 ne veut dire autre chose, si non que les présomptions *juris* et *de jure* n'admettent pas en principe la preuve contraire ; mais comme l'aveu et le serment sont un genre de preuve exceptionnel, ils pourront combattre les présomptions légales, car il n'existe aucun motif de les écarter. En effet, la position de celui en faveur de qui existe la présomption légale n'en deviendra pas plus mauvaise, puisqu'on ne lui demande que d'être juge dans sa propre cause.

Jusque-là rien que de très-logique ; mais les partisans de ce système vont plus loin : ils font une distinction entre les présomptions légales d'intérêt privé et les présomptions légales d'ordre public, et ils admettent que les premières seules peuvent être détruites par l'aveu et le serment. — Il s'en faut de beaucoup que ces auteurs soient d'accord sur le point de savoir quelles sont les présomptions d'ordre public, quelles sont les présomptions d'intérêt privé? Selon M. Bonnier la présomption d'interposition de personne, dont parle l'art. 911, est d'intérêt privé; selon MM. Aubry et Rau elle est d'ordre public lorsque la libéralité est attaquée par les héritiers du donateur, et d'intérêt privé lorsque c'est le donateur lui-même qui attaque la libéralité.

(1) Bonnier, n° 744. — Marcadé, art. 1352, n° 3; Aubry et Rau, 3e édit., t. VI, p. 332 et note 14.

Cette distinction de MM. Aubry et Rau est difficile à concevoir, car la nullité de la donnation est fondée plutôt sur l'incapacité de recevoir de la part des personnes présumées gratifiés, que sur l'incapacité de donner; elle ne peut donc changer de nature suivant la personne qui intente l'action.

Ces exemples démontrent combien le système que nous venons d'exposer présente de difficulté dans l'application. Il est en outre tout à fait arbitraire, car l'art. 1352 est général dans ses expressions et ne contient nullement le germe d'une distinction entre les présomptions légales d'intérêt privé et les présomptions légales d'ordre public. Une pareille distinction constituerait un système sans précédents, qui devrait être fondé sur autre chose que sur les expressions obscures et ambiguës de l'art. 1352.

Nous pensons avec M. Larombière (1) que ces mots : « sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires, » ne signifient point que les présomptions légales pourront toujours être combattues par l'aveu et le serment; mais bien plutôt que les présomptions légales, résultant de l'aveu et du serment, pourront être combattues comme il sera dit aux sections IV et V. Le législateur considère le serment et l'aveu comme des présomptions légales et il se réserve d'exposer plus loin si ces présomptions pourront être combattues par la preuve contraire, sans rien préjuger à ce sujet.

Du principe que le serment décisoire renferme une sorte de transaction, il résulte qu'il ne peut porter sur

(1) Larombière, art. 1352, n° 11.

une matière non susceptible de transaction. On ne pourra donc pas le déférer sur des faits qui motivent une demande en séparation de corps, car la loi ne permettant pas les séparations volontaires, il est clair qu'elles ne peuvent se faire par transaction, et que, par conséquent, elles n'admettent pas le serment décisoire qui contient une espèce de transaction (1).

Dans les actions en réclamation ou en contestation d'état, le serment peut-il être déféré sur des faits de filiation ou de légitimité?

Toullier a soutenu l'affirmative en se fondant sur ce que nos lois, à l'exemple des lois romaines, ne défendent pas de transiger sur les questions d'état, ni par conséquent de déférer le serment sur les faits dont dépend leur décision (2).

Il est bien vrai qu'aucune loi ne dépend formellement de transiger sur ces questions; mais pour savoir si l'on peut transiger sur une question d'état, il faut se demander d'abord si les personnes ont la libre disposition de leur état, si leur état est dans le commerce. Or, la négative de cette proposition n'est pas douteuse. D'abord l'art. 1128 du Code civil nous enseigne qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui sont l'objet des conventions. Et le tribun Gillet, développant ce principe, a dit : « Toute convention s'arrête aux seuls objets qui sont dans le commerce. Ainsi, les droits de la nature, les droits de la société, ne peuvent devenir

(1) Larombière, t. v., art. 1358, n° 9. Duranton, t. xiii, n° 574. — Bonnier, n° 300. — Aubry et Rau, t. vi, p. 350.

(2) Toulier, t. x, n° 378.

matière à transaction; c'est pour cela que le projet annonce que pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, ce qui suppose nécessairement que ces objets sont disponibles. » Il faut donc décider, contrairement à l'opinion de Toullier, que l'on ne peut en aucun cas déférer le serment sur les questions d'état, puisque le serment n'est qu'une transaction (1).

A quelles conditions le serment litisdécisoire peut-il être valablement déféré?

Pour que le serment décisoire puisse valablement être déféré, il faut qu'il porte sur des faits appelés en langues juridique, faits relevants. Pour qu'un fait soit relevant il faut : 1° qu'il soit personnel à la partie à laquelle on défère le serment; 2° qu'il soit de nature à trancher définitivement le litige. Nous allons examiner successivement ces deux conditions.

L'art. 1359 est ainsi conçu : » Le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère » Cette disposition est à la fois juridique et philosophique. Il est clair qu'on ne peut m'imposer l'obligation d'affirmer par serment ce qui est le fait d'une autre personne, lors même que je serais son héritier (2), *par la raison* bien simple que je puis ignorer

(1) Bonnier, n° 344. — Aubry et Rau, t. VI, p. 350. Demolombe, *Paternité et filiation*, n° 312.

(2) V. Paul, *sent.* II, 14.

les faits de mon auteur. Néanmoins, à la suite des vides faits par la mort et des difficultés qui surgissent pour cette cause dans les luttes des intérêts humains, on a cru devoir admettre une exception à cette règle : on ne peut point me déférer le serment sur le fait de mon auteur, mais on peut me le déférer sur le point de savoir si j'ai connaissance des faits imputés à mon auteur : c'est ce que l'on appelle le serment de crédulité (1). Nous avons des exemples du serment de crédulité dans les art. 2275, Code civil, et 189, Cod. de com. Après avoir déterminé le temps nécessaire à l'accomplissement de quelques petites prescriptions, le législateur ajoute, art. 2275 : « Néanmoins ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée. — Le serment pourra être déféré aux veuves et aux héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. » Et art. 189 C. com. : « Toutes actions relatives aux lettres de change et à ceux des billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé. — Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables; et leurs veuves, héritiers ou ayant cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est

(1) V. Pothier, *oblig.* nº 913. — V. P. de Fontaine, chap xv. p. 128.

plus rien dû. » Cet art. 189 ne parle pas comme l'art. 2275 des tuteurs des héritiers mineurs; mais avec M. Larombière (1), nous pensons que le serment de crédulité peut néanmoins leur être déféré par la raison que ces deux dispositions ont été inspirées par le même esprit et doivent se compléter l'une l'autre : *ibi eadem ratio*, *ibi idem jus*.

Ces deux articles ne sont pas limitatifs en sorte que le serment de crédulité peut être étendu à des hypothèses autres que celles sur lesquelles ils statuent (2). Ils reposent en effet sur cette idée générale qu'on ne peut supposer que les veuves et héritiers d'une personne décédée se trouvent dans une ignorance complète de ses affaires. On peut citer en ce sens le rapport au tribunat : « Les héritiers, dit ce rapport à l'occasion de l'art. 1359, ne peuvent être tenus d'affirmer qu'il était dû ou qu'il n'était pas dû à leur auteur, seulement ils seront tenus d'accepter le serment sur ce qui peut être parvenu à leur connaissance (3). » Le serment de crédulité ne sera reçu que dans les espèces où le serment décisoire lui-même serait admissible.

Nous avons dit que le serment décisoire est celui que l'une des parties défère à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause (art. 1357 1°). — Il résulte de cette définition qu'il ne suffit pas que les faits sur lesquels doit porter le serment soient personnels à la partie à laquelle le serment est déféré; mais encore qu'ils

(1) Larombière, *oblig.* tom. v. art. 1359 n° 11.

(2) Larombière, *oblig.* tom. v, art. 1359 note 12, Aubry et Rau, p. 521 note 13.

(3) V. Duranton, tom. XIII, n° 580. — Marcadé, art. 1358, 1360, n° 1. — V. Pothier, *oblig.* n° 913.

soient décisifs, c'est-à-dire de nature à terminer le litige : *frustra probatur, quod probatum non relevat* (1). Les juges auront à apprécier cette question de fait.

Ce point-là nous amène tout naturellement à rechercher quels sont les pouvoirs du juge en matière de serment litisdécisoire? Peut-il refuser la délation du serment sans indiquer les motifs de son refus? Est-il au contraire de son devoir d'autoriser le serment dès qu'il porte sur un fait décisif?

C'est une question que Pothier a examiné sans la résoudre. La doctrine et la jurisprudence sont dans un état de scission complète à cet égard et il y a tout lieu de penser qu'il s'écoulera bien du temps avant qu'elles soient d'accord.

La jurisprudence tend à assimiler sous ce rapport le serment décisoire et le serment supplétoire et elle a souvent décidé que dans l'un comme dans l'autre, c'était le juge qui devait être apréciateur souverain de l'opportunité de la délation (2).

Ce système se fonde principalement sur les expression facultatives de l'art. 1358 C. civil : « Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » La Cour d'Orléans (arrêt du 2 janvier 1850) a raisonné comme il suit : « Attendu que, si les art. 1358 et suivants permettent à une partie de déférer le serment décisoire sur quelque espèce de con-

(1) Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 544 et note 16. — V. Bourges, 15 juillet 1814.

(2) Cassat., 23 avril 1829. — Bordeaux, 19 janvier 1830. — Limoges, 10 mai 1845. — Req., 6 août 1856. — Cassat., 17 mars 1862. — Cassat., 17 nov. 1863, etc.

testation que ce soit et en tout état de cause, la loi ne fait pas au juge l'obligation d'admettre ce moyen d'éclairer sa religion, lorsque les faits et circonstances du procès, dont il a la libre appréciation, lui fournissent des éléments suffisants de conviction. » Pareillement la Cour suprême dans son arrêt du 6 août 1856 a décidé que le juge qui refuse d'ordonner un serment décisoire à raison de son inutilité (1) use « d'une latitude qui ne lui est pas enlevé par les dispositions de l'art. 1358. »

En résumé, les juges ne sont pas forcés d'admettre le serment parce que la loi ne les y a pas contraints. La même opinion fait encore remarquer qu'il est peu probable que le législateur de 1804 ait entendu imposer au juge un rôle purement passif tel que celui d'écouter aveuglément les propositions des parties et de s'y conformer entièrement. Décider ainsi, ce serait ouvrir les portes à de grands abus en obligeant les magistrats à admettre la délation du serment lorsqu'elle n'est faite que par pur esprit de chicane.

La doctrine, au contraire, tient qu'à la différence du serment déféré d'office, lequel n'est jamais obligatoire pour le juge, il est du devoir des tribunaux d'ordonner le serment décisoire dès qu'il porte sur un fait décisif (2).

Ce système repousse l'argument tiré de l'expression « peut » employée par l'art. 1358 en faisant remarquer

(1) La délation du serment a été repoussée dans l'espèce par l'unique raison que la demande était autrement justifiée, et quoique le fait à affirmer sur la foi du serment, fut pleinement décisif.

(2) V. Caen, 15 fev. 1838. 4 janvier 1840. — Nancy, 1er ch. 20 décemb. 1844.

que cette expression s'adresse à la partie et non au juge « Le doute, dit Marcadé, n'est pas possible sur ce point en présence des art. 1357, 1358, puisque le dernier nous dit que le serment décisoire peut être déféré, après que le premier nous a appris qu'on appelle serment décisoire celui que défère une partie : le serment décisoire étant déféré par la partie et non par le juge, il est clair que si la loi avait entendu exprimer ici une faculté s'adressant au juge, elle aurait dit : la délation du serment peut être autorisée, et non pas le serment peut être déféré. Comment la phrase complète serait-elle : peut être déféré par le juge, alors qu'il s'agit d'un serment que le juge ne défère jamais (1)? »

Le second argument invoqué à l'appui du système de la jurisprudence qui consiste à dire : que le seul moyen d'éviter les serments déférés par esprit de chicane c'est de laisser le serment décisoire à l'arbitrage du juge, a, il faut le dire, frappé l'esprit de quelques auteurs. Ainsi lorsqu'il est constant que la délation du serment n'a d'autre mobile que l'esprit de vexation MM. Aubry et Rau (2) décident qu'en pareil cas, la délation du serment ne serait plus l'usage, mais l'abus d'une faculté légale et que dès lors on doit appliquer à cette hypothèse la maxime : *malitiis non est indulgendum*. Certes cette distinction est loin d'être illogique ; mais il nous paraît bien difficile en pratique que le juge puisse descendre dans le for intérieur du plaideur pour y découvrir la prétendue vexation qui lui servira à écarter

(1) Marcadé, sur l'art. 1360, n° 2.
(2) Aubry et Rau, p. 354, note 24.

la délation du serment. Ce n'est pas là un motif légal (1).

Nous préférons le système de la doctrine proprement dite. Ce système fait observer que ce ne sera pas au serment décisoire qu'auront recours ceux qui cherchent à entraver la marche de la procédure et à retarder le jugement définitif par la raison qu'au lieu de retarder le jugement, ce moyen-là aurait pour résultat d'en précipiter l'événement.

Enfin de deux choses l'une, ou le fait sur lequel doit porter le serment réunit les deux conditions exigées par la loi (c'est-à-dire, qu'il est de nature à entraîner la décision du procès, et personnel à celui à qui le serment est déféré), ou il ne les réunit pas. S'il ne les réunit pas, les juges pourront et devront rejeter le serment; mais s'il en est autrement pourquoi le rejeteraient-ils? N'est-il pas très-avantageux pour eux d'être dégagés de toute responsabilité morale, en n'étant pas exposés à préférer à une garantie certaine, des documents qui, par des apparences séduisantes pourraient les induire en erreur (2).

On s'était demandé sous notre ancienne jurisprudence si le serment pouvait être déféré lorsque le demandeur n'avait aucune espèce de preuves?

Nous examinerons plus loin cette question à propos du serment de *calumnia*; nous nous contenterons de dire ici que les rédacteurs du Code ont reproduit l'opinion de Pothier (3); ainsi l'art. 1360 décide que le serment peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il

(1) V. Dalloz, *oblig.* tit. 7. ch. v, sect. 2, n° 5244.

(2) V. *considérants de l'arrêt du 15 fev.* 1838, Cour de Caen.

(3) Pothier, *oblig.* n° 914. — V. aussi Domat, *lois civiles*, sect. vi, liv. iii. n° 3.

n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. En présence de termes comportant une telle latitude, il est bien difficile d'admettre avec la jurisprudence, que le serment qui est déféré sur conclusions subsidiaires, après que l'on a inutilement employé tout autre moyen de preuve, cesse d'être un serment décisoire et devient un véritable serment supplétoire que le juge aura le pouvoir de rejeter ou d'admettre selon les règles prescrites par les art. 1366 et suivants (1).

Voici comment raisonne le système de la jurisprudence. Le serment décisoire a, dit-elle, pour caractère d'être déféré seul; il doit être le seul moyen dont doit dépendre l'issue du procès. Si donc on a vainement fait usage des preuves que l'on avait, et si l'on veut, lorsqu'il est reconnu qu'elles sont insuffisantes, déférer le serment; ce serment là n'aura rien de décisif, il ne pourra que suppléer aux preuves restées insuffisantes, il sera en un mot simplement supplétoire.

La doctrine répond que l'art. 1357 dit bien que le serment décisoire doit être de nature à terminer définitivement le litige; mais il ne dit nullement qu'il doive être l'unique moyen que propose celui qui le défère. L'art. 1360 porte que le serment décisoire peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve; n'est-ce pas dire *à fortiori* qu'il peut être déféré s'il y a un commencement de preuve? Certes celui qui défère le serment renonce par le fait à faire valoir ultérieu-

(1) V. Merlin, rep. V° *serment*, § 2. art. 2, n° 7. — Toullier, tom. x, n° 404, 405. rej. 30 oct. 1810. req. 7, nov. 1838. — Paris 29 janvier 1841. — req. 15 mars 1852.

rement ses précédentes conclusions; mais le fait que le serment est déféré sur conclusions subsidiaires ne lui enlève pas le caractère de serment décisoire. Du reste l'expression large « en tout état de cause » (art. 1360) suppose à n'en pouvoir douter que les premiers moyens invoqués n'ont pas réussi. Il n'y aura donc à examiner qu'un seul point, qu'une simple question de fait : la délation du serment à quelque moment qu'il intervienne, est-elle de nature à terminer le différent d'une manière péremptoire. Si la réponse est affirmative, le juge devra autoriser un tel serment qui aura tous les caractères du serment décisoire. Dans le cas contraire, ce sera un serment supplétoire, qui sera régi comme tel par les articles 1366 et suivants (1).

Quelles personnes peuvent déférer le serment et à quelles personnes peut-il être déféré?

Nous avons dit, dans le chapitre intitulé : des caractères du serment décisoire, qu'il est de la dernière importance de prendre parti sur le point de savoir si le serment est un simple mode de preuve, ou si au contraire il a, dans notre Droit, le même caractère qu'il avait en Droit romain. En effet, suivant que l'on adopte l'un ou l'autre de ces systèmes, on se trouve amené à des conséquences entièrement différentes. Si le serment n'est qu'un simple mode de preuve, il suffira pour

(1) Bonnier, n° 346 note. — Marcadé, art. 1358, 1360, n° 3. — Aubry et Rau, 3e éd. t. VI, p. 353. — Larombière, art. 1360, n° 6.

pouvoir en faire usage, d'être capable d'ester en justice; les juges auront la faculté de l'admettre ou de ne pas l'admettre; enfin il y aura lieu à appel d'après les règles ordinaires applicables aux jugements en général.

Nous avons déjà exposé comment, selon nous, le serment décisoire à sa base dans une transaction. Que fait, en effet, la partie qui défère le serment à son adversaire? Elle lui propose une transaction : « mon droit, lui dit-elle, je consens à le perdre, si vous me donnez un serment opposé à ma prétention (1). » Il y a là, bien évidemment, une transaction conditionnelle. Il faudra donc pour déférer valablement le serment, avoir la capacité de transiger (2) (art. 2045). Nous avons à appliquer ici les règles usitées en matière de conventions et nous pouvons dire d'une manière générale que toute personne peut déférer le serment, si la loi ne l'en déclare pas incapable (1123). Or, la loi déclare incapables les mineurs, les interdits et les femmes mariées, art. 1124. Si donc un de ces incapables défère le serment, l'adversaire pourra, sans perdre son procès, refuser de le prêter en invoquant l'incapacité du *deferens*.

A propos du mineur nous avons à nous demander si le tuteur peut sans autorisation préalable déférer le serment au nom du mineur?

Un système, se fondant sur ce que l'art. 457 permet implicitement au tuteur d'aliéner les biens mobiliers du mineurs, distingue le cas où le procès porte sur des

(1) M. Bressolles à son cours.

(2) Bonnier n° 348. — Duranton tom. v, n° 581. V. Pothier, *oblig.* n° 915.

biens mobiliers et le cas ou il porte sur des biens immobiliers. Dans le premier cas seulement, d'après cette opinion, le tuteur pourra déférer le serment sans autorisation préalable, car il peut aliéner les biens mobiliers également sans autorisation.

Nous ne partageons point cette manière de voir. Nous l'avons déjà dit, pour pouvoir déférer le serment, il faut avoir la capacité de transiger; or, art. 2045, pour pouvoir transiger il faut avoir la libre disposition du droit sur lequel on transige, c'est-à-dire avoir la capacité de l'aliéner de toute manière, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux. Cette donnée ressort des articles 457 et 467 rapprochés. Sans doute le tuteur peut disposer des droits mobiliers de son mineur, les aliéner à titre onéreux, recevoir un capital et en donner décharge, art. 457; mais il ne peut transiger sur ces mêmes droits; en d'autres termes la prohibition de transiger, édictée sans restriction et d'une manière générale par les art. 467 et 2045, s'applique aussi bien aux actions mobilières qu'aux actions immobilières : donc il ne suffit pas pour transiger d'être capable de disposer à titre onéreux. Ainsi nous n'hésitons pas à admettre que le tuteur ne pourra valablement faire la délation du serment, qu'en remplissant les formalités de l'art. 467, soit que le litige porte sur des biens mobiliers, soit qu'il porte sur desbiens immobiliers.

Cependant, peut-être pourrait-on, dans certaines causes de peu d'importances et d'une pratique journalière dans l'administration de la tutelle, permettre au tuteur de déférer le serment au nom du mineur. Ces matières, à raison même de leur peu d'importance, demandent

avant tout célérité. Ici d'ailleurs il n'y a pas, à proprement parler, transaction vis-à-vis du mineur, puisque quel que soit l'issue du procès, du moment, qu'il ne s'agit que d'intérêts minimes, la responsabilité du tuteur sera suffisante pour empêcher le mineur d'éprouver le moindre préjudice (1).

Ce que nous décidons pour le mineur, nous le décidons également pour l'interdit et pour l'aliéné pourvu d'un administrateur provisoire.

Le mineur émancipé ne pourra déférer le serment, lorsque le procès portera sur autre chose que sur des actes de pure administration : pour lui, comme pour le mineur non émancipé, il y aura lieu à l'application des mêmes formalités, art. 484-467.

Quand à ceux qui sont pourvu d'un conseil judiciaire, ne pouvant transiger sans leur conseil, ils ne pourront pas non plus déférer le serment sans la même autorisation.

La femme mariée, même non commune ou séparée de biens, aux termes de l'art. 217, ne peut donner, hypothéquer, aliéner sans le concours de son mari; elle ne pourra donc pas déférer le serment sans cette même autorisation, alors même qu'elle aurait été autorisée par son mari à engager le procès. Nous faisons néanmoins une réserve à ce propos, et comme la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner même à titre gratuit, art. 1449, nous pensons qu'elle pourra déférer le serment lorsqu'elle sera mise en cause, seulement à raison de son mobilier et

(1) V. Dalloz, tom. XXIII, n° 5225.

lorsqu'elle aura reçu l'autorisation d'ester en justice.

Certaines personnes, très-capables du reste pour ce qui concerne leurs propres affaires, sont frappés d'une incapacité relative à raison de ce qu'elles opèrent non pour elles, mais pour autrui; tels sont les mandataires légaux ou conventionnels.

Ainsi le mari pourra sans le concours de sa femme déférer le serment dans les procès qui s'élèveront à propos des biens mobiliers composant la communauté; mais il lui faudra l'autorisation de cette dernière pour déférer le serment dans les procès qui auront pour objet les immeubles propres de sa femme (1428) ou mêmes les immeubles de la communauté, car il ne peut les aliéner à titre gratuit sans le concours de sa femme, art. 1422 : or, nous avons établi plus haut que pour pouvoir déférer le serment il faut être capable de transiger et que pour pouvoir transiger il faut pouvoir aliéner l'objet sur lequel on transige tant à titre gratuit qu'à titre onéreux (2045).

Sous le régime dotal il est clair que le mari, même avec le consentement de sa femme, ne pourra déférer le serment dans les contestations ayant pour objet les immeubles dotaux; s'il ne s'agissaient que de biens mobiliers dotaux, nous croyons, contrairement au système de la jurisprudence, qu'il pourrait déférer le serment avec le concours de sa femme.

Nous avons déjà parlé des pouvoirs du tuteur en matière de délation du serment.

Quand aux mandataires en général nous pouvons poser en principe qu'ils ne peuvent déférer le serment sans être muni d'une procuration spéciale à cet

effet (1988) (1). Cette décision sera étendue à des cas particuliers, par exemple aux avoués, qui ne peuvent faire aucune offre ou aveu sans un pouvoir spécial à peine de nullité (352 C. Pr.) (2), aux syndics de faillite qui ne peuvent transiger sans l'autorisation du juge commissaire (487 C. com.) (3).

Demandons-nous maintenant à qui le serment peut être valablement déféré?

Il est clair qu'il peut être valablement déféré à tout individu ayant la libre disposition des objets qui sont en cause; mais qu'arrive-t-il dans le cas où l'on a déféré le serment à un incapable? De deux choses l'une : ou il le prêtera, et alors bien loin de rendre sa condition pire il l'aura au contraire rendue meilleure en s'acquérant un droit définitif et sans appel et dans ce cas le *deferens* ne pourra lui opposer son incapacité, art. 1125; ou bien il refusera de jurer et un tel acte ne pourra produire contre lui aucune conséquence mauvaise, puisqu'il y a de sa part un véritable acte d'aliénation qui lui est interdit, art. 2045. Il suit de là que dans la pratique le serment ne sera jamais déféré à un incapable, car soit que l'incapable prête le serment soit qu'il refuse de le prêter, il n'en résulte et il ne peut en résulter le moindre avantage pour le *deferens*.

Il ne peut être question de déférer le serment à des

(1) V. Pothier, oblig. n° 821. — Duranton, tom. XIII, n° 587. — Touillier, n° 375.

(2) Rennes 13 mai 1812. — Besançon 23 fév. 1827; voir aussi Duranton, n° 587.

(3) Massé et Vergé *sur Zachariæ*, tom. III, p. 143, note 8; Marcadé art. 1358-1360, n° 1.

personnes qui ne figurent pas dans le procès en leur nom personnel, tels que les tuteurs, les administrateurs des communes, ou autre établissements publics (1), les maris qui ne figurent dans une instance que pour autoriser leur femme (2) ; il y a ici deux raisons pour que la délation soit impossible : la première c'est que le serment ne porterait pas sur un fait personnel (1359), la seconde c'est qu'il doit être prêté par la partie elle-même (art. 120 C. pr.)

Effets généraux de la délation et de la prestation du serment décisoire.

Deux parties sont en procès : l'une défère le serment à son adversaire. Le serment, nous l'avons dit, est une espèce de contrat ; il ne se forme que par le mutuel consentement des parties : Or c'est un principe général que la simple pollicitation ne lie pas celui qui la fait. Ainsi, jusqu'à ce que l'adversaire ait accepté la délation soit verbalement à l'audience, soit par simple acte d'avoué à avoué, le *deferens* pourra se rétracter, (art. 1364), et s'il vient à mourir avant l'acceptation, ses héritiers pourront rétracter la délation comme il aurait pu le faire lui-même (3).

La loi Romaine défendait à celui qui s'était rétracté de déférer une seconde fois le serment à son adversaire ;

(1) V. Bonnier, n° 349. — V. néanmoins art. 2275. C. civ. et 189 C. com.
(2) V. Touillier, tom. x, n° 376. — Larombière, art. 1359, n° 5 — V. Angers, 28 janvier 1825.
(3) Toullier, tom. x, n° 385.

en est-il encore ainsi dans notre législation? Oui, selon Duranton ; mais Touillier fait observer avec raison, que, bien qu'il y ait sans contredit une grande légèreté à reprocher à la partie, qui après avoir déféré le serment se rétracte avant l'acceptation, puis défère une seconde fois le serment, il n'y a pas néanmoins, à proprement parler, de préjudice infligé à la partie adverse, puisqu'en définitive on la constitue juge dans sa propre cause. Si le Code n'a pas reproduit la prohibition Romaine, c'est qu'il voit d'un œil favorable tous les moyens de terminer les procès. Un juge excèderait donc ses pouvoirs s'il rejetait la seconde délation du serment en se fondant sur ce que la première délation avait été rétractée.

Dans notre hypothèse, la délation n'a pas été rétractée, que va faire l'adversaire ? Il devra : 1° prêter le serment 2° ou le référer; 3° ou le refuser. Ces divers partis et les effets qu'ils entraînent, sont successivement prévus par le Code.

L'adversaire pourra toujours référer le serment pourvu, bien entendu, que le fait soit personnel à celui à qui on réfère le serment, et ce dernier ne pourra plus le référer à son tour, *jusjurandum relatum denuo referri nequit* (1362).

S'il ne veut ni référer le serment ni le prêter, il succombe dans sa demande (art. 1361), mais il faut, bien entendu, pour qu'il y ait refus de serment, que toutes les conditions exigées pour la validité de la délation soient accomplies. Ainsi il est clair que celui qui oppose qu'il est incapable, ou que le fait ne lui est pas personnel ne peut être considéré comme refusant le serment dans le sens de l'art 1361. Mais on devrait décider autrement à

l'égard de celui qui ne baserait son refus que sur ce que le serment porte sur des faits illicites ou portant atteinte à son honneur, s'il s'agit, par exemple, d'entraves apportées à la liberté de tester, de faits de séduction, de perception d'intérêts usuraires : la doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1). Il y aura encore refus de serment lorsque la partie au lieu de jurer que le fait, objet du serment, a ou n'a pas eu lieu, se borne à jurer qu'elle ignore ou ne se rappelle pas ce fait, qui lui est d'ailleurs personnel (2). Admettre le contraire comme l'a fait la Cour de Besançon (3), c'est créer de toutes pièces en faveur de la partie à laquelle le serment est déféré, une alternative qui n'est écrite nulle part dans la loi : car la loi n'en contient que deux : prêter le serment tel qu'il est déféré ou le référer à l'adversaire, il n'y a pas de moyen terme.

Peut-on dire encore qu'il y a refus de serment lorsque celui à qui le serment est déféré offre de faire la preuve des faits sur lesquels le serment doit porter ? Cette question est encore très-controversée et sur ce point le Code ne renferme aucune donnée. Cependant si l'on considère les véritables principes de la matière qui nous occupe, on est amené à décider qu'il y a là un véritable refus de serment. Pourquoi le défendeur refuse-t-il de prêter le serment qu'on lui demande ? Quelles bonnes raisons a-t-il pour agir ainsi ? Puisqu'il est sûr de son fait, puisqu'il a en main des preuves convaincantes,

(1) Zachariæ, édit. Massé et Vergé, tom. III, p 343, note 13; Aubry et Rau, tom. VI, p. 352; — Bordeaux, 10 mai 1833; Turin, 13 avril 1808.

(2) Bonnier, n° 345.

(3) 22 février 1819.

évidemment sa conscience ne peut lui faire un crime de jurer: *manifestæ turpitudines et confessionis nolle nec jurare nec jusjurandum referre* (1). D'ailleurs la justice pourrait considérer comme l'expression de la vérité des preuves qui pâliraient devant un appel à la conscience.

Enfin si la partie à laquelle le serment est déféré ne peut le référer parce que le fait n'est pas personnel à son adversaire, pourra-t-elle se baser sur cette impossibilité de référer le serment pour refuser de le prêter, et ce refus n'entraînera-t-il pas sa condamnation ? Cette question controversée autrefois ne l'est plus aujourd'hui. La faculté de référer le serment est une faveur accordée au défendeur, mais c'est une faveur qui ne doit point être tournée contre le demandeur. Décider autrement ce serait créer une nouvelle condition pour la délation du serment, condition qui n'est nulle part écrite dans la loi.

L'adversaire à qui le serment est déféré au lieu de le référer ou de le refuser, s'est décidé à le prêter. Avant de nous demander quels seront les effets de cette prestation, nous avons à rechercher quelles conditions doivent être remplies pour que le serment soit considéré comme valablement prêté ?

La première est qu'il soit prêté dans les termes mêmes dans lesquels il a été déféré ; il faut de plus qu'il soit prêté par la personne à qui il a été déféré : cette donnée ressort directement des articles 1359 C. civil et 121 C pr. et nous n'avons pas à insister là-dessus. Mais que devrons-nous décider si une fois la délation faite, l'adver-

(1) L. 38 D. *de jurej.* 12-2.

saire après avoir accepté cette délation, meurt avant d'avoir pu prêter le serment? Sera-t-il considéré comme ayant juré? Quelques auteurs enseignent l'affirmative (1). Le contrat, disent-ils, est parfait alors qu'il y a eu acceptation de la partie à laquelle le serment était déféré. Cette partie n'a nullement manifesté qu'elle avait changé de sentiment; le serment doit donc être considéré comme prêté, car s'il ne l'a pas été réellement, c'est à cause de la force majeure par excellence qui s'appelle la mort (2). Nous n'admettons point cette opinion. Oui, disons-nous, l'acceptation forme le contrat, mais seule la prestation le rend parfait, car la partie qui a pris l'initiative de la délation, n'a point entendu se contenter de la simple acceptation de son adversaire : elle a eu en vue la prestation du serment. En fait il aurait très-bien pu se faire que le défunt, qui avait peut-être accepté légèrement la délation, eût été arrêté au moment de prêter le serment par les cris de sa conscience et eût reculé devant un parjure public. Telle était l'opinion de Dumoulin : « *Juramentum delatum defuncto, sed nondum præstitum ab eo non potest objici* (3). Les parties devront dans ce cas être remises dans l'état où elles étaient avant la délation du serment (4). Mais cette opinion ne doit point être adoptée sans réserve aucune : si donc l'adversaire avait sciemment fait traîner les choses en longueur par une lenteur calculée ou par des moyens vexatoires, jusqu'au moment de sa mort, on devrait dans ce cas,

(1) V. Toullier, tom. x, n° 385.
(2) Douai 26 mai 1814 ; Aix 13 Août 1829.
(3) V. L, 3 C. *de reb. cred.* 4-1.
(4) Marcadé, art. 1361-1364. — Bonnier, p. 371, n° 335.

considérer le serment comme prêté en vertu de la disposition de l'art. 1178.

Nous pouvons maintenant nous demander quels sont les effets du serment valablement prêté ? Une fois le serment prêté, tout est consommé, la contestation est entièrement tranchée, les Juges n'ont plus qu'un rôle passif à jouer, ils n'ont plus à se livrer à aucun examen, car la partie a dû, pour donner au serment un caractère décisoire, renoncer par ses conclusions à tous ces moyens.

L'art. 1363 est ainsi conçu : « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté ». Celui qui a déféré le serment sera donc condamné et condamné sans retour. Comment, en effet, pourrait-on concevoir la possibilité d'un appel ? sur quoi serait-il fondé ? sur les autres preuves ? mais la partie qui a déféré le serment, nous l'avons dit, y a renoncé pour le présent et pour l'avenir. Sera-ce sur des preuves découvertes depuis la prestation, preuves qui démontrent jusqu'à l'évidence la fausseté du serment ? non encore, car l'art. 1363 est formel dans le sens opposé. « Comme ce n'est pas la vérité du serment, dit M. Larombière (1), qui oblige l'adversaire, mais bien la convention qu'il a formée, la fausseté prouvée du serment ne saurait avoir pour conséquence de le délier de ses engagements. « Et par la même raison la partie qui a refusé de prêter serment n'a pas le droit de chercher à prouver la vérité d'un fait qu'elle n'a pas voulu affirmer par serment : « la fausseté du fait dans le premier cas, dit

(1) Larombière, tom. 5 art. 1363, n° 2. — V. aussi Pothier, oblig. n° 916. — L. 1. C. *de reb. cred et jurej.* 4-1.

encore M. Larombière, ou sa vérité dans le second ne sont désormais d'aucune considération ».

Que devons nous décider maintenant, si, sans chercher à établir que les faits affirmés par la partie adverse sont contraires à la vérité, on demande à prouver que la délation est entachée de dol ou de violence, et que sans ces manœuvres le serment n'aurait pas été déféré?

L'art. 1363 s'oppose formellement à la possibilité de faire la preuve du parjure, même à l'aide des pièces nouvellement découvertes, car lorsqu'une personne a juré ne rien devoir, il ne peut plus y avoir lieu à la question *an debeatur*; mais le serment ayant pour base une convention et toute convention pouvant être attaquée pour cause de dol ou de violence (1109, 1117), il s'en suit qu'on pourra prouver que la délation est entachée de dol ou de violence et que sans ces manœuvres le serment n'aurait pas été déféré. Dans ce cas, on fera prononcer la nullité de la convention, ce qui amènera, par voie de conséquence, la nullité du serment lui-même; mais la question relative à la vérité des faits affirmés sera laissée de côté; le débat ne portera que sur un fait: est-ce par suite du dol ou de la violence commise que le serment a été déféré? Telle était du reste l'opinion de Pothier: « On peut, dit-il apporter comme exemple de dol la soustraction que vous m'aurez faite du titre qui établit la créance d'une certaine somme que j'ai contre vous; si sur la demande que je vous ai faite de cette somme, n'ayant pas trouvé mon titre, je vous ai déféré le serment sur la vérité de ma créance; comme c'est en ce cas la soustraction que vous avez faite de mon titre, et par

conséquent votre dol, qui m'a engagé à vous déférer le serment sur la vérité de ma créance; je peux si je viens à acquérir la preuve de cette soustraction me faire restituer contre l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, comme ayant été entraîné par dol à vous le déférer (1). » L'art. 1363, en effet, ne doit s'entendre que d'un serment régulièrement déféré et non de celui qui ne l'eût pas été sans le dol de l'une des parties (V. art 1109, 1112, 1113, 1115, 1116, 2053, 2054). Il y aura là une véritable action en nullité (1304).

Les créanciers pourront-ils attaquer le serment déféré en fraude de leurs droits?

Supposons des créanciers purement chirographaires : ils ont un droit de gage général sur les biens de leur débiteur (2092). Il peut se faire que ce gage soit diminué, soit par suite de conventions, soit par suite de jugements rendus contre le débiteur commun. Un jugement, par exemple, a été rendu en vertu d'un serment déféré par le débiteur et prêté par l'adversaire, les créanciers pourront-ils attaquer ce serment s'il a été déféré en fraude de leurs droits? Cela ne faisait pas de doute en Droit romain, et nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas de même en Droit français (1167). Ici encore la prestation du serment restera en dehors des débats; on n'attaquera que la délation comme dans l'hypothèse précédente.

Du principe que l'effet du serment décisoire est irrévocable, il ne s'en suit point que le parjure doive rester impuni; en d'autres termes, l'art. 1363 n'est relatif

(1) Pothier, oblig. nº 919.

qu'aux intérêts privés et ne fait aucunement obstacle aux poursuites du ministère public (1). La sanction pénale du parjure est contenue dans l'art. 366 du Code pénal, article que la loi de 1863 a modifié; il est ainsi conçu : « Celui à qui le serment aura été deféré ou référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, sera puni d'un emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cent francs à trois mille francs. Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'art 42 du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être placé sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. » L'ancien article 366 ne punissait le parjure que de la dégradation civique.

La rédaction de l'art. 366 souleva de sérieuses difficultés lors de la discussion du projet du Code pénal. Il fut même question de le supprimer, comme présentant une contradiction directe avec l'art. 1363 du Code civil. Malgré ces critiques, l'art. 366 fut maintenu par le Conseil d'état, sans que le procès-verbal des séances, donné par Locré (2), fasse connaître quelles sont les raisons qui ont déterminé le rejet des observations présentées par la Commission du Corps législatif. Mais ces raisons ont été données dans l'exposé des motifs, présenté par M. Faure au Corps législatif dans la séance du 7 février 1810, dont voici un passage: « L'intérêt de la

(1) V. *Arrêt du parlement de Paris*, 10 octobre 1512 ; Bordeaux, 23 décembre 1532, Dijon 1566. — V. aussi Pepon en ses arrêts, liv. IX, tit. *des serments*, 6, art. 16.

(2) Locré, tome XXX, p. 464.

société exige que le crime de faux serment ne reste pas impuni; et, quoique la partie ne puisse agir pour son intérêt privé, la peine dûe au crime ne doit pas moins être provoquée par le ministère public (1);» et dans le rapport lu par M. Monseignat, au nom de la Commission législative, dans la séance du 17 du même mois: « Le Code Napoléon a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile; c'est le ministère public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, poursuivre le parjure; celui qui aura fait un faux serment pour s'affranchir d'une dette contractée mais dont la preuve n'aurait pas été présentée ou admise dans les Tribunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit de son imposture; elle pourra être dévoilée au grand jour de la justice criminelle. Puisse cette crainte salutaire arrêter la cupidité, retenir la mauvaise foi, et mettre un terme aux scandaleux abus des serments dans le sanctuaire de la justice (2). » Ces documents prouvent très-clairement que les dispositions de l'art. 366 ne portent aucune atteinte à l'art. 1363 Code civil.

Demandons-nous maintenant si le crime de faux serment peut s'établir par témoins, lorsque le fait ou l'obligation au sujet de laquelle il a été prêté se réfère a une somme ou a une valeur supérieure à cent cinquante francs.

Le système le plus généralement adopté enseigne la négative. En matière criminelle, dit-il, la preuve testi-

(1) Extrait de l'exposé des motifs du tit. 2, liv. 3 du Code pénal, fait par M. Faure au Corps législatif (séance du 7 février 1810).

(2) Extrait du rapport fait au Corps législatif, par M. Monseignat en présentant le vœu d'adoption, émis par la Commission législative, sur le chap. 1, tit. 2, liv. 3 du Code pénal (séance du 17 février 1810).

moniale est admise d'une manière absolue; c'est vrai, mais cela ne veut pas dire que la preuve testimoniale puisse servir à établir des faits civils, dont la preuve est assujettie par la loi civile à la production d'un acte écrit qui les constate. A l'égard de ces faits, le juge criminel doit observer le genre de preuve déterminée par la loi civile, même dans le cas où la preuve du fait criminel ne peut être établie que par celle du fait civil et doit en être la conséquence. Supposons, par exemple, qu'un individu a juré faussement qu'une somme au-dessus de cent cinquante francs ne lui a pas été payée. Pour prouver le parjure il faut prouver la convention, car s'il n'y avait pas eu de convention il n'y aurait pas eu de parjure. Dans notre hypothèse l'objet de la convention dépasse cent cinquante francs; la convention ne peut donc pas se prouver par témoins s'il n'y a pas un commencement de preuve par écrit; le ministère public ne pourra donc agir et prouver le parjure que s'il a un commencement de preuve par écrit (1).

Le ministère public, dit le système contraire (celui auquel nous nous rattachons) peut toujours, à moins d'exception expresse et spéciale, poursuivre l'auteur d'un crime et administrer contre lui tous les genres de preuves. C'est un principe général qui doit s'appliquer en matière de faux serment aussi bien qu'en tout autre matière pénale. Si l'on adopte l'opinion contraire on rend l'art. 366 à peu près inapplicable, par la raison que, si l'on a fait usage du serment, c'est bien certainement

(1) Merlin, répert. V° serment, § 2, art. 2 n° 8 bis. — Toullier, t. x, n° 388. — Larombière, art. 1348, n°s 23-26. — Cass. 23 avril 1845, 13 nov. 1847.

parce que l'on n'avait pas de preuve écrite constatant l'obligation, objet du litige : il sera donc impossible d'établir le parjure d'après les données de l'art. 1341. Le Droit civil et le Droit criminel ont chacun leurs règles à part, règles qui ont des raisons d'être tout à fait différentes. Dans notre hypothèse d'ailleurs, il ne s'agit point de prouver l'existence d'une convention contre les prohibitions formelles de la loi civile ; ici le contrat civil n'est plus en cause : en vertu du serment prêté, le litige a été complétement et irrévocablement terminé (art. 1363). Pourquoi donc le ministère public ne pourra-t-il pas agir dans la plénitude de son droit en présence surtout de l'art. 366 dont les dispositions sont générales et absolues ?

Sans doute, disent quelques auteurs, il n'est pas possible de renouveler le procès terminé par la prestation du serment, en se fondant sur la condamnation pénale qui est venue frapper le parjure; mais aux termes de l'art. 1er du Code d'instruction criminelle « l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, peut être exercé par tous ceux qui ont souffert de ce dommage. » Cet article là est général et absolu, il s'en suit naturellement que la partie lésée pourra se porter partie civile et obtenir ainsi la réparation du préjudice que lui a causé le parjure. Cette argumentation pourrait invoquer en sa faveur l'art. 1382 du Code civil ; elle est aussi corroborée par l'autorité de Duranton : « ce n'est qu'au civil, dit-il, qu'il m'est interdit de prouver la fausseté du serment : il y aurait quelque chose de révoltant à ce que celui qui serait condamné pour avoir prêté un faux serment pût s'enrichir par son

crime (1). » Ce système quelque spécieux qu'il puisse paraître, aboutira toujours, quoiqu'on dise, à ce résultat final : prouver la fausseté du serment et la prouver au point de vue des intérêts civils ; or, on se trouve ici en présence de la prohibition absolue de l'art. 1363. Sans doute il est de principe que tous ceux qui ont souffert d'un dommage peuvent en demander la réparation à la justice en se portant partie civile; mais cette règle générale n'est pas absolue et souffre exception en présence des termes formels de l'art. 1363. On ne peut revenir contre la transaction opérée par la délation et la prestation du serment, en offrant d'en prouver la fausseté; on ne peut pas non plus, détruire les effets de cette transaction en se portant partie civile, car en déférant le serment la partie a transigé aussi bien sur le procès actuel (art. 1357) que sur les faits postérieurs (art. 1363). Cette opinion est aujourd'hui unanimement consacrée et par les auteurs et par la jurisprudence (2).

Des personnes entre lesquelles le serment produit ses effets.

Le serment décisoire, dont nous nous occupons, intervenant toujours dans une instance judiciaire, ses résultats se confondront avec ceux du jugement auquel il aura servi de base. Pour pouvoir donc invoquer le serment dans une instance postérieure il faudra que les parties

(1) Duranton, tome XIII, n° 600.

(2) Bonnier, n° 356 ; Marcadé 1361 à 1364, n° 3. — Larombière, tom. V ; art. 1363, n° 7, Aubry et Rau, t. VI, p. 356. — Rej. 21 août 1834 ; rej. 7 juillet 1843.

soient les mêmes, qu'elles agissent en la même qualité, que l'objet de la demande soit le même, et que cette demande soit fondée sur la même cause : *eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum* (1).

L'objet est le but immédiat que l'on se propose d'atteindre, c'est le bénéfice auquel on prétend avoir droit. Il y aura identité d'objet, lorsque la solution qui va intervenir sur la seconde demande ne peut que confirmer ou contredire celle qui a été rendue sur la première. « Il faut, dit Marcadé, pour savoir s'il y a *eadem res* ; prendre la proposition établie par le précédent jugement, et rapprocher d'elle celle qui exprime la prétention que le plaideur veut faire juger ; si cette seconde proposition rapprochée de la première, ne la contredit pas et peut coexister avec elle, c'est donc que le point n'était pas décidé ; si au contraire les deux propositions se contredisent et se trouvent incompatibles, c'est que la seconde prétention était déjà chose jugée (2). »

La cause est le fondement du droit que l'on veut exercer ; c'est la base même de la demande (3). Je revendique contre vous la maison A, voilà l'objet, parce que je prétends que vous me l'avez vendue, voilà la cause. Je vous défère le serment et vous jurez que vous ne m'avez pas vendu la maison A ; tout est terminé et je ne suis plus recevable à revendiquer contre vous le même objet pour la même cause. Mais je pourrai prétendre que vous me l'avez louée et prouver, comme je

(1) V. L. 12 ; l. 13 ; l. 14 D. *de except. rei jud.*

(2) Marcadé, art. 1351, n° 4.

(3) Marcadé, art. 1351, n° 5.

le pourrai, mon titre de locataire, car ici la cause ne sera plus la même (1).

Enfin il ne suffit pas que les parties plaidantes soient physiquement les mêmes, il faut encore qu'elles agissent en la même qualité : ainsi on ne pourra pas opposer le serment à un mandataire qui a déféré le serment au nom de son mandant, lorsque ce mandataire renouvellera le procès en son propre nom. L'identité des parties est exigée expressément par l'art. 1365 ainsi conçu : « Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui et au profit de ses héritiers et ayant cause, ou contre eux. » Remarquons d'abord un vice de rédaction dans cette première partie de l'art. 1365 : jamais le serment prêté ne pourra faire preuve au profit de celui qui l'a déféré, c'est au contraire le refus de l'adversaire de prêter serment; il est de bon corriger cet article de la manière suivante : le serment fait ou refusé ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, etc. «Ce cas de refus de serment, dit Marcadé, dont ne s'occupe aucune partie de notre article, devait cependant être prévu comme celui de sa prestation (2). »

L'art. 1365 est une application de la présomption de l'art. 1122 du Code civil (3) : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant cause, etc. » Le mot ayant cause a ici un sens essentiellement relatif : on doit entendre par ayant cause, *abens jus ab*

(1) V. L. 14, § 2, D. *de except. rei jud.* — L. 159 D. *dereg. jur.*

(2) Marcadé, art. 1365 n° 1. V. aussi Fenet, discuss. du Code, t. XIII.

(3) V. Toullier, tom. X, n° 391. — Pothier, n° 823, et L. 27, § 4, D. *de pact.* (2-13).

aliquo, tous les successeurs universels ou particuliers qui ont succédé aux parties postérieurement à la prestation du serment. Quant à ceux qui ont succédé aux parties avant la décision intervenue par suite du serment, ils ont un droit distinct et indépendant en sorte que le serment ne saurait avoir aucun effet à leur égard.

Continuons à étudier l'art. 1365. — « Néanmoins, ajoute cet article, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur commun ne libère ce dernier que pour la part de ce créancier. » Nous avons vu qu'en Droit romain le serment déféré par l'un des cocréanciers solidaires au débiteur commun libérait celui-ci vis-à-vis de tous (1); Pothier décidait de même. Aussi la première rédaction de l'art. 1365 § 2, était conforme à ces données; et c'est pour cette raison que l'article en question portait le mot « néanmoins, » qui indique une exception. Les rédacteurs du Code dûrent modifier les dispositions de l'art. 1365 § 2, pour les mettre d'accord avec une nouvelle théorie consacrée par les articles 1198-1199 (C. civil); mais ils conservèrent par inadvertance le mot « néanmoins » qui n'offre plus aucune signification.

Dans la pensée du législateur de 1804, les créanciers solidaires n'ont reçu mandat les uns des autres qu'à l'effet de faire tout ce qui sera utile à la conservation de la créance commune, et non pas à l'effet de faire des actes qui pourraient la compromettre. Il s'en suit que le serment prêté par l'un des créanciers solidaires profite aux autres (1365 § 4) tandis que celui

(1) L. 28, § 3, *de jurej.* 12-2.

qu'il a déféré au débiteur commun, ne libère ce débiteur que pour la part que le *deferens* avait dans la créance (1365 § 2)(1).

L'art. 1365 prévoit seulement le cas où le serment est prêté ; que faut-il décider s'il est refusé?

Si le débiteur commun a déféré le serment à l'un des créanciers solidaires et que celui-ci au lieu de le prêter l'ait refusé, ce refus ne nuira pas aux autres créanciers, ce cas sera analogue à celui où c'est le débiteur commun qui a juré que la dette n'existait pas sur la délation de l'un des créanciers solidaires, art. 1365 § 2.

Si au contraire, c'est le débiteur commun qui a refusé le serment qui lui a été déféré par l'un des créanciers solidaires, son refus profitera à tous les créanciers : toujours à raison du mandat tacite de faire les actes utiles, qui existe entre les cocréanciers solidaires (2). Cela dit, l'art. 1365 suppose l'obligation solidaire du côté des débiteurs. « Le serment déféré à l'un des codébiteurs solidaires profite aux codébiteurs (1365 § 4). » C'est encore l'application du même principe : le débiteur solidaire peut faire meilleure la condition de ses codébiteurs; mais il ne peut leur nuire par ses faits personnels. Ainsi le serment qu'il prête profite à tous, celui qu'il défère ne nuit qu'à lui, celui qu'il refuse ne nuit également qu'à lui, et n'a nullement pour effet de décharger le créancier du fardeau de la preuve à l'égard des autres codébiteurs solidaires (3).

(1) V. Toullier, tom. x, n° 392.
(2) Larombière, t, v, art. 1365, n° 8. — V. Aubry et Rau, t. vi, p. 355.
(3) V. Duranton, tom. xiii, n° 605.

Que devrons-nous décider si au lieu d'une obligation solidaire nous nous trouvons en présence d'une obligation indivisible?

Les effets de l'obligation indivisible sont fixés par les art. 1222 et suivants. Si l'objet d'une obligation indivisible est dû à plusieurs créanciers, chacun d'eux peut le réclamer tout entier, et, ce faisant, il libère le débiteur, mais il ne peut faire remise de la dette qu'en proportion de la part qu'il y prend, art. 1224. En appliquant ces données au serment décisoire nous dirons que la prestation du serment par l'un des créanciers, ou le refus fait par le débiteur de prêter le serment déféré, profitera à tous les créanciers; que, le refus du créancier ou la prestation faite par le débiteur, ne pourra nuire aux autres créanciers lesquels pourront toujours actionner le débiteur et réclamer l'exécution de l'obligation, sauf toutefois déduction de la part virile de l'héritier contre lequel le serment a été prêté (1).

Supposons maintenant non plus plusieurs créanciers, mais au contraire plusieurs codébiteurs d'une chose indivisible. Le créancier a déféré le serment à l'un des débiteurs sur l'existence de la dette: le serment prêté par ce débiteur profitera-t-il aux autres débiteurs?

Nous croyons devoir nous décider pour l'affirmative. En effet si on assimile le serment à un paiement, comment admettre qu'il ne vaudra que comme un serment partiel, puisque l'essence même de l'obligation indivisible est de ne pouvoir pas être acquittée pour partie? Et si on le considère comme une remise conditionnelle, il devra

(1) Larombière, t. v, art. 1366, n° 8. — Duranton, tom. XIII, n° 606.

encore opérer pour le tout, car la remise de la dette indivisible faite à l'un des débiters doit profiter aux autres codébiteurs : c'est ce que décide l'art. 1285 à l'égard des codébiteurs solidaires et il nous semble qu'il y a ici même raison de décider de même. En vain objecte-t-on que le débiteur d'une chose indivisible ne doit que sa part et ne peut disposer que de sa part (1). L'action du créancier contre l'un des débiteurs, cela est certain, porte sur la chose indivisible tout entière ; or, le serment est déféré sur l'objet même de l'action, il doit donc porter sur l'obligation tout entière, du moins dans le cas où le serment est déféré ou refusé par le créancier. Mais si le codébiteur actionné au lieu de prêter le serment le refuse, ce refus ne doit point nuire aux autres débiteurs, car c'est en ce cas qu'il est vrai de dire qu'il ne peut disposer que de sa part et non de celle de de ses codébiteurs (1224) (2).

L'article 1365 s'occupe également des effets du serment dans les rapports entre le débiteur principal et la caution. « Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions. « Ce résultat est facile à comprendre, car si le débiteur est libéré par le serment qu'il a prêté, la caution ne peut plus être obligée, pas plus que l'accessoire ne peut exister sans le principal (V. 2021). Si le débiteur principal au lieu de jurer a refusé le serment ou l'a référé au créancier, cet acte ne portera aucun préjudice à la caution, qui pourra toujours opposer tous les moyens appartenant au principal obligé

(1) Duranton, n° 607.

(2) Larombière, tom. v, art. 1366, n° 8.

et inhérents à la dette. Nous avons donné pareille solution à l'égard des débiteurs solidaires, à *fortiori* devons-nous décider dans le même sens en faveur des cautions qui sont liées bien moins étroitement. « Le serment déféré à la caution profite au débiteur principal (1365, § 5) » car *jusjurandum loco solutionis cedit :* il ne peut plus y avoir de débiteur là où il n'y a plus de dette. Mais le serment refusé par la caution ne saurait préjudicier au débiteur principal.

« Dans ces deux derniers cas, dit l'art. 1365, dans son dernier paragraphe, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que l'orsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement, » car la caution ou le codébiteur solidaire actionné pourront invoquer des exceptions qui leur sont personnelles telles que remise de la dette, de la solidarité.

SERMENT *DE CALUMNIA.*

Après avoir donné au serment *de calumnia* l'extension dont nous avons parlé, Justinien crut devoir se féliciter d'avoir rendu les procès plus rares et plus faciles a juger : « de cette manière, dit-il (1), nous diminuons les procès et les chicanes, en sorte que les parties plaidantes se croiront plutôt dans des temples que dans des tribunaux : si en effet elles ne peuvent poursuivre leur procès qu'en

(1) L. 2, § 8. C. *de jurej prop. calum. dando.*

prêtant ce serment, si leurs avocats sont tenus de le prêter aussi; et si les juges eux-mêmes ne font l'examen de la cause et ne prononcent leurs jugements qu'en présence des saints Evangiles, peut-on croire autre chose sinon que Dieu lui-même est le juge des hommes dans toutes les causes ? » Son espoir fut en partie déçu : nous n'en voulons pour preuve que les deux constitutions 97 et 99 de l'empereur Léon, qui ont pour objet de rétablir le serment *de calumnia* ; sans doute parce qu'il était déjà tombé en désuétude. Nous trouvons encore ce serment mentionné dans la constitution 107 et dans le titre 83, § 1, *de feudis*, lib. II. — Il passa cependant en partie dans notre ancienne jurisprudence. Bouteiller dans sa Somme rurale en fait mention : « le demandeur, dit-il, doit jurer qu'il tient avoir juste et loyale cause de la demande qu'il fait et que ainsi le croit en bonne foi, et le défendeur qu'il tient avoir juste et loyale cause de faire défense telle que l'en fait et que ainsi le tient en bonne foi et sur saintes Evangiles » (1).

Plusieurs ordonnances et coutumes en font également mention ; mais il tomba de bonne heure en désuétude car il fut considéré : « comme très-inutile et pouvant fournir une occasion de parjure aux plaideurs de mauvaise foi dont le nombre n'est que trop grand, qui n'intentent des procès que par cupidité ou par animosité » (2).

Comment, en l'absence du serment *de calumnia*, les glossateurs avaient-ils remédié aux abus du serment litis-

(1) *Somme rurale*, tit. v. p. 704.
(2) Claude Serre, *Inst. du dr. Français*, p. 597.

décisoire ? Ils avaient prétendu qu'on ne pouvait déférer le serment décisoire que tout autant qu'il y avait un commencement de preuve. Voici par quels raisonnements ils en étaient arrivés là. Il est de principe, disaient-ils, qu'une partie qui en appelle une autre en justice doit faire la preuve de ses allégations : *actori incombit probatio.* Le défendeur doit avoir congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans être tenu à rien pour obtenir ce congé : *Actore non probante, qui convenitur; et si nihil ipse præstet, obtinebit* (1). Or que se passe-t-il lorsque le demandeur défère le serment au défendeur? absolument le contraire de la règle que nous venons de citer. Le demandeur en effet contraint le défendeur à faire preuve soit en prêtant soit en référant le serment. N'est-ce pas ouvrir la carrière à des procès n'ayant aucun fondement sérieux ?

Ce qu'il y avait de fâcheux, c'est que les glossateurs voulaient justifier leur opinion à l'aide de textes du Droit Romain; or les textes du Droit Romain invoqués par eux ne disaient point ce qu'on voulait leur faire dire. L'expression de la loi 4 *de edend.* « *et si nihil ipse præstet* » signifie bien que le défendeur pour gagner sa cause, n'a besoin de produire aucun témoin ni aucun titre, mais cela ne veut pas dire qu'il ne soit point tenu de prêter serment lorsqu'on le lui défère. — Il est encore vrai que le défendeur n'est point obligé à produire des témoins ou des titres contre lui-même ; mais cela n'a pas trait à la délation du serment, car une partie ne peut se plaindre qu'on agisse trop durement envers elle, lorsque, par le

(1) L. 4 C. *de edend.*

serment qui lui est déféré, on la constitue elle-même juge dans sa propre cause.

L'opinion contraire a été soutenue par Cujas (1), Duaren, Doneau et Vinnius (2). Elle fait remarquer que très-souvent une demande, quoique n'ayant aucun commencement de preuve peut néanmoins être très-juste en elle-même. On ne peut point exiger du demandeur ce que la loi, qui a établi le serment décisoire, n'a pas exigé de lui; or, l'édit du Préteur n'exige nullement que le demandeur ait un commencement de preuve, il dit indistinctement: « *eum à quo jusjurandum petitur, jurare aut solvere cogam* (3). » La même opinion se fonde sur des textes de Droit formels. La loi 12 C. *de reb. cred.*, porte que le serment peut être déféré, même dès le commencement du procès, *in principio litis*, par conséquent avant que le demandeur ait fourni aucune preuve. La loi 35 D. *de jurejur.*, s'exprime encore en termes plus formels ; elle dit qu'on peut déférer le serment, *omnibus aliis probationibus deficientibus.* L'article 1360 du Code civil a reproduit cette dernière opinion.

Le Droit canonique avait apporté un tempérament en matière de délation du serment décisoire. Il permettait bien à une partie de déférer ce serment en l'absence de toute preuve, mais l'adversaire pouvait demander à faire la preuve de ses allégations, auquel cas il était dispensé de prêter le serment ou de le référer. Ces règles du Droit canonique passèrent-elles dans notre Droit coutumier ?

(1) Cujas, obs. XXII, 28.

(2) Select. quest. 1, 42.

(3) L. 34, § 6, D. *de jurej.* 12-2.

C'est un point qui est l'objet d'une vive controverse dont Larocheblavin et Papon font mention dans leurs écrits ; il y a en faveur de l'affirmative, d'abord l'autorité de Charondas, puis des décisions de diverses législations, notamment un arrêt de la Cour des aides de Montpellier de 1664, qui décide que la partie qui peut administrer la preuve testimoniale n'est pas forcée de prêter serment. Il en est de même si elle a titre ou quittance ; on alla même jusqu'à considérer comme preuve suffisante la rature faite sur une fourniture.

Concluons donc que le Droit canonique et une jurisprudence constante, quoiqu'admettant le serment litis-décisoire ne l'admettaient qu'avec de grands tempéraments (1).

DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

Le serment supplétoire n'est pas laissé comme le serment décisoire à l'arbitrage de l'une des parties; il est déféré et ne peut être déféré que par le juge (1366). Le serment supplétoire se subdivise en deux espèces, tantôt, en effet, il porte sur le fond même du litige, en ce sens que le juge fera dépendre de sa prestation ou de sa non-prestation la décision de la cause, si le droit réclamé est douteux ; tantôt il ne porte que sur le montant de la condamnation, si le droit réclamé est constant.

L'art. 1366 distingue soigneusement ces deux sortes

(1) M. Ginoulhiac, à son cours.

de serment supplétoire : on les nomme serment supplétoire proprement dit, serment estimatoire ou *in litem*.

Du serment supplétoire proprement dit.

Le serment supplétoire nous vient du Droit Romain (1). C'est le Droit canonique qui l'a introduit dans notre ancienne législation, où il fut de bonne heure un objet de critique : « serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus en parlement comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose. » Tel est aussi l'avis de Pothier : « Je ne conseillerai pas, dit-il, aux juges, d'user souvent de cette précaution, qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures. » Malgré cela les rédacteurs du Code ont conservé le serment supplétoire. On les en a vivement blâmés sous prétexte que ce serment met entre les mains du juge un pouvoir des plus exorbitants et cela sans nécessité. « Quel motif, s'écrie Toullier, quel motif a pu faire maintenir par nos législateurs, l'usage d'un serment qui paraît si hautement proscrit par la raison ? Quel motif? L'empire de l'habitude et du préjugé. Ces critiques auraient leur raison d'être, si le juge pouvait toujours déférer le serment supplétoire sans restriction aucune, mais l'art. 1367 fixe deux conditions en dehors desquelles le serment supplétoire ne

(1) L. 31, D. *de jure jur.* (12-2). L. 3, C. *de reb. cred. et jurejur.*

pourra point être déféré, conditions qui maintiennent le juge entre deux limites extrêmes : Ainsi il faut : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Hors ces deux cas (c'est-à-dire quand la demande est pleinement justifiée, ou lorsqu'elle est entièrement dénuée de preuve) le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

Quand une demande sera-t-elle pleinement justifiée? En d'autres termes qu'appelle-t-on preuve complète? Il y a preuve complète lorsque le demandeur présente un acte authentique, ou un acte sous-seing privé (sauf exception), lesquels actes font pleine foi entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause (1319-1322). La preuve testimoniale fait aussi preuve complète jusqu'à cent cinquante francs.

Dans quels cas maintenant, peut-on dire d'une demande qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuves en sorte qu'il sera loisible au juge de déférer le serment supplétoire?

Dans l'hypothèse de l'art. 1347 lorsque le demandeur produira un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué; cet acte qui serait suffisant pour faire admettre dans tous les cas la preuve testimoniale, suffira pour faire admettre le serment, à moins pourtant que le serment ne dût porter sur l'existence de certains contrats pour la formation desquels la loi exige des formes solennelles.

L'acte sous seing privé non revêtu du bon et approuvé

forme aussi un commencement de preuve par écrit, susceptible de faire admettre la délation du serment supplétoire.

L'art. 1329 du Code civil fournit encore un exemple du serment supplétoire. Les livres des marchands lorsqu'ils sont invoqués contre un non commerçant ne font point preuve du fait qui s'y trouve énoncé, mais ils forment un commencement de preuve par écrit qui autorise le juge à faire usage du serment (1). Cette décision paraît bizarre, puisque le commencement de preuve exigé par l'art. 1367 émane ici non pas du défendeur mais du demandeur contrairement aux dispositione de l'art 1347. Le motif de cette dérogation est la créance que méritent les livres des marchands à cause des formalités rigoureuses auxquelles ils sont astreints (art 8 et 10 C. com.). Si le fait peut être constaté par témoins, de simples témoignages ou présomptions suffiront pour permettre au juge de faire usage du serment supplétoire (2).

L'art. 17 du Code de commerce renferme un cas où il existe une présomption qui autorise la délation de ce serment : Un commerçant aux livres duquel on offre d'ajouter foi refuse de les présenter ; ce refus fait naître une présomption qui ne suffit pas à elle seule pour faire triompher la partie adverse, mais qui suffit pour autoriser le serment (3).

Peut-on faire usage du serment supplétoire dans les causes de grande importance ?

Pothier enseignait la négative «dans les causes de

(1) V. Toullier, tome x, n° 417.
(2) Voir à ce propos Doneau, *comm. de jure civ.* lib. xxiv, cap. 19.
(3) Req. 5 août 1825, 18 janvier 1832.

grande importance, disait-il, ce qui manque à la demande ne peut se suppléer par le serment du demandeur, et le défendeur en doit toujours obtenir congé, lorsqu'elles ne sont pas pleinement justifiées (1). » C'est une règle de l'école Allemande qu'on ne peut déférer le serment : *quotiescumque lex vel certam personæ qualitatem, vel certam solemnitatem, vel scripturam, vel perfectam ac plenissimam probationem directe requirat* (2). Toullier partage la même manière de voir (3). Mais en présence du silence du Code à cet égard, il est bien difficile de consacrer l'irrécevabilité du serment dans une cause importante.

A laquelle des parties le juge doit-il déférer le serment supplétoire ?

C'est une question sur laquelle le Code a omis de se prononcer. Dans la pratique, le juge devra déférer le serment de préférence au défendeur lorsque le demandeur n'aura pour lui que des présomptions. Du reste, comme le dit Pothier : « Le juge doit pour le choix de la partie à qui il défère le serment, avoir égard à la qualité des parties, considérer quelle est celle qui est la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connaissance du fait ; il doit se déterminer *inspectis personarum et causæ circumstantiis* (4) » ; à moins pourtant que la loi n'ait elle-même indiqué la personne à laquelle le serment doit être déféré, comme dans les articles 17 C. com., 1715, 1716 C. civil et 1781 abrogé par la loi du 10 août 1868. Il est

(1) Pothier, oblig. n° 926.

(2) V. Sirickius, *Dissert. de cautis juram. Suppl. respicientibus* ; Mynsingerus 1, *observ.* 68.

(3) Toullier, n° 418.

(4) Pothier, oblig. n° 926.

évident qu'il ne peut être question de référer le serment déféré d'office par le juge; ce serait modifier la volonté de ce dernier qui n'a déféré le serment à la partie que parce qu'il la croyait plus digne de foi. Les rédacteurs ont cru devoir s'expliquer sur ce point pour mettre fin à une controverse ancienne : «Il reste à observer, dit Pothier, une différence entre le serment qui est déféré par le juge et celui qui est déféré par une partie; savoir que celui, qui est déféré par une partie, peut lui être référé, au lieu que, lorsqu'il est déféré par le juge, la partie, à qui il est déféré, doit faire le serment ou perdre sa cause. Telle est la pratique du barreau, qui est mal à propos taxée d'erreur par Faber. Il suffit pour la justifier de faire attention au sens du mot référer: pour qu'on puisse dire proprement que je réfère le serment à ma partie adverse, il faut que ce soit elle qui me l'ait déféré (1). »

Pour que le juge puisse déférer le serment supplétoire à une partie, il est indispensable, comme nous avons eu occasion de le dire ailleurs, que cette partie figure personnellement dans l'instance (120-121. C. pr.), il faut aussi que le serment porte sur un fait qui lui soit personnel (1359).

Le juge aura-t-il la faculté de déférer d'office le serment de crédulité, dans le cas ou les parties seraient elles-mêmes autorisées à le faire, nous ne le pensons pas et nous croyons avec M. Toullier, que les art 2275 et 189 (C. com.) ne consacrent cette faculté qu'au profit de la partie adverse (2).

Les effets du serment supplétoire à l'égard des tiers et

(1) Pothier oblig. n° 929. — V. Vinnius *select. quæst.* 143.
(2) Touiller n° 420 — V. Rennes, 10 janvier 1826.

à l'égard des ayant cause, se confondent entièrement avec ceux du jugement auquel le serment a servi de base, nous aurons donc à appliquer les principes ordinaires de la chose jugée.

L'art. 1363 qui est fondé sur la transaction qui est intervenue entre les parties, n'est pas applicable au serment supplétoire (1). La partie contre laquelle la prestation s'est produite a en effet été entièrement étrangère à l'acte qui s'est passé entre le juge et son adversaire, elle pourra donc attaquer le jugement rendu soit par l'appel, soit par le pourvoi en cassation lorsqu'il est possible, soit enfin en se portant partie civile dans le cas où le parjure sera poursuivi par le ministère public (366 C. pén.); à moins qu'elle n'ait acquiescé au jugement qui a ordonné le serment. Le fait de l'acquiescement rentrera dans l'appréciation du juge.

L'art. 1361 n'est pas non-plus, pensons-nous, applicable au serment supplétoire. Ainsi celui à qui le serment est déféré par le juge, peut refuser de le prêter sans pour cela succomber nécessairement : c'est un argument de plus contre lui ; mais il peut se faire que son refus soit basé sur des raisons de délicatesse que le juge est maître d'apprécier (2).

Le serment supplétoire comme le serment décisoire est indivisible. En effet, le serment prêté n'est autre chose qu'une déclaration affirmée sincère et véritable ; il doit être par conséquent soumis aux mêmes règles que l'aveu judiciaire de la nature duquel il participe.

(1) *Crim. rej.* 20 janvier 1843.

(2) Bonnier, n° 373 ; Larombière, tom. v. art. 1367 n° 23.

DU SERMENT *IN LITEM.*

Le serment *in litem* ou estimatoire, qui dans notre ancienne jurisprudence portait le nom de serment en plaids, est celui que le juge défère pour déterminer le montant de la condamnation. Son admission en France remonte très-haut : il est fait mention de lui dans la coutume de Bretagne de 1330 (art. 70) et dans les coutumes réformées de 1539 et 1580.

Le serment *in litem* ne porte jamais sur le fond même du litige : la condamnation de l'une des parties est parfaitement résolue, mais le défendeur s'est mis, par cas fortuit ou par sa faute, dans l'impossibilité de restituer la chose qui fait l'objet du litige. Comment le juge fera-t-il l'évaluation de la valeur de cette chose ? Il la fera par tous les moyens possibles (1369), et ce n'est que lorsqu'il ne pourra pas constater autrement cette valeur qu'il usera, comme moyen extrême, du serment du demandeur.

Le Code, fidèle en cela aux données de l'ancienne jurisprudence (1), n'a pas reproduit le *jusjurandum affectionis* du Droit romain. Le demandeur ne pourra jamais évaluer les choses d'une manière idéale, c'est-à-dire, suivant le prix d'affection qu'il y attachait : « Le juge, dit l'art. 1369 *in fine*, doit déterminer la somme

(1) Huberus, *sur les Pandectes.* tit *de in lit jurando* ; Thomassius, *dissertation de pretio affectionis in res fusigibiles non cadente*, cap. III ; Heinecius, *sur les Pandectes, tit de in lit jurando*

jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur son affirmation ». Dans l'ancienne jurisprudence on faisait précéder la délation du serment *in litem* d'une information par commune renommée; « Le juge, dit Leprêtre, ordonne que le demandeur sera cru, par serment, de la perte qu'il dit avoir faite, et du dommage qu'il a reçu jusqu'à une certaine somme qui est par lui (par le juge) limitée, et au-dessous, par-dessus laquelle le demandeur ne peut jurer, joint la commune renommée, de laquelle il doit être préalablement informé, etc. » (1).

Le Code n'impose plus cette information par commune renommée, mais il ne l'exclut pas : elle est donc facultative pour le juge (2).

En vertu des art. 1150 et 1151 qui déterminent le montant des dommages-intérêts dûs en cas d'inexécution de la convention ou de la perte de la chose, nous admettons que le juge pourra élever plus haut la somme jusqu'à concurrence de laquelle le serment sera recevable, lorsqu'il y aura dol ou faute de la part du défendeur.

Le juge n'est jamais obligé de déférer le serment sur la valeur de la chose demandée (arg. art. 1368) et, comme nous l'avons déja dit, il ne le fera que lorsqu'il sera d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur; citons comme exemples : le cas ou un tuteur n'a pas fait inventaire des biens d'un mineur; le vol de la malle d'un voyageur dans une hôtellerie, etc., etc.

(1) Leprêtre, *question notables de droit*, cent. 1, chap, 65.
(2) V. Touillier, nº 440.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Dans les causes criminelles l'accusateur ne peut forcer l'accusé à prêter serment.

II. Le parjure prouvé ne donne lieu ni à l'action ni à l'exception de dol, contre l'effet du serment litisdécisoire.

III. A l'époque classique l'*arbitrium* du juge était exécutoire *manu militari*.

IV. La loi 3, Code, *de integr. rest.* constitue un système nouveau, et ne peut être mise d'accord avec les textes du *Digeste*, d'où il résulte que le pubère, même mineur de vingt-cinq ans, est parfaitement capable de s'obliger, sauf la possibilité d'obtenir du Préteur, suivant le cas, l'*in integrum restitutio* contre son obligation.

V. Le serment peut être déféré encore qu'il n'existe aucune preuve de la damande ou de l'exception sur laquelle il est fondé.

VI. La loi 17, § 2, *de Jurejurando* ne doit pas être conciliée avec la loi 35 pr., *hoc titulo* : ces deux lois visent des cas entièrement distincts.

DROIT COUTUMIER.

I. Dans notre ancien Droit la saisine des héritiers était collective en matière de propres.

II. La règle « donner et retenir ne vaut » se rattache à la saisine héréditaire.

III. La maxime « propres ne remontent pas » ne signifie autre chose sinon que l'héritage d'une ligne ne remonte pas pour être attribué à une autre ligne.

IV. Les droits de Markette, de prélibation, et autres droits semblables, n'ont pas la source qu'on leur attribue communément.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le serment déféré devant le Juge de paix (au Bureau de conciliation) n'est pas un serment judiciaire.

II. Un juif peut être contraint à prêter serment *more judaico*.

III. Le juge ne peut s'opposer à la délation du serment décisoire dans les cas ou cette délation est recevable.

IV. Le serment déféré sur conclusions subsidiaires n'en est pas moins un serment décisoire.

V. L'enfant naturel reconnu a droit à une réserve.

VI. Les père et mère naturels n'ont pas droit à une réserve dans la succession de leur enfant.

VII. Le vendeur de meubles non payés ne revendique que la possession du meuble vendu et non payé.

PROCÉDURE CIVILE.

I. L'étranger assigné en France par un autre étranger peut exiger du demandeur la caution *judicatum solvi*.

II. On ne peut exiger le serment d'un individu âgé de moins de quinze ans qui est appelé à témoigner.

III. La chambre des vocations d'une Cour d'appel peut valablement recevoir la prestation d'un serment, si elle a été déléguée à cet effet par l'arrêt qui a déféré le serment.

DROIT COMMERCIAL.

I. Le billet à domicile ne constitue pas un acte de commerce par lui-même.

II. L'acceptation d'une lettre de change doit être faite sur la lettre elle-même.

III. L'exigibilité des lettres du failli (art. 444, C. com.) ne permet pas aux créanciers hypothécaires ou privilégiés de recourir à des voies d'exécution tant que leur créance n'est pas échue.

DROIT CRIMINEL.

I. Le ministère public poursuivant le parjure en vertu de l'art. 366 (C pén.) n'est pas lié par les règles du Code civil quant à la preuve du fait qui a donné naissance au parjure.

II. Lorsque le ministère public poursuit le parjure la partie lésée ne peut se porter partie civile.

III. Le témoin qui n'aurait pu dire la vérité qu'en s'accusant lui-même ne doit pas être poursuivi comme faux témoin.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Dans le cas, où, une portion de l'immeuble ayant été expropriée, le propriétaire aurait ensuite aliéné celle qui lui restait, l'acquéreur à titre particulier de cette dernière portion n'a pas le droit d'exercer le privilége de rétrocession pour la portion expropriée qui n'aurait pas reçu sa destination.

II. Les ministres sont juges de droit commun en matière administrative.

III. L'autorisation administrative ne met pas l'industriel à l'abri des demandes en dommages-intérêts envers les voisins à qui l'existence de l'établissement causerait un préjudice.

Vu :

Le Président de la Thèse,

C. GINOULHIAC.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

GATIEN-ARNOULT.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes » et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes » mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions » purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats. » Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites » sur les autres matières de l'enseignement. »

Toulouse, Impr. Louis et Jean-Matthieu DOULADOURE, rue St-Rome, 39.