

d'abandonner la croyance de ses pères, la liberté de professer des croyances nouvelles et la liberté de répudier toute foi surnaturelle, même la croyance en Dieu. Nous ne professons pas l'athéisme, c'est de tous les systèmes philosophiques celui qui nous est le plus antipathique. Mais l'athéisme est professé ; il y a une doctrine très-répandue sous le nom de *positivisme*. Elle ébranle les bases de l'ordre social et de l'ordre moral ; mais il ne s'agit pas ici de la valeur des doctrines, il y a aussi des croyances religieuses qui sont funestes ; néanmoins la constitution leur donne aide et protection, jusqu'à assurer un traitement aux ministres du culte qui ruinent par leur enseignement les fondements de notre ordre politique. Eh bien, l'athée a le même droit que le jésuite. Si la constitution ne permet pas d'exiger du jésuite un serment religieux qui serait en opposition avec ses croyances, elle ne permet pas davantage d'imposer à l'athée l'invocation de la Divinité dont il nie l'existence.

Il y a plus. L'invocation de la Divinité qui, d'après la cour de cassation, fait l'essence du serment, implique une croyance religieuse autre que celle de l'existence de Dieu. Pothier le dit, et il est assez singulier que dans ce débat on n'ait pas cité son témoignage, alors qu'on en citait tant d'autres. Prendre Dieu à témoin, c'est dire qu'on se soumet à la *vengeance de Dieu* et que l'on renonce à sa *miséricorde* ; c'est-à-dire que l'invocation de la Divinité implique la croyance catholique de l'enfer, de la perpétuité des peines et de la perpétuité des récompenses. Nous disons que c'est une croyance catholique, car il y a des sectes protestantes qui la répudient et il n'y a pas un libre penseur qui ne la repousse. Donc imposer le serment avec invocation de Dieu, c'est exiger une profession catholique de celui qui prête le serment. Nous disons que personne n'a ce droit-là, pas même le législateur ; c'est la section centrale du congrès qui le dit : « Exiger un serment qui serait contraire à la liberté des *opinions*, ce serait violer l'une des bases fondamentales de notre constitution. » Or, il y a des milliers, nous ne dirons pas de libres penseurs, mais de catholiques, qui ne croient

plus aux peines éternelles ; donc on viole la liberté de conscience en leur imposant un serment qui est en opposition avec leurs croyances. Et quelle sera la valeur de ce serment ? S'il en a une pour celui qui croit à l'enfer, il n'en a aucune pour celui qui n'y croit pas. Il faudrait donc qu'avant de recevoir le serment, le juge demandât à celui qui doit le prêter s'il croit à la sanction des peines éternelles. Le juge n'a pas ce droit-là, donc il ne peut imposer un serment, même avec la simple invocation de la Divinité. Et les serments qui se prêtent avec cette formule sont des serments dérisoires pour tous ceux qui n'ont pas la foi que le serment suppose. Un serment moral, une simple affirmation faite la main levée, comme le dit la cour de cassation de France, n'aurait-elle pas bien plus d'autorité ? Ce serait l'affirmation de l'honnête homme, et il ne s'est encore trouvé personne qui répudie l'honnêteté.

Il y a encore plus dans notre constitution que la liberté religieuse, il y a la séparation de l'Eglise et de l'Etat qui implique la séparation de l'ordre religieux et de l'ordre civil. Il est bien vrai que la constitution ne proclame pas ce principe, mais les auteurs de la constitution l'ont proclamé dans les termes les plus formels au sein du congrès, et parmi eux se trouvaient des abbés (1). Ce n'était pas pour eux un principe, ils n'entendaient l'inscrire dans notre constitution qu'à titre de nécessité temporaire. Là où il y a conflit de croyances religieuses et d'opinions philosophiques, plus ou moins hostiles à la religion traditionnelle, la loi ne peut plus avoir de caractère confessionnel, ni partant aucun acte de la vie civile. La liberté religieuse, telle que notre constitution l'entend, avec la séparation de l'Eglise et de l'Etat, a pour conséquence logique la sécularisation de tous les actes qui jadis étaient essentiellement religieux : tel est le mariage. Notre constitution fait plus que le séculariser, elle subordonne le mariage religieux au mariage civil ; si le mariage, qui est un sacrement, n'est plus aux yeux de la loi qu'un

(1) Voyez mon *Étude sur l'Eglise et l'État en Belgique*.

contrat, à plus forte raison en doit-il être ainsi de tous les actes qui ont un caractère civil tout ensemble et religieux; ils cessent d'être des actes religieux et ne sont plus que des actes civils : tel est le serment. De même que le mariage, le serment n'est plus qu'un acte civil. Est-ce à dire que le serment réduit à une simple affirmation ne soit plus un serment? Ce sera encore un acte religieux, dans le vrai sens du mot, puisque ce sera un acte dicté par la conscience et sanctionné par la conscience. Il n'aura plus pour garantie la crainte de l'enfer. Dès maintenant cette garantie est illusoire et elle le deviendra de plus en plus; les enfants bientôt ne croiront plus au diable. Cela n'empêche pas qu'il y ait un ordre moral auquel Dieu préside. Mais le Dieu auquel nous croyons n'est plus le Dieu de vengeance de la loi ancienne, c'est le Dieu de charité de la loi nouvelle. C'est ce Dieu que Jésus-Christ nous a révélé et il a en même temps répudié tout le formalisme de l'ancienne loi. Voilà pourquoi il dit à ses disciples : Vous ne jurerez pas; votre parole doit être sacrée, car elle est dictée par la conscience, et Dieu siège dans la conscience : en l'écoutant, on obéit à la voix de Dieu.

N° 2. DIVISION. DU SERMENT EXTRAJUDICIAIRE.

**226.** Le code (art. 1357) dit que le serment *judiciaire* est de deux espèces : le serment *décisive* et le serment *déféré d'office*. Cela suppose qu'il y a encore un autre serment qui n'est pas judiciaire; les auteurs l'appellent *extrajudiciaire*, parce qu'il n'est pas prêté en justice. Le serment est extrajudiciaire dans deux cas.

Dans l'ancien droit, les parties contractantes ajoutaient quelquefois le serment à leurs engagements pour en assurer l'accomplissement; on l'appelait serment *promissoire*, parce que la promesse se faisait sous la foi du serment. L'ambition des gens d'église avait jadis rendu commun l'usage du serment dans les contrats; ils prétendaient que le juge ecclésiastique avait le droit de connaître des contestations sur l'exécution des contrats

qui étaient confirmés par serment. Ils fondaient cette prétention sur la nature du serment : le serment étant un acte de religion, le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment était considéré comme une violation de la religion; par suite, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution des engagements garantis par un serment, ce qui les rendait de la compétence des gens d'église. C'est pourquoi les notaires, qui étaient gens d'église, ne manquaient pas d'insérer dans les contrats qu'ils passaient la clause du serment promissoire, afin d'assurer aux juges ecclésiastiques la connaissance des procès auxquels ils donnaient lieu. Il y a très-longtemps, dit Pothier, que les gens d'église ont été forcés d'abandonner des prétentions auxquelles l'ignorance avait donné lieu; ce qui n'empêchait pas l'Eglise de soutenir que sa juridiction était de droit divin : c'était le droit divin de l'ignorance (1). Le serment promissoire est tombé en désuétude. Quand l'obligation est valable, le serment n'y ajoute aucun effet et il ne l'empêche pas d'être nulle quand elle est infectée d'un vice. Le serment promissoire était donc inutile. C'était une invention du clergé, elle est tombée avec sa juridiction.

**227.** Il y a encore serment extrajudiciaire quand les parties conviennent de faire dépendre la solution d'un différend de la prestation d'un serment. Ce serment a une grande analogie avec celui que le code appelle *décisive*; il a le même effet, en ce sens que, s'il est prêté par la partie à laquelle la convention le défère, elle obtient gain de cause; elle perd, au contraire, son procès quand elle refuse de le prêter. La loi ne parle pas du serment *déféré hors justice*; la convention qui le défère n'en est pas moins valable, puisqu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. C'est une transaction et elle est régie par les principes qui régissent la transaction. Le serment judiciaire est aussi une transaction : il diffère du serment conventionnel, en ce que la transaction en vertu de laquelle le serment est déféré en justice

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 101. Comparez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat* (2<sup>e</sup> édition).

est forcée; la partie à laquelle le serment est déféré en justice doit accepter la transaction, tandis qu'elle peut la refuser si elle lui est offerte hors justice; il va sans dire qu'il ne peut pas y avoir de transaction sans concours de consentement. Il y a encore une autre différence entre le serment judiciaire et le serment extrajudiciaire; le premier peut être référé, le second doit être prêté par la partie à laquelle la convention l'impose (1). Il est inutile de nous y arrêter; le serment est une dernière ressource à laquelle il est rare que l'on recoure avant d'avoir essayé la voie judiciaire.

**228.** Le serment prêté devant le juge de paix quand il siège en conciliation est-il un serment extrajudiciaire? On admet généralement l'affirmative et avec raison (2). La loi définit le serment judiciaire, celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause et celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties. Il est certain que le juge de paix ne peut pas déférer le serment aux parties quand elles comparaissent devant lui en conciliation, car sa mission est de concilier et non de juger. Par la même raison, le serment que l'une des parties déférerait à l'autre ne serait pas un serment judiciaire; ce serait l'offre d'une transaction que l'autre partie peut accepter ou refuser; si elle accepte, il y a conciliation sous la condition de la prestation du serment; si elle refuse, il y a refus de se concilier. On ne pourrait donc pas appliquer à ce refus la disposition de l'article 1361 qui est ainsi conçu: « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le déférer à son adversaire, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. » L'article 1361 suppose un serment judiciaire, c'est-à-dire une transaction forcée; au bureau de paix, il ne peut être question que de conciliation, c'est-à-dire d'une transaction volontaire. On ob-

(1) Duranton, t. XIII, p. 604, nos 568-570. Colmet de Santerre, t. V, p. 648, n° 336 bis II. Larombière, t. V, p. 416, nos 2 et 3 (Ed. B., t. III, p. 326).

(2) Toullier, t. V, 2, p. 290, n° 363. Aubry et Rau, t. VI, p. 346, note 5, § 752. Larombière, t. V, p. 478, nos 11-13 (Ed. B., t. III, p. 339). Comparaet Duranton, t. XIII, p. 603, n° 569.

jecte l'article 55 du code de procédure qui porte: « 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. » S'il doit faire mention du refus, dit-on, c'est que la partie qui refuse doit succomber. Non, il ne peut être question, au bureau de paix, de gagner ni de perdre sa cause, il ne peut s'agir que de se concilier ou du refus de conciliation. C'est ce que dit l'article 54: le procès verbal que le juge dresse contient les conditions de l'arrangement, s'il y en a; dans le cas contraire, il fera sommairement mention que les parties n'ont pu s'accorder. Comme suite à cette disposition, l'article 55 veut que le juge de paix reçoive le serment, ce qui sera une conciliation sous forme de transaction; ou le refus de prêter le serment, ce qui sera le refus de se concilier. La jurisprudence est en ce sens (1). Si la partie prête le serment, le juge de paix le reçoit et le procès est terminé, comme il le serait en vertu d'un serment judiciaire; par suite, si le serment est faux, la partie coupable sera punie des peines du parjure (2).

**229.** Le serment judiciaire est *décisore* ou *déféré d'office* (art. 1357); les auteurs appellent ce dernier serment *supplétoire* ou *supplétif*.

## § II. Du serment décisore.

### N° I. PRINCIPE.

**230.** Le serment décisore est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357). C'est une transaction qu'offre la partie qui défère le serment et que doit accepter la partie à laquelle il est déféré. Si c'est le demandeur qui le défère, il dit implicitement à l'autre partie: « Si vous voulez jurer que vous ne me devez rien, ou que vous m'avez payé ce que je vous demande, je vous tiendrai quitte. » Si c'est

(1) Rejet, 17 juillet 1810 (Dalloz au mot *Commerçant*, n° 346). Poitiers, 3 février 1841 (Dalloz, 1846, 2, 124). Douai, 5 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 135).

(2) Rejet, cour de cassation de Belgique, 4 février 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 378).