

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 41-43 (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).

le défendeur qui défère le serment, il propose la transaction suivante : « Je vous payerai ce que vous me demandez si vous voulez jurer que je vous le dois réellement. » Cette transaction doit être acceptée par celui à qui elle est offerte. Nous disons que la délation du serment est une transaction ; en effet, le code dit que le jugement de la cause en dépend, et l'article 2044 définit la transaction un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Comment la délation du serment décide-t-elle la contestation ? Si celui à qui le serment est déféré le prête, il obtient gain de cause, c'est la conséquence de la transaction que l'autre partie lui a proposée. S'il refuse de prêter le serment, il succombe ; car cette alternative est aussi comprise dans la transaction, et c'est bien sur celle-là que compte la partie qui défère le serment ; le refus de prêter le serment implique l'aveu tacite que la demande formée est légitime. La loi permet encore à la partie qui doit prêter le serment de le référer à son adversaire ; dans ce cas, l'issue du procès dépend du parti que celui-ci prendra : prête-t-il le serment, il triomphe ; le refuse-t-il, il succombe.

231. Ce qui caractérise cette transaction, c'est qu'elle est forcée : la partie à laquelle elle est offerte doit nécessairement prêter le serment ou le référer, sinon elle perd sa cause. Pourquoi la loi permet-elle d'imposer une transaction sous la forme de serment ? Jaubert, le rapporteur du Tribunal, répond à notre question : « Celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre de ce qu'on le laisse juge dans sa propre cause, et il serait honteux de refuser d'affirmer la vérité et la sincérité d'une demande ou d'une exception dans laquelle on entendrait persister. » L'orateur du gouvernement ajoute : « Lorsqu'une partie se repose sur la probité de l'autre, au point de prendre droit par son serment, ou lorsqu'une partie est dénuée de preuves suffisantes pour établir sa demande, il est juste de l'admettre à déférer le serment (1). »

(1) Jaubert, Rapport. n° 40 (Loché, t. VI, p. 237). Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 223 (Loché, t. VI, p. 187).

232. C'est d'ordinaire la nécessité qui contraint à déférer le serment, en ce sens que le demandeur n'a point de preuves à l'appui de son action, ou que le défendeur ne parvient pas à prouver le fondement de son exception. Ainsi la délation du serment est autorisée comme dernière ressource en faveur de celui qui n'a point de preuve. Voilà pourquoi la loi permet de déférer le serment « encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360). » Jadis cette question était vivement controversée. Pothier dit que les raisons que l'on alléguait pour exiger un commencement de preuve étaient frivoles ; on doit dire plus, elles étaient en opposition avec l'essence même du serment décisoire ; il implique une confiance absolue dans la bonne foi de celui qui doit prêter le serment : qu'importe donc que celui qui le défère soit sans preuve aucune ? On dit que celui qui n'a aucune preuve ne doit pas agir en justice. Nous répondons que la loi ne peut jamais refuser l'action en justice, car la partie qui n'a pas de preuve peut néanmoins avoir un droit à défendre, et la défense est le plus naturel des droits (1).

233. Le serment est une transaction qui met fin au procès. On le compare à l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (2). La transaction sous forme de serment a un effet plus considérable que la décision du juge. Celle-ci, alors même qu'elle est en dernier ressort, est encore soumise à des voies de recours extraordinaires, notamment au pourvoi en cassation ; tandis que le serment décisoire empêche toute espèce de recours. Celui qui prête le serment jure de dire la vérité, et celui qui a déféré le serment s'est engagé à tenir pour vrai ce que l'autre partie déclarera sous la foi du serment. On peut donc dire du serment, et à plus forte raison, ce que l'on dit de la chose jugée, qu'il y a une présomption de vérité ; cette présomption a tant de force que l'on n'est pas admis à prouver la fausseté du serment, comme nous le dirons plus loin, et la transaction produirait tous ses

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 484 et 485.

(2) Duranton, t. XIII, p. 606, n° 571.

effets, quand même le parjure serait prouvé par un jugement criminel. Telle est la conséquence logique de la transaction, telle que nous venons de la définir. C'est un principe fondamental : toutes les règles qui régissent la matière en découlent.

N° 2. QUI PEUT DÉFÉRER LE SERMENT ?

234. L'article 1357 dit que le serment décisoire est déféré par l'une des parties à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Est-ce à dire que toute partie plaidante puisse déférer le serment ? Pothier répond : « Comme on fait dépendre du serment la décision de la contestation et du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment. » Il serait plus exact de dire que pour déférer le serment il faut avoir la capacité de transiger. Il est vrai que l'article 2045 dit que pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ; de sorte que la capacité de transiger et la capacité de disposer sont synonymes. Mais elles ne le sont pas toujours, la loi est parfois plus sévère pour les transactions que pour les aliénations ; il vaut mieux formuler la règle conformément au principe qui domine cette matière : la délation du serment est une transaction, par conséquent il faut être capable de transiger pour déférer le serment décisoire. Toullier s'exprime donc inexactement en disant qu'il y a des cas où la délation de serment peut ne pas excéder les bornes de l'administration ; le pouvoir d'administrer ne donne pas, en principe, le droit de disposer ; donc l'administrateur n'a jamais, en cette qualité, le pouvoir de transiger (1).

235. Le mineur et l'interdit ne peuvent pas déférer le serment, parce qu'ils n'ont pas la libre disposition de leurs biens. Que faut-il dire du mineur émancipé ? Toullier répond que le mineur émancipé peut déférer le ser-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 914. Aubry et Rau, t. VI, p. 348, § 753. Comparez Toullier, t. V, 2, p. 297, n° 376.

ment sur les droits dont il a la libre disposition. Mais de quoi le mineur a-t-il la libre disposition ? La loi établit un principe très-restrictif concernant sa capacité : « Il ne peut faire aucun acte autre que ceux de *pure administration*, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé » (art. 484). Est-ce que transiger est un acte de pure administration ? La loi ne le permet pas même au tuteur en vertu de l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, elle exige de plus un avis de trois jurisconsultes (art. 467). Il faut donc décider que le mineur émancipé ne peut transiger et, par suite, déférer le serment que sous les conditions prescrites pour le mineur non émancipé.

Il faut en dire autant des personnes placées sous conseil judiciaire. Duranton dit qu'il n'est pas douteux qu'elles ne puissent déférer le serment sur des objets qui rentrent dans la simple administration de leurs biens (1). C'est confondre le pouvoir d'administration avec le pouvoir de disposition. Les prodigues et les simples d'esprit ne peuvent pas aliéner (art. 499 et 513) ; donc elles sont incapables de transiger (art. 2045) et, par suite, de déférer le serment décisoire.

Les auteurs que nous combattons mettent sur la même ligne les mineurs émancipés, les personnes placées sous conseil et les femmes mariées séparées de biens. Cela n'est pas exact. La loi dit formellement de la femme séparée de biens qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner (art. 1449) ; ayant un droit de disposition, elle a par cela même le pouvoir de transiger (art. 2045) ; donc elle est capable de déférer le serment décisoire.

236. La distinction que nous venons d'établir entre le pouvoir d'administrer et le pouvoir de disposer ou de transiger est consacrée par le code en ce qui concerne les mandataires. D'après l'article 1988, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ; s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. Donc

(1) Toullier, t. V, 2, p. 296, n° 375. Duranton, t. XIII, p. 617, n° 584.

le mandataire ayant pouvoir d'administrer ne peut pas transiger ni déférer le serment. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

Ce principe s'applique aux avoués. Quoiqu'ils représentent la partie en justice, ils n'ont pas le droit de disposer des prétentions qu'ils sont chargés de défendre; l'article 352 du code de procédure porte : « Aucunes offres, aucun aveu ou consentement ne pourront être faits, donnés et acceptés sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu. » L'avoué ne peut donc déférer le serment qu'en vertu d'un mandat spécial. Sur ce point aussi tout le monde est d'accord (2).

237. Il résulte du même principe que le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur et de l'interdit qu'en observant les formes prescrites par l'article 467 pour les transactions. C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Duranton; il ne vaut pas la peine de s'y arrêter, puisque les principes sont certains (3). Duranton donne du moins des raisons à l'appui de son opinion. La cour de Paris a jugé tout simplement que la délation du serment décisive est un moyen de défense autorisé par la loi, qui peut être employé, comme tout autre, par une tutrice au nom de ses enfants mineurs(4). De pareilles décisions sont faites pour discréditer la jurisprudence.

Ce que nous disons du tuteur est vrai de tous ceux qui sont appelés par la loi à administrer les biens d'autrui. Ils n'ont qu'un pouvoir d'administration, ce qui exclut le droit de disposer, de transiger et partant de déférer le serment décisive. Il ne faut donc pas dire, comme le fait Larombière, que les administrateurs légaux ont la faculté de déférer le serment dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions qu'ils ont le droit de transiger sur les

(1) Rejet, 27 avril 1831 (Daloz, n° 5214, 2°) et tous les auteurs.

(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Daloz, n° 5228. Il faut ajouter Rennes, 6 août 1849 (Daloz, 1851, 2, 136). Aubry et Rau, t. VI, p. 348, note 5, § 753, et tous les auteurs.

(3) Toullier, t. V, 2 p. 296, n° 375. Aubry et Rau, t. VI, p. 348, note 4 réfutent l'opinion contraire de Duranton, t. XIII, p. 615, n° 582).

(4) Paris, 27 août 1847 (Daloz, 1847, 4, 443).

choses qui font l'objet de la contestation : est-ce qu'un administrateur a jamais le pouvoir de transiger? Duranton se trompe aussi, à notre avis, en disant que le mari, administrateur des biens de sa femme, peut déférer le serment sur les actions mobilières qu'il a le droit d'intenter (1). Autre est le droit d'agir en justice, autre est le droit de transiger. Le tuteur peut intenter les actions mobilières; cependant il ne peut jamais transiger, par la raison péremptoire qu'il n'a pas le pouvoir de disposition, et le mari ne l'a pas davantage. Cela décide la question du serment.

N° 3. A QUI LE SERMENT PEUT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ?

238. Aux termes de l'article 1357, le serment est déféré par l'une des parties à l'autre. Il suit de là que le serment ne peut pas être déféré à celui qui n'est pas partie; ainsi on ne peut pas le déférer au mari qui autorise sa femme à plaider, car celui qui autorise ne s'oblige pas et ne plaide pas, il n'est donc pas partie; dès lors on ne conçoit pas que le serment lui soit déféré(2). A plus forte raison le serment ne peut être déféré à des personnes étrangères au procès. Un notaire, actionné pour rendre compte, prétend qu'il a rendu compte, il produit un acte revêtu d'une croix et de deux signatures; la croix, disait-il, était la marque du demandeur et les signatures étaient celles de sa fille et de son gendre. Le notaire déféra le serment au demandeur, à charge de faire citer les deux signataires qui auraient à prêter le serment simultanément avec leur mère et en sa présence. Il a été jugé que la délation de serment était conditionnelle et que le demandeur ne pouvait être tenu de mettre en cause ses enfants. C'était, en effet, déférer le serment à des personnes étrangères au procès (3).

239. Il ne suffit pas de figurer au procès pour y être

(1) Larombière, t. V, p. 460, n° 2 (Ed. B., t. III, p. 332). Duranton, t. XIII, p. 618, n° 586.

(2) Angers, 28 janvier 1825 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5230).

(3) Bruxelles, 15 décembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 550).

réellement partie. Les représentants légaux d'un incapable figurent au procès; ils intentent l'action, ou l'action est intentée contre eux, mais ils ne sont pas parties, c'est l'incapable qui est partie. Donc le serment ne peut être déféré aux administrateurs, tels que le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, et le mari administrateur des biens de sa femme. Ils ne sont pas parties, et ils ne peuvent prêter serment au nom de ceux dont ils gèrent les intérêts; car ils n'ont qu'un pouvoir d'administration, lequel ne suffit point pour consentir à une transaction (1).

Les auteurs admettent une restriction à cette décision, dans le cas où il s'agit d'un fait personnel au représentant. Par exemple, le débiteur prétend avoir payé au tuteur sans retirer quittance; il met le tuteur en cause, non-seulement comme représentant du mineur, mais en son nom personnel: peut-il lui déférer le serment? Oui, car il est partie, puisqu'il figure en son nom au procès. Mais la délation du serment n'a l'effet d'une transaction qu'à l'égard du tuteur considéré personnellement; la transaction est étrangère au mineur, celui-ci n'a pas le droit de transiger, ni le tuteur en son nom (2). Nous verrons plus loin que le serment dit *de crédulité* peut aussi être déféré au tuteur.

240. Le serment ne peut pas être déféré à tous ceux qui sont parties en cause. Il n'y a que ceux qui ont pouvoir de transiger à qui l'on puisse déférer le serment. Pothier le dit, et cela est d'évidence (3); le serment implique une transaction et la transaction est un contrat qui exige le consentement et la capacité des parties contractantes; il est vrai que le consentement est forcé, mais toujours est-il que pour consentir il faut être capable. Ainsi on ne peut déférer le serment à un mineur, à un interdit, à une femme mariée non autorisée. L'autorisation de plaider suffit-elle pour autoriser la femme à prêter le serment? Non, car le pouvoir de plaider ne donne pas le pouvoir

(1) Larombière, t. V, p. 462, n° 6 (Ed. B., t. III, p. 333).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 439 et suiv., § 753. Larombière, t. V, p. 463, n° 8 et 9 (Ed. B., t. III, p. 433).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 914.

de transiger (1). De même les personnes placées sous conseil ne peuvent accepter la délation du serment qu'avec l'assistance de leur conseil; la loi leur défend formellement de transiger (art. 499 et 513), ce qui est décisif (2).

N° 4. DANS QUELLES CONTESTATIONS LE SERMENT PEUT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ?

I. La règle.

241. L'article 1358 porte: « Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Telle est la règle; elle est conçue en termes trop généraux, comme nous le dirons plus loin. Pothier, que les auteurs du code suivent en cette matière, comme dans toute la théorie des obligations, nous expliquera le sens et la portée de l'article 1358. « On peut, dit-il, déférer le serment décisoire sur quelque espèce de contestation que ce soit et dans quelque espèce d'instance civile que ce soit, sur le possessoire comme sur le pétitoire, dans les causes sur une action personnelle comme dans une cause sur une action réelle (3). » C'est l'application du principe qui domine notre matière: le serment met fin au procès par une transaction; or, les parties peuvent toujours terminer leurs différends en transigeant, pourvu qu'elles aient la capacité requise et que l'objet du litige ne s'oppose pas à ce qu'une transaction intervienne.

242. L'article 1358 dit que le serment peut être déféré sur toute espèce de contestation. Cela veut-il dire dans tout procès, alors même que la demande ou l'exception serait pleinement justifiée? La cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que le juge pouvait refuser la délation du serment quand la demande ou l'exception sont entièrement justifiées. Cela paraît rationnel: le serment est une preuve par laquelle on combat la demande ou l'exception; mais si le fait litigieux est attesté par un écrit

(1) Angers, 28 janvier 1825 (Daloz, n° 2530).

(2) Chambéry, 11 février 1854 (*Journal du Palais*, supplément belge, 1854, p. 275).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 912.

émané de celui-là même qui défère le serment, peut-il le déférer à celui qui prouve le fondement de sa demande par le témoignage de son adversaire (1)? Cependant la question nous paraît douteuse. La jurisprudence de la cour de cassation suppose que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de rejeter la délation du serment; ce point est déjà douteux, nous y reviendrons. En ce qui concerne la question spéciale que nous examinons, le texte et l'esprit de la loi semblent contraires à la doctrine de la cour. Quand il s'agit du serment supplétoire, la loi dit que le juge ne peut pas le déférer lorsque la demande ou l'exception est pleinement justifiée (art. 1367), mais la loi ne dit pas la même chose du serment décisoire; l'article 1358, au contraire, dispose dans les termes les plus absolus que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Vainement dit-on qu'il n'y a pas de contestation lorsque le fait litigieux est prouvé; il y a contestation par cela seul que le défendeur n'acquiesce pas à la demande et que le demandeur repousse l'exception qu'on lui oppose. Qu'importe que l'une des parties prouve le fondement de sa demande ou de son exception, et que l'autre, celle qui défère le serment, n'ait aucune preuve; il suffit qu'elle conteste pour qu'il y ait contestation, et dès qu'il y a contestation, le serment peut être déféré (2).

243. La délation du serment est une des preuves légales que le code admet pour prouver les faits qui doivent être établis en justice. Pour qu'il y ait lieu de déférer le serment, il faut donc qu'il s'agisse de prouver un fait et que la loi ne repousse pas les preuves ordinaires. Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une question de preuve. De là suit que le serment ne peut être déféré sur l'existence ou sur les clauses d'un contrat solennel. Vainement le serment serait-il prêté; vainement serait-il prouvé qu'il y a une donation, une convention matrimoniale, une hypothèque, cela ne suffirait point pour que la donation, le contrat de

(1) Rejet, 6 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 39); 17 novembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 121).

(2) Bastia, 12 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 88).

mariage ou l'hypothèque existent légalement, car les contrats solennels n'existent que lorsque les formes légales ont été observées; si elles ne l'ont pas été, il n'y a pas de contrat aux yeux de la loi; donc la délation de serment serait frustratoire, comme le serait toute autre preuve: sans acte authentique, le contrat n'existe pas, c'est le néant. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens. Il y a des contrats qui, d'après la loi, doivent être rédigés par écrit: telle est la transaction (art. 2044). En résulte-t-il que la transaction est un contrat solennel? Nous examinerons la question au titre qui est le siège de la matière. Il a été jugé que le serment peut être déféré sur l'existence d'une transaction, parce que ce contrat reste, quant à la preuve, sous l'empire du droit commun (3).

244. Le serment peut-il être déféré contre un acte authentique? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence, comme dans toutes les questions qui concernent la force probante des actes. La solution est très-simple si l'on admet la distinction que nous avons enseignée, avec tous les auteurs, sur l'étendue de la foi que font les actes authentiques. Dans les cas où ils font foi jusqu'à inscription de faux, le serment ne peut être déféré, parce que l'inscription en faux est la seule preuve que la loi admette contre l'authenticité. On objecte les termes absolus de l'article 1358; mais en disant que le serment peut être déféré sur toute contestation, la loi n'a pas entendu déroger aux principes qui régissent les actes authentiques. Le serment n'est qu'une preuve, et la loi rejette toute preuve contraire quand elle déclare que l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux, sauf la plainte en faux; cela est décisif. On objecte encore que la délation du serment n'est pas une attaque dirigée contre l'acte, c'est, dit-on, une offre de transaction. Oui, mais une

(1) Duranton, t. XIII, p. 608, n° 575. Larombière, t. V, p. 454, n° 1^o (Ed. B., t. III, p. 329).

(2) Cassation, 21 juillet 1852 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5195). Jugement du tribunal d'Anvers du 16 janvier 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 79).

(3) Limoges, 6 février 1845 (Dalloz, 1846, 4, 458).

transaction forcée, et cette transaction forcée peut anéantir la preuve qui résulte de l'acte; c'est donc bien une attaque contre l'acte; or, la loi n'en admet qu'une seule, l'inscription en faux.

Quand l'acte authentique ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, la délation du serment est admissible, puisque toute preuve légale est admise contre l'acte. La loi ne fait d'exception que pour la preuve testimoniale (art. 1341); l'exception confirme la règle. Dans ce cas, l'article 1358 reprend toute sa force : le serment peut être déféré, parce que la loi admet toute preuve contraire, donc aussi le serment (1).

La jurisprudence est d'une confusion extrême, et les recueils d'arrêts augmentent la confusion, en citant les décisions judiciaires sans distinction aucune entre celles qui concernent les cas où l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux et celles qui prévoient des cas où la preuve contraire est admise. Il y a des arrêts qui semblent admettre la preuve contraire dans tous les cas (2); d'autres semblent la rejeter dans tous les cas (3). Enfin il y en a qui consacrent la distinction que nous avons faite, pour mieux dire, que nous n'avons fait qu'appliquer (4). Il est inutile de discuter la jurisprudence; les principes ne laissent aucun doute et l'autorité des principes l'emporte sur l'autorité des arrêts.

II. La restriction.

245. Il faut faire une restriction à la règle trop absolue de l'article 1358; elle résulte de la nature même du serment décisoire. C'est une transaction; or, on ne peut pas transiger sur toute espèce de contestations. En disant

(1) Duranton, t. XIII, p. 611, n° 579. Toullier, t. V, 2, p. 301, n° 380. Larombière, t. V, p. 471, n° 3 (Ed. B., t. III, p. 327). Comparez, en sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 650, n° 337 bis VI.

(2) Turin, 10 nivôse an XIV et 20 février 1808, Colmar, 18 avril 1806 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5198, 1° et 2°).

(3) Montpellier, 25 juin 1819 (Daloz, n° 5199).

(4) Caen, 9 janvier 1815 (Daloz, n° 5198, 3°). Bruxelles, 20 avril 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 119), et 28 janvier 1826 (*ibid.*, p. 31).

que pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, l'article 2045 établit implicitement le principe que la transaction contient une disposition des choses sur lesquelles elle porte; donc il ne peut y avoir de transaction que sur des objets dont la loi permet la disposition. L'orateur du Tribunat a formulé le principe en l'appliquant. « Toute transaction, dit Gillet, s'arrête aux seuls objets qui sont dans le commerce; ainsi les droits de la nature, les droits de la société ne peuvent devenir une matière de transaction. C'est pour cela que le projet dit 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 (1). »

Il suit de là que l'on ne peut pas transiger sur des questions d'état et, par suite, le serment ne peut être déféré en matière de filiation, ni en matière de divorce ou de séparation de corps. Il y a un avis en ce sens, émané du conseil d'Etat du ci-devant royaume de Westphalie. Il pose en principe que la délation du serment n'est admissible que dans les contestations qui portent sur des intérêts pécuniaires, qu'on ne peut pas l'appliquer à des contestations où l'ordre public et les bonnes mœurs sont engagés. Cela est trop absolu, nous semble-t-il; nous dirons plus loin que le serment peut être déféré sur des faits illicites et, par conséquent, immoraux. Il faut donc limiter la restriction aux choses qui ne peuvent faire l'objet d'une transaction : tel est avant tout l'état des personnes (2).

246. En disant que nulle preuve n'est admise contre certaines présomptions légales, l'article 1352 ajoute : « Sauf ce qui sera dit sur le serment. » Cela suppose que le serment peut être déféré contre les présomptions légales, comme nous l'avons dit en traitant des présomptions. Il faut toutefois faire une exception pour les présomptions qui sont d'ordre public. La transaction du serment implique une disposition, une renonciation; or,

(1) Gillet, *Discours*, n° 2 (Loché, t. VII, p. 470).

(2) Duvergier sur Toullier, t. V, 2, p. 299, note a. Duranton, t. XIII, p. 608, n° 574. Aubry et Rau, t. V, p. 350, notes 10 et 11, § 753 (3° édit.).