

les particuliers ne peuvent pas disposer de ce qui est d'intérêt public, ni y renoncer. Ainsi on ne peut pas déférer le serment contre la présomption de vérité attachée à la chose jugée. Les textes mêmes résistent à la prétention contraire. C'est à l'article 1358 que l'article 1352 fait allusion ; or, quelque générale que soit la disposition de l'article 1358, elle suppose néanmoins qu'il y a une contestation possible ; et quand il y a chose jugée, il n'y a plus de contestation possible, puisque la loi défend de remettre en question ce qui a été jugé. L'article 1360 est conçu dans le même sens : il permet de déférer le serment en tout état de cause ; il faut donc qu'il y ait une cause et des parties en cause ; or, il n'y a pas de cause quand la loi donne l'exception de chose jugée pour repousser la demande ou l'exception. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont unanimes sur ce point.

De même, on ne peut déférer le serment à celui qui invoque la prescription. Dans ce cas encore, il n'y a plus de contestation, plus de cause ; la prescription a éteint la dette, en ce sens qu'elle forme une exception péremptoire contre celui qui essaierait de se prévaloir d'un droit prescrit, et cette exception est d'ordre public. Cela suppose qu'il s'agit de la prescription ordinaire ; quand il s'agit d'une courte prescription, la loi permet de déférer le serment au défendeur sur la question de savoir si la chose a été réellement payée (art. 2275 et code de com., art. 189) ; la raison en est que ces prescriptions sont fondées exclusivement sur la présomption du paiement de la dette. En autorisant, par exception, la délation du serment quand il s'agit d'une courte prescription, la loi confirme implicitement la règle qui défend de déférer le serment lorsque la prescription est acquise (3).

247. Le serment ne peut pas être déféré contre les présomptions qui ont pour effet de dénier l'action en jus-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 650, n° 337 bis IV et tous les auteurs.

(2) Turin, 15 juillet 1806 et 5 avril 1809 (Dalloz, n° 5194, 1^o et 2^o) Rejet, 7 juillet 1829 (*ibid.*, 3^o).

(3) Duranton, t. XIII, p. 609, n° 577. Colmet de Santerre, t. VI, p. 650, n° 337 bis VII.

lice, quand la loi établit l'exception dans l'intérêt public. Il en est de même dans tous les cas où la loi refuse l'action dans un intérêt général. La cour de cassation a appliqué ce principe aux avoués. Ils ne peuvent pas déférer le serment à l'appui d'une action en paiement des frais qui leur sont dus. La raison en est que le tarif du 16 février 1807 (art. 151) subordonne leur action à la tenue régulière d'un registre ; s'ils n'ont pas de registre, ils ne peuvent pas réclamer leurs frais ; dès lors il n'y a ni contestation ni cause possibles et, par suite, le serment ne peut être déféré (1).

N° 5. SUR QUELS FAITS LE SERMENT PEUT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ

I. *Les faits doivent être personnels.*

248. « Le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère » (art. 1359). Voilà une nouvelle restriction au droit absolu que l'article 1358 semble donner de déférer le serment. La restriction résulte de l'essence même du serment. C'est un appel à la conscience ; or, nous ne pouvons affirmer que ce qui nous est personnel ; quant aux faits des autres, nous les ignorons et, alors même que nous les connaîtrions, la conscience nous fait un devoir de ne pas affirmer ce que nous ne savons pas d'une manière certaine.

Les faits ne nous sont pas personnels quand ce sont des faits de notre auteur. Je ne puis pas déférer le serment à une partie sur le fait d'une personne dont elle est héritière ou aux droits de laquelle elle est ; si elle ne peut ignorer son propre fait, elle n'est pas obligée de savoir ce qui est du fait d'un autre a qui elle a succédé. Ainsi je demande à l'héritier le prix d'une chose que je prétends avoir vendue au défunt : je ne pourrai pas lui déférer le serment, dit Pothier, parce que ce n'est pas son fait, c'est le fait de son auteur (2). Si le serment était déféré sur un

(1) Rejet, 1^{er} mai 1849 (Dalloz, 1849, I, 182).

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

fait non personnel, le juge devrait refuser la délation; car le serment est contraire à la loi, et le juge ne peut pas ordonner un serment illégal (1).

249. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté le principe de l'article 1359, ajoute : « Mais l'usage parmi nous est que l'on puisse déférer à l'héritier le serment sur le point de savoir s'il a connaissance que le défunt dût la somme demandée. » Dans ce cas, dit Pothier, on ne défère pas le serment sur le fait de la dette, qui est le fait du défunt, on lui défère le serment sur le fait de la connaissance qu'il a de la dette, ce qui est son propre fait. Le code ne reproduit pas cette réserve au titre des *Obligations*; mais l'article 2275, qui permet de déférer le serment à ceux qui opposent une courte prescription, ajoute : « Le serment pourra être déféré aux veuves et 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. » Le code de commerce contient une disposition analogue (art. 189). Ces articles consacrent-ils une exception et sont-ils, par suite, de rigoureuse interprétation? ou sont-ils l'application d'un principe général, ce qui permettrait de les appliquer par analogie? La question est controversée. Il nous semble que le caractère exceptionnel de ces dispositions est incontestable. La délation du serment est une transaction, et cette transaction ne se conçoit que sur des faits qui sont personnels à celui à qui le serment est déféré. Telle est la règle établie par l'article 1359. Le code y admet une exception dans le cas prévu par l'article 2275; l'exception est plus restreinte que celle dont parle Pothier; la loi ne dit pas que l'on peut déférer le serment à la veuve, aux héritiers et au tuteur sur toute espèce de contestations, elle ne permet de le leur déférer que sur les courtes prescriptions dont il est traité dans les articles précédents; c'est donc à ce cas qu'il faut limiter la disposition de l'article 2275 (2). Vainement dit-on que

(1) Rejet, chambre civile, 1^{er} mars 1859 (Daloz, 1859, 1, 155).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 351, note 15, admettent que la disposition est exceptionnelle, mais ils l'interprètent dans le sens de Pothier; c'est de là l'étendre.

l'article 2275 ne fait qu'appliquer le principe de l'article 1359, puisque la connaissance qu'ont les héritiers et la veuve est un fait personnel; dans cette opinion, le serment dit de *crédulité* serait une règle générale (1). C'est oublier que le serment décisoire est une transaction forcée; or, peut-on imposer une transaction à ceux qui sont étrangers aux faits sur lesquels porte la délation du serment? Telle est la vraie difficulté. Si l'on s'en tenait à l'essence du serment, il faudrait répondre négativement; on ne peut pas constituer juge du procès, en faisant appel à sa conscience, celui qui ne sait la chose que par ouï-dire; la connaissance qu'il a peut être erronée, il peut se tromper, et, cependant, sur la déclaration qu'il fera ou qu'il ne fera pas, le fait sera considéré comme vrai ou faux. Cela est certes une dérogation à l'essence du serment, donc c'est une exception.

Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que la disposition de l'article 2275 est exceptionnelle en ce qui concerne les tuteurs. La règle est que les tuteurs ne peuvent pas prêter, au nom des mineurs, un serment qui est une véritable transaction. C'est donc par exception qu'ils sont admis à prêter le serment dit de *crédulité*, avec cet effet que la prestation du serment équivaldra à une transaction à l'égard des mineurs. La conséquence est évidente, c'est que les tuteurs ne peuvent prêter le serment de *crédulité* que dans le cas prévu par l'article 2275 (2).

II. Les faits doivent être relevants.

250. Le serment doit être déféré sur un fait litigieux; c'est une preuve, et il n'y a que les faits qui doivent être

(1) C'est l'opinion généralement suivie, sauf que chaque auteur étend plus ou moins l'exception, ce qui conduit à une incertitude complète. Duranton, t. XIII, p. 613, n° 580. Mourlon, t. II, p. 376, n° 1651. Colmet de Santerre, t. V, p. 649, n° 337 bis III. Larombière, t. V, p. 467, n° 12 (Ed. B., t. III, p. 334).

(2) Rejet, 14 novembre 1860 (Daloz, 1861, 1, 338). Colmar, 23 août 1859 (Daloz, 1859, 2, 193). Aubry et Rau, t. VI, p. 350. Larombière, t. V, p. 467, n° 12 (Ed. B., t. III, p. 334).

prouvés par les parties. C'est quand on n'a point de preuve que l'on se trouve dans la nécessité de déférer le serment. De là suit que le serment ne peut pas être déféré sur un point de droit. Il faut appliquer au serment ce que nous avons dit de l'aveu (n° 156) (1).

Tout fait litigieux peut être l'objet d'une délation de serment. On a prétendu que le serment ne pouvait être déféré quand le fait porte atteinte à l'honneur de celui qui doit le déclarer sous la foi du serment; ce serait, dit-on, le pousser au parjure par la crainte de se déshonorer. Nous renvoyons l'objection au législateur; ce serait une véritable exception à la règle de l'article 1359 qui permet de déférer le serment sur quelque espèce de contestation que ce soit, donc sur un fait quelconque. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Il a été jugé que le serment peut être déféré à celui qui nie avoir entre ses mains des titres confiés autrefois à son auteur; le défendeur opposait qu'il ne pouvait être tenu d'affirmer un fait honteux pour la mémoire du défunt. Cette défense n'a pas été admise (2). La cour de Turin a jugé que le serment peut être déféré sur des faits de séduction et d'attentat à la liberté de tester (3). Il en serait ainsi quand même les faits litigieux constitueraient des délits criminels. Sous l'empire du code, il était de jurisprudence que l'on pouvait déférer le serment sur des faits d'usure (4).

251. Il ne suffit point qu'un fait soit litigieux pour que le serment puisse être déféré à celui qui le nie, le fait doit être relevant. On entend par là des faits qui sont de nature à motiver le jugement de la contestation. Cette condition résulte de l'essence du serment décisoire: il est déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357); c'est pour cela qu'on l'appelle *litisdecisoire*; il faut donc que le fait soit tel, que son affirmation ou sa dénégation entraîne la décision du procès. De là résulte,

(1) La Haye, chambre de cassation, 23 mai 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 107).

(2) Pau, 3 décembre 1829 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4876, 2°).

(3) Turin, 13 avril 1808 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 255).

(4) Bruxelles, 1^{er} février 1809. Bordeaux, 10 mai 1833 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5204).

pour les juges du fait, un pouvoir d'appréciation qui leur permet et leur impose même le devoir de refuser la délation de serment quand le fait n'est pas relevant; on ne doit pas prodiguer le serment, ni le déférer sur des faits dont l'affirmation ou la dénégation ne mettrait pas fin au litige. C'est naturellement au juge à voir si le fait sur lequel l'une des parties défère le serment a ce caractère (1).

252. Il faut généraliser cette règle, en ce sens que le serment doit être formulé de manière que la prestation ait pour effet de terminer le procès. Il ne suffit donc pas que le fait sur lequel le serment est déféré soit relevant; il faut aussi que l'intention de celui qui le défère soit d'en faire dépendre le jugement de la cause: c'est la définition que la loi (art. 1357) donne du serment décisoire, et il en résulte, comme condition essentielle, que la partie qui défère le serment doit avoir la volonté d'offrir une transaction définitive; le serment qui n'impliquerait pas une transaction pareille pourrait être refusé; le juge doit le rejeter, quand même la partie à laquelle il est déféré serait disposée à le prêter. Libre aux parties de transiger comme elles veulent, mais quand la transaction est offerte sous forme de serment, les parties et le juge sont liés par la loi. La jurisprudence est en ce sens. Il est de l'essence du serment décisoire, dit la cour de cassation, de faire dépendre de ce serment le jugement de la cause. Dans l'espèce, le serment était déféré, non point pour en faire dépendre le jugement de la cause, mais pour se procurer un document à l'effet de poursuivre le procès. Le juge, dit la cour, a fait une juste application des principes en rejetant le serment déféré dans ces circonstances (2). La cour de cassation a encore jugé, par application de ces principes, que lorsqu'une partie offre de déférer le serment décisoire à son adversaire, il appartient au juge d'examiner et d'apprécier le fait sur lequel porterait le serment, à l'effet de reconnaître s'il est décisif, c'est-à-dire si la prestation du serment ou le refus de le prêter entraînera

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 351, note 13, § 753 (3^e édit.). Larombière, t. V, p. 468, n° 14 (Ed. B., t. III, p. 335).

(2) Rejet, 9 novembre 1846 (Daloz, 1846, 1, 348).

nécessairement la solution de la difficulté, objet du litige, et, par suite, il appartient au juge de décider s'il y a lieu de déférer le serment (1). Cette dernière proposition est énoncée d'une manière trop absolue; nous y reviendrons.

253. Le principe que nous venons de poser n'est pas douteux, mais l'application donne lieu à de nombreuses contestations (2); comme elles sont de fait plutôt que de droit, nous croyons inutile d'entrer dans ces détails; nous nous bornerons à donner quelques applications empruntées à la jurisprudence, très-nombreuse en cette matière, des cours de Belgique.

Pour que la délation du serment puisse être ordonnée, dit la cour de Liège, il faut qu'il ait pour effet de terminer le litige; or, dans l'espèce, si le serment déféré était prêté, le litige, loin d'être terminé, présenterait encore à décider des questions d'imputation de paiement, et notamment celle de savoir si les paiements articulés sont, en raison des faits de la cause et des dispositions de la loi, susceptibles d'être imputés sur la créance faisant l'objet des poursuites. En conséquence, la cour a rejeté la délation de serment (3).

La partie qui a recours au serment le défère souvent sur un grand nombre de faits, les uns relevant, les autres non relevant. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, la délation portait sur dix-neuf faits. Cela est absurde, dit la cour. D'abord si l'on pouvait mêler au serment décisoire des faits non décisifs et qui seraient faux, le serment deviendrait un piège; en effet, la partie serait dans l'impossibilité de prêter ce serment, puisque la proposition qu'elle affirmerait ou nierait se trouverait fautive dans l'un de ses éléments; la partie serait donc dans cette alternative ou de perdre son procès ou de faire un faux serment, ce qui est absurde et immoral. Il est encore plus absurde, dit la cour, de déférer le serment sur dix-neuf faits et d'appeler cela un serment décisoire. En effet, si

(1) Rejet, 5 mai 1852 (Daloz, 1852, 1, 275).

(2) Comparez Rejet, 6 février 1843 (Daloz, au mot *Compte*, n° 35); 13 novembre 1846 et 12 mai 1852 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5186, 6° et 7°).

(3) Liège, 12 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 204).

la partie prêtait le serment sur quelques faits, en refusant de le prêter sur les autres, naîtrait la question de savoir ce qu'il faudrait décider; donc, au lieu de terminer la contestation, le serment en ferait naître une nouvelle; preuve qu'un pareil serment n'est pas décisoire. La cour jugea que le serment ne pouvait être déféré, tel que l'appelaient l'avait formulé (1).

Il ne faudrait pas conclure de là que le serment ne peut jamais être déféré que sur un fait unique; l'article 120 du code de procédure suppose que le serment peut avoir pour objet plusieurs faits; il faut, dans ce cas, que les faits soient également décisifs, car il est contre l'essence du serment qu'il soit prêté sur des faits qui ne décideraient pas le procès. Dans une espèce jugée par la même cour, elle a décidé que le serment serait prêté sur le fait énoncé dans l'arrêt (2).

Cette décision soulève une nouvelle difficulté: le juge a-t-il le droit de modifier la délation du serment, telle qu'elle a été formulée par la partie intéressée? La négative nous paraît certaine. En effet, le serment décisoire est déféré par la partie et non par le juge; c'est donc à la partie qui le défère à le formuler, car c'est à elle à préciser les termes dans lesquels elle entend transiger. La cour de Bruxelles a jugé en ce sens, qu'il n'appartient pas au tribunal d'élargir d'une délation de serment les faits qui ne lui paraîtraient pas décisifs et d'ordonner le serment sur les autres; tout ce qu'il peut faire, c'est de déclarer que le serment, tel qu'il est proposé, est inadmissible, parce qu'il porte sur des faits qui n'ont pas tous le caractère décisif exigé par loi (3). Il est arrivé que la partie à laquelle le serment a été déféré a conclu au rejet des faits non relevant, et que la cour a ordonné la prestation du serment ainsi modifié (4). Si celui qui a déféré le serment accepte ces modifications, il va sans dire que la transaction sera maintenue, mais il nous paraît certain qu'il

(1) Bruxelles, 7 mars 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 97).

(2) Bruxelles, 13 novembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 254).

(3) Bruxelles, 29 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 172).

(4) Bruxelles, 8 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 51).

n'est pas tenu de l'accepter; celui qui fait une offre peut la retirer, dès qu'elle n'est pas acceptée telle qu'il l'a faite. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une autre espèce: il y avait des faits non relevants; le premier juge les avait écartés en limitant la délation du serment au fait décisif; en appel, le jugement a été réformé sur ce point; comme les modifications apportées au serment changeaient le contrat tel que l'une des parties l'avait proposé, il devait lui être permis de retirer son offre; le juge, en modifiant le serment, doit donc réserver à la partie le droit de maintenir son offre ou de la rétracter (1). En définitive, le juge peut rejeter le serment quand il porte sur des faits non décisifs, quand même la partie à laquelle il est déféré consentirait à le prêter sans modifications (2), mais le serment modifié ne peut être prêté que du consentement de la partie qui l'a déféré (3).

254. Le principe que le serment décisoire doit mettre fin au procès n'empêche pas de le déférer sur des incidents. Comme le dit la cour de Bruxelles, les incidents forment autant de contestations distinctes, quoiqu'elles aient une liaison étroite avec la contestation principale; elles doivent être décidées avant que le juge puisse rendre un jugement définitif. Or, dès qu'il y a contestation donnant lieu à un jugement, il y a une cause dont le jugement peut être abandonné à la partie à laquelle le serment est déféré (4).

Le même principe décide la question de savoir si l'on peut déférer le serment sur la qualité du demandeur. C'est un incident; donc il y a cause et partant on peut déférer le serment sur le jugement de la cause (5). Cela suppose que la qualité est un fait décisif. Or, elle n'est plus décisive si le demandeur peut poursuivre le procès en une autre qualité. Le défendeur défère au demandeur le serment sur le point de savoir s'il agit comme prête-

(1) Bruxelles, 29 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 223).

(2) Bruxelles, 24 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 407), et 27 juin 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 405).

(3) Liège, 11 novembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 109).

(4) Bruxelles, 22 avril 1830 (*Pasicrisie*, 1830, 2, 110).

(5) Bourges, 22 février 1842 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5213).

nom; il a été jugé que ce serment n'est pas décisoire, parce que le demandeur aurait eu le droit de continuer les poursuites en supposant même qu'il ne fût que prête-nom; la qualité était donc indifférente, et, par suite, elle ne pouvait faire l'objet d'un serment décisoire (1). La jurisprudence est constante en ce sens; il est inutile de rapporter les décisions, puisque la question n'est pas douteuse (2).

N° 6. QUAND LE SERMENT DOIT-IL ÊTRE DÉFÉRÉ?

255. Aux termes de l'article 1360, le serment peut être déféré en tout état de cause; donc, tant qu'il y a cause, c'est-à-dire tant que le procès est pendant. La partie qui a succombé en première instance peut encore déférer le serment en appel. On a demandé si le serment peut être déféré à la partie défaillante. L'affirmative n'est point douteuse. Mais comme la délation de serment est une offre de transaction, il faut que cette offre soit régulièrement portée à la connaissance de la partie à laquelle elle est faite. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le serment avait été déféré après les plaidoiries à l'audience où l'arrêt fut prononcé; le défaillant était présent à l'audience. Néanmoins la cour a jugé, et avec raison, que la délation était nulle. La présence de fait et la connaissance de fait ne remplacent pas la présence légale ni la connaissance légale; or, le défaillant n'est pas légalement en cause, donc le serment ne peut lui être déféré à l'audience (3).

256. L'arrêt que nous venons de citer suppose que le serment peut encore être déféré après les plaidoiries, quand l'instance est contradictoire. Ce serait mal interpréter la pensée de la cour; elle n'a pas eu à décider la question de savoir jusqu'à quel moment la délation de

(1) Rejet, 27 avril 1831 (Daloz au mot *Obligations*, n° 5214, 2°).

(2) Rouen, 14 juin 1834, 2 août 1834 et 30 janvier 1838 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5214, 1°).

(3) Rejet, chambre civile, 1^{er} mars 1859 (Daloz, 1859, 1, 155).

serment peut avoir lieu ; ce serait donc dépasser les termes de l'arrêt que d'en conclure que le serment peut être déféré tant que le jugement n'est pas prononcé. La jurisprudence et la doctrine sont contraires. Aux termes de l'article 111 du code de procédure, les défenseurs n'ont plus la parole, sous aucun prétexte, après le rapport, si l'affaire a été mise en délibéré. On conclut de là que les parties ne peuvent pas prendre de nouvelles conclusions ni, par conséquent, déférer le serment (1).

257. Du principe que le serment peut être déféré en tout état de cause, il suit que le serment peut être déféré après que tous les moyens proposés par le demandeur ou par le défendeur ont été rejetés. Cela se fera même régulièrement ainsi, puisque le serment est un moyen extrême auquel on ne recourt guère qu'en cas de nécessité absolue, donc quand on voit que les preuves alléguées à l'appui de l'action ou de l'exception font défaut ou, ce qui revient au même, sont insuffisantes. Tel est l'esprit de la loi, et le texte prouve que telle est aussi la volonté du législateur. En disant que le serment peut être déféré en tout état de cause, l'article 1359 permet de le déférer en appel, donc après que l'on a succombé en première instance et que l'on prévoit que l'on succombera également dans la nouvelle instance.

De là naît la question de savoir si l'on peut d'avance et par des conclusions subsidiaires déférer le serment dans le cas où les moyens proposés seraient rejetés. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse ; elle résulte des termes généraux de l'article 1359 et de l'esprit de la loi. Si je puis déférer le serment en appel, après que j'ai succombé en première instance, pourquoi ne le pourrais-je pas sous forme de conclusions subsidiaires ? Nous supposons que le serment est décisive, c'est-à-dire que le jugement de la cause en dépend, les autres moyens proposés étant jugés insuffisants. C'est une transaction conditionnelle, et quel principe empêche de proposer une transaction sous

(1) Duranton, t. XIII, p. 620, n° 590. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5239.

condition ? Le serment est une transaction forcée pour celui qui l'offre comme pour celui qui l'accepte, en ce sens que le premier ne l'offre que parce qu'il n'a pas d'autre preuve ; il est donc dans l'esprit du serment que la partie commence par présenter ses preuves et ne recoure au serment que subsidiairement (1). Cependant la jurisprudence est presque unanime en faveur de l'opinion contraire (2) : elle considère le serment déféré subsidiairement comme un serment supplétoire.

Voici l'espèce dans laquelle la cour de cassation s'est prononcée, pour la première fois, en faveur de cette singulière opinion. Demande en reddition de compte contre un agent d'affaires, en annulation de deux contrats de vente et en remboursement d'une somme de 17,600 francs remise à titre de dépôt. La demanderesse succombe en première instance sur tous les chefs. En appel, elle reproduit les mêmes moyens et conclut subsidiairement à ce que son adversaire ne fût renvoyé qu'à la charge de jurer que les deux actes de vente étaient sincères et véritables, que le prix de ces ventes avait été réellement payé et qu'il n'avait pas reçu d'elle, à titre de dépôt, les 17,600 francs dont elle demandait le remboursement. La cour d'Agen jugea qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner le serment déféré, que ce serment était purement supplétif, et qu'à défaut d'un commencement de preuve, on ne pouvait pas soumettre le défendeur à le prêter. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet ; la cour ne donne d'autre motif de sa décision que cette affirmation que le serment déféré est purement supplétif, puisque la demanderesse ne l'a déféré que subsidiairement à tous moyens. Dans un autre arrêt, elle dit que le serment est supplétif, parce que les demandeurs n'y ont recouru que très-subsidiairement.

(1) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Marcadé, t. V, p. 235, n° III de l'article 1359 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 352, et notes 20-22, § 753 (3^e édit.). Larombière, t. V, p. 472, n° 6-9 (Ed. B., t. III, p. 337). En sens contraire, Toullier, t. V, p. 320, n° 404 et suiv., et Merlin, *Répertoire*, au mot *Serment*, § II, art. II, n° 7, et *Questions de droit*, au mot *Serment*, § IV.

(2) Il y a un nombre considérable d'arrêts, ils sont cités dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 5188 ; il faut ajouter Chambéry, 22 mars 1861 (Dalloz, 1861, 2, 164) et Bordeaux, 22 août 1871 (Dalloz, 1872, 2, 214).

ment et après avoir épuisé tous les autres moyens (1). Nous disons que cette opinion est singulière. Qu'est-ce qui autorise la cour à transformer en serment supplétif un serment que l'une des parties défère à l'autre? Ce qui distingue les deux serments, c'est que le serment décisoire est déféré par l'une des parties à l'autre; tandis que le serment supplétif est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties. *D'office*, dit l'article 1357; donc ce n'est pas sur la demande de l'une des parties; et on ne conçoit pas même que l'initiative vienne du demandeur, car ce n'est pas à lui d'apprécier s'il convient au juge de déférer le serment à son adversaire, le tribunal seul a ce droit. Donc par cela seul qu'un serment est déféré par l'une des parties à l'autre, il faut dire que le serment est décisoire.

Il y a un second caractère qui distingue les deux serments : le serment décisoire est déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause, c'est une transaction; tandis que le serment que le juge défère n'est qu'un supplément de preuve. La difficulté, si difficulté il y a, consiste donc à savoir s'il y a offre de transaction ou non. Or, il y a offre de transaction par cela seul que l'une des parties défère le serment à l'autre. Le serment cesse-t-il d'être décisoire parce que la partie ne le défère que subsidiairement? La cour de cassation le dit; mais, en le disant, elle ajoute à la loi; le code n'exige pas que la partie défère le serment dès le principe, au commencement de l'instance et sans proposer d'autres moyens; la loi dit le contraire, puisqu'elle permet de déférer le serment en tout état de cause (art. 1360), donc à la fin de l'instance, alors qu'elle a épuisé ses moyens; donc aussi par conclusions subsidiaires dans le cas où ses moyens seraient rejetés; peu importe le jour où le serment est déféré, peu importe la forme dans laquelle on le défère, pourvu qu'il soit déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause, il est décisoire; or, quoique déféré subsidiairement

(1) Rejet, section civile, 30 octobre 1810, et Rejet 7 novembre 1838 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5188).

ment à d'autres moyens, il n'en décide pas moins le litige, puisqu'il est déféré et prêté alors que les autres moyens se trouvent insuffisants. Le serment ainsi déféré et prêté n'est pas un supplément de preuve; c'est la preuve unique, puisque l'on suppose que tous les autres moyens sont rejetés.

Il y a quelques arrêts en ce sens (1). Nous avons supposé que le serment déféré par l'une des parties à l'autre est un serment décisoire. Légalement il en est ainsi, puisque les parties ne peuvent pas déférer un serment supplétif. Cependant, de fait, il se peut que l'une des parties défère à l'autre un serment, en ce sens que le serment lui soit déféré par le juge à titre de supplément de preuve. Dès que l'intention de celui qui défère le serment n'est pas d'en faire dépendre le jugement de la cause, la délation n'est pas une offre de transaction; donc ce n'est pas un serment décisoire. Est-ce à dire que ce soit un serment supplétif (2)? Non, car les parties n'ont pas le droit de déférer un serment supplétoire : c'est un serment illégalement déféré, de sorte que le juge ne doit pas décider que ce prétendu serment décisoire est, en réalité, supplétif, il doit se borner à rejeter les conclusions de celui qui défère le serment dans ces termes (3). Quand même la partie conclurait formellement à ce que le serment fût déféré par le juge, ses conclusions devraient encore être rejetées comme contraires à la loi; il ne lui appartient pas de dire au juge ce qu'il a à faire : le juge agit d'office, dit la loi; c'est donc à lui de prendre l'initiative (4).

258. La jurisprudence est encore en opposition avec la doctrine et, il faut le dire, avec le texte et l'esprit de la loi sur une autre question. Le juge doit-il ordonner la prestation du serment dès que l'une des parties le demande? L'affirmative nous paraît certaine; elle est écrite

(1) Pau, 3 décembre 1829; Nîmes, 24 mars 1852 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5189). Bastia, 12 avril 1864 (Daloz, 1864, 2. 88).

(2) Rejet, 12 novembre 1835 et 26 novembre 1828 (Daloz, n° 5190, 1^o et 3^o) Comparez Gand, 13 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2. 200).

(3) Rejet, 21 novembre 1833 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4658, 3^o).

(4) Rejet, 3 février 1829 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5190).