

dans la définition que le code donne du serment décisoire; c'est la partie qui défère le serment, ce n'est pas le juge; le tribunal n'intervient que pour sanctionner ce que les parties veulent et ce qu'elles ont le droit de vouloir. Ce que le juge n'a pas le droit d'ordonner, il n'a pas le droit de le refuser. Et l'on ne conçoit pas qu'il refuse: le serment est une transaction; or, les parties peuvent toujours transiger, la loi leur donne le droit absolu d'offrir la transaction sous forme de serment, et elle ne donne pas au juge le droit de s'y opposer. Cela est décisif. Le serment est encore une dernière ressource que la loi offre à celle des parties qui n'a aucune preuve à l'appui de ses prétentions: de quel droit le juge la priverait-il d'une voie légale de preuve?

Cependant la jurisprudence française est contraire. La cour de cassation pose en principe que le droit d'ordonner le serment est une faculté que la loi donne au juge, faculté dont il peut user ou ne pas user, suivant les circonstances dont il a seul la libre appréciation (1). Nous disons que cette jurisprudence altère le texte de la loi. Elle est en opposition avec l'article 1357. Le code distingue deux serments, le serment décisoire, qui est déféré par les parties, sans que le juge y intervienne, et le serment supplétif, que le juge défère d'office, sans que les parties y interviennent. Quand donc l'article 1358 dit: que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, cela veut dire que la partie peut déférer le serment sur toute contestation. Si la loi avait entendu donner au juge le pouvoir de refuser la délation faite par une partie à l'autre, elle l'aurait dit; et si tel était le sens de l'article 1358, il aurait dû être rédigé autrement, le législateur aurait dit que le juge est autorisé à ordonner le serment. Donc la cour de cassation change le texte de la loi, et elle se met en opposition avec l'esprit de la loi aussi bien qu'avec la lettre. La cour oublie que le serment est une transaction que l'une des parties a le droit d'offrir

(1) Rejet, 23 avril 1829 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4155); 11 novembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 465).

et que l'autre doit accepter; il s'agit donc d'une convention qui se parfait par le concours de consentement des parties; ne serait-il pas exorbitant que le juge s'opposât à une convention? La convention est forcée pour la partie à laquelle le serment est déféré; et le juge viendrait enlever cette dernière preuve que la loi offre à la partie qui n'a pas de preuves (1)! C'est faire une nouvelle loi, et c'est la faire très-mal; nous allons en donner la preuve.

Le premier juge refuse d'ordonner le serment, par le motif que la demande était justifiée par la reconnaissance écrite de la main même de celui qui avait déféré le serment; que, dans de telles circonstances, le serment était inutile. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida que le juge de paix avait sagement usé de la latitude que la loi lui laisse (2). Reste à prouver que la loi donne ce pouvoir au juge; elle s'en est bien gardée, car le pouvoir du juge de refuser le serment serait en opposition avec l'essence même du serment. Dans l'espèce, la cour déclara la prestation du serment inutile, parce qu'il serait contraire à une preuve littérale émanée de la partie. C'est dire que le serment doit être rejeté dans le cas pour lequel il a été admis, c'est-à-dire quand toutes les preuves semblent s'élever contre celui qui défère le serment: laissez-lui au moins cette dernière planche de salut, puisque la loi la lui offre! Il appartient au juge, dit la cour de cassation, de décider si cette preuve est nécessaire (3). C'est confondre le serment avec les preuves ordinaires. Le juge peut refuser d'ordonner la preuve testimoniale quand elle lui paraît frustratoire. Il n'en est pas ainsi du serment; ce n'est pas une preuve proprement dite, c'est un appel à la conscience que la loi autorise alors que l'une des parties n'a aucune preuve; c'est à elle de juger si cet appel

(1) Marcadé, t. V, p. 235, n° III de l'article 1360 Aubry et Rau, t. VI, p. 354 et note 23. Larombière, t. V, p. 486, n° 6-8 (Ed. B., t. III, p. 342). Comparez un arrêt bien motivé de la cour de Bastia, 12 avril 1864 (Daloz, 1864, 2, 88), et Caen, 15 février 1838 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5242, 2°).

(2) Rejet, 6 août 1856 (Daloz, 1857, 1, 39). Comparez Rejet, chambre civile, 17 mars 1862 (Daloz, 1862, 1, 435); Rejet, 17 novembre 1863 (Daloz, 1864, 1, 121); Agen, 8 décembre 1858 (Daloz, 1859, 2, 18).

(3) Rejet, 19 avril 1870 (Daloz, 1872, 1, 323).

est utile ou non, ce n'est pas au juge, il est incompétent dans une question de conscience qui n'est pas de son domaine.

Un arrêt de la chambre civile admet une restriction au pouvoir absolument discrétionnaire que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux de refuser la délation du serment. L'initiative de la délation, dit la cour, appartient aux parties; mais il n'en faut pas moins que le juge examine si la partie peut, dans les circonstances de la cause, donner suite à l'usage qu'elle prétend faire de la faculté de déférer le serment. Or, en fait, les actes produits démontreraient l'in vraisemblance des prétentions de celui qui déférerait le serment; donc il fallait rejeter la délation (1). La cour se heurte à chaque instant contre un texte. Dire que le serment ne doit pas être ordonné parce que les prétentions de celui qui le défère sont invraisemblables, c'est dire qu'elles doivent être vraisemblables pour que le serment puisse être admis: et qu'est-ce que des prétentions vraisemblables, sinon un commencement de preuve? La cour exige donc un commencement de preuve. Et que dit la loi? « Le serment peut être déféré, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve. » La contradiction est patente.

Qu'importe que le serment soit en opposition avec les documents du procès (2)? Le fait allégué par celui qui défère le serment sera presque toujours contredit par les preuves que la partie adverse fournit. Mais n'en est-il pas ainsi de toute espèce de preuve? Je puis combattre la preuve résultant d'un acte authentique, soit par l'inscription en faux, soit par la preuve contraire; je puis aussi la combattre par la délation du serment. Me voilà en contradiction avec la plus forte des preuves; cela n'empêche pas que le serment doive être admis, pourvu que la preuve contraire soit admissible.

259. La cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour l'opinion que nous soutenons, et dans une espèce où

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

(2) Rejet, chambre civile, 6 février 1860 (Daloz, 1860, 1, 253).

la question pouvait paraître douteuse. Dans un interrogatoire sur faits et articles, le défendeur avait nié l'existence d'un bail. Le demandeur lui déféra alors le serment sur le même fait. Cette délation fut rejetée par la cour de Bruxelles, parce que le défendeur, aux termes de l'arrêt du 4 novembre 1814, avait prêté serment avant d'être interrogé; il semblait à la cour qu'une affirmation assermentée équivalait à la prestation d'un serment décisive. C'est une erreur. L'interrogatoire sur faits et articles, quoiqu'il doive être fait sous la foi du serment, n'est pas une transaction, comme le serment décisive; c'est un simple mode de preuve qui admet la preuve contraire des faits allégués sous serment. Il n'en est pas de même du serment décisive, il ne peut pas être combattu; on n'est pas même admis à en prouver la fausseté, sauf les poursuites en parjure; tandis que celui qui fait une fausse affirmation dans un interrogatoire n'est pas soumis à une poursuite criminelle. De là suit que le serment décisive est tout autre chose que le serment prêté lors d'un interrogatoire sur faits et articles; par conséquent, l'interrogatoire subi sous la foi du serment ne fait pas obstacle à ce que le serment décisive soit déféré à la même partie sur le fait dénié dans son interrogatoire. La cour de cassation finit par ce considérant qui suffit pour renverser la jurisprudence française: « Le serment décisive peut être déféré en tout état de cause, et il n'appartient pas au juge de refuser à une partie un droit qu'elle puise dans la loi (1). »

260. Nous n'entendons pas dire que le juge soit obligé d'ordonner la prestation du serment par cela seul que l'une des parties la demande. Le serment étant un droit pour la partie qui le défère, il n'appartient pas au juge de l'en priver. Mais ce droit est subordonné à des conditions; hors de ces conditions, ce n'est plus un droit. Or, il est bien certain que le juge a le droit et le devoir d'examiner et de décider si le serment est déféré, par celui qui a qualité de le déférer, à celui qui a capacité de l'accepter, dans une contestation susceptible d'être

(1) Cassation, 3 mars 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 227)

terminée par une transaction et sur des faits décisifs. Si l'une des conditions requises pour la validité de la délation manque, il va sans dire que le juge doit la rejeter. Nous en avons donné des exemples en exposant les conditions sous lesquelles il est permis de déférer le serment. Voici d'autres applications du principe.

Quand le serment est déféré sur des faits qui ne sont pas décisifs, il n'est pas décisive et, par conséquent, le juge ne peut pas l'admettre. Les juges jouissent, en ce point, d'un pouvoir discrétionnaire, mais il faut toujours qu'ils motivent leur décision sur cette considération que le serment n'est pas décisive. La cour de Rennes dit très-bien que, par respect pour la religion du serment, le juge ne doit pas ordonner un serment qui laisserait subsister le litige (1).

Il y a d'autres applications qui sont fondées sur les principes généraux de droit. Le serment décisive est une transaction; or, pour transiger, comme pour contracter en général, il faut être capable de consentir. De là suit que l'on ne peut déférer le serment à celui qui serait en état de démence, ni à celui qui, à raison de son grand âge et de l'affaiblissement de ses facultés intellectuelles, ne comprend plus la portée de l'offre de transaction qu'on lui fait en lui déférant le serment (2).

La délation de serment implique que celui qui le défère nie le fait formant l'objet du serment; s'il l'avoue, il n'y a plus de contestation, plus de cause; donc il ne peut y avoir de délation de serment pour mettre fin à un litige qui n'existe point. Le cas s'est présenté: le défendeur commence par demander un délai, ce qui implique la reconnaissance de la dette; puis il défère le serment au demandeur. Cela est contradictoire, dit la cour de Liège; on ne peut pas tout ensemble avouer la dette et en contester l'existence (3).

261. Si le juge peut, dans ces divers cas, rejeter le

(1) Rennes, 13 août 1812. Comparez Rejet, 15 février 1832 et 6 mai 1834 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5245, 1°, 2° et 3°).

(2) Liège, 4 janvier 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 52).

(3) Liège, 21 juin 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 142).

serment, c'est par application des principes généraux de droit. Le peut-il aussi quand, dans sa conviction, une partie ne défère le serment que par dol? On enseigne que le juge peut refuser le serment quand la partie qui le défère le fait pour vexer son adversaire (1). Cela nous paraît très-douteux. Il est vrai que celui qui défère le serment par malice n'use pas de son droit, il en abuse. Mais le juge a-t-il le pouvoir d'empêcher l'abus en empêchant l'usage? Il nous semble qu'il faudrait un texte pour donner ce droit au juge, et nous doutons que le législateur le lui donne jamais. Dès que la délation du serment est un droit, il faut l'admettre avec ses inconvénients; la faculté que l'on reconnaît au juge aurait aussi un grave danger, celui de détruire le droit sous le prétexte de l'abus. Ainsi la cour de Colmar a jugé qu'un serment dépourvu de toute utilité ne saurait être ordonné, parce qu'il constituerait une injure purement vexatoire à laquelle la justice ne doit pas se prêter (2). Cela est très-vague, très-arbitraire et très-peu juridique: faire appel à la conscience de son adversaire n'est jamais une injure. C'est tout au plus traîner le procès en longueur. Il a été jugé que le seul but de la délation du serment étant d'entraver l'exécution des condamnations judiciaires sous le poids desquelles se trouvait la partie qui déférait le serment, il n'y avait pas lieu de l'ordonner (3). Cela est plausible; nous préférerions néanmoins admettre le serment dans toute hypothèse, parce que c'est un droit, et un droit sacré, celui de la défense.

N° 7. EFFET DE LA DÉLATION.

262. Celui auquel le serment est déféré doit le prêter; s'il le refuse, il succombe dans sa demande ou dans son exception. Toutefois, il peut aussi référer le serment à son adversaire quand le fait qui en est l'objet est celui

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 354, et note 24, § 753 (3^e édit.).

(2) Colmar, 29 juillet 1863 (Daloz, 1863, 2, 137).

(3) Liège, 24 mars 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 215) et 26 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 171).

des deux parties. Dans ce cas, celui à qui il est référé doit le prêter, sinon il succombe. Le serment ne peut être référé quand le fait n'est pas celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré (art. 1361 et 1362); celui-ci doit, dans ce cas, prêter le serment, sinon il perd sa cause.

On demande si celui à qui le serment est référé peut, à son tour, le référer à l'autre partie. La négative est certaine. Elle résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1361 dit formellement que la partie à laquelle le serment est référé doit succomber si elle le refuse; la loi ne lui permet donc pas de le référer à son tour : comme c'est elle qui a pris l'initiative de la transaction, elle ne peut pas se plaindre, si on lui réfère le serment qu'elle avait déféré, en la constituant juge du procès. Le droit de référer le serment n'appartient qu'à celui à qui la transaction est imposée, et, ainsi limité, il se justifie par la considération que c'est plutôt à celui qui offre la transaction de prêter le serment qu'à celui qui est forcé de l'accepter.

263. L'article 1364 porte : « La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment. » Donc, tant que cette déclaration n'est point faite, la partie peut se rétracter; elle peut y avoir grand intérêt si, comme cela est arrivé, elle découvre une pièce qui prouve son droit. On conçoit que celui qui offre la transaction en déférant le serment puisse se rétracter; c'est l'application des principes généraux qui régissent la formation des contrats : l'offre faite par l'une des parties ne l'oblige point jusqu'à ce que l'autre partie l'ait acceptée; elle peut donc la retirer tant qu'il n'y a pas eu d'acceptation. Par la même raison, celui qui réfère le serment a le droit de se rétracter tant que l'autre partie n'a point déclaré accepter; car il fait aussi une offre et il renonce à un droit, celui de décider la contestation en prêtant le serment qui lui est déféré; il doit donc avoir le droit de retirer son offre jusqu'à ce que l'autre partie l'ait acceptée (1).

(1) Toullier, t. V, 2, p. 293, n° 366. Duranton, t. XIII, p. 624, n° 597.

Comment l'acceptation se fait-elle? D'après les termes de l'article 1364, on pourrait croire qu'il faut une acceptation expresse, car la loi dit : « Lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire le serment. » Mais le mot *déclaré* doit être entendu dans le sens de *consentir*. C'est un consentement que la loi exige, puisqu'il s'agit de former un contrat; or, en principe, le consentement peut être exprès ou tacite; et il n'y avait aucune raison de déroger à cette règle en ce qui concerne la transaction du serment. Il a été jugé, en conséquence, qu'il y a acceptation quand la partie à laquelle le serment a été déféré se présente à l'audience fixée pour la prestation du serment, sans qu'elle doive faire une déclaration (1). Mais il ne suffit pas que le jugement donne acte de la délation d'un serment pour former le contrat : donner acte, c'est constater le fait de la délation, l'offre est prouvée par là, mais la délation reste une simple offre jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée; donc celui qui l'a faite peut la rétracter, quoique le jugement en ait donné acte (2).

264. Dans quels termes le serment doit-il être prêté? Le code de procédure (art. 120) dit que le jugement qui ordonne un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu. C'est à la partie qui défère le serment de formuler les termes dans lesquels il doit être prêté; car c'est elle qui offre la transaction, et elle est libre de l'offrir comme elle l'entend, pourvu que le fait sur lequel le serment est déféré présente les caractères voulus par la loi, c'est-à-dire qu'il soit personnel et décisif. On demande si la partie à laquelle le serment est déféré doit le prêter dans les termes proposés par l'autre partie? L'affirmative n'est pas douteuse : l'offre doit être acceptée telle qu'elle est faite, sinon il n'y a pas de concours de consentement et, par suite, le contrat ne peut pas se former. Et quand le serment déféré est accepté, il doit être prêté dans les termes proposés; la partie qui doit le prêter ne serait pas reçue à les modifier; si elle refusait de prêter le serment tel qu'il

(1) Rejet, 3 février 1818 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 2574).

(2) Paris, 25 mars 1854 (Daloz, 1856, 2, 236).

a été formulé, il y aurait refus de prêter serment et, par suite, elle succomberait dans sa demande ou dans son exception (1).

265. Le principe est certain, mais l'application donne lieu à des contestations journalières. On demande si les termes de l'offre sont tellement de rigueur qu'ils ne sauraient être modifiés, alors même que ces modifications ne toucheraient pas à l'essence du fait qui est l'objet du serment. Il a été jugé que de pareilles modifications n'empêchaient pas le serment d'être valablement prêté. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si la dette réclamée existait et quel en était le montant. Le demandeur à qui le serment était déféré consentit à le prêter avec une explication qui ne modifiait en rien le fait principal et qui témoignait plutôt que le serment était prêté en conscience. Sur l'appel, la cour de Bruxelles décida que le tribunal de première instance avait bien jugé en accueillant ces explications et que les défendeurs n'avaient pas à s'en plaindre (2). La cour de cassation de France a porté une décision analogue dans l'espèce suivante. Il est dit dans un contrat de mariage que la femme a apporté en dot une somme de 3,000 francs en pièces de 5 francs. On lui défère le serment sur la réalité de l'apport et la nature des valeurs apportées. La femme refuse d'affirmer que l'apport de 3,000 francs eût eu lieu en pièces de 5 francs, mais elle offre positivement d'affirmer, sous la foi du serment, qu'elle avait apporté cette somme en valeurs différentes. Jugement confirmé sur l'appel qui considère le serment offert comme un refus de prêter serment, et applique l'article 1361, aux termes duquel celui qui refuse de prêter le serment à lui déféré doit succomber. L'arrêt a été cassé après un délibéré en la chambre du conseil : la cour de cassation dit que le serment était conforme à la stipulation principale du contrat de mariage constatant un apport de 3,000 francs ; il n'en différait que sur

(1) Bruxelles, 11 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 173); 29 juin 1845 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 126).

(2) Bruxelles, 25 avril 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 117). Comparez Liège, 13 février 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 247).

l'énonciation de la nature des espèces dans lesquelles l'apport avait été réalisé : qu'importait que ce fût en pièces de 5 francs ou en autres valeurs (1)?

266. Ces décisions sont trop absolues. La question soulève deux difficultés. D'abord il s'agit de savoir si le juge peut modifier le serment en ce sens que la partie qui l'a déféré soit forcée d'accepter cette modification ; ce qui entraînerait sa condamnation, bien que le serment n'eût pas été prêté tel qu'elle l'avait proposé. La cour de Bruxelles répond qu'il faut appliquer les principes qui régissent l'offre et l'acceptation : quand l'offre n'est pas acceptée telle qu'elle est faite, il n'y a pas concours de consentement et, par suite, pas de contrat ; vainement dirait-on que les modifications ne touchent pas à l'essence du serment tel qu'il a été déféré ; la cour répond que la partie intéressée a le droit de déférer le serment tel qu'elle veut le formuler, que le contrat étant volontaire de la part de celui qui fait l'offre, il y aurait contradiction à lui imposer des termes qu'il n'a point offerts. Donc s'il ne consent pas à la modification que la partie adverse propose, il n'y aura pas de transaction. Naît alors la question de savoir si la partie qui a refusé de prêter le serment tel qu'il lui a été déféré doit succomber, conformément à l'article 1361. Ici intervient le pouvoir d'appréciation du juge : Y a-t-il refus ou n'y a-t-il pas refus ? La solution dépend de la nature des modifications proposées par la partie à laquelle le serment est déféré. Si elles portent sur le fait qui est l'objet du litige et du serment, il y a refus de prêter serment et, par conséquent, il faut appliquer l'article 1361. Mais si les modifications ne portent que sur une circonstance accessoire et indifférente du fait, le juge peut décider qu'il n'y a pas de refus. En ce sens, la cour de cassation, dans l'arrêt précité, a bien jugé qu'il n'y avait pas lieu de condamner la femme qui offrait de prêter serment sur l'apport et le montant de l'apport, tout en refusant d'affirmer que l'apport avait eu lieu en pièces de 5 francs. La décision est donc celle-ci : la partie à

(1) Cassation, 18 août 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5250)

laquelle le serment est déféré propose de le modifier ; si ces modifications ne sont pas admises par la partie qui a déféré le serment, la transaction ne peut pas se former. Y a-t-il, dans ce cas, refus de prêter serment ? Le tribunal appréciera. La cour de Bruxelles explique très-bien les motifs pour lesquels le juge doit avoir ce pouvoir d'appréciation. Les parties n'ont pas un pouvoir absolu de déférer un serment décisive, avec cet effet que la partie à laquelle il est déféré doive succomber si elle ne le prête pas ; elles n'ont ce droit que pour les faits essentiels dont dépend le jugement de la cause ; si donc elles ajoutent à ce fait décisif des circonstances accessoires et indifférentes, elles dépassent leur droit et, par suite, elles ne peuvent pas contraindre la partie adverse à prêter serment sur toutes ces circonstances, sous peine de succomber si elle refuse. Ce serait, dit la cour, fournir à un plaideur adroit et de mauvaise foi le moyen facile de gagner un procès injuste en déférant un serment captieux, mêlé de vrai et de faux, à un adversaire délicat et consciencieux ; celui-ci, n'osant pas affirmer des circonstances accessoires ou indifférentes qui peuvent ne pas être vraies, refuserait et succomberait, alors qu'il était cependant prêt à affirmer le fait décisif d'où dépend le jugement de la cause. Ici est le nœud de la difficulté et la solution. Le refus de prêter le serment sans modification entraînera la perte du procès quand les modifications portent sur le fait essentiel ; et elles n'entraîneront pas la perte du procès quand elles portent sur des circonstances accessoires et indifférentes (1).

267. La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens. Elle ne permet pas au juge de modifier le serment ; mais si la partie à laquelle le serment est déféré refuse de le prêter tel qu'il a été formulé, il n'en résulte pas qu'elle soit censée refuser le serment et qu'elle doive succomber. C'est au juge d'apprécier si le serment doit être accepté dans les termes proposés ; s'il trouve que le serment ne doit pas être prêté dans ces termes, il n'y aura

(1) Bruxelles, 28 décembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 356).

pas refus dans le sens de l'article 1361 ; seulement la partie qui a déféré le serment pourra le rétracter ; pour mieux dire, dès qu'elle ne consent pas aux modifications, la transaction reste sans effet (1). Il y a encore une difficulté : quand le juge peut-il décider que le serment ne doit pas être prêté dans les termes où il a été déféré ? A notre avis, le tribunal doit ordonner la prestation du serment dans les termes où il a été déféré lorsque la délation a été faite sous les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire sur des faits personnels et décisifs. C'est seulement quand les faits ne sont pas personnels ni décisifs que le juge peut et doit refuser de l'ordonner. Il faut ajouter que le serment ne peut être formulé en termes ambigus et amphibologiques ; un pareil serment n'atteindrait pas le but de la loi, il ne déciderait pas le procès, puisqu'il donnerait lieu à de nouvelles contestations (2).

268. Nous avons supposé que la partie à laquelle le serment est déféré propose des modifications. Si elle se borne à demander des explications, on ne peut pas dire qu'il y ait refus : le serment étant un appel adressé à la conscience, on doit permettre à celui qui doit affirmer sous la foi du serment d'éclairer sa conscience ; bien loin d'invalider le serment, ces explications lui donnent plus de force, puisqu'elles prouvent la probité de celui qui prête le serment (3). Il en serait de même si la partie ne demandait pas d'explications, mais en donnait elle-même en exposant les raisons pour lesquelles, à son avis, le fait allégué n'existe point, raisons qui la déterminent à accepter la délation de serment. Un serment motivé n'est pas un serment modifié ; les motifs fortifient, au contraire, la vérité de la déclaration (4).

269. Le serment est une affirmation : celui qui le prête affirme que le fait litigieux existe ou n'existe pas. Il est donc de l'essence du serment qu'il soit prêté catégorique-

(1) Bruxelles, 28 novembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 240).

(2) Bruxelles, 15 juillet 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 187). Gand, 14 juillet 1845 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 198). Bruxelles, 5 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 105).

(3) Gand, 10 août 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 10).

(4) Liège, 5 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 213).

ment. Si, au lieu d'affirmer, la partie dit qu'elle ne se rappelle pas, qu'elle ne croit pas, cette déclaration ne sera pas un serment; par conséquent, il y aura refus de serment, ce qui entraîne la perte du procès pour celui qui fait ce prétendu serment. La jurisprudence est en ce sens. Il y a sur la question un arrêt très-bien motivé de la cour de cassation. Le serment décisive, dit la cour, est une affirmation judiciaire de la vérité ou de la fausseté d'un fait; son but et son effet sont d'ériger en arbitre absolu de la contestation la partie à laquelle il est déféré et de mettre fin au litige. Il est donc de l'essence du serment décisive qu'il décide la contestation comme le ferait un jugement; or, on ne conçoit pas un jugement rendu en termes vagues, incomplets, équivoques; et on ne conçoit pas non plus un serment décisive par lequel la partie déclare n'avoir gardé aucun souvenir de l'engagement, sans pouvoir dire qu'elle ne l'a pas contracté. Une déclaration pareille ne constituerait pas un jugement, donc elle ne constitue pas un serment décisive. Quand on dit qu'on ne se rappelle pas, on n'affirme pas la fausseté du fait; et sans affirmation positive, il n'y a pas de serment. Quelle en sera la conséquence? C'est que la partie à laquelle le serment est déféré ne l'a réellement pas prêté; or, celui qui ne prête pas le serment doit succomber, dit l'article 1361 (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Besançon; il décide que lorsque la partie à laquelle le serment a été déféré déclare qu'elle ne se rappelle pas les faits, cette réponse équivaut à une dénégation formelle (2). Le bon sens suffit pour répondre que celui qui ne se rappelle pas n'affirme point et ne nie point, donc il ne fait pas de serment décisive.

MM. Massé et Vergé, dans leurs notes sur Zachariæ, professent une opinion intermédiaire. D'une part, le serment n'étant pas prêté dans les termes où il a été déféré

(1) Rejet, 9 juin 1863 (Daloz, 1863, 1, 468). Comparez Bruxelles, 22 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 328), et 21 mars 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 85).

(2) Besançon, 1^{er} février 1856 (Daloz, 1856, 2, 86).

ne peut être opposé à la partie qui l'a déféré; d'autre part, il ne peut nuire à la partie qui l'a prêté qu'autant que, d'après les circonstances, il doit être considéré comme n'étant pas l'expression de la vérité. Dans cette opinion, les tribunaux auraient le droit de voir dans la déclaration de la partie un refus de serment, si la déclaration ne leur paraît pas sincère, et un serment sans effet si la déclaration est sincère (1). La distinction ne nous semble pas heureuse; elle est en opposition avec le texte de la loi. Celui à qui le serment est déféré ne peut pas, au lieu d'un serment, faire une déclaration; il doit prêter le serment tel qu'il est déféré ou référer le serment. S'il ne le réfère pas et s'il ne le prête pas dans les termes proposés, il se met en dehors de la transaction offerte, c'est dire qu'il la refuse, donc il doit succomber. Il ne peut jamais s'agir, en matière de serment, de rechercher si la déclaration est sincère ou non, et il n'appartient pas à l'interprète de transformer un serment en une déclaration qui ne serait pas un serment.

N^o 8. EFFET DE L'ACCEPTATION OU DU REFUS.

I. Principe.

270. L'article 1361 dit que celui auquel le serment est déféré et qui le refuse doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Et aux termes de l'article 1365, le serment fait forme preuve au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui. La rédaction de cette disposition est mauvaise. Quand celui à qui le serment est déféré l'accepte et le prête, le serment fait ne forme certes pas preuve pour celui qui l'a déféré; c'est, au contraire, le refus de prêter serment qui fait preuve à son profit. D'un autre côté, le serment prêté fait toujours preuve au profit de celui qui le prête et contre celui qui l'a déféré (2). Pothier s'exprime plus exactement en disant: « Si la

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 608, note 27.

(2) Marcadé, t. V, p. 242, n^o 1 de l'article 1365.