

partie fait le serment qui lui a été déféré, il résultera de son serment une présomption *juris et de jure* de la vérité de la chose sur laquelle le serment lui aura été déféré et qu'elle aura affirmé, contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue (1). »

271. Il y a des cas que la loi ne prévoit point. Celui à qui le serment est déféré déclare être prêt à le faire, mais il vient à mourir sans l'avoir prêté. Toullier dit que le serment devrait être tenu pour prêté, s'il n'y a aucun retardement à reprocher à celui qui a été empêché par la mort de le faire (2). Cette opinion est restée isolée. Elle est en opposition avec la loi de la transaction : la condition essentielle de la transaction est que le serment soit prêté; dès qu'il ne l'est pas, la transaction tombe. Cela est aussi fondé en raison; le serment est un appel à la conscience, et ce n'est pas lors de l'acceptation de la transaction que la conscience est en jeu, c'est lors de l'exécution; celui qui a accepté peut encore reculer quand il s'agira de faire l'affirmation sous la foi du serment. Tout ce qui résulte de l'acceptation, c'est qu'il n'y a pas refus, mais le serment n'étant pas prêté et ne pouvant plus l'être, la transaction devient impossible, sauf à la partie à déférer aux héritiers un serment dit de *crédulité*.

Si celui à qui le serment a été déféré vient à mourir avant de l'avoir accepté ni refusé, la transaction tombe également. C'est l'application des principes élémentaires qui régissent l'offre et l'acceptation. L'offre ne peut plus être acceptée, donc la transaction du serment ne peut plus se former.

II. Force probante du serment.

272. Le serment ne fait preuve que lorsqu'il est prêté tel qu'il a été déféré. Nous venons d'examiner les difficultés qui se présentent quand le serment est accepté et prêté avec des modifications. Il se peut que le serment

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 915.

(2) Toullier, t. V, 2, p. 304, n° 385. En sens contraire, Marcadé, t. V, 2, p. 239, n° II de l'article 1364. Larombière, t. V, p. 502, n° 7 (Ed. B., t. III, p. 348). Colmet de Santerre, t. V, p. 652, n° 340 bis.

soit prêté en partie et refusé en partie. C'est encore une modification du serment offert. Il faudra donc appliquer les principes que nous avons établis, en distinguant si le refus porte sur le fait essentiel ou sur une circonstance accessoire et indifférente. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation; elle a rendu un arrêt plus absolu. Il s'agissait d'une vente verbale dont le prétendu acheteur niait l'existence. On lui déféra le serment en ces termes : 1° si la vente avait été convenue; 2° si elle n'avait pas été convenue devant diverses personnes. Sur le premier fait, le défendeur affirma qu'il n'avait jamais conclu le marché litigieux. Sur le second, il se borna à répondre qu'il ne se souvenait pas d'en avoir parlé à des tiers et qu'il n'en pouvait pas dire davantage. Le tribunal de première instance considéra ce serment comme un refus et déclara que la vente devait être tenue pour constante. Sur l'appel, la cour de Poitiers déclara le serment non avenu et ordonna une enquête en considérant la réponse du défendeur dans l'interrogatoire sur faits et articles et son serment comme un commencement de preuve par écrit. Pourvoi en cassation. La cour décida que le serment n'ayant pas été prêté dans les termes où il avait été déféré, l'arrêt attaqué avait fait une juste application de la loi en refusant à ce serment incomplet le caractère décisive (1). Cette décision est juste, en ce sens que le serment avait été modifié, donc il ne pouvait pas décider la contestation au profit de celui qui l'avait prêté. La transaction tombait, mais par cela même le serment étant non avenu ne pouvait être considéré comme un commencement de preuve.

273. Le code ne dit pas quelle est la force probante du serment prêté ou refusé. Comme le serment est une transaction, on peut appliquer, par analogie, l'article 2052, aux termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La preuve résultant du serment prêté ou refusé exclut donc toute preuve contraire. C'est une conséquence de la transaction, comme le dit Pothier; le serment étant déféré pour

(1) Rejet, 8 mars 1852 (Dalloz 1852, 1, 73).

en faire dépendre le jugement de la cause, et étant accepté et prêté comme tel, il en résulte un contrat par lequel les parties conviennent de s'en tenir à ce qui sera affirmé, ce qui exclut toute preuve contraire. Cela suppose que la transaction est valable; les parties peuvent l'attaquer comme toute convention en prouvant que leur consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence. Si la convention en vertu de laquelle le serment a été prêté est annulée, le serment tombera. Pothier le dit, et cela ne fait aucun doute (1). Il y a cependant une restriction à faire, en ce qui concerne l'erreur. D'après l'article 2052, les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit; cette disposition est applicable au serment, puisqu'il contient une transaction.

274. L'article 1363 consacre une conséquence du principe que nous venons d'établir : « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. » Pothier en donne un exemple. Celui qui a déféré le serment n'est pas reçu à prouver qu'il a été faussement prêté, quand même il produirait les titres les plus décisifs. La raison en est, dit-il, que le serment opère une présomption *juris et de jure* qui fait réputer pour vrai ce qui a été juré et exclut toute preuve du contraire. Peu importe que le serment soit ou non conforme à la vérité. Celui qui défère le serment sait qu'il s'expose à la chance d'une fausse déclaration; il s'y soumet, c'est la loi du contrat; il n'a pas déféré le serment sous la condition que la déclaration soit vraie, cela n'aurait pas de sens; il l'a déféré sous la condition qu'il soit prêté ou refusé. Dès qu'il est prêté, tout est consommé (2).

Le procès est terminé, comme il le serait en vertu d'un jugement rendu en dernier ressort : c'est la décision de l'article 2052. Il ne peut donc plus être question d'appel (3). Il n'y a pas plus de recours extraordinaire que de

(1) Pothier. *Des obligations*, nos 915 et 918 Colmet de Santerre, t. V, p. 651, n° 339 bis I.

(2) Larombière, t. V, p. 493, n° 5 (Ed. B., t. III, p. 345. Mourlon, t. II, p. 863, n° 1654.

(3) Caeu. 23 janvier 1824 (Daloz, au mot *Acquiescement*, n° 656).

recours ordinaire. Le code de procédure permet de rétracter les jugements sur la requête de ceux qui y ont été parties, s'il y a eu dol personnel (art. 480, 1°). Cette disposition n'est pas applicable au serment; si elle l'était, on pourrait toujours attaquer le serment faussement prêté, car le parjure est plus qu'un dol, c'est un crime; or, l'article 1365 s'oppose à ce que la fausseté du serment soit alléguée pour en obtenir l'annulation (1). On ne le peut pas plus indirectement que directement. Il a été jugé que l'on ne peut revenir sur la transaction du serment en attaquant par la voie de l'inscription en faux l'acte authentique sur lequel le serment a été déféré; vainement alléguait-on que l'inscription en faux est admise contre la plus forte des preuves, l'acte authentique; le serment n'est pas, à vrai dire, une preuve, c'est une transaction qui met fin au procès; de sorte que toute action est éteinte. Cela décide la question (2).

275. Cependant le faux serment est un crime. L'article 1363 empêche-t-il de poursuivre le crime de parjure? Non, certes; il défend à la partie qui a déféré le serment d'en prouver la fausseté, il ne s'oppose pas à ce que le ministère public poursuive le coupable dans l'intérêt de la société et de la moralité publique. Si le ministère public agit, la partie lésée par le parjure pourra-t-elle se porter partie civile pour réclamer des dommages-intérêts? On l'a soutenu, mais l'avis de Duranton est resté isolé; il est en opposition avec l'article 1363 et avec l'esprit de la loi. Quand l'article 1363 dit que « l'adversaire n'est point recevable à prouver la fausseté du serment », cela signifie qu'il ne peut pas revenir sur la transaction qu'il a offerte en s'exposant à la chance d'un faux serment; or, ce serait revenir sur la transaction que de réclamer, sous le nom de dommages-intérêts, la valeur pécuniaire de l'obligation sur laquelle le serment a été prêté; on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Au point de vue des intérêts civils, tout est con-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 651, n° 339 bis II.

(2) Colmar, 25 avril 1827 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5264).

sommé par la transaction. Nous croyons inutile d'insister, la jurisprudence étant d'accord avec la doctrine (1).

III *Étendue de la force probante.*

276. Le serment est une transaction qui équivaut à la chose jugée en dernier ressort. Il suit de là que l'on doit appliquer à la force probante qui résulte du serment les principes qui régissent la chose jugée. Pothier en déduit cette conséquence que le serment décisoire ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle il a été déféré et il ajoute : pour savoir si ce que l'on demande est la même chose que celle sur laquelle le serment a été déféré, on peut appliquer toutes les règles qui concernent l'autorité de la chose jugée. Ainsi celui qui a formé une demande contre un héritier pour la part de ce dernier, et qui a succombé pour avoir refusé le serment qui lui a été déféré par cet héritier, peut encore former une semblable demande contre le cohéritier et pour la même cause, car les obligations se divisant entre les héritiers, la part de chaque héritier dans la dette forme en réalité une obligation différente, et de plus les personnes sont différentes, donc la transaction du serment ne peut être invoquée (2).

Si les serments étaient plus usuels, les difficultés ne manqueraient point dans l'application du principe, comme elles abondent en matière de chose jugée. Il s'en est présenté une devant la cour de cassation, et nous doutons que la solution qu'elle a reçue soit conforme aux vrais principes. Quand il y a serment prêté sur la contestation principale, l'effet de la transaction s'applique-t-il aux conclusions subsidiaires? L'affirmative n'est pas douteuse, si les conclusions subsidiaires sont une dépendance des conclusions principales. En était-il ainsi dans l'espèce? Le demandeur avait transporté à un banquier une

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 5376. Toulhier, t. V, 2, p. 308, n° 389, et tous les auteurs. En sens contraire, Duranton, t. XIII, p. 626, n° 600. Voyez la réfutation dans Aubry et Rau, t. VI, p. 356, note 3, § 753 (3^e édit.).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 916. Duranton, t. XIII, p. 634, n° 608

créance de 75,000 francs sur le gouvernement, et il avait reçu des avances de la maison de banque. Il concluait à la restitution de l'excédant de la créance sur les avances, prétendant qu'il ne s'agissait que d'un simple nantissement; subsidiairement, et pour le cas où il serait jugé qu'il y avait cession de la créance, il en demandait la nullité pour cause de dol et d'usure. Le serment fut déféré et prêté sur la réalité du transport. Il a été jugé que ce serment mettait fin au litige, même en ce qui concernait la validité du transport, parce que les questions de dol et d'usure étaient subsidiaires au fait principal de la cession (1). Cela nous paraît douteux. Si un premier juge décidait qu'il y a cession et non nantissement, déciderait-il par là que la cession est valable? Non, il y a là deux questions très-distinctes. L'acte litigieux est-il une cession ou un nantissement? S'il est jugé que c'est une cession, est-il jugé par là que la cession n'est pas viciée par le dol et l'usure? L'objet de la seconde contestation diffère de celui de la première, donc la transaction sur l'une ne peut être étendue à l'autre.

Entre quelles personnes la transaction du serment produit-elle son effet? Il faut encore appliquer le principe de la chose jugée; le serment n'a d'effet qu'entre les parties qui sont en cause, il ne nuit pas aux tiers et il ne leur profite pas. C'est pourquoi, dit Pothier, si l'un des héritiers m'assigne pour lui payer sa part dans une somme que je devais à son auteur, et s'il me défère le serment sur la dette, le serment que je prêterai de ne rien devoir n'empêchera pas les autres héritiers de me demander leur part dans la même dette, et s'ils rapportaient la preuve de l'existence de la dette, je serais condamné à payer ce qui leur revient dans la dette, quoiqu'il y ait serment prêté que la dette n'existe point; ce serment n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui me l'a déféré et non à l'égard de son cohéritier (2).

277. L'article 1365, qui établit le principe sur l'effet

(1) Rejet, 27 avril 1853 (Dalloz, 1853, 1, 195).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 6.

du serment prêté ou refusé, contient des applications dont la première, si l'on s'en tient au texte, est considérée plutôt comme une exception. « Néanmoins, dit la loi, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. » Il y a effectivement une exception au principe qui régissait la solidarité entre cocréanciers en droit romain. Le code établit un nouveau principe : les créanciers sont considérés comme associés, et, par suite, ils ne peuvent disposer, par voie de transaction, que de leur part dans la créance. Nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre de la *Solidarité*.

« Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. » On suppose, comme le dit la fin de l'article, que le serment est déféré sur la dette ; s'il était déféré sur le fait de la solidarité, le serment n'aurait d'effet qu'entre les parties, en vertu du principe général. Pourquoi le serment déféré sur la dette à l'un des débiteurs solidaires profite-t-il aux autres ? Nous avons dit, en traitant de la chose jugée, que la question de savoir si le jugement rendu en faveur de l'un des débiteurs profite aux autres ou leur nuit, est très-controversée. Le code l'a tranchée en ce qui concerne le serment. Nous doutons que ce soit l'application des vrais principes, bien qu'elle soit conforme à la tradition. Si l'on s'en tient au principe de la chose jugée, invoqué par Pothier, il faut dire que ce qui est jugé avec l'un des débiteurs n'est pas jugé avec les autres ; il y a une raison particulière pour limiter aux parties l'effet du serment ; c'est un appel à la conscience ; or, le créancier peut croire à la probité de l'un et ne pas croire à la probité de l'autre ; il y a donc quelque chose de tout à fait individuel dans la délation du serment, et l'effet aussi devrait se limiter aux individus. On invoque encore une autre analogie, celle de la remise de la dette (1). C'est, nous semble-t-il, confondre la réalité avec la fiction. Le créancier qui fait remise de la dette renonce à sa créance pour le tout, elle est éteinte

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 654. n° 341 bis III et IV.

à l'égard de tous. Est-ce que le créancier qui défère le serment entend faire remise ? Est-ce pour cela qu'il agit en justice ? est-ce pour cela qu'il fait un appel à la conscience de son adversaire ? Il le tient quitte, à la vérité, si celui-ci prête le serment, mais c'est une remise forcée, et précisément parce qu'elle est forcée, on ne devrait pas l'étendre.

« Le serment déféré au débiteur principal libère les cautions. » Pothier donne comme raison que le débiteur a intérêt à ce que je ne demande rien à ses cautions, puisque celles-ci auraient un recours contre lui si elles étaient obligées de payer. La raison n'est rien moins que décisive. Il s'agit, non de l'intérêt du débiteur, mais de l'effet d'une transaction qui équivaut à un jugement. Les auteurs modernes donnent une autre raison, l'analogie de la remise de la dette (1). Nous venons de dire que cette raison n'est pas meilleure.

« Le serment déféré à la caution profite au débiteur principal lorsqu'il a été déféré sur la dette ; il ne lui profite pas lorsqu'il a été déféré sur le cautionnement. » Pothier dit que le serment de la caution tient lieu de paiement, et le paiement fait par la caution libère le débiteur principal. N'est-ce pas confondre deux ordres d'idées très-différents ? Non, la transaction du serment n'implique pas un paiement, elle implique qu'il n'y a pas de dette. Toujours est-il que, dans ce cas, on ne peut plus invoquer l'analogie de la remise, puisque l'article 1287 décide que la remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.

278. L'article 1365 suppose que le serment a été déféré au prétendu débiteur ou à ceux qui sont tenus avec lui au paiement de la dette, et qu'il a été prêté par celui à qui il a été déféré. La loi ne dit rien du cas où le débiteur ou un autre intéressé refuse de prêter le serment. Comme la transaction du serment implique le refus aussi bien que l'acceptation de celui à qui il est déféré, il faut

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 918. Colmet de Santerre, t. V, p. 654, n° 341 bis, III.