

appliquer par analogie les dispositions de l'article 1365. Il en est de même d'un c. s qui n'est pas prévu, lorsque le serment est déféré au prétendu créancier (1).

§ III. Du serment déféré d'office.

279. « Le juge peut déférer le serment à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (art. 1366). » On appelle le premier serment *supplétoire* ou *supplétif*, et le second serment *in litem* ou *en plaidis*.

ARTICLE 1^{er}. Du serment supplétoire.

N^o I. NOTIONS GÉNÉRALES

280. Qu'est-ce que le serment supplétoire? En lisant l'article 1366, on pourrait croire que la qualification de *supplétif* que les auteurs donnent au serment déféré par le juge sur la demande ou sur l'exception est inexacte. En effet, la loi dit que ce serment est déféré *pour en faire dépendre la décision de la cause*, de même que l'article 1357 dit que le serment décisoire est celui qu'une partie défère à l'autre *pour en faire dépendre le jugement de la cause*. Les deux définitions sont identiques; est-ce à dire que la doctrine se trompe en qualifiant de *supplétif* le serment déféré par le juge sur la demande ou sur l'exception? Non, c'est la définition du code qui est mauvaise, car elle confond deux serments essentiellement différents. Le serment n'est décisoire que lorsqu'il est déféré par l'une des parties à l'autre. Il est décisoire, d'abord parce qu'il décide seul la contestation, sans que le juge allègue aucun autre motif; pour mieux dire, ce sont les parties elles-mêmes qui mettent fin au litige par en transaction. Le serment est décisoire parce qu'il termine le litige. Il n'en est pas de même du serment sup-

(1) Nous renvoyons à Colmet de Santerre, qui a prévu les diverses hypothèses (t. V, p. 655, n^{os} 341 bis V — 341 bis X

plétif; le juge ne fonde pas uniquement sa décision sur ce serment, il ne peut le déférer que lorsque la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves et qu'elle n'est pas entièrement justifiée, ce qui revient à dire qu'il y a un commencement de preuve et que ce qui manque à la preuve est complété par le serment; le serment déféré par le juge est donc un *supplément* de preuve, et c'est à juste titre qu'on l'appelle serment supplétif. Il est encore *supplétif*, quant à son effet, en ce sens que c'est une preuve subsidiaire qui, comme toutes les preuves, sert à décider le procès, mais n'y met pas fin; le serment supplétoire n'est donc pas une transaction.

281. Quels sont les motifs pour lesquels la loi permet au juge de déférer le serment à l'une des parties? Pothier dit que l'usage de ce serment est établi sur les lois romaines, et il n'en donne d'autre raison sinon que le juge le défère « pour assurer sa religion ». La preuve fournie par le demandeur ou par le défendeur n'est pas complète, il reste des doutes au juge, il craint de mal juger en s'appuyant sur des preuves qui laissent quelque incertitude; c'est pour calmer ces scrupules qu'il défère le serment. Pothier ajoute : « Je ne conseillerais pas néanmoins aux juges d'user souvent de cette précaution qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures. Quand un homme est honnête, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit; et celui qui n'est pas honnête homme n'a aucune crainte de se parjurer. Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, ajoute Pothier, j'ai vu une infinité de fois déférer le serment et je n'ai pas vu plus de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu (1). »

Les auteurs modernes, et Toullier surtout, abondent dans ces critiques. Il est certain que la faculté accordée au juge de déférer le serment d'office est en opposition avec l'essence même du serment. C'est un appel à la con-

(1) Fothier, *Des obligations*, n^o 924

science, et cet appel est toujours très-chanceux, comme Pothier l'atteste. Appartient-il au juge de faire courir cette chance à l'une des parties sans son consentement, malgré elle? C'est à la partie intéressée de sacrifier son intérêt si elle le juge convenable ou nécessaire; le juge n'a pas ce droit. Vainement dit-on qu'il défère le serment pour assurer sa religion. C'est une singulière façon de tranquilliser sa conscience que de le faire aux dépens des plaideurs. Les scrupules du juge sont très-déplacés. Dans quelles circonstances défère-t-il le serment? Quand la demande ou l'exception n'est pas entièrement justifiée, dit l'article 1367. Les principes de droit suffisent pour trancher la difficulté; si la demande ou l'exception ne sont pas suffisamment établies, le juge les rejette; en les rejetant, il obéit à la loi, et celui qui obéit à la loi ne doit pas avoir de scrupules; il a rempli son devoir, donc sa conscience doit être tranquille (1).

282. De là suit que le droit accordé au juge de déférer le serment à l'une des parties sur la demande ou sur l'exception est un pouvoir exorbitant, contraire aux vrais principes. Il en résulte une règle d'interprétation très-importante. Le droit du juge est exclusivement fondé sur la loi, et cette loi est une véritable exception, donc elle est de stricte interprétation; il faut restreindre le pouvoir du juge dans les limites du texte (2).

N° 1 DES CONDITIONS REQUISES POUR QUE LE JUGE PUISSE DÉFÉRER LE SERMENT.

283. L'article 1367 détermine ces conditions, et il le fait dans les termes les plus restrictifs. « Le juge *ne peut* déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, *que sous les deux conditions suivantes* : il faut 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée. » La demande ou l'exception est pleinement justifiée lorsque la preuve légale est complète:

(1) Toullier, t. V, 2, p. 217, nos 398 et 399.

(2) Aubry et Rau, t. VI, 2, p. 474, note 7, § 767 (3^e édit.).

dans ce cas, il ne peut pas être question d'un supplément de preuve; alors même que le juge serait convaincu que les preuves légales sont fausses, il doit condamner le défendeur si la demande est pleinement justifiée; et si l'exception est pleinement justifiée, il doit renvoyer le défendeur de la demande. 2° « Il faut que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuve. » La formule est empruntée à Pothier; il appelle ces causes des causes douteuses : la demande ou l'exception n'est ni évidemment juste faute d'une preuve pleine et complète, ni évidemment injuste à cause du commencement de preuve qui se trouve (1). Dans le doute, le juge devrait s'abstenir d'adjuger les conclusions du demandeur ou du défendeur. La loi déroge à cette règle du bon sens en lui permettant de chercher un supplément de preuve dans la délation du serment.

284. Ces deux conditions étant exigées par la loi pour que le juge puisse déférer le serment, il s'ensuit qu'il en doit constater l'existence dans son jugement. La cour de cassation de France l'a jugé ainsi, de même que la cour de cassation de Belgique, en cassant des arrêts qui avaient déféré le serment sans constater que la demande ou l'exception n'était pas pleinement justifiée et n'était pas totalement dénuée de preuves (2). Quand la loi n'accorde un droit au juge que sous certaines conditions, le juge viole la loi en ne constatant pas que ces conditions existent.

Pothier a décidé cette question en sens contraire. Il suppose que la preuve faite par le demandeur ou le défendeur est complète et que néanmoins le juge, pour assurer davantage sa religion, lui défère le serment : y aurait-il lieu à appel contre cette sentence? Non, dit Pothier, car le juge n'a pas fait grief à la partie en exigeant le serment, puisqu'il ne coûte rien à celle-ci d'affirmer ce qu'elle sait être vrai; tandis que le refus qu'elle ferait d'affirmer

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 922. Voyez un exemple dans un arrêt de cassation du 8 avril 1874 (Daloz, 1875, 1, 231).

(2) Cassation (de France), 13 décembre 1841 (Daloz, au mot *Effets de commerce*, n° 467). Cassation (de Belgique), 7 mars 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 250).

le fait atténuerait et détruirait la preuve qu'elle en avait fournie. Doit-on encore suivre cette opinion sous l'empire du code? La négative est certaine et la jurisprudence que nous venons de constater décide la question implicitement. Dans l'ancien droit, il n'y avait pas de loi, on pouvait donc raisonner comme le fait Pothier; on ne le peut plus en présence d'une loi qui subordonne strictement à l'existence de deux conditions l'exercice du droit qu'elle confère au juge; si le juge se met en dehors de la loi, il est sans pouvoir, donc il commet un excès de pouvoir; ce qui donne lieu à appel, et même à cassation si le juge a décidé en droit (1).

L'application du principe a donné lieu à une difficulté à l'occasion d'une prétendue vente d'un mulet boiteux. Ceux qui alléguaient la vente n'en fournissaient aucune preuve, dès lors le défendeur n'avait rien à prouver; néanmoins le juge de paix lui déféra le serment. Recours en cassation de la partie adverse pour violation de l'article 1367. La cour prononça un arrêt de rejet: les demandeurs, dit-elle, n'ont pas le droit de se plaindre de ce que le défendeur a prêté serment, c'est une garantie pour eux qui ne leur était pas strictement due, ils ne peuvent pas attaquer une décision qui leur est favorable. La partie à laquelle le serment avait été déféré aurait eu le droit de s'y refuser, puisque le défendeur n'a rien à prouver; à son égard, la loi était violée, elle ne l'était point à l'égard de la partie adverse (2).

285. Quand peut-on dire que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves? Dire que la demande ou l'exception n'est pas totalement dénuée de preuves, c'est dire qu'il y a un commencement de preuve insuffisant pour décider le procès. La difficulté est de préciser en quoi doit consister le commencement de preuve. On dit d'ordinaire qu'il faut un commencement de preuve par écrit. Cela est trop absolu. Quand la loi parle de *preuve*, elle entend par ce mot une *preuve légale*. Ainsi

(1) Toullier, t. V, 2, p. 319, n° 403.

(2) Rejet, 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 215).

il doit y avoir un commencement de preuve légale, c'est-à-dire de preuve admise par la loi; or, la preuve varie d'après la nature du fait litigieux. Quand le fait a une valeur pécuniaire supérieure à 150 francs, la loi exige une preuve littérale (art. 1341), tandis qu'en dessous de cette somme la preuve testimoniale est admise. Supposons que la preuve par témoins soit admissible, le juge pourra entendre des témoins; si les témoignages lui paraissent insuffisants, il pourra compléter la preuve en déférant le serment à l'une des parties. Il n'est pas besoin, dans ce cas, d'un commencement de preuve par écrit, puisque la loi se contente de la preuve par témoins. De simples présomptions suffiraient même pour autoriser le juge à déférer le serment, puisque les présomptions sont admissibles quand la preuve testimoniale l'est. Par la même raison, le juge peut déférer le serment dans les cas où, par exception, la preuve testimoniale est reçue, quelle que soit la valeur pécuniaire du litige; un commencement de preuve par écrit ne serait pas nécessaire, par la raison que la preuve légale peut se faire par témoins; donc le commencement de preuve peut aussi résulter de témoignages. Quand donc faut-il un commencement de preuve par écrit? Lorsque la preuve doit se faire par écrit; il ne suffirait pas, dans ce cas, de témoignages ou de présomptions, puisque ces preuves ne sont pas reçues; et quand elles ne sont pas reçues pour faire preuve complète, elles ne sont pas reçues davantage comme commencement de preuve.

Telle est l'opinion de tous les auteurs (1), et elle est aussi consacrée par la jurisprudence, malgré quelques incertitudes. La cour de cassation de France a décidé que l'article 1367, en autorisant le serment d'office sous la double condition que la demande ne sera pas pleinement justifiée et ne sera pas totalement dénuée de preuves, a entendu parler des preuves *légalement admissibles*, c'est-à-dire d'une preuve écrite ou d'un commencement de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 473, § 767. Marcadé, t. V, p. 215, n° II de l'article 1367. Larombière, t. V, p. 518, n° 3 (Ed. B., t. III, p. 357). Colmet de Santerre, t. V, p. 657, n° 343 bis.

preuve par écrit si le débat roule sur une valeur excédant 150 francs (1). La cour de cassation de Belgique a rendu sur cette question deux arrêts qui ne concordent guère. Dans le premier, elle a jugé, conformément à la jurisprudence française, que lorsque l'objet de la demande excède la valeur de 150 francs, le juge ne peut déférer le serment supplétif que dans le cas où il y a un commencement de preuve par écrit du fait contesté, on des aveux et déclarations des parties qui rendent le fait vraisemblable (2). Nous reviendrons sur ce dernier point. Dans un second arrêt, la cour dit : « Attendu que le jugement attaqué, après les *enquêtes* et les plaidoiries qui eurent lieu, énonce les *faits* et *circonstances* qui en sont résultés et que le tribunal a pris en considération pour déclarer que, si la demande n'était pas pleinement établie, elle pouvait être justifiée par les *faits* et *circonstances de la cause*, d'où résultaient des *présomptions graves*. Attendu que cette décision, purement en fait, étant souveraine, constate l'existence des conditions exigées par l'art. 1367 pour que le juge ait pu déférer le serment supplétoire (3). » Cela veut-il dire que le juge du fait a un pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a un commencement de preuve? et qu'il peut puiser ce commencement de preuve dans les *circonstances de la cause*, c'est-à-dire dans de simples présomptions? Si l'on entendait ainsi l'arrêt, il serait en contradiction avec la première décision de la cour et avec les vrais principes. Nous croyons que les termes de l'arrêt sont trop absolus et qu'ils dépassent la pensée de la cour; elle n'a pas entendu rendre un arrêt de principes, c'est une décision d'espèce. Or, il s'agissait au procès d'une affaire commerciale dans laquelle la preuve testimoniale est indéfiniment admissible, et, par suite, il ne pouvait être question d'un commencement de preuve par écrit.

Il y a une question de fait dans tout commencement de

(1) Rejet, 24 juillet 1865 (Daloz, 1865, 1, 467). Comparez Rejet, chambre civile, 10 mai 1842 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5303, 4°) Rennes 26 janvier 1813 (Daloz, au mot *Vérification d'écritures*, n° 176).

(2) Cassation, 23 novembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 256).

(3) Rejet, 12 décembre 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 76).

preuve; c'est au juge d'apprécier si la demande ou l'exception est suffisamment justifiée pour que le juge puisse déférer le serment. Dans cette appréciation, le juge est influencé nécessairement par l'opinion qu'il a sur le serment supplétoire. La cour de Gand dit que le juge doit user de cette faculté avec beaucoup de circonspection, ce qui est juste; mais la cour ne va-t-elle pas trop loin en ajoutant « que le juge ne doit admettre le demandeur à ce serment que lorsque la preuve qu'il a faite de sa demande est presque concluante par elle-même (1). » Il suffit de mettre cette formule en regard de celle du code pour se convaincre que la cour a dépassé la loi; l'article 1367 se borne à exiger que la demande ne soit pas totalement dénuée de preuves, et la cour veut qu'elle soit presque entièrement justifiée. Nous devons respecter la loi, alors même qu'elle est contraire aux vrais principes; elle admet le serment supplétoire sous des conditions assez faciles, il n'appartient pas à l'interprète de changer des conditions faciles en conditions tellement difficiles, qu'il n'y aurait presque jamais lieu de déférer le serment d'office.

286. La loi prescrit des formalités spéciales pour les actes qui constatent les conventions bilatérales ou certaines conventions unilatérales (art. 1325 et 1326); quand toutes les formalités n'ont pas été observées, l'acte ne fait plus preuve complète, mais il en résulte un commencement de preuve par écrit qui permet d'admettre la preuve testimoniale et, par conséquent, de déférer le serment. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est guère douteux; l'article 1367 ne définit pas le commencement de preuve qu'il exige, le juge jouit d'une certaine latitude dans l'appréciation de l'écrit allégué à ce titre; tout ce que l'on peut exiger, c'est qu'il résulte d'un écrit quand l'obligation doit être prouvée par une preuve littérale (2).

287. Dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les juges peuvent ne pas trouver suffisante la preuve résultant de l'enquête; ils auront alors à examiner si les

(1) Gand, 14 août 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 227).

(2) Rejet, 1^{er} juillet 1828 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5320) Comparez Bruxelles, 28 juillet 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 205).

témoignages, quoique ne suffisant point pour justifier entièrement la demande ou l'exception, fournissent un commencement de preuve dans le sens de l'article 1367; dans ce cas, leur pouvoir d'appréciation est absolu, ils peuvent donc déférer le serment si la demande ou l'exception ne leur paraît pas totalement dénuée de preuves; il ne faut pas que ce commencement de preuve résulte d'un écrit: puisque la preuve complète peut se faire par témoins, le commencement de preuve peut aussi résulter de témoignages. La cour de cassation l'a encore jugé ainsi (1).

288. La preuve testimoniale est reçue par exception dans les cas où il y a un commencement de preuve par écrit; il faut, dans ce cas, que le commencement de preuve réunisse les caractères exigés par l'article 1347. Il est de jurisprudence qu'il peut résulter d'un interrogatoire sur faits et articles; donc le juge pourra aussi déférer le serment supplétoire. La cour de cassation l'a décidé ainsi. Elle constate d'abord que les parties ont été entendues en personne à quatre audiences successives; que dans ces comparutions les défendeurs se sont embarrassés et contredits, affirmant à une audience qu'ils avaient un registre qui justifiait leurs prétentions et refusant, à une autre audience, de produire ce registre; le premier juge pouvait inférer du refus des défendeurs joint à leurs tergiversations qu'il y avait un commencement de preuve en faveur du demandeur; ce commencement de preuve résultait d'un écrit, puisque les déclarations des parties avaient été faites en justice, devant un tribunal assemblé, recueillies par ce tribunal tout entier au moment où elles s'étaient produites et consignées immédiatement dans la décision que le tribunal avait rendue. D'après la jurisprudence, les déclarations ainsi reçues à l'audience et constatées par le jugement équivalent à un interrogatoire sur faits et articles; ce qui est décisif. Cela ne fait même aucun doute pour ce qui regarde la délation de serment; car, nous le répétons, la loi ne définit point les caractères que doit

(1) Rejet, 8 septembre 1807 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2195).

avoir le commencement de preuve dans le cas de l'article 1367; les juges ont donc une latitude plus grande pour la délation du serment que pour l'admission de la preuve testimoniale (1).

289. La preuve testimoniale est admise indéfiniment dans les cas où le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. Donc, dans ces mêmes cas, le juge pourra déférer le serment si les témoignages ou les présomptions remplissent les conditions exigées par l'article 1367. La fraude et le dol sont un des cas dans lesquels il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve par écrit; les manœuvres dolouses sont-elles insuffisantes pour fournir une preuve complète, le juge pourra la compléter en déférant le serment supplétoire (2). Il importe cependant de remarquer qu'il ne suffit pas que le créancier ait été dans l'impossibilité de faire dresser un écrit de l'obligation litigieuse pour que, par cela seul, le serment puisse lui être déféré; le serment supplétoire n'est jamais qu'un supplément de preuve; il faut donc, dans l'espèce, qu'il y ait ou des témoignages ou des présomptions qui donnent quelque probabilité à la demande ou à l'exception pour que le juge puisse déférer le serment d'office. Nous avons dit que le juge doit constater l'existence des deux conditions prescrites par l'article 1367; il faut donc qu'il déclare qu'il y a un commencement de preuve résultant, soit de témoignages si une enquête a été faite, soit de présomptions, ou des faits et circonstances de la cause (3).

La jurisprudence a étendu trop loin le principe établi par l'article 1348 en admettant qu'il y a impossibilité de se procurer une preuve littérale lorsque l'usage ou les convenances ne permettent pas de dresser écrit. Nous avons combattu cette doctrine relâchée; il faut surtout l'écartier quand il s'agit de déférer le serment supplétoire,

(1) Rejet, 24 juillet 1865 (Daloz, 1865, 1, 467). Comparez Rejet, 5 juillet 1808, 31 mai 1825 (Daloz, au mot *Obligations* n° 5322) et 11 juin 1873 (Daloz, 1873, 1, 478).

(2) Rejet, 11 juin 1873 (Daloz, 1873, 1, 478).

(3) Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire de Daloz*, au mot *Obligations*, n°s 5314-5316.