

car la délation de ce serment est déjà par elle-même exorbitante du droit commun; il ne faut pas y ajouter une dérogation nouvelle aux principes généraux de droit. Il a été jugé, dans le sens de notre opinion, qu'il n'y a pas lieu de déférer à un médecin le serment supplétoire sur une prétendue promesse que le malade lui aurait faite d'augmenter le montant de ses honoraires; la cour de Liège avait déféré le serment parce que l'usage et les convenances ne permettaient point d'exiger une preuve écrite d'une pareille promesse. Son arrêt a été cassé: c'était, dit très-bien la cour de cassation, créer une exception nouvelle en étendant celle que la loi établit (1).

290. Il y a un cas dans lequel la loi autorise le juge à déférer le serment supplétoire; l'article 1329 dit que « les livres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment ». Il est de tradition que, dans ce cas, le juge peut déférer le serment; nous disons qu'il le peut, il ne le doit pas; la cour de cassation l'a jugé ainsi dans un arrêt récent, et cela n'est pas douteux. Pothier déjà en a fait la remarque: il faut, dit-il, que les fournitures marquées sur le registre soient probables (2).

291. Faut-il, outre les conditions prescrites par l'article 1367, appliquer au serment supplétoire les principes qui régissent le serment décisoire? On lit, dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique, que le législateur ayant traité de ces deux serments dans deux paragraphes séparés, où il prescrit des règles spéciales à chacun d'eux, on ne peut soutenir qu'il faille nécessairement appliquer à l'un ce qui n'a été ordonné que pour l'autre (3). La cour ne dit pas que l'on ne doive pas appliquer au serment supplétoire les principes qui régissent le serment décisoire. Quoique les deux serments diffèrent grandement, ils ont

(1) Cassation, 8 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 100).

(2) Rejet, 22 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 110). Comparez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5321, et Pothier, *Des obligations*, n°s 753 et 755.

(3) Rejet, 2 avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 344).

pendant un caractère commun, c'est que l'un et l'autre sont un appel à la conscience sur l'existence d'un fait litigieux. De là découlent des conséquences qui sont communes aux deux serments. Ainsi le serment supplétoire, pas plus que le serment décisoire, ne peut être déféré sur une question de droit (n° 250); le texte même de l'article 1367 le prouve: le juge défère le serment quand le fait litigieux n'est pas entièrement justifié et qu'il n'est pas totalement dénué de preuves; cela suppose un débat sur une question de fait (1).

Le serment peut-il être déféré par le juge sur un fait qui n'est pas personnel à la partie à laquelle il le défère? A notre avis, il faut appliquer l'article 1359 au serment supplétoire; la condition résulte de la nature même du serment. C'est un appel à la conscience; or, nous ne pouvons affirmer en conscience que les faits qui nous sont personnels (2). La jurisprudence et la doctrine sont contraires; non pas qu'elles décident que le juge puisse déférer le serment à une partie sur un fait qui lui est complètement étranger, mais on admet que le serment d'office peut être déféré lorsque la partie déclare qu'elle a connaissance du fait, bien qu'il ne lui soit pas personnel (3). Ce serait là une espèce de serment de *crédulité*, ce n'est pas le serment proprement dit. La question est donc de savoir si le juge peut déférer d'office un serment dont il n'est pas parlé dans la section du serment. Il nous semble que poser la question, c'est la résoudre. Il est vrai que les auteurs admettent que le juge peut déférer aux héritiers un serment de *crédulité* (4); mais, en le décidant ainsi, ils oublient le principe qu'ils posent, à savoir que le serment supplétoire étant exceptionnel de sa nature, ne peut être étendu à des cas que la loi ne prévoit point (1)

(1) Bruxelles, 30 juin 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 230).

(2) Liège, 11 février 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 345). Toullier, t. V, 2, p. 329, n° 420.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 474, et note 11, § 767. Larombière, t. V, p. 521, n° 8 (Ed. B., t. III, p. 356). Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 5303, 1°-4°. Il faut ajouter un arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 2 avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 344).

(4) Toullier, t. V, 2, p. 329, n° 421. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 474, note 12, et Marcadé, t. V, p. 245, n° 11 de l'article 1368.

Les faits sur lesquels le serment supplétoire est déféré doivent-ils être décisifs? On pourrait le croire en lisant l'article 1366, mais nous avons déjà dit que cette disposition est mal rédigée (n° 280). Le serment déféré d'office n'est pas décisoire, c'est un commencement de preuve; il peut donc, par sa nature même, être déféré sur un fait accessoire, ou sur une circonstance secondaire d'un fait principal. Cela est admis par tout le monde (1).

292. Outre les conditions déterminées par l'art. 1367, Pothier en établit une troisième : il faut, dit-il, que le juge entre en connaissance de cause pour estimer s'il doit déférer ce serment et à laquelle des parties il le doit déférer. Cela va sans dire. La difficulté est de savoir à laquelle des deux parties le juge déférera le serment. Le code dit à l'une des parties, il ne dit pas laquelle (art. 1357 et 1367); par cela même il donne plein pouvoir au juge; comme le serment est un appel à la conscience, le juge se décidera d'après la confiance qu'il a dans la probité de l'une ou de l'autre des parties (2). Les anciens jurisconsultes ont tracé des règles à cet égard : mais comment régler et limiter un pouvoir qui, par sa nature, s'exerce par des considérations tout à fait individuelles? Il est inutile de discuter ces théories, elles ne servent à rien (3).

Le serment supplétoire peut-il être déféré à un tiers? Il a été jugé qu'il ne peut être déféré au fils de celui qui est partie (4), ni à sa femme (5); il faut généraliser la décision et poser comme principe général que le serment supplétoire, de même que le serment décisoire, ne peut être déféré à une personne qui ne serait point partie dans la cause. Nous ne comprenons pas que la cour de cassation ait jugé le contraire; il y a deux textes où il est dit formellement que le juge peut déférer le serment à l'une des parties (art. 1358 et 1366); or, en cette matière, le

(1) Rejet, 10 mai 1842 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5303, 4°). Aubry et Rau, t. V, p. 475, et note 13.

(2) Duranton, t. XIII, n° 616. Rejet, 29 prairial an XIII (Daloz, *ibid.*, n° 5294, 1°).

(3) Comparez Toullier, t. V, 2, p. 325, n° 412-414.

(4) Bruxelles, 4 avril 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 99).

(5) Chambéry, 14 juillet 1866 (Daloz, 1866, 2, 207).

juge n'a d'autre pouvoir que celui que la loi lui confère; ce qui décide la question. Dans l'espèce, le mari intervenait pour autoriser sa femme; la cour a tort d'en conclure qu'il était en cause à ce titre; il est de principe que celui qui autorise n'est pas partie au contrat par le fait de son autorisation; il n'est pas non plus partie au procès (1).

N° 2. EFFET DE LA DÉLATION.

293. La délation du serment supplétoire n'a point l'effet que l'article 1361 attache à la délation du serment décisoire : celui à qui il est déféré peut le refuser, sans qu'il doive pour cela succomber dans sa demande ou dans son exception. Il y a une différence essentielle entre les deux serments : le serment décisoire est une transaction, le serment supplétoire est une mesure d'instruction qui doit fournir au juge un complément de preuve. Quand donc la partie à laquelle le serment supplétoire a été déféré refuse de le prêter, tout ce qui en résulte, c'est que le juge n'aura point le supplément de preuve qu'il désirait; l'instruction du procès restera dans l'état où elle était avant la délation du serment. Le refus de la partie ne témoigne pas nécessairement contre elle; il peut venir d'une conscience timorée. Mais le refus peut aussi entraîner la perte de la cause, s'il n'y a point de preuve suffisante pour adjuger les conclusions du demandeur ou du défendeur (2).

294. La partie à laquelle le serment décisoire est déféré peut le référer; tandis qu'aux termes de l'article 1368 « le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre ». Pour justifier cette différence, dit Pothier, il suffit de faire attention au sens du mot *référer* : je ne puis *référer* le serment qu'à celui qui me l'a *déféré*; or, ce n'est pas la partie adverse qui m'a déféré le serment supplétoire, je ne puis donc pas le lui référer (3). L'argumentation est peu digne de Pothier,

(1) Rejet, chambre civile, 10 mai 1842 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5303, 4°). En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 474, note 7, § 767 (3° édit.).

(2) Larombière, t. V, p. 532, n° 23 (Ed. B., t. III p. 361).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 928.

qui aime à fonder ses décisions, moins sur la logique, que sur l'équité et la justice. Il y a une raison bien simple pour laquelle le serment d'office ne peut être référé, c'est que le juge seul a le droit de décider quelle est la partie qui, par sa probité, mérite qu'on fasse appel à sa conscience.

295. La partie à qui le juge a déféré le serment vient à décéder sans avoir prêté le serment, mais aussi sans l'avoir refusé. Quelle en sera la conséquence? On est étonné de voir la jurisprudence divisée sur une question aussi simple. Il est certain que l'on ne peut pas en induire que la partie refuse, ce serait un refus présumé, et il n'y a point de présomption sans texte(1). Dira-t-on que le serment est censé prêté, comme l'ont jugé quelques cours(2)? Ce serait encore une présomption, puisque, en réalité, il n'y a pas eu de serment prêté; or, il n'y a pas plus de présomption pour la prestation que pour le refus. Donc la délation sera considérée comme non avenue (3).

296. Le juge est-il lié par la délation du serment? C'est une mesure d'instruction; donc le jugement qui a déféré le serment est interlocutoire, et il est de principe que le juge n'est point lié par un interlocutoire. Cela est aussi fondé en raison. Pourquoi le juge a-t-il recours au serment? Parce que la preuve fournie par les parties est insuffisante. Si la partie administre une preuve nouvelle, en produisant un acte qui était égaré, la preuve étant complète, il serait absurde de demander encore un supplément de preuve. La doctrine (4) et la jurisprudence(5) sont en ce sens.

297. Du principe que le serment supplétoire n'est qu'une mesure d'instruction, il suit encore que la contestation n'est point décidée définitivement par la prestation du serment, à la différence du serment décisoire qui em-

(1) Rennes, 10 janvier 1826 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 5304).

(2) Douai, 26 mai 1814, et Aix, 13 août 1829 (Daloz, *ibid.*, n° 5307).

(3) Caen, *ibid.*, 20 janvier 1846 (Daloz, *ibid.*, n° 5307).

(4) Duranton, t. XIII, p. 639, n° 613. Larombière, t. V, p. 528, n° 19 (Ed. B., t. III, p. 359).

(5) Rejet, chambre civile, 10 décembre 1823; Limoges, 23 mars 1825; Toulouse, 3 juillet 1827 (Daloz, *ibid.*, n° 5284, 1°, 2° et 3°).

porte transaction. L'appel anéantit le premier jugement et, par conséquent, le serment déféré et prêté; la cour pourra décider qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment, ou que le serment doit être déféré à l'autre partie (1).

L'appelant est admis à prouver que le serment a été faussement prêté. Voilà encore une différence essentielle entre le serment supplétoire et le serment décisoire; elle résulte du principe qui gouverne cette matière; c'est que le serment décisoire est une transaction par laquelle la partie reconnaît d'avance comme vrai ce que l'autre affirmera; tandis que le serment supplétoire n'est qu'un complément de preuve, et toute preuve peut être combattue par la preuve contraire. Celui qui a été condamné en première instance sur le serment prêté peut donc produire en appel un document nouveau qui prouve la fausseté du serment, il peut porter plainte en parjure et se rendre partie civile (2).

298. Le principe qui permet de prouver la fausseté du serment supplétoire doit être entendu avec des restrictions. D'abord, si le jugement rendu sur la prestation du serment est passé en force de chose jugée, il faut appliquer la loi qui régit l'autorité attachée aux jugements. On ne peut pas revenir sur la chose jugée, quand même on prouverait que le jugement a été porté par erreur. La loi n'admet que la requête civile pour cause de dol. Encore est-il douteux que le faux serment constitue un dol dans le sens de l'article 480, 1°, du code de procédure; nous ne discutons pas la question, parce qu'elle sort du cadre de notre travail (3).

De même la partie condamnée n'est plus admise à attaquer le serment quand elle a acquiescé au jugement qui l'a déféré. Quand y a-t-il acquiescement? On admet qu'il y a acquiescement quand la partie a assisté à la presta-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 475, note 17. Larombière, t. V, p. 531, n° 21 et 22 (Ed. B., t. III, p. 360).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 658, n° 345 bis. Aubry et Rau, t. VI, p. 475, note 18, § 767. Rejet, chambre criminelle, 20 janvier 1843 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4897, 2°).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 476, notes 21 et 22, § 767 (3^e éd.). Comparez Marcadé, t. V, p. 246, n° III de l'article 1368.

tion du serment sans faire de protestations ni de réserves ; tandis qu'elle n'acquiesce pas par le fait seul qu'elle s'abstient d'assister à la prestation du serment, alors même qu'elle aurait été sommée d'y assister. La jurisprudence ainsi que la doctrine sont divisées sur ces questions ; nous les abandonnons à la procédure (1).

ARTICLE 2. Du serment en plaid.

NO 1. NOTION GÉNÉRALE.

299. Pothier explique mieux que ne le fait l'article 1369 quand il y a lieu au serment sur la valeur de la chose. On suppose que le demandeur a justifié qu'il était bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses ; il n'y a d'incertitude que sur la somme à laquelle le défendeur doit être condamné, faute de restituer des choses dont la valeur n'est connue que du demandeur auquel elles appartiennent. Dans ce cas, le juge, pour régler le montant de la condamnation qu'il doit prononcer, s'en rapporte à l'estimation que le demandeur fera de la véritable valeur des choses dont il réclame la restitution ; cette déclaration se fait sous la foi du serment. Par exemple, un voyageur donne sa valise en dépôt à un aubergiste ; la valise est volée, le dépôt est constant : comme le voyageur qui en demande la restitution a seul connaissance de ce qu'il y avait dans la valise, le juge, pour déterminer la somme à laquelle l'aubergiste doit être condamné, ne peut faire autrement que de déférer le serment au voyageur sur la valeur des choses contenues en sa valise (2).

Toullier, qui critique vivement le serment supplétoire, avoue que le serment en plaid présente moins de danger ; c'est d'ailleurs une nécessité. Pour qu'il y ait lieu au serment en plaid, il faut qu'il soit pleinement prouvé que la

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, nos 5287-5290. Il faut ajouter Liège 12 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 241). Comparez Larombière, t. V, p. 528, no 20 (Ed. B., t. III, p. 359). Aubry et Rau, t. VI, p. 476, § 767 (3^e éd.).

(2) Pothier, *Des obligations*, no 930.

demande est bien fondée ; il ne reste à prouver que la valeur de la chose demandée. Puisqu'il est prouvé que le défendeur doit restituer la chose qui fait l'objet de la demande, il doit être condamné à la restituer ; mais la restitution étant impossible par sa faute, il faut bien que le juge en détermine la valeur, et il n'y a d'autre moyen de prouver la valeur que la déclaration du demandeur ; il faut donc en venir à la voie périlleuse, il est vrai, mais nécessaire, du serment (1).

300. Il y a une certaine analogie entre le serment en plaid et le serment supplétoire. Le fondement de l'un et de l'autre est le défaut de preuves suffisantes. Mais la différence entre les deux serments est grande. Dans le serment supplétoire, c'est la demande ou l'exception qui fait l'objet du serment ; dans le serment en plaid, la demande est prouvée, c'est seulement la valeur de la chose demandée qui est incertaine. Le serment supplétoire ne peut être déféré que lorsqu'il y a un commencement de preuve ; quand le juge défère le serment en plaid, il n'y a aucune preuve de la valeur de la chose demandée, c'est l'impossibilité de s'en procurer une qui justifie la délation du serment.

Il suit de là qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment en plaid quand il existe au procès des preuves concernant la valeur de la chose ; si ces preuves sont insuffisantes, le juge peut les compléter en déférant le serment supplétoire. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Il s'agissait de déterminer le chiffre exact des valeurs héréditaires ; le défunt avait pris soin de dresser lui-même un bilan de sa fortune, et il s'y était expressément rapporté dans son testament. Néanmoins la cour déféra aux demandeurs le serment en plaid. L'arrêt a été cassé comme ayant prématurément déféré le serment *in litem*, avant que l'on eût discuté les preuves qui existaient au procès (2).

(1) Toullier, t. V, 2, p. 338, no 436.

(2) Bruxelles, chambre de cassation, 29 décembre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 532).