

» que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Tous les interprètes s'accordent à dire que ces mots doivent être supprimés comme inutiles et inexacts. Combinés avec l'ensemble de l'article, ils signifieraient que, bien que la preuve testimoniale ne soit pas reçue pour prouver le dol ou la fraude, les simples présomptions de l'homme peuvent servir à l'établir. Or une pareille proposition est inadmissible : la preuve testimoniale étant recevable aux termes bien formels de l'art. 1348 quand on a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, il est bien évident que le dol et la fraude peuvent se prouver par témoins. La fin de notre disposition ne peut être attribuée qu'à une distraction du législateur.

2° *Le juge ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes.*

*Graves*, c'est-à-dire résultant d'une forte probabilité et assez pressantes pour déterminer la persuasion.

*Précises* : il faut que le fait contesté se lie directement au fait connu.

*Concordantes*, c'est-à-dire non contradictoires, quand il y en a plusieurs. Il ne faut pas conclure de là qu'une simple présomption ne puisse jamais suffire. Les présomptions, comme les témoignages, se pèsent et ne se comptent pas ; le Droit moderne a rejeté le vieil adage : *Testis unus, testis nullus*.

L'appréciation de la valeur des présomptions dépend exclusivement de la conscience du juge, et le précepte de la loi n'a que la valeur d'un simple conseil. Le point de savoir si les présomptions qu'il a admises sont graves, précises et concordantes est une question de fait qui ne peut donner ouverture à cassation.

#### SECTION IV

##### DE L'AVEU DE LA PARTIE

1237. Si on prend le mot *preuve* dans son acception large et philosophique, qui embrasse les divers moyens employés pour persuader l'esprit d'une vérité, il n'est pas douteux que l'aveu soit une preuve. C'est même la preuve par excellence. *Confessio*, disait Menochius, *omnium probationum maxima est*. Il ne faut donc voir qu'un jeu de mots dans cette opinion émise par quelques auteurs anciens, que l'aveu n'est pas une preuve puisqu'il dispense de toute preuve la personne au profit de laquelle il est fait. Elle aurait pour conséquence directe la négation de toutes les preuves ! Est-ce qu'un acte instrumentaire, une présomption légale ne dispensent pas aussi de l'obligation de prouver ceux au profit desquels ils existent ?

Sous le rapport juridique, l'aveu a la même nature. L'art. 1316 le cite parmi les divers moyens dont la loi autorise l'emploi pour arriver à constater la vérité d'un fait. Il constitue même à ce point de vue une preuve spéciale, distincte de toute autre, et notamment de la présomption malgré l'incertitude qui peut résulter du texte de l'art. 1350-4° (v. *supra* n° 1223). Cette autonomie de l'aveu est mise en pleine lumière par la méthode que le Code a suivie dans la matière des preuves : il divise en sections le chapitre qu'il leur consacre, et il accorde à l'aveu une section spéciale, comme à la preuve littérale, à la preuve par témoins et aux présomptions.

##### N° 1. Notion de l'aveu.

1238. Dans une acception générale, l'aveu est toute reconnaissance faite par une personne de la vérité d'une allégation quelconque dirigée contre elle. Mais la loi prend ce mot dans un sens plus spécial ; sous ce rapport, on a défini l'aveu très exactement : *une déclaration par laquelle*

*une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.*

L'aveu est une *déclaration*. D'où il suit que le silence, gardé par l'une des parties sur un fait allégué par l'autre, ne constitue pas en général un aveu. Toutefois il pourrait être interprété en ce sens, si la partie était interpellée par le juge dans un interrogatoire sur faits et articles ou dans une comparution (Pr., art. 330).

La déclaration doit porter sur un *fait*. Donc il ne faudrait pas voir un aveu dans la déclaration par laquelle un plaideur reconnaît que la question de droit doit se résoudre de telle ou telle manière. Il n'a pu qu'émettre son opinion sur le sens de la loi ; car la mission de l'interpréter en vue de l'appliquer n'appartient pas aux simples particuliers, mais à un pouvoir légalement constitué dans ce but, le pouvoir judiciaire.

La déclaration doit avoir été faite par la partie avec l'intention de fournir du fait avoué une *preuve qui puisse lui être opposée*. Ainsi on ne peut pas considérer comme aveux les déclarations qu'elle a émises à l'appui de sa demande ou de son exception. Ce sont des moyens de défense, et par leur nature même elles sont exclusives de la volonté chez celui qui les fait qu'on les invoque contre lui-même.

L'aveu est un *acte unilatéral* qui ne requiert pour exister que la volonté de la partie dont il émane. Par conséquent l'acceptation de celui au profit duquel il est fait n'est pas une condition de son efficacité ; il tire toute sa force de la présomption de vérité qui y est attachée.

1239. « *L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire* » (art. 1354).

L'aveu extrajudiciaire (de *extra judicium*, en dehors d'une instance) est celui qui est fait hors de la présence du juge.

« *L'aveu judiciaire*, dit l'art. 1356 al. 1, *est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial* ».

L'existence de l'aveu judiciaire est subordonnée à deux conditions, qui en sont comme les éléments constitutifs. Tout aveu, dans lequel ils ne se rencontrent pas, doit être considéré comme extrajudiciaire.

a. — L'aveu judiciaire est fait *dans une instance*, quelle que soit du reste sa forme. Il peut être oral, c'est-à-dire proféré spontanément à l'audience ou provoqué par l'interrogatoire du juge ; il peut aussi être écrit, c'est-à-dire consigné dans un acte de procédure signifié dans le cours de l'instance.

De là résultent plusieurs conséquences.

1° L'aveu fait au bureau de conciliation n'est pas un aveu judiciaire, parce que le préliminaire de conciliation précède l'instance et n'en fait pas partie. On a objecté qu'un tel aveu, par suite du caractère du magistrat, présente les mêmes garanties que celui qui est fait en justice. Mais il n'en résulte pas qu'il ait été fait dans une instance ; l'objection tend seulement à faire reconnaître à un aveu intervenu dans ces circonstances une force probante plus considérable.

2° Une déclaration faite dans une lettre n'est qu'un aveu extrajudiciaire, alors même qu'elle serait écrite pendant la durée du procès par une partie à l'autre. Il ne suffit pas en effet que la déclaration soit faite pendant le cours de l'instance ; il faut qu'elle le soit dans l'instance même.

3<sup>o</sup> Cette solution doit s'appliquer aussi aux déclarations qui seraient insérées dans une requête adressée à l'autorité administrative à l'occasion d'une instance civile.

4<sup>o</sup> Au contraire la déclaration faite devant des arbitres constitue un aveu judiciaire.

b. — L'aveu judiciaire doit être fait *dans l'instance même où il est invoqué*. Émis pour servir au jugement de la question en litige, ce serait dépasser l'intention de son auteur que d'en étendre les effets au delà de ces limites. Son autorité est relative, comme celle de la chose jugée. Il en résulte que l'aveu fait dans une instance ne peut avoir, non seulement pour les tiers, mais encore pour les parties, que la valeur d'un aveu extrajudiciaire, lorsqu'il est invoqué dans un procès différent.

#### N<sup>o</sup> 2. De la capacité en matière d'aveu.

**1240.** L'aveu n'est valable, comme tout autre fait juridique, qu'autant qu'il émane d'une personne capable. Mais quelle est la capacité exigée ? L'aveu ayant pour effet de rendre pire la condition de celui qui le fait et pouvant entraîner la perte de son procès, il faut avoir en principe la *capacité de disposer de l'objet de la contestation*. Ainsi on ne peut pas opposer un aveu à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée non autorisée. On ne peut même opposer à un incapable l'aveu fait par son représentant légal, par exemple par son tuteur, que lorsqu'il porte sur des faits personnels d'administration qui n'excèdent pas les pouvoirs du représentant.

A raison du même principe, l'aveu du mandataire ne lie le mandant, d'après l'art. 1356 al. 1, qu'autant que le premier était investi pour le faire d'un pouvoir spécial (cpr. art. 1988).

Quant aux avoués et huissiers chargés d'instrumenter en justice pour les parties, ils sont présumés, quand ils font des aveux relatifs à des faits concernant l'affaire, agir avec le mandat de leur client qui par suite se trouve lié. Mais celui-ci peut les faire tomber au moyen d'une procédure spéciale qu'on appelle le *désaveu* (Pr., art. 352-362). — Il n'en est pas de même des aveux faits par les avocats. Par eux-mêmes ils sont sans valeur, parce que l'avocat ne représente pas la partie ; il n'est que son conseil. Mais il est admis en pratique que, si l'avoué assistant l'avocat ne rétracte pas l'aveu qui a échappé à ce dernier, il se l'approprie par son silence, et l'effet de cet aveu ne peut encore disparaître que par un désaveu dirigé contre l'avoué.

#### N<sup>o</sup> 3. De la force probante de l'aveu.

##### I. De l'aveu judiciaire.

**1241.** L'aveu judiciaire fait preuve complète contre la partie de laquelle il émane. « *Il fait pleine foi*, dit l'art. 1356 al. 2, *contre celui qui l'a fait* ». Il a même toujours été considéré comme la plus décisive de toutes les preuves, *probatio probantissima*. Dès lors, la partie qui s'en prévaut est dispensée de prouver le fait avoué qui est tenu pour constant, et le juge lui-même est obligé d'y conformer sa sentence.

Néanmoins cette force probante n'est pas absolue, et il nous faut délimiter exactement le domaine dans lequel elle exerce son action.

Elle reçoit d'abord plusieurs exceptions. Les unes sont formellement écrites dans la loi : c'est ainsi qu'en matière de séparation de biens elle déclare inefficace l'aveu du mari (Pr., art. 870). Les autres résultent de la nature du droit litigieux : l'aveu est sans valeur, quand il porte sur un droit dont la partie n'a pas la disposition pour des raisons d'ordre public, par exemple sur les droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'une personne vivante ; il est également inutile, quand il a pour objet un fait dont la loi prohibe la reconnaissance, tel que l'aveu d'une paternité adultérine ou incestueuse.

La foi due à l'aveu judiciaire reçoit en outre deux limitations importantes : l'une résulte de ce qu'il ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait, et l'autre de ce qu'il peut être rétracté sous certaines conditions. Nous sommes ainsi conduits à parler de l'indivisibilité et de la rétractation de l'aveu judiciaire.

##### A. De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire.

**1242.** L'art. 1356, après avoir établi que l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, ajoute dans l'al. 3 : « *Il ne peut être divisé contre lui* ». Cette courte phrase soulève l'une des difficultés les plus ardues que présente la science du Droit. Pour faciliter l'intelligence du sujet, nous résoudrons successivement ces deux questions : 1<sup>o</sup> quand l'aveu est-il indivisible ? 2<sup>o</sup> un aveu étant reconnu tel, quelles sont les conséquences du principe de l'indivisibilité de l'aveu ?

\* **1243.** PREMIÈRE QUESTION. Quand l'aveu est-il indivisible ? — Cette question est préjudicielle à l'autre ; elle est aussi de beaucoup la plus délicate.

\* Un aveu est indivisible dans trois cas : — 1<sup>o</sup> s'il porte purement et simplement sur le fait allégué par l'autre partie ; — 2<sup>o</sup> lorsqu'il porte encore sur le même fait, mais modifié par des circonstances accessoires qui en altèrent l'essence ou la nature juridique ; — 3<sup>o</sup> lorsqu'il porte sur un fait distinct du fait principal, mais s'y rattachant comme une suite ordinaire ou accidentelle. Ces trois cas correspondent à trois sortes d'aveux, qui sont, dans l'ordre que nous avons adopté, l'aveu *pur et simple*, l'aveu *qualifié* et l'aveu *complexe*. Nous allons les reprendre pour les éclairer par des exemples et les justifier doctrinalement.

\* 1<sup>o</sup> *Aveu pur et simple*. — L'aveu pur et simple, au point de vue qui nous occupe, ne saurait donner lieu à aucune difficulté, puisqu'il est la reproduction pure et simple du fait allégué par l'autre partie à l'appui de sa demande ou de son exception. Je vous réclame 5,000 fr. que je vous ai prêtés ; vous avouez purement et simplement que vous me les devez à titre de prêt. Un tel aveu est essentiellement indivisible.

\* 2<sup>o</sup> *Aveu qualifié*. — L'une des parties prétend avoir prêté à intérêts ; l'autre avoue avoir reçu la somme à titre de prêt, mais sans promesse d'intérêts. Le fait principal est avoué avec une modification qui altère sa nature juridique. Cet aveu qualifié est-il également indivisible ? L'affirmative est certaine. — Elle est d'abord conforme à l'équité et à la raison. Est-il équitable en effet de scinder la déclaration de mon adversaire pour en détacher à mon profit, seulement ce qui m'est favorable ? Ce serait prêter à ses paroles un sens qu'il n'a certainement pas voulu leur donner. Ce système d'interprétation, justement condamné dans la critique, n'est pas plus admissible dans la matière de la preuve judiciaire. — La tradition atteste d'ailleurs que le législateur a eu en vue dans l'art. 1356 le cas d'aveu qualifié. Il n'est pas douteux que Pothier, le guide et l'inspirateur habituel du Code civil, appliquait à cette hypothèse le principe de l'indivisibilité. — Enfin les principes généraux de la preuve conduisent à ce résultat. Puisque l'aveu qualifié ne prouve pas le fait tel qu'il est allégué, la règle

de l'art. 1345 subsiste, et la partie reste tenue de justifier par d'autres moyens le fondement de sa prétention

\* 3<sup>o</sup> *Aveu complexe*.—Il est ainsi nommé, parce qu'il embrasse, comme nous allons le voir, deux faits distincts : le fait principal et un fait tout nouveau tendant à créer une exception au profit de celui qui avoue. Cet aveu est-il indivisible? La formule que nous avons donnée plus haut résout la difficulté par une distinction.

\* a.—Ou bien le fait nouveau présuppose l'existence du fait principal, et en forme la suite ordinaire ou même accidentelle. Dans ce cas, on ne peut le scinder, en tant qu'il a pour effet de restreindre ou de paralyser les conséquences juridiques du fait principal. Cette indivisibilité implique un lien intime de connexité entre les deux faits qu'embrasse l'aveu complexe. *Primus* par exemple se prétendant créancier de *Secundus*, celui-ci avoue que la dette réclamée a existé, mais prétend qu'elle a été éteinte par un fait postérieur tel que le paiement ou même la remise de la dette, ou qu'elle s'est transformée dans une nouvelle par l'effet d'une novation. La formation de l'obligation et son extinction se rattachent en effet l'une à l'autre par leur objet, si elles se séparent par leur nature et sous le rapport de leur date. — Cette solution repose d'abord sur une tradition juridique constante. Pothier lui-même, au n<sup>o</sup> 833 de son *Traité des obligations*, nous donne un exemple d'indivisibilité, emprunté au cas d'aveu complexe le plus clair : celui de l'aveu d'une dette accompagné de l'allégation d'un paiement. Merlin nous atteste que telle était la pratique constante en France, et le rapport du tribun Jaubert, qui reproduit le même exemple, prouve que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer la même doctrine. — On peut d'ailleurs invoquer en sa faveur, outre la généralité des termes de l'art. 1356 qui ne restreint pas l'application de l'indivisibilité au cas où l'aveu porterait sur un fait unique, cette raison pratique : qu'un débiteur, dont la dette n'est pas justifiée par écrit, n'a pas de motif pour exiger une quittance, lorsqu'il se libère; il ne faut donc pas le rendre victime d'un aveu complexe fait de bonne foi. — Enfin la disposition de l'art. 1924, relative au dépôt, fournit un argument d'analogie très puissant.

\* b.—Ou bien le nouveau fait, allégué par celui qui avoue le fait principal, n'est pas connexe avec celui-ci par son objet ou par sa nature, et n'en présuppose pas l'existence. Ainsi, *Primus* poursuivant *Secundus* en paiement, celui-ci avoue que la dette a existé; mais il allègue en même temps une compensation opérée à son profit au moyen d'une créance qu'il aurait acquise avant ou depuis la naissance de la première. Rien ne s'oppose à la division d'un pareil aveu. Admettre avec Merlin qu'il est indivisible, ce serait s'écarter de la doctrine traditionnelle, déjà consacrée par les jurisconsultes romains (l. 26, § 2, D., *Dep. vel contra*, XVI, 3) et que l'on trouve énoncée dans Voët. Ce serait même permettre au défendeur d'intervenir les rôles, si la créance alléguée par lui dépassait le montant de sa dette. — Par application des mêmes principes, les différentes réponses contenues dans un interrogatoire sur faits et articles peuvent être appréciées isolément. On doit *a fortiori* décider de même, lorsque, dans une contestation qui porte sur plusieurs chefs distincts, des aveux ont été faits sur quelques-uns de ces chefs.

\* Nous venons de déterminer les cas dans lesquels un aveu doit être considéré comme indivisible; il nous reste à dire maintenant quel est l'effet du principe de l'indivisibilité.

\* 1244. SECONDE QUESTION. Quelle est la portée du principe de l'indivisibilité de l'aveu? — L'objet même de ce principe nous révèle son exacte portée. Le législateur s'est proposé, en le formulant, de maintenir les règles posées par l'art. 1345 sur le rôle des parties en ce qui concerne la charge de la preuve.

\* Quand il y a un aveu qualifié ou que l'aveu complexe est indivisible, celui qui invoque le fait principal est dispensé de la preuve en ce qui concerne ce fait. Mais l'au-

teur de l'aveu en est également dispensé quant à ses déclarations accessoires et modificatives du fait principal, parce qu'il conserve le rôle de défendeur; ce serait autrement le dépouiller des avantages qui résultent pour lui de cette position. Son adversaire ne peut pas se borner à les rejeter purement et simplement comme non prouvées, en tant qu'elles ont pour but de modifier les conséquences juridiques du fait principal.

Mais pousser plus loin les effets du principe de l'indivisibilité, ce serait le dénaturer. Il ne faut pas interdire à celui qui se prévaut du fait principal le droit de combattre, soit par une présomption légale, celle par exemple de l'art. 911, soit par la preuve contraire, les déclarations accessoires du défendeur. Si on lui refusait ce droit, il serait par trop facile au défendeur de paralyser d'avance les moyens de son adversaire en faisant un aveu partiel, qui ne pourrait pas être modifié dans sa teneur. La preuve contraire se fera par les mêmes moyens que ceux qui étaient admissibles pour démontrer l'existence du fait principal, et par conséquent au moyen de la preuve testimoniale ou de celle par simples présomptions, si ce fait principal était lui-même susceptible d'être prouvé de cette manière.

#### B. De la rétractation de l'aveu judiciaire.

1245. La loi permet la rétractation de l'aveu judiciaire dans un cas qu'indique l'art. 1356 al. 4 : « Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ».

L'aveu est donc en principe irrévocable. Quand on fait une déclaration en justice, on pèse ce que l'on dit et ce que l'on écrit. Mais exceptionnellement il peut être révoqué, lorsqu'il est le résultat d'une *erreur de fait*. Ainsi vous me poursuivez en paiement d'une dette contractée par mon père; je reconnais que mon père a effectivement contracté la dette que vous me réclamez; puis plus tard je trouve une quittance dans les papiers de la succession. La loi romaine en donnait la raison : celui qui avoue un fait par erreur, n'avoue pas en réalité; *non fatetur qui errat*, disait la loi 2, D., *De confessis*, XLII, 2; mais elle ajoutait aussitôt : *nisi jus ignoravit*. L'art. 1356 fait la même distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. L'erreur de droit, à la différence de l'erreur de fait, n'autorise pas la rétractation de l'aveu. En effet la bonne foi ne permet pas de rétracter un aveu par cette seule raison qu'on n'en a pas connu toutes les conséquences juridiques (cpr. art. 2052). Par exemple un héritier légitime avoue avoir accompli sur le patrimoine héréditaire un acte qui constitue un acte d'héritier; c'est en vain qu'il voudrait se rétracter en alléguant qu'il ignorait que son aveu entraînait pour lui l'obligation de payer toutes les dettes de son auteur, même *ultra vires successionis*.

\* 1246. On s'est demandé si l'aveu judiciaire, tant qu'il n'a pas été accepté par l'autre partie, ne peut pas être rétracté purement et simplement. Pour soutenir la solution affirmative, on invoque par analogie l'art. 403 du Code de Procédure civile, qui n'attribue d'effet définitif qu'au désistement *accepté*, et aussi l'art. 1211 al. 3 du Code civil, d'après lequel la renonciation tacite à la solidarité peut être rétractée tant qu'elle n'est pas acceptée ou réputée acceptée. Or, dit-on, il en doit être de même de l'aveu, qui constitue aussi une renonciation à un droit. — Nous admettons sans doute que la prudence conseille, pour éviter toute discussion sur l'existence ou la teneur d'un aveu verbal, d'en demander acte au juge devant lequel il est proféré; et telle est aussi l'habitude des praticiens. Mais il ne résulte pas à notre avis des dispositions précitées la nécessité d'une acceptation tacite de l'aveu judiciaire. Elles ont trait en effet à des renonciations conventionnelles à un droit, tandis que l'aveu n'est au fond qu'une simple reconnaissance d'un fait. C'est un acte purement unilatéral; ce n'est pas une sollicitation. Si la force probante qui s'y attache est

très grande, puisqu'il émane de la partie intéressée à combattre le fait avoué, il la tire de lui-même et de lui seul, quand il est complet et sérieux; dès lors qu'importe à cet égard l'acceptation de celui au profit duquel il est fait? Cependant, si on voulait déduire d'un aveu, non pas la simple preuve du fait avoué, mais une renonciation conventionnelle à un droit, alors reparaitrait la règle, qui permet de rétracter une renonciation de ce genre lorsqu'elle n'est pas acceptée.

## II. De l'aveu extrajudiciaire.

**1247.** Le Code ne parle de l'aveu extrajudiciaire que pour trancher une question de preuve (art. 1355). Il faut conclure de ce silence que la loi, tout en admettant la force probante de cet aveu, a voulu en abandonner l'appréciation aux tribunaux. Il se produit en effet dans des circonstances moins solennelles, et présente par suite moins de garanties. De ce principe découlent les différences suivantes entre les deux sortes d'aveux.

1° L'aveu judiciaire fait pleine foi en justice, en ce sens que celui qui s'en prévaut est dispensé de rapporter la preuve du fait avoué et que le juge est légalement obligé de tenir ce fait pour constant. Au contraire le juge est libre d'admettre ou de rejeter suivant les cas la preuve résultant de l'aveu extrajudiciaire.

2° L'aveu judiciaire est indivisible. L'aveu extrajudiciaire l'est aussi en principe; mais l'indivisibilité ne constitue pas pour lui une règle légale, et par suite le juge reste libre de ne pas s'y conformer; sa décision serait à l'abri de la censure de la Cour de cassation.

3° Enfin les tribunaux peuvent admettre la rétractation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment d'une erreur de fait.

**1248.** Le législateur s'est occupé de la preuve de l'aveu extrajudiciaire purement oral, et il a écrit à ce sujet la disposition de l'art. 1355 : « *L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible* ».

C'est une conséquence des principes qui régissent la preuve testimoniale. Les précautions de la loi seraient illusoire, si celui auquel elle défend de faire entendre des témoins pour prouver un fait, pouvait invoquer cette preuve pour démontrer que ce fait a été avoué par son adversaire.

## SECTION V

### DU SERMENT

**1249.** Le serment est un acte civil et religieux, par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait. C'est plus qu'une affirmation; il contient essentiellement une invocation à la divinité; il constitue un appel, non seulement à la conscience, mais encore aux croyances religieuses de celui à qui il est demandé. A toutes les époques, le

législateur a utilisé le serment comme moyen de preuve, et a autorisé le juge à y puiser des éléments de décision. La conviction, qui en résulte aux yeux de la loi, repose sur une base différente, suivant que la personne à laquelle il est déféré le prête ou refuse de le prêter. Lorsqu'il y a prestation, on doit croire que la vérité a été dite à cause du respect naturel à l'homme vis-à-vis de Dieu; quand au contraire on refuse de prêter serment, il y a alors un aveu formel, quoique tacite, de la vérité du fait qui en forme l'objet.

Le Code civil ne s'en occupe que comme mode de preuve, et à ce point de vue il distingue deux sortes de serment, suivant qu'il procède de la volonté de l'une des parties ou de celle du juge. « *Le serment judiciaire*, dit l'art. 1357, est de deux espèces : — 1° *Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé décisoire*; — 2° *Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties* ».

### § I. Du serment décisoire.

**1250.** Le serment décisoire, qu'on appelle encore *litis-décisoire*, est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement d'une contestation. Il a pour but et pour effet de trancher un différend, *maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio*; et il se rapproche ainsi de la transaction (art. 2044). *Jusjurandum speciem transactionis obtinet* (l. 2, D., *De jurej.*, XII, 2).

Mais il ne faut pas exagérer cette analogie. Ce n'est qu'une espèce de transaction, dit la loi précitée, et en effet il en diffère sous deux rapports. La transaction, étant un contrat, est purement volontaire de la part des deux parties. Le mécanisme du serment décisoire est exclusif au contraire de la liberté de celui à qui il est déféré; il est mis par le seul fait de cette délation dans la nécessité, pour ne pas perdre son procès, de le prêter ou de le réserver à son adversaire. C'est pour cela qu'on l'avait appelé à Rome *jusjurandum necessarium*. D'autre part, la transaction suppose que les parties se font des concessions réciproques; cet élément fait absolument défaut dans l'institution du serment : la partie qui le défère succombe dans toute sa prétention si son offre est acceptée, ou obtient complètement gain de cause si elle est repoussée.

L'acte de serment est complexe; il donne naissance à plusieurs faits généraux que nous étudierons successivement dans l'ordre où ils se produisent. Le serment décisoire est d'abord déféré; la délation est donc le premier fait qui s'offre à notre étude.

#### N° 4. De la délation du serment.

##### 1. Caractère juridique.

**1251.** La délation du serment *litis-décisoire* constitue une offre de renonciation conditionnelle à la demande ou à la défense.

a. — C'est une offre de la part de celui qui le défère. Il en résulte qu'il peut la