

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

révoquer, tant que l'acceptation de son adversaire n'est pas venue s'y joindre. Le jugement lui-même, qui donne acte de la délation, n'y met aucun obstacle, si la partie à laquelle elle s'adresse n'a pas déclaré consentir à prêter serment. Mais, dès qu'elle a manifesté cette intention, la convention est formée, et l'auteur de la délation ne peut plus retirer son offre : « *La partie qui a déferé ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment* » (art. 1364).

b. — Le serment est une offre de *renonciation conditionnelle* à la demande ou à l'exception. La partie en effet, qui défère le serment, n'entend renoncer à sa demande ou à son exception que sous la condition rigoureusement accomplie que son adversaire le prêtera. Le demandeur dit implicitement, mais nécessairement : « Je renonce à vous poursuivre, si vous jurez que vous ne m'avez pas emprunté telle somme, ou que vous me l'avez payée » ; et si c'est le défendeur : « Je renonce à me défendre, si vous jurez que vous m'avez prêté la somme que vous me réclamez ». Par conséquent la simple déclaration, émanée de l'adversaire, qu'il est prêt à faire le serment déferé, n'équivaut pas à sa prestation ; si la mort le frappe avant qu'il ait pu le prêter, la condition, à laquelle était subordonnée la renonciation, ne s'est pas réalisée, et les droits de l'autre partie demeurent intacts.

2. Conditions de validité de la délation du serment.

1252. Ces conditions de validité sont relatives à la capacité des parties litigantes, à l'objet de la contestation, à la nature du fait sur lequel porte la délation, enfin au temps où elle intervient.

1253. Capacité des parties. — La loi ne trace aucune règle de capacité en matière de serment ; mais les principes suffisent pour la déterminer. La délation du serment est plus qu'un acte de disposition, puisque le dépouillement qui en résulte n'est compensé par aucun équivalent, pas même par le devoir de reconnaissance qui incombe à un donataire. C'est, avons-nous dit, une sorte de transaction, et même une transaction plus dangereuse que la transaction ordinaire. Car, si celui qui transige passe condamnation sur quelques-unes de ses prétentions, il s'assure par ce moyen le bénéfice des autres ; tandis que celui qui défère le serment consent le sacrifice complet de ses droits ; il fait plus que transiger, il renonce à sa demande ou à son exception. Or la loi a organisé une capacité spéciale pour transiger : outre le droit de disposer des objets compris dans la transaction, elle exige encore l'accomplissement de certaines formalités (art. 467, 2045). Il est donc légitime de soumettre à la même capacité la délation de serment. Nous arrivons ainsi à cette conclusion que, pour déferer le serment décisive, il faut avoir, *non seulement la capacité d'aliéner, mais encore celle de transiger*. Corrélativement il ne peut être déferé qu'à ceux qui peuvent transiger sur l'objet de la contestation.

Voici quelques-unes des conséquences qui découlent de ce principe.

1° Le tuteur ne peut déferer le serment au nom du mineur, même dans les procès qui portent sur des actes d'administration pure et simple, qu'en se conformant aux formalités exigées par l'art. 467 pour la transaction.

2° L'observation des mêmes formalités s'impose au mineur émancipé, qui veut

déferer le serment, même sur des droits dont il a la libre disposition. La transaction est en elle-même un acte trop grave pour qu'on puisse la considérer comme un acte de pure administration.

3° Les mandataires ne peuvent d'une manière absolue déferer le serment qu'avec un pouvoir exprès du mandant, même lorsque le mandat est conçu en termes généraux, bien que dans ce cas il emporte le droit d'administrer (art. 1988). Cpr., Pr., art. 352).

4° Les syndics d'une faillite doivent, pour déferer un serment comme pour transiger, se conformer à l'art. 487 du Code de commerce.

1254. Objet de la contestation. — Aux termes de l'art. 1358 : « *Le serment décisive peut être déferé sur quelque espèce de contestation que ce soit* ». Sur la foi de ce texte, on serait tenté de dire que le serment litis-décisive peut être déferé dans toutes les contestations civiles, quelle que soit leur nature. Toutefois, malgré sa généralité, on est forcément amené par les principes à reconnaître la nécessité de certaines exceptions.

On ne peut pas d'abord déferer le serment, lorsque la contestation porte sur des droits qui ne sont pas susceptibles de former l'objet d'une renonciation ou d'une transaction. Il n'est pas permis d'invoquer ce moyen, notamment dans un procès relatif à l'état des personnes.

En second lieu, le serment ne peut pas être déferé, quand il tend à renverser une présomption *juris et de jure* établie dans un but d'intérêt public (art. 6). — V. *supra* n° 1226.

1255. Nature du fait sur lequel porte la délation. — Le serment ne peut être déferé que sur des *faits*, jamais sur la question de droit (art. 1359, 1362 ; Pr., art. 120).

Il en était autrement dans la législation romaine. L'édit du préteur avait formulé ce principe, que quiconque est engagé vis-à-vis d'un autre dans un rapport de droit incertain et douteux peut le fixer par serment. Il en résultait que sa délation pouvait porter sur l'existence même du droit réclamé. « Jurez que vous ne me devez rien, que cette hérédité vous appartient : » tel est le contenu des formules de serment qui se rencontrent dans les fragments des jurisconsultes romains. L'innovation, que le Code civil consacre sur ce point, constitue un progrès véritable.

Le jugement d'un rapport de droit renferme nécessairement l'application d'une théorie juridique ; or la jurisprudence, de même que toutes les sciences morales, n'est pas assise sur des principes assez clairs et assez précis pour mettre obstacle à toute appréciation casuistique, alors surtout que l'intérêt du plaideur viendra ajouter de nouvelles forces à la conviction de son droit. Les faits au contraire se manifestent matériellement, et sont du ressort des sens ; leur affirmation ne met en jeu que la mémoire, et les aberrations du raisonnement ne sont plus à craindre.

Si aujourd'hui le serment décisive ne peut être déferé que sur un fait, il faut en outre que ce fait soit d'une certaine nature : il doit être

personnel à la partie à laquelle le serment est déféré, il doit en même temps être *relevant* ou *décisif*.

a. — « Le serment, dit l'art. 1359, ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère ».

Il existe deux degrés dans la persuasion qu'on peut avoir d'une chose : la science ou connaissance (*scientia, veritas*) et la croyance, l'opinion personnelle (*credulitas*). Croire et savoir sont deux choses essentiellement différentes. La croyance, fondée sur de simples conjectures, est susceptible de bien des degrés ; la science au contraire n'admet pas de plus ou de moins ; on sait ou on ne sait pas. Le serment peut avoir ce double objet : la connaissance d'un fait ou la simple croyance à un fait, *aut de veritate aut de credulitate juratur*. En d'autres termes, on peut contraindre son adversaire à jurer que tel fait existe ou n'existe pas, ou bien à jurer s'il estime de bonne foi que tel fait existe. On conçoit à première vue, d'après ce qui précède, la force probante bien différente qui doit s'attacher à ces deux sortes de serments. Le serment de crédibilité (*jusjurandum de credulitate*) facilite des compromis avec la conscience que ne permet pas le serment de connaissance (*jusjurandum de veritate*). Cette courte analyse psychologique explique la réglementation de la loi au point de vue qui nous occupe.

Le serment de connaissance ne peut être déféré que sur un fait émané de la personne même à laquelle il est déféré. C'est l'idée qu'exprime l'art. 1359 en exigeant que le fait soit personnel. On peut alors la sommer de jurer sur le point de savoir si ce fait existe ou n'existe pas ; car elle ne peut pas alléguer qu'elle n'en a pas connaissance. Quant aux faits émanés de toute autre personne, il est impossible au juge de deviner *a priori* si celui à qui la délation s'adresse les connaît personnellement, c'est-à-dire pour les avoir perçus *propriis sensibus*, ou bien s'il n'a que des raisons plus ou moins fortes de les conjecturer. Le serment de crédibilité est alors seul admissible. Toutefois, à raison des dangers qu'il présente, le législateur en a restreint l'usage ; on ne peut le déférer qu'à la veuve ou aux héritiers de celui de qui émane le fait sur lequel porte le serment. Ce sont en effet les personnes qui sont le plus à même d'avoir une opinion personnelle raisonnable quant à l'existence des faits accomplis par leur auteur. D'abord elles ont eu en général avec lui de son vivant des rapports fréquents, et puis, après sa mort, elles ont pu trouver dans les papiers de sa succession des écrits ou des mentions qui constataient des libérations de débiteurs ou des engagements. L'art. 189 du Code de Commerce et l'art. 2275 du Code Civil présentent deux applications textuelles de cette théorie.

b. — Le serment ne peut être déféré que sur un fait *relevant* ou *décisif*, c'est-à-dire sur un fait qui, en le supposant établi, doit exercer une influence péremptoire sur la solution du litige, ou du moins sur celle d'un incident. Ainsi on ne peut pas déférer le serment sur l'existence d'un contrat solennel, quand les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies. Il en serait de même sous un autre rapport, si, dans un procès en règlement de compte, l'une des parties se bornait à déférer le serment sur la sincérité d'articles contestés pris isolément. Ce serment ne serait pas décisif, puisqu'il ne mettrait pas fin à la contestation.

1256. Époque à laquelle la délation peut intervenir. — Aux termes de l'art. 1260 : « Il (le serment) peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué ». En principe la délation du serment décisif peut se produire devant toutes les juridictions : juridiction civile, juridiction consulaire (Pr., art. 189), celles du juge

de paix, des arbitres et du conseil des prudhommes ; il n'y a d'exception que pour la juridiction administrative et la juridiction criminelle. La loi décide que, lorsque le serment est recevable d'après la nature de la juridiction saisie, il peut être déféré *en tout état de cause*. Et Pothier, de l'ouvrage de qui notre article est textuellement extrait, ajoutait sous forme d'explication : « en cause d'appel comme en première instance ».

Mais il y a d'autres conséquences à tirer des termes absolus employés par l'art. 1360. Ainsi nous croyons que le serment décisif est valablement déféré, lorsqu'il y a preuve complète de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. On a objecté contre cette solution qu'il n'est pas rationnel d'autoriser l'administration d'une nouvelle preuve pour un fait qui se trouve déjà complètement prouvé. Cette objection aurait de la portée, si les preuves judiciaires produisaient la certitude absolue ; mais elles n'engendrent qu'une probabilité plus ou moins grande ; et dès lors, si forte qu'elle soit, comme elle n'exclut pas un degré plus élevé de persuasion, on peut, sans blesser les règles de la logique et de la raison, admettre une autre preuve pour détruire l'effet d'une preuve déjà faite qui laisse toujours place au doute. Le juge pourrait-il rejeter un aveu, qui se produirait au dernier moment de l'instance, sous le prétexte que les preuves déjà administrées ont complètement éclairé sa religion ?

Il faut également conclure de l'art. 1360 que le serment décisif peut être déféré par une partie bien au début de l'instance que lorsqu'elle a proposé d'autres moyens. Nous repoussons cette jurisprudence, d'après laquelle le serment, que l'on défère par conclusions subsidiaires, ne constitue qu'un serment supplétif qu'il appartient au juge d'admettre ou de rejeter. Cette opinion n'est pas seulement contraire au texte de la loi ; elle méconnaît aussi le but même du serment décisif. La loi l'a consacré comme une ressource extrême ménagée au plaideur, qui, vaincu sur tous ses moyens, est sur le point de perdre son procès ; et en fait il n'est déféré que lorsqu'il a été impossible de prouver son droit par les preuves ordinaires.

3. Effets de la délation.

1257. La délation du serment, lorsque toutes les conditions qui viennent d'être énumérées se trouvent remplies, met la partie à laquelle elle s'adresse dans les liens d'une obligation alternative : elle est obligée ou de référer le serment ou de le prêter, sous peine de succomber dans sa demande ou dans son exception. Cela résulte de l'art. 1361, l'article fondamental de la matière du serment décisif : « Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception ».

La relation du serment, sa prestation, le refus de le prêter ou de le référer sont les trois faits généraux rentrant dans le mécanisme du serment, qu'il nous reste à étudier.

N° 2. De la relation du serment.

1258. Référer un serment, c'est sommer la personne qui le défère de le prêter elle-même. Par exemple vous me déférez le serment sur le