

point de savoir si je vous ai prêté 1,000 fr. ; je puis vous répondre : « Jurez vous-même que je ne vous ai pas prêté les 1,000 fr. que je vous réclame, et je passe condamnation ».

La rélation du serment présente le même caractère juridique que la délation : c'est une offre retournée de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception. Partant il faut la même capacité, la capacité nécessaire pour consentir une transaction. Les autres conditions, exigées par la validité de la délation, sont également requises pour celle de la rélation. Ainsi elle a lieu dans les mêmes contestations, en tout état de cause ; le fait sur lequel elle porte doit être aussi de la même nature, c'est-à-dire personnel à la partie à laquelle le serment est référé.

Le législateur a cru utile d'indiquer cette dernière condition dans l'art. 1362, ainsi conçu : « *Le serment ne peut être référé, quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré* ». Il faut que le fait soit commun aux deux parties, parce que le serment, ayant été déféré à la partie qui le réfère, se trouvait être déjà quant à elle un fait personnel. Lorsque le fait, sur lequel on réfère le serment, est personnel à la partie qui l'a déféré, non-seulement la rélation est valable, mais encore il y a lieu au serment ordinaire, c'est-à-dire au serment de connaissance (*de veritate*). Si le caractère de personnalité manque, et que la partie à laquelle le serment est référé soit un successeur à titre universel ou le conjoint de celui à qui le fait était personnel, il serait permis de lui référer le serment exceptionnel sur sa croyance au fait (*de credulitate*).

Les effets de la rélation ne sont pas absolument les mêmes que ceux de la délation. Elle crée bien une obligation à la charge de la partie à laquelle elle s'adresse ; mais cette obligation est pure et simple. Elle est tenue de prêter le serment qui lui est demandé sous peine de perdre son procès, sans pouvoir le référer (arg. de ces mots de l'art. 1361 ou *l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse*). S'il lui eût été permis de le référer à son tour, le procès eût pu tourner perpétuellement dans un cercle sans issue.

N° 3. De la prestation du serment.

1259. Nous étudierons successivement le caractère juridique de la prestation du serment et les effets qu'elle produit. Quant à la procédure qui la précède et aux formalités qui l'accompagnent, nous n'en parlerons pas ; elles rentrent plutôt dans l'explication du Code de Procédure civile.

1. Caractère juridique.

1260. La prestation du serment déféré ou référé n'est autre chose que l'accomplissement de la condition, sous laquelle l'auteur de la délation ou de la rélation avait renoncé à sa demande ou à son exception. Cette renonciation devient ainsi définitive.

Cependant il ne faut pas voir dans la prestation du serment un acte d'acquisition ; comme la transaction, elle a purement le caractère *déclaratif*. C'est encore là un nouveau point de ressemblance entre ces deux institutions juridiques. Ce caractère est facile à justifier. Aux yeux de la personne qui le prête, le serment n'a pas d'au-

tre portée que de lui laisser ce qui lui appartient déjà et de consacrer la justice de ses prétentions ; elle n'entend pas acquérir, elle ne veut que s'assurer le paisible exercice d'un droit qu'elle n'a cessé un seul instant de regarder comme le sien. Il est bien vrai que l'acte de celui qui défère le serment offre dans sa pensée le caractère d'un acte de disposition. Il a toujours considéré le droit contesté comme lui appartenant ; il en fait abandon à son adversaire, pourvu que le serment soit prêté. La délation s'analyse véritablement en une renonciation faite sous une condition qui est maintenant réalisée. Mais, dans cet antagonisme de volontés, la loi fait prévaloir l'intention de la partie qui prête le serment sur celle de la partie qui le défère. Lorsqu'un serment est prêté, son contenu devient l'expression de la vérité. Peu importe la réalité des choses, la loi n'en tient aucun compte. Le serment a montré de quel côté était le droit, et tout le monde, même la partie qui semble avoir fait le sacrifice de sa chose, doit s'incliner devant cette vérité sermentale, qui n'est souvent qu'une fiction, mais une fiction irréfutable.

2. Effets de la prestation du serment.

1261. Les effets de la prestation du serment se résument tous dans cette formule : *le contenu du serment prêté exprime une fiction de vérité qui prévaut sur la vérité réelle*. Il en résulte que cette prestation *consomme d'une manière irrévocable* la renonciation proposée par la partie qui l'a déféré ; celle-ci est désormais censée avoir reconnu le bien-fondé des prétentions de son adversaire. Il en résulte encore que le contenu du jugement doit être basé sur le contenu du serment prêté.

Nous allons, pour exposer la force probante du serment, indiquer d'abord son degré d'énergie et ensuite les limites que la loi lui a tracées.

1262. Etendue de la force probante du serment. — L'étendue de cette force probante réside tout entière dans la convention qui précède la prestation du serment et qui en forme la base. Celui qui le défère ou le réfère offre de subordonner le sort de la contestation au fait de la prestation du serment. Il dit à son adversaire : « Je m'engage à ne plus renouveler contre vous ma demande ou mon exception, si vous jurez que telle chose est ou n'est pas ». Cette offre est suivie d'acceptation et le serment est prêté. Voilà une convention parfaite sur la légalité de laquelle on ne saurait élever le moindre doute, puisque c'est la loi elle-même qui la régleme. La partie qui a déféré ou référé le serment s'était obligée sous une condition ; mais, cette condition s'étant réalisée, elle se trouve dans les liens d'une obligation pure et simple, et elle doit tenir ce qu'elle a promis : renonciation au droit de faire valoir désormais sa demande ou son exception. La convention de serment tire donc son autorité de ce principe, que « les conventions » légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134). Cette autorité propre à toutes les conventions, elle la conserve même après que le jugement a été rendu ; ce jugement ne l'absorbe pas ; il se borne à la constater en adjugeant les conclusions de la partie qui l'a prêté. En d'autres termes, la prestation du serment produit les effets d'une convention sous la forme d'un jugement.

De ce que la prestation du serment constitue une convention, il résulte que la partie qui l'a déféré ou référé n'est pas admise à venir attaquer sa prestation, en offrant de prouver, même par des pièces nouvellement recouvrées, qu'il y a eu parjure, et qu'ainsi la présomption de vérité que la loi fait résulter du serment prêté est mensongère. Il faut s'en tenir en effet aux termes de cette convention. Elle ne s'est pas formée sous cette condition : si le serment est prêté conforme à la vérité ; car le but de l'institution n'eût pas été rempli : le différend ne serait

pas décidé, puisqu'il resterait toujours à juger la question de savoir si le serment est vrai ou faux. La seule intention qu'ait pu avoir aux yeux de la loi l'auteur de la délation ou de la rélation, c'était de se désister de sa prétention si l'adversaire jurait que la sienne était fondée; elle n'a donc pas subordonné son engagement à la vérité du serment, mais au seul fait de sa prestation. Par conséquent elle n'est pas recevable à attaquer la convention *pro textu perjurii*. Le Code exprime cette idée dans l'art. 4363 : « Lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». Ce texte est absolu, et ses termes comme ses motifs doivent faire décider que la partie, qui a déferé ou référé le serment, ne peut pas en prouver la fausseté en intervenant comme partie civile dans une poursuite pour délit de faux serment dirigée à la requête du ministère public contre celui qui l'a prêté (P., art. 366). Elle ne réclame il est vrai par action civile que des dommages-intérêts, afin de l'indemniser du préjudice que lui cause le parjure; mais, pour vérifier l'existence de ce préjudice, il faudrait renouveler le débat originaire; car la fausseté du serment prêté ne suffirait pas pour prouver le bien fondé de la demande ou de l'exception de celui qui l'a déferé ou référé.

Le caractère conventionnel de la prestation du serment conduit à cette autre conséquence, inverse de la première : c'est qu'on peut la faire tomber en se fondant sur toutes les causes qui sont susceptibles de faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions ordinaires, vice du consentement, incapacité, etc., et du même coup on fait tomber le jugement qui en a été la suite. C'est ainsi qu'il sera permis de revenir sur la prestation du serment dans le cas où l'un des plaideurs aurait produit au procès des pièces fausses qu'il aurait fabriquées, et que la production de ces pièces eût amené l'adversaire à lui déferer le serment. Le dol dans l'espèce est bien caractérisé.

Il est donc possible dans certaines circonstances de revenir sur la convention de serment, mais uniquement pour des causes qui sont relatives à la convention elle-même. Toutefois, comme elle revêt la forme d'un jugement, on ne pourra la faire tomber que par les moyens organisés par la loi pour attaquer les jugements, c'est-à-dire l'appel si la décision est susceptible de cette voie de recours, ou la requête civile si elle a acquis la force de chose irrévocablement jugée (Pr., art. 480-40°).

On peut résumer la force probante du serment prêté dans la formule suivante : lorsque la convention du serment a été régulièrement formée, on ne peut faire tomber la présomption de vérité qui s'attache à sa prestation, par le motif que cette présomption est contraire à la réalité.

1263. Limites de la force probante. — Du principe que la présomption de vérité, attachée à la prestation du serment décisoire, a pour fondement une convention, il résulte qu'elle ne peut avoir d'effet qu'entre les parties litigantes et qu'à l'égard d'une demande identique, c'est-à-dire d'une demande ayant même objet et même cause, l'*eadem questio* des Romains.

Quant à l'identité d'objet et à l'identité de cause, il suffit de se reporter aux explications que nous en avons données à propos de l'autorité de la chose jugée. Mais nous dirons quelques mots de l'identité subjective, sur laquelle le législateur a écrit la disposition de l'art. 4365. « Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déferé, ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayant-cause, ou contre eux. — Néanmoins le serment déferé par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier; — Le serment déferé au débiteur principal libère également les cautions; — Celui déferé à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs; — Et celui déferé à la caution profite au débiteur principal. — Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs, ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déferé sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement ».

Après avoir posé le principe de l'autorité relative du serment, cet article en examine les conséquences au point de vue de la solidarité et du cautionnement.

a. — Solidarité. L'art. 4365 prévoit d'abord le cas de la solidarité active, et il décide que, lorsque le serment, déferé par l'un des créanciers solidaires, est prêté par le débiteur, celui-ci n'est libéré que pour la part de ce créancier. Le législateur de 1804 s'est en ce point écarté de la tradition. D'après la loi romaine dont Pothier reproduisait la solution, le serment, prêté par le débiteur, le déchargeait de son obligation à l'égard de tous les cocréanciers solidaires. La rédaction primitive du projet était même conçue dans ce sens. Elle fut modifiée par cette raison que la délation du serment est une renonciation conditionnelle, et que par suite en matière d'obligations ses effets sont gouvernés par les principes de la remise de dette (art. 4498 al. 2). Le second alinéa de l'art. 4365 devient ainsi une application pure et simple de la règle posée dans le premier; on aurait dû par suite en effacer le mot *Néanmoins*, qu'on a laissé subsister par mégarde (v. *supra* n° 925).

En matière de solidarité passive, le serment prêté par l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres; il donne ainsi naissance à une exception réelle, en ce sens qu'elle peut être opposée pour le tout par chaque codébiteur indistinctement. Les rédacteurs du Code justifient cette décision par le caractère de paiement que la loi romaine conférait au serment.

b. — Cautionnement. Lorsque le serment déferé au débiteur principal est prêté par lui, la caution est libérée; pareillement le serment déferé à la caution sur la réalité de la dette profite au débiteur principal. *Jusjurandum loco solutionis succedit*, disait la loi romaine (l. 28, § 1, *De jurej.*, XII, 2). C'est le même motif que Bigot-Préaumeu donne à la disposition de l'art. 4365.

N° 4. Refus de prêter serment ou de le référer.

1264. Aux yeux de la loi, celui qui refuse de prêter ou de référer le serment avoue le bien-fondé de la prétention de son adversaire, *pro confesso habetur*. C'est un des cas les plus remarquables d'aveu tacite. *Manifeste turpitudinis et confessionis est*, disait la loi romaine, *nolle nec jurare nec jusjurandum referre* (l. 33, D., *de jurejurando*, XII, 2).

Le refus de prêter serment ou de le référer produit des effets analogues à ceux de la prestation. Ainsi il ne profite qu'à la partie qui l'a déferé, et ne nuit qu'à celle qui a refusé, ou à leurs héritiers et ayant-cause. Nous n'en parlerons qu'au point de vue de la solidarité et du cautionnement.

Lorsque le refus émane de l'un des créanciers solidaires, le débiteur n'est libéré que pour la part de ce créancier; il n'y a pas de doute à cet égard. Mais, lorsqu'il émane de l'un des codébiteurs solidaires, nuit-il aux autres codébiteurs? Le principe, que les codébiteurs solidaires se représentent mutuellement *ad conservandam, non ad augendam obligationem*, nous conduit à dire que le refus du serment par l'un des codébiteurs ne peut pas être opposé aux autres (v. *supra* n° 930). De même, en matière de cautionnement, le serment refusé par la caution ou par le débiteur principal n'aura pas d'effet contre l'autre.

APPENDICE. — Du serment extrajudiciaire.

1265. Le serment décisoire se subdivise en deux espèces, suivant le lieu où il intervient. Les parties en effet peuvent convenir de trancher la difficulté qui les divise, soit dans le cours d'un procès, soit hors de

toute instance. La loi nomme le premier *serment judiciaire* (art. 1357), le second peut être appelé *extrajudiciaire*.

Le serment extrajudiciaire n'est autre chose que le *jusjurandum voluntarium* des Romains. Il est volontaire en effet, puisque la personne à laquelle il est déféré n'est nullement tenue d'accéder à la proposition qui lui est faite; elle n'est obligée ni de le prêter ni de le référer. Le Code n'en a tracé les règles nulle part, parce qu'il ne se distingue pas d'une convention ordinaire. Mais l'art. 55 du Code de procédure civile en offre un exemple remarquable. Il s'agit du serment déféré à l'une des parties par l'autre pendant le préliminaire de conciliation; c'est bien un serment extrajudiciaire, puisque l'instance n'est pas encore engagée. Cette solution conduit aux deux conséquences suivantes: — 1^o l'art. 4364 n'est pas applicable au refus de prêter serment devant le juge de paix siégeant comme conciliateur; ce n'est pas autre chose qu'un refus de conciliation; — 2^o la partie qui a refusé un tel serment est toujours admise, quand il lui est déféré judiciairement, à le prêter devant le tribunal saisi de la contestation.

§ I. Du serment déféré d'office.

1266. « Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation » (art. 1366).

D'après cette disposition, le serment déféré d'office par le juge est de deux espèces. — Tantôt il est déféré pour suppléer à l'insuffisance des preuves, *inopia probationum*. C'est le serment que les Romains appelaient *jusjurandum judiciaire*; il prit dans la législation du Moyen-âge le nom de *supplétif* ou *supplétoire*, qui exprime assez bien son caractère d'application. — Tantôt il est déféré sur la valeur de la chose qui fait l'objet du procès, lorsqu'on ne peut pas la restituer en nature ni en constater autrement la valeur. A Rome on le nommait *jusjurandum in litem*; de notre ancienne pratique française il reçut la qualification de *serment en plaid*.

N^o 1. Du serment supplétif ou supplétoire.

1267. Conditions de sa délation. — La délation du serment supplétoire est soumise d'abord aux deux conditions qu'indique l'art. 1367: « 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^o Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; — 2^o Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande ».

Cette disposition signale une des différences les plus profondes qui existent entre le serment supplétoire et le serment décisoire. Le serment décisoire est valablement déféré, quelque soit l'état des preuves, qu'elles soient nulles ou complètes (art. 1360). Le serment supplétif n'est

au contraire qu'un moyen d'instruction ordonné par le juge avant de rendre sa sentence. En conséquence la loi le repousse comme inutile lorsque le fait contesté est pleinement prouvé (art. 1319, 1322, 1352, 1356), et comme insuffisant quand la demande ou l'exception n'est pas fortifiée par un commencement de preuve.

Mais en quoi doit consister ce commencement de preuve? Lorsqu'il s'agit d'un fait susceptible d'être prouvé directement par témoins, le juge est arbitre souverain du caractère et du degré du commencement de preuve. Si au contraire la preuve testimoniale du fait contesté n'est pas admissible en vertu des art. 1344 et 1348, le commencement de preuve doit remplir toutes les conditions énumérées par l'art. 1347. Cette proposition est contestée; elle est pourtant la conséquence nécessaire des principes. La preuve commencée, imparfaite, exigée pour la validité de la délation du serment, ne peut provenir que de ces trois sources: un écrit, des dépositions de témoins que le juge n'a pas trouvées assez probantes, et enfin des présomptions de fait qui ne sont pas assez graves, assez précises et assez concordantes pour faire preuve complète. Cela posé, dans les hypothèses où la preuve testimoniale n'est pas admise, le juge ne peut puiser le commencement de preuve dans la déclaration d'un témoin, puisqu'il ne peut pas légalement en entendre; il n'a pas non plus le droit de les prendre dans des présomptions de fait, puisqu'elles ne sont pas admissibles dans les cas où le témoignage est lui-même exclu (art. 4353). Conséquemment le commencement de preuve ne saurait consister qu'en un écrit. — La loi a fait à cette règle quelques exceptions: l'une concerne le bail verbal (art. 1715, 1716); une autre est mentionnée dans l'art. 4329, relatif à la force probante des livres de commerce.

1268. Le serment supplétif est en outre soumis aux mêmes conditions de validité que le serment litis-décisoire relativement à l'objet de la contestation et à la nature du fait sur lequel il porte. Comme lui également, il ne peut être déféré qu'à une partie, il ne serait pas valablement déféré au représentant d'un incapable; mais il peut l'être à l'une ou à l'autre partie. Au juge seul il appartient de décider quelle est celle qui par sa probité mérite qu'on fasse appel à sa conscience. C'est le motif qui explique la décision de l'art. 4368 « Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre ».

1269. Autorité du serment supplétif. — C'est surtout à ce point de vue que le serment supplétif diffère profondément du serment décisoire. A la base de la prestation du serment décisoire il y a une convention qui constitue une espèce de transaction. Le serment supplétif ne présente au contraire rien de conventionnel ni de transactionnel; c'est une simple mesure d'instruction ordonnée par le juge indépendamment de la volonté des parties et qui sert à préparer le jugement.

De là découlent les conséquences suivantes:

- 1^o Le tribunal qui a déféré un serment supplétif n'est pas lié, et peut toujours revenir sur son jugement qui n'a que le caractère d'un interlocutoire.
- 2^o Il n'est pas même lié quand le serment a été prêté, et il reste libre de n'y pas conformer sa sentence.
- 3^o Lorsque la partie interpellée de jurer refuse, le juge n'est pas tenu de la condamner.
- 4^o Le serment supplétif n'a pas d'autorité par lui-même; il emprunte toute sa force, toute son autorité à celle du jugement. Il aura par conséquent le même sort, et sera