

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

anéanti avec lui. Ainsi sur l'appel la cour peut réformer le jugement de première instance, sans que la fausseté du serment ait été préalablement prouvée ; elle pour rait même, pour s'éclairer, le déférer à l'autre partie.

N° 2. Du serment en plaidis ou *in litem*.

1270. L'art. 1369 indique les conditions qui sont exigées pour l'application de ce serment : « *Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.* » — *Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.* »

Le serment *in litem* présente le même caractère que le serment supplétoire : c'est un moyen d'instruction servant à préparer le jugement définitif. Il a donc la même autorité, et entraîne les mêmes conséquences. Néanmoins il en diffère à trois points de vue : — 1° le serment supplétoire est déféré sur le fait même de la demande ou de l'exception, c'est-à-dire sur le fond du procès ; tandis que la délation du serment *in litem* ne peut porter que sur la valeur de la chose contestée ; — 2° le serment supplétoire n'est valablement déféré qu'autant que la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve. La délation du serment *in litem* suppose au contraire que la demande est complètement prouvée ; seulement le juge n'a pas les éléments suffisants pour arbitrer lui-même la valeur de la chose réclamée ; — 3° Le serment supplétoire peut être déféré au demandeur ou au défendeur au gré du juge, tandis que le serment *in litem* ne peut l'être qu'au demandeur.

TITRE IV

Des engagements qui se forment sans convention.

1271. Aux termes de l'art. 1370 al. 1 : « *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.* »

Il aurait été plus exact de dire : « *entre celui qui s'oblige et celui qui est obligé.* »

Notre législateur a divisé les obligations en deux grandes catégories : 1° obligations conventionnelles, dont il s'est occupé dans le titre III ; 2° obligations non conventionnelles, dont il est traité dans le titre IV (voyez la rubrique de ce titre et l'al. 1 de l'art. 1370). Cette division peu scientifique paraît répondre à l'importance relative des sources, d'où dérivent les obligations : on a consacré un titre tout entier (titre III) aux obligations qui dérivent de la source la plus importante, le contrat, et on a relégué dans un autre (titre IV), sous la dénomination générique d'*engagements*, toutes les obligations dérivant des autres sources, qui sont secondaires, du moins si on les envisage sous le rapport de leur fécondité.

Le législateur subdivise les obligations de la deuxième classe, les

engagements pour emprunter l'expression de l'art. 1370, en deux catégories : « *Les uns* », dit l'art. 1370 al. 2, « *résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.* »

a. — *Engagements résultant de l'autorité seule de la loi.* La volonté des parties n'y est pour rien ; ils se forment *involontairement*. Le législateur ne s'en occupe pas spécialement dans le titre IV, il ne fait que les indiquer dans l'al. 3 de l'art. 1370 ainsi conçu : « *Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.* »

Tels que ceux entre propriétaires voisins. On peut citer comme exemples l'obligation, dont est tenu le propriétaire d'un mur joignant immédiatement l'héritage voisin, d'en céder la mitoyenneté au propriétaire de ce dernier héritage qui la réclame, ou encore l'obligation dont est tenu le propriétaire d'un fonds de fournir un passage au fonds voisin qui se trouve enclavé.

ou ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Car, s'ils pouvaient la refuser, leur engagement résulterait, non de la loi, mais d'un fait personnel et volontaire, l'acceptation de la fonction, par conséquent d'un quasi-contrat.

Le texte que nous venons de transcrire ne fait que citer des exemples d'obligations légales. On peut ajouter l'obligation alimentaire établie par les art. 203-211 et l'obligation que l'art. 389 impose au père durant le mariage d'administrer les biens personnels de son enfant mineur.

b. — *Engagements résultant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.* Ce fait peut être licite ou illicite.

S'il est licite, on est dans l'hypothèse du *quasi-contrat*. C'est ainsi que le quasi-contrat de gestion d'affaires naît de ce fait que quelqu'un a volontairement géré l'affaire d'autrui, d'un fait licite par conséquent.

Si le fait est illicite, on est dans l'hypothèse du *délit* ou dans celle du *quasi-délit* : — du *délit*, si le fait illicite a été accompli avec intention de nuire, par exemple le vol ; — du *quasi-délit*, si l'intention de nuire n'existe pas : tel est le cas d'un dommage causé à autrui par mala dresse ou imprudence. Nous venons d'analyser l'art. 1370 al. final, ainsi conçu : « *Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre.* »

D'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Il eût été plus exact de dire : *d'un fait personnel à l'une des parties* ; car dans certains cas l'obligation peut résulter d'un fait personnel au créancier. C'est ce qui arrive dans le quasi-contrat de gestion d'affaires ; ce quasi-contrat prend naissance par suite du fait du gérant, et, comme on le verra bientôt,