

chose jugée : c'est à la partie intéressée et à elle seule de déclarer si elle veut ou non profiter de l'exception (n° 137).

SECTION VI. — De l'aveu.

Sommaire.

287. Définition. Conditions requises pour qu'il y ait aveu.

288. Division.

287. L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait avec l'intention qu'on puisse s'en prévaloir contre elle en justice. Il suit de là que toute déclaration n'est pas un aveu. La loi range l'aveu parmi les modes de preuve ; celui qui fait un aveu sait donc qu'on pourra l'invoquer contre lui ; et c'est dans cette intention qu'il le fait (n° 155).

Pour qu'il y ait aveu, il faut une *déclaration*. Le silence sur un fait allégué par la partie adverse n'est pas un aveu, comme semble le dire un vieil adage qui assimile le silence à un consentement ; celui qui ne dit rien, n'avoue pas et il ne nie point, il ne se prononce pas ; donc il ne fait aucune déclaration. Il en serait ainsi quand même celui qui garde le silence aurait été interpellé par la partie adverse. Le juge seul a ce droit ; quand sur l'interpellation du juge, la partie refuse de répondre, le juge pourra tenir le fait pour avéré. Même dans ce cas, le silence n'est pas considéré de plein droit comme une confession : c'est le tribunal qui décide d'après les circonstances de la cause (n° 157).

Pour que la déclaration soit un aveu, il faut qu'elle émane de l'une des parties. Si un témoin faisait une déclaration, on ne pourrait pas la lui opposer comme un aveu ; car au moment où elle est faite, on suppose qu'il n'y a encore aucun débat, par conséquent pas de parties en cause. L'aveu implique que la déclaration concerne une contestation, et qu'elle doit servir de preuve ; il faut donc que la déclaration soit faite par la partie comme telle (n° 159).

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

§ I. De l'aveu judiciaire.

N° 1. CONDITIONS.

Sommaire.

289. Quand y a-t-il aveu judiciaire ?

290. L'aveu doit-il être constaté par un acte judiciaire ?

291. L'aveu doit-il être accepté par la partie au profit de laquelle il se fait ?

292. Celui qui fait un aveu doit avoir le droit de disposer de la chose qui en fait l'objet.

293. Sur quoi l'aveu peut-il porter ?

289. L'aveu judiciaire est une déclaration faite en justice (art. 1356). La loi ne prescrit aucune forme. D'ordinaire l'aveu se fait dans l'interrogatoire sur faits et articles : d'après le code de procédure (art. 324), les parties peuvent se faire interroger respectivement en toute matière, et en tout état de cause. L'aveu peut aussi être spontané, c'est-à-dire fait par l'une des parties sans qu'elle soit interpellée ou requise, lorsqu'elle reconnaît un fait à l'audience, ou devant un juge-commissaire, ou dans un acte judiciaire. Il faut un acte judiciaire ; une déclaration faite dans une lettre, quoique écrite pendant le cours de l'instance par une partie à l'autre, n'est pas un aveu judiciaire (n° 163).

290. L'aveu judiciaire doit être constaté par un acte dressé à cet effet. Il est vrai que la loi ne l'exige point, mais ce principe est traditionnel. Pothier dit que le juge donne acte de l'aveu fait en justice. La condition résulte de l'essence même de l'aveu judiciaire. Tout est acté en justice ; ce qui n'est pas acté est censé ne pas exister, en ce sens que des déclarations verbales et non actées ne sont pas des déclarations judiciaires. Quant aux déclarations faites dans des actes de procédure, elles sont constatées par un acte judiciaire, elles sont par cela même actées en justice. Si l'aveu n'est pas constaté par acte, le juge peut décider sans être lié par l'aveu (nos 166 et 167).

291. L'aveu doit-il être accepté par la partie au profit de laquelle il se fait ? A notre avis, et c'est celui de la plupart des auteurs, l'aveu est un acte unilatéral qui n'exige pas le consentement des deux parties. Il faut le concours de volontés quand il y

a une convention, et pour qu'il y ait une convention, il faut une offre et une acceptation d'où résultent une obligation et un droit; or, l'aveu n'engendre ni droit ni obligation, en ce sens que celui qui avoue un fait déclare seulement l'existence de ce fait. Je reconnais que je dois. Cet aveu ne produit pas une dette à ma charge; il suppose qu'il y a dette; mais ce n'est pas l'aveu qui crée la dette, c'est seulement un moyen de la prouver. Dès lors, on ne voit pas pourquoi le créancier devrait intervenir pour accepter l'aveu. Il a donné son consentement, puisqu'il y a dette; il est inutile qu'il le renouvelle. Dans cette opinion, l'aveu est irrévocable dès l'instant où il a été fait, indépendamment de toute acceptation (n° 168).

292. Celui qui fait l'aveu doit-il avoir la capacité de disposer de la chose ou du droit qui est l'objet de l'aveu? Par lui-même l'aveu n'est pas une aliénation de la chose, c'est une preuve qui constate un fait, et celui qui constate un fait ne dispose pas. Mais par la preuve que donne celui qui fait un aveu, il dispose indirectement de la chose. En effet, l'aveu judiciaire fait pleine foi; en avouant le fait litigieux, je donne gain de cause à la partie adverse, je ne puis plus soutenir mes prétentions, comme je le pouvais avant l'aveu; je dispose donc indirectement de la chose en faisant un aveu qui entraîne ma condamnation. En ce sens, il faut la capacité de disposer pour que l'aveu soit valable. De là suit que les incapables qui n'ont pas le pouvoir de disposer ne peuvent pas faire d'aveu (nos 169 et 170).

293. Du principe que l'aveu contient une disposition suit que l'aveu est inopérant quand il s'agit de choses dont les parties ne peuvent pas disposer. Ainsi on ne peut pas opposer l'aveu à la présomption de chose jugée; on ne peut l'invoquer sur un objet qui n'est pas dans le commerce, tel que l'état des personnes (nos 175 et 176).

N° 2. FORCE PROBANTE DE L'AVEU

Sommaire.

294. L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait.
 295. Fait-il foi à l'égard de tous?
 296. L'aveu peut-il être révoqué? *Quid* en cas d'erreur?
 297. L'aveu peut-il être divisé?

294. « L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait » (art. 1356). Quand la partie qui est intéressée à nier un fait litigieux, le reconnaît, on doit croire que cette reconnaissance est l'expression de la vérité. Qui mieux que le débiteur sait s'il doit? En ce sens, on dit que le débiteur se juge lui-même. A vrai dire, l'aveu n'est pas un jugement, c'est une preuve, mais cette preuve sert de base au jugement, et entraîne la condamnation de celui qui a fait l'aveu (n° 177).

295. L'aveu fait-il foi à l'égard de tous? Il est prouvé à l'égard de tous, puisqu'il est constaté par acte authentique; mais autre est la question de savoir s'il peut être opposé à des tiers et si ceux-ci peuvent s'en prévaloir. La négative est certaine. Sous ce rapport, il y a analogie entre l'aveu et la chose jugée. L'aveu est une déclaration personnelle faite au profit de la partie adverse; bien que ce ne soit pas un contrat, c'est la manifestation d'un consentement, et tout consentement est limité, par sa nature, aux parties qui sont en cause: un tiers ne peut s'en prévaloir et on ne peut pas le lui opposer (n° 180).

296. « L'aveu 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 » (art. 1356). En principe, l'aveu est donc irrévocable. Quand on fait une déclaration en justice, on pèse ce que l'on dit et ce que l'on écrit; voilà pourquoi la loi ajoute pleine foi à l'aveu. Cela suppose que l'aveu est l'expression de la vérité; il est difficile de suspecter une déclaration qu'une partie fait contre son intérêt. Par la même raison celui qui l'a faite ne peut pas la révoquer: on ne peut pas rétracter comme faux ce que l'on a reconnu comme vrai (n° 181).

L'aveu peut cependant être révoqué pour erreur de fait. C'est l'application des principes qui régissent le consentement; l'erreur

vicie toute expression de la volonté; celui qui avoue un fait par erreur n'avoue réellement pas, en ce sens qu'il n'aurait pas fait l'aveu, s'il avait eu conscience de son erreur. L'erreur de droit ne vicie pas l'aveu. C'est une exception à la règle. En général, l'erreur de droit vicie le consentement aussi bien que l'erreur de fait (1). Si elle ne vicie pas l'aveu, c'est qu'elle ne peut avoir aucune influence sur la réalité d'un fait. J'avoue que je dois mille francs à mon médecin; je ne puis révoquer mon aveu en alléguant que j'ignorais la disposition du code (art. 2272) en vertu de laquelle l'action des médecins se prescrit par un an. Pourquoi? Cette erreur de droit ne vicie pas l'aveu que j'ai fait de la dette, car mon ignorance de la loi n'a rien de commun avec la déclaration que j'ai faite; il n'en reste pas moins vrai que je n'ai pas payé ma dette; l'erreur de droit même que j'invoque en est la preuve (n° 183).

297. « L'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait » (art. 1356). Quelle en est la raison? L'aveu est une déclaration. Cette déclaration peut ne pas renfermer la reconnaissance pure et simple du fait allégué; celui qui reconnaît le fait ajoute des modifications à son aveu ou des restrictions. Le créancier peut-il scinder l'aveu en se prévalant de la partie qui lui est favorable, et repousser les réserves qui s'y trouvent? Non, car l'aveu divisé ne serait plus l'aveu tel qu'il a été fait; ce serait tronquer, altérer la déclaration. Et le créancier n'a pas ce droit-là.

Voici l'exemple donné par Pothier. Je demande le paiement d'une somme de mille francs que j'ai prêtée. Le défendeur avoue qu'il a reçu la somme, mais il ajoute qu'il l'a remboursée. Puis-je diviser l'aveu et dire que le défendeur avoue la dette? Non, ce serait faire dire à celui qui a fait l'aveu le contraire de ce qu'il a dit : il avoue si peu la dette, qu'il prétend ne rien devoir. C'est ce que certains auteurs appellent un aveu *complexe*. Ils disent que l'aveu est *qualifié* quand le fait litigieux n'est reconnu qu'avec certaines modifications. Je demande le paiement d'un billet causé pour marchandises vendues. Le défendeur soutient qu'il n'a jamais acheté de marchandises; j'avoue que la cause est fautive, mais j'ajoute que l'obligation a une cause valable, un prêt, et que de commun accord nous avons assigné à cette dette une cause

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 335, n° 488.

simulée. Voilà un aveu *qualifié*. Ces dénominations sont arbitraires et ne servent à rien. Il faut s'en tenir au texte de la loi : tout aveu qui n'est pas pur et simple est indivisible (n° 185).

§ II. De l'aveu extrajudiciaire.

Sommaire.

298. Quand l'aveu est-il extrajudiciaire?

299. Cet aveu fait-il pleine foi? Est-il irrévocable? indivisible?

298. L'aveu extrajudiciaire est celui qui se fait hors justice. Il peut se faire par écrit ou oralement. L'aveu qu'une partie fait par écrit ne doit pas être confondu avec la preuve littérale. Les *actes* qui constatent une convention ne sont pas un aveu; ils prouvent la convention jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire. L'aveu suppose qu'il n'y a pas d'écrit; il supplée les autres preuves. Cela se fait par lettre, ou dans un acte qui n'a pas pour objet de constater le fait litigieux, ce qu'on appelle une énonciation indirecte.

L'aveu extrajudiciaire peut se faire oralement. Aux termes de l'article 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 n'est point admissible ». C'est une conséquence des principes qui régissent la preuve testimoniale. La loi ne l'admet point quand il s'agit de choses excédant la valeur de cent cinquante francs. Dès lors elle ne pouvait pas admettre l'aveu verbal, puisqu'il aurait dû être établi par témoins, et au delà de cette somme elle n'ajoute plus foi aux témoignages. En ce sens, l'article 1355 dit qu'il est *inutile* d'alléguer un aveu verbal, puisque la preuve n'en serait pas reçue (n° 217).

299. Quelle est la force probante de l'aveu extrajudiciaire? La loi n'en dit rien. Fait-il pleine foi? Oui, s'il est sérieux, c'est-à-dire, si la déclaration a été faite avec l'intention qu'elle serve de preuve à la partie adverse. Mais il se peut qu'elle n'ait pas été faite dans cette intention; dans ce cas, la déclaration n'est pas un aveu, et ne fait aucune foi (n° 219).

L'aveu extrajudiciaire peut-il être révoqué? Si c'est un véritable aveu, non; car l'aveu extrajudiciaire est l'expression de la vérité

aussi bien que l'aveu judiciaire. Si l'aveu n'est pas sérieux, il est inutile de le révoquer, puisqu'il ne fera aucune foi (n° 220).

L'aveu extrajudiciaire peut-il être divisé? Non, puisque l'indivisibilité est de l'essence de l'aveu (1). Si l'aveu n'est pas sérieux, il ne fait pas foi, et dans ce cas la question de l'indivisibilité n'a aucun intérêt (n° 221).

SECTION VII. — Du serment

§ I. Notions générales.

Sommaire.

300. Le serment est-il un acte religieux?

301. Division.

300. Le code ne définit pas le serment; voici la définition que Pothier en donne : « C'est un acte *religieux* par lequel une personne déclare qu'elle se soumet à la *vengeance de Dieu*, ou qu'elle renonce à sa *miséricorde*, si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis; c'est ce qui résulte de cette formule : *Ainsi Dieu me soit en garde ou en aide : je veux que Dieu me punisse si je manque à ma parole.* » A notre avis, le serment n'est pas un acte religieux de son essence; c'est une affirmation morale; et cette affirmation se fait, non par la crainte de l'enfer, ou par l'espérance du ciel; elle se fait par respect pour la vérité, et par sentiment du devoir. Au point de vue légal, cela nous paraît incontestable. L'ordre civil est entièrement sécularisé, les actes civils n'ont plus de caractère religieux, et les actes religieux n'ont plus de caractère civil; dès lors le serment ne peut plus être un acte religieux; légalement parlant, il n'a plus d'autre sanction que le code pénal. La Constitution belge a encore étendu plus loin cette séparation entre la religion et l'État. L'État n'intervient point en matière religieuse: la religion ne doit pas intervenir dans les matières civiles. Notre Constitution fait plus que séculariser les actes religieux, elle les subordonne aux actes civils. La loi ne reconnaît plus de mariage religieux, elle ne reconnaît qu'un mariage civil. A plus forte

(1) Voyez, ci-dessus, n° 297.

raison n'y a-t-il qu'un serment civil; tout acte religieux est abandonné à la conscience des individus et est sans effet aux yeux de la loi (nos 222 et 225).

301. L'article 1357 dit que le serment judiciaire est de deux espèces : le serment *décisoire* et le serment *déféré d'office*.

§ II. Du serment décisoire.

N° 1. CONDITIONS.

Sommaire.

302. Le serment décisoire est une transaction forcée.

303. Il peut être déféré sans qu'il y ait un commencement de preuve.

304. Effet de la transaction.

305. Qui peut déférer le serment?

306. A qui peut-il être déféré?

307. Dans quelle contestation le serment peut-il être déféré?

308. Sur quels faits le serment peut-il être déféré?

309. Quand le serment doit-il être déféré?

302. Le serment décisoire est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357). C'est une transaction qu'offre la partie qui défère le serment et que doit accepter celle à laquelle il est déféré. Si c'est le demandeur qui le défère, il dit implicitement à l'autre partie : « Si vous jurez que vous ne me devez rien, ou que vous m'avez payé, je vous tiendrai quitte. » Si c'est le défendeur qui défère le serment, il propose la transaction suivante : « Je vous payerai ce que vous réclamez, si vous jurez que je le dois. » La délation du serment est une transaction; en effet, le code dit que le jugement de la cause en dépend, et l'article 2044 définit la transaction : un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Si celui à qui le serment est déféré le prête, il obtient gain de cause; s'il refuse de le prêter, il succombe, parce que son refus implique l'aveu tacite que la demande est légitime. La loi permet encore à celui qui doit prêter le serment de le référer à son adversaire; dans ce cas, l'issue du procès dépend du parti que celui-ci prendra : prête-t-il le serment, il triomphe : le refuse-t-il, il succombe (n° 230).

Ce qui caractérise cette transaction, c'est qu'elle est forcée : la

partie à laquelle elle est offerte doit nécessairement prêter le serment ou le référer, sinon elle perd sa cause. En général, la transaction, comme toute convention, est libre. Pourquoi la loi permet-elle d'imposer une transaction sous forme de serment? Celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre de ce qu'on le laisse juge dans sa propre cause. Et celui qui défère le serment ne le fait que lorsqu'il n'a pas d'autre preuve; c'est une dernière ressource que la loi a dû lui donner, et dont il use à ses risques et périls (n° 231).

303. « Le serment peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué » (art. 1360). La raison en est que c'est par nécessité que le serment est déféré; il l'est précisément parce que l'on manque de preuves. D'ailleurs le serment implique une confiance absolue dans la bonne foi de celui qui doit prêter le serment : qu'importe dès lors que celui qui le défère soit sans aucune preuve (n° 232)?

304. La transaction par voie de serment met fin au procès, comme la chose jugée. Elle a un effet plus considérable que la décision du juge : celle-ci est soumise à des voies de recours, ordinaires ou extraordinaires; tandis que le serment empêche toute espèce de recours. On n'est pas même admis à prouver la fausseté du serment; la transaction produirait tous ses effets, quand même le parjure serait prouvé par un jugement criminel. C'est une conséquence rigoureuse de la transaction : celui qui l'a offerte s'est engagé à tenir pour vrai ce que l'autre partie déclarera sous la foi du serment; il ne peut plus revenir sur la convention (n° 233).

305. Qui peut déférer le serment? Le serment étant une transaction, il s'ensuit que l'on doit avoir la capacité de transiger, pour déférer le serment. Par application de ce principe, il faut décider que le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur ou de l'interdit qu'en observant les formes prescrites par l'article 467 pour les transactions (nos 234 et 237).

306. A qui le serment peut-il être déféré? Aux termes de l'article 1357, le serment est déféré par l'une des parties à l'autre. Il n'y a que la partie qui puisse transiger sur le fait litigieux. Ainsi le serment ne peut être déféré au mari qui autorise sa femme

à plaider; il n'est pas partie (n° 238). Il faut de plus que la partie soit capable de transiger, puisque celui à qui le serment est déféré concourt à la transaction (n° 240).

307. Dans quelles contestations le serment peut-il être déféré? L'article 1358 porte : « Le serment décisive peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Le serment met fin au procès par une transaction, et les parties peuvent toujours transiger, pourvu qu'elles aient la capacité requise et que l'objet du litige permette la transaction (n° 241). Si la loi dit qu'il peut être déféré sur toute contestation, cela signifie qu'il peut l'être dans les instances civiles et commerciales, sur le possessoire comme sur le pétitoire, en matière d'obligations ou de droits réels. Mais le serment étant une transaction, il en résulte qu'il ne peut être déféré que sur les objets dont les parties ont la disposition, car transiger, c'est disposer. On ne peut pas déférer le serment en matière d'état, parce qu'on ne transige pas sur des questions d'état, l'état n'étant pas dans le commerce. On ne peut pas déférer le serment contre la présomption de vérité attachée à la chose jugée : les parties ne peuvent pas disposer de ce qui est d'intérêt public. Par la même raison, on ne peut déférer le serment à celui qui invoque la prescription (nos 245 et 246).

308. Sur quels faits le serment peut-il être déféré? « Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère » (art. 1359). C'est un appel à la conscience; or, nous ne pouvons affirmer que ce qui nous est personnel; quant aux faits des autres, nous les ignorons, et quand même nous les connaîtrions, la conscience nous fait un devoir de ne pas affirmer ce que nous ne savons pas d'une manière certaine. Ainsi on ne peut pas déférer le serment à une partie sur le fait d'une personne dont elle est héritière (n° 248). L'article 2275 contient une exception à cette règle. La loi permet de déférer le serment à ceux qui opposent une courte prescription, puis elle ajoute : « Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. » C'est ce qu'on appelle le serment de *crédulité*; il déroge au principe établi par l'article 1359; la disposition est donc de stricte interprétation (n° 249).

Le serment ne peut être déféré que sur des faits relevant. On

entend par là des faits qui sont de nature à motiver le jugement de la contestation. Cette condition résulte de l'essence du serment décisoire. Il est déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357); c'est pour cela qu'on l'appelle *litisdécisoire*; il faut donc que le fait soit tel, que son affirmation ou sa dénégation entraîne la décision du procès. De là résulte pour les juges du fait un pouvoir d'appréciation qui leur permet et leur fait même un devoir de refuser la délation de serment quand le fait n'est pas relevant; c'est au juge de voir si le fait a ce caractère (n° 251). Il faut généraliser cette règle, et poser comme principe que le serment doit être formulé de manière que la prestation ait pour effet de terminer le procès (n° 252).

309. Quand le serment doit-il être déféré? Il peut être déféré en tout état de cause (art. 1360); donc, tant qu'il y a cause, c'est-à-dire tant que le procès est pendant. La partie qui a succombé en première instance peut encore déférer le serment en appel (n° 255). Il suit de là que le serment peut être déféré après que tous les moyens proposés par la partie ont été rejetés. Cela se fera même régulièrement ainsi, puisque le serment est un moyen extrême, auquel on ne recourt qu'en cas de nécessité absolue (n° 257).

N° 2. EFFETS.

Sommaire.

- 310. Quand celui à qui le serment a été déféré peut-il le référer?
- 311. La partie qui a déféré le serment peut-elle se rétracter?
- 312. Dans quels termes le serment doit-il être prêté?
- 313. Quel est l'effet de l'acceptation du serment ou du refus de le prêter?
- 314. Quelle est la force probante du serment?
- 315. Conséquences qui en résultent.
- 316. Quelle est l'étendue de la force probante?

310. Celui auquel le serment est déféré doit le prêter; s'il le refuse, il succombe dans sa demande ou dans son exception. Toutefois il peut aussi référer le serment à son adversaire, quand le fait qui en est l'objet est celui des deux parties. Dans ce cas, celui à qui il est référé doit le prêter, sinon il succombe. Le serment ne peut pas être référé quand le fait n'est pas celui des deux parties; s'il est purement personnel à celui auquel le serment a été déféré,

il doit prêter le serment, sinon il succombe (art. 1361 et 1362) (n° 262).

311. L'article 1364 porte : « La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment. » Dans ce cas, la transaction est formée par le concours de volontés des deux parties. Mais tant que la déclaration n'est pas faite, il n'y a qu'une offre, et toute offre peut être rétractée, avant qu'elle soit acceptée (n° 263).

312. Dans quels termes le serment doit-il être prêté? C'est à la partie qui défère le serment de formuler les termes dans lesquels il doit être prêté; car c'est elle qui offre la transaction, et elle est libre de la proposer comme elle l'entend, pourvu que le fait sur lequel il est déféré présente les caractères voulus par la loi. La partie à laquelle le serment est déféré doit le prêter dans les termes formulés par l'autre partie; l'offre doit être acceptée telle qu'elle est faite, sinon il n'y a pas concours de consentement, et, par suite, le contrat ne peut se former. Et quand le serment déféré est accepté, il doit être prêté dans les termes proposés; la partie qui doit le prêter ne serait pas reçue à les modifier; si elle refusait de prêter le serment dans ces termes, il y aurait refus de prêter serment, et, par suite, elle succomberait dans sa demande ou dans son exception (n° 264).

313. L'article 1361 dit que celui auquel le serment est déféré et qui le refuse doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Et aux termes de l'article 1365, le serment fait forme preuve au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui. La rédaction de cette dernière disposition est inexacte. Quand celui à qui le serment est déféré l'accepte et le prête, ce serment fait ne forme certes pas preuve pour celui qui l'a déféré; c'est, au contraire, le refus de prêter serment qui fait preuve à son profit. D'un autre côté, le serment prêté fait toujours preuve au profit de celui qui le prête et contre celui qui l'a déféré (n° 270).

314. Le code ne dit pas quelle est la force probante du serment prêté ou refusé. Comme le serment est une transaction, on doit appliquer par analogie l'article 2052, aux termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La preuve résultant du serment prêté ou refusé

exclut donc toute preuve contraire. C'est une conséquence logique de la transaction; le serment étant prêté pour en faire dépendre le jugement de la cause, et étant accepté ou prêté comme tel, il en résulte un contrat par lequel les parties conviennent de s'en tenir à ce qui sera affirmé, ce qui exclut toute preuve contraire (n° 273).

315. L'article 1363 consacre une conséquence de ce principe : « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. » Celui qui défère le serment sait qu'il s'expose à la chance d'une fausse déclaration; il s'y soumet, c'est la loi du contrat. Dès que le serment est prêté, tout est consommé. Cela n'empêche pas que le faux serment puisse être poursuivi criminellement; mais le résultat du procès criminel, la condamnation du coupable, ne porte aucune atteinte à la transaction.

Du principe que le procès est terminé, comme il le serait par un jugement rendu en dernier ressort, suit encore qu'il n'y a plus aucun recours, ni ordinaire ni extraordinaire, contre la transaction (n° 274).

316. Quelle est l'étendue de la force probante résultant du serment? Puisque la transaction équivaut à la chose jugée en dernier ressort, il faut appliquer à la force probante qui résulte du serment les principes qui régissent la chose jugée. De là suit que le serment décisoire n'a d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle il a été déféré, et seulement entre les parties qui ont été en cause (n° 276). L'article 1365 contient des applications du principe :

« Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part du créancier. » Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la solidarité (1).

« Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. » C'est une disposition traditionnelle qu'il est difficile de justifier (n° 227, p. 312).

« Le serment déféré au débiteur principal libère les cautions. » Cette disposition est aussi empruntée à la tradition (p. 313).

« Le serment déféré à la caution profite au débiteur principal

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 486, n° 717.

lorsqu'il a été déféré sur la dette; il ne lui profite pas lorsqu'il a été déféré sur le cautionnement. » Cela est également traditionnel (p. 313).

§ III. Du serment déféré d'office.

Sommaire.

317. Division

317. Le juge peut déférer le serment à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation » (art. 1366). On appelle le premier serment *supplétoire* ou *supplétif*, et le second serment *in litem* ou *en plaid*.

N° 1. DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

Sommaire.

318. Qu'est-ce que le serment supplétoire? Règle d'interprétation.

319. Quelles sont les conditions requises pour que le juge puisse déférer le serment d'office?

320. Quel est l'effet de la délation et de la prestation du serment?

318. Le serment supplétoire est nommé ainsi parce que c'est un supplément de preuve que le juge demande à la conscience de l'une des parties, à laquelle il défère le serment. L'article 1366 s'exprime mal en disant que le serment est déféré *pour en faire dépendre le jugement de la cause*. Le juge ne fonde pas uniquement sa décision sur le serment; il ne le peut déférer que lorsqu'il y a un commencement de preuve; ce qui manque à la preuve est complété par le serment. C'est une différence essentielle entre le serment *supplétoire* déféré par le *juge* et le serment *decisoire* déféré par l'une des *parties*; ce dernier seul décide la contestation, et il la décide sans qu'il y ait une autre preuve, ni commencement de preuve (n° 280).

Pourquoi la loi permet-elle au juge de déférer le serment à l'une des parties? C'est une disposition traditionnelle qu'il est difficile de justifier. La délation du serment est un appel à la conscience, appel toujours chanceux. Appartient-il au juge d'adresser cet appel à l'une des parties sans le consentement de l'autre et

même malgré elle? On dit que le juge défère le serment pour assurer sa religion. C'est une singulière façon de tranquilliser sa conscience que de le faire aux dépens des plaideurs; si la demande ou l'exception ne sont pas suffisamment établies, le juge doit les rejeter, et sa conscience sera tranquille dès qu'il aura jugé en vertu des preuves légales (n° 281). Le serment supplétoire déroge donc au droit des parties. De là suit que le pouvoir accordé au juge doit être renfermé dans les limites du texte; on doit l'interpréter restrictivement, comme toute exception (n° 282).

319. Quelles sont les conditions requises pour que le juge puisse déférer le serment? L'article 1367 détermine ces conditions, et il le fait dans les termes les plus restrictifs: « 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° « Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée. » Lorsque la preuve légale est complète, le juge ne peut pas déférer le serment, quand même il serait convaincu que le fait légalement prouvé est faux, car il est tenu de juger d'après les preuves légales (1);

2° « Que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuve. » Dans le doute, le juge devrait s'abstenir d'adjuger les conclusions du demandeur ou du défendeur; la loi déroge à cette règle, sans bonne raison (n° 283).

320. Quel est l'effet de la délation? Le serment supplétoire n'est pas une transaction. c'est un supplément de preuve que le juge prescrit pour éclairer sa religion. De là suit que les principes qui régissent le serment décisoire à titre de transaction ne s'appliquent pas au serment supplétoire. La partie à laquelle il est déféré peut le refuser sans qu'elle doive succomber; c'est au juge d'apprécier s'il a des preuves suffisantes pour décider la contestation (n° 293). Le serment ne peut pas être référé par la partie à laquelle le juge l'a déféré (art. 1368); ce n'est pas à la partie de le déférer; le juge (n° 294) seul a le droit de décider quelle est la partie qui, par sa probité, mérite que le magistrat fasse appel à sa conscience (n° 294). Si le serment est prêté, le juge n'est pas lié, il reste libre de décider comme il l'entend (n° 296); la

(1) Voyez, ci-dessus, n° 186.

prestation du serment n'empêche pas l'appel, et la cour peut décider qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment, ou elle peut le déférer à l'autre partie. L'appelant est admis à prouver la fausseté du serment, toute preuve pouvant être combattue par une preuve contraire (n° 297).

N° 2. DU SERMENT EN PLAIDS.

Sommaire.

321. Définition et conditions.

322. Effet de la délation et de la prestation du serment.

321. Le demandeur a justifié qu'il était bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses; mais la somme que le défendeur doit restituer reste incertaine, le demandeur seul en connaissant la valeur. Dans ce cas, le juge, pour fixer le montant de la condamnation, s'en rapporte à la déclaration que le demandeur fera sous la foi du serment (art. 1369). Par exemple, un voyageur dépose sa valise dans une hôtellerie; la valise est volée. Le vol est constant, mais le voyageur a seul connaissance de ce qui se trouvait dans la malle; le juge déférera le serment au demandeur sur la valeur des choses contenues en sa valise. Le serment en plaid est fondé sur la nécessité; il a, du reste, peu de danger, puisqu'il doit être pleinement prouvé que la demande est fondée. Dans l'espèce que nous venons de supposer, le dépôt de la valise est constant; il faut donc que l'hôtelier soit condamné à une restitution. En second lieu, on suppose qu'il est impossible de constater autrement la valeur que de déférer le serment au créancier (nos 299 et 301). Enfin le juge doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Le juge, dit Pothier, doit avoir égard, pour fixer cette somme, à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou moins de vraisemblance de ses allégations (n° 302).

322. Le serment en plaid est une simple voie d'instruction. Il ne peut être référé; le juge n'est pas lié par son jugement, puisque c'est un jugement interlocutoire; à plus forte raison, la prestation du serment ne lie-t-elle pas la cour d'appel, qui est libre de décider le procès comme elle l'entend (n° 304).

a une convention, et pour qu'il y ait une convention, il faut une offre et une acceptation d'où résultent une obligation et un droit; or, l'aveu n'engendre ni droit ni obligation, en ce sens que celui qui avoue un fait déclare seulement l'existence de ce fait. Je reconnais que je dois. Cet aveu ne produit pas une dette à ma charge; il suppose qu'il y a dette; mais ce n'est pas l'aveu qui crée la dette, c'est seulement un moyen de la prouver. Dès lors, on ne voit pas pourquoi le créancier devrait intervenir pour accepter l'aveu. Il a donné son consentement, puisqu'il y a dette; il est inutile qu'il le renouvelle. Dans cette opinion, l'aveu est irrévocable dès l'instant où il a été fait, indépendamment de toute acceptation (n° 168).

292. Celui qui fait l'aveu doit-il avoir la capacité de disposer de la chose ou du droit qui est l'objet de l'aveu? Par lui-même l'aveu n'est pas une aliénation de la chose, c'est une preuve qui constate un fait, et celui qui constate un fait ne dispose pas. Mais par la preuve que donne celui qui fait un aveu, il dispose indirectement de la chose. En effet, l'aveu judiciaire fait pleine foi; en avouant le fait litigieux, je donne gain de cause à la partie adverse, je ne puis plus soutenir mes prétentions, comme je le pouvais avant l'aveu; je dispose donc indirectement de la chose en faisant un aveu qui entraîne ma condamnation. En ce sens, il faut la capacité de disposer pour que l'aveu soit valable. De là suit que les incapables qui n'ont pas le pouvoir de disposer ne peuvent pas faire d'aveu (nos 169 et 170).

293. Du principe que l'aveu contient une disposition suit que l'aveu est inopérant quand il s'agit de choses dont les parties ne peuvent pas disposer. Ainsi on ne peut pas opposer l'aveu à la présomption de chose jugée; on ne peut l'invoquer sur un objet qui n'est pas dans le commerce, tel que l'état des personnes (nos 175 et 176).

N° 2. FORCE PROBANTE DE L'AVEU

Sommaire.

294. L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait.
 295. Fait-il foi à l'égard de tous?
 296. L'aveu peut-il être révoqué? *Quid* en cas d'erreur?
 297. L'aveu peut-il être divisé?

294. « L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait » (art. 1356). Quand la partie qui est intéressée à nier un fait litigieux, le reconnaît, on doit croire que cette reconnaissance est l'expression de la vérité. Qui mieux que le débiteur sait s'il doit? En ce sens, on dit que le débiteur se juge lui-même. A vrai dire, l'aveu n'est pas un jugement, c'est une preuve, mais cette preuve sert de base au jugement, et entraîne la condamnation de celui qui a fait l'aveu (n° 177).

295. L'aveu fait-il foi à l'égard de tous? Il est prouvé à l'égard de tous, puisqu'il est constaté par acte authentique; mais autre est la question de savoir s'il peut être opposé à des tiers et si ceux-ci peuvent s'en prévaloir. La négative est certaine. Sous ce rapport, il y a analogie entre l'aveu et la chose jugée. L'aveu est une déclaration personnelle faite au profit de la partie adverse; bien que ce ne soit pas un contrat, c'est la manifestation d'un consentement, et tout consentement est limité, par sa nature, aux parties qui sont en cause: un tiers ne peut s'en prévaloir et on ne peut pas le lui opposer (n° 180).

296. « L'aveu 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 » (art. 1356). En principe, l'aveu est donc irrévocable. Quand on fait une déclaration en justice, on pèse ce que l'on dit et ce que l'on écrit; voilà pourquoi la loi ajoute pleine foi à l'aveu. Cela suppose que l'aveu est l'expression de la vérité; il est difficile de suspecter une déclaration qu'une partie fait contre son intérêt. Par la même raison celui qui l'a faite ne peut pas la révoquer: on ne peut pas rétracter comme faux ce que l'on a reconnu comme vrai (n° 181).

L'aveu peut cependant être révoqué pour erreur de fait. C'est l'application des principes qui régissent le consentement; l'erreur

vicie toute expression de la volonté; celui qui avoue un fait par erreur n'avoue réellement pas, en ce sens qu'il n'aurait pas fait l'aveu, s'il avait eu conscience de son erreur. L'erreur de droit ne vicie pas l'aveu. C'est une exception à la règle. En général, l'erreur de droit vicie le consentement aussi bien que l'erreur de fait (1). Si elle ne vicie pas l'aveu, c'est qu'elle ne peut avoir aucune influence sur la réalité d'un fait. J'avoue que je dois mille francs à mon médecin; je ne puis révoquer mon aveu en alléguant que j'ignorais la disposition du code (art. 2272) en vertu de laquelle l'action des médecins se prescrit par un an. Pourquoi? Cette erreur de droit ne vicie pas l'aveu que j'ai fait de la dette, car mon ignorance de la loi n'a rien de commun avec la déclaration que j'ai faite; il n'en reste pas moins vrai que je n'ai pas payé ma dette; l'erreur de droit même que j'invoque en est la preuve (n° 183).

297. « L'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait » (art. 1356). Quelle en est la raison? L'aveu est une déclaration. Cette déclaration peut ne pas renfermer la reconnaissance pure et simple du fait allégué; celui qui reconnaît le fait ajoute des modifications à son aveu ou des restrictions. Le créancier peut-il scinder l'aveu en se prévalant de la partie qui lui est favorable, et repousser les réserves qui s'y trouvent? Non, car l'aveu divisé ne serait plus l'aveu tel qu'il a été fait; ce serait tronquer, altérer la déclaration. Et le créancier n'a pas ce droit-là.

Voici l'exemple donné par Pothier. Je demande le paiement d'une somme de mille francs que j'ai prêtée. Le défendeur avoue qu'il a reçu la somme, mais il ajoute qu'il l'a remboursée. Puis-je diviser l'aveu et dire que le défendeur avoue la dette? Non, ce serait faire dire à celui qui a fait l'aveu le contraire de ce qu'il a dit : il avoue si peu la dette, qu'il prétend ne rien devoir. C'est ce que certains auteurs appellent un aveu *complexe*. Ils disent que l'aveu est *qualifié* quand le fait litigieux n'est reconnu qu'avec certaines modifications. Je demande le paiement d'un billet causé pour marchandises vendues. Le défendeur soutient qu'il n'a jamais acheté de marchandises; j'avoue que la cause est fautive, mais j'ajoute que l'obligation a une cause valable, un prêt, et que de commun accord nous avons assigné à cette dette une cause

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 335, n° 488.

simulée. Voilà un aveu *qualifié*. Ces dénominations sont arbitraires et ne servent à rien. Il faut s'en tenir au texte de la loi : tout aveu qui n'est pas pur et simple est indivisible (n° 185).

§ II. De l'aveu extrajudiciaire.

Sommaire.

298. Quand l'aveu est-il extrajudiciaire?

299. Cet aveu fait-il pleine foi? Est-il irrévocable? indivisible?

298. L'aveu extrajudiciaire est celui qui se fait hors justice. Il peut se faire par écrit ou oralement. L'aveu qu'une partie fait par écrit ne doit pas être confondu avec la preuve littérale. Les *actes* qui constatent une convention ne sont pas un aveu; ils prouvent la convention jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire. L'aveu suppose qu'il n'y a pas d'écrit; il supplée les autres preuves. Cela se fait par lettre, ou dans un acte qui n'a pas pour objet de constater le fait litigieux, ce qu'on appelle une énonciation indirecte.

L'aveu extrajudiciaire peut se faire oralement. Aux termes de l'article 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 n'est point admissible ». C'est une conséquence des principes qui régissent la preuve testimoniale. La loi ne l'admet point quand il s'agit de choses excédant la valeur de cent cinquante francs. Dès lors elle ne pouvait pas admettre l'aveu verbal, puisqu'il aurait dû être établi par témoins, et au delà de cette somme elle n'ajoute plus foi aux témoignages. En ce sens, l'article 1355 dit qu'il est *inutile* d'alléguer un aveu verbal, puisque la preuve n'en serait pas reçue (n° 217).

299. Quelle est la force probante de l'aveu extrajudiciaire? La loi n'en dit rien. Fait-il pleine foi? Oui, s'il est sérieux, c'est-à-dire, si la déclaration a été faite avec l'intention qu'elle serve de preuve à la partie adverse. Mais il se peut qu'elle n'ait pas été faite dans cette intention; dans ce cas, la déclaration n'est pas un aveu, et ne fait aucune foi (n° 219).

L'aveu extrajudiciaire peut-il être révoqué? Si c'est un véritable aveu, non; car l'aveu extrajudiciaire est l'expression de la vérité

aussi bien que l'aveu judiciaire. Si l'aveu n'est pas sérieux, il est inutile de le révoquer, puisqu'il ne fera aucune foi (n° 220).

L'aveu extrajudiciaire peut-il être divisé? Non, puisque l'indivisibilité est de l'essence de l'aveu (1). Si l'aveu n'est pas sérieux, il ne fait pas foi, et dans ce cas la question de l'indivisibilité n'a aucun intérêt (n° 221).

SECTION VII. — Du serment

§ I. Notions générales.

Sommaire.

300. Le serment est-il un acte religieux?

301. Division.

300. Le code ne définit pas le serment; voici la définition que Pothier en donne : « C'est un acte *religieux* par lequel une personne déclare qu'elle se soumet à la *vengeance de Dieu*, ou qu'elle renonce à sa *miséricorde*, si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis; c'est ce qui résulte de cette formule : *Ainsi Dieu me soit en garde ou en aide : je veux que Dieu me punisse si je manque à ma parole.* » A notre avis, le serment n'est pas un acte religieux de son essence; c'est une affirmation morale; et cette affirmation se fait, non par la crainte de l'enfer, ou par l'espérance du ciel; elle se fait par respect pour la vérité, et par sentiment du devoir. Au point de vue légal, cela nous paraît incontestable. L'ordre civil est entièrement sécularisé, les actes civils n'ont plus de caractère religieux, et les actes religieux n'ont plus de caractère civil; dès lors le serment ne peut plus être un acte religieux; légalement parlant, il n'a plus d'autre sanction que le code pénal. La Constitution belge a encore étendu plus loin cette séparation entre la religion et l'État. L'État n'intervient point en matière religieuse: la religion ne doit pas intervenir dans les matières civiles. Notre Constitution fait plus que séculariser les actes religieux, elle les subordonne aux actes civils. La loi ne reconnaît plus de mariage religieux, elle ne reconnaît qu'un mariage civil. A plus forte

(1) Voyez, ci-dessus, n° 297.

raison n'y a-t-il qu'un serment civil; tout acte religieux est abandonné à la conscience des individus et est sans effet aux yeux de la loi (nos 222 et 225).

301. L'article 1357 dit que le serment judiciaire est de deux espèces : le serment *décisoire* et le serment *déféré d'office*.

§ II. Du serment décisore.

N° 1. CONDITIONS.

Sommaire.

302. Le serment décisore est une transaction forcée.

303. Il peut être déféré sans qu'il y ait un commencement de preuve.

304. Effet de la transaction.

305. Qui peut déférer le serment?

306. A qui peut-il être déféré?

307. Dans quelle contestation le serment peut-il être déféré?

308. Sur quels faits le serment peut-il être déféré?

309. Quand le serment doit-il être déféré?

302. Le serment décisore est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357). C'est une transaction qu'offre la partie qui défère le serment et que doit accepter celle à laquelle il est déféré. Si c'est le demandeur qui le défère, il dit implicitement à l'autre partie : « Si vous jurez que vous ne me devez rien, ou que vous m'avez payé, je vous tiendrai quitte. » Si c'est le défendeur qui défère le serment, il propose la transaction suivante : « Je vous payerai ce que vous réclamez, si vous jurez que je le dois. » La délation du serment est une transaction; en effet, le code dit que le jugement de la cause en dépend, et l'article 2044 définit la transaction : un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Si celui à qui le serment est déféré le prête, il obtient gain de cause; s'il refuse de le prêter, il succombe, parce que son refus implique l'aveu tacite que la demande est légitime. La loi permet encore à celui qui doit prêter le serment de le référer à son adversaire; dans ce cas, l'issue du procès dépend du parti que celui-ci prendra : prête-t-il le serment, il triomphe : le refuse-t-il, il succombe (n° 230).

Ce qui caractérise cette transaction, c'est qu'elle est forcée : la

partie à laquelle elle est offerte doit nécessairement prêter le serment ou le référer, sinon elle perd sa cause. En général, la transaction, comme toute convention, est libre. Pourquoi la loi permet-elle d'imposer une transaction sous forme de serment? Celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre de ce qu'on le laisse juge dans sa propre cause. Et celui qui défère le serment ne le fait que lorsqu'il n'a pas d'autre preuve; c'est une dernière ressource que la loi a dû lui donner, et dont il use à ses risques et périls (n° 231).

303. « Le serment peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué » (art. 1360). La raison en est que c'est par nécessité que le serment est déféré; il l'est précisément parce que l'on manque de preuves. D'ailleurs le serment implique une confiance absolue dans la bonne foi de celui qui doit prêter le serment : qu'importe dès lors que celui qui le défère soit sans aucune preuve (n° 232)?

304. La transaction par voie de serment met fin au procès, comme la chose jugée. Elle a un effet plus considérable que la décision du juge : celle-ci est soumise à des voies de recours, ordinaires ou extraordinaires; tandis que le serment empêche toute espèce de recours. On n'est pas même admis à prouver la fausseté du serment; la transaction produirait tous ses effets, quand même le parjure serait prouvé par un jugement criminel. C'est une conséquence rigoureuse de la transaction : celui qui l'a offerte s'est engagé à tenir pour vrai ce que l'autre partie déclarera sous la foi du serment; il ne peut plus revenir sur la convention (n° 233).

305. Qui peut déférer le serment? Le serment étant une transaction, il s'ensuit que l'on doit avoir la capacité de transiger, pour déférer le serment. Par application de ce principe, il faut décider que le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur ou de l'interdit qu'en observant les formes prescrites par l'article 467 pour les transactions (nos 234 et 237).

306. A qui le serment peut-il être déféré? Aux termes de l'article 1357, le serment est déféré par l'une des parties à l'autre. Il n'y a que la partie qui puisse transiger sur le fait litigieux. Ainsi le serment ne peut être déféré au mari qui autorise sa femme

à plaider; il n'est pas partie (n° 238). Il faut de plus que la partie soit capable de transiger, puisque celui à qui le serment est déféré concourt à la transaction (n° 240).

307. Dans quelles contestations le serment peut-il être déféré? L'article 1358 porte : « Le serment décisive peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Le serment met fin au procès par une transaction, et les parties peuvent toujours transiger, pourvu qu'elles aient la capacité requise et que l'objet du litige permette la transaction (n° 241). Si la loi dit qu'il peut être déféré sur toute contestation, cela signifie qu'il peut l'être dans les instances civiles et commerciales, sur le possessoire comme sur le pétitoire, en matière d'obligations ou de droits réels. Mais le serment étant une transaction, il en résulte qu'il ne peut être déféré que sur les objets dont les parties ont la disposition, car transiger, c'est disposer. On ne peut pas déférer le serment en matière d'état, parce qu'on ne transige pas sur des questions d'état, l'état n'étant pas dans le commerce. On ne peut pas déférer le serment contre la présomption de vérité attachée à la chose jugée : les parties ne peuvent pas disposer de ce qui est d'intérêt public. Par la même raison, on ne peut déférer le serment à celui qui invoque la prescription (nos 245 et 246).

308. Sur quels faits le serment peut-il être déféré? « Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère » (art. 1359). C'est un appel à la conscience; or, nous ne pouvons affirmer que ce qui nous est personnel; quant aux faits des autres, nous les ignorons, et quand même nous les connaîtrions, la conscience nous fait un devoir de ne pas affirmer ce que nous ne savons pas d'une manière certaine. Ainsi on ne peut pas déférer le serment à une partie sur le fait d'une personne dont elle est héritière (n° 248). L'article 2275 contient une exception à cette règle. La loi permet de déférer le serment à ceux qui opposent une courte prescription, puis elle ajoute : « Le serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. » C'est ce qu'on appelle le serment de *crédulité*; il déroge au principe établi par l'article 1359; la disposition est donc de stricte interprétation (n° 249).

Le serment ne peut être déféré que sur des faits relevant. On

entend par là des faits qui sont de nature à motiver le jugement de la contestation. Cette condition résulte de l'essence du serment décisoire. Il est déféré pour en faire dépendre le jugement de la cause (art. 1357); c'est pour cela qu'on l'appelle *litisdécisoire*; il faut donc que le fait soit tel, que son affirmation ou sa dénégation entraîne la décision du procès. De là résulte pour les juges du fait un pouvoir d'appréciation qui leur permet et leur fait même un devoir de refuser la délation de serment quand le fait n'est pas relevant; c'est au juge de voir si le fait a ce caractère (n° 251). Il faut généraliser cette règle, et poser comme principe que le serment doit être formulé de manière que la prestation ait pour effet de terminer le procès (n° 252).

309. Quand le serment doit-il être déféré? Il peut être déféré en tout état de cause (art. 1360); donc, tant qu'il y a cause, c'est-à-dire tant que le procès est pendant. La partie qui a succombé en première instance peut encore déférer le serment en appel (n° 255). Il suit de là que le serment peut être déféré après que tous les moyens proposés par la partie ont été rejetés. Cela se fera même régulièrement ainsi, puisque le serment est un moyen extrême, auquel on ne recourt qu'en cas de nécessité absolue (n° 257).

N° 2. EFFETS.

Sommaire.

- 310. Quand celui à qui le serment a été déféré peut-il le référer?
- 311. La partie qui a déféré le serment peut-elle se rétracter?
- 312. Dans quels termes le serment doit-il être prêté?
- 313. Quel est l'effet de l'acceptation du serment ou du refus de le prêter?
- 314. Quelle est la force probante du serment?
- 315. Conséquences qui en résultent.
- 316. Quelle est l'étendue de la force probante?

310. Celui auquel le serment est déféré doit le prêter; s'il le refuse, il succombe dans sa demande ou dans son exception. Toutefois il peut aussi référer le serment à son adversaire, quand le fait qui en est l'objet est celui des deux parties. Dans ce cas, celui à qui il est référé doit le prêter, sinon il succombe. Le serment ne peut pas être référé quand le fait n'est pas celui des deux parties; s'il est purement personnel à celui auquel le serment a été déféré,

il doit prêter le serment, sinon il succombe (art. 1361 et 1362) (n° 262).

311. L'article 1364 porte : « La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment. » Dans ce cas, la transaction est formée par le concours de volontés des deux parties. Mais tant que la déclaration n'est pas faite, il n'y a qu'une offre, et toute offre peut être rétractée, avant qu'elle soit acceptée (n° 263).

312. Dans quels termes le serment doit-il être prêté? C'est à la partie qui défère le serment de formuler les termes dans lesquels il doit être prêté; car c'est elle qui offre la transaction, et elle est libre de la proposer comme elle l'entend, pourvu que le fait sur lequel il est déféré présente les caractères voulus par la loi. La partie à laquelle le serment est déféré doit le prêter dans les termes formulés par l'autre partie; l'offre doit être acceptée telle qu'elle est faite, sinon il n'y a pas concours de consentement, et, par suite, le contrat ne peut se former. Et quand le serment déféré est accepté, il doit être prêté dans les termes proposés; la partie qui doit le prêter ne serait pas reçue à les modifier; si elle refusait de prêter le serment dans ces termes, il y aurait refus de prêter serment, et, par suite, elle succomberait dans sa demande ou dans son exception (n° 264).

313. L'article 1361 dit que celui auquel le serment est déféré et qui le refuse doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Et aux termes de l'article 1365, le serment fait forme preuve au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui. La rédaction de cette dernière disposition est inexacte. Quand celui à qui le serment est déféré l'accepte et le prête, ce serment fait ne forme certes pas preuve pour celui qui l'a déféré; c'est, au contraire, le refus de prêter serment qui fait preuve à son profit. D'un autre côté, le serment prêté fait toujours preuve au profit de celui qui le prête et contre celui qui l'a déféré (n° 270).

314. Le code ne dit pas quelle est la force probante du serment prêté ou refusé. Comme le serment est une transaction, on doit appliquer par analogie l'article 2052, aux termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La preuve résultant du serment prêté ou refusé

exclut donc toute preuve contraire. C'est une conséquence logique de la transaction; le serment étant prêté pour en faire dépendre le jugement de la cause, et étant accepté ou prêté comme tel, il en résulte un contrat par lequel les parties conviennent de s'en tenir à ce qui sera affirmé, ce qui exclut toute preuve contraire (n° 273).

315. L'article 1363 consacre une conséquence de ce principe : « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. » Celui qui défère le serment sait qu'il s'expose à la chance d'une fausse déclaration; il s'y soumet, c'est la loi du contrat. Dès que le serment est prêté, tout est consommé. Cela n'empêche pas que le faux serment puisse être poursuivi criminellement; mais le résultat du procès criminel, la condamnation du coupable, ne porte aucune atteinte à la transaction.

Du principe que le procès est terminé, comme il le serait par un jugement rendu en dernier ressort, suit encore qu'il n'y a plus aucun recours, ni ordinaire ni extraordinaire, contre la transaction (n° 274).

316. Quelle est l'étendue de la force probante résultant du serment? Puisque la transaction équivaut à la chose jugée en dernier ressort, il faut appliquer à la force probante qui résulte du serment les principes qui régissent la chose jugée. De là suit que le serment décisoire n'a d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle il a été déféré, et seulement entre les parties qui ont été en cause (n° 276). L'article 1365 contient des applications du principe :

« Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part du créancier. » Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la solidarité (1).

« Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. » C'est une disposition traditionnelle qu'il est difficile de justifier (n° 227, p. 312).

« Le serment déféré au débiteur principal libère les cautions. » Cette disposition est aussi empruntée à la tradition (p. 313).

« Le serment déféré à la caution profite au débiteur principal

(1) Voyez le t. II de ce cours, p. 486, n° 717.

lorsqu'il a été déféré sur la dette; il ne lui profite pas lorsqu'il a été déféré sur le cautionnement. » Cela est également traditionnel (p. 313).

§ III. Du serment déféré d'office.

Sommaire.

317. Division

317. Le juge peut déférer le serment à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation » (art. 1366). On appelle le premier serment *supplétoire* ou *supplétif*, et le second serment *in litem* ou *en plaid*.

N° 1. DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

Sommaire.

318. Qu'est-ce que le serment supplétoire? Règle d'interprétation.

319. Quelles sont les conditions requises pour que le juge puisse déférer le serment d'office?

320. Quel est l'effet de la délation et de la prestation du serment?

318. Le serment supplétoire est nommé ainsi parce que c'est un supplément de preuve que le juge demande à la conscience de l'une des parties, à laquelle il défère le serment. L'article 1366 s'exprime mal en disant que le serment est déféré *pour en faire dépendre le jugement de la cause*. Le juge ne fonde pas uniquement sa décision sur le serment; il ne le peut déférer que lorsqu'il y a un commencement de preuve; ce qui manque à la preuve est complété par le serment. C'est une différence essentielle entre le serment *supplétoire* déféré par le *juge* et le serment *decisoire* déféré par l'une des *parties*; ce dernier seul décide la contestation, et il la décide sans qu'il y ait une autre preuve, ni commencement de preuve (n° 280).

Pourquoi la loi permet-elle au juge de déférer le serment à l'une des parties? C'est une disposition traditionnelle qu'il est difficile de justifier. La délation du serment est un appel à la conscience, appel toujours chanceux. Appartient-il au juge d'adresser cet appel à l'une des parties sans le consentement de l'autre et

même malgré elle? On dit que le juge défère le serment pour assurer sa religion. C'est une singulière façon de tranquilliser sa conscience que de le faire aux dépens des plaideurs; si la demande ou l'exception ne sont pas suffisamment établies, le juge doit les rejeter, et sa conscience sera tranquille dès qu'il aura jugé en vertu des preuves légales (n° 281). Le serment supplétoire déroge donc au droit des parties. De là suit que le pouvoir accordé au juge doit être renfermé dans les limites du texte; on doit l'interpréter restrictivement, comme toute exception (n° 282).

319. Quelles sont les conditions requises pour que le juge puisse déférer le serment? L'article 1367 détermine ces conditions, et il le fait dans les termes les plus restrictifs: « 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° « Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée. » Lorsque la preuve légale est complète, le juge ne peut pas déférer le serment, quand même il serait convaincu que le fait légalement prouvé est faux, car il est tenu de juger d'après les preuves légales (1);

2° « Que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuve. » Dans le doute, le juge devrait s'abstenir d'adjuger les conclusions du demandeur ou du défendeur; la loi déroge à cette règle, sans bonne raison (n° 283).

320. Quel est l'effet de la délation? Le serment supplétoire n'est pas une transaction. c'est un supplément de preuve que le juge prescrit pour éclairer sa religion. De là suit que les principes qui régissent le serment décisoire à titre de transaction ne s'appliquent pas au serment supplétoire. La partie à laquelle il est déféré peut le refuser sans qu'elle doive succomber; c'est au juge d'apprécier s'il a des preuves suffisantes pour décider la contestation (n° 293). Le serment ne peut pas être référé par la partie à laquelle le juge l'a déféré (art. 1368); ce n'est pas à la partie de le déférer; le juge (n° 294) seul a le droit de décider quelle est la partie qui, par sa probité, mérite que le magistrat fasse appel à sa conscience (n° 294). Si le serment est prêté, le juge n'est pas lié, il reste libre de décider comme il l'entend (n° 296); la

(1) Voyez, ci-dessus, n° 186.

prestation du serment n'empêche pas l'appel, et la cour peut décider qu'il n'y a pas lieu de déférer le serment, ou elle peut le déférer à l'autre partie. L'appelant est admis à prouver la fausseté du serment, toute preuve pouvant être combattue par une preuve contraire (n° 297).

N° 2. DU SERMENT EN PLAIDS.

Sommaire.

321. Définition et conditions.

322. Effet de la délation et de la prestation du serment.

321. Le demandeur a justifié qu'il était bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses; mais la somme que le défendeur doit restituer reste incertaine, le demandeur seul en connaissant la valeur. Dans ce cas, le juge, pour fixer le montant de la condamnation, s'en rapporte à la déclaration que le demandeur fera sous la foi du serment (art. 1369). Par exemple, un voyageur dépose sa valise dans une hôtellerie; la valise est volée. Le vol est constant, mais le voyageur a seul connaissance de ce qui se trouvait dans la malle; le juge déférera le serment au demandeur sur la valeur des choses contenues en sa valise. Le serment en plaid est fondé sur la nécessité; il a, du reste, peu de danger, puisqu'il doit être pleinement prouvé que la demande est fondée. Dans l'espèce que nous venons de supposer, le dépôt de la valise est constant; il faut donc que l'hôtelier soit condamné à une restitution. En second lieu, on suppose qu'il est impossible de constater autrement la valeur que de déférer le serment au créancier (nos 299 et 301). Enfin le juge doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Le juge, dit Pothier, doit avoir égard, pour fixer cette somme, à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou moins de vraisemblance de ses allégations (n° 302).

322. Le serment en plaid est une simple voie d'instruction. Il ne peut être référé; le juge n'est pas lié par son jugement, puisque c'est un jugement interlocutoire; à plus forte raison, la prestation du serment ne lie-t-elle pas la cour d'appel, qui est libre de décider le procès comme elle l'entend (n° 304).