

Dans son sens général, le serment est un acte à la fois civil et religieux par lequel une personne prend Dieu à témoin de ce qu'elle affirme ou de ce qu'elle promet. Il y a donc deux sortes de serments. Le serment promissoire se rapporte à l'avenir et garantit la sincérité d'une personne, sa nature est celle d'une promesse, il ne rentre pas dans la théorie des preuves. Si le serment se rapporte au passé et garantit la vérité d'une affirmation, il est dit probatoire. Il se rattache alors à l'idée de preuve. Encore peut-il présenter des formes variables. Il peut être prêté au cours du procès pour certifier la vérité d'une allégation, il peut avoir lieu en dehors de tout procès, on dit qu'il peut être judiciaire ou extrajudiciaire. Le serment judiciaire lui seul nous intéresse peut d'ailleurs avoir une double fonction. Il peut subvenir à l'insuffisance ou à l'absence de preuve. S'il subvient à l'absence de preuve il permet au plaideur à qui la preuve incombe de ne pas l'apporter sans perdre néanmoins nécessairement son procès : c'est le serment décisoire. S'il subvient à l'insuffisance de la preuve, il complète la preuve, c'est le serment supplétoire. Ces deux formes de serments s'opposent autant par leurs conditions que par leurs effets, ils relèvent manifestement de catégories juridiques distinctes. Le serment supplétoire est une mesure d'instruction, un moyen de preuve appelé à asseoir la conviction du juge que les moyens proposés par les parties n'ont pu totalement persuader. Son originalité est, contrairement à une conception trop absolue de la neutralité du juge, de permettre au juge d'intervenir dans la preuve en déférant le serment aux plaideurs, la délation du serment supplétoire est abandonnée à sa discrétion. Il lui appartient d'apprécier si les moyens de preuve qui lui sont soumis sont ou non suffisants et s'ils peuvent être complétés par le serment tout comme il lui appartient d'apprécier la signification et la valeur probante du serment prêté ou refusé. Il appartient même au plaideur en cas de prestation de serment de discuter de la véracité du serment ou d'en démontrer la fausseté si le serment est seulement supplétoire. Comme la comparution personnelle qui permet aujourd'hui au juge d'interroger à son gré les plaideurs, le serment supplétoire apparaît comme un moyen offert au juge de s'éclairer sur le comportement des parties.

Tout autre est le serment décisoire. Ce qu'il présente de particulier c'est qu'il permet à l'une des parties de s'en remettre au serment de l'autre pour en faire dépendre le sort de la contestation. Le serment ainsi déféré met la partie à laquelle il est déféré dans l'alternative ou de la prêter ce qui lui fait gagner son procès, ou de la refuser ce qui lui fait perdre ou encore de le référer, si cela est possible, mais ce qui l'expose au parjure de son adversaire. Dans tous les cas la prestation du serment ou le refus du serment décidera du fait et du litige sans qu'il soit possible d'apporter autrement la preuve du fait en cause. Il exclut la possibilité même de la preuve d'un fait cependant décisif par hypothèse. Il est donc moins une preuve qu'une circonstance exclusive de la possibilité même de la preuve du fait dont dépend la solution du litige. C'est pourquoi il entre seul dans cette étude du fait à prouver.

L'effet du serment décisoire est d'autant plus remarquable, et même surprenant, que cette dispense de preuve procède de l'initiative de celui des plaideurs à qui incombe la charge de la preuve et qu'elle oblige son adversaire, en droit cependant d'exiger la preuve et par suite de se borner à élever une simple dénégation, à sortir de l'expectative où par application des règles concernant la distribution du fardeau de la preuve, elle pouvait, semble-t-il, se cantonner.

Une doctrine généralement reçue se flatte de rendre compte de ses résultats en analysant la délation de serment comme l'offre d'une transaction conditionnelle par laquelle celui qui défère le serment propose de renoncer à sa prétention si son adversaire prète le serment. Etrange transaction qui bien loin de prévenir ou de terminer le litige par des concessions réciproques n'offre d'autre alternative que le tout ou rien. Plus étrange encore cette offre prétendue que son destinataire ne peut refuser en restant sur ses positions. Le voici contraint, au lieu de laisser se poursuivre le procès en attendant que son adversaire fasse la preuve qui lui incombe, soit de

prêter le serment pour gagner son procès, soit de le refuser en se privant de toute défense si mieux n'aime référer le serment et abandonner la solution du litige à la bonne foi de son adversaire chargé cependant de faire la preuve. Et pourtant la jurisprudence s'est laissé séduire par cette étrange analogie, entre le serment décisive et la transaction, elle en a tiré maintes conséquences tant en ce qui concerne les conditions de la délation du serment que les effets de la prestation de serment ou du refus de prêter serment. Il ne faut pas être surpris que ces conséquences soient ordinairement fâcheuses. Comment être étendues sans dommage à une situation qui en est si différente ? En exposant les règles de droit positif concernant le serment décisive, nous les confronterons avec la conception doctrinale qui prétend les expliquer et nous essaierons de dégager une analyse de notre institution qui la délivre des conséquences fâcheuses que l'assimilation du serment à une transaction a introduites.

D'ores et déjà ce rapprochement du serment et de la transaction est suspect. Il est peu compatible avec le caractère religieux que les auteurs considèrent cependant comme l'essence du serment. Il est surtout fort décevant et ne permet pas d'embrasser toute la complexité de la situation. Pour le justifier, on raisonne comme si le serment était déféré dans la pensée qu'il serait prêté. Dans cette perspective, on peut sans doute tenir la plaideur qui a déféré le serment comme ayant renoncé d'avance à soutenir sa prétention, car il devra bien en effet l'abandonner si le serment est prêté. On peut encore admettre que l'offre de cette renonciation conditionnelle a été acceptée par l'adversaire s'il prête effectivement le serment. Mais ce n'est pas l'intention de celui qui défère le serment. Bien loin de renoncer à sa prétention, ce qu'il cherche c'est à la faire triompher. Démuni de preuve, il tente de se décharger du fardeau de la preuve. Confiant en son bon droit et en la conscience de son adversaire, il lui défère le serment parce qu'il compte qu'il refusera de se parjurer. Et de fait si le serment n'est pas prêté, quoique dépourvu de preuve, le plaideur triomphera. Voilà le but du serment décisive, mais c'est ce que l'idée de transaction ne peut d'aucune manière éclairer. Certes il est facile d'expliquer que le refus de prêter serment s'interprète comme un aveu. Si le fait sur lequel le serment est déféré est personnel à la partie à laquelle le serment est déféré, comment son refus de prêter serment pourrait-il s'interpréter autrement puisqu'il lui suffisait de prêter serment pour gagner son procès. Le silence ou le refus de comparaître ou de répondre au cours d'une comparution personnelle peut être considéré comme un aveu implicite, à plus forte raison le refus de prêter serment. Mais ce qu'il faut expliquer, et ce que la comparaison avec la transaction n'explique pas, c'est que la partie qui a la charge de la preuve puisse se restituer contre l'absence de preuve en plaçant son adversaire dans l'alternative de prêter serment ou de perdre son procès. Comment peut-elle priver ainsi son adversaire du bénéfice de sa situation de défendeur à la preuve et le débusquer en quelque sorte de l'expectative où sa qualité de défendeur à la preuve lui permettait de s'enfermer ? Le serment décisive apparaît ainsi comme un correctif apporté aux règles concernant la distribution du fardeau de la preuve. Comme l'action ad exhibendum, comme le droit de demander la comparution personnelle, le serment décisive est une manifestation du droit que le demandeur à la preuve a de réclamer la participation de son adversaire à la manifestation de la vérité. Il corrige ce que notre procédure accusatoire a de trop rigoureux et fournit au plaideur le moyen de forcer son adversaire dans ses retranchements, comme le serment supplétoire en fournit également au juge le moyen. Si telle est l'originalité irréductible du serment décisive, la meilleure méthode consiste à l'examiner d'abord et à tirer des justifications qui peuvent en être offertes les règles qui limitent son application. Nous étudierons donc d'abord les effets de la délation du serment pour préciser ensuite les conditions de la délation du serment décisive.

J. Chevalier, Cours de droit civil approfondi. La charge de la preuve, Les cours de droit, 1958/1959, spéc. p. 155 et s

