



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master II Justice et droit du procès
Dirigé par Cécile Chainais
2023-2024**

Le serment décisoire

DANIEL Alexandre

**la codirection de Monsieur le Professeur Laurent PFISTER et de
Madame la Professeure Lucie MAYER**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Justice et droit du procès

*Sous la codirection de Monsieur le Professeur Laurent PFISTER et de Madame la
Professeure Lucie MAYER*

Le serment décisoire

Mémoire de recherche

Par

DANIEL Alexandre

Année universitaire 2023 – 2024

AVERTISSEMENT

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

C. civ.	Code civil
Coll.	Collection
Cp.	Code pénal
Cpc.	Code de procédure civile
Dir.	Dirigé par
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
LGDJ	Librairie Générale de droit et de Jurisprudence
Mél.	Mélanges
<i>Op.cit.</i>	<i>opus citatum</i> (Oeuvre précédemment citée)
P.	Page
Par. ex.	Par exemple
PUF	Presses universitaires de France
T.	Tome
V.	Voir.

SOMMAIRE

<u>SOMMAIRE</u>	<u>1</u>
<u>INTRODUCTION GÉNÉRALE</u>	<u>1</u>
<u>PREMIÈRE PARTIE : Ontologie du serment décisore, ou la levée des causes de la défiance</u>	<u>14</u>
Chapitre 1 - L'opportunité du serment décisore pour l'ordre juridique français	14
Section 1 - La possibilité du serment dans un ordre juridique laïc	14
Section 2 - L'utilité du serment décisore pour le procès civil	23
Chapitre 2 - L'identification de la nature juridique du serment décisore	29
Section 1 - L'approche classique : une convention	29
Section 2 - L'approche renouvelée : une mesure d'instruction	37
<u>SECONDE PARTIE - Régime du serment décisore, lieu d'expression de la défiance</u>	<u>46</u>
Chapitre 1 - Les strictes conditions d'admission	46
Section 1 - L'interprétation restrictive des conditions textuelles	46
Section 2 - La condition prétorienne de « nécessité », ou l'immixtion du juge	60
Chapitre 2 - L'inefficacité des sanctions, pourtant nécessaires à la sincérité du serment	75
Section 1 - La discordance entre les effets théoriques de la sanction pénale et leur réalité	75
Section 2 - L'ignorance des sanctions extrajuridiques	85
<u>Conclusion</u>	<u>97</u>

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Introduction. « Comment Napoléon avait-il pu être aussi naïf ?¹ » Jean Carbonnier en écrivant ces mots ne pensait ni au rêve de l'Empereur d'une Europe sous son joug ni au projet d'envahir l'Angleterre ; il ne songeait guère davantage au succès de la Campagne de Russie ou du dessein de l'Aigle - après les Adieux de Fontainebleau - de quitter l'exil pour retrouver le trône, éphémère ambition, elle dura Cent-Jours... Non, Jean Carbonnier songe à un objet plus modeste mais plus antique, puisque né avec le mensonge, c'est-à-dire avec les hommes ; un objet bien peu connu aujourd'hui, qui était tout aussi obscur alors, nommé serment décisoire et que le Code Napoléon décida de conserver quand l'histoire semblait commander sa disparition.

À vrai dire, rien ne nous permet d'affirmer une intervention personnelle de l'Empereur pour maintenir dans la législation le serment décisoire : l'emphase dès lors est-elle toujours justifiée ? Elle l'est sans aucun doute, il suffit d'exposer bien succinctement le mécanisme pour s'en convaincre : lors d'un procès, si une partie défère à l'autre le serment décisoire, que l'adversaire jure, ce dernier l'emporte dans la cause. Drôle de mode de preuve que celui-là : « Qu'en jurant de ne rien devoir, un débiteur pût ne rien devoir, c'était à n'y pas croire. “ Trop facile ! ”, cette preuve ne fait pas sérieux² ». Malgré l'étonnement, le serment décisoire relève bien du droit positif, et du droit positif le plus vénérable qui soit : celui du Code civil. C'est pourquoi son étude présente quelque intérêt, et c'est pourquoi nous avons entrepris de la faire.

2. Définition du serment. Le serment décisoire est une espèce de serment. Selon une définition académique, le serment est l' « affirmation solennelle de quelqu'un en vue d'attester la vérité d'un fait, la sincérité d'une promesse, l'engagement de bien remplir les devoirs de sa fonction³. », définition de laquelle les deux éléments distinctifs du serment ressortent clairement : sa forme et sa fonction.

Le serment est un acte solennel : « Jurer c'est prononcer certaines paroles en accomplissant certains gestes⁴ ». Tout le monde se figure l'image classique d'une personne debout, la main droite

¹ **CARBONNIER Jean**, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., Le Serment. 2. Théories et devenir. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 397-398

² *Ibid.*

³ Dictionnaire en ligne Larousse ; selon une définition plus académique encore pour les juristes, le Cornu le définit comme une « Affirmation solennelle (à l'origine religieuse), orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ou atteste en le jurant de la véracité d'une déclaration. » (**CORNU Gérard** (Dir.), Vocabulaire juridique, 14^{ème} édition, 2023 : PUF, collection Quadriges)

⁴ **BILLACOIS François**, « Le corps jureur : pour une phénoménologie historique des gestes du serment », dans : Raymond Verdier éd., Le Serment. 1. Signes et Fonctions. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 93

levée et qui s'adressant à la multitude articule ces mots : « Je le jure ». L'histoire de l'humanité est traversée par cette cérémonie, du serment des Horaces au serment du Jeu de Paume.

La forme du serment est au service de sa fonction, celle d'authentifier une affirmation⁵. Le serment est une garantie ajoutée à la parole lorsque celle-ci n'est pas suffisante pour gagner l'adhésion des destinataires. En ce sens, le serment est une sûreté, « et cette sûreté consiste en la confiance qu'on peut avoir, que celui qui jure ne violera pas un devoir⁶ », dont le premier est d'être vrai dans ses déclarations et fidèle à ses promesses, or nous savons « que plus les devoirs sont importants, plus on est de tout temps, enclin à les violer (...) Voilà pourquoi on a dû songer, il y a déjà de nombreux siècles, à un moyen assez puissant pour déterminer l'homme, dans des cas importants, à dire la vérité et à accomplir ses promesses. Le moyen qui fut d'abord et le plus souvent appliqué est connu sous le nom de “serment”⁷ ».

La garantie offerte par le serment consiste dans la sanction de sa violation, car le serment transforme le mensonge en parjure : « dire “Je jure”, c'est se mettre en danger⁸. ». Historiquement, elle puise sa force dans la religion dans la mesure où la formule du serment invoquait la divinité, prise comme témoin et garante des paroles. Nous verrons dans nos développements ce qu'il en est aujourd'hui des fondements du serment, dans un monde où l'on a pu affirmer la mort de Dieu⁹.

3. Typologie des serments. Les serments se rangent en deux grandes classes : le serment promissoire d'une part, le serment probatoire de l'autre.

Le serment promissoire consiste dans l'engagement de se comporter à l'avenir conformément aux devoirs attendus du statut nouvellement acquis, avec pour dénominateur commun celui d'un « idéal de loyauté et de dignité¹⁰ ». Il est requis pour entrer dans de nombreuses fonctions, notamment judiciaires : ainsi des magistrats, des avocats, des notaires ou des commissaires de justice. Le serment politique en est également une déclinaison, il se distingue du serment « professionnel ou statutaire » en ce qu'il est plutôt un acte d'allégeance à une autorité, impliquant « fidélité et loyauté¹¹ », quand celui-là marque une soumission à des valeurs.

⁵ DEHARO Gaëlle, « Serment judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §3 : « le serment authentifie une affirmation. (...) La vérité subjective ne pouvant être garantie extérieurement, le serment vient authentifier la parole du plaideur qui engage pour garantir celle-ci une valeur telle que l'honneur, la foi, l'honnêteté ou encore la confiance publique, qui se perd en cas de parjure. »

⁶ DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777, p. 289

⁷ BURKLY Charles, *Étude sur le serment judiciaire et extra-judiciaire*, Faculté de droit de Genève, 1882, p. 69

⁸ LECOINTRE Simone, « « Ma langue prête serment... » », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 9

⁹ NIETZSCHE Friedrich, *Le Gai Savoir*, Livre troisième, 125.

¹⁰ CADIET Loïc (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1223

¹¹ PHILIP-GAY Mathilde (dir.), « La laïcité dans la justice », 2019 (Rapport de recherche de la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 49-50, v. les longs développements consacrés aux différents types de serment et des tableaux regroupant tous les serments promissoires et probatoires présents au sein du service public de la justice.

Le serment probatoire quant à lui consiste dans l'affirmation de la véracité d'un fait passé en vue de constituer une preuve. La frontière est pour tout dire ténue avec le serment promissoire. Par exemple, lorsqu'un témoin prête serment de dire la vérité devant le juge civil - obligation résultant de l'article 211 du Code de procédure civile -, il s'engage au regard de son statut de témoin à être sincère dans ses réponses aux questions futures du juge, lesquelles pourront servir de preuves pour ou contre la réalité d'une situation passée.

En outre, le serment peut être judiciaire ou extrajudiciaire. Il est judiciaire lorsqu'il est prêté devant le juge, il est extrajudiciaire dans les autres hypothèses. Par exemple, le serment probatoire extrajudiciaire est celui prêté - devant un tiers ou non - en exécution d'une convention passée hors de justice, par laquelle les parties conviennent de faire dépendre la solution du conflit de son résultat. Hypothèse extrêmement rare à la vérité, quand le serment promissoire extrajudiciaire est très courant.

4. Le serment probatoire et judiciaire. Le serment décisoire est - avec le serment supplétoire, également appelé serment déféré d'office - l'une des deux figures du serment judiciaire probatoire dans la législation française¹². Ils sont codifiés aux articles 1384 à 1386-1 du Code civil depuis la réforme du droit de la preuve intervenue en 2016¹³, laquelle a modifié la numérotation et modernisé la langue des textes, sans volonté d'en changer la substance, sauf la suppression du serment estimatoire.

Il convient de les présenter succinctement : le serment supplétoire puisqu'il est souvent comparé avec celui décisoire, et ce dernier car il est l'objet de notre étude, et qu'il y a lieu d'apercevoir en substance son mécanisme pour ensuite le mieux examiner. Présentation volontairement académique et élémentaire afin d'introduire au mieux les développements ultérieurs¹⁴.

¹² L'ancien art. 1357 C. civ. disposait ainsi :

« Le serment judiciaire est de deux espèces :

1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé "décisore".

2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties. »

¹³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; auparavant, le serment judiciaire était réglementé par les articles 1357 à 1369 du même Code.

¹⁴ V. CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge et MAYER Lucie, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Précis Dalloz, 2022, p. 601, §782 et s. ; ce manuel sera notre source première s'agissant de la présentation élémentaire et sans polémique du serment judiciaire, puisqu'il est l'un des ouvrages de références des juristes actuels.

5. Présentation du serment supplétoire¹⁵. Le serment supplétoire, réglé par les articles 1386 et 1386-1 du Code civil, est celui déféré d'office par le juge, *motu proprio* ou à la demande d'une partie, afin de parfaire sa conviction. Il est présenté comme une mesure d'instruction de laquelle résulte une preuve par intime conviction, autrement dit dont la force probante est laissée à la libre appréciation du juge. S'il en résulte une preuve, elle est dite - dans un système de légalité probatoire comme le nôtre - imparfaite, c'est-à-dire insusceptible de prouver à elle seule un acte juridique. Imperfection étendue en quelque sorte à la preuve des faits juridiques, puisque le juge n'est pas libre de le déférer : il doit d'une part exister un commencement de preuve rendant vraisemblable le fait litigieux, d'autre part ledit fait ne doit pas d'ores et déjà être prouvé. C'est en ce sens que l'article 1386-1 dispose que « Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que si elle n'est pas pleinement justifiée ou totalement dénuée de preuves ».

Le serment déféré d'office par le juge ne peut pas être référé par son destinataire à son adversaire, contrairement au serment décisoire. Référer le serment, on dit également « la relation du serment », est l'hypothèse dans laquelle une partie appelée à jurer décide de reporter sur l'autre partie la charge de jurer, comme le dit joliment Jean Carbonnier : « il peut y avoir ping-pong¹⁶ ».

Antérieurement à la réforme de 2016 existait le serment estimatoire¹⁷ ou « ad litem ». Il s'agissait pour le juge de le déférer au gagnant lorsque la valeur de la chose demandée, c'est-à-dire le montant de la condamnation, était incertaine et impossible à constater autrement. Le juge pour éviter un abus fixait une somme maximale, si le gagnant jurait devoir profiter d'une somme égale ou inférieure, il était cru sur son serment.

6. Présentation du serment décisoire. Le serment décisoire est très différent, et bien plus curieux. Il est codifié aux articles 1385 à 1385-4 du Code civil. Il s'agit d'un serment déféré par un plaideur à son adversaire pour en faire dépendre le jugement de la cause¹⁸. Ainsi est-il « un mode de preuve parfait, car il permet, lorsqu'un plaideur le prête à propos de certains faits du litiges, de clore ce dernier par la présomption selon laquelle la parole reflète la vérité¹⁹ ». Autrement dit, une fois le serment prêté, le juge ne dispose plus d'aucun pouvoir d'appréciation relativement à la réalité du

¹⁵ V. VERGÈS Étienne, VIAL Géraldine et LECLERC Olivier, *Droit de la preuve*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2022, p. 590 et s.

¹⁶ CARBONNIER Jean, *Droit civil : introduction*, 27^e éd. PUF, 2002, p. 397

¹⁷ Art. 1369 anc. C. civ.

¹⁸ Civ. 3^e, 22 février 1978, 76-13.705, Publié au bulletin : « Le serment décisoire, qui ne peut être déféré que pour en faire dépendre le jugement de la cause, a pour effet nécessaire de terminer le litige de façon définitive et absolue. Lorsqu'il a été accepté et prêté, le juge perd tout pouvoir d'appréciation. »

¹⁹ *Op. cit.*, Précis Dalloz, p. 600, §782

fait sur lequel il portait. Or ledit fait étant à lui seul déterminant de la solution du litige, il emporte en même temps la décision du juge, c'est pourquoi il est dit « décisoire ».

Généralement, le serment est déféré par une partie lorsqu'elle ne dispose pas d'autres preuves suffisantes, par exemple si elle est poursuivie en paiement d'une dette qu'elle affirme avoir déjà payé ; sans preuve quelconque de ce fait juridique, elle dispose en quelque sorte d'un « ultime recours²⁰ » en déférant le serment. D'une certaine manière, comme l'écrit Loïc Cadiet : « il s'agit de regarder l'adversaire dans les yeux et de le mettre au défi de mentir : *Toi et moi, savons ce qui s'est réellement passé*²¹ ».

7. Domaine et conditions d'admission. Le serment décisoire à un large domaine, aux termes de l'article 1385 du Code civil, il « peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause ». Il peut donc être déféré en première instance ou en cause d'appel, et *a priori* devant toutes les juridictions judiciaires, sauf celles pénales et devant la Cour de cassation, puisqu'il porte sur un fait et non sur le droit.

Pour être recevable, le serment doit porter sur un fait personnel (art. 1385-1 C. civ.) à la partie à laquelle on le défère et pertinent pour la solution du litige. En outre, il résulte de la jurisprudence que la serment peut être rejetée par le juge si la mesure n'est pas nécessaire ou pertinente, à condition de motiver la décision sur ce point. Enfin, il doit porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

8. Procédure. Le Code de procédure civile organise aux articles 317 à 322 la procédure des deux types de serment, sans les « distinguer avec la netteté souhaitable²² » ainsi que le fait remarquer avec juste raison le Précis Dalloz, nous y reviendrons.

En substance, aux termes de l'article 317 Cpc., la partie ou son représentant muni d'un pouvoir spécial (art. 322 Cpc.) défère le serment décisoire au moyen de conclusions, où elle énonce les faits sur lesquels elle le défère, le juge l'ordonne s'il est admissible et retient les faits pertinents sur lesquels il sera reçu. Ce jugement peut être frappé de recours immédiatement, c'est-à-dire indépendamment de la décision sur le fond (art. 320 Cpc.), il fixe la date de la prestation, formule la question soumise au serment, et indique que le faux serment expose son auteur à des sanctions pénales ainsi que l'effet du serment décisoire, à savoir la succombance de l'adversaire s'il refuse de

²⁰ CARBONNIER Jean, *Droit civil : introduction*, 27^e éd. PUF, 2002, p. 353

²¹ *Op. cit.*, CADIET

²² CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge et MAYER Lucie, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Précis Dalloz, 2022, p. 601, §785

le prêter ou ne le réfère pas, dans tous les cas le jugement ordonnant le serment lui est notifié (art. 319 Cpc.). En effet, contrairement au serment supplétoire, le décisoire peut être référé à l'autre partie, sauf si le fait est purement personnel à la partie à laquelle il a été déféré (art. 1385-1 al. 2 C. civ.).

9. Mécanisme et effets. Il en résulte deux situations possibles : soit la partie prête le serment, soit elle le refuse.

Si le plaideur auquel le serment a été déféré ou référé accepte le serment, il doit le prêter à l'audience et en personne, sauf empêchement légitime, alors le tribunal peut se transporter chez lui ou devant le tribunal du lieu de sa résidence, mais dans tous les cas la prestation à lieu l'autre partie présente ou appelée (art. 321 Cpc.). La partie à l'origine de la délation ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle est prête à faire ce serment (art. 1385-3 al. 1 C. civ.). Une fois celui-ci prêté, il emporte la preuve parfaite du fait litigieux, puisque l'adversaire ne peut pas rapporter la preuve de sa fausseté (art. 1385-3 al. 2 C. civ.). Ainsi le juge doit-il le tenir pour vrai et rendre un jugement conforme à cette vérité nouvellement établie, autrement dit celui qui a prêté serment gagne le procès. Un faux serment (art. 434-17 du Code pénal) reconnu pénalement peut toutefois ouvrir la voie du recours en révision (art. 595 Cpc.). Le serment en principe n'a qu'un effet relatif : « il ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré et de ses héritiers et ayants cause » (Art. 1385-4 C. civ.), avec quelques exceptions, toujours en faveur des tiers, le serment ne pouvant leur faire grief. Par exemple, le serment déféré au débiteur principal libère la caution, mais le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

Seconde hypothèse : si le plaideur refuse le serment qui lui a été déféré ou référé, il « succombe dans sa prétention » (art. 1385-2 C. civ.), autrement dit il perd le procès, car le juge tient les affirmations de celui qui a déféré ou référé le serment comme avérées, et rend un jugement en ce sens. Il s'agit en quelque sorte d'un aveu forcé par abstention.

Au regard de la radicalité de ses effets, à la fois ceux du refus et ceux de la prestation du serment, on y voit « à la fois une preuve légale et un mode de disposition du droit²³ », nous reviendrons dans les développements sur ce point. Mais ce qui est sans doute plus remarquable encore s'agissant du serment décisoire est sa permanence à travers le temps.

²³ CORNU Gérard (Dir.), Vocabulaire juridique, 14ème édition, 2023 : PUF, collection Quadrige

10. Permanence de l'institution. Le serment semble être une pratique universelle, son étude permet de remonter aux âges les plus anciens²⁴, il semblerait d'ailleurs - à en croire les Écritures - que « Dieu lui-même à juré²⁵ », enfin ce point est discuté, laissons-le aux théologiens. Les hommes quant à eux ont toujours juré, selon des rites différents et à des fins diverses, mais ils ont toujours jurés. Voilà sans doute la raison qui explique le « goût contemporain pour le serment, alors même qu'il apparaît désuet, archaïque ou dépassé²⁶ », du moins elle explique la nôtre. Examiner le serment, c'est examiner l'humanité, dans sa misère et sa grandeur. Constat partagé par le Chevalier de Jaucourt qui, dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, après avoir brièvement exposé l'histoire du serment, avance que son étude permet de « remarquer un mélange surprenant de sagesse & de folie, de vérité & de mensonge : tout ce que la religion a de plus vénérable & de plus auguste confondu avec tout ce que la superstition a de plus vil & de plus méprisable. Tableau fidèle de l'homme qui se peint dans tous ses ouvrages, & qui n'est lui-même, à le bien prendre, qu'un composé monstrueux de lumière & de ténèbres, de grandeur & de misère²⁷ ».

Le serment décisoire comme espèce particulière de serment n'est pas moins antique, à Rome déjà le retrouve-t-on sous la forme du *serment nécessaire*. Outre l'existence même de l'institution, c'est la stabilité de son régime qui est remarquable, le mécanisme est resté en somme identique depuis des millénaires. Le droit se mêle à l'histoire, et tous les propos des anciens valent encore pour le serment d'aujourd'hui. Sans doute est-ce dû en grande partie à la simplicité du mécanisme et la rareté de son utilisation depuis quelques siècles. Mais une telle stabilité - les développements dans le Précis Dalloz de procédure civile n'ont pas changé depuis 2008 au moins - n'implique pas nécessairement qu'il n'y aurait plus rien à dire à son propos. Si les données restent les mêmes, un nouveau regard est toujours possible, et souvent fécond.

La première cause de cette stabilité depuis quelques décennies est d'abord imputable à la méconnaissance des juristes de l'existence même du serment décisoire, peu ou pas enseigné à l'université, comme le droit de la preuve en général, matière pourtant au programme de la première année de droit au sein du cours consacré à l'introduction au droit, qui faute de temps se termine avant la présentation des modes de preuve. Et si, - on ne sait comment - le programme arrive à son terme, on réserve le serment décisoire à un examen ultérieur. Déjà Jean Carbonnier rapporte que :

²⁴ Pour une histoire du serment, v. not. : **DEHARO Gaëlle**, « Serment judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §6 et s. et pour une étude approfondie, v. **BURKLY Charles**, *Étude sur le serment judiciaire et extra-judiciaire*, Faculté de droit de Genève, 1882

²⁵ **JULIEN Pierre**, « Un chrétien peut-il jurer », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *Mél. en l'honneur de S. Guinchard* : Dalloz, 2010, p. 286, affirmation tirée de Genève, 22, 16 et 17

²⁶ **BOUDON Julien**, « Ouverture », dans *Le serment : perceptives juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 10

²⁷ *L'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert*, Exemplaire Mazarine, Vol. XV, p. 99

« Malgré ce que le jeu pourrait présenter d'amusant, on préférerait, de mon temps, dans l'enseignement de licence, passer légèrement sur cette *ultima ratio* de la théorie des preuves. Il n'aurait pas été de bonne pédagogie de montrer prématurément aux apprentis juristes que non seulement le droit, mais aussi le fait est glorieusement incertain. Le doute, estimait-on, est une matière de doctorat²⁸ ».

En sorte que Didier Guével a raison lorsqu'il écrit qu'avec le serment décisoire, nous nous trouvons en présence « d'une sorte de monument du droit processuel, directement issu du Droit romain, qui a traversé les âges et n'en mérite que plus de respect et ce d'autant qu'il ne s'agit pas d'une simple allusion théorique et révérencielle de la loi, mais d'un procédé détaillé et toujours utilisé²⁹ », mais dans quelle mesure l'est-il encore ? Il convient de faire un état des lieux, qui aboutira - nous pouvons déjà le dire - au constat de sa rareté.

11. Statistiques³⁰. Tous les auteurs subodorent, d'une part que le serment décisoire est rarement utilisé, d'autre part qu'il n'est pas non plus totalement tombé en désuétude. Pour corroborer ces intuitions, il faudrait des chiffres officiels, qui n'existent pas. Mme la Professeure Lisa Veyre l'a constaté dans son étude récente relative au serment judiciaire³¹. Une recherche sur Légifrance permet seulement de constater les dizaines de décisions des années 1960 à aujourd'hui rendues par la Cour de cassation à propos du serment décisoire, signe de la persistance de l'institution, mais qui renseignent fort peu sur l'étendue de son existence devant les juridictions du fond. L'*open data* des décisions de justice, mise en place récemment et accessible grâce à Judilibre offre un outil *a priori* utile, toutefois la base de données est encore trop faiblement fournie pour en tirer des conclusions scientifiques.

Aussi a-t-elle eu recours à un procédé plus « artisanal » selon ses termes, à savoir interroger les praticiens directement ou par l'intermédiaire de forums de discussion, comme Thémis. Sur la vingtaine de magistrats civilistes interrogés, comme pour les six avocats, ils n'ont pour la plupart jamais vu le serment judiciaire (décisoire et supplétoire) dans une affaire. Quelques magistrats retraités lui ont indiqué en avoir vu ou fait déférer un seul, sauf un magistrat qui utilisait

²⁸ CARBONNIER Jean, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., Le Serment. 2. Théories et devenir. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 397

²⁹ *Op. cit.*, GUÉVEL, §6

³⁰ Il existe quelques statistiques du recours au serment décisoire aux 19^e siècle. On observait déjà une lente décroissance : 970 serments décisaires déférés en 1840, environs 550 en 1860, 500 en 1880 et 370 en 1896. V. le graphique reproduisant le nombre de serments décisaires et supplétoires déférés chaque année en 1840 et 1896 dans CHARRIER Charles, *Le Serment, étude de droit positif et de législation*, 1899, p. 212 (disponible ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5797631z/f229>)

³¹ VEYRE Liza, « Le serment judiciaire », dans *Le serment : perceptions juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 52-53

régulièrement le serment supplétoire, comme une forme plus solennelle de comparution d'une partie et un moyen de renouer le dialogue.

Dans cette même lignée, nous avons entrepris de réaliser un sondage auprès des professionnels du monde judiciaire. Nous avons eu 74 réponses, dont 50 magistrats et 24 avocats. 14% des magistrats ne connaissent pas l'existence même du serment décisoire, ils sont 30% à ne pas connaître celle du serment supplétoire, chiffres à peu près identiques pour les avocats. 86% des magistrats n'ont jamais rencontré le serment décisoire dans une affaire, 7 magistrats l'ont déjà rencontré, et 5 d'entre-eux répondent qu'il termina le litige. Le serment supplétoire est encore plus rare : 94% des magistrats et tous les avocats déclarent ne l'avoir jamais rencontré. Ils en tirent cette conséquence que, pour 80% des magistrats et 54% des avocats, le serment décisoire est anachronique, une idiote survivance du passé, et devrait donc être supprimé, l'un des magistrats affirmant clairement que « ces textes devraient être abrogés depuis longtemps », ; un autre relativise en affirmant qu'« il interroge aujourd'hui sur la valeur que chacun accorde à sa propre parole et partant à celle qui peut lui être accordée. ». Un avocat nuance, expliquant que « plutôt qu'un anachronisme, les conditions du serment décisoire [lui] paraissent trop strictes pour pouvoir être accueillies aisément. », nous verrons dans nos développements la justesse de ces propos³². Pour autant, le serment en lui-même ne leur semble pas un rite dérisoire, puisqu'à la question de savoir s'ils accordent de l'importance au serment prêté par eux pour entrer dans leurs charges : 98% des magistrats et 95% des avocats répondent par l'affirmative.

12. Critiques. Le constat de la rareté du serment décisoire s'explique par les nombreuses critiques qui lui sont adressées, cela depuis presque toujours, et l'auteur d'une thèse qui lui est consacré n'hésite pas à affirmer qu'« il n'y a peut-être pas d'institution qui ait été plus critiquée ni plus combattue que celle qui nous occupe³³ ». En substance, il est jugé inutile, dangereux et suranné.

Inutile car il ne permettrait pas de parvenir à la vérité, Pothier s'en faisait déjà l'écho : « Je ne conseillerais pas néanmoins au juge d'user souvent de cette précaution, qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures. Quand un homme est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment, pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû, et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit ; et quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer. Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois, qu'une partie ait été retenue par le religion du

³² Un autre avocat écrit : « J'ai songé à déférer le serment dans un seul dossier (en 25 ans de vie professionnelle!) mais ai renoncé à le faire en définitive car de mémoire, cela me semblait un peu trop risqué ou compliqué... »

³³ **PERRET Georges**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 2

serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu³⁴ ». Nous verrons qu'il y a peut-être un juste milieu entre le vice et la vertu, que s'il est vrai que des hommes sont indifférents à l'acte même ou à la pompe qui l'accompagne, l'homme moyen pourrait y être sensible. Inutile également parce qu'il existe désormais d'autres moyens de preuve plus scientifiques, de sorte qu'il est rare qu'une partie n'ait à sa disposition *in fine* que le serment décisive, même lorsqu'il s'agit de la preuve d'un acte, eu égard à la possibilité de le prouver par un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve.

Dangereux car, si la prestation du serment a lieu, elle forme une vérité judiciaire « qui présente une totale autonomie par rapport à la vérité effective³⁵ », constitutive d'un « faux absolu³⁶ », alors même que « la recherche de la vérité (...) constitue la dynamique profonde du procès civil³⁷ », puisque « le rationalisme de notre pensée juridique semble avoir définitivement établi un principe de concordance entre vérité judiciaire et réalité objective³⁸ ». Dangereux sur le plan moral également, car ainsi que le relève Bentham³⁹, le serment instaurerait une hiérarchie dans le mensonge, celui simple laissé impuni quand la sanction serait réservée au parjure, or le mensonge est en lui-même condamnable, peu important l'apparat dont il est revêtu.

Suranné enfin, pour trois raisons au moins. Premièrement le serment, dont les origines sont fortement religieuses, n'aurait plus sa place dans nos sociétés laïques, il enfreindrait la liberté de consciences des individus. Ainsi imagine-t-on « mal que le serment puisse longtemps survivre au crépuscule des dieux⁴⁰ », lui qui n'aurait plus aucune efficacité « dans l'espace homogène et isotrope d'une société, dont tous les membres croient être les seuls auteurs des institutions et des règles auxquelles ils sont assujettis⁴¹ ». Deuxièmement, il irait contre le mouvement général du droit laissant au juge la plus grande liberté pour apprécier la valeur probante des éléments de la cause, contre le principe des preuves légales qui gouverne toujours la législation française. Troisièmement, il irait contre un autre mouvement historique, celui du consensualisme, c'est-à-dire la suffisance de la parole pour engager sa personne, en ce sens Henri Lévy-Bruhl peut-il écrire : « Pour que le serment joue de nouveau un rôle important dans la vie juridique et sociale, il faudrait que se

³⁴ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 448

³⁵ MOURRE Alexis, « Réflexions sur le serment décisive », *Gaz. Pal.* 12 juin 1994, p. 798

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, par. Dumont Étienne, t. 1, Paris : Bossange frères, 1823, p.132-133 : « Mais dans la pratique de la plupart des tribunaux, le mensonge juridique n'est puni que dans le cas où, par cette addition casuelle, il a été converti en parjure. (...) L'idée du délit ayant été transférée au parjure, il est arrivé que dans le cas du mensonge simple le délit a paru moins grave, et l'on n'y a point attaché de peine : c'est comme une permission virtuelle accordée au faux témoignage. »

⁴⁰ SCUBLA Lucien, « Le serment dans les écrits politiques de Jean-Jacques Rousseau », dans *Le Serment. 2. Théories et devenir*, Edité par VERDIER Raymond. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 105

⁴¹ *Ibid.*

produisit ce double phénomène consistant, d'une part, dans un renouveau de la ferveur religieuse et, d'autre part, dans une régression du consensualisme⁴² ».

13. Fondements profonds de la défiance. Toutes ces raisons expliquent les préventions de notre droit à l'égard du serment. Peut-être en existe-t-elle encore une plus profonde et propre au serment en général, c'est qu'il est pour l'homme le témoin d'un échec, le nôtre. Ferrière dans son dictionnaire paru en 1749 écrit : « il faut demeurer d'accord que le serment n'a été introduit qu'à la honte de l'humanité⁴³ », car il est - comme l'écrit Domat - l'expression de « l'inconstance et [de] l'infidélité des hommes⁴⁴ ». Ainsi, reléguer le serment loin de nous permet de nous préserver de notre image, puisque « si le miroir se trouble, l'homme en vient fatalement à douter de l'estime qu'il a pour lui-même⁴⁵ ».

Plus prosaïquement aussi, défiance motivée par le caractère profondément dérogoire du serment décisive, puisque « lui donner effet est une dérogation remarquable au principe interdisant de se constituer unilatéralement un titre à soi-même⁴⁶ ». En toute logique, une partie ne peut être admise - ou du moins est-ce suspect - à rapporter une preuve dont elle est l'auteur, c'est pourquoi l'écrit pour être produit à ce titre doit provenir de la partie adverse. Ici, la preuve n'incombe pas à la partie qui devrait normalement en supporter la charge, puisque ce n'est pas l'auteur de la prétention qui doit supporter le fardeau probatoire mais l'adversaire, même si cette charge semble bien légère.

14. Conséquences. Les conséquences de cette défiance sont nombreuses, nous pouvons en citer deux. D'une part la tendance de la doctrine et de la jurisprudence à élargir les pouvoirs d'appréciation du juge en amont malgré les textes, afin d'établir une sorte de contrôle préalable par lequel on cherche à éviter qu'un fait manifestement faux ne devienne judiciairement vrai, et plus largement pour « tenter de ramener sur le terrain du raisonnable une institution qui, en vérité, [nous] échappe fondamentalement⁴⁷ ». D'autre part la volonté continue de « ramener le serment décisive dans le champ du consensualisme⁴⁸ », c'est-à-dire de le ranger dans une catégorie préexistante afin de ne pas y voir un objet juridique non identifié mais la déclinaison d'une catégorie bien connue.

⁴² LEVY-BRUHL Henri, « Réflexion sur le serment », in Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, LGDJ, 1959, p. 393-394

⁴³ Cité dans BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire* : lues à l'Académie des sciences morales et politiques, le 14 juillet 1838, Paris : Langlois, Revue de législation et de jurisprudence, 1838, p. 25

⁴⁴ DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777, p. 289

⁴⁵ de VRIES Jan, *L'univers mental des germains*, Paris, 1984, p. 107, cité dans BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 23

⁴⁶ GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 635

⁴⁷ *Op. cit.*, MOURRE, p. 799

⁴⁸ *Ibid.*, v. aussi CARBONNIER Jean, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 398

15. Paradoxe. La défiance semble concerner le seul serment probatoire. Il y a quelque chose de paradoxale avec en parallèle l'engouement contemporain pour le serment promissoire ou une autre figure proche, celle de la déclaration sur l'honneur⁴⁹. Ces figures sont omniprésentes dans le monde juridique, surtout dans le service public de la justice⁵⁰. Même les docteurs doivent-ils - depuis 2022⁵¹ - à l'issue de leur soutenance prêter serment, cérémonie difficile à comprendre puisqu'elle intervient postérieurement au travail de recherche.

16. Problématique. Finalement, au regard de toutes les considérations précédentes, nous nous proposons de reprendre la question qui agite à peu près tous les écrits portant sur le serment décisore depuis deux siècles au moins : faut-il supprimer ou maintenir le serment décisore ? M. Le Professeur Malinvaud a-t-il raison d'écrire que « c'est là un mode de preuve devenu totalement obsolète et largement tombé en désuétude (...), si bien qu'on peut se demander si, dans le cadre d'une réforme qui se voulait novatrice, il n'aurait pas été préférable de l'abandonner⁵² » ? Est-il pertinent de le conserver pour une bonne raison, et non « pour mémoire et aussi par souci du pittoresque, pour rappeler que le Code, monument de la France (...) ne s'est perpétué que par sa permanente restauration, et qu'il conserve, çà et là, le souvenir d'une société disparue à tout jamais, comme subsiste deux tours du palais des Capétiens au côté de la Cour de cassation⁵³ ».

17. Méthode. À défaut d'originalité dans la question, nous essaierons de l'être dans la méthode. Il ne s'agira pas d'évoquer tous les points, de faire oeuvre d'encyclopédiste ; mais d'aborder les plus importants de façon méthodique. Le serment est un objet littéraire et - si l'on peut dire - fantastique, souvent l'imagination des auteurs s'emportent. Peut-être est-ce dû à l'appétence des modernes de toutes les époques pour « les temps primitifs⁵⁴ » évoqués par Jean Carbonnier, comme pour les

⁴⁹ Figure introduite en droit français pour la première fois en 1914 à l'occasion de la création de l'impôt sur le revenu. L'État, dans l'impossibilité de vérifier l'exactitude des déclarations s'en remis à l'honneur des contribuables, les discussions furent vives pour déterminer s'il fallait exiger un serment écrit ou une simple déclaration sur l'honneur. V. **BEIGNIER Bernard**, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 423 et s. Plus récemment, il nous suffit de penser à la déclaration sur l'honneur exigée lors du COVID-19 pour être autorisé à sortir de chez soi...

⁵⁰ V. par exemple **PHILIP-GAY Mathilde** (dir.), « La laïcité dans la justice », 2019 (Rapport de recherche de la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Moulin Lyon 3) dans lequel on trouve des tableaux recensant des dizaines de serments exigés par les acteurs du monde judiciaire.

⁵¹ Arrêté du 26 août 2022 modifiant l'arrêté du 25 mai 2016 fixant le cadre national de la formation et les modalités conduisant à la délivrance du diplôme national de doctorat. La formule du serment est ainsi libellée : « En présence de mes pairs. Parvenu(e) à l'issue de mon doctorat en [...], et ayant ainsi pratiqué, dans ma quête du savoir, l'exercice d'une recherche scientifique exigeante, en cultivant la rigueur intellectuelle, la réflexivité éthique et dans le respect des principes de l'intégrité scientifique, je m'engage, pour ce qui dépendra de moi, dans la suite de ma carrière professionnelle quel qu'en soit le secteur ou le domaine d'activité, à maintenir une conduite intègre dans mon rapport au savoir, mes méthodes et mes résultats. »

⁵² **MALINVAUD Philippe** et **BALAT Nicolas**, *Introduction à l'étude du droit*, 21^e éd., LexisNexis, 2021, p. 534

⁵³ *Op. cit.*, **BEIGNIER Bernard**, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », p. 419

⁵⁴ **CARBONNIER Jean**, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile*, Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre, édité par Raymond Verdier, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 703 (Consultable ici : <https://books.openedition.org/pupo/2709?lang=fr>)

Lumières le Bon sauvage. Pour reprendre une formule tirée de l'encyclopédie de Diderot et d'Alembert : « nous ne voulons pas ici considérer le serment en théologien, en jurisconsulte, ni en moraliste ; nous en voulons parler en simple littérateur, & d'une façon très-concise⁵⁵ », en espérant que « cette matière envisagée de cette manière, présente quantité de choses agréables, curieuses & solides ».

Puisque tout tend à la suppression du serment, nos propos seront volontairement en faveur de son maintien, peu important l'opinion personnelle et profonde de l'auteur de ces lignes. Il s'agit en quelque sorte d'une expérience de pensée, et si aux termes de nos réflexions le lecteur n'est pas convaincu, c'est que décidément le serment décisoire mérite de n'être plus.

18. Plan. Afin de savoir s'il opportun de conserver le serment décisoire dans notre législation, il est nécessaire de clairement identifier ce qu'il est : la méfiance est la soeur jumelle de l'ignorance dit-on (PREMIÈRE PARTIE.). La défiance levée à son égard par une meilleure connaissance de sa nature profonde et juridique, nous verrons les traces laissées par celle-ci dans son régime, en l'état actuel très peu propice à son efficacité (SECONDE PARTIE.).

⁵⁵ *L'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, Exemplaire Mazarine, Vol. XV, p. 99 et s.

PREMIÈRE PARTIE : Ontologie du serment décisoire, ou la levée des causes de la défiance

Afin de lever la défiance à l'égard du serment décisoire, il convient de le mieux connaître, de déterminer ce qu'il est réellement, ce que nous tâcherons de faire pour savoir s'il s'agit d'une institution conforme à notre ordre juridique (Chapitre 1), et au sein de celui-ci quelle est sa nature juridique précise (Chapitre 2)

Chapitre 1 - L'opportunité du serment décisoire pour l'ordre juridique français

Le serment décisoire pour être opportun pour l'ordre juridique français ne doit ni violer le principe de laïcité (Section 1.) ni méconnaître les buts du procès civil (Section 2.).

Section 1 - La possibilité du serment dans un ordre juridique laïc

Le serment décisoire, qui finalement n'est qu'une espèce de serment, est possible dans un droit détaché de la religion à la condition de s'émanciper de son fondement religieux classique (I.) pour se transformer en un acte principalement civil (II.).

I. La conception classique : un acte strictement religieux

Classiquement, le serment est considéré comme un acte exclusivement fondé sur la religion (A.), en conséquence de quoi dans une société laïque, il n'aurait plus lieu d'être (B.).

A. L'exclusivité du fondement religieux

19. Dimension religieuse du serment⁵⁶. Le serment présente indubitablement une dimension historiquement religieuse. Il est classiquement défini comme « un mécanisme consistant dans l'invocation d'une puissance supérieure pour garantir et, éventuellement, sanctionner la véracité d'une affirmation ou la sincérité d'une promesse⁵⁷ ». En effet, généralement la formule du serment

⁵⁶ V. pour une étude plus approfondie : **BEIGNIER Bernard**, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 497 et s. et **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », *JurisClasseur Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §8

⁵⁷ *Op. cit.* **LEVY-BRUHL**, p. 385

contenait à la fois un aspect invocatoire et imprécatoire. Par l'invocation le jureur prenait la divinité comme témoin de son engagement, et par l'imprécation il s'offrait « à être châtié un jour par elle s'il a menti⁵⁸ ». Le mécanisme se rapprochait en quelque sorte de l'ordalie, seulement la sanction était différée quand l'ordalie sanctionnait immédiatement celui qui s'y soumettait.

L'étymologie⁵⁹ vient confirmer ce constat, « serment » vient du latin *sacramentum*, c'est-à-dire « rendre sacré ». La parole une fois consacrée, la révélation du manquement faisait du parjure l'auteur d'un sacrilège, longtemps d'ailleurs les seules sanctions furent religieuses.

20. Contre-exemples et paradoxe. Pourtant, l'histoire montre des exemples anciens de serments non corrélés à la divinité, du moins au sens chrétien du terme. Joseph Chelhod⁶⁰ explique ainsi que, chez de nombreuses communautés africaines primitives, lesquelles occupaient les vastes espaces désertiques du Sahara, on observait déjà une pratique du serment fondé sur le rite social et non sur la foi.

Surtout chez nous, l'Église avait initialement condamné le procédé en se fondant sur des passages de la bible, notamment du nouveau testament⁶¹, en particulier un passage de l'Évangile de Saint Matthieu⁶², car dans un monde chrétien idéal, l'homme ne devrait pas avoir à recourir au serment. Mais finalement, faute de pouvoir lutter effectivement contre cette pratique universelle, elle décida de l'encadrer. Surtout, elle trouva un grand avantage stratégique dans sa lutte d'influence avec les autorités laïques. En faisant du serment un sacrement, toute contestation sur un acte accompagné de cette formalité entraînait dans la compétence des juridictions ecclésiastiques. Or il arrivait aux parties, afin de renforcer leur engagement ou pour rendre obligatoire un engagement illicite de l'accompagner d'un serment⁶³.

⁵⁸ *Op. cit.* CARBONNIER, *Droit civil : introduction*, p. 353

⁵⁹ *V. op. cit.*, GUÉVEL §6 et LALOUETTE Jacqueline, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013, p. 45 et 46

⁶⁰ CHELHOD Joseph, « La foi jurée et l'environnement désertique », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 81 : « le désert imprime aux institutions judiciaires, dont le serment, un développement qui serait différent de celui que l'on observe généralement sous un climat tempéré ; que les représentations et les valeurs que le serment véhicule, antérieurement même à la mort des dieux, ne sont pas nécessairement de nature religieuse ; que l'engagement, enfin, auquel le serment ne fait qu'apporter une confirmation solennelle, n'a nullement besoin de l'assistance d'un dieu pour s'imposer à la conscience de l'homme. »

⁶¹ JULIEN Pierre, « Un chrétien peut-il jurer », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mél. en l'honneur de S. Guinchard* : Dalloz, 2010, p. 281

⁶² Mathieu, 5 : 33 à 37 : « Vous avez encore appris qu'il a été dit aux anciens: Tu ne te parjureras point, mais tu t'acquitteras envers le Seigneur de ce que tu as déclaré par serment. Mais moi, je vous dis de ne jurer aucunement, ni par le ciel, parce que c'est le trône de Dieu ; ni par la terre, parce que c'est son marchepied; ni par Jérusalem, parce que c'est la ville du grand roi. Ne jure pas non plus par ta tête, car tu ne peux rendre blanc ou noir un seul cheveu. Que votre parole soit oui, oui, non, non; ce qu'on y ajoute vient du malin. » V. JULIEN, p. 287 et s. et GUÉVEL §8

⁶³ V. POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. X et p. 48 et s.

21. Affirmation doctrinale du lien indélébile entre serment et religion. Pourtant, et malgré la sécularisation de la société - particulièrement précoce en France - le lien indélébile entre le serment et la religion a continué d'être clairement affirmé. Si Domat au XVII^e siècle pouvait naturellement écrire que « le serment est un acte de Religion où celui qui jure prend Dieu pour témoin de sa fidélité en ce qu'il promet, ou pour juge et vengeur de son infidélité, s'il vient à y manquer. » eu égard à la religiosité de son époque, les auteurs du XIX^e siècle et certains du XX^e siècle continuèrent à proclamer leur union intime.

Bonnier définit ainsi le serment comme « l'attestation de la Divinité à l'appui d'une déclaration de l'homme⁶⁴ », dans la continuité Planiol⁶⁵ écrit que « « Le caractère religieux du serment suppose donc chez celui qui le prête la croyance à la Divinité (...) un serment laïque, d'où est exclu l'invocation d'un Dieu vengeur, perd toute signification : c'est un non-sens. », et M. le Professeur Terré que « le caractère religieux du serment est indélébile. On aura beau effacer le nom de Dieu et toute formule confessionnelle des termes employés pour le prêter, l'emploi du serment n'en impliquera pas moins l'adhésion à une pensée religieuse⁶⁶ ».

En conséquence et en bonne logique, dans le droit laïcisé qui est le nôtre, le serment ne devrait plus exister.

B. La suppression du serment comme conséquence d'un droit laïcisé

22. Les projets de suppression. Considérant l'origine et les fondements religieux du serment, nombreux furent les projets visant à le supprimer de notre législation. En effet, si le serment est un acte exclusivement religieux, en conséquence et comme l'écrit Bentham, il « roule sur la supposition que Dieu s'engage à punir celui qui ne l'observe pas⁶⁷ », or pour ceux qui jugent comme lui que « cette supposition est trop évidemment absurde pour être soutenue », alors il n'a plus d'effet dissuasif et donc d'utilité.

Les hostilités commencèrent véritablement sous la Révolution. Les trois projets successifs de Code civil proposés par Cambacérès prévoyaient de supprimer purement et simplement le

⁶⁴ BONNIER Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4e éd., Paris : Plon, 1873, p. 510, il ajoute : « n attachant une extrême importance au serment, notre législation, que l'on a quelquefois accusée d'être athée, professe implicitement, mais d'une manière bien formelle, la croyance à l'existence de Dieu et à l'immortalité de l'âme. Si les doctrines matérialistes ou positivistes venaient jamais à prévaloir, il n'y aurait d'autre moyen de fortifier la déclaration que de faire appel à son honneur. Mais l'honneur suppose une certaine éducation, et par cela même n'a de prise que sur certaines classes de la société, tandis que la religion parle à tous le même langage. »

⁶⁵ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931, p. 11

⁶⁶ TERRÉ Francois, *Droit civil : Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, p. 551

⁶⁷ *Op. cit.*, BENTHAM, p. 179

serment judiciaire⁶⁸. Mais puisque le procédé semblait aux yeux de certains devoir demeurer, il proposa lors de l'élaboration du Code de 1804 qu'on l'appelât désormais « affirmation judiciaire », afin de le détacher tout à fait de la religion⁶⁹. Le second consul écarté des travaux préparatoires, sa proposition le fut aussi, et le terme « serment » fut rétabli. Sauf « un *lapsus calami* qui eut les pires conséquences⁷⁰ » puisque l'article 1781 ancien ne fut pas rectifié, lequel proclamait que pour le paiement des gages des domestiques, le maître serait crû sur son affirmation. Ce qui donna lieu aux plus grands abus jusqu'à sa suppression par la loi du 2 août 1868, puisqu'il suffisait à l'employeur de faire une simple déclaration pour qu'elle servit de preuve absolue contre ses préposés. En effet, le serment ayant été maintenu, la jurisprudence analysait ces termes comme n'exigeant de lui qu'une simple déclaration, sans solennité requises ni sanctions encourues en cas de mensonge.

23. L'instrumentalisation du serment au soutien de sa suppression. Tout au long du siècle revint dans les discussions doctrinales et devant les Chambres « La question du serment » selon le titre d'un petit opuscule écrit par le magistrat Victor Jeanvrot en 1882, et notamment celle du serment décisoire, eu égard aux nombreuses difficultés dans son application par les tribunaux, comme la controverse portant sur la forme du serment des juifs ou l'obligation imposée aux athées et autres libres penseurs de jurer la main levée vers la croix suspendue au fond du tribunal, nous détaillerons ce point à l'occasion de l'étude du rituel judiciaire.

Nous pensons avoir trouvé l'une des causes de la ferveur autour de la question du serment, tant pour ses opposants que pour ses défenseurs. Nous avons constaté en lisant les ouvrages consacrés au serment judiciaire en général ou décisoire en particulier, même s'agissant des plus académiques, une forme de militantisme consistant à déclarer l'union indissoluble entre l'ordre juridique et celui spirituel, preuve de l'impossibilité de séparer le droit de la foi, à une époque qui tend à la séparation des églises et de l'État, ou qui depuis peu l'a consacré. Ainsi, l'auteur d'une thèse publiée en 1862 écrit : « Par le serment, c'est encore vers Dieu qu'il [l'homme] s'élève ; c'est Dieu principe de vérité, qu'il invoque en témoignage de la sienne. (...) Le serment participe donc de cette croyance divine si profondément enracinée dans l'homme, parce qu'elle lui est indispensable à

⁶⁸ FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.13, Videcoq, 1827, éd. de 1836. Le projet de 1793 à l'article 65 disposait que : « Le serment judiciaire n'est point admis » (p. 73), celui de 1794 en son article 185 que « La loi n'admet en cette matière, ni présomption, ni demi-preuves, ni commencement de preuves, ni serment judiciaire. »(p. 128), et celui de 1796 en son article 813 : « Le serment judiciaire n'est plus admis. » (p. 289).

⁶⁹ V. *op. cit.*, BEIGNIER, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », p. 420

⁷⁰ *Ibid.*

tout instant⁷¹ ». Ou encore dans une autre thèse parue en 1901⁷², l'auteur dès l'introduction exprime ouvertement ses convictions religieuses⁷³ à la suite de quoi il affirme hautement que le serment « sur les lèvres d'un athée (...) n'est plus qu'un masque hypocrite pour mieux tromper ses semblables⁷⁴ ». Et Bonnier enfin d'écrire : « En attachant une extrême importance au serment, notre législation, que l'on a quelquefois accusée d'être athée, professe implicitement, mais d'une manière bien formelle, la croyance à l'existence de Dieu et à l'immortalité de l'âme⁷⁵ ».

24. La transformation plutôt que la suppression. En somme la discussion se déplaçait sur une question partiellement étrangère au serment, et l'on voulait ou le supprimer ou le conserver pour des considérations autres que celles le concernant. Et l'on imaginait aucunement que, s'il pût être véritablement un acte de religion dans un pays de croyants et lorsqu'il avait pour seule sanction la châtement divin, il pût également se transformer en même temps que la société, et devenir malgré son étymologie un acte principalement civil, et accessoirement selon les individus un acte fondé sur la religion.

II. La transformation moderne : un acte principalement civil

Chez certains auteurs, considérant l'évolution de la société, la définition du serment décisore changea. Ainsi en 1883 le juriste Marcadé le définissait comme « un acte civil et religieux⁷⁶ », mais dans quelle mesure est-il l'un ou l'autre ? À y bien regardé, le serment trouve toute sa justification dans l'ordre juridique, comme moyen d'obliger une partie à dire la vérité quand rien en principe ne l'oblige à le faire (A.), surgissement de la vérité éventuellement aidé par la stimulation de sa conscience par des références métajuridiques, comme l'honneur ou la foi (B.)

⁷¹ DE LAPLANE Octave, *Du serment en droit civil et en droit criminel*, thèse pour le doctorat, soutenue le 4 décembre 1862, Faculté de droit de Paris, E. Thunot et Cie, 1862, p. 6., cité dans *op. cit.* LALOUETTE, p. 46

⁷² PERRET Georges, *Le serment décisore*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901

⁷³ *Ibid.*, p. 4

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49

⁷⁵ *Op. cit.*, BONNIER, p. 510

⁷⁶ MARCADÉ Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889, p. 243

A. La définition objective : l'affirmation solennelle de la vérité sous peine de sanctions pénales

Si les tiers en matière civile ont l'obligation de dire la vérité, ce n'est pas le cas des parties, or voilà tout l'objet du serment, les y contraindre. Il s'agit donc objectivement d'un mécanisme purement fonctionnel.

25. L'obligation pour les tiers de dire la vérité. Dans le procès civil, les tiers - tels les témoins - ont l'obligation de dire la vérité, l'article 211 du Code de procédure civile dispose ainsi qu'ils doivent prêter serment de dire la vérité, le juge leur rappelant qu'ils encourent des peines d'amende et d'emprisonnement en cas de faux témoignage. La peine encourue aux termes de l'article 434-17 du Code pénal est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁷⁷. Ils peuvent même être contraints de déposer ou de prêter serment, puisque les témoins défaillants peuvent être condamnés à une amende civile⁷⁸.

26. L'absence d'obligation pour les parties et le serment comme moyen de les contraindre. Quant aux parties, aucune obligation d'être sincère dans leurs déclarations ne pèsent sur elles, il n'existe pas - plutôt il n'existe plus⁷⁹ - en France, comme au Québec⁸⁰ un serment obligatoirement prêté au début de leur interrogatoire visant à s'assurer de leur bonne foi pendant la durée de celui-ci⁸¹.

Du moins une obligation sanctionnée pénalement, puisque l'article 10 du Code civil dispose tout de même que « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. », texte qui ne semble pas exclure les parties elles-mêmes, en outre l'article 11 du Code

⁷⁷ Outre les fausses déclarations orales, les fausses attestations écrites sont également punies (art. 441-7 CP).

⁷⁸ Art. 207 Cpc. : « Les témoins défaillants peuvent être cités à leurs frais si leur audition est jugée nécessaire. Les témoins défaillants et ceux qui, sans motif légitime, refusent de déposer ou de prêter serment peuvent être condamnés à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros. Celui qui justifie n'avoir pas pu se présenter au jour fixé pourra être déchargé de l'amende et des frais de citation. »

⁷⁹ *Op. cit.*, **BONNIER**, p. 511 : « l'ancien droit exigeait le serment de la partie, soit avant de prêter l'interrogatoire, soit au civil, soit au criminel, mais que cette exigence odieuse a été abolie par notre législation moderne. » ; C'est pourquoi Antoine Garapon peut écrire que « Initialement, le serment constituait à lui seul tout le procès. » même si « Il n'en est plus aujourd'hui qu'une infime partie, quasi invisible tant elle est réduite et tant on a du mal à en comprendre le sens dans notre monde désacralisé. Mais on ne se débarrasse pas impunément de ce vestige d'une justice d'un autre temps. » **GARAPON Antoine**, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », Odile Jacob, 2001, p. 119

⁸⁰ Art. 224 et 544 du Code de procédure civile du Québec

⁸¹ C'est en ce sens que Tissier soutient qu'il ne devrait pas y avoir de droit au mensonge : « Les plaideurs ou leurs représentants doivent être tenus de dire la vérité dans l'exposé des faits du procès ; des peines doivent les atteindre s'ils se rendent coupable de mensonge, en affirmant un fait faux ou en niant un fait vrai. Il ne s'agit pas de frapper l'erreur ni même la négligence, mais la mauvaise foi. Il n'y a pas de droit au mensonge ; la procédure doit être le chemin de la justice et de la vérité. (...) Des peines édictées contre les débiteurs qui auraient niés de mauvaise foi leurs dettes seraient, fussent-elles rarement appliquées, très utile pour rappeler aux plaideurs que tous les moyens de défense ne sont pas permis. » dans **TISSIER Albert**, « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 127-128

de procédure civile précise que « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. ».

Le fondement rationnel du serment judiciaire, le seul qui intéresse l'ordre juridique, se trouve par conséquent dans la possibilité d'exposer à des sanctions pénales une partie insincère et de mauvaise foi, puisque « Le faux serment en matière civile est un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. » aux termes de l'article 434-17 du Code pénal. La justification du serment se trouve donc dans l'ordre juridique lui-même, par la sanction pénale, et peut parfaitement s'émanciper des fondements extrajuridiques pour justifier son existence. Il est donc faux d'affirmer que le serment n'aurait plus de sens dans un droit laïcisé.

27. Conséquences. Nous pouvons tirer plusieurs conséquences de ce constat. D'abord l'importance de la sanction pénale, qui justifie à elle seule pour l'ordre juridique l'existence et l'efficacité du serment ; or nous verrons que celle-ci est plutôt illusoire qu'effective s'agissant du serment décisoire. Pourtant, comme l'écrit un auteur le serment ne peut conserver « quelque autorité que si le parjure est sévèrement puni⁸² », puisque toutes les autres sanctions deviennent à ses yeux largement indifférentes. Et comme l'écrit un autre auteur, seule « aujourd'hui la loi pénale en accroît la vigueur et figure la seule raison d'être de cette institution⁸³ ».

Également, peut-être serait-ce opportun de suivre l'avis de Cambacérès et de renommer le serment en « affirmation judiciaire », cela afin d'éviter les discussions éternelles sur son fondement religieux. Mais ce serait là diminuer malheureusement la force d'une institution qui en a déjà si peu, puisque si le serment au regard du droit se justifie comme un moyen de contraindre une partie à dire la vérité eu égard à la crainte des poursuites pénales, ladite crainte peut être renforcée par des éléments extrinsèques à l'ordre juridique.

⁸² JOUBERTEAU André, *Le faux serment en matière civile*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1941, p. 23

⁸³ DUCROS Jean, *Le serment*, Thèse, Faculté de droit de Montpellier, 1938

B. La possibilité accessoire de stimuler la conscience par une référence métajuridique

28. L'admission dans l'ordre juridique d'autres systèmes de valeur. Le droit n'est pas hermétique aux autres ordres normatifs ou systèmes de valeur, comme l'écrit Jean Foyer : « En bien des cas, le droit intervient pour la protection de valeurs qui ne sont point de son ordre, ou pour donner des effets juridiques à des devoirs dont sa loi n'est point la source⁸⁴ ». Le serment en est une parfaite illustration. Nous savons que le mécanisme est justifié dans l'ordre juridique comme le moyen de contraindre une partie à dire la vérité, cependant il se distingue de la simple affirmation judiciaire, laquelle produirait le même résultat par son ouverture aux croyances des parties. C'est pourquoi l'on peut dire qu'il est objectivement un acte civil, mais subjectivement un supplément aux lois civiles. C'est d'ailleurs en ce dernier sens que le présenta le tribun Jaubert, rapporteur du chapitre relatif à la preuve des obligations lors de la conception du Code napoléon, qui y voit un « supplément des lois civiles⁸⁵ » et un moyen d'appeler « la religion au secours de la justice ».

On peut en effet légitimement craindre qu'en ôtant toute mystique au serment, il devint - pour reprendre la jolie formule de Bernard Beignier : « un peu à l'image de l'hymne soviétique au lendemain de la mort de Staline : on en conserva la musique mais on ne chanta plus les paroles⁸⁶ », dont la conséquence inévitable serait de lui faire perdre en efficacité. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de conserver ce caractère au serment, celui de pouvoir admettre l'intervention d'autres systèmes de valeurs, afin qu'il « stimule la conscience de l'autre par une référence métajuridique⁸⁷ » à laquelle ce dernier adhère.

29. Les fondements complémentaires. Évidemment, la première référence extrajuridique est la religion. Si le serment n'est pas par nature un acte religieux, il l'est suivant les convictions de celui qui le prête. Ainsi, comme l'écrit un auteur : « Ce n'est pas à notre avis, dans l'institution elle-même, que l'on doit rechercher le caractère du serment, mais bien plutôt dans la personne qui fait ce serment. Une personne croyante verra dans le serment une institution avant tout religieuse ; au

⁸⁴ FOYER Jean, p. 9 de la préface de BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014

⁸⁵ FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1827, éd. de 1836, p. 406 à 411 : « Il reste un recours à l'homme de bien et une ressource au ministre de la loi. C'est l'appel à la conscience. Nous voulons parler du serment. Ne nous arrêtons pas dans cette matière à des idées trop défavorables à l'espèce humaine ; n'examinons pas avec une analyse sévère si l'état des sociétés actuelles et les exemples effrayants de corruption qui nous affligent doivent laisser subsister l'antique théorie du serment. Le législateur d'un grand peuple doit ne pas perdre de vue les faiblesses attachées à l'humanité ; mais il lui importe de coordonner ses institutions de telle manière qu'elles consacrent le respect dû à la morale, et que la conscience publique soit la règle des consciences privées. Que le serment soit donc toujours regardé comme un supplément des lois civiles. N'est-ce pas la force que le serment avait chez les premiers Romains qui avait le plus attaché ce peuple à ses lois ? Il fit, dit Montesquieu, pour observer le serment ce qu'il n'aurait jamais fait ni pour la gloire ni pour la patrie. Rome était un vaisseau tenu dans la tempête par deux ancres, la religion et les moeurs. »

⁸⁶ *Op. cit.*, BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, p. 423-424

⁸⁷ *Op. cit.*, BEIGNIER, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », p. 425

contraire, une personne affranchie de toute croyance n'attachera d'importance qu'aux peines par lesquelles la loi humaine réprime le parjure. Il est donc juste de dire que le serment est un acte à la fois religieux et civil ; en soulignant toutefois qu'à notre époque, le caractère religieux a perdu de son importance⁸⁸. »

Face à ce déclin, on a voulu substituer l'honneur à la foi, Bernard Beignier, auteur d'une thèse sur la relation entre l'honneur et le droit explique parfaitement ce cheminement. Il voit dans le serment - comme dans l'obligation imparfaite - la loi de l'honneur acceptée par le droit, lequel vient en sanctionner la violation. En ce sens la déclaration sur l'honneur ne serait qu'une déclinaison du serment, puisque fondée sur le même mécanisme. Il y montre comment l'honneur est devenu un principe d'action essentiel, malgré des visages différents au cours des siècles : de la *dignitas* romaine, distinction sociale d'une famille consistant pour elle à persister dans le temps : « on parlera de nous » ; à « l'honneur du guerrier, celui de sa valeur personnelle, sentiment qui lui fait obligation de réprimer toute offense par les armes au péril de sa vie⁸⁹ » au Moyen Âge, passant enfin de nos jours à l'honneur fondé sur la notion même de dignité humaine, succédanée de la religion : c'est l'honneur de Vigny⁹⁰ ou de Bernanos, lequel peut écrire que « Toute la liberté de l'homme est dans l'honneur, c'est l'honneur qui nous fait libres⁹¹ ». Nombreux sont les auteurs à évoquer cette mutation des fondements du serment⁹² dans une société laïcisée, certains pour s'en désoler puisqu'il s'agit de l'expression d'un monde sans Dieu, et pour des raisons plus pratiques, ainsi Bonnier écrit-il que « Si les doctrines matérialistes ou positivistes venaient jamais à prévaloir, il n'y aurait d'autre moyen de fortifier la déclaration que de faire appel à son honneur. Mais l'honneur suppose une certaine éducation, et par cela même n'a de prise que sur certaines classes de la société, tandis que la religion parle à tous le même langage⁹³ ».

⁸⁸ *Op. cit.*, JOUBERTEAU, p.12 ; malgré l'évidence d'une telle affirmation, peu d'auteurs la font, on peut citer avant lui CAVEROC, p. 64 : « le serment décisoire est un acte (dont le caractère religieux dépend des sentiments intimes de celui qui jure) consistant dans une déclaration solennelle (...) ».

⁸⁹ *Op. cit.*, BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, p. 20-21

⁹⁰ « Pesez ce que vaut, parmi nous, cette expression populaire, universelle, décisive et simple cependant : Donner sa parole d'honneur. Voilà que la parole humaine cesse d'être l'expression des idées seulement, elle devient la parole par excellence, la parole sacrée entre toutes les paroles, comme si elle était née avec le premier mot qu'ait dit la langue de l'honneur ; et comme si, après elle, il n'y avait plus un mot digne d'être prononcé, elle devient la promesse de l'homme à l'homme, bénie par tous les peuples ; elle devient le serment même, parce que vous y ajoutez le mot : honneur. », citation tirée de *Servitudes et grandeurs militaires* (Conclusions de « La Vie et la mort du Capitaine Renaud ou la canne de Jonc ») Garnier, 1965, p. 218, lue dans FAUCHÈRE Jacqueline, « Le contrat et l'engagement sur l'honneur en droit contemporain », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 413

⁹¹ *Le chemin de la croix des âmes*, Paris, 8^e éd., 1948, p. 142

⁹² Par ex. : VERDIER Raymond, « Présentation. *Sacramentum ... Juramentum*. Serment ... Jurement », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. XVII : « Une deuxième transformation a lieu quand le serment, n'interpellant plus les puissances supra-humaines, réfère l'homme à sa conscience, à sa liberté, à son honneur. Nous passons alors d'une conception "religieuse" à une conception "laïque", qui traduit moins le déclin du serment que sa mutation ; une nouvelle sacralité est créée, non plus fondée sur quelque puissance ou idée-force extérieure à l'homme, mais sur sa volonté libre et autonome, dans son for interne. »

⁹³ *Op. cit.*, BONNIER, p. 510

30. Conséquences. L'une des conséquences de la distinction entre la définition objective du serment et celle subjective, c'est-à-dire celle tirée de la croyance des parties, est la possible modulation des formes de la prestation de celui-ci selon les croyances des parties, cela afin d'assurer davantage la sincérité du serment, nous le verrons lors de l'étude du rituel judiciaire.

Surtout, en analysant le serment - dont le serment décisoire est une déclinaison - comme un acte civil, il n'y a plus lieu de s'interroger sur sa conformité à un ordre juridique laïc, ce que l'on peut seul mettre en doute est la sûreté de ce procéder et plus largement son utilité pour le procès civil.

Section 2 - L'utilité du serment décisoire pour le procès civil

Eu égard aux finalités du procès civil, le serment décisoire présente quelque utilité s'il est un moyen de parvenir à la vérité (I.) et plus largement un moyen de terminer le litige (II.)

I. L'ultime recours pour établir la vérité

Si le serment décisoire est indéniablement un moyen peu performant pour établir la vérité (A.), la véritable mesure de son utilité n'est pas à chercher dans son efficacité, mais dans les hypothèses dans lesquelles une partie y a recours, c'est-à-dire en cas de carence des autres moyens de preuve (B.).

A. L'efficacité limitée du serment pour accoucher de la vérité

Si l'on en croit Albert Tissier : « les règles et la pratique de la procédure doivent toujours s'inspirer de l'idée essentielle que la procédure n'a d'autre but que le triomphe du droit et de la vérité⁹⁴ ». Ainsi, l'existence d'un mécanisme processuel serait justifiée dans l'arsenal juridique s'il participe de cet objectif. Tel ne semble pas être le cas du serment décisoire en pratique.

⁹⁴ TISSIER Albert, « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 120

31. Faible attractivité pour les parties. Comme le fait remarquer Lisa Veyre : « un très grand nombre de litiges ne peut pas trouver leur résolution grâce au serment. Les éléments à prouver sont bien trop complexes. Ils ne peuvent se résumer à un plaideur ment ou dit la vérité. Lorsqu'il faut prouver une faute médicale, une malfaçon, une mauvaise exécution contractuelle, etc.⁹⁵ ».

Et si la solution du litige ou d'une partie de celui-ci se ramène à une question simple et binaire, en toute hypothèse, il apparaît que « les autres modes de preuves sont plus efficaces, dans le sens où il permettent avec une bien plus grande certitude de démontrer la réalité d'un fait⁹⁶ ». C'est en ce sens qu'Antoine Garapon peut écrire que « la concurrence des autres moyens de preuve plus rationnels lui a été fatale⁹⁷ ». En sorte que le serment décisive ne serait pas une arme probatoire attractive pour une partie, puisque si la vérité est avec elle, l'adversaire à qui le serment a été déféré reculera rarement à commettre un parjure, spécialement dans nos sociétés où toute la sanction repose non sur la foi mais sur la sanction pénale, presque inexistante comme nous le verrons par la suite.

32. Le décalage avec la conception moderne de la vérité judiciaire. Pas davantage une institution méliorativement perçue par le juge ou le législateur au regard de l'évolution du regard porté sur la nature de la vérité judiciaire. Alexis Mourre fait observer qu'il s'est produit comme une « évolution darwinienne⁹⁸ » la concernant, consistant dans une objectivisation des causes de la décisions de justice, manifestée par le passage d'une conception rituelle à une « conception rationnelle de la vérité judiciaire⁹⁹ ». Ainsi se serait produit un passage de l'épreuve à la preuve pour résoudre le conflit, puis de la preuve subjective comme le témoignage, à la preuve objective comme l'écrit et plus récemment l'expertise.

Ces raisons expliquent les préventions de notre droit et des juges à l'égard du serment décisive, et cela depuis longtemps. Rappelons-nous la citation de Pothier auparavant citée, le jurisconsulte y rapporte que dans toute sa carrière, il ne vit que par deux fois le serment faire changer la position de celui qui s'apprêtait à le prêter, dérisoire serment décisive est-on tenter de dire, mais ces deux hypothèses ne justifient-elles pas à elles seules son existence ?

⁹⁵ *Op. cit.*, VEYRE, p. 53-54

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ GARAPON Antoine, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », Odile Jacob, 2001, p. 121

⁹⁸ MOURRE Alexis, « Réflexions sur le serment décisive », *Gaz. Pal.* 12 juin 1994, p. 798

⁹⁹ *Ibid.*

B. La vraie mesure de l'efficacité : un mécanisme subsidiaire irremplaçable

33. Subsidiarité du mécanisme. Même si certains auteurs le regrettent, le serment n'aura jamais plus la force qu'il put avoir dans un passé lointain¹⁰⁰ et ne saurait que rarement être envisagé comme un moyen de preuve commun. Son utilité est désormais circonscrite principalement et en pratique à l'hypothèse particulière d'une partie ne disposant d'aucune preuve, ce qui en principe la conduirait ou à ne pas entamer un procès, ou à le perdre inéluctablement. C'est en ce sens que les contemporains y voient « un ultime recours¹⁰¹ », puisqu'on ne défère plus le serment par confiance dans l'autre partie, mais par nécessité, et comme l'écrit Bentham : « faut-il refuser au demandeur cet unique moyen qui lui reste ?¹⁰² »

34. L'impossible préconstitution de la preuve. Malgré la plus grande libéralité de notre droit de la preuve, il reste encore des hypothèses dans lesquelles une partie, sans que cela soit de sa faute, ne dispose d'aucune preuve de son droit, ou de preuve non admissibles ou non suffisantes, eu égard au principe de légalité qui gouverne la preuve des actes juridiques en droit commun.

Le professeur Beignier¹⁰³ montre non seulement que ce sentiment permet de donner une nouvelle force au serment, et que cela est à propos puisqu'il est des cas où la loi de l'honneur elle-même - notamment dans le milieu familial ou professionnel - rend impossible ou inutile la préconstitution d'une preuve. C'est pourquoi dans un article ultérieur¹⁰⁴, il pose la véritable question pertinente : le serment est-il remplaçable ? Certes le législateur ne doit point s'occuper des cas extraordinaires, mais le serment décisive ne l'est pas tant que cela, et souvent utilisé par des parties dans une situation de faiblesse relativement à l'autre partie, Didier Guével rapporte ainsi¹⁰⁵ - et les décisions des juges du fond le confirment - une utilisation très récurrente en matière sociale, notamment lors d'un conflit entre l'employeur et le salarié à l'initiative de ce dernier. Ainsi comme

¹⁰⁰ **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisive écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, p.817, §14 : « Vouloir écarter le serment décisive de notre système judiciaire apparaît alors comme un signe de défiance à l'égard de l'être humain et revient à admettre l'idée d'une désaffection de la société pour ses valeurs spirituelles. Attitude pessimiste s'il en est, alors qu'il est encore possible de croire (d'espérer ?) que tout homme a une conscience et un lien secret à l'irrationnel qui peut encore et toujours le pousser à prêter serment avec sincérité, ne serait-ce qu'en pensant à son honneur. ». Dans le même sens *op. cit.* **GUÉVEL** §59 : « Considérer ainsi que le serment décisive n'est utilisable qu'en désespoir de cause, relève d'une vision très pessimiste de la société contemporaine et place bien bas la notion de dignité humaine, pourtant si souvent évoquée par ailleurs. Il paraît très réducteur d'en faire une sorte de technique subsidiaire, à laquelle on n'aurait recours qu'en désespoir de cause et faute d'autre moyen. En tout cas, la subsidiarité n'est pas ici une condition légale. »

¹⁰¹ **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : introduction*, 27^e éd. PUF, 2002, p. 353

¹⁰² *Op. cit.*, **BENTHAM**, p. 178

¹⁰³ **BEIGNIER Bernard**, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 513 et s.

¹⁰⁴ **BEIGNIER Bernard**, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 425

¹⁰⁵ *Op. cit.*, **GUÉVEL**, §9 : « Pourtant, le serment est toujours utilisé (notamment en matière sociale, ce qui, sociologiquement, n'est pas dénué d'intérêt), principalement, semble-t-il à l'initiative des parties (serment décisive) plus qu'à celle des juges (serment supplétoire ou estimatoire), et, aux dires des praticiens, plus souvent qu'on ne le pense. »

Loïc Cadiet peut-on penser qu'il « n'est, en tout état de cause, pas possible de faire abstraction de ce système en cas de carence de preuves matérielles et d'impossibles mesures d'instruction¹⁰⁶ ».

35. Conséquence. Et c'est ce caractère d'exception ou de subsidiarité en fait - puisqu'il ne s'agit pas d'une condition légale, pourquoi empêcher une partie de déférer le serment si elle le souhaite malgré les risques ? - qui rendent acceptables les nombreuses originalités de son régime¹⁰⁷, il s'agit en quelque sorte d'un mécanisme correcteur des règles de preuve habituelles, et un mécanisme qui permet de résoudre radicalement le conflit.

II. La résolution radicale du conflit

La procédure civile est entièrement tournée vers cet objectif : la résolution du conflit. Mais une résolution obtenue par des moyens civilisés afin de tempérer la force des passions individuelles par la rationalité de l'ordre juridique. Le serment semble en opposition avec cette conception, puisqu'il repose en quelque sorte sur le hasard et la violence comme la justice aux temps primitifs (A.), pour autant la civilisation demeure grâce aux formes du serment, comme moyen d'encadrer l'affrontement (B.).

A. Le hasard et la violence, ou l'anéantissement du conflit par le serment

36. Une survivance de la justice primitive. Si l'on en croit Alexis Mourre : « la justice moderne prépare la paix par l'objectivité de ses moyens¹⁰⁸ », or le serment décisoire apparaît en contradiction avec cette tendance, puisque selon l'auteur : « Ce qui est recherché, ce n'est pas le résultat incontestable d'un raisonnement inductif ou déductif, mais l'invocation d'une puissance surhumaine qui doit permettre à l'homme de surmonter l'épreuve du hasard total, et de sa sanction, la violence absolue¹⁰⁹. ». C'est pourquoi « Il est parfaitement compréhensible que la codification d'un tel rituel apparaisse insupportable à la raison (...) C'est que le droit judiciaire moderne est fondé sur la négation de telles pratiques (...) Or il y dans le serment décisoire, comme dans

¹⁰⁶ CADIET Loïc (Dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 1125

¹⁰⁷ En ce sens, CAVEROC Marcel, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 62-63 : « Ces dérogations, dont la gravité est réelle, sont tempérées, dans une certaine mesure, par un dernier caractère distinctif (...) il est (...) un moyen subsidiaire, un moyen auquel on n'a recours que si on n'a aucune preuve à l'appui de sa prétention ; c'est la suprême ressource laissée aux plaideurs, c'est le *remedium extremum expediendarum litium*. »

¹⁰⁸ *Op. cit.*, MOURRE, p. 798

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 800, *idem* pour les citations suivantes.

l'ordalie, une abdication complète du libre arbitre des parties, qui s'en remettent, littéralement au sort pour régler leur différend. (...) Ce qui est essentiel, c'est le hasard et la violence. (...) Par le serment judiciaire, le conflit n'est pas résolu, il est éliminé par l'anéantissement d'un des adversaires. (...) Celui qui succombe dans l'épreuve du serment décisive joue le rôle de la victime émissaire, dont l'élimination symbolique est nécessaire à la restauration de la paix. » Ainsi avec le serment décisive : « l'issue du rite est laissée à l'arbitraire du hasard, le procès ayant, par la déconstruction de ses raisons, fait abstraction de son objet », il « exprime par son irrationalité une part de la violence primitive des sociétés archaïques, que les civilisation de la raison ont refoulé en tant qu'expression collective de l'être social. »

37. Un mode de destruction de la proposition contraire. En ce sens abonde Rober Jacob, qui écrit que « le serment n'est un mode de preuve que s'il existe un ordre juridique qui commande de l'analyser ainsi et du seul point de vue de cet ordre juridique. Pour le reste, ce qu'il est toujours (...) c'est un mode de destruction d'une proposition contraire. La parole du jureur n'a de sens que par rapport au dire de son adversaire. Son geste n'emporte la résolution du conflit que par l'expulsion de la prétention contraire du champ social. Pour l'efficacité de la procédure, la validité de la proposition affirmée a beaucoup moins d'intérêt que le contenu de la proposition écartée¹¹⁰ ».

B. La rationalité de la forme

38. Un procédé éminemment humain. Par suite, dans « un ordre juridique épris de rationalité¹¹¹ » le serment décisive ne devrait plus avoir sa place. Certes sur le fond il est largement irrationnel et un reflet lointain de comment l'on pouvait naguère résoudre les conflits. Mais comme l'écrit Didier Guével, l'humain n'est toujours pas parfaitement rationnel, aussi demeure-t-il « un élément de prise en compte de l'humain¹¹² » et « constitue un procédé finalement plus proche des réalités humaines que bien des modes probatoires dits rationnels » parce que domine chez lui la forme plutôt que le fond, et que l'homme peut se montrer sensible à la forme, laquelle peut le mener à aller contre ses intérêts : « C'est sans doute que subsiste une crainte inconsciente de prononcer un

¹¹⁰ **JACOB Robert**, « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. I. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 249, il ajoute : « « Aucune vérité judiciaire ne se dégage de ces rites. Les parties sont renvoyées dos à dos, chacune ayant répudié les prétentions de l'autre. Simplement, le statu quo est préservé, le possesseur actuel du mouton est conservé dans sa possession, l'offenseur quitte de toute charge ; la querelle est éteinte et la vengeance confiée aux puissances surnaturelles. »

¹¹¹ *Op. cit.* BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, p. 493

¹¹² *Op. cit.*, GUÉVEL, §95

faux serment (probablement entretenue partiellement par ce qui peut demeurer de la pompe judiciaire¹¹³ »).

39. L'importance de la forme. En effet, le serment décisore marque en quelque sorte le triomphe de la forme sur la fond, comme l'écrit Planiol : « quand il n'y a pas d'autre moyen de faire cesser l'incertitude et qu'il existe des raisons sérieuses de croire que la partie dit la vérité, on peut s'en rapporter à elle. Mais alors l'affirmation de la vérité par la partie prend une forme solennelle, destinée à empêcher autant que possible le mensonge. Cette forme est celle du serment¹¹⁴ ». D'où l'importance de la pompe judiciaire, quand celle-ci est largement ignorée s'agissant du serment décisore comme nous le verrons par la suite, alors même qu'il existe à en croire Antoine Garapon « une authentique efficacité sui generis de la forme¹¹⁵ ».

En conséquence le serment décisore, procédé largement irrationnel, n'est pas véritablement en décalage avec la société moderne, encore largement emprunte d'irrationalité, considérant les hommes comme ils sont, et comme ils seront toujours sans doute.

40. Conclusion et transition. Il résulte de ces quelques développements que l'existence du serment, et en particulier du serment décisore dans notre ordre juridique, malgré ses originalités, n'entre aucunement en contradiction avec celui-ci, ni quant à son caractère laïc, puisque le serment n'est pas en soi un acte de religion ; ni quant au procès civil moderne, puisqu'il s'attache aux mêmes buts.

Néanmoins, toutes les interrogations portant sur sa conformité et son utilité pour notre ordre juridique sont, comme l'écrit un auteur « l'une des clés permettant de comprendre l'attitude des juges face au serment décisore en droit positif¹¹⁶ », puisque ces interrogations, manifestation du caractère d'anormalité de l'institution ont poussé la jurisprudence à prendre des positions contre le bon sens, et la première d'entre elle est relative à la nature juridique du serment décisore, qui fut obscurcie plutôt qu'éclairée, ce qui participa à la défiance général à son égard.

¹¹³ *Ibid.* §9

¹¹⁴ **PLANIOL Marcel**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931, p. 11

¹¹⁵ **GARAPON Antoine**, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », Odile Jacob, 2001, p. 120. Dans le même sens, **SCUBLA Lucien**, « Le serment dans les écrits politiques de Jean-Jacques Rousseau », dans *Le Serment. 2. Théories et devenir*, Edité par VERDIER Raymond. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 121 : « à condition de se conformer à des formes rituelles dont il n'est probablement pas le maître, le serment a de fortes chances de pouvoir survivre au crépuscule des dieux. »

¹¹⁶ **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisore écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, p.817

Chapitre 2 - L'identification de la nature juridique du serment décisore

Il est toujours fécond d'identifier la nature exacte d'une institution juridique, celle du serment décisore n'est pas évidente. On y voit classiquement une forme de convention intervenue entre les parties (Section 1.), qualification somme toute assez facilement réfutable, essentiellement motivée par la volonté de rattacher ses effets à un mécanisme bien connu. Il serait possible de s'arrêter à cette constatation, pour voir dans le serment décisore un mécanisme exclusif de tout rattachement, pour autant, à y bien regarder et malgré l'originalité de la proposition, il nous semble tout à fait possible d'y voir une simple mesure d'instruction (Section 2.).

Section 1 - L'approche classique : une convention

Historiquement, le serment décisore est vu comme une transaction, c'est à la vérité plutôt une qualification faite d'une autre plus opérante (I.), mieux distinguer les deux opérations qu'il contient, à savoir la délation du serment et sa prestation permet d'y voir plus clair (II.).

I. La transaction, une qualification par défaut

La difficulté de ranger le serment décisore dans une catégorie juridique existante vient de l'originalité du mécanisme (A.), on s'attacha dans un premier temps à ses effets pour y voir une transaction (B.).

A. L'originalité du serment décisore au défi de sa qualification

Si la nature du serment supplétoire est clairement identifiée, celle du serment décisore ne l'est pas, au regard de l'originalité du mécanisme, à la fois mode preuve et mode de disposition des droits.

41. Certitude sur la nature du serment supplétoire. La nature juridique du serment supplétoire ne fait guère de doute, il s'agit d'un mode de preuve, obtenu par le juge au moyen d'une mesure d'instruction. La preuve obtenue appartient à la famille des preuves imparfaites, de celles qui ne

lient pas le juge, autrement dit ce dernier garde une parfaite liberté d'appréciation quant à la valeur probante de l'affirmation résultant de la prestation du serment.

42. Incertitude sur la nature du serment décisoire. Il en est bien autrement du serment décisoire, dont la qualification exacte est incertaine, et « malgré l'intérêt de cette nature ambiguë, il n'y a paradoxalement que très peu de réflexions doctrinales à son propos¹¹⁷ ». C'est pourquoi nous nous attarderons à retracer l'évolution à travers les siècles de l'appréhension de la nature du serment décisoire. Il s'agit en effet d'une bonne illustration de la compréhension d'une institution, qui sans véritablement changée de face, prend une allure différente selon les discours portés sur elle.

43. Rappel du mécanisme. Pour identifier cette institution à une catégorie plus grande et préexistante, il faut rechercher à quelle opération se livrent les adversaires lorsque l'un y recourt. Pour rappel : si une partie défère à l'autre le serment décisoire et que celle-ci le prête, alors le fait objet du serment est tenu pour vrai et s'impose au juge, qui doit en tirer la conséquence immédiate et nécessaire, à savoir le succès de la prétention de celui qui a juré. Au contraire, si l'adversaire refuse de le prêter, ou s'il le réfère à l'autre partie qui le prête, alors celui-ci l'emporte et celui-là « succombe dans sa prétention¹¹⁸ ».

44. Originalité du mécanisme. Le mécanisme présente dès les premiers abords plusieurs incongruités : effet radical, à savoir la terminaison du litige, si ce n'est de l'affaire, du moins du point litigieux en cause ; effacement radical du juge, lié par un résultat qu'il ne maîtrise pas et qu'il n'a sans doute pas voulu ; aléa radical de la solution pour l'auteur de la délation, qui semble jouer avec ses droits comme le joueur risque aux dés son argent.

45. Double conception du serment décisoire. Ce « procédé probatoire atypique, à la fois mode de preuve et technique décisionnelle¹¹⁹ » laisse perplexe l'intelligence qui l'étudie, on y voit un mode de preuve, comme la place qu'il occupe dans le Code civil le laisse à penser : le serment judiciaire est rangé sous le Titre IV bis : « De la preuve des obligations » mais cela sans que cette qualification satisfasse immédiatement au regard de ses effets. Pour le Doyen Cornu, le serment décisoire « constitue à la fois une preuve légale et un mode de disposition du droit¹²⁰ » : toute

¹¹⁷ GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §56

¹¹⁸ Art. 1385-2 C. civ.

¹¹⁹ GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §56

¹²⁰ CORNU Gérard (Dir.), Vocabulaire juridique, 14^{ème} édition, 2023 : PUF, collection Quadrige

l'ambiguïté du serment est renfermée dans cette opposition : est-ce une preuve ou est-ce un mode de disposition du droit ? - c'est-à-dire plus explicitement, la faculté pour une partie de mettre en jeu un droit au moyen d'un acte de volonté.

B. L'assimilation à la transaction au regard de ses effets

46. Une mode de disposition des droits. Longtemps, cette dernière conception domina, le serment décisoire était analysé comme une affaire propre aux parties, le juge ne faisant que constater une forme d'accord intervenu en cours d'instance.

Ainsi un auteur pouvait-il écrire que c'est « un axiome que tout le monde accepte et que personne ne cherche à rejeter, tant il paraît s'imposer, de proclamer l'union intime du serment décisoire et de la transaction (...) et on proclame que (...) deux adversaires, qui tranchent leurs différends de cette façon, ne font en réalité que transiger sur les points qui les divisent¹²¹ ». Longtemps en effet « doctrine et jurisprudence, perpétuant la tradition romaine, ont d'abord apparenté le serment décisoire à la transaction¹²² ».

La tradition romaine dont il est question est double : d'une part un texte du jurisconsulte Paul, selon lequel « Le serment renferme une espèce de transaction¹²³ », cependant les auteurs firent une confusion, car le serment auquel il est fait référence dans cet extrait n'est pas le serment nécessaire - déclinaison romaine du serment décisoire - mais le serment volontaire des parties, qui s'apparente au serment extrajudiciaire, dont la force obligatoire réside bien dans la convention des parties¹²⁴.

D'autre part l'obligation pour les parties, au commencement du procès : « de jurer que leurs demandes et leurs défenses étaient sincères et de bonne foi, sans intention de vexer et de chicaner¹²⁵ », serment appelé *juramentum de calumniâ*¹²⁶. Toutefois ce serment réciproque avait une fonction bien particulière, par cette convention les parties s'engageaient à l'avance à respecter la

¹²¹ **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 66 : cette citation ne traduit cependant pas la pensée de l'auteur, qui refuse la nature contractuelle du serment, contre la doctrine dominante de son temps.

¹²² **MULLER Yvonne**, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995, n°202, p. 213

¹²³ **Paul**, *Digeste*, livre XII, titre 2, loi 2 : *Jusjurandum speciem transactionis continet : majoremque habet auctoritatem, quam res judicata*. c'est-à-dire : « Le serment renferme une espèce de transaction, et a plus d'autorité que la chose jugée elle-même. ».

¹²⁴ **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 71

¹²⁵ **DOMAT Jean**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777, p. 289

¹²⁶ **POTHIER Robert-Joseph**, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 441 : « À l'égard de ce que l'on dit, qu'il y a de l'inconvénient qu'une personne, sans aucun sujet, sans aucun commencement de preuve, puisse nous causer l'embarras de rendre notre affirmation, je réponds qu'on ne peut pas parer à tous les inconvénients : l'embarras de soutenir un procès est un bien plus grand embarras que celui de soutenir une affirmation (...) Les Romains avaient établi une espèce de remède à ces inconvénients, par le serment que les parties étaient obligées de rendre avant la plaidoirie de la cause que c'était de bonne foi qu'elles soutenaient le procès (...) dans la seule vue de faire connaître la vérité, et sans aucune vue de vexer la partie à qui elle le déférait : c'est ce qu'on appelait *juramentum de calumniâ*. Ces serments ne sont pas d'usage parmi nous. (...) »

future décision, c'est-à-dire à lui donner force obligatoire, faute pour le juge, en ces « temps primitifs », d'avoir suffisamment d'*imperium* pour lui attribuer lui-même une telle autorité.

47. Confirmation par la doctrine et la jurisprudence. Les auteurs classiques reprirent cette qualification, pour Domat le serment décisive éteint l'action, entendu alors comme le droit substantiel mis en mouvement¹²⁷, et Pothier plus clairement : « il en résulte une convention par laquelle les parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmée¹²⁸ ».

Si Pothier a dans une large mesure inspiré les rédacteurs du Code civil, la codification du serment décisive s'est faite sans lui donner de définition, si ce n'est de le ranger comme un mode de preuve des obligations¹²⁹.

La doctrine et la jurisprudence du XIX^e siècle ont majoritairement repris la qualification de transaction, ainsi pour Bonnier : « Le serment décisive offert et accepté constitue une véritable transaction¹³⁰. », Aubry et Rau - moins formels - y voient « une proposition de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception, c'est-à-dire une sorte de transaction¹³¹ ».

La Cour de cassation se rallia à cette position, affirmant en 1938¹³² que « La délation d'un serment décisive constitue une convention transactionnelle par laquelle une partie offre de renoncer à sa prétention si l'autre partie consent à affirmer sous serment que le fait allégué sur lequel est fondée cette prétention est inexact. »

48. L'imperfection de la qualification à défaut de concessions réciproques. Le serment décisive réunirait donc tous les éléments de la transaction : une offre qui revêt l'aspect particulier de la délation de serment ; une acception, qui se manifeste par l'acceptation de la prestation de serment de la part de celui à qui il est déféré ; un objet, à savoir la résolution du point litigieux. Il est vrai que les auteurs eurent davantage de mal à propos de la condition prétorienne relative aux « concessions réciproques », pourtant nécessaire à la qualification de transaction.

Non sans audace, un auteur avance que le serment décisive offre « la chance de se voir reconnu comme droit ce qui n'est encore qu'une prétention », de sorte que les concessions serait,

¹²⁷ *Op. cit.*, **DOMAT** p. 291 : « La décision du serment fait cesser toute autre question que celle de savoir ce qui a été juré. Et elle a cet effet qu'elle éteint le droit de celui qui l'a déféré. Car si c'était le demandeur, sa demande est anéantie (...) Et si c'était le défendeur, il perd ses défenses. »

¹²⁸ *Op. cit.*, **POTHIER**, p. 442

¹²⁹ Ce qui soulève la question controversée de la valeur normative du plan des codes juridiques.

¹³⁰ **BONNIER Édouard**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4^e éd., Paris : Plon, 1873, p. 513. L'auteur ajoute cependant que « ce genre de transaction se distingue des transactions ordinaires, en ce qu'il y a obligation pour la partie à qui je propose de m'en rapporter à sa foi, d'accepter mon offre, ou d'avouer la justice de mes prétentions. »

¹³¹ **AUBRY Charles** et **RAU Charles-Frédéric**, *Cours de droit civil français*, t. VIII, LGDJ, 1878, §753, p. 184. Dans le même sens : **FENET Pierre-Antoine**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1827, éd. de 1836, p. 309 : « Le serment décisive étant regardé comme une convention ».

¹³² Cass. civ., 28 février 1938 : DC 1942, p. 99, note Holleaux.

pour les parties « le risque de voir, si un autre évènement se réalise, crouler définitivement sa prétention¹³³ ».

À la vérité, ce qui motive pour l'essentiel cette qualification est la concordance des effets de la transaction avec ceux du serment décisore, lequel met pareillement fin au litige définitivement. La transaction expliquerait ainsi de façon commode la fermeture de la voie de l'appel, ou encore l'impossibilité de prêter serment sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, ou encore l'impossibilité pour le juge de modifier la formule du serment.

II. La distinction entre la délation et le résultat de la prestation

Pour y voir plus clair, il convient de distinguer clairement les deux éléments distincts renfermés par le serment décisore¹³⁴. D'une part le résultat de la délation du serment (A.), d'autre par le résultat de sa prestation de serment (B.).

A. La délation analysée comme une convention *sui generis* sur la preuve

Progressivement, la qualification de convention *sui generis* sur la preuve a été préférée à celle de transaction, trop artificielle.

49. De la transaction à la convention. Lorsque l'institution est appréhendée comme une transaction, on vise la délation du serment, opération préalable à la prestation de serment, qui aboutirait à l'extinction du droit d'action du demandeur. On perçoit en quoi la qualification de transaction est erronée. Car non seulement les parties ne font pas de concessions réciproques, mais le résultat ne porte pas sur le droit d'action de la partie qui prête serment.

En effet, le juge une fois la prestation réalisée, applique le droit et tranche la contestation : il rend un véritable jugement sur le fond, avec cette particularité qu'il doit tenir pour vrai le fait objet du serment.

C'est pourquoi la doctrine du XX^e siècle, si elle continua de voir dans le serment décisore une convention, refusa généralement la qualification de transaction. Certains y voyaient « un

¹³³ CHARRIER Charles, *Le serment*, thèse, Paris, 1899, p. 119, cité dans CAVEROC Marcel, *Le serment décisore*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 67

¹³⁴ PERRET Georges, *Le serment décisore*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 73

désistement ou un acquiescement conditionnels¹³⁵ », d'autres, et en majorité, comme une convention *sui generis* sur la preuve. Ainsi, pour Planiol¹³⁶, l'opération se rapproche plutôt du désistement ou de l'acquiescement conventionnels. Raisonnablement contestable, puisque celui qui défère le serment ne se désiste pas de sa prétention, il la soutient au contraire, et il n'acquiesce pas aux prétentions de l'adversaire, il l'a combat, même si c'est par un moyen aventureux¹³⁷.

50. Une convention *sui generis* sur la preuve. La majorité des auteurs - même modernes - qualifient l'institution de convention *sui generis* sur la preuve, constitutive d'un contrat judiciaire¹³⁸. L'objet de cette convention, c'est-à-dire le résultat de la prestation de serment, est la naissance d'une preuve, de sorte que le juge ne rendrait *in fine* qu'un jugement d'expédient.

La proposition contient donc deux affirmations. Le serment est un mode preuve, lequel trouve sa source dans une convention des parties. Nous sommes en accord avec la première affirmation mais en désaccord avec la seconde.

Sur le serment comme mode de preuve, cela peut sembler étrange : « En effet, prouver consistant à démontrer l'existence d'un fait, l'on peut douter qu'affirmer solennellement un fait qui nous est favorable en démontre l'existence¹³⁹. »

C'est pour cela que certains ont voulu y voir une présomption légale et non une preuve, reprenant la distinction réalisée par Domat¹⁴⁰. Cette affirmation est erronée, elle est fondée essentiellement sur l'identité des effets du serment et de la présomption légale, à savoir l'impossibilité de prouver contre eux. En effet, l'article 1385-3 al. 2 du Code civil dispose : « Lorsque le serment déféré (...) l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté. ». Cependant, la présomption légale vise à dispenser celui qui l'invoque de la preuve de son

¹³⁵ V. MULLER Yvonne, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995, p. 215

¹³⁶ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931, p. 721

¹³⁷ CAVEROC Marcel, *Le serment décisive*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 77

¹³⁸ VUITTON Xavier et VUITTON Jacques, *Les référés*, 4^e éd., LexisNexis, 2018, qui p. 185 proposent de résoudre la difficulté de l'admission du serment décisive devant la juridiction des référés en analysant l'institution comme la formation d'un accord entre les parties, que le juge des référés pourrait constater sans dépasser les bornes de sa juridiction. Ou encore GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », *JurisClasseur Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §57 : « l'on a seulement un contrat portant sur un mécanisme processuel et, surtout, une intervention du juge allant bien au-delà d'un donner acte. Il y a là, finalement, une sorte de contrat plus ou moins forcé, légitimé par la loi, et supposant une intervention non négligeable du juge. ». Mais d'autres auteurs continuent d'y voir une transaction, SOLUS Henry et PERROT Roger, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, p. 844 et 849

¹³⁹ VEYRE Liza, « Le serment judiciaire », dans *Le serment : perceptions juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 51

¹⁴⁰ DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777, p. 274 et s.) Ainsi Pothier affirme que « Si la partie fait le serment (...) il résultera de son serment une présomption *juris et de jure*, de la vérité de la chose (...) contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue » (POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 442 ; dans le même sens, FUZIER-HERMAN Edouard (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904 p. 87 : « L'effet principal du serment décisive (...) est de terminer la contestation lorsqu'il a été prêté. Le serment tient lieu d'un jugement. Il a même plus de force qu'un jugement dont on pourrait appeler : il a la force de la chose jugée en dernier ressort (...) En d'autres termes, le serment constitue une présomption légale contre laquelle aucune preuve n'est admissible, même celle de la fausseté du serment. », les rédacteurs du Code civil dans la même lignée rangèrent à l'ancien article 1350 4^o du Code civil, au titre des présomptions légales, qui sont des présomptions irréfragables « La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. ». (La réforme du 10 février 2016, portant notamment sur la preuve des obligations, a supprimé l'art. 1350 C. civ., le Code ne contient plus d'énumération des présomptions légales.

allégation¹⁴¹, en ce sens on peut dire que la présomption irréfragable est davantage une règle de fond qu'une règle de preuve¹⁴². Or, si le serment décisoire permet à celui sur qui reposait normalement la charge de la preuve de la faire supporter à l'adversaire, l'exigence d'une preuve demeure¹⁴³. En outre, si l'anc. article 1350 du Code civil visait le serment comme une présomption légale, d'autres textes du même code les opposaient. Ainsi, l'article 1352 anc., en son second alinéa disposait que « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi (...) sauf ce qui sera dit sur le serment » , ou encore l'article 1356 anc., qui tout en admettant la validité des contrats sur la preuve, refusaient qu'ils puissent « contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment ».

Il nous a semblé utile de motiver longuement le rejet de cette qualification, même si cela semble *a priori* bien théorique, et sans véritables conséquences. Cependant nous en trouvons une, elle justifie ces développements, il s'agira du fait de savoir dans quelle mesure la partie qui a déféré ou référé le serment pourra, après l'extinction de l'instance civile, rapporter la preuve de la fausseté de la déclaration faite sous serment. Si la serment décisoire avait l'autorité d'une présomption légale, la possibilité se prouver contre lui serait absolument impossible, tandis qu'il est tout à fait envisageable de renverser une preuve.

B. La difficulté à qualifier de preuve le résultat de la prestation

Nous pouvons en déduire, comme un auteur que « le serment décisoire est un moyen de preuve et n'est qu'un moyen de preuve¹⁴⁴ », de sorte qu'il « est destiné, et c'est là sa fin en même temps que son résultat, à prouver un fait, qui a suscité le différend entre les deux adversaires et les a conduit devant le juge pour le vider¹⁴⁵ ».

51. La difficulté de qualifier de preuve le serment qui ne semble rien prouver. La difficulté d'en venir à cette conclusion vient, comme nous l'avons déjà écrit, que le serment décisoire nous semble

¹⁴¹ Anc. art. 1352 al. 1 C. civ. : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. »

¹⁴² **TERRÉ Francois**, Droit civil : *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, p. 545. Dans le même sens, **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : introduction*, 27^e éd. PUF, 2002, p. 350, qui explique la signification de la présomption *juris et de jure*, c'est la présomption « du droit et concernant le droit », expression énigmatique héritée des glossateurs du Moyen-Âge, qui signifie que ces présomptions sont créées par le droit positif, mais qu'elles ont en outre pour caractère propre de porter sur lui, d'en modifier l'ordonnement juridique.

¹⁴³ **PLANIOL Marcel**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931, p. 20 : « La nature des présomptions légales est souvent méconnue. On les rapproche des présomptions simples, qui sont établies par les parties elles-mêmes, et, comme conséquence de ce rapprochement, on voit en elles des modes de preuve. C'est ce qu'a fait le Code Napoléon, qui traite des présomptions légales dans les art. 1350 à 1352, c'est-à-dire entre la preuve par témoins et la preuve par présomptions. Le point de vue qui ressort de ce classement est tout à fait faux : la présomption légale n'est pas un mode de preuve, c'est une dispense de preuve. »

¹⁴⁴ **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 79

¹⁴⁵ Ibid.

ne rien prouver, puisqu'une partie affirme un fait qui lui est favorable, et se constitue par là une preuve à elle-même, contre l'adage classique qui le prohibe. Or selon des auteurs : « Prouver, au sens courant du terme, est faire apparaître ou reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain ; la preuve est donc ce qui sert à établir qu'une chose est vraie. Il n'en est pas autrement en matière juridique, à cette précision près que c'est le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité d'une allégation¹⁴⁶ ». Mais ces mêmes auteurs d'ajouter immédiatement, pour relativiser la concordance entre vérité et vérité judiciaire : « la preuve juridique est une preuve judiciaire. (...) Si toute preuve tend à établir la vérité, en matière juridique, c'est la vérité judiciaire, à la fois relative et irrévocable, à laquelle conduit la preuve¹⁴⁷ ».

52. Distinction entre la vérité judiciaire et la réalité. En réalité, la vérité judiciaire peut s'émanciper du réel, et même de la conviction du juge. Il est utile à ce titre de rappeler que le régime probatoire français relativement aux obligations civiles est soumis à un principe de légalité : seuls sont admis dans le procès les moyens de preuve définis par la loi¹⁴⁸. Si celle-ci pose un principe général de liberté de la preuve, qui vaut essentiellement pour les faits juridiques¹⁴⁹ qui ne peut se faire - en principe¹⁵⁰ - qu'au moyen de certaines preuves : l'écrit, qui peut être suppléé par l'aveu judiciaire et le serment décisoire (art. 1361 C. civ.). Moyens de preuve qui, en sus, ont la qualité d'être « parfaits¹⁵¹ » ce qui veut dire que le juge ne peut pas librement apprécier leur valeur probante, dès lors son intime conviction est indifférente : il agit en quelque sorte tel un automate une fois la preuve déclarée admissible¹⁵².

¹⁴⁶ **GHESTIN Jacques** et **GOUBEAUX Gilles**, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 522 ; Dans le même sens, **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », *JurisClasser Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §56 : « On a même pu se demander si l'on était encore en présence d'un mécanisme de preuve : « le serment et l'aveu ne sont pas des moyens de preuve proprement dits ; [...] ils laissent la décision à la conscience [d'une] partie » (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, 5^e éd. 1922, t. 12, par Martin, § 750, note 11, in fine) ; « par le serment judiciaire, le conflit n'est pas résolu, il est éliminé par l'anéantissement d'un des adversaires » (A. Mourre, *Réflexions sur le serment décisoire* : *Gaz. Pal.* 1994, I, doct. p. 800). »

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 522 ; dans le même : **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : introduction*, 27^e éd. PUF, 2002, p. 347 : « Prouver un droit, c'est le faire apparaître sinon comme vrai (car dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre la vérité), du moins comme probable »

¹⁴⁸ Le principe de légalité des preuves est depuis longtemps critiqué, v., par ex. : **TISSIER Albert**, « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 127 : « Le juge doit avoir la libre appréciation des moyens de preuve. Le système des preuves légales doit à cet égard disparaître complètement. Les règles de la procédure, faites pour faciliter la recherche de la vérité, ne doivent pas s'opposer à sa libre constatation. La vérité judiciaire n'est pas une vérité autre que la vérité ordinaire. Il ne faut pas que le juge ignore systématiquement ce qui est certain pour tout autre que lui. Les méthodes de la science moderne ne veulent pas d'obstacles à la recherche de la vérité : il doit en être de même en procédure. Et on peut observer ici que, dans un grand nombre de procès, il y a grand avantage à ce que le juge entende les parties elles-mêmes, les témoins, les experts et, d'une façon générale, soit en contact direct avec les éléments d'instruction du procès. »

¹⁴⁹ L'art. 1358 C. civ. pose que « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. », la preuve des actes juridiques excédant une certaine somme (Sauf contre les commerçants pour les actes de commerce qui « peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi » aux termes des l'art. L100-3 C. com., codification d'un principe fort ancien.

¹⁵⁰ Exceptions posées aux articles 1360 et 1361 du Code civil, en substance, la preuve peut être rapportée par tout moyen en cas d'impossibilité matérielle ou morale, ou en cas de commencement de preuve par écrit, lequel peut être corroboré par un autre moyen de preuve.

¹⁵¹ Sauf dans l'hypothèse où les deux parties produisent un écrit, dans ce cas « le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable. » selon l'art. 1368 C. civ.

¹⁵² Pour approfondir : **MALAURIE Philippe** et **MORVAN Patrick**, *Introduction au droit*, 7^e éd., LGDJ, 2018, p. 209

Le serment décisoire est une preuve parfaite, caractère qui participe à la défiance générale à son égard, et qui explique que l'on voudrît voir en lui autre chose que ce qu'il est, et trouvant sa source dans une convention plutôt que dans la loi. Le principe de légalité et la hiérarchie des modes de preuve qui en est la conséquence passent pour dépassés aux yeux de nombreux contemporains.

Cette hiérarchie, largement inchangée depuis la codification de 1804, semble surannée¹⁵³ devant l'évolution de techniques scientifiques, et l'expertise est sans hésitation la nouvelle « reine des preuves ». Cette circonstance, alliée avec l'orientation actuelle du procès civil, paraissent condamner le serment décisoire. Le juge, mettant en oeuvre la fonction juridictionnelle de l'Etat, et même doit désormais avoir un rôle actif quant à la matière litigieuse, et spécialement quant aux preuves. Les plaideurs ne sont plus les seuls à tenter de faire apparaître la vérité, le procès n'est plus exclusivement leur chose : le juge a également un office probatoire¹⁵⁴. Cet office passe par sa faculté de former au mieux sa conviction personnelle, laquelle deviendra par le jugement rendu - auquel la loi attribue l'autorité de chose jugée -, la vérité judiciaire¹⁵⁵.

Mais, si on peut « comprendre la réticence des magistrats civils lorsqu'il existe d'autres moyens pour éclairer leur religion¹⁵⁶ », on ne saurait oublier le droit positif, et il faut admettre que la vérité judiciaire issue du serment n'est pas nécessairement conforme à la conviction du juge¹⁵⁷.

Nous avons désormais clairement identifié le résultat de la prestation d'un serment décisoire, il s'agit d'un mode de preuve parfait. Il nous fait désormais clairement identifier la nature de la délation de serment qui lui donne naissance.

Section 2 - L'approche renouvelée : une mesure d'instruction

Une fois la qualification conventionnelle réfutée (I.), nous pourrions proposer d'y substituer celle de mesure d'instruction (II.), affirmation originale mais qui n'est pas dénuée de tout fondement.

¹⁵³ Le serment est depuis longtemps critiqué, en ce qu'il saurait le pire moyen de prouver un fait, v. déjà **BENTHAM Jeremy**, *Traité des preuves judiciaires*, par. Dumont Étienne, t. 1, Paris : Bossange frères, 1823, p. 176 à 178 : « il ne s'agit plus d'un procédé vraiment judiciaire, mais d'une sorte d'épreuve semblable à celle du fer rouge ou de l'eau bouillante (...) our un juge expérimenté, le serment ne lui inspire aucune confiance : il l'a vu si souvent prostitué au mensonge ! toute son attention se porte sur la nature du témoignage. Il scrute le témoin : il examine son ton, son air, la simplicité de ses discours ou son embarras, ses variations, son accord avec lui-même (...) il a des signes pour estimer la probité de celui qui parle, il n'en a pas pour juger de sa religion. Plus il a vieilli dans son métier, moins il croit à l'influence du serment ; il s'en défie plus encore dans les matières civiles que dans les matières criminelles. Or je le demande, où est la bonté d'une garantie qui va toujours en s'affaiblissant dans l'esprit d'un juge à mesure qu'il devient plus éclairé et plus expert. »

¹⁵⁴ V. **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisoire écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », Recueil Dalloz, 2001, §10 et s.

¹⁵⁵ **GHESTIN Jacques** et **GOUBEAUX Gilles**, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 526 et s.

¹⁵⁶ **CADIET Loïc** (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1125

¹⁵⁷ **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », *JurisClasseur Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §4

I. La réfutation de la qualification conventionnelle

Si le serment décisoire n'est pas une convention, c'est tout simplement à défaut de consensus entre les parties sur son existence (A.), constatation finalement réalisée par la jurisprudence elle-même (B.)

A. L'absence de libre rencontre des volontés

53. Causes du maintien de la qualification. Nous en étions resté aux auteurs du début XX^e siècle, qui pour certains voyaient dans la délation une *convention sui generis* sur la preuve¹⁵⁸. Nous allons montrer que cette qualification est erronée, et si elle s'est maintenue longtemps malgré l'évidence, c'est en raison de ce qui vient d'être dit : à savoir que le serment décisoire est une institution « aussi étrange et inclassable, comme le sont ces mollusques du fond des océans qui révèlent une monstrueuse filiation avec des temps abolis¹⁵⁹ », aussi a-t-on sans doute voulu la ranger sous une catégorie familière et rassurante, celle des conventions.

54. L'impossible rencontre des consentements. Le serment décisoire ne saurait être une convention, ni même un contrat judiciaire qui n'en est qu'une déclinaison : tout est contre cette qualification, et les auteurs à partir de la moitié du XX^e siècle le firent remarquer. Malgré cela, la Cour de cassation dans un arrêt de 1974 qualifiait encore le serment décisoire de « contrat judiciaire¹⁶⁰ »

Il ne saurait être un convention faite d'un rencontre de volontés libres, faute tout simplement d'un échange des consentements entre les parties¹⁶¹. Si l'auteur de la délation défère librement le serment à l'autre partie : « celui à qui le serment est adressé n'est pas libre de

¹⁵⁸ Même si des auteurs persistent à voir dans le serment décisoire un contrat portant plutôt sur le droit que sur la preuve, par exemple : **TERRÉ François**, *Droit civil : Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015, p. 551-552 : « le serment (...) une manifestation du pouvoir des parties dans le procès civil, en vertu du principe dispositif (...) En effet (...) le serment est un mode conventionnel de terminaison d'un procès : la délation du serment est une offre de renoncer à sa prétention et d'acquiescer à celle de l'adversaire, s'il consent à fortifier son affirmation par un serment, offre à laquelle se joint implicitement celle de jurer soi-même, si l'adversaire légère le serment »

¹⁵⁹ **MOURRE Alexis**, « Réflexions sur le serment décisoire », *Gaz. Pal.* 12 juin 1994, p. 798

¹⁶⁰ Cass. 2^eème civ. 13 mars 1974, n°72-13.736, Bull. civ. II, n°96, p. 80 ; JCP 1974. IV. 155 ; D. 1974. IR 127. : En l'espèce, le défendeur à une action en résolution de la vente immobilière pour non non-paiement de la rente viagère défère le serment décisoire au demandeur, lequel demande au juge de modifier la formule du serment qui le fait, en conséquence il jure et emporte le procès. Le défendeur, qui succombe, interjette appel de la décision définitive, cela est possible car si la voie de l'appel est par principe fermée, elle est ouverte lorsqu'il porte sur les conditions de la prestation de serment. Un pourvoi en cassation est formé contre l'arrêt confirmatif, au moyen que les juges ne pouvaient pas modifier la formule du serment. La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif que le juge peut rendre plus claire la formule proposée à condition de ne pas trahir la pensée du plaideur, si ce dernier conteste la nouvelle formulation, il lui appartenait de ne pas poursuivre la délation du serment. Pour justifier cette position, la Cour affirme qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'interpréter un contrat judiciaire. Autrement dit, le juge en modifiant la formule n'a fait qu'interpréter la volonté commune des parties, qui était la prestation d'un serment décisoire portant sur des faits de nature à clore la contestation.

¹⁶¹ V. **FERRAND Frédéric**, « Le juge et le serment », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n° 801

l'accepter ou de le refuser et, quelle que soit son attitude des conséquences juridiques seront attachés à la délation du serment¹⁶². » En effet, en cas de refus de prêter serment, l'adversaire perd son procès. Il a certes une autre option, celle de le référer, mais est-ce vraiment faire oeuvre de liberté que de choisir entre deux attitudes à l'issue généralement fatale pour son procès ? Demogue oppose l'idée selon laquelle une convention peut être forcée sans perdre sa nature conventionnelle, il vise à cet égard les conventions nécessaires¹⁶³. Certes, il existe des hypothèses dans lesquelles la loi oblige à contracter, l'exemple le plus évident est le contrat s'assurance. Cependant, contrairement au serment décisoire, on peut librement choisir son cocontractant, et en partie le contenu du contrat. En conséquence, l'analogie est - nous semble-t-il - erronée.

Un auteur contourne la difficulté en voyant dans la prestation du serment la formation d'une convention et dans le refus un aveu judiciaire tacite¹⁶⁴, or l'aveu est « la déclaration que fait en justice la partie¹⁶⁵ » qui « reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques¹⁶⁶ », il suppose donc nécessairement une déclaration, c'est-à-dire un acte positif.

Finalement la jurisprudence affirma elle-même le rejet de la qualification conventionnelle.

B. La confirmation par la jurisprudence

La jurisprudence le fit en deux temps, indirectement et sans s'en rendre compte en reconnaissant au juge le pouvoir d'apprécier la nécessité du serment, puis en l'affirmant explicitement.

55. La reconnaissance malgré elle. La jurisprudence pendant un temps fut largement incohérente, car tout en affirmant la nature conventionnelle du serment décisoire, permettait au juge d'exercer un contrôle sur sa nécessité et son utilité¹⁶⁷, il pouvait ainsi le refuser si les éléments de la cause étaient

¹⁶² **MULLER Yvonne**, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995, p. 215

¹⁶³ **DEMOGUE René**, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, p. 69 : « Le contrat et de façon plus générale la convention apparaissent aux individualistes comme des manifestations de libre volonté. Cette idée générale doit être rectifiée doublement. D'abord, il faut tenir compte de ce que les contrats sont toujours conclus sous l'empire des nécessités sociales : spécialement par suite de la décision de plus en plus grande du travail, chacun est obligé de se procurer par contrat presque tout ce qui lui est nécessaire ; Ensuite de façon plus précise, il y a des contrats ou des conventions nécessaires. (...) On peut voir un contrat nécessaire d'une autre nature particulière dans la délation de serment. C'est un contrat devenant définitif par l'acceptation de celui à qui on le défère. L'article 1364 du Code civil le précise. La partie qui a déféré le serment ne peut plus rétracter lorsque l'autre partie à répondu être prête à le faire. Mais ici c'est la loi qui détermine les conditions du contrat. »

¹⁶⁴ **FUZIER-HERMAN Edouard** (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 86

¹⁶⁵ Art. 1383-2 C. civ.

¹⁶⁶ Art. 1383 C. civ.

¹⁶⁷ Cass. req., 3 janvier 1905 : DP 1905. I. 75 ; Cass. 3ème civ., 13 mai 1969 : JCP 69. IV. 168 ; Bull. civ. III, n°384, p. 295 ; Cass. soc., 28 nov. 1962 : Gaz. Pal. 1963, I, p. 156

suffisants pour lui permettre de forger sa conviction¹⁶⁸. Or s'agissant d'un contrat sur la preuve, en vertu du principe dispositif, le juge devrait seulement en donner acte et en tirer les conséquences pour la solution du litige, et non exercer un quelconque contrôle sur celui-ci quant à son opportunité.

56. L'affirmation expresse par la jurisprudence. Finalement, la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 avril 1979, décida que la seule acceptation de prêter le serment décisive ne constituait pas en soi un contrat judiciaire¹⁶⁹. En l'espèce, une partie soutenait que l'appel du jugement ordonnant le serment n'était pas recevable, malgré l'article 320 du Code de procédure civile, lequel permet un recours immédiat, car celui-ci n'excluait pas la formation d'un tel contrat entre les parties du fait de l'acceptation par l'autre partie de prêter le serment. Autrement dit, il ne peut y avoir contrat judiciaire dans cette hypothèse, uniquement s'il est rapporté la preuve du consentement de l'autre partie, ce qui n'est pas le cas de l'acceptation de la prestation du serment, qui n'est pas libre au regard des effets attachés au refus.

Comment expliquer des siècles de persistance dans une erreur si manifeste ? Jean Carbonnier¹⁷⁰ a sans doute raison lorsqu'il l'explique par la volonté de rationaliser une institution qui nous échappe. Selon lui, les civilistes classiques conçoivent d'abord le serment « comme un acte essentiellement religieux ; et, à ce titre, ils l'analysent avec les concepts de la théologie traditionnelle (...). Seulement, que faire de la religion dans un code qui s'est voulu laïc ? Comme s'ils se sentaient mal à l'aise, les auteurs bifurquent dans une autre voie, qui a tout l'air de contredire la première. Ils entreprennent de séculariser l'opération, en la faisant rentrer dans une des catégories paisibles du droit civil, dans la catégorie des contrats. (...) Par cette réinterprétation, ce qui semblait à vues humaines absurdité, sinon folie, se trouve rationalisé. »

Peut-être est-ce également notre démarche, du moins démarche inconsciente, en voulant y voir une simple mesure d'instruction. L'affirmation nous semble pourtant davantage étayée.

¹⁶⁸ Cass. Soc. 6 juill. 1954, Bull. civ. IV, n°600

¹⁶⁹ Civ. 2^e, 3 avr. 1979, n°78-11.173 : Bull. civ. II, no 118 ; D. 1979. IR 480, obs. Julien.

¹⁷⁰ **CARBONNIER Jean**, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 398

II. Le serment décisoire comme simple mesure d’instruction

La qualification de mesure d’instruction est, sinon rejetée, du moins ignorée par les auteurs, qui le compare au serment supplétoire qui en est une (A.). Pourtant, l’affirmation n’est pas dénuée d’arguments en sa faveur (B.)

A. La mesure d’instruction, qualification rejetée ou ignorée

La réflexion doctrinale quant à la nature de la délation du serment s’arrête à ce constat : le serment est un mode de preuve parfait, qui - pour la plupart des auteurs - ne résulte pas de la convention des parties.

57. Définition négative. Du moins, elle offre une définition négative en comparant le serment supplétoire avec celui décisoire. Ainsi, lit-on dans le Cornu que le serment supplétoire « constitue, par opposition au serment décisoire, une simple mesure d’instruction¹⁷¹ ». Nous pensons à rebours de cette position que le serment décisoire est bien un mode de preuve résultant d’une mesure d’instruction décidée par le juge, et non une forme d’incident d’instance *sui generis*.

58. Rappel du mécanisme. Pour y voir plus clair, rappelons schématiquement la procédure du serment décisoire telle que présentée dans les manuels. Elle connaît quatre étapes. D’abord, une partie défère le serment à son adversaire dans ses conclusions, où elle énonce les faits sur lesquels elle le défère¹⁷². Ensuite, le juge donne acte des conclusions et ordonne la prestation de serment, sauf si l’adversaire conteste le droit de déférer le serment, alors se produit immédiatement un incident sur lequel le tribunal doit statuer par un jugement sur son admissibilité. Puis, s’il est déclaré admissible à lieu la prestation de serment, sauf refus de celui à qui il a été déféré de le

¹⁷¹ CORNU Gérard (Dir.), Vocabulaire juridique, 14ème édition, 2023 : PUF, collection Quadrige ; V. également : DEHARO Gaëlle, « Serment judiciaire », JurisClasseur Procédure civile, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §96 : « Le serment déféré d’office par le juge est une mesure d’instruction car, contrairement au serment décisoire, il ne vise qu’à éclairer les circonstances de la cause et ne termine pas le litige. » ; FERRAND Frédérique, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°843 : « Le serment supplétoire n’est pas, contrairement au serment décisoire, un mode de preuve parfait. Il est une simple mesure d’instruction que le juge civil peut ordonner, de sa propre initiative. »

¹⁷² Art. 317 al. 1 Cpc.

prêter¹⁷³. Enfin, le juge - tirant les conséquences nécessaires de la prestation du serment ou de son refus - rend un jugement définitif sur le fond de la contestation¹⁷⁴.

59. Proposition. Nous pensons pouvoir donner sa véritable nature à la procédure, encore largement emprunte du fondement conventionnel du serment, En réalité, selon nous, une partie défère le serment dans ses conclusions et propose une formulation de la question, le juge se prononce sur l'admissibilité de la délation - cela même en l'absence de contestation -, et s'il la déclare recevable, ordonne une mesure d'instruction, laquelle contraint l'adversaire à se prononcer sur son refus ou son acceptation de la délation, auquel cas il devra prêter serment selon les modalités prévues dans la mesure d'instruction (formule, date et lieu...). Enfin, le juge tirera de la prestation du serment les conséquences légales et rendra un jugement sur le fond en faveur de celui qui a prêté le serment ou en faveur de celui qui a déféré un serment qui a été refusé.

B. Les arguments au soutien de l'affirmation

60. Argument légistique. Tâchons de répondre aux arguments qui pourraient s'opposer à cette thèse. Le premier est légistique, dans le Code de procédure civile, le serment judiciaire - lequel regroupe le serment supplétoire et décisoire - et les mesures d'instruction sont codifiées au sein du Titre VII relatif à l'administration judiciaire de la preuve, mais font l'objet d'un sous-titre distinct¹⁷⁵. Outre l'absence de valeur normative de l'ordonnancement des articles au sein d'un code juridique, Nous ferons remarquer que le serment supplétoire, qui sans nul doute est une mesure d'instruction, est inséré au sein du même sous-titre que celui décisoire, de sorte que cet argument n'est pas opérant.

¹⁷³ art. 317 al. 2 Cpc.

¹⁷⁴ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge et MAYER Lucie, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Précis Dalloz, 2022, p. 601, n°785 ;

V. également BONNIER Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4^e éd., Paris : Plon, 1873, p. 525 : « Le serment déféré peut être immédiatement accepté et prêté, sans qu'il s'élève aucune difficulté. L'intervention du juge n'est alors nécessaire que pour donner acte du serment, et pour en tirer les conséquences légales dans le jugement qui termine l'instance. Si, au contraire, le droit de déférer le serment est contesté au demandeur, il faut que le tribunal prononce par une décision interlocutoire sur l'admissibilité de ce mode de preuve. C'est en vue de cette hypothèse (...) [qu'il est dit] qu'un jugement ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu. Régulièrement, il faudrait ensuite un second jugement sur le fond de la contestation. Mais souvent, dans la pratique, pour ne pas multiplier les frais, on rend un seul jugement, dans lequel on prononce à l'avance la condamnation de la partie qui ne prêterait pas le serment à elle déféré ; car s'il est prêté, il faudra bien toujours en donner acte. »

¹⁷⁵ Les mesure d'instruction sont codifiées au Sous-titre II et le serment judiciaire au Sous-titre IV

61. Initiative du serment. Un autre argument est relatif à l'initiative du serment décisoire, en effet le choix d'y recourir revient exclusivement aux parties, le juge ne peut y recourir d'office : « c'est pour cette raison que le serment décisoire n'est pas assimilable à une mesure d'instruction¹⁷⁶ » selon un auteur. Or, l'idée généralement admise est que la mesure d'instruction peut toujours être ordonnée d'office par le juge, conformément à l'article 10 du Code de procédure civile. Pour autant, comme la définition de la mesure d'instruction du Cornu le souligne, reprenant l'article 143 du Code de procédure civile, c'est une mesure « que le juge peut ordonner d'office ou à la demande des parties¹⁷⁷ ». Autrement dit, rien dans la définition de la mesure d'instruction ne suppose qu'il puisse la prendre d'office, il suffit que ce soit lui qui l'ordonne, or l'article 317 alinéa 2 du code précité dispose bien que « Le juge ordonne le serment s'il est admissible (...) ».

62. L'impossible mesure d'instruction en cas de carence dans la preuve. Il serait également possible d'opposer l'article 146 alinéa 2 du Code de procédure civile, lequel dispose qu'une mesure d'instruction ne peut venir « suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Or le serment décisoire, en toute hypothèse, sert la partie qui ne peut prouver par de plus sûrs moyens ses allégations. Cependant ce texte signifie que le juge ne saurait ordonner une telle mesure au profit d'une partie qui, par sa négligence, n'a pu rapporter une preuve suffisante de ses prétentions¹⁷⁸ ; circonstance bien différente de la situation dans laquelle la partie n'a tout simplement pas de preuve, sans que cela lui soit imputable.

63. Discordance entre les buts du serment et celui des mesure d'instruction. Un nouvel argument est celui tiré de la discordance apparente entre le but des mesures d'instruction et celui du serment décisoire. Une mesure d'instruction viserait à permettre au juge de se forger une conviction, or, selon un auteur : « dès l'instant où le serment a été accepté et prêté, le juge perd tout pouvoir d'appréciation et le litige est terminé de manière définitive et absolue. (...) C'est pour cette raison que le serment décisoire n'est pas admissible au stade des mesures d'instruction¹⁷⁹ ». C'est, nous semble-t-il, se méprendre sur le but des mesures d'instruction qui - à la vérité - est plus large. La mesure d'instruction est celle ordonnée par le juge « pour s'éclairer dans l'administration judiciaire de la preuve¹⁸⁰ », or celle-ci obéit à une hiérarchie légale, laquelle distingue les preuves

¹⁷⁶ DEHARO Gaëlle, « Serment judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §36

¹⁷⁷ CORNU Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} édition, 2023 : PUF, collection *Quadrige*

¹⁷⁸ GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, introduction générale*, 3^è éd., LGDJ, 1990, p. 548

¹⁷⁹ CADIET Loïc (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1124 et 1125

¹⁸⁰ CORNU Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} édition, 2023 : PUF, collection *Quadrige*

imparfaites qui participent à former la conviction du juge, (Présomptions judiciaires, écrits ne répondant pas aux exigences de la preuve littérale, témoignage, aveu extrajudiciaire et serment supplétoire) et les modes de preuves parfaits (écrit, serment décisoire, aveu judiciaire), dont la force probante est réglée par la loi, et qui sont « légalement réputés exprimer la vérité¹⁸¹ », de sorte que la mesure, si elle tend « à établir la réalité (...) des faits sur lesquels porte une difficulté juridique¹⁸² », c'est une réalité judiciaire dont il est question.

Nous pouvons en tirer cette conséquence : la mesure d'instruction vise à donner au juge une meilleure connaissance des faits litigieux, connaissance librement formée lorsqu'elle résulte de son intime conviction, elle-même induite de l'examen des modes de preuve imparfaits ; connaissance contrainte lorsqu'elle résulte d'un mode de preuve parfait. Par exemple, si le juge ordonne une mesure d'instruction consistant en la comparution d'une partie, que de ses déclarations il en résulte un aveu judiciaire, lequel « fait foi contre celui qui l'a fait¹⁸³ », le juge aura une meilleure connaissance des faits par l'effet de la loi, quand bien même sa conviction serait contraire à celle-ci. Le même raisonnement peut être tenu pour le serment décisoire, s'il ne participe aucunement à former l'intime conviction du juge, cette circonstance ne le disqualifie aucunement comme mesure d'instruction.

64. Recours immédiat ou différé. Un dernier argument auquel il faut répondre est que « Le jugement qui ordonne ou refuse d'ordonner un serment décisoire peut être frappé de recours indépendamment de la décision sur le fond. » aux termes de l'article 320 du Code de procédure civile. Or l'article 150 du même code dispose que le jugement qui ordonne la mesure d'instruction ne peut être frappée d'appel (...) indépendamment du jugement sur le fond », cependant il s'agit d'un principe, le texte ajoutant immédiatement sauf « dans les cas spécifiés par la loi », ainsi de la décision ordonnant l'expertise sous certaines conditions¹⁸⁴, ainsi également le serment décisoire pouvons-nous ajouter.

65. Adéquation avec la typologie des jugements. Enfin, il est possible d'avancer l'adéquation entre le serment décisoire considéré comme une mesure d'instruction et la typologie des jugements

¹⁸¹ GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 578 : « L'appréciation des preuves peut se définir très simplement comme l'opération intellectuelle à l'issue de laquelle le juge se déclare convaincu ou non de l'existence des faits allégués par les parties. C'est, semble-t-il, le juge qui est le mieux placé pour décider lui-même s'il est convaincu par les preuves débattues devant lui ; il devrait donc avoir toute liberté pour décider de l'existence des faits contestés, selon son intime conviction. Cependant, pour des raisons de simplicité et de sécurité, la loi fixe à l'avance la force probante de plusieurs procédés de preuve. C'est ainsi notamment que la preuve littérale, l'aveu judiciaire et le serment décisoire sont légalement réputés exprimer la vérité. »

¹⁸² GUINCHARD serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz

¹⁸³ Art. 1383-2 C. civ.

¹⁸⁴ Art. 272 Cpc.

du Code de procédure civile. On distingue, d'une part le jugement définitif, dont la définition est posée à l'article 480 du code précité¹⁸⁵, auquel la loi attribue l'autorité négative de la chose jugée, puisqu'il fait progresser en lui-même le litige, en outre il dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche¹⁸⁶. D'autre part le jugement avant dire droit, lequel « se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire » (Art. 482 Cpc.), et qui n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée et ne dessaisit pas le juge, puisqu'il ne fait pas progresser l'affaire en lui-même¹⁸⁷. Puisque le serment décisoire est ordonné par un jugement, il s'agit de le faire entrer au sein de l'une de ces catégories. Il ne s'agit de toute évidence pas d'une mesure provisoire, ni d'une décision définitive, puisque la délation du serment en elle-même ne fait pas avancer le litige mais la preuve qui en est résultat, et qui servira au juge à rendre la décision sur le fond, quant à elle définitive. En outre, la Cour de cassation a jugé que « Le jugement qui prescrit le serment ne dessaisit pas le juge et n'a pas autorité de la chose jugée¹⁸⁸ », lui permettant d'affirmer que le juge qui défère un serment décisoire peut dans l'arrêt définitif revenir sur la qualification du serment, et lui ôter son caractère décisoire, par exemple si la formule du serment déféré est le contraire de ce qui a été soutenu par celui auquel elle a été présentée.

Au terme de cette première partie, dont l'objet principal était d'éclaircir la nature du serment décisoire, celle profonde comme celle juridique, cela afin de lever la défiance naturelle à laquelle il fait face, nous en verrons les conséquences persistantes dans son régime, pour éventuellement lever celles inopportunes.

¹⁸⁵ « Le jugement qui tranche (...) tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. (...) »

¹⁸⁶ Art. 481 al. 1 Cpc.

¹⁸⁷ Art. 483 Cpc.

¹⁸⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 1980, n° 78-11.924

SECONDE PARTIE - Régime du serment décisore, lieu d'expression de la défiance

L'efficacité du serment décisore est fortement entravée par sa difficile mise en oeuvre résultant des strictes conditions d'admission posés par les textes et la jurisprudence (Chapitre 1.), et s'il est admis, par un régime peu favorable à la sincérité du serment à défaut d'efficacité des sanctions du parjure (Chapitre 2.).

Chapitre 1 - Les strictes conditions d'admission

Il s'agira dans ce chapitre d'éclairer les conditions du droit positif relatives à l'admissibilité de la délation du serment, et de porter un regard critique s'il y a lieu. Si un mouvement général devait être mis en avant, ce serait celui d'une méfiance généralisée à l'égard du serment décisore, qui conduit à restreindre son domaine et ses conditions d'application, et corrélativement à augmenter les pouvoirs d'appréciation du juge, contrepartie à l'impossibilité pour ce dernier d'apprécier la force probante du serment une fois refusé ou effectué¹⁸⁹.

Des articles relatifs au serment décisore, deux conditions de recevabilité ressortent expressément : il doit porter sur un fait personnel à celui appelé à le prêter et porter sur des faits pertinents pour la solution du litige (Section 1). En outre, la jurisprudence a accordé au juge le pouvoir de rejeter le serment s'il le juge non nécessaire (Section 2).

Section 1 - L'interprétation restrictive des conditions textuelles

L'admission du serment décisore exige un fait personnel, dont il est difficile de tracer justement les contours (I.), ainsi qu'un fait concluant qui détermine dans une large mesure son domaine, lequel est plus ou moins grand selon les pouvoirs accordés au juge (II.).

¹⁸⁹ MALLET-BRICOUT Blandine, « Le serment décisore écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 817, §12

I. La définition incertaine du fait personnel

Il résulte expressément de l'article 1385-1 du Code civil¹⁹⁰ que le serment décisive « ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère » ; l'alinéa second en tire la conséquence naturelle : il ne peut être référé si le fait est purement personnel à celui auquel il a été déféré. Bien discerner ce que recouvre la notion de « fait personnel » est déterminant, puisqu'elle subordonne l'étendue des questions sur lesquelles le serment peut porter. Dans une vision classique, il s'agit du seul fait personnellement accompli ou constaté (A.), nous pensons qu'il peut également s'agir d'un fait dont la partie à laquelle le serment a été déféré a seulement connaissance (B.).

A. La conception classique : un fait accompli ou constaté personnellement

66. Un fait personnellement accompli ou constaté. De toute évidence, un fait personnel est, comme l'écrit Demolombe, celui qui aurait été « accompli par la personne elle-même¹⁹¹ », on peut également ajouter qu'il est celui qui aurait été personnellement constaté par celle-ci. Cette exigence semble naturelle, on ne peut exiger de quelqu'un qu'il affirme l'exactitude d'un fait, qu'autant qu'il en a lui-même une certitude absolue, laquelle certitude ne paraît pas contestable lorsque le fait est le fruit d'agissements qui lui sont propres. Exemple paroxysmique, le serment a pu être déféré sur le fait de savoir si une épouse s'était « *refusée à des relations sexuelles ou affectives avec son mari* » au cours du mariage¹⁹².

67. Controverse. Pour l'auteur précité et pour d'autres, dont la grande majorité de la doctrine actuelle, cette définition épuise la notion de « fait personnel ». Nous pensons au contraire qu'elle ne l'épuise pas, que nous pouvons l'entendre bien plus largement, et que cela est très nécessaire pour l'utilité du serment décisive.

68. Serment de crédulité. La question litigieuse est celle de l'admission du serment de crédulité (*jurjurandum de credulitate*), également appelé serment de crédibilité, en sus du serment auparavant

¹⁹⁰ Art. 1359 et 1362 anc. C. civ.

¹⁹¹ DEMOLOMBE Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6, 1876, n°604

¹⁹² Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 11 mai 2016, RG n° 15/02601

exposé, qui repose sur la certitude d'un fait strictement personnel à celui appelé à jurer (*jurjurandum de veritate*).

69. Définition du serment de crédulité. Le serment de crédulité est celui qui porte sur la connaissance du fait d'autrui. L'hypothèse vise essentiellement celle dans laquelle un droit a été transmis - à titre particulier ou universel - de sorte qu'il est impossible de déférer le serment à l'auteur parce qu'il n'est pas partie au procès. Par exemple, si après le décès de l'acquéreur le vendeur affirme ne pas avoir reçu paiement, alors ce dernier, empêché de déférer le serment à l'acquéreur, pourrait vouloir le déférer à son ayant droit. Délation impossible selon la plupart des auteurs¹⁹³, appuyés par un arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1954¹⁹⁴, non réitéré depuis.

70. Justification du rejet. Pour justifier cette position, il est affirmé que « jurer est une expression humaine éminemment personnelle ; l'opération ne se conçoit et ne prend sa valeur que si le fait affirmé concerne directement le jureur¹⁹⁵ » et qu'en conséquence cette « solution paraît s'imposer en logique puisque [les tiers] ne sont pas forcément informés du fait personnel litigieux. Or, le serment est un engagement solennel de dire la vérité¹⁹⁶ ».

De plus, l'article 1385-1 alinéa 2 du Code civil dispose que le serment « peut être référé [par l'autre partie], à moins que le fait qui en est l'objet ne lui soit purement personnel¹⁹⁷ ». Autrement dit, le texte subordonne la relation du serment à la condition que le fait soit commun aux deux parties, cela résulte de l'adverbe « purement ». Une lecture *a contrario* du texte laisserait donc à penser que la délation elle-même supposerait un fait purement personnel aux deux parties ou seulement à celle initialement appelée à jurer.

C'est justifications sont-elles pour autant suffisantes pour rejeter absolument l'admission du serment de crédulité ?

¹⁹³ **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §69 : « Si un droit a été transmis, en principe, seul son titulaire initial peut être amené à prononcer un serment décisoire, sauf si le litige porte sur un fait personnel à l'ayant cause » ; V. aussi **FERRAND Frédérique**, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°811

¹⁹⁴ Cass. soc., 8 nov. 1954 : Bull. civ. IV, n° 719, mais des arrêts plus anciens acceptèrent parfois le serment de crédulité : Civ. 1er mars 1859, S. 1859. I. 329. – Req. 9 nov. 1846, S. 1847. I. 45

¹⁹⁵ **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §69

¹⁹⁶ **FERRAND Frédérique**, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°811

¹⁹⁷ Anc. art. 1362 C. civ. : « 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. »

B. L'admission du serment de crédulité, ou la possibilité de jurer sur la connaissance du fait d'un autre

71. Véritable objet du serment de crédulité. Nous pouvons d'abord sans peine répondre à l'argument selon lequel on ne saurait jurer sur le fait d'un autre, puisque le serment de crédulité ne porte pas sur l'existence du fait lui-même, mais sur la connaissance que la personne à laquelle il a été déféré peut en avoir acquise¹⁹⁸. L'objet du serment de crédulité n'est donc pas le fait d'autrui, mais la connaissance de celui-ci. En ce sens Pothier, qui avait l'art de dire en peu de mots l'essentiel, affirmait qu'on ne peut « déférer le serment que sur ce qui est du propre fait de la partie à qui on le défère (...) car je ne puis ignorer mon propre fait : au lieu que je ne suis pas obligé de savoir ce qui est du fait d'un autre à qui j'ai succédé (...) Mais l'usage parmi nous est qu'en ce cas on puisse déférer le serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance (...), qui est de mon propre fait¹⁹⁹ ».

72. Admission du serment de crédulité pour le seul serment supplétoire. Il serait possible d'opposer que l'illustre jurisconsulte, ne distinguant pas entre le serment décisive et le serment supplétoire, visait seulement ce dernier. Or la doctrine²⁰⁰ comme la jurisprudence ancienne²⁰¹ admettent le serment de crédulité lorsque le serment déféré est le supplétoire, l'article 1385-1 n'ayant pas d'équivalent le concernant. Est-ce à dire qu'il n'est pas nécessaire de faire porter le serment sur un fait personnel ? Aucunement, l'absence de texte exigeant expressément cette condition vient très sûrement du fait que le serment déféré d'office l'est par le juge et non par les parties, de sorte qu'il n'est pas apparu nécessaire au législateur de rappeler cette condition évidente.

73. Justification et réponse. Aussi, l'argument tiré de l'admission du serment de crédulité lorsque le serment est déféré d'office par le juge nous semble plutôt être à l'avantage de son admission lorsqu'il est déféré par les parties à titre décisive. S'il est admis pour l'un, pourquoi ne l'être pas pour l'autre ? La justification avancée nous semble bien faible. L'admission se justifierait « car ses conséquences sont infiniment moins graves²⁰² ». Certes l'effet juridique est bien plus fort pour le

¹⁹⁸ V. CAVEROC Marcel, *Le serment décisive*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 84 et s.

¹⁹⁹ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 438, n°913

²⁰⁰ FERRAND Frédéric, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°853 ; GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §69

²⁰¹ Req. 14 févr. 1898, DP 1898. 1. 112

²⁰² GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1§69, mais l'auteur d'ajouter immédiatement « du moins en théorie » ; dans le même sens Ferrand, n°853

serment décisive, lequel a pour effet nécessaire de terminer le litige de façon définitive et absolue ; cependant le serment supplétoire pourrait être tout aussi déterminant du litige s'il emporte la conviction du juge. Surtout, les « conséquences » du serment ne sont pas épuisées par la terminaison du litige : il y a encore les conséquences pénales d'un faux serment, celles religieuses, l'atteinte à l'honneur et l'opprobre sociale, enfin tous les effets communs aux deux types serment, destinés à garantir leur sincérité.

74. L'interdiction de la relation sur un fait non purement personnel. Ensuite, nous avons vu que la relation du serment suppose un fait *purement* personnel, dont la conséquence serait le rejet du serment de crédulité, qui est *simplement* personnel, cependant l'alinéa premier de l'article 1385-1 du Code civil subordonne la délation au seul caractère personnel.

La discordance dans les conditions d'admission de la délation et de la relation peut rationnellement s'expliquer par le fait que la formulation de la question ne change pas entre la délation et la relation. Par conséquent, l'alinéa second du texte précité, lequel exige un fait « purement personnel », concerne en réalité le seul serment portant sur un fait accompli ou constaté personnellement, et ne fait nullement obstacle à la délation ou à la relation d'un serment de crédulité.

Il y a lieu d'illustrer l'affirmation. Lorsque le serment déféré porte sur un fait accompli ou constaté personnellement par l'adversaire, la question est ainsi formulée : « Jurez-vous avoir fait ou vu... » ; si le fait est commun, comme la conclusion d'un contrat ou le paiement d'une dette, alors le serment peut être référé puisque la question est identique, il ne peut l'être si le fait n'est pas commun, tel est le cas si l'auteur de la délation est un ayant droit ; on pourrait alors imaginer lui déférer un serment de crédulité, mais cela impliquerait de changer la formule, laquelle prend cette forme : « Jurez-vous avoir connaissance de... », or il n'est pas possible de changer la formule juratoire.

Au contraire, si le serment déféré porte sur la connaissance du fait d'un tiers au moyen de la formule précitée, il pourra en toute hypothèse être référé, puisque si le destinataire de la relation a personnellement accompli ou constaté le fait, en toute hypothèse il en a connaissance : qui peut le plus peut le moins ; si tel n'est pas le cas et s'il a été en mesure de connaître le fait, alors la relation est également recevable.

D'autres arguments viennent appuyer l'admission du serment de crédulité, qu'il convient d'étudier.

75. Admission du serment de crédulité pour combattre des courtes prescription : exception ou déclinaison ? Au soutien du refus de l'admission du serment de crédulité, il a encore été avancé l'existence d'exceptions légales, lesquelles viendraient confirmer le principe général de la prohibition. En effet, l'article 2275 alinéa 2nd du Code civil, qui n'est plus de droit positif depuis la réforme de la prescription intervenue en 2008²⁰³, prévoyait, pour combattre les courtes prescriptions²⁰⁴ fondées sur une présomption légale de paiement²⁰⁵, que « 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. ». De même l'article L511-78 *in fine* du Code de commerce - toujours en vigueur - prévoit pour certaines actions relatives aux lettres de change la possibilité de déférer le serment au débiteur, mais également à « leur conjoint survivant, leurs héritiers ou ayants cause » pour « qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû. », cela malgré l'acquisition de la prescription. Nous y voyons, non pas une exception, mais une simple déclinaison explicitée de la possibilité de prêter serment à propos de la connaissance d'un fait accompli par un autre.

76. Identité des destinataires du serment de crédulité. Un auteur soutient toutefois l'admission dans la seule hypothèse où le destinataire serait un proche de l'auteur originel²⁰⁶, comme le laisserait à penser les articles précités, à savoir : le conjoint survivant, les héritiers majeurs ou les tuteurs des héritiers mineurs. En conséquence, le serment de crédulité à titre décisoire serait limité aux faits d'une personne décédée²⁰⁷, et ne pourra être prêté que par des personnes déterminées. Limitation motivée par le présumé selon lequel seules celles-ci pourraient avoir un degré suffisant de certitude sur l'existence du fait litigieux, restriction qui nous semble pour autant ni justifiée ni opportune. D'une part puisqu'elle exclue toutes les hypothèses d'une transmission à titre particulier, qui n'est pourtant pas exclusive d'un lien d'affection de l'ayant cause avec l'auteur. D'autre part surtout, les parties sont libres de définir leur propre stratégie, or le serment déféré sur la connaissance du fait d'autrui ne peut nuire aux personnes dont il est requis. Ou bien elles ont

²⁰³ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

²⁰⁴ Même si en principe le serment ne peut combattre l'effet d'une prescription, en ce sens : **MARCADÉ Victor-Napoléon**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889, p. 146-147 : « « Enfin, le serment ne peut pas être déféré quand il tend à renverser une présomption juris et de jure établie dans un but d'ordre public. Je ne le pourrais pas non plus, en général, pour détruire l'effet de la prescription, car la prescription n'est pas seulement une consécration de la probabilité des droits (...) elle est aussi, du moins le plus souvent, une déchéance prononcée dans un but d'intérêt général et d'ordre social contre les propriétaires ou créanciers négligents (...). C'est donc par exception au principe général que l'art. 2275 autorise la délation du serment pour les petites prescriptions »

²⁰⁵ Par exemple, l'article 2272 du Code civil fixait à 2 ans le délai de prescription des actions en paiement de certaines professions médicales pour leurs visites, opérations et médicaments, et l'article 2273 du même code fixait le même délai pour les actions en paiement des avocats, à compter du jugement, de la conciliation ou de sa révocation.

²⁰⁶ **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 85 et s.

²⁰⁷ **FERRAND Frédéric**, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°810

connaissance du fait et jugent nécessaire de ne pas se dérober à la vérité et perdent légitimement le procès ; ou bien elle ne savent rien ou feignent de ne rien savoir, et dans ce cas leur réponse ne saurait en rien modifier l'issue du litige.

77. Nouvel argument tiré des modalités de la délation à une personne morale. Enfin, pour soutenir encore l'admission du serment de crédulité sans restriction, on peut remarquer qu'il est déjà consacré à propos du serment déféré à une personne morale. Avant d'en venir à ce point, il convient d'exposer au préalable la consécration de la possibilité de déférer le serment décisive à une personne morale et de circonscrire l'objet sur lequel il porte.

78. Possibilité de déférer le serment à une personne morale. Il y eut des réticences à admettre le principe même de cette délation car « l'être moral en lui-même ne saurait être considéré comme ayant une conscience.²⁰⁸ », or le serment est un acte solennel qui par essence la suppose. En outre, si la personne morale peut s'exprimer à travers un agent, il reste distinct d'elle et ne saurait « jamais pouvoir nuire au corps qu'il représente²⁰⁹ ».

Cependant avec l'avènement d'une théorie aboutie de la personnalité juridique, laquelle réalise une assimilation presque parfaite entre la personne physique et la personne morale, on admet « une sorte de fiction de transparence et de fusion du représentant social, et de cette dernière²¹⁰ ». Cette circonstance ajoutée à la volonté de ne pas priver d'un moyen de preuve ceux qui plaident contre des sociétés ou des associations a conduit la jurisprudence à admettre cette délation²¹¹.

79. Objet du serment déféré à une personne morale. Le serment ne peut être déféré qu'au représentant légal. Dans un premier temps - la fiction n'étant pas encore pleinement réalisée - la jurisprudence avait limité l'objet du serment décisive à des faits personnels à ce représentant²¹². Obstacle levé par la suite, la Cour de cassation décidant que le serment peut être déféré au représentant légal en exercice, lequel personnifie la société dont il est l'organe²¹³, même pour des fait litigieux survenus antérieurement à sa prise de fonction. Ainsi, même s'il peut interroger son prédécesseur, le représentant doit se fier à la mémoire collective de la société. Dans cette hypothèse,

²⁰⁸ BONNIER Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4e éd., Paris : Plon, 1873, p. 524

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ FERRAND Frédéric, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n° 813

²¹¹ Cass. soc., 28 juin 1957, D. 1957, p. 711 ; 3 mars 1966, Bull. civ. IV, n° 903 ; CA Colmar, 10 oct. 1969, RTD com. 1970, p. 141, note R. Houin

²¹² V. par ex., Paris, 12 mars 1966, JCP 1966. II. 14747 ; RTD civ. 1966. 853, note Raynaud. – Paris, 29 oct. 1968, JCP 1968. II. 15677, note P. L. – Colmar, 10 oct. 1969, JCP 1970. II. 16169, note J. A. – Paris, 27 févr. 1986, Bull. avoués 1986. 70

²¹³ Cass. com. 22 nov. 1972, n°71-10.574, D. 1973, 256 ; Cass. com. 20 oct. 2009, n°06-16.852, Civ. 2^{ème}, 6 mai 1999, 97-16.761, Publié au bulletin

il s'agit d'un serment portant sur un fait personnellement accompli par la société, certes *via* son représentant, mais fictivement par elle.

80. Admission du serment de crédulité déferé à une personne morale. Une nouvelle difficulté s'est présentée lorsque le serment est déferé à la société pour le fait d'un tiers, généralement un fait de l'un de ses salariés. Dans cette hypothèse, le fait n'ayant pas été accompli par le représentant de la personne morale, il ne lui est pas purement personnel, toutefois elle est censée en avoir connaissance, il s'agit bien en conséquence d'un serment de crédulité. Or dans un arrêt du 10 février 1987²¹⁴, la Chambre commerciale a décidé que le représentant légal pouvait prêter serment pour des faits qu'il n'aurait pas accompli ou constaté personnellement mais qui seraient liés à une personne dont répond la personne morale, en l'espèce un salarié.

81. Conséquence de l'admission du serment de crédulité. Reconnaître comme possible la délation du serment de crédulité emporte deux conséquences.

Une conséquence quant au domaine du serment décisive, qui se trouve considérablement élargi. Est-ce à dire qu'il pourrait en toute hypothèse être déferé ? Ce n'est pas le cas, le juge appréciera si la partie à laquelle il est déferé ou référé a pu avoir connaissance du fait, notamment au regard de sa proximité avec l'auteur du fait, qui est également l'auteur du droit transmis.

Une autre quant au choix des termes de la question déferée, au risque de contraindre une partie à commettre malgré-elle une parjure. Par exemple, ce serait le cas dans l'hypothèse d'un serment de crédulité pour lequel la formule serait « Jurez-vous que X. a fait telle chose », alors qu'il aurait fallu écrire « Jurez-vous que vous n'avez pas connaissance que X. a fait telle chose ».

À la condition légale à l'instant étudiée, s'ajoute celle d'un fait concluant, tout aussi déterminante pour l'admission du serment décisive et qui, comme elle, fait l'objet de plusieurs interprétations.

²¹⁴ Cass. com. 10 févr. 1987, n°85-18.186, Bull. civ. IV, no 41 ; JCP 1987. IV. 131

II. L'exigence d'un fait concluant pour la solution du litige

La nécessité pour le fait sur lequel porte le serment décisive d'être décisif pour l'issue du procès interroge sur son domaine, qui apparaît moindre qu'il ne l'est réellement (A.), ainsi que sur l'office du juge, notamment sa faculté de décider lui-même des faits à retenir (B.).

A. Le large domaine du serment décisive malgré l'exigence d'un fait concluant

82. Deuxième condition : des faits concluants. La deuxième condition et la plus évidente résulte de l'article 1384 du Code civil²¹⁵ selon lequel : « Le serment peut être déféré, à titre décisive, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ». Il en résulte que le serment doit porter sur des faits de nature à clore le litige de manière « définitive et absolue » selon l'expression jurisprudentielle classique²¹⁶ puisque selon l'attitude du plaideur auquel est il est déféré, lesdits faits feront preuve parfaite pour ou contre lui.

En somme, « il doit y avoir entre le fait et le droit contesté une relation si étroite, que l'existence de l'un entraîne nécessairement l'existence de l'autre. Le droit (...) se trouve établi par la preuve de l'existence du fait qui lui sert de fondement²¹⁷ » Le caractère décisif ou non des faits relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels doivent cependant motiver leurs décisions²¹⁸.

83. Rejet de l'expression « fait pertinent ». Pour qualifier les faits admissibles, on parle communément de faits « pertinents », cette expression est - nous semble-t-il - peu opportune, puisqu'elle tend à créer une confusion avec une autre condition du serment décisive, à savoir la pertinence de la délation elle-même. C'est pourquoi il est préférable d'utiliser les termes de faits « concluants », ou encore de faits « décisifs » ou « relevants ».

84. Nature de la contestation sur laquelle le serment peut être déféré. Si le serment ne peut être admis par le juge qu'autant qu'il a pour effet de terminer la contestation, de longue main est admis

²¹⁵ Anc. art. 1357 C. civ.

²¹⁶ V. par ex. : Cass. civ., 5 mai 1886 : DP 1886, I, 467 : « le serment doit être formulé de manière à terminer le litige, dans un sens ou dans l'autre, d'une manière définitive et absolue » ; Cass. req., 22 avr. 1898 : DP 1898, I, p. 391. ; Cass. req., 6 juill. 1900 : DP 1900, I, p. 462. ; Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1972 : Bull. civ. I, n° 148 ; Civ. 3^e, 22 février 1978, 76-13.705, Publié au bulletin

²¹⁷ *Op. cit.*, PERRET, p. 94

²¹⁸ V. par ex., Cass. soc., 18 janv. 1963 : Bull. civ. IV, n° 82. – Cass. soc., 6 juill. 1964 : Bull. civ. IV, n° 600. – Cass. 1^{re} civ., 6 juin 1972 : Bull. civ. I, n° 148. – Cass. soc., 17 nov. 1983 : JCP G 1984, IV, 28. – Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 1991, n° 89-13.841 : JurisData n° 1991-000508 ; Lexilaser n° 231 ; Lexbase n° A8236CMY, cité dans *Op. cit.*, GUÉVEL §70

« qu'il n'est pas indispensable [qu'il] ait pour résultat de terminer le litige en son entier, mais il doit terminer au moins l'un [de ses] chefs²¹⁹ ». En outre, il résultait clairement de l'ancien article 1360 du Code civil²²⁰ qu'il pouvait être déféré sur une demande ou sur une exception. Le serment peut donc porter sur le fond même du procès comme sur tout incident affectant son cours « puisqu'une décision doit intervenir sur chacun de ces incidents, et qu'il y a en quelque sorte autant d'affaires distinctes à juger qu'il y a d'incidents²²¹ ».

85. L'admissibilité du serment décisore en référé. La nécessité pour le fait sur lequel le serment décisore est déféré d'être décisif de la solution du litige suscite l'hésitation quant à son admission devant la juridiction des référés. Cela parce que « la nature essentiellement provisoire de l'ordonnance de référé serait incompatible avec le but du serment décisore qui est de clore définitivement la contestation sur le fait litigieux²²² ». De plus, « l'usage du terme "jugement" à l'article 1384, de portée générale, paraît exclure l'ordonnance de référés²²³ ». C'est pourquoi la jurisprudence décide généralement - à tout le moins les arrêts anciens se prononçant sur la question - de refuser cette possibilité²²⁴, position soutenue par une partie de la doctrine²²⁵.

Toutefois, Un arrêt ancien l'a admis à condition que le serment ne porte pas sur le fond du droit²²⁶, le professeur Yves Strickler soutient dans sa thèse²²⁷ une position similaire pour se conformer au caractère provisoire de l'ordonnance. On imagine mal cependant les hypothèses dans lesquelles le point litigieux serait concluant sans qu'il touche au fond.

D'autres auteurs admettent la délation, faisant valoir que « ce n'est pas juger le fond, c'est permettre la formation d'un accord qui supprime la contestation sérieuse²²⁸ », or permettre « la formation d'un accord entre les parties (...) que le juge se contente de constater (...) ne paraît pas excéder les pouvoirs du juges des référés²²⁹ ». Cette affirmation vaudrait dans le cas d'un serment

²¹⁹ *Op. cit.*, **FUZIER-HERMAN** p. 78 ; lequel cite un vieil arrêt : Cass., 5 mai 1886, Audin ; également : Cass. civ., 5 mai 1886 : DP 1886, I, p. 467

²²⁰ « Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. »

²²¹ *Op. cit.*, **PERRET**, p. 95

²²² **SOLUS Henry** et **PERROT Roger**, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, p. 848, n° 992

²²³ **DEHARO Gaëlle**, « Serment judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §74

²²⁴ CA. Lyon, 8 novembre 1954, obs. Raynaud : RTD civ. 1953, p. 743 ; CA. Aix-en-Provence, 13 avr. 1953, JCP A 1953. IV. 2155, obs. Madray ; dans le même sens, plus récemment, Chambéry, 11 mai 1993, BICC 15 juin 1993, n°784

²²⁵ **CADIET Loïc** et **JEULAND Emmanuel**, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., 2013, n°605 et note 269 pour lesquels la juridiction doit être saisie sur le fond même du litige pour ordonner le serment, ce qui *a contrario* exclut la juridiction des référés ; **CHOLET Didier**, *serment judiciaire*, dans S. **GUINCHARD Serge** (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : Droit interne et européen*, 10e éd., 2021-2022, n° 454.11, p. 1519.

²²⁶ CA Aix-en-Provence, 7 mai 1951 : JCP A 1951, IV 1679 ; RTD civ. 1951, obs. Raynaud.

²²⁷ **STRICKLER Yves**, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 1993, p. 177

²²⁸ **RAYNAUD Philippe**, obs. RTD civ. 1950, 555. Cité dans *Op. cit.*, **SOLUS** et **PERROT** p. 848, note n°3, v. les autres références citées.

²²⁹ **VUITTON Xavier** et **VUITTON Jacques**, *Les référés*, 4e éd., LexisNexis, 2018, p. 185, n°377

extrajudiciaire, qui est une véritable convention, mais ne saurait valoir pour le serment décisoire, qui n'en est pas une.

En effet, il s'agit d'une mesure d'instruction, or en principe le juge statuant en référé dispose de tous les pouvoirs d'instruction mis à la disposition des juges pour s'éclairer. Lorsqu'il ordonne le serment, peut-on lui reprocher de dépasser les bornes de sa juridiction ? Il est possible de soutenir qu'il ne le fait pas, puisque l'ordonnance rendue n'a pas autorité de chose jugée au principal (art. 488 CPC.), partant le juge du fond ne sera pas lié par celle-ci, puisque le serment tranche définitivement le litige au provisoire, qui est distinct de celui au fond²³⁰.

Le juge ne ferait donc pas préjudice au principal, on sent toutefois que l'affirmation fait prévaloir le juridique sur le réalisme²³¹, c'est pourquoi l'ultime argument est d'autorité, à savoir « généralité des termes de l'article 1385 du Code civil²³² », duquel il résulte que « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit ». Le débat reste en conséquence ouvert sur ce point.

B. L'office renouvelé du juge au soutien d'une plus large admission

La conception historique du serment décisoire avait pour effet de mettre le juge à l'écart de la délation, avec pour seul rôle celui d'admettre ou de rejeter la délation lorsque le fait n'est pas décisif de la solution.

86. Exemples. Par exemple, n'est pas concluant le serment déféré sur l'existence d'un prêt quand l'autre partie dans un aveu indivisible ne conteste pas son existence mais affirme l'avoir remboursée, puisque le refus du serment ne saurait être analysé comme une admission tacite du droit de la partie adverse²³³.

Autre exemple tiré d'un arrêt de la Chambre sociale du 17 novembre 1983 (Cass. soc. 17 novembre 1983, n°81-40.896, Publié au bulletin), en l'espèce une compagnie aérienne, en vue d'organiser un service minimum de transport suite à un préavis de grève, invite son personnel naviguant à lui faire savoir s'ils entendaient suivre les consignes syndicales. Dans ce but, deux télégrammes sont envoyés à un salarié en réserve, laissés sans réponse ; le tenant pour gréviste la compagnie ne lui

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Op. cit.*, **FERRAND**, §802

²³² **DEHARO Gaëlle**, « Serment judiciaire », *JurisClasseur Procédure civile*, 1er mai 2023, Fasc. 700-45, §74

²³³ Civ. 11 février 1902, DP 1902. 1. 80, cité dans **CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, GUINCHARD Serge et MAYER Lucie**, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Précis Dalloz, 2022, p. 603

paya pas sa journée de salaire. Une action en justice est formée par le salarié, auquel l'employeur défère le serment décisoire dans les termes suivants : « *Vous jurez que vous n'étiez pas gréviste le ...* ». La cour d'appel, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, auquel se rapporte la Cour de cassation, rejette la délation, au motif que les faits ne sont pas pertinents, dès lors qu'en déclarant qu'il n'avait pas eu connaissance des télégrammes, le salarié par la même, au moins implicitement, n'avait pas eu à prendre partie quant au mouvement de grève. Autrement dit, l'employeur aurait dû formuler la question suivante : « *Vous jurez que vous n'avez pas eu connaissance des télégrammes du ...* », puisque tel était précisément le point litigieux.

87. Conséquence d'une mauvaise formulation de la question. Ces exemples illustrent une cause récurrente de rejet de la délation du serment décisoire (V. pour un exemple récent : Cour d'appel de Montpellier, 19 mars 2024, RG n° 22/02415 « Par ailleurs, le serment décisoire ne peut porter que sur des faits de nature à clore le litige. Tel n'est pas le cas en l'espèce, la demande principale contestée par la partie adverse portant sur la validité de la promesse de cession des parts sociales, soit sur une question liée à la formation du contrat, de sorte que l'issue du litige n'est pas exclusivement fondée sur la réalité du paiement, ce fait juridique relevant de la phase d'exécution du contrat.), à savoir une formulation erronée de la question soumise à l'adversaire, quand la volonté de recourir au serment par la partie qui le défère n'est pourtant en rien douteuse.

En outre, le juge même qui a ordonné le serment dans sa décision définitive ou un juge supérieur lorsqu'il aura été interjeté appel de celle-ci ou du jugement avant dire droit ordonnant la délation, pourront revenir sur le caractère décisoire du serment ordonné au regard de l'ambiguïté ou du caractère équivoque²³⁴ de la question posée. Laquelle « présente une importance primordiale. », puisque « l'expérience prouve (...) que la plupart des difficultés en cette matière proviennent de ce que certaines formules laissent subsister des imprécisions qui, ensuite, l'habileté des plaideurs aidant, donnent prétexte à une nouvelle contestation sur la portée du serment²³⁵ ».

Nous pouvons nous demander si le rejet de la délation ou la requalification du serment ne pourraient pas facilement être évités ; certes elle le serait si le plaideur à l'origine de la délation était plus rigoureux, mais le juge ne pourrait-il pas intervenir pour corriger la maladresse ?

88. Office du juge résultant des textes. Il résulte du premier alinéa de l'article 317 du Code de procédure civile que, dans un premier temps « La partie qui défère le serment énonce [dans ses conclusions] les faits sur lesquels elle le défère. » : exigence naturelle puisque l'initiative du

²³⁴ Cass. soc., 24 févr. 1961 : D. 1961, somm. p. 65 ; Bull. civ. IV, n° 252 : il faut que « la formule proposée par le demandeur ne prête à **aucune équivoque** »

²³⁵ *Op. cit.*, SOLUS et PERROT, p. 854, n°1006

serment décisoire appartient aux seules parties, considérant les graves conséquences qui lui sont attachées. Dans un deuxième temps, l'alinéa second du même texte dispose que « Le juge ordonne le serment s'il est admissible et retient les faits pertinents sur lesquels il sera reçu. », enfin l'article 319 en son premier alinéa dispose que « Le jugement qui ordonne le serment (...) formule la question (...) ».

À la lecture des deux derniers textes, nous comprenons en substance que le juge doit : d'une part retenir les faits « pertinents » - nous dirons plutôt « concluants » - parmi ceux avancés par l'auteur de la délation ; d'autre part écrire la formule du serment dans le jugement ordonnant la prestation.

89. Interprétations possibles. Si le schéma procédural semble simple, il suscite à la vérité plusieurs interprétations. La plus courante, suivie généralement dans la pratique est la suivante : la partie qui défère le serment se contente dans ses conclusions d'avancer la question, laquelle contient en dedans d'elle tous les faits concluants, le juge se bornant ensuite à admettre ou à rejeter la formule avancée. Ainsi, lorsqu'il est écrit que le juge « formule la question » dans son jugement, il s'agirait seulement d'une prescription formelle l'obligeant à reprendre la formule proposée²³⁶. Si cette interprétation à l'avantage de la simplicité pour le juge, elle nous paraît peu opportune pour l'attractivité du serment décisoire et source de discussions infinies sur la portée de la question qui, choisie par une partie, risque d'être imprécise ou vexatoire.

Une autre interprétation, plus conforme au texte par ailleurs, voudrait que la partie qui défère le serment informe le juge sur le point litigieux qu'elle souhaite voir trancher grâce au serment, au juge ensuite de retenir les faits pertinents et de rédiger lui-même la question qui sera soumise au destinataire de la délation. La partie qui défère le serment pourra toujours et naturellement proposer une formulation, et si le juge ne la retient pas et en formule une autre que le demandeur considère erronée, il sera en droit d'interjeter appel du jugement la contenant.

90. Arguments en faveur d'un office renforcé du juge sur la formulation de la question. Cette solution, pour préférable qu'elle soit puisqu'elle évite tous les écueils précédemment décrits, ne s'est historiquement pas imposée en raison de l'assimilation du serment décisoire à une convention. La jurisprudence²³⁷ comme la doctrine refusaient au juge le pouvoir d'intervenir dans la rédaction

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Civ. 5 mai 1886, D. 86. 1. 467, S. 86. 1. 264 ; Req. 8 janv. 1890, S. 90. 1. 112 ; Civ. 11 février 1902, DP 1902. 1. 80 ; Douai, 15 janv. 1937, S. 1937. 2. 233

de la question, et par là de « substituer sa propre volonté à celle des parties²³⁸ », sauf pour lui à procéder à des retouches de pure forme destinées à rendre plus claire la question posée, cela sans trahir la pensée exacte du plaideur²³⁹.

Si un auteur soutient qu'il « semblerait raisonnable de ne pas s'éloigner de ce principe, qui est inhérent à la nature transactionnelle du serment décisoire²⁴⁰ » ; nous pensons au contraire qu'il serait avantageux pour l'efficacité et l'attractivité de cette institution de s'écarter de ce principe qui constitue l'une des « nombreuses conséquences qui (...) ne sont pas toujours très heureuses²⁴¹ » de son assimilation à une convention.

Surtout, comme nous avons voulu le démontrer, le serment décisoire n'est pas une convention, faute pour le consentement des parties de librement se rencontrer : en conséquence nulle atteinte à l'autonomie des volontés ne saurait être imputée au juge qui formule la question ou réforme celle proposée. Même, si l'institution est appréhendée comme une simple mesure d'instruction, tout son régime doit tendre vers son efficacité, or personne d'autre sinon le juge n'est mieux placé pour déterminer les faits concluants et en tirer la question à soumettre à l'adversaire de la partie qui le défère.

91. Rejet de la qualification de fait pertinent pour un fait prouvé. Pour certains auteurs²⁴², si un fait est concluant lorsque son existence ou sa négation subordonne la solution du litige, il perd ce caractère s'il est d'ores et déjà prouvé ou démenti par les circonstances de la cause, ou s'il est entaché d'invraisemblance, ou encore et plus généralement si le juge s'estime suffisamment convaincu. Il est vrai que la juridiction suprême - de jurisprudence constante - ne censure pas les juges du fond refusant la délation du serment pour ces motifs.

Cependant, il est erroné nous semble-t-il, d'affirmer qu'un fait cesse d'être concluant lorsqu'il est déjà et par ailleurs prouvé ou démenti. En effet, les preuves judiciaires ne produisent pas une certitude absolue, « mais elles n'engendrent qu'une probabilité plus ou moins grande ; et dès lors, si forte qu'elle soit, comme elle n'exclut pas un degré plus élevé de persuasion, on peut, sans blesser les règles de la logique et de la raison, admettre une autre preuve pour détruire l'effet d'une preuve déjà faite qui laisse toujours place au doute. Le juge pourrait-il rejeter un aveu, qui se produirait au dernier moment de l'instance, sous le prétexte que les preuves déjà administrées ont

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Chambéry, 3 février 1902, D. 1906. 2. 176, note Cézard-Bru ; Civ. 2^e, 13 mars 1974, n°72-13.736 ; Bull. civ. II, n°96, p. 80 ; JCP 1974. IV. 155.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 636, n°662

²⁴² Par ex. *Op. cit.*, SOLUS et PERROT, p. 854, n°1005

complètement éclairé sa religion ?²⁴³ ». En outre, refuser la délation dans cette circonstance ferait perdre au serment décisoire toute son utilité : il est par nature une arme procédurale de dernière chance, qui fait en quelque sorte l'adversaire le juge de sa propre cause.

Cette cause de rejet demeure toutefois, mais la Cour de cassation la recouvre sous un autre vocable : celui de la nécessité ou non du serment décisoire. Condition prétorienne ajoutée à l'exigence d'un fait personnel et concluant, laquelle accroît considérablement l'office du juge, qui se fait par là juge de l'opportunité de la délation.

Section 2 - La condition prétorienne de « nécessité », ou l'immixtion du juge

Nous pouvons lire dans les manuels contemporains que « le serment décisoire n'est pas de droit²⁴⁴ », puisque depuis la seconde moitié du XIX^e siècle au moins la Cour de cassation réaffirme selon une formule devenue quasi-sacramentelle qu'« il appartient aux juges du fond d'apprécier, à la seule condition de motiver leur décision, si le serment demandé est ou non nécessaire²⁴⁵ » ou encore s'il est « nécessaire et pertinent²⁴⁶ ».

92. Contenu de l'exigence de « nécessité » et distinctions. Cette formule recouvre plusieurs réalités, la « nécessité » est devenue une espèce de catégorie « balai » permettant *de facto* au juge de disposer « du pouvoir d'apprécier l'opportunité du serment²⁴⁷ ».

D'abord, la Cour de cassation l'utilise pour approuver les juges du fond d'avoir, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, rejeté la délation du serment décisoire reposant sur des faits non pertinents, c'est-à-dire non concluants²⁴⁸. Il s'agit de l'une des deux conditions textuelles de recevabilité ; il est regrettable de constater l'imprécision du vocabulaire utilisé par les juridictions, notamment par la juridiction suprême, qui devraient mieux distinguer cette condition d'avec celle

²⁴³ BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, *Précis de droit civil*, t. 2, Sirey, 1913, p. 411, n°635

²⁴⁴ V. par ex. *Op. cit.*, CHAINAIS, FERRAND, GUINCHARD et MAYER, p. 600, n°784, v. aussi AYNÈS Augustin et VUITTON Xavier, *Droit de la preuve, principe et mise en oeuvre processuelle*, 2^e éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2017, p. 318 : « Le juge doit vérifier la recevabilité du serment et des faits sur lesquels il doit être reçu qu'il fixe. Mais il dispose aussi du pouvoir d'apprécier l'opportunité du serment et peut donc refuser de l'ordonner - par une décision qui doit être motivée - non seulement si les conditions de son admissibilité ne sont pas réunies mais également s'il considère que la mesure n'est pas nécessaire ou pertinente »

²⁴⁵ V., par ex., Cass. req., 22 juill. 1884, D. 1885, 1, p. 253 ; 31 oct. 1893, D. 1894, 1, p. 108 ; plus récemment, Cass. 3^e civ., 13 mai 1969, Bull. civ. III, n° 384 ; Cass. soc., 17 nov. 1983, Bull. civ. V, n° 563

²⁴⁶ Soc. 17 nov. 1983, n°81-40.896 : Bull. civ. V, no 563.

²⁴⁷ AYNÈS Augustin et VUITTON Xavier, *Droit de la preuve, principe et mise en oeuvre processuelle*, 2^e éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2017, p. 318

²⁴⁸ V. par ex. : cass. soc., 17 nov. 1983, n°81-40.896, Publié au bulletin ; cass. soc. 5 juin 1996, n°93-42.588, Publié au bulletin : en l'espèce, la cour d'appel rejette la délation du serment au motif d'une trop grande imprécision de la formule, laquelle portait en outre sur des faits non pertinents.

de la « nécessité », puisque l'une renvoie à la pertinence des faits, quand l'autre vise la pertinence de la mesure elle-même²⁴⁹.

En effet, la « nécessité » permet également au juge d'écarter la délation lorsque la mesure apparaît comme une manoeuvre dilatoire ou vexatoire²⁵⁰, ou lorsque les faits sur lesquels portent le serment sont invraisemblables²⁵¹.

Enfin et surtout, elle permet de l'écarter lorsque le fait est déjà prouvé ou démenti au regard des éléments de la cause²⁵², ou lorsqu'il existait un autre moyen de preuve qui n'a pas abouti en raison de la carence de la partie qui défère le serment²⁵³.

Puisque la « nécessité » renvoie à différentes hypothèses, nous proposons pour les mieux étudier d'appeler « pertinent » le caractère d'une délation non vexatoire ou dilatoire (II.), et « nécessaire » au sens strict ou encore « utile » celui d'une délation portant sur des faits non encore prouvés (I.), nous les étudierons successivement.

I. La nécessité *stricto sensu*, ou l'utilité de la délation

Une fois le contenu et les conséquences de l'exigence de nécessité (A.), nous verrons qu'elle peut trouver un fondement solide dans le régime des mesures d'instruction, mais qu'il est tout aussi possible pour des justifications sérieuses d'y déroger (B.).

A. Le contenu et les conséquences de la condition de nécessité

93. De la pertinence des faits à pertinence de la mesure. S'il ressort de la lecture des textes une « passivité apparente du juge²⁵⁴ », la jurisprudence s'est très tôt émancipée de ceux-ci ²⁵⁵ pour passer de la pertinence des faits à la « pertinence » du serment décisive lui-même, et par là d'accroître considérablement le pouvoir du juge ; traduction d'une méfiance à l'égard d'une institution qui lui ôte tout pouvoir d'appréciation des circonstances factuelles de la cause. Or nous savons quelle force d'attraction ont les faits, et comment un juge qui en est dépossédé se sent nu et

²⁴⁹ *Op. cit.*, **GUÉVEL** §62 : « un glissement sémantique est apparu ; la Cour de cassation n'évoque plus le contrôle de la pertinence des faits, mais le contrôle de la pertinence du serment lui-même et permet au juge d'apprécier la nécessité de déférer le serment décisive »

²⁵⁰ Cass. req. 27 juill. 1884, DP 1885. I. 253

²⁵¹ Cass. civ. 1^{er} mars 1859, DP 1859. I. 155

²⁵² V. par ex. : Cass. req. 31 oct. 1893, DP. 1894. I. 108 ; Cass. soc. 6 juill. 1954, Bull. civ. IV, no 600 ; Cass. 3^{ème} civ., 13 mai 1969 : Bull. civ. 1969, III, n° 384 ; Cass. soc., 8 avr. 1998, n° 96-40.062.

²⁵³ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1999, n°97-15.474

²⁵⁴ **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisive écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, §5

²⁵⁵ Il est nécessaire de faire remarquer que les textes n'ont pas réellement changé depuis le Code Napoléon de 1804, de sorte que toute la jurisprudence depuis est transposable au droit positif

impuissant, illustration faite continuellement par la jurisprudence de la Cour de cassation, toujours obligée de lutter contre elle-même pour se cantonner au droit.

La « nécessité » renvoie en réalité à l'utilité attendue de la délation. Ne serait pas nécessaire le serment déféré sur un fait dont l'existence ou l'inexistence est déjà prouvé, car dans cette hypothèse la religion du juge est suffisamment établie, de sorte qu'une nouvelle offre de preuve n'a pas à être admise.

94. Illustration du rejet de la délation pour un fait déjà prouvé. Il y a lieu d'illustrer le propos, avec en guise d'exemple un arrêt rendu par le troisième Chambre civile le 13 mai 1969²⁵⁶.

En l'espèce, une action en résolution d'une vente immobilière est engagée par un frère contre sa soeur, à laquelle il défère le serment sur le point litigieux décisif, à savoir le paiement du prix de vente. Le juge de première instance comme le juge d'appel rejettent la délation au motif que, compte tenu des éléments d'appréciation dont ils disposaient, une telle mesure n'apparaissait pas nécessaire. En effet, l'acte de vente notarié stipulait que l'acquéreur avait payé le prix. *A priori* puisqu'il s'agit d'une mention d'un acte authentique, sa force probante fait obstacle à la délation du serment décisoire, lequel ne peut être déféré contre les constatations personnelles du notaire. Toutefois, l'acte précise que le paiement est intervenu antérieurement à la signature, autrement dit hors la vue de celui-ci ; en conséquence la mention n'a que la force probante d'un écrit sous seing privé, contre lequel peut être déféré le serment, peu important qu'il constitue une preuve parfaite puisque le serment en vertu de la hiérarchie légale est doté d'une force probante supérieure. En outre, la défenderesse produit des quittances de prime d'assurance-incendie de l'immeuble.

Dans son pourvoi, le demandeur soutient qu'« à partir du moment où l'une des parties déclare vouloir recourir au serment décisoire, la justice se trouve en quelque sorte dessaisie de la contestation dont le sort est invariablement fixé par la loi elle-même, selon que la partie, qui devient arbitre dans sa propre cause, prêtera, référera ou refusera le serment demandé, que les tribunaux n'ont plus dès lors qu'à examiner si le fait articulé réunit les deux conditions exigées par la loi, à savoir s'il est de nature à entraîner la décision du procès, et s'il porte sur un fait personnel à celui dont le serment est demandé ; », or ces deux conditions étaient réunies. Pour autant, la Cour de cassation rejette le pourvoi, au visa de la formule sacramentelle précitée.

²⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 13 mai 1969 : JCP 69. IV. 168 ; Bull. civ. III, n°384, p. 295

95. Position constance de la jurisprudence et conséquence. Cette position est de jurisprudence constante²⁵⁷ depuis le milieu du XIX^e siècle et un auteur du début du siècle passé eut raison d'affirmer que « rien ne fait prévoir [que la jurisprudence] abandonnera sa prétention²⁵⁸ » puisque le droit positif est toujours d'accord avec cette position.

Même, à en croire les plus récentes décisions des juges du fond accessibles en ligne grâce à *l'open data*, c'est la cause principale du rejet opposé à la délation du serment. Ainsi peut-on lire dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Rouen que « la cour n'estime ni nécessaire ni utile de recourir à un mode de preuve qui n'a été sollicité qu'en cause d'appel, qui n'est invoqué que pour tenter de contourner les résultats d'une expertise judiciaire dont les conclusions sont défavorables au demandeur et qui, jointe à l'ensemble des pièces et explications des parties, soumet à l'appréciation de la cour suffisamment d'éléments pertinents sur les questions à propos desquelles le serment est demandé pour lui permettre de trancher le litige²⁵⁹ ».

96. Extension récente du pouvoir d'appréciation. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1999²⁶⁰ est venue renforcer davantage le pouvoir d'appréciation du juge, lui permettant de rejeter la délation comme non nécessaire lorsque celui qui souhaite déférer le serment disposait d'autres preuves qu'il n'a pas exploitées, en l'occurrence une expertise. Cela car « il serait en quelque sorte abusif de recourir au serment décisive alors qu'un autre mode de preuve est envisageable²⁶¹ ».

En l'espèce, le propriétaire de locaux à usage commercial en désaccord avec le preneur sur le montant du bail commercial renouvelé l'assigne en fixation du loyer, arguant du fait que le locataire aurait agrandi la surface du local en déplaçant une cloison. Afin d'apporter la preuve de l'agrandissement, justifiant l'augmentation du loyer, le propriétaire défère le serment sur sa réalité, sur sa date et son importance. La Cour d'appel - rejointe par la Cour de cassation qui s'en remet à

²⁵⁷ Cass. 23 avril 1829. ; Bordeaux, 19 janvier 1830. ; Limoges, 10 mai 1845. ; Cass. 11 novembre 1861. Dalloz, 62, 1, 465. ; Cass. 17 mars 1862. Dalloz, 62, 1, 435. ; Colmar, 29 juillet 1863. Dalloz, 63, 2, 137. ; Cass. 17 novembre 1863. Dalloz, 64, 1, 121. ; Bastia, 12 avril 1864. Dalloz, 64, 2, 88. ; Cass. 19 avril 1870. Dalloz, 72, 1, 323. ; Cass. 27 juillet 1875. Dalloz, 76, 1, 161. ; Limoges, 15 janvier 1884. Dalloz, 84, 2, 101. ; Cass. 22 juillet 1884. Dalloz, 85, 1, 253. — Cass. 31 octobre 1893. Dalloz, 94, 1, 108. ; Alger, 17 février 1894. Dalloz, 95, 2, 262. ; Cass. 30 juin 1896. Dalloz, 97, 1, 12. ; Cass. 22 avril 1898. Dalloz, 98, 1, 391, ; Cass. 16 juillet 1900. Dalloz, 1900, 1, 462.

²⁵⁸ **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisive*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910, p. 105 : duquel ouvrage son tirés les jurisprudence précitées

²⁵⁹ Cour d'appel de Rouen, 5 sept. 2018, RG n° 16/05474 ; pour d'autres exemples : Cour d'appel de Metz, 27 juin 2023, RG n° 19/02823, Chambre Sociale-Section 1, « En conséquence, les demandes avant-dire droit (...) et de défèrement de serment décisive (...), sont certes recevables mais non fondées, leur utilité n'étant pas démontrée, et sont rejetées. » ; Cour d'appel de Montpellier, 19 mars 2024 RG n° 22/02415 : « Le tribunal relève cependant que tant la quittance établie le (...), que le compromis de cession de parts sociales (...) par lequel Mme [T] reconnaît avoir reçu "un dépôt de garantie de 20 000 euros" ce dont elle donne "quittance à M. [M]" sont des moyens de preuve par écrit qui établissent la réalité du paiement, alors qu'a contrario, Mme [T] avance sans preuve s'être fait extorquer ces écrits sans le démontrer.»

²⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 1999, 97-15.474, Publié au bulletin : JCP G 1999, IV, 1845 ; Bull. civ. III, n° 63 ; D. 2001, p. 817, note B. Mallet-Bricout ; Gaz. Pal. 21 févr. 2001, n° 52, p. 13, note E. du Rusquec ; Gaz. Pal. 22 févr. 2001, n° 53, p. 10 ; LPA 11 mai 1999, n° 93, p. 5

²⁶¹ **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisive écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, §7 : L'auteur, après avoir analysé la portée de l'arrêt, le critique avec conviction. D'une part il s'agirait là d'une véritable dérive technique, la Cour déformant la réglementation du légal, qui ne prévoit aucunement la possibilité d'écarter la délation pour ce motif ; d'autre part et plus profondément, il s'agirait d'une dérive philosophie, car la Cour en posant le serment décisive comme un mode de preuve subsidiaire, remodèle la hiérarchie légale des modes de preuve, et semble consacrer en quelque sorte « la supériorité de l'expertise ».

son pouvoir souverain d'appréciation - rejette la demande au motif qu'il chercherait à suppléer sa carence dans la preuve, puisqu'une expertise avait été ordonnée et qu'il s'en désintéressa, refusant de remettre à l'expert un mémoire destiné à préciser ses prétentions.

97. Subsidiarité du serment décisore. En résumé, il résulte de l'analyse de la jurisprudence que le serment décisore est nécessaire, donc admissible, dans la seule hypothèse où le fait n'est pas prouvé ; sans que le défaut dans l'administration de la preuve ne soit imputable à la carence de l'auteur de la délation, qui aurait négligé d'autres moyens probatoires.

Ainsi, comme l'analyse un auteur « le serment décisore apparaît comme un mode de preuve subsidiaire, de dernier recours », or « cette position est fort éloignée de la lettre et de l'esprit du Code civil, qui, au contraire, a donné au serment décisore un domaine très large et une force exceptionnelle²⁶² ».

En effet, si l'institution apparaît en pratique comme une ultime chance offerte au plaideur pour démontrer le bien fondé de sa prétention, pour autant cette condition ne résulte pas expressément des dispositions propres la gouvernant.

La jurisprudence a cependant pu soutenir le contraire, puisque les articles 1384 et 1385 du Code civil²⁶³ disposent que « Le serment *peut* être déféré », ce qui indiquerait une faculté et non une obligation²⁶⁴ de sorte que les tribunaux seraient maîtres de rejeter ou d'accueillir la délation selon qu'il la jugeraient à propos. Raisonnement artificiel dénoncé avec force par la doctrine²⁶⁵ puisqu'à l'évidence cette faculté s'adresse à la partie et non au juge, car il est « bien clair qu'une partie ne peut jamais être obligée de se livrer ainsi pieds et poings liés à la conscience d'un adversaire qui peut fort bien n'avoir pas de conscience²⁶⁶ ».

D'ailleurs, l'idée d'instaurer un contrôle du juge fut très tôt avancée, comme le montre les observations du tribunal de Caen sur le projet du Code civil de 1804, d'après lesquelles « il serait bon de laisser le serment à l'arbitraire du juge²⁶⁷ », sans que le législateur ne fasse droit à la suggestion, preuve s'il en faut qu'il n'eut pas la volonté de subordonner l'admission du serment à un tel contrôle. Même, lorsque le projet franco-italien de Code des obligations de 1927 décida en

²⁶² *Op. cit.*, MALLET-BRICOUT, §9

²⁶³ Anc. art. 1358 et 1360 C. civ

²⁶⁴ V. par ex. : Req. 6 août 1856 ; Cass. 17 novembre 1863, Deg., 64. 1. 49 ; Cass., 11 mars 1884, S. 65. 1. 496 ; Cass. 22 juillet 1884, S. 86. 1. 344

²⁶⁵ V. par ex. MARCADÉ Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889, p. 247 et les nombreux auteurs cités note n°1 ; également PERRET Georges, *Le serment décisore*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 106 et 109 et s.

²⁶⁶ *Op. cit.*, MARCADÉ, p. 247 : « Si simple et si évidente que soit cette signification (...) elle est cependant méconnue par la jurisprudence, qui prétend que la faculté résultant du mot « peut » s'adresse au juge et non à la partie... C'est là une erreur qu'on à peine à comprendre. »

²⁶⁷ Cité dans PERRET Georges, *Le serment décisore*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 104-105

son article 311 que le serment décisoire « ne pourra être déféré qu'avec *l'autorisation du juge* », c'est pour opposer ce système à celui du Code français, puisqu'il « paru préférable d'admettre ce contrôle préventif que de laisser au juge le pouvoir de ne pas tenir compte du serment prêté²⁶⁸ », cela dans l'hypothèse où le juge qui l'a ordonné ou un juge supérieur décideraient de le requalifier en raison de l'absence de nécessité de la délation.

B. Le régime des mesures d'instruction : fondement de la condition de nécessité et justifications pour y déroger

98. Fondement de la condition de nécessité. À ce stade de l'étude, le caractère nécessaire du serment décisoire apparaît comme dénué de tout fondement, comme une pure création prétorienne. Si « les auteurs plus récents ou contemporains [restent] indifférents à cette condition d'admissibilité (...) ne l'évoquant en général aucunement²⁶⁹ », les auteurs passés exprimèrent avec force leur indignation²⁷⁰, avec ce ton polémique auquel nous ne sommes plus guère accoutumés. Ainsi un auteur n'hésita pas à écrire dans sa thèse parue en 1901, dédiée à l'étude de cette institution, qu'il se joint « à toute la doctrine pour protester contre cette jurisprudence qui dénature le serment décisoire, en fait un véritable serment supplétoire, donne au juge un pouvoir arbitraire des plus dangereux et cherche à faire la loi au lieu de l'appliquer²⁷¹ ».

Ainsi, circonstance plus grave encore, cette condition dénaturerait le serment décisoire, considéré alors comme une forme de transaction, puisque la volonté du juge ne saurait faire obstacle à un accord - même quelque peu forcé - entre les parties.

À cela, nous pouvons répondre aisément, puisque nous avons voulu démontrer que le mécanisme est - à tout le moins s'apparente - à une simple mesure d'instruction. Or il se trouve que le régime posé par la jurisprudence n'est rien d'autre que celui propre à celles-ci.

99. Régime d'admissibilité des mesures d'instruction. Sur le premier volet de la nécessité, à savoir l'impossibilité de déférer le serment sur un fait déjà prouvé, il est conforme à l'article 144 du

²⁶⁸ **PLANIOL Marcel**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931, p. 13-14

²⁶⁹ *Op. cit.*, **MALLET-BRICOUT** §7

²⁷⁰ *Op. cit.*, **FUZIER-HERMAN**, p. 80 : « C'est une question fort controversée que celle de savoir si des juges ont le droit d'admettre ou de rejeter le serment décisoire suivant leur appréciation. La majorité de la doctrine se prononce pour la négative. »

²⁷¹ **PERRET Georges**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 107 ; pour la doctrine d'accord avec ces propos, on peut citer : **BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel**, *Précis de droit civil*, t. 2, Sirey, 1913, p. 411, n°635 ; **BONNIER Édouard**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4^e éd., Paris : Plon, 1873, p. 521 : « c'est arbitrairement, à notre avis, que diverses décisions judiciaires ont attribués aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation de serment. C'est aux parties, et non aux magistrats, que la loi accorde la faculté de déférer le serment décisoire. » ; **AUBRY Charles** et **RAU Charles-Frédéric**, *Cours de droit civil français*, t. 8, 3^e éd., LGDJ, 1858, p. 354 ; **BOITARD Edouard**, *Leçons sur le Code de procédure civile*, t. 1, 4^e éd., 1847, p. 303, n°334

Code de procédure civile, aux termes duquel : « Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. » ; et sur le second volet, à savoir l'impossibilité de le déférer lorsque l'absence de preuve résulte de la négligence d'une partie dans l'offre de preuve, il s'agit de la reprise fidèle de l'article 146 du même code, lequel dispose en son alinéa second qu'en « aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

L'assimilation par les tribunaux apparaît quelques fois clairement dans les motifs de leurs décisions. Nous pouvons ainsi lire dans un arrêt de la Chambre sociale prononcé en 1964²⁷² que « la cour d'appel (...) n'était pas tenue de recourir à la mesure d'instruction²⁷³ sollicitée alors que sa conviction était déjà formée », et plus explicitement encore certains arrêts des juges du fond²⁷⁴ se réfèrent directement à l'article 146.

100. Justification de la dérogation audit régime. Par suite, la condition prétorienne de « nécessité » peut trouver un fondement solide dans le régime des mesures d'instruction, lequel est applicable au serment décisoire, qui en est une déclinaison. Par conséquent la doctrine se trompe, nous semble-t-il, en dénonçant l'excès de pouvoir commis par les juridictions en l'exigeant : nous sommes en présence d'une oeuvre légitime d'interprétation prétorienne, et non d'une oeuvre purement créatrice.

Cependant, y aurait-il quelques raisons de déroger à ce régime commun ? À l'instar de l'appel de la décision ordonnant la prestation, susceptible d'un appel immédiat contre le principe de l'appel différé.

A priori il n'y en aurait pas « puisque le serment est un mode de preuve et que les tribunaux ont, en matière de preuve, toute latitude pour former leur conviction. S'ils s'estiment suffisamment éclairés, pourquoi avoir recours encore au serment ?²⁷⁵ ».

101. L'inutilité d'une nouvelle offre des preuve pour des faits prouvés. Ainsi, il n'y aurait pas lieu d'admettre une nouvelle preuve lorsque la religion du juge est suffisamment établie, au risque

²⁷² Cass. soc., 6 juill. 1964 : Bull. civ. IV, n° 600

²⁷³ Un auteur ajoute dans la citation qu'il fait de cet arrêt après ce terme des crochets dans lesquels nous lisons « [sic : il s'agissait pourtant d'un serment décisoire] », preuve que l'assimilation est encore largement rejetée ou ignorée. **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », *JurisClasseur Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §62

²⁷⁴ V. par ex. T. com. Bobigny, 13 décembre 2022, aff. n° 2021F01899, lequel vise l'article 146 du Cpc. pour rejeter la délation du serment, puisque l'auteur de celle-ci s'était refusé à fournir « la moindre information en matière de contrats entre la société X. et la SNCF, de comptabilité et de personnel concernant cette société »

²⁷⁵ **FUZIER-HERMAN Edouard** (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 80

de faire triompher la fiction d'une vérité judiciaire sur une vérité objective, par exemple s'il s'agit de combattre le résultat scientifique d'une expertise.

Sur ce dernier point, il est possible d'opposer que « d'autres modes de preuve (...) ne répondent pas toujours à cet objectif [de certitude scientifique], bien qu'ils soient cependant très usités²⁷⁶ », à l'image de l'aveu ou des présomptions du fait de l'homme, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation relativement à l'appréciation de la causalité en matière médicale²⁷⁷.

Ensuite, les « termes absolus²⁷⁸ » employés par l'article 1385 du Code civil²⁷⁹ pourraient laisser croire que le législateur a entendu accorder aux parties la faculté de déférer le serment « en tout état de cause », c'est-à-dire « aussi bien après l'emploi des autres preuves qu'à leur défaut²⁸⁰ ». Cet argument n'est pas le plus pertinent, puisque l'article 144 du Code de procédure civile dispose également que « les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause », ce qui veut simplement dire qu'elles peuvent être mise en oeuvre en première instance comme en cause d'appel avant la clôture de l'instruction.

Enfin et surtout, la conviction du juge est-elle véritablement et définitivement formée lorsqu'une partie souhaite déférer le serment ? Le juge - comme le sont les parties - est soumis au système des preuves légales, ainsi un auteur peut-il affirmer qu'il « ne saurait rendre son jugement, si la preuve n'est pas établie comme le veut la loi. Or, il arrive précisément que le législateur donne aux parties le droit d'exercer un genre de preuve qui, à ses yeux, a plus de force que tous les autres²⁸¹ », si bien qu'« il n'est pas vrai de dire que sa religion est suffisamment éclairée, si l'une des parties défère le serment à l'autre, voulant ainsi user de la dernière et de la plus élevée des preuves que la loi autorise à employer²⁸² ». Ainsi, dans la mesure où en droit positif, le principe de légalité gouverne toujours l'admissibilité et la force probante des moyens probatoires - circonstance non remise en cause lors de la dernière réforme intervenue en la matière - : il est possible d'affirmer, ou bien que la conviction du juge ne commande pas nécessairement la solution du

²⁷⁶ **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisoire écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, §10

²⁷⁷ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2020, n°19-18.689 qui admet la preuve entre le dommage et le défaut du produit par des indices précis, graves et concordants ; ou encore Cass. 1^{ère} civ., 18 octobre 2017, n°14-18.118 ; de même pour les juridictions administratives, par ex. CE , 9 mars 2007, n°267635 sur l'appréciation du lien entre la vaccination contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques ; position approuvée par la Cour de justice de l'Union Européenne, v. CJUE 21 juin 2017, aff. C-621/15

²⁷⁸ **BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel**, *Précis de droit civil*, t. 2, Sirey, 1913, p. 411, n°636

²⁷⁹ Anc. art. 1360 C. civ.

²⁸⁰ **PERRET Georges**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 107-108

²⁸¹ *Ibid.* p. 107, Pour autant l'auteur soutient cela car « C'est une preuve d'un nature particulière, qui résulte d'une convention entre les parties, par laquelle l'une consent à abdiquer ses prétentions si l'autre jure. Cette preuve ne se confond pas avec les autres moyens d'instruction dont le juge peut disposer. Ce n'est pas directement de la loi que dérive cette preuve, c'est d'une convention à laquelle la loi a attaché cet effet décisif. »

²⁸² *Ibid.* p. 108

litige ; ou bien qu'elle la dicte nécessairement mais qu'elle lui échappe en partie, selon l'idée que l'on se fait de la nature de celle-ci.

102. Liberté des parties de déterminer leur stratégie. Mais encore, n'assistons-nous pas avec le pouvoir accordé au juge d'apprécier l'utilité de la délation à « une nouvelle atteinte portée à l'équilibre instauré par le législateur entre le rôle du juge et le rôle des parties en matière civile » comme le pense un auteur²⁸³ ? En effet, on constate depuis la seconde moitié du XX^e siècle un accroissement des pouvoirs du juge dans la recherche des preuves et une confiance toujours plus forte accordée à sa seule intime conviction²⁸⁴. Pour autant, selon une conception classique du principe dispositif, les parties ont le droit de choisir sans entrave les moyens de preuve les plus aptes à fonder leurs prétentions. Les en priver, n'est-ce pas « injustifié dans la mesure où chaque partie détermine librement sa stratégie²⁸⁵ » ? Pourquoi refuser à un plaideur la faculté de s'en remettre à la parole de son adversaire, qui ne saurait point souffrir d'une victoire assurée ? D'ailleurs, ne l'autorise-t-on pas à déférer le serment par voie subsidiaire pour tester ses preuves avant de s'en remettre à celle suprême ?

103. Possibilité de déférer le serment à titre subsidiaire. La possibilité de déférer le serment subsidiairement fut « une question fort controversée²⁸⁶ » comme toutes celles qui touchent à cette institution. Longtemps la jurisprudence refusa cette possibilité²⁸⁷, et donnait au serment ainsi déféré la qualification de serment supplétoire puisqu'il serait de la nature même du serment décisoire de trancher à lui seul la contestation, or s'il est déféré par voie de conclusions subsidiaires, ce n'est plus de lui seul dont dépend la décision du procès, car si les autres preuves réussissent, il n'aura pas même à être prêté ou refusé.

²⁸³ *Op. cit.*, **MALLET-BRICOUT**, §12

²⁸⁴ Sur la relativité du principe de neutralité du juge en droit civil français, V. not. les auteurs cités dans l'article précédent note n°23 : **SOLUS Henry**, *Rôle du juge dans l'administration de la preuve*, dans *Le rôle du juge*, Travaux Assoc. **CAPITANT Henri**, t. 5, 1950, p. 128 ; **NORMAND Jacques**, *Principes directeurs du procès, l'office du juge*, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. n° 150, 1995.

²⁸⁵ **AYNÈS Augustin** et **VUITTON Xavier**, *Droit de la preuve, principe et mise en oeuvre processuelle*, 2^e éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2017, p. 319

²⁸⁶ **FUZIER-HERMAN Edouard** (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 80

²⁸⁷ V. not. Cass. 13 juin 1881, D. 82. 1. 474 ; Cass. 7 novembre 1893. D. 94. 1. 15

Comme souvent, nous l'aurons remarqué, la doctrine s'éleva contre cette pratique, jugeant que « cette faculté donnée au juge de changer à sa volonté la nature du serment est évidemment inadmissible et ne pose sur aucune base sérieuse²⁸⁸ ».

D'abord puisque c'est bien une partie qui défère le serment, et non le juge comme dans l'hypothèse d'un serment supplétoire ; ensuite car il ne cesse pas d'être décisif lorsqu'il est déféré subsidiairement dans la mesure où, si les moyens de preuves avancés à titre principal échouent, c'est bien de lui seul dont l'issue du litige dépendra ; enfin car la philosophie même du serment décisoire le commande : « Est-ce qu'il [le législateur] n'a pas clairement montré partout que c'était à ses yeux, comme aux yeux de la raison et de l'équité, une dernière ressource, un moyen extrême, un pis-aller, une dernière planche de salut pour celui à qui tous autres moyens viennent à manquer²⁸⁹ ? ».

Pour toutes ces raisons, et eu égard au silence des textes, la Cour de cassation décida finalement par un arrêt prononcé en 1966 que : « Le serment décisoire peut être déféré à tout moment par des conclusions principales ou subsidiaires²⁹⁰. », ajoutant ultérieurement, en cohérence avec son système, que s'il peut « n'être déféré qu'à titre subsidiaire mais, dans ce cas, une cour d'appel justifie légalement sa décision si elle décide que, eu égard aux éléments d'appréciation dont elle dispose, il ne lui apparaît pas utile de déférer le serment²⁹¹ », ou quand l'exception anéantit la règle...

104. Conclusion sur la nécessité *stricto sensu*. En résumé, la jurisprudence subordonne la délation du serment décisoire à sa nécessité, c'est-à-dire à son utilité attendue. La doctrine s'opposa à cette solution, la jugeant *contra legem*, faute de tout fondement pour exiger cette condition, qui en sus dénature le caractère conventionnel de l'institution ; pourtant restituer à celle-ci sa qualification véritable, à savoir une mesure d'instruction, permet de lui appliquer son régime commun, lequel est d'accord avec le système de la jurisprudence. Néanmoins il est parfaitement raisonnable d'y déroger lorsque des raisons suffisantes le justifient, or tel est le cas selon-nous : puisque d'une part un fait

²⁸⁸ *Op. cit.*, PERRET, p. 113 ; dans le même sens : *Op. cit.*, BAUDRY-LACANTINERIE, p. 411, n°636 : « Nous repoussons cette jurisprudence, d'après laquelle le serment, que l'on défère par conclusions subsidiaires, ne constitue qu'un serment supplétif qu'il appartient au juge d'admettre ou de rejeter. Cette opinion n'est pas seulement contraire au texte de la loi ; elle méconnaît aussi le but même du serment décisoire. La loi l'a consacré comme une ressource extrême ménagée au plaideur, qui, vaincu sur tous ses moyens, est sur le point de perdre son procès ; et en fait il n'est déféré que lorsqu'il a été impossible de prouver son droit par les preuves ordinaires. » ; AUBRY Charles et RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, t. 8, 3^e éd., LGDJ, 1858, p. 353, §753 ; *Op. cit.*, FUZIER-HERMAN, p. 79-80

²⁸⁹ *Op. cit.*, MARCADÉ, p. 249 : et l'auteur de conclure : « En vérité, nous n'avons jamais compris, non pas seulement comment on pouvait dire qu'il y a là serment supplétif, mais comment on pouvait se demander si c'est un serment supplétif, parce que nous ne comprenons pas qu'on se demande si la figure qui présente quatre angles et quatre côtés égaux est un cercle... »

²⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1966 : JCP G 1966, II, 14614, note J. A. ; D. 1966, p. 541 ; Bull. civ. I, n° 185 ; RTD civ. 1966, p. 95, n° 2, obs. P. Raynaud

²⁹¹ Cass. Com. 13 nov. 1979, D. 1980. IR 113.

ne saurait véritablement être prouvé sans admettre la délation demandée par l'une des parties ; puisque d'autre part c'est nier leur liberté dans l'administration de la preuve, et partant leur faculté de souverainement déterminer leur stratégie. En bref, il s'agit d'une restriction certes juridiquement fondée mais non opportune, en fait comme en droit.

La condition de nécessité *lato sensu* posée par la jurisprudence n'est pas épuisée par le point à l'instant étudié, elle recouvre également ce que nous appelons la « pertinence » de la mesure.

II. La pertinence de la délation, ou les risques nés d'une bonne intention

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que le juge peut encore refuser d'admettre le serment dans deux hypothèses : lorsqu'il apparaît comme une manoeuvre dilatoire ou chicanière d'une part (A.), lorsqu'il est déféré dans une intention vexatoire d'autre part (B.). Il s'agirait en quelque sorte d'une « soupape de sécurité » grâce à laquelle le juge se verrait accorder une sorte de contrôle *a priori* « pour tenter de ramener sur le terrain du raisonnable une institution qui, en vérité, lui échappe fondamentalement²⁹² ».

A. Le rejet de la délation constitutive d'une manoeuvre dilatoire, ou l'exigence indirecte d'un commencement de preuve

Depuis le milieu du XIX^e siècle, la jurisprudence accorde au juge la faculté de rejeter la délation lorsque le serment est déféré dans une intention dilatoire²⁹³, comme « une sorte de dérivé de l'abus du droit d'ester qui serait l'abus processuel²⁹⁴ ». À cette hypothèse, nous pouvons assimiler celle dans laquelle le juge rejette le serment déféré dans des cas où le fait est considéré comme invraisemblable²⁹⁵.

105. Illustration. Il y a lieu d'illustrer le propos avec un arrêt rendu en 1965 par la Cour de cassation²⁹⁶. En l'espèce un preneur entendait déférer le serment sur l'existence d'une convention verbale postérieure aux termes de laquelle un propriétaire aurait renoncé à un congé moyennant une augmentation de fermage. La cour d'appel rejette comme non pertinente la délation au motif que le

²⁹² **MOURRE Alexis**, « Réflexions sur le serment décisoire », Gaz. Pal. 12 juin 1994, p. 799

²⁹³ V. par ex. : Cass. req., 22 juill. 1884 : DP 1885, I, p. 253. – Cass. soc., 18 nov. 1954 : Bull. civ. IV, n° 719

²⁹⁴ **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §71

²⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère} mars 1859, DP 1859. I. 155

²⁹⁶ Cass. soc., 4 mars 1965 : Bull. civ. IV, n° 191

preneur ne rend nullement vraisemblable le point litigieux ; le preneur oppose que la délation peut intervenir en tout état de cause encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve. Pour autant, la Haute juridiction rejette le pourvoi, constatant que le preneur « invoque cette convention pour la première fois en cause d'appel, que son existence n'est ni établie, ni vraisemblable et que la délation du serment à la veille des vacances judiciaires, le jour même des débats et après plusieurs remises de l'affaire est un procédé dilatoire ».

L'intention est louable, mais l'enfer est pavé de bonnes intentions comme on dit, et l'exemple choisi en est une flagrante illustration. En effet, la délation est rejetée au motif - entre autres - que la convention ne serait « ni établie, ni vraisemblable ». Qu'elle ne soit pas « vraisemblable » est une chose, même si à vrai dire nous ne comprenons pas réellement le sens du terme : qu'est-ce la vraisemblance s'agissant d'un fait ? Le juge doit-il se faire juge des apparences ? La notion nous semble trop incertaine pour être pertinente. Mais que la convention ne soit pas « établie » : est-ce une cause sérieuse de rejet ? Une partie souhaite déférer le serment pour prouver un fait et le juge lui oppose bonnement qu'il ne saurait admettre la demande puisque le fait n'est pas prouvé. Or c'est l'objet même du serment de prouver la chose, comment l'absence de preuve pourrait devenir la cause de son rejet ?

106. L'exigence indirecte d'un commencement de preuve. Un tel arrêt n'est pas isolé²⁹⁷, et se rapporte en réalité à une discussion fort ancienne, ainsi Pothier pouvait-il écrire : « C'est une question controversée (...) de savoir s'il faut quelque commencement de preuve pour que le demandeur soit reçu à déférer le serment²⁹⁸ ». L'une des raisons²⁹⁹ serait que la partie dénuée de tout commencement de preuve déférerait nécessairement le serment dans une intention dilatoire.

D'abord, c'est présumé la mauvaise foi d'une partie, or c'est un principe fort établi qu'elle ne se présume pas³⁰⁰. Ensuite « il peut arriver très souvent qu'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve ne laisse pas d'être en elle-même très juste (...) Le juge ne doit négliger

²⁹⁷ V. par ex. Cass. Soc. 5 juin 1996, Bull. civ. V, n° 231

²⁹⁸ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 439

²⁹⁹ Pour les autres, *ibid* : « Les raisons qu'ils allèguent pour cette opinion sont 1° que c'est un principe général de droit, que le demandeur doit avoir congé d'une demande qui n'est pas prouvée (...) : actor non probante. 2° C'est encore un principe de droit que le demandeur doit fournir de sa part les preuves de sa demande, et que ce n'est pas au défendeur à les lui fournir contre soi (...) 3° On dit qu'on ne doit pas, sans aucun sujet, être reçu à intenter une affaire à quelqu'un, et lui causer l'embarras de rendre une affirmation que des personnes timorées se font souvent une peine de rendre. même sur des choses dont elles croient être les plus certaines (...) »

³⁰⁰ En ce sens : *Op. cit.*, PERRET, p. 108-109 : La mauvaise foi ne se présume pas et si on la présume de la part du *deferens*, nous ne voyons pas pourquoi on ne la présumerait pas de la part d'une partie qui se met en règle pour établir la preuve juridique de sa prétention, mais qui a pu aussi écarter à dessein tous moyens de laisser constater juridiquement le droit de son adversaire. Ne voyons-nous pas trop souvent des créanciers indélicats produire la preuve de leur créance par un acte en bonne forme, et leur débiteur dans l'impossibilité de prouver leur libération, parce qu'ils auront remboursé leur créancier sans lui demander de quittance et sans que personne ait été témoin de ce paiement. Sera-t-il donc moral et équitable de reconnaître au juge le droit d'empêcher ce débiteur d'utiliser de cette seule arme de défense que lui accorde la loi, de déférer le serment à son créancier pour qu'il jure qu'il n'a pas été remboursé ? C'est à cette extrémité pourtant que conduit logiquement le système de la jurisprudence. Pour vouloir être plus équitable que la loi, elle nous paraît aboutir à un résultat tout opposé.

aucuns des moyens qui se présentent pour découvrir la vérité, et pour parvenir à rendre la justice à qui elle appartient. (...) ³⁰¹ ».

Enfin et surtout, depuis Pothier la question fut tranchée par le Code civil, lequel disposait en son article 1360 que le serment « peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve ». Certes l'article fut supprimé à l'occasion de la réforme intervenue en 2016, mais il s'agit très sûrement une maladresse puisque l'exposé des motifs traduit la volonté de simplifier les règles et non de les réformer³⁰². C'est en effet la philosophie même du serment décisoire de pouvoir être déféré sans avancer une quelconque preuve, et ce qui le distingue du serment supplétoire, lequel ne peut être déféré si la demande « n'est pas pleinement justifiée ou totalement dénuée de preuves » aux termes de l'article 1386-1 du Code civil.

En substance, la jurisprudence considère comme dilatoire le serment déféré par une partie dénuée de toute preuve, elle le fait contre la loi et contre l'esprit de l'institution, par conséquent cette position ne nous paraît pas justifiée.

107. L'opportunité d'écourter les débats. Le serment décisoire pourrait certes être une arme aux mains des parties pour allonger inutilement les débats - ce n'est pas la seule ferons-nous remarquer - mais c'est également un formidable moyen des les écourter, dans l'esprit de l'article 147 du Code de procédure civile qui impose au juge de limiter le choix de la mesure d'instruction « à ce qui est suffisant pour la solution du litige », et « en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux » : ce qu'est incontestablement ce mécanisme, puisque les débats seront immédiatement clos si l'adversaire refuse la prestation ou prête le serment.

En définitive, il nous semble préférable de conserver un mal pour en éviter un plus grand, et partant de ne pas laisser arbitrairement le juge décider du caractère dilatoire de la délation, doit-il l'être par ailleurs du caractère vexatoire de celle-ci ?

³⁰¹ **POTHIER Robert-Joseph**, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 440

³⁰² Exposé des motifs de la LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « La section 5 est consacrée au serment, et reprend, en les simplifiant, les règles actuelles du code civil, sur le serment décisoire, déféré par une partie à l'autre, et sur le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties. ». Consultable ici : https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000032851308/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId=

B. Le rejet de la délation faite dans une intention vexatoire

Un arrêt ancien³⁰³, repris par la plupart des auteurs, laisse au juge la possibilité de refuser le serment lorsque celui-ci est requis dans un « esprit de vexation ». Il le serait dans deux situations : lorsque la formule est injurieuse, et l'outrage fait à une partie de gagner sur son serment plutôt que sur ses preuves.

108. Formule injurieuse. D'abord lorsque la formule utilisée est offensante ou injurieuse³⁰⁴. En effet, le serment décisive, longtemps appréhendé comme une offre de convention, n'autorisait aucune latitude au juge pour réformer la question déférée à l'adversaire, cette condition permettait d'éviter une prestation scandaleuse. Cependant cette situation n'est plus envisageable, puisque le mécanisme n'est plus assimilé à une convention, il serait donc tout à fait dans les pouvoirs du juge de modifier les termes de la question et de la formule juratoire.

109. L'outrage de faire gagner une partie sur son serment plutôt que sur ses preuves. Ensuite, la délation serait vexatoire lorsqu'elle n'a « d'autre but que de fouiller inutilement la conscience d'un adversaire³⁰⁵ ». À la vérité cette situation rejoint celle que nous avons déjà étudiée, à savoir le serment déféré pour un fait d'ores et déjà prouvé, dans la mesure où une partie peut légitimement préférer gagner sur ses preuves plutôt que sur son affirmation solennelle. Nombreux auteurs passés, pourtant très critiques à l'égard de la condition prétorienne de nécessité « font une réserve au principe qu'ils admettent [et] pensent que le juge pourraient refuser d'autoriser le serment s'il leur paraissait constant que la délation a lieu par esprit de vexation et de malice, à charge de le déclarer dans le jugement³⁰⁶ ».

Il est possible de répondre dans un premier temps que la jurisprudence pose une limite bien naturelle au pouvoir d'appréciation des juges : ils ne peuvent refuser de déférer le serment décisive au seul motif que la partie à qui il doit être déféré conteste le fait qui en est l'objet car c'est « précisément parce que [l'adversaire] contestait ce point que l'offre de serment (...) devait être accueillie³⁰⁷ ». Que l'adversaire conteste le fait péremptoirement ou au moyen des preuves est indifférent.

³⁰³ Cass. req., 22 juill. 1884 D. 1885, 1, p. 25.

³⁰⁴ Hypothèse de l'arrêt précité.

³⁰⁵ *Op. cit.*, **PERRET**, p. 105-106

³⁰⁶ **FUZIER-HERMAN Edouard** (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 90, n°51 : v. auteurs et jurisprudence cités

³⁰⁷ Cass. 1ère civ. 11 juin 1991, n°89-20.422

Dans un second temps, une partie peut-elle véritablement se plaindre que son adversaire lui défère le serment pour la faire juge de sa propre cause, puisqu'on lui demande simplement la déclaration solennelle de la vérité ? C'est l'argument principal des auteurs anciens, Domat déjà affirmait qu'il n'est « fait aucun tort à une partie de la rendre juge dans sa propre cause en lui déférant le serment³⁰⁸ », ainsi l'adversaire « n'est censé souffrir aucun préjudice de ce qu'on lui demande la déclaration de la vérité : on a donc admis sans restriction ce principe de morale et d'équité consacré dans la loi romaine, qui met au nombre des actions les plus honteuses le refus du serment³⁰⁹ ».

Il résulte de l'étude critique des conditions d'admission du serment décisive la difficulté patente pour une partie de voir sa délation acceptée par le juge afin que la prestation du serment termine le litige. Nombreuses des restrictions posées par la jurisprudence sont injustifiées, et ont pour effet de rendre peu attractive une institution qui l'est déjà si peu. Elle l'est d'autant moins que qu'une fois le serment admis, chose difficile comme nous avons pu le constater en raison du système posé par la jurisprudence. Certes il terminera le litige, mais un véritable serment est celui qui conduit à la vérité, c'est-à-dire la sincérité de celui qui jure, a priori contre le bon sens car généralement on est prêt à mentir. C'est pourquoi il est nécessaire d'inciter une partie à dire la vérité si sa conscience ne suffit pas. Cela suppose des sanctions efficaces, or là encore le serment décisive a un régime très insuffisant.

³⁰⁸ **DOMAT Jean**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777, p. 290, l'ajoute ajoute : « Cependant il est de la prudence du juge de ne le point déférer indistinctement ; il y a plusieurs cas où on doit débouter de la demande faute de rapporter des preuves, et où le serment ne doit pas être déféré ; il serait assez difficile de donner une règle certaine sur cette matière ; les différentes circonstances des faits doivent seules décider. » ; Pothier plus affirmatif écrit : « une partie ne peut se plaindre qu'on agisse trop durement avec elle, lorsque par le serment qui lui est déféré on la rend elle-même juge de sa propre cause. » **POTHIER Robert-Joseph**, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 440

³⁰⁹ **FENET Pierre-Antoine**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Videcoq, 1827, éd. de 1836, p. 308

Chapitre 2 - L'inefficacité des sanctions, pourtant nécessaires à la sincérité du serment

Lorsque le serment décisif a été déféré à une partie, souvent sa conscience hésite entre le bénéfice d'un mensonge facile et l'embarras de jurer contre ses intérêts. Quand la conscience ne sait seule se décider, elle doit en quelque sorte être contrainte à opter pour la sincérité, au moyen des diverses sanctions du faux serment, toutes destinées à faire surgir la vérité de la bouche du plaideur³¹⁰, parce qu'en principe : « dire *Je le jure*, c'est se mettre en danger³¹¹ ».

Il y a des sanctions extrajuridiques d'abord : sanction intime constituée par la honte, du moins pour ceux capables de la ressentir ; sanction sociale par la réprobation collective d'une attitude contre l'honneur ou d'autres principes bien entendus de la société ; sanction religieuse pour ceux qui ont le bonheur de croire. Celles-ci n'ont certainement pas besoin de l'ordre juridique pour advenir, mais le droit peut, en posant un appareil de règles favorables, faciliter leur efficacité, or nous constatons une carence de notre droit à cet égard (Section II.). La sanction la plus intimidante demeure celle pénale³¹², pourtant en l'état actuel du droit la plus inaccessible (Section I.)

Section 1 - La discordance entre les effets théoriques de la sanction pénale et leur réalité

Lorsqu'il s'agit de décrire la sanction pénale du parjure, il est nécessaire de clairement distinguer ses conséquences théoriques, qui sont immenses (I.), et le régime pour les atteindre, dont le régime restrictif en l'état actuel du droit les rend largement illusoire (II.).

³¹⁰ V. PAGEARD Robert, « Les sanctions du serment du mythique au logique. Du social à l'intime », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 35-41

³¹¹ LECOINTRE Simone, « « Ma langue prête serment... » », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 6

³¹² V. PROTAT Diane, « Les aspects laïques dans les procédures civiles et pénales », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 739 : « la menace d'une sanction pénale peut avoir sur un esprit contemporain une efficacité que l'invocation d'un châtement divin a perdu ».

I. Les conséquences théoriques de la reconnaissance du parjure au pénal et au civil

Naturellement, la reconnaissance par une juridiction pénale d'un faux serment emporte directement des sanctions pénales (A.), auxquelles s'ajoutent des conséquences au civil (B.).

A. Les lourdes peines pénales

110. La primauté moderne de la sanction pénale. À en croire les humanistes, et conformément à l'idée très rousseauiste du bon sauvage, celle de la bonté de l'homme à l'état de nature : « L'usage des serments fut ignoré des premiers hommes. La bonne-foi régnait parmi eux, & ils étaient fidèles à exécuter leurs engagements. Ils vivaient ensemble sans soupçon, sans défiance. Ils se croyaient réciproquement sur leur parole, & ne savaient ce que c'était, ni que de faire des serment, ni de les violer. Mais sitôt que l'intérêt personnel eut divisé les hommes, ils employèrent pour se tromper la fraude & l'artifice. Ils se virent donc réduits à la triste nécessité de se précautionner les uns contre les autres. Les promesses, les protestations étaient des liens trop faibles ; on tâcha de leur donner de la force en les marquant du sceau de la religion, & l'on crut que ceux qui ne craignaient pas d'être infidèles, craindraient peut-être d'être impies. La discorde, fille de la nuit, dit Hésiode, enfanta les mensonges, les discours ambigus & captieux, & enfin le serment, si funeste à tout mortel qui le viole. Obligés d'avoir recours à une caution étrangère, les hommes crurent la devoir chercher dans un être plus parfait. Ensuite plongés dans l'idolâtrie, le serment prit autant de formes différentes que la divinité³¹³ ».

En effet, longtemps les sanctions spirituelles du faux serment dominèrent, mais à mesure que le caractère religieux du serment s'affaiblit, la sanction pénale devint de plus en plus nécessaire, car « Les hommes comprennent tôt ou tard que les principes qu'on leur présente comme révélés trouvent leur raison d'être dans la notion subjective de justice, et peu à peu le droit se dégage de l'enveloppe protectrice qui lui était nécessaire à une époque où, n'étant pas compris, il aurait pu être discuté et violé³¹⁴ ».

Aujourd'hui et de toute évidence, la sanction la plus efficace, celle qui frappe le plus les esprits et pour laquelle la crainte est la plus solide est celle pénale. C'est pourquoi son efficacité

³¹³ *L'Encyclopédie* de **Diderot** et **d'Alembert**, Exemplaire Mazarine, Vol. XV, Entrée « Serment, s. m. (Littérat.) p. 99 rédigée par **Le Chevalier de Jaucourt** :

³¹⁴ LAFFORGUES Jules, *du serment en droit romain*, Thèse, Toulouse, 1888

subordonne dans une très large mesure la sincérité du serment décisive lui-même, circonstance qui explique la gravité des peines posées par le Code pénal.

111. Exposé de la sanction pénale. L'infraction de faux serment est prévue à l'article 434-17 du Code pénal, lequel dispose que « Le faux serment en matière civile est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. », sanction lourde qui peut s'accompagner - selon l'article 434-44 du même code - de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

La sanction du faux serment a évolué depuis le Code pénal de 1810, à l'origine l'article 366 de ce code punissait l'auteur de la dégradation civique, peine criminelle infamante portant privation des droits civiques et politiques et de certains droits civils, en somme une forme de mort civile. La loi du 13 mai 1863 en fait un délit, infraction moins grave mais plus effective, puisque les jurys populaires hésitèrent auparavant à infliger une peine criminelle pour un tel fait³¹⁵. Ainsi jusqu'au nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, le parjure encourait une peine d'emprisonnement comprise entre une et cinq années, ainsi qu'une peine d'amende variant de 360 francs à 20 000 francs.³¹⁶

La loi oblige par ailleurs le juge à informer le plaideur auquel un serment a été déféré des sanctions pénales encourues³¹⁷, cela à peine de nullité de la délation³¹⁸. Outre l'emprisonnement et l'amende, la reconnaissance de la culpabilité du parjure entraîne un certain nombre d'incapacités et d'interdictions professionnelles en rapport avec le monde des affaires³¹⁹, où l'on voit que le serment est non seulement fondé sur l'honneur, mais permet également de protéger la loi de l'honneur en sanctionnant ceux qui y manquent.

L'infraction caractérisée entraîne également des conséquences civiles importantes.

³¹⁵ **JOUBERTEAU André**, *Le faux serment en matière civile*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1941, p. 26 : « Antérieurement à la loi du 13 mai 1863 qui correctionnalisa le parjure, les jurys, qui en Cour d'assises avaient à connaître du crime de faux serment, hésitaient à condamner et préféraient bien souvent acquitter plutôt que d'appliquer une peine qui leur semblait disproportionnée avec le fait dont ils avaient à apprécier la gravité. ». On parle dans cette hypothèse d'acquiescement honteux, très répandu lorsque la peine n'était pas arbitrairement déterminée par le juge mais fixée par la loi.

³¹⁶ Il est par ailleurs intéressant de remarquer que cette infraction, autrefois rangée sous le titre « Crimes et délits contre les particuliers » et désormais placée sous le titre « Des atteintes à l'autorité de l'Etat », et plus précisément dans la section consacrée aux « entraves à l'exercice de la justice ».

³¹⁷ Art. 319 al. 1^{er} du C. pr. civ.

³¹⁸ « Le serment est valablement prêté seulement si la décision qui l'ordonne contient les indications concernant tant les conséquences civiles que les suites pénales du faux serment. » Paris, 25 mars 1994: D. 1994. IR 124. Cependant, certains auteurs n'y voient pas une cause de nullité, en ce sens : « l'oubli éventuel n'apparaît pas constituer une cause de nullité du serment, ni, partant, n'empêche de faire application des peines applicables au cas de parjure. » **DETRAZ Stéphane**, « Faux serment en matière civile », *JurisClasseur Pénal*, mars 2017, Art. 434-17 - Fasc. 20, §7

³¹⁹ Article L241-3 du Code de la construction et de l'habitation : « Ne peuvent participer, en droit ou en fait, directement ou par personne interposée, à la fondation ou à la gestion des sociétés régies par le titre 1^{er} du présent livre [les personnes condamnées pour] 6° Faux témoignage, faux serment (...) » ; ou encore art. L313-29 du même code.

B. Les conséquences civiles théoriques : dommages-intérêt et recours en révision

La reconnaissance par les juridictions pénales de l'infraction emporte en théorie des conséquences civiles très avantageuses pour la partie perdante devant la juridiction civile en raison d'un serment reconnu faux. Nous disons « en théorie » puisque le droit positif les entourant y fait largement obstacle, nous le présenterons par la suite pour le mieux critiquer.

112. Dommages-intérêts. D'une part, la première conséquence théorique est l'obtention d'une somme d'argent, cela en vertu de l'article 2 du Code procédure pénale, aux termes duquel la victime qui a personnellement souffert du dommage directement causé par une infraction peut se constituer partie civile afin d'obtenir des dommages-intérêts.

De quel préjudice la victime d'un parjure peut-elle se prévaloir ? C'est essentiellement celui d'avoir perdu son procès, en théorie la somme accordée devrait donc correspondre à l'avantage obtenu si l'action avait réussie, en nature s'il s'agissait d'une somme d'argent, sinon par équivalent.

113. Recours en révision. D'autre part le parjure est un cas d'ouverture du recours en révision. Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, la requête civile - qui permettait la rétractation d'une décision passée en force de chose jugée - n'était pas ouverte en cas de faux serment³²⁰. Cependant, le nouveau Code, entré en vigueur en 1976, lui substitue le recours en révision, dont les cas d'ouverture sont posés à l'article 595, qui en son 4° l'ouvre « s'il a été jugé sur des (...) serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement ».

L'intérêt pour une partie de l'intenter est d'obtenir l'avantage attendu du procès civil en nature lorsque celui-ci n'est pas pécuniaire. S'il est nécessaire lorsque le serment reconnu faux est le supplétoire de démontrer que le jugement s'est effectivement fondé sur celui-ci, cette condition est nécessairement rempli dans l'hypothèse du serment décisoire, puisqu'il porte sur un fait décisif de la solution du litige, sans pouvoir d'appréciation du chose sur sa valeur probante.

Cependant, comme nous l'avons dit, la jouissance de ces effets est hautement improbable en raison de l'improbabilité même de la reconnaissance pénale de la culpabilité.

³²⁰ GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 638 : « le plaideur qui a succombé devant la juridiction civile peut remettre en cause cette décision par la voie du recours en révision (article 595, 4° NCPC). Il s'agit d'une innovation de ce texte. Antérieurement, il était admis que la requête civile, à laquelle a été substitué le recours en révision, ne pouvait être utilisée pour revenir sur une décision rendue sur la foi d'un serment ultérieurement reconnu faux ».

II. L'improbable sanction pénale

La sanction pénale est dans une large mesure illusoire en raison des nombreux obstacles à la caractérisation de l'infraction (A.), et avant même cela par l'impossibilité pour la partie qui voudraient poursuivre son adversaire au civil dont il tient la preuve du mensonge d'accéder au juge pénal (B.).

A. La difficile caractérisation de l'infraction

La caractérisation de l'infraction se heurte à des obstacles qu'il convient de clarifier, tenant à la prescription, à la preuve du caractère intentionnel ainsi qu'aux modes de preuve admis devant les juridictions répressives statuant sur le faux serment.

114. La prescription³²¹. La prescription de l'action publique relative au faux serment est soumise au droit commun, à savoir un délai de 6 ans, dont le point de départ devrait être fixé au jour de la prestation du faux serment, puisqu'il s'agit *a priori* d'une infraction instantanée³²². Ce régime est très défavorable à la sanction du parjure, puisque par hypothèse au moment du procès civil la partie qui défère le serment n'a pas la preuve du mensonge, elle l'obtiendra un jour peut-être fortuitement, ou aidé par un témoin dont la langue est prête à se délier, circonstances qui supposent l'écoulement d'un certain laps de temps.

Ne pourrait-on pas appliquer un régime plus favorable, en fixant le point de départ à compter du jour de l'apparition ou de la constatation du mensonge ? Il faudrait pour cela y voir une infraction clandestine, qualification délicate puisque la matérialité du délit est publique : le serment est prêté devant le juge, seule son exactitude est masquée. La Chambre criminelle semble l'écarter³²³, mais depuis une loi de 2017³²⁴ l'article 9-1 alinéa 2³²⁵ permet le report du point de départ dans des termes qui peuvent s'appliquer au faux serment, puisqu'il définit l'infraction occulte comme celle dont l'un de ses éléments constitutifs n'a pu être connue de la victime ou de

³²¹ V. *Op. cit.*, **DETRAZ**, §72, duquel est tiré l'essentiel de propos développés.

³²² La jurisprudence en décide ainsi pour le faux témoignage, Cass. crim., 17 déc. 2002, n°02-81.424, bull. crim. 2002 n° 234 p. 854 : « Le faux témoignage est une infraction instantanée, qui est constituée et dont la prescription commence à courir du jour où la déposition mensongère a été faite. »

³²³ Même arrêt.

³²⁴ L. n° 2017-242, 27 févr. 2017, art. 1^{er}.

³²⁵ « Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise. »

l'autorité judiciaire, or le mensonge semble bien être un élément constitutif de l'infraction, à condition que la prestation du serment n'épuise pas sa matérialité. Faute de jurisprudence, le débat reste ouvert.

115. La preuve du caractère intentionnel. Ensuite, comme le délit de faux serment est une infraction intentionnelle, sa caractérisation suppose la démonstration de la connaissance par le jureur de la fausseté de sa déclaration³²⁶. *A priori* cela ne pose pas difficulté puisqu'il est censé jurer sur un fait qui lui est personnel³²⁷, et s'il déclare comme inexistante un évènement qui a pourtant eu lieu, il ment nécessairement.

Toutefois, une partie pourra se tromper de bonne foi lorsqu'elle est appelée à jurer sur un fait qui ne lui est pas - à proprement parlé - personnel, c'est l'hypothèse du serment de crédulité³²⁸, celui qui porte sur le fait d'un autre dont elle a seulement connaissance. Par conséquent, si elle jure n'avoir pas connaissance de la réalité de tel évènement, par la suite démontrée, elle n'aura pas nécessairement menti, il faut encore prouver qu'elle avait connaissance de l'existence du fait. La jurisprudence a donc tort d'affirmer que « la preuve de la vérité ou de la fausseté du serment découle nécessairement de la preuve de l'existence ou de la non-existence du fait civil sur lequel le serment décisoire argué de faux³²⁹ ».

116. L'application au pénal des règles de preuve civiles. Enfin, une difficulté importante quant à la preuve du faux serment. En application du droit commun de la preuve pénale, la démonstration de la fausseté du serment devrait pouvoir se faire par tout moyen³³⁰.

Cependant le serment en cause fut prêté devant une juridiction civile, or la matière civile connaît un principe de légalité de la preuve. La jurisprudence en déduit la nécessité, devant les juridictions pénales, de démontrer la fausseté du serment conformément aux règles probatoires applicables au litige ayant donné lieu au parjure³³¹. Par exemple, si l'adversaire auquel a été déféré

³²⁶ *Op. cit.*, **DETRAZ**, §52

³²⁷ Art. 1385-1 C. civ

³²⁸ Par exemple lorsque l'auteur du serment représente une personne morale et qu'il jure pour le fait d'un autre : soit un salarié (Cass. com. 10 févr. 1987, n°85-18.186), soit d'un ancien dirigeant social (Cass. com. 20 oct. 2009, n°06-16.852) ; ou encore lorsque l'ayant cause jure sur la connaissance d'un fait personnel à son auteur.

³²⁹ TGI Seine, 15 mars 1967 : Gaz. Pal. 1967. I. 321. ; v. aussi Crim. 15 juill. 1964 : JCP 1964. II. 13817

³³⁰ Art. 427 al. 1 Cpp. : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. »

³³¹ Cass. crim., 15 juill. 1964 : Bull. crim. n° 232 ; JCP G 1964, II, 13817 : « la vérité ou la fausseté du serment entraîne la preuve de la vérité ou de la fausseté du fait civil sur lequel il a été déféré, preuve qui ne peut être établie que conformément aux règles du droit civil » ; « à l'égard des faits civils, la loi civile détermine le genre de preuve qui en peut être admis ; [...] cette loi doit être respectée et observée par les juges répressifs même dans le cas où le fait autorisé par la loi civile se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi pénale, la preuve de l'infraction ne peut être établie que par celle du fait civil et doit en être la conséquence ; [...] ce principe est général et absolu ». Dans le même sens : Crim. 22 mars 1878 : DP 1878. I. 442 ; Crim. 31 oct. 1957 : Bull. crim. no 694 ; TGI Seine, 15 mars 1967 : D. 1967. Somm. 82 ; Gaz. Pal. 1967. I. 321.

le serment affirme qu'un acte juridique n'a pas été conclu, comme un prêt ou une vente, dont le montant est supérieur à 1500€, l'article 1359 du Code civil s'appliquera devant le juge répressif. La preuve de cet acte ne pourra se faire que par écrit, sauf les exceptions légales : impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit³³² ou commencement de preuve corroboré par un autre moyen de preuve, comme le témoignage³³³.

Cette entrave est importante mais justifiée par la nécessité de ne pas permettre le contournement des règles de preuve applicables au civil. En effet, la solution inverse pourrait aboutir à cette situation : une action en remboursement d'un prêt de 10 000€ est intentée sans écrit pour le prouver, le serment décisoire est déféré à l'adversaire qui jure de l'inexistence de ce prêt, par conséquent le juge rejette la demande. Si le juge pénal est saisi, qu'un témoin peut attester de son existence, et que cela emporte la conviction du juge qui déclare le serment faux, alors la réalité du prêt sera démontrée par un témoignage, puisqu'en cas de recours en révision le juge civil devra tenir l'acte pour existant, puisque l'autorité de la chose jugée au pénale s'imposera au juge civil.

Cependant certains auteurs anciens s'élèvent contre cette solution. D'une part elle serait inique, car elle encouragerait l'absence de punition du parjure : « Alors que c'est précisément l'absence de preuves écrites qui oblige les parties à recourir au serment, on exigerait (...) d'apporter un écrit pour prouver le parjure !!! Ce serait vraiment vouloir faciliter des agissements délictueux³³⁴ ». D'autre part elle serait juridiquement erronée puisque l'objet à prouver n'est pas l'acte juridique en cause (le serment décisoire a tranché irrévocablement la question de son existence) mais le mensonge, qui est un fait³³⁵, or la preuve des faits - même en matière civile - est libre, et peut en conséquence se faire au moyen de la preuve testimoniale, pour reprendre notre exemple.

Caractériser l'infraction malgré les obstacles suppose encore et au préalable d'avoir accès au juge pénal, circonstance presque impossible en l'état actuel du droit.

³³² Art. 1360 C. civ.

³³³ Art. 1361 C. civ.

³³⁴ *Op. cit.* JOUBERTEAU, p. 68 : L'auteur rappelle ensuite que la jurisprudence ancienne avait parfois statué en ce sens : Crim. 21 août 1834 (S.-35-1-119) ; Nancy, 26 décembre 1877 (Dalloz 18-2-151). Ainsi pour l'auteur, p. 76 : « En résumé, nous pensons qu'il n'existe qu'un seul cas où le faux serment doit être prouvé suivant les règles du droit civil : c'est lorsque le faux serment poursuivi est un serment supplétoire et que c'est la partie lésée qui tente elle-même de faire la preuve du parjure. C'est seulement dans ce cas que l'on peut dire qu'il y a un lien de droit entre le contrat civil et le fait pénal poursuivi. Dans le cas du serment décisoire (...) nous pensons que permettre la preuve du parjure par tous moyens ne porte nullement atteinte aux principes qui régissent la preuve des faits criminels au cas où ceux-ci sont liés par une relation nécessaire à des faits purement civils. »

³³⁵ *Op. cit.* CAVEROC, p. 181 ; dans le même sens, *Op. cit.*, GUÉVEL, §25 : « la preuve de la fausseté du serment, même devant la juridiction pénale, doit être faite selon les règles du Code civil, ce qui, en soi, ne devrait guère présenter de difficulté, la preuve des faits étant libre en droit civil ».

B. L'impossible accès au juge pénal par la partie perdante au civil

Il convient d'exposer dans un premier temps le système posé par la jurisprudence, puis d'en exposer les justifications pour les mieux critiquer.

117. La portée absolue donnée par la jurisprudence à l'interdiction de prouver la fausseté du serment. L'obstacle le plus important à l'effectivité de la sanction pénale vient de l'interprétation donnée à l'article 1385-3 alinéa 2 du Code civil, aux termes duquel « Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté. ».

La jurisprudence lui donne une portée absolue, elle décide que la partie qui a déféré le serment « ne peut ni se porter partie civile dans l'instance correctionnelle engagée pour la répression du délit, ni réclamer ensuite de cette instance des dommages-intérêts³³⁶ », il s'ensuit que seul « le Ministère public peut faire la preuve de la fausseté du serment et poursuivre le parjure³³⁷ ». Ainsi, en l'état actuel du droit, le plaideur qui a perdu le procès civil en raison d'un faux serment ne peut pas porter plainte avec constitution de partie civile, ni se constituer partie civile lorsque le procès pénal a été déclenché par le ministère public. Ce système compromet largement l'espérance de voir l'auteur puni, et la possibilité de jouir des effets attachés à la condamnation.

Pour qu'un procès pénale advienne, c'est nécessairement sous l'impulsion du Ministère public, or faut-il d'abord qu'il en ait connaissance, circonstance envisageable puisqu'un auteur³³⁸, fait remarquer que rien n'empêche le plaideur de l'informer officieusement ; mais faut-il encore qu'il ait la volonté d'engager les poursuites sur ces faits, circonstance quant à elle « plus qu'improbable³³⁹ ». À supposer même que sur l'action exercée par le Ministère public le parjure soit condamné, la jurisprudence interdit au plaideur qui a succombé en raison du faux serment d'obtenir des dommages-intérêts, seule lui est ouverte la voie du recours en révision, laquelle est - au regard des considérations précédentes - hautement improbable. Les justifications avancées au soutien de ce système sont-elles pertinentes ?

³³⁶ Cass. Crim. 21 avril 1834, S. 1835. 1. 119. ; Cass. Crim. 7 juillet 1843, S. 1844. 1. 36. ; Trib. corr. Bordeaux, 19 juin 1952? D. 1953. 50 : « L'art. 1363 C. civ. disposant que, lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté, il y a lieu de décider que cet adversaire ne peut se constituer partie civile dans l'action pénale engagée contre l'auteur du serment du chef de faux serment » ; Cass. Crim. 29 juill. 1910, Gaz. du Palais-1910-50.

³³⁷ Dijon, 6 juillet 1928, D. H. 1928, 550.

³³⁸ **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §94

³³⁹ **VEYRE Liza**, « Le serment judiciaire », dans *Le serment : perceptives juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 54

118. Réfutation des justifications avancées. La doctrine ancienne approuva dans son immense majorité le sévère régime posé par la jurisprudence. C'est encore là une conséquence malheureuse tirée de l'assimilation du serment décisoire à une transaction, ou plus largement à une convention. L'accord entre les parties trancherait définitivement entre elles le point litigieux, et l'autorité de celui-ci s'étendrait au-delà de l'instance civile, ce qui justifierait le monopole du Ministère public, tiers à l'acte. En effet, si la convention demeure, il n'y a pas de préjudice à réparer, et obtenir des dommages-intérêts reviendrait à anéantir la transaction, puisque la mesure de ceux-ci est celle du gain manqué lors du procès perdu. Ainsi un auteur peut-il écrire que « l'une ou l'autre des parties ne peut se faire restituer contre les risques d'une transaction qu'elle a librement accepté, et alors, accorder à la partie lésée le droit de mettre en mouvement l'action publique serait lui donner le droit de demander des dommages-intérêts en se constituant partie civile³⁴⁰ ». Or nous l'avons démontré, le serment décisoire n'est pas une convention.

Sans retenir la fondement conventionnel, le législateur en disposant que la partie qui a déféré ou référé le serment « n'est pas admise à en prouver la fausseté » n'a-t-il pas manifesté l'intention de lui fermer l'accès aux juridictions pénales ? Il s'agit là de réaliser un nécessaire travail d'interprétation. Le texte ne vise pas expressément les juridictions pénales, aussi pourrait-on soutenir la relativité de son effet : il s'agit d'une norme civile, applicable aux seules juridictions civiles, et qui entend simplement interdire dans l'instance particulière où le serment a été prêté de prouver contre lui, puisqu'il a pour effet de clore définitivement le litige³⁴¹.

Mais l'exposé des motifs au corps législatif du Code pénal de 1810 nous donne dort, nous y lisons que l'incrimination de faux serment « ne saurait détruire ou changer l'article 1363 du Code Napoléon [art. 1385-3 al. 2 nouv.] qui porte que (...) l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté. Tel n'est pas et ne saurait être le but et le sens de la disposition qui vous est proposée ; elle n'ouvre aucune nouvelle action au condamné. Le Code Napoléon a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux intérêts privés et à la partie civile. C'est le Ministère public qui pourra dans le seul intérêt de la Société poursuivre le parjure³⁴² ». Autrement dit, le litige étant irrévocablement

³⁴⁰ *Op. cit.*, **JOUBERTEAU**, p. 42. Dans le même sens **MARCADÉ Victor-Napoléon**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889, p. 252 : "Une fois que le serment décisoire a été effectivement prêté, la condition est accomplie, la transaction pleinement efficace, et l'on ne serait pas admis à détruire l'effet de cette transaction en prouvant la fausseté du serment ».

³⁴¹ C'est la position de l'un des seuls auteurs anciens, **DURANTON Alexandre**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 13, 4^e éd., Paris : G. Thorel : E. Guibert, 1844, p. 598 : « Quant à l'objection tirée de l'art. 1363 (...) on y répond facilement, ce nous semble : oui, ce qui a été jugé par suite du serment faussement prêté demeurer irrévocablement jugé, mais la question de dommages-intérêts à obtenir devant les tribunaux criminels en réparation du préjudice souffert est tout-à-fait indépendante du jugement rendu sur le serment faussement prêté. Ce n'est qu'au civil que notre article 1363 a pu vouloir interdire de prouver la fausseté du serment prêté (...) il y aurait quelque chose de révoltant que celui qui serait condamné pour avoir prêté ce faux serment pût s'enrichir par son crime. », auquel un auteur répond que « M. Duranton n'a pas vu qu'il faisait ici le procès de la loi et qu'il corrigeait notre article au lieu de l'expliquer. (...) Et ce que M. Duranton eût dû comprendre ainsi par le seul raisonnement, il eût dû surtout l'admettre en présence des travaux préparatoires du Code pénal. » : *Op. cit.* **MARCADÉ**, p. 253

³⁴² **LOCRE Jean Guillaume**, *Législative civile de la France*, t. 30, 1837, p. 532-533, consultable ici : https://books.google.fr/books?id=ZbUTAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

tranché par l'effet du jugement civil, lui-même irrévocable, l'action du perdant ne saurait être admise. Mais la volonté exprimée du législateur a deux siècles, et depuis le jugement n'est plus irrévocable, puisque si la requête civile était une voie de recours fermée en cas de parjure, le recours en révision est désormais ouvert.

Au regard de la possibilité somme toute récente d'introduire un recours en révision, la doctrine moderne tend à remettre en cause le système de la jurisprudence : « il semblerait logique et équitable de tirer toutes conséquences de la condamnation pénale pour faux serment et de permettre à la victime d'obtenir des dommages-intérêts compensant le préjudice qu'elle a subi du fait du parjure³⁴³ ». Restriction d'autant plus injuste qu'elle ne s'applique pas au serment supplétoire³⁴⁴. Il faut d'ailleurs remarqué que la jurisprudence à l'origine de ce principe est fort ancienne, et toujours antérieure à 1976, c'est-à-dire à l'introduction du recours en révision.

Si ce recours est formellement possible, il est *de facto* purement illusoire. Les propos tenus par Planiol dans le commentaire qu'il fait d'une décision conforme à la jurisprudence restent en conséquence toujours d'actualité : « Il n'est pas de dispositions légales qui soient plus difficilement défendables que celles de l'article 1363 [1385-3 al. 2 nouv.], au double point de vue de la morale et de la logique. Il semblerait dès lors logique et naturel quand il y aura faux serment, ce qui est un délit, que la partie lésée fut munie d'un moyen de recours. Or il n'en est rien. Elle continuera à subir ce jugement injuste obtenu par un acte criminel. C'est offrir au public un sujet de méditations propre à ruiner dans son esprit l'autorité des décisions judiciaires.³⁴⁵ »

119. Conclusion. Est-ce à dire, comme l'affirme un auteur qu'en « l'état actuel de la Jurisprudence, la portée de l'article 366 du Code pénal [est] a peu près nulle et son application injuste³⁴⁶ » ? S'agissant de la première affirmation, sans aucun doute, pour la seconde, au regard du nombre de serments déférés chaque année, l'injustice est somme toute plus théorique que réelle.

Le serment est une garantie, une sûreté : il permet la sanction du mensonge. Pour celui qui ne croit en rien, qui n'a pas plus d'amour pour Dieu que pour lui-même, la seule sanction sera

³⁴³ FERRAND Frédéric, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n°829 ; dans le même sens GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles, Droit civil, introduction générale, 3^e éd., LGDJ, 1990, p.638 : « La réforme (...) conduit à mettre en doute une autre solution traditionnelle : l'adversaire du plaideur condamné pour faux serment ne pouvait pas réclamer (par la voie de l'action civile) des dommages-intérêts en réparation du préjudice que cette infraction lui avait causé. » ; de même AYNÈS Augustin et VUITTON Xavier, *Droit de la preuve, principe et mise en oeuvre processuelle*, 2^e éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2017, p. 320, note de bas de page n°278 : « Cette solution paraît aussi sévère que contestable, le serment ayant uniquement pour objet de mettre un terme définitif et rapide au procès civil. Cette solution paraît donc devoir évoluer, ce d'autant qu'il est aujourd'hui possible d'exercer un recours en révision sur le fondement de l'article 595 du Code de procédure civile ».

³⁴⁴ V. COLSON Renaud, « Recours en révision », Répertoire de procédure civile, Dalloz, juin 2017 (mis à jour : avril 2023), n°73 et FUZIER-HERMAN Edouard (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 90

³⁴⁵ PLANIOL Marcel, Dalloz, 1905. 2. 309, commentaire d'un jugement du Tribunal de Rethel du 25 janvier 1905

³⁴⁶ JOUBERTEAU André, *Le faux serment en matière civile*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1941, p. 105

celle pénale, nous avons vu la carence de celle-ci pour l'efficacité du serment. Mais d'autres sanctions peuvent encourager l'homme qui hésite. Le droit doit-il les ignorer ou peut-il les admettre ?

Section 2 - L'ignorance des sanctions extrajuridiques

Le serment est - dans une conception moderne, celle d'un droit laïc - un acte objectivement civil, il est donc avant tout un acte juridique dont la violation entraîne des conséquences propres à cet ordre. Mais la nature du serment est plus complexe, puisque subjectivement chacun peut ajouter au caractère civil la considération d'autres ordres de valeurs dont les sanctions sont à craindre. Y recourir, c'est également stimuler « la conscience par une référence métajuridique³⁴⁷ ».

Ces références sont nombreuses : la religion avec la crainte d'une punition dans l'ordre du sacré pour celui qui, regardant au-dessus de lui, y voit le divin ; la dignité humaine pour celui qui, regardant au même endroit, n'y voit tel Kant que « le ciel étoilé au-dessus de nos têtes et la loi morale dans nos cœurs³⁴⁸ », parce que sa croyance est bornée par les limites de la simple raison ; la honte pour celui qui subordonne son être à son existence sociale, et qui attache un plus grand prix à l'honneur qu'à l'intérêt.

Le châtement surnaturel, la honte, l'opprobre sociale, toutes ces sanctions peuvent déterminer le jureur pour la vérité, mais encore faut-il les favoriser, les lui faire apparaître comme la suite nécessaire du mensonge projeté. Si le droit ne saurait en sanctionner la violation, il n'a pas à les ignorer, et peut mettre en place tout un appareil pour les faire mieux advenir. La possibilité semble difficile à envisager pour la sanction religieuse au regard du principe de laïcité, nous verrons cependant qu'il est possible de le faire sans le violer (I.) ; l'existence d'un rituel judiciaire efficace quant à lui ne soulève pas de controverse, il est pourtant largement ignoré (II.).

I. La possibilité de favoriser la sanction religieuse

M. le Professeur Beignier dans sa thèse est affirmatif : « le juriste doit être clair : le serment ne peut qu'être un acte laïque, présentement pour une raison juridiquement supérieure à tout autre : la laïcité de la République³⁴⁹ ». Il a évidemment raison et cette circonstance explique l'exigence

³⁴⁷ BEIGNIER Bernard, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 425

³⁴⁸ Cité dans BILLACOIS François, « Le corps jureur : pour une phénoménologie historique des gestes du serment », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 98

³⁴⁹ BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014 (Ouvrage issu d'une thèse soutenue en 1991), p. 506

minimale du droit positif relativement aux formes substantielles du serment, réduites à une simple affirmation solennelle, seule requise à titre de validité (A.). Néanmoins, ce même principe de laïcité ne paraît pas interdire une prestation du serment selon des formes religieuses accessoires aux formes civiles (B.).

A. La réduction à l'extrême des formes nécessaires à la validité de la prestation

Le silence des textes quant aux formes du serment a contraint la jurisprudence à les définir, dans un premier temps, en considération du caractère historiquement religieux du serment, elle exigea une prestation de serment conforme aux rites imposés par la religion du jureur, puis progressivement avec la sécularisation de la société puis de l'État, ces formes se réduisirent à la simple exigence d'une affirmation solennelle.

120. L'absence de formes légales. « C'est un paradoxe : le serment est un procédé empreint de la plus grande solennité et la loi ne prévoit pourtant aucune forme particulière pour son exécution³⁵⁰ ». Ce paradoxe est constaté par tous les auteurs ; il résulte en effet de la lecture des articles 317 à 322 du Code de procédure civile relatifs à la procédure du serment judiciaire, l'absence d'indications sur les formes substantielles à respecter, sinon qu'il est prêté par la partie en personne et à l'audience - sauf empêchement -, l'autre partie présente ou appelée, après lecture par le juge de la question et de l'indication par celui-ci des conséquences civiles et pénales de la prestation du serment.

Aucune mention n'est faite des formes auxquelles sont assujetties la question posée et la formule juratoire qui y répond, c'est pourtant là le serment même. Sans doute faut-il « supposer que, l'usage étant immémorial, le législateur a estimé que tout individu en connaissait les rites³⁵¹ ». Pourtant les usages changent avec les mœurs, il est donc nécessaire de clairement identifier les formes exigées pour valablement prêter serment.

121. L'exigence historique de formes religieuses. Longtemps nous pouvions lire dans les ouvrages juridiques, et même encore au XIX^e siècle, que « l'existence de la société ne pouvant se concevoir sans la croyance aux vérités fondamentales de l'ordre moral³⁵² », il était « bien entendu que toute personne est présumée croire en Dieu³⁵³ », de sorte que le rituel du serment judiciaire

³⁵⁰ GUÉVEL Didier, « Preuve par serment », *JurisClasseur Code civil*, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1, §15

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² BONNIER Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4^e éd., Paris : Plon, 1873, p. 527

³⁵³ *Ibid.*, p. 528

devait se conformer aux formes imposées par la religion du plaideur. Dieu se retrouvait dans la question, comme celle posée aux jurés d'Assises³⁵⁴ auxquels on demandait de jurer « devant Dieu et devant les hommes », exigence qui demeura d'ailleurs jusqu'en 1972³⁵⁵.

Jusqu'à une époque tardive, tout le tribunal se transportait à l'église pour la prestation du serment, avant qu'elle ne vint elle-même dans la salle d'audience par l'apposition d'un crucifix face aux plaideurs, lequel fut décroché des prétoires suite à une circulaire du 1^{er} avril 1904 prise par Ernest Vallé³⁵⁶. Petit bout de bois qui permit à Victor Hugo d'écrire qu'une fois la justice rendue contre un voleur de pain, envoyé au bain parce qu'il avait faim, le prétoire se vide « Et rien ne reste là qu'un Christ pensif et pâle, Levant les bras au ciel dans le fond de la salle³⁵⁷ ».

La formule juratoire - surtout dans les temps anciens - n'échappait pas non plus à l'emprise religieuse, et se composait de deux parties : l'invocation de la divinité d'une part et l'imprécation d'autre part. Autrement dit en appeler à la divinité comme garante de ma parole d'abord, et lui demander de me châtier en cas de parjure ensuite ; Pothier cite par exemple la formule : « Dieu me soit en aide (...) je veux que Dieu me punisse, si je manque à ma parole³⁵⁸ ». Cela permit à Levy-Bruhl³⁵⁹ de définir le serment comme une « auto-malédiction conditionnelle », puisque le serment prenait la forme « Si... Alors... ». Cependant « l'aspect imprécatoire du serment a toujours été assez faiblement exprimé dans le serment chrétien³⁶⁰ », c'est pourquoi il disparut formellement de la formule juratoire pour n'être plus qu'implicite.

122. La remise en cause des formes religieuses. Naturellement, avec l'affirmation de la liberté de conscience d'une part, c'est-à-dire la liberté de croire dans la religion de son choix, proclamée dès 1789 à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et reprise par la suite, même sous les régimes monarchiques³⁶¹ ; et avec l'affirmation plus tardive du principe de laïcité d'autre part, c'est-à-dire la séparation des Églises et de l'État réalisé par la célèbre Loi de 1905, la nécessité pour les parties de suivre les formes religieuses fut vivement critiquée.

³⁵⁴ Article 317 du Code d'instruction criminelle : « Vous jurez et promettez devant Dieu et devant les hommes d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N... [...] »

³⁵⁵ Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 « simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution.

³⁵⁶ LALOUETTE Jacqueline, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013, p. 54

³⁵⁷ HUGO Victor, *Les contemplations*, Livre III, II.

³⁵⁸ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011, p. 48

³⁵⁹ LEVY-BRUHL Henri, « Réflexion sur le serment », dans *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, LGDJ, 1959, p. 392

³⁶⁰ *Op. cit.*, BEIGNIER, p. 498

³⁶¹ Art. 5 des Chartes constitutionnelles de 1814 et 1830 : « Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection. »

La controverse se concentra à propos du serment prêté par les juifs³⁶². Au début du XIX^e siècle encore, nombreuses juridictions exigeaient d'eux qu'ils prêtent le serment *more judaïco*, c'est-à-dire selon des formes propres au rite juif³⁶³. L'idée est simple : « puisque le serment est un acte religieux, il doit être prêté d'après le mode de la religion de celui qui le prête ; autrement il ne serait plus un frein, et le but de la loi serait manqué³⁶⁴ ». De plus il ne s'agirait pas d'une violation de la liberté de conscience « puisqu'il s'agit de faire prêter le serment selon le rite de la religion à laquelle la personne appartient³⁶⁵ ».

123. L'impossibilité de contraindre une partie à jurer selon les formes de sa religion. Malgré ces arguments, la Cour de cassation dès un arrêt du 8 février 1810 affirma que le serment *more judaïco* était possible mais non obligatoire. Après une résistance des juridictions du fond, notamment celles alsaciennes et algériennes au regard des particularités locales, la juridiction suprême trancha définitivement la question avec l'arrêt Cerf rendu en 1846³⁶⁶. La Cour royale de Colmar exigea le serment *more judaïco*, car selon elle : un juif peut être citoyen français et jouir de tous les droits assurés par cette qualité « sans avoir pour cela le privilège de tromper ses concitoyens, comme on peut supposer que veut le faire celui qui, chargé de faire une affirmation, n'entend le faire que dans une forme que sa religion ne regarde pas comme obligatoire, et enlever ainsi à un acte important et solennel toute la force qui lui appartient, prétention manifestement contraire à la saine morale et que, dès lors, les magistrats ne sauraient admettre ».

La Cour de cassation répondit que « tous les Français sont égaux devant la loi et jouissent des mêmes droits, quelle que soit leur religion ; que la même présomption de bonne foi protège leurs actes », que si le « serment décisive (...) a un caractère essentiellement religieux, puisque celui qui le prête prend Dieu à témoin de la sincérité de son affirmation », cependant « la véritable garantie contre le parjure réside dans la conscience de l'homme et non dans des solennités accessoires qui n'ajoutent aucune force réelle à l'acte solennel du serment », en conséquence « le

³⁶² Pour une histoire complète et détaillée, lire le magnifique travail de **LALOUETTE Jacqueline**, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013, p. 48 et s. ; V. également **FUZIER-HERMAN Edouard** (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904, p. 93 et s. et *Op. cit.* **BEIGNIER**, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », p. 421 et s.

³⁶³ *Ibid.* **LALOUETTE** : « celui-ci n'avait d'ailleurs de judaïque ou d'hébraïque que le nom, car aucune des prescriptions imposées ne se trouvait dans la Bible, la Torah ou le Traité des serments des Maïmonides. » ; une description en est donnée par **BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques** dans *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire* : lues à l'Académie des sciences morales et politiques, le 14 juillet 1838, Paris : Langlois, Revue de législation et de jurisprudence, 1838, p. 11 : « La cérémonie se fit dans la synagogue (...). Les parties s'y présentèrent. Le créancier était costumé comme un juif doit l'être lorsqu'il fait sa prière, savoir : le front et le bras ceints d'une courroie, la tête couverte d'un voile, le corps revêtu du manteau légale. Le rabbin fit apporter avec pompe le Coscher-Sepher-Thora, ou livre de la loi, écrit sur un rouleau de parchemin, enveloppé de soie et ordonné de plaques d'argent, et le plaça sur une estrade. Il lut à deux reprises le verset : *Tu ne prendras pas le nom de Dieu en vain*, et expliqua au créancier le serment et les malédictions qu'encourent le parjure. Alors le créancier étendant la main droite sur le verset, prêta à haute voix, le serment en ces termes : *Adonai, créateur du ciel, de la terre et de toute choses, qui est aussi le mien et celui de tous les hommes présents ici, je t'invoque par ton nom sacré (...)* etc.

³⁶⁴ **DURANTON Alexandre**, *Cours de droit français suivant le Code civil*. t. 13, 4^e éd., Paris : G. Thorel : E. Guibert, 1844, p. 595

³⁶⁵ **MARCADÉ Victor-Napoléon**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889, p. 243

³⁶⁶ Cass. civ., 3 mars 1846 : DP 1846, I, p. 103 ; S. 1846, I, p. 193, concl. Langle

serment consiste uniquement dans les mots « je jure » qu'on est tenu de prononcer en levant la main ».

124. L'affirmation solennelle, seule exigence formelle. Il en résulte l'impossibilité de contraindre une partie à jurer selon les formes propres à sa religion : juridiquement cela se traduit pas des conditions de validité réduites au prononcé de la formule juratoire, c'est-à-dire généralement les mots « Je le jure ». Ce qui fait dire à un auteur que « L'exigence commune minimale est, de toute évidence, l'usage de l'expression *je le jure* (...) On peut même affirmer, sans trop de risques, que cet usage, devenu national, a pris rang de coutume. » dont le « respect est contrôlé par la Cour de cassation³⁶⁷ ».

À la vérité, l'usage de l'expression « Je le jure » n'est même pas requise à titre de validité de la prestation, une simple affirmation solennelle peut suffire, par exemple : « Je promets solennellement³⁶⁸ ». La Cour de cassation eut l'occasion de l'affirmer dans deux hypothèses : lorsque le plaideur considère comme contraire à sa foi de jurer, tels les quakers et les anabaptistes ; lorsque le plaideur est athée et refuse de prononcer cette expression, à son sens nécessairement empreinte de religiosité³⁶⁹. Ainsi, point de formule judiciaire sacramentelle exigée, il doit seulement ressortir des paroles l'engagement non équivoque de dire la vérité. Même, selon une expérience de pensée réalisée par M. le Professeur Croze³⁷⁰, nous pourrions imaginer dans le cas où un serment aurait été déféré à un muet qu'il le prêtasse par signes s'il connaît ce langage ou encore par écrit.

La réduction *a minima* des formes substantielles de la prestation du serment est-elle exclusive de toutes formes complémentaires religieuses ? Cela ne semble pas être le cas.

B. L'admission de formes complémentaires même religieuses

125. Admission prétorienne. La Cour de cassation n'a jamais interdit expressément le recours à des formes complémentaires. Dans l'arrêt Cerf de 1846 précité, elle autorise ainsi à recourir à des éléments rituels tirés de la religion juive, mais c'est à la condition d'obtenir l'accord de la partie appelée à jurer. Cette jurisprudence fut toujours maintenue³⁷¹, même si elle semble « d'une quasi-

³⁶⁷ *Op. cit.*, GUÉVEL, §15, l'auteur ajoute : « Cette coutume processuelle pourrait même être citée, en l'état actuel du droit, comme étant l'un des rares exemples de coutumes « impératives », insusceptible d'évoluer en fonction d'usages contraires. »

³⁶⁸ Ou encore, en Angleterre au XVIII^e siècle, les Quakers pouvaient jurer en disant : « je déclare et affirme sincèrement, solennellement et avec vérité », v. L'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, Exemplaire Mazarine, Vol. I, p. 161.

³⁶⁹ V. *op. cit.* LALLOUETTE, p. 47 et 51 et s.

³⁷⁰ CROZE Hervé, « Déferer le serment judiciaire à un muet », *Procédures* n° 11, Novembre 2018, repère 10

³⁷¹ V. les arrêts cités par *Op. cit.*, BEIGNIER Bernard, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », p. 422, note n°9, par ex. : Req. 4 mai 1936, S. 1936. 271. et D.H. 1936. 352.

inapplication pratique³⁷² » en raison de la sécularisation générale de la société française. Par exemple, il a été admis qu'un musulman pouvait prêter serment la main sur le Coran du moment qu'il le fait volontairement et qu'il l'a prêté dans la forme, dans le lieu et devant les magistrats que la loi détermine³⁷³.

La plupart des décisions en ce sens sont anciennes, mais la doctrine semble d'accord avec ce principe, M. le Professeur Guével peut ainsi écrire qu'il « paraît admis que le juge puisse accéder à la demande de la partie qui doit jurer tendant à ajouter un rituel complémentaire » si « la forme ajoutée ne fait que renforcer le serment et ne lui nuit point (il ne faudrait pas, par exemple, que la disposition de la main et des doigts symbolise une insulte, ruinant la valeur de l'engagement), il n'y a aucune raison de la refuser³⁷⁴ ».

126. Utilité. L'utilité est évidente, ces formes d'appoint permettent de renforcer la conviction en la sincérité de l'auteur du serment, « amené qu'il est, ainsi, à respecter les préceptes que sa religion ou ses convictions lui dictent³⁷⁵ ». Autrement dit, ces formes accessoires ne s'adressent pas au juge mais à l'autre partie et plus largement à la communauté à laquelle ils appartiennent, chacun des membres se disant « S'il a juré ainsi, il ne saurait avoir menti », et si tel est le cas, il s'exposera à la pire des sanctions : l'exclusion du groupe.

L'hypothèse vaut en conséquence lorsque toutes les parties partagent la même foi, ou appartiennent à des réseaux communs de solidarité. Circonstance de moins en moins rare dans une société apparemment marquée par le retour du religieux. C'est sans doute pourquoi Mme la Professeure Veyre rapporte que « Lors de [ses] échanges sur le forum de discussion Thémis, un collègue universitaire [lui] a indiqué que dans des pays plus religieux que la France, et dans lesquels le Code civil de 1804 était toujours utilisé, comme l'île Maurice ou le Maroc, le serment judiciaire est un mode de preuve plus utilisé qu'en France³⁷⁶ ». Des situations comme celle-ci devraient tendre à se multiplier, en raison d'un regain spirituel en France³⁷⁷.

³⁷² *Ibid.* p. 422

³⁷³ Cass., 15 février 1838, Delucca, cité dans *Op. cit.*, FUZIER-HERMAN, p. 95, lequel écrit : « on admet généralement que celui qui professe une religion d'après laquelle le serment est soumis à une forme particulière doit être admis à le prêter suivant cette forme lorsqu'il le demande. Ainsi la Cour suprême a décidé qu'une forme de serment autre que la forme ordinaire ne peut être autorisée par le juge que lorsque la partie qui doit le prêter ne professe pas la religion de la majorité des Français, et en fait elle-même la demande. »

³⁷⁴ *Op. cit.*, GUÉVEL, §17

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ VEYRE Liza, « Le serment judiciaire », dans *Le serment : perceptions juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 56

³⁷⁷ BEIGNIER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014 (Ouvrage issu d'une thèse soutenue en 1991), p. 513 : « la minorité désormais non négligeable de la population musulmane en France a-t-elle une incidence sur la pratique du serment ? »

127. Codification. L'exemple du Maroc précité est particulièrement intéressant, puisque l'article 88 du Code de procédure civile de ce pays dispose que : « Le tribunal peut toujours, avec l'accord des parties, ordonner que le serment sera prêté dans des conditions qui engagent les convictions religieuses de celui qui le prête. / Dans le cas d'un tel accord, il en est donné acte par le jugement (...) ». Ne faudrait-il pas ajouter une disposition similaire à notre code, afin de rappeler aux parties une telle possibilité, généralement ignorée par elle et même de leur conseil.

Ou plus largement encore la possibilité de prêter serment selon des formes religieuses ou non, tant qu'elles sont convenues entre les parties, afin qu'il y ait en quelque sorte « Accord sur le rite et accord par le rite », qui « sont les deux phases de régénération de la paix sociale³⁷⁸. ». Et même pourquoi pas imaginer un accord visant à jurer sur un texte de loi, comme la Coutume de Bordeaux au XIV^e siècle autorisait à jurer sur le livre même de la coutume. Même s' « il est vrai que ce serment n'est permis que pour des contrats d'une valeur ne dépassant pas quatre sous ! Pour des sommes plus importantes, on exige le recours aux reliques³⁷⁹ ».

S'il est possible d'admettre un accord entre les parties sur les formes du serment, constaté par le juge, il est nécessaire d'avoir des formes communes dans le cas où l'accord est impossible, ou lorsque la partie à laquelle le serment est déféré n'est pas superstitieuse. La jurisprudence peut décider de réduire à l'affirmation solennelle le rite du serment, il n'en demeure pas moins, comme l'affirme Antoine Garapon que « La nature du serment est (...) essentiellement rituelle. C'est un acte solennel. Il ne s'agit ni d'une forme superstitieuse ni d'un vestige folklorique, mais d'une authentique efficacité *sui generis* de la forme » de sorte que « le serment ne trouve tout son sens qu'à l'intérieur d'un rituel³⁸⁰ ». Pourquoi ? Parce que le serment d'adresse à ceux qui doutent, en effet : « Si on a affaire à un homme juste et loyal, point n'est besoin de lui déférer le serment pour qu'il dise la vérité : sa parole doit suffire. Si, au contraire, la personne dont on requiert l'affirmation est malhonnête et déloyal, elle ne reculera pas plus devant le parjure que devant le mensonge³⁸¹ », mais Bentham répond à cela en expliquant qu' « entre ces deux classes distinctes il y en a une troisième bien nombreuse, composée d'hommes légers, vacillant entre le bien et le mal, dont il faut réveiller

³⁷⁸ **JACOB Robert**, « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 251

³⁷⁹ Anecdote trouvée dans **BILLACOIS François**, « Le corps jureur : pour une phénoménologie historique des gestes du serment », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 100, citant lui-même J. POUMAREDE, *Le serment dans les coutumes méridionales (XII e- XVIe s.)*, communication au séminaire de R. VERDIER (15 décembre 1986).

³⁸⁰ **GARAPON Antoine**, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », Odile Jacob, 2001, p. 123

³⁸¹ **PERRET Georges**, *Le serment décisore*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p. 49

la conscience et la réflexion au moment d'un témoignage juridique³⁸² ». Il est donc nécessaire de penser le rituel judiciaire du serment.

II. La clarification du rituel judiciaire dans la procédure du serment

La nécessité d'un rituel judiciaire efficace est depuis longtemps admise, déjà dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert pouvons-nous lire que si dans un premier temps « la bonne-foi eut besoin pour se soutenir d'emprunter le secours des serments », dans un second temps « Il fallut que les serments à leur tour, pour se conserver dans quelque force, eussent recours à certaines cérémonies extérieures. Les hommes esclaves de leurs sens, voulurent qu'on les frappât par des images sensibles, & à la honte de leur raison : l'appareil fit souvent plus d'impression sur eux que le serment même³⁸³. ».

L'appareil dont il est question est pourtant largement ignoré - comme nous l'avons déjà vu - dans les textes relatifs au serment décisore. Le serment est lui-même un élément du rituel judiciaire, mais il a également besoin des secours du rituel pour son efficacité. Deux points nous semblent intéressants : la publicité de la prestation (A.) et la gestion du temps (B.).

A. La publicité de la prestation du serment

128. L'importance de la publicité. La publicité du serment est fondamentale, elle est la condition d'efficacité de toutes les sanctions non juridiques. Outre la sanction religieuse, sur laquelle nous ne reviendrons pas, elle favorise la sanction intime constituée par la honte, et la sanction collective constituée par l'opprobre sociale.

La honte est très sûrement l'un des plus sûrs moyens d'obtenir la vérité, et la sanction la plus précieuse, car elle ne suppose aucune intermédiation, comme le fait justement remarquer Bentham : « La honte est une peine immédiate, elle commence avec le délit », cependant elle suppose une certaine « sensibilité morale, un degré de probité » qui ne sont pas l'apanage de tous les hommes, c'est pourquoi toujours selon l'auteur « pour donner à ce mobile toute la force qu'il peut avoir, il faut la publicité³⁸⁴ ». Cela car la honte se construit toujours dans le rapport à l'autre. Avoir honte, c'est perdre son honneur, or « L'honneur ne dépend pas de sa propre conviction intérieure, mais du jugement de ses semblables ou, pour mieux dire, son honneur se reflète dans l'attitude que les autres

³⁸² BENTHAM Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, par. Dumont Étienne, t. 1, Paris : Bossange frères, 1823, p. 185-186

³⁸³ L'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, Exemplaire Mazarine, Vol. XV, p. 99 et s.

³⁸⁴ *Op. cit.*, BENTHAM, p. 135-136

adoptent envers lui. Si le miroir se trouble, l'homme en vient fatalement à douter de l'estime qu'il a pour lui-même³⁸⁵ ».

C'est pourquoi cette sanction intime est à la vérité le revers de la sanction collective, celle de « la réprobation sociale, plus forte parfois que la condamnation judiciaire, qui frappe les “anti-serments” que sont le parjure³⁸⁶ ». En ce sens, Robert Pageard rapporte que « dans les anciennes sociétés scandinaves, l'homme qui manquait à la foi jurée était (...) rejeté hors de l'espace humanisé et assimilé au loup traqué³⁸⁷ ». Le serment est en apparence un acte unilatéral : « il semble qu'il en soit ainsi : seul le jureur prend la parole. Pourtant ce n'est peut-être qu'une apparence³⁸⁸ ». Ce n'en est qu'une il est vrai, les anthropologues comme Alain Testart ont démontré qu'il est « toujours un acte social³⁸⁹ ».

129. Les acteurs du serment. « Le serment a toujours pour cadre un lieu public : on ne prête pas serment chez soi (...) La dimension sociale et collective [lui] est inhérente³⁹⁰ », c'est pourquoi de nombreux auteurs pensent comme Robert Jacob que le serment est « d'abord une scène. Il se donne à voir indépendamment de toute autre analyse, il devrait donc être pensé comme spectacle³⁹¹ » dans lequel « des acteurs jouent une action dramatique » selon François Billacois, qui identifie « Quatre personnages individuels ou collectifs : un officiant, un public, un destinataire, et un jureur³⁹² ». Il en résulte de multiples dimensions de la publicité, la présence d'un public évidemment, mais aussi celle de celui qui jure et de ceux auxquels ces paroles sont adressées : le juge mais surtout celui qui a déféré le serment.

130. La publicité résultant des textes. À la vérité, toutes ces dimensions ne sont pas oubliées par la procédure légale du serment, c'est même le seul point réellement abordé. L'article 321 du Code de procédure civile dispose que « Le serment est fait par la partie (...) à l'audience. », ce n'est que

³⁸⁵ *Op. cit.* BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, p. 23, reprenant lui-même des réflexions de Jean de VRIES *L'univers mental des germains*, Paris, 1984, p. 107.

³⁸⁶ GAUDEMET Jean, « Ouverture », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. XIV

³⁸⁷ PAGEARD Robert, « Les sanctions du serment du mythique au logique. Du social à l'intime », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 38

³⁸⁸ LEVY-BRUHL Henri, « Réflexion sur le serment », dans *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, LGDJ, 1959, p. 386

³⁸⁹ TESTART Alain, « Le lien et le liant (les fondements symboliques du serment) », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 245

³⁹⁰ BOUDON Julien, « Ouverture », dans *Le serment : perceptions juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 9

³⁹¹ JACOB Robert, « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 242

³⁹² BILLACOIS François, « Rituels du serment : des personnages en quête d'une « voix off » », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, respectivement p. 23 et 25

par exception, en cas d'empêchement légitime qu'il peut être prêté chez la partie, par exemple en cas de maladie grave. *A priori*, puisque « par nature le serment est un acte public » : il devrait « être prêté à une audience publique, même si les débats doivent ensuite avoir lieu à huis-clos³⁹³ » ou en chambre du conseil, cela afin de ne pas exclure le public, acteur essentiel de la prestation du serment.

Ce même article *in fine* précise que « Dans tous les cas, le serment est fait en présence de l'autre partie ou celle-ci appelée » ; c'est toucher cette fois au destinataire, acteur lui aussi essentiel « parce qu'on présume que la présence de la partie qui défère le serment donnera à l'autre moins d'assurance pour commettre un parjure³⁹⁴ ».

Il est également prévu que le serment « est fait par la partie en personne », cette exigence semble évidente puisque « Le serment est un procédé éminemment personnel, qui fait appel aux ressorts les plus intimes de l'individu. Il serait anormal qu'il puisse être effectué par procuration³⁹⁵ ».

131. Les améliorations possibles. Les textes ne sont toutefois pas pleinement satisfaisants. Nous pouvons ainsi nous demander si l'exigence d'un serment prêté en personne est épuisée par la présence physique du jureur, ne doit-il pas également, pour être pleinement présent, être reconnaissable ? Nous visons ici la question controversée du serment prêté par une personne dont le visage est totalement ou partiellement masqué, généralement par un voile à connotation religieuse. La question se pose régulièrement devant les juridictions répressives s'agissant du serment des jurés, eu égard à l'article 304 du Code de procédure pénale qui exige d'eux qu'ils soient debout et découverts. Cette question est généralement abordée sous le prisme de la laïcité, cela nous semble incorrect puisque l'exigence de neutralité s'impose en principe aux seuls agents publics et non aux justiciables. Nous y voyons plutôt une question de publicité : le serment est-il véritablement public lorsque le visage même du jureur est inaccessible aux regards ? Mathilde Philip-Gay³⁹⁶ rapporte que dans un dossier, une femme est désignée comme jurée et lors de la prestation le président lui demande d'ôter son voile, ce qu'elle refuse. Considérée comme empêchée, elle est sanctionnée par une amende, alors même qu'elle n'est en principe encourue que par les seules personnes défaillantes sans motif. Il serait salutaire - afin de ne pas laisser au juge la responsabilité

³⁹³ *Op. cit.*, BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, p. 502

³⁹⁴ *Op. cit.* CHAINAIS, *Précis Dalloz*, p. 601

³⁹⁵ *Op. cit.*, GUÉVEL, §23

³⁹⁶ PHILIP-GAY Mathilde (dir.), « La laïcité dans la justice », 2019, 250

d'interdire à une partie de jurer le visage dissimulé - d'introduire dans le Code une disposition le lui interdisant.

Également, eu égard à l'importance d'un large public, ne faudrait-il pas des dispositions de nature à assurer la plus grande publicité possible à la prestation du serment. Par exemple en prévoyant une formation plus solennelle que celle saisie du litige : trois magistrats au moins, revêtus de leur robe rouge destinées en principe aux seules audiences solennelles. Circonstances toutes propres à frapper l'esprit du plaideur incertain. Ou encore, avec l'avènement possible des audiences filmées, la diffusion en direct de la prestation et la conservation des films par les parties, notamment par celle qui a déféré le serment, afin de graver pour toujours la honte du parjure éventuel.

Un autre point dans la procédure civile du serment demande à être éclairci, celui de l'organisation du temps entre la délation et la prestation du serment.

B. La nécessité d'un délai entre la délation et la prestation du serment

132. L'incertitude des textes. Les textes ne sont pas très clairs quant à la nécessité de laisser un délai s'écouler entre la délation du serment et la prestation de celui-ci par l'adversaire. Il semblerait que « le serment déféré peut être immédiatement accepté et prêté, sans qu'il s'élève aucune difficulté. L'intervention du juge n'est alors nécessaire que pour donner acte du serment³⁹⁷ ». Ainsi, en procédure orale, une partie devrait pouvoir déférer le serment et l'adversaire immédiatement le prêter.

Cependant, l'article 319 alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que « Le jugement qui ordonne le serment fixe les jours, heure et lieu où celui-ci sera reçu (...) » et l'alinéa 3 que « Dans tous les cas, le jugement est notifié à la partie à laquelle le serment est déféré (...). », duquel il peut résulter une obligation de reporter la prestation à une audience ultérieure ; mais pour un auteur cette hypothèse vise la seule situation dans laquelle la délation du serment est contestée par l'adversaire³⁹⁸, puisque c'est dans cette unique hypothèse que le juge tranche une contestation et rend en conséquence un jugement. La distinction entre « donner acte du serment » s'il n'y a pas contestation et jugement avant dire droit si tel est le cas nous semble infondée, le juge doit en toute hypothèse rendre une décision pour déclarer la délation admissible ou non, et par conséquent rendre un jugement. Il convient de prendre position eu égard à l'incertitude des textes.

³⁹⁷ **BONNIER Édouard**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4e éd., Paris : Plon, 1873, p. 525 ; dans le même sens, **PERRET Georges**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901, p.103 : « « la loi n'exige, en effet, aucun délai entre la délation et la prestation du serment. »

³⁹⁸ *Ibid.* : « Si, au contraire, le droit de déférer le serment est contesté au demandeur, il faut que le tribunal prononce par une décision interlocutoire sur l'admissibilité de ce mode de preuve. C'est en vue de cette hypothèse (...) [qu'il est dit] qu'un jugement ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu.

133. La nécessité d'un délai pour éviter le parjure par précipitation. Des auteurs anciens ont montré l'intérêt de laisser s'écouler un certain temps entre la délation du serment et sa prestation. En substance, ils affirment que « la précipitation peut amener une partie à faire un parjure, non pas seulement à cause de son intérêt au procès, mais à cause de la honte qu'elle éprouverait à reconnaître publiquement et immédiatement qu'elle a menti³⁹⁹ ».

Ils s'appuient sur une certaine loi de procédure de Genève qui imposait deux audiences : une première lors de laquelle le président, en audience publique, expose nettement le fait sur lequel porte le serment, et les peines décernées au parjure ; une seconde lors de laquelle a lieu la prestation du serment proprement dit. Système mis en place - selon l'exposé des motifs de la loi - car il semblerait que « La précipitation de la fausse honte ont causé plus de parjures que l'intérêt même⁴⁰⁰ ». En effet, en remettant l'audience de la prestation à une date postérieure on permet à l'adversaire de refuser le serment par abstention, ainsi selon Bentham : « C'est un délai, mais un délai bien favorable à la réflexion et bien calculé sur le coeur humain. On ne met point l'homme dans le cas de se dédire immédiatement en présence du public, on lui ménage la ressource de se désister doucement et sans bruit, simplement en s'abstenant de venir à l'audience⁴⁰¹ ». Il y a donc tout lieu de penser, au regard des avantages attendus d'un tel découpage temporel, et malgré l'inconvénient de retarder encore l'issue du procès, que les textes devraient s'interpréter ainsi.

³⁹⁹ *Op. cit.*, **PERRET**

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, **BONNIER**

⁴⁰¹ **BENTHAM Jeremy**, *Traité des preuves judiciaires*, par. Dumont Étienne, t. 1, Paris : Bossange frères, 1823, p. 180

Conclusion

« Décidément, ce serment décisoire nous aura laissés indéfiniment indécis⁴⁰² ». conclut Jean Carbonnier au terme de l'article qui nous permet d'introduire ce travail. Son sentiment n'est pas isolé, il est celui de tous ceux qui ont à l'étudier, mais surtout celui de ceux qui y recourent, puisque « celui qui défère le serment fait un pari sur son adversaire (...) il parie (...) - en toute connaissance de cause - sur un être humain, ondoyant, atermoyant, insaisissable⁴⁰³ ». Sans doute et par extension est-ce aussi un pari pour le législateur en 2016 de l'avoir conservé : un pari possible - puisqu'il s'agit d'une institution qui n'entre aucunement en contradiction avec notre ordre juridique comme nous l'avons vu -, mais un pari perdant à l'heure actuelle considérant sa quasi-disparition en pratique. Pour que le pari ait quelque chance d'être gagnant, il faudrait un concours de circonstances qui pour une large partie ne dépend pas de la législation mais des moeurs : quelles seront-elles à l'avenir ? Nous ne saurions le dire tant la mécanique des sociétés est complexe. Seule certitude, si le serment décisoire demeure comme il est, avec ce régime qui lui est si défavorable, inéluctable est sa disparition.

⁴⁰² ⁴⁰² CARBONNIER Jean, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., Le Serment. 2. Théories et devenir. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 398

⁴⁰³ *Ibid.*

Bibliographie

I. Dictionnaires

- Dictionnaire en ligne du centre national de ressources textuelles et lexicales - CNRTL (consultable ici : <https://www.cnrtl.fr/>)
- Dictionnaire en ligne Larousse (consultable ici : <https://www.larousse.fr/>)
- *L'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, Exemple Mazarine, Vol. XV, p. 99 et s. (consultable ici : <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v15-191-0/>)
- **CADIET Loïc** (Dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004
- **CORNU Gérard** (Dir.), Vocabulaire juridique, 14^{ème} édition, 2023 : PUF, collection Quadrige
- **GUINCHARD serge** et **DEBARD Thierry**, Lexique des termes juridiques 2022-2023, Dalloz

II. Ouvrages généraux

- **AUBRY Charles** et **RAU Charles-Frédéric**, *Cours de droit civil français*, t. 8, 3^è éd., LGDJ, 1858 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5846820d/f352.vertical.r=serment#>)
- **AUBRY Charles** et **RAU Charles-Frédéric**, *Cours de droit civil français*, t. 8, LGDJ, 1878
- **AYNÈS Augustin** et **VUITTON Xavier**, *Droit de la preuve, principe et mise en oeuvre processuelle*, 2^è éd., LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2017
- **BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel**, *Précis de droit civil*, t. 2, Sirey, 1913 (Consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6517217t/f423.item.r=decisoire>)
- **BOITARD Edouard**, *Leçons sur le Code de procédure civile*, t. 1, 4^è éd., 1847 (Consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k206703b/f309.item#>)
- **BENTHAM Jeremy**, *Traité des preuves judiciaires*, par. Dumont Étienne, t. 1, Paris : Bossange frères, 1823 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55989913/f193.image.r=serment#>)
- **BONNIER Édouard**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, 4^e éd., Paris : Plon, 1873 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5786995b/f513.double.r=serment#>)
- **CAPITANT Henry** et **COLIN Ambroise**, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 1915 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k143614p/f1.vertical>)
- **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : introduction*, 27^è éd. PUF, 2002
- **CHAINAIS Cécile**, **FERRAND Frédérique**, **GUINCHARD Serge** et **MAYER Lucie**, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^è éd., Précis Dalloz, 2022
- **CHANTEPIE Gaël** et **LATINA Mathias**, *Le nouveau droit des obligation*, Dalloz, 2018
- **CHOLET Didier**, « serment judiciaire », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : Droit interne et européen*, 11^e éd., 2024-2025
- **CORNY Gérard** et **FOYER Jean**, *Procédure civile*, 3^è éd., Presses universitaires de France, 1996
- **DEMOGUE René**, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65173531/f17.item.r=serment>)

- **DEMOLOMBE Charles**, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 6, Imprimerie générale Paris, 1876
- **DOMAT Jean**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, éd. de 1777 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9771887f/f19.double>)
- **DURANTON Alexandre**, *Cours de droit français suivant le Code civil*. t. 13, 4^e éd., Paris : G. Thorel : E. Guibert, 1844 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k28058m/f4.item.r=serment>)
- **FENET Pierre-Antoine**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1 et 13, Videcoq, 1827, éd. de 1836 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1134629?rk=21459;2>)
- **FUZIER-HERMAN Edouard (dir.)**, *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 34, Sirey, 1904 (constable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57586634/f82.double#>)
- **GHESTIN Jacques et GOUBEAUX Gilles**, *Droit civil, introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990
- **MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick**, *Introduction au droit*, 7^e éd., LGDJ, 2018
- **MALINVAUD Philippe et BALAT Nicolas**, *Introduction à l'étude du droit*, 21^e éd., LexisNexis, 2021
- **MARCADÉ Victor-Napoléon**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 5, 8^e éd., Delamotte fils (Paris), 1889 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5698385j/f6.item.r=serment>)
- **PLANIOL Marcel**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 11^e éd., LGDJ, 1931
- **POTHIER Robert-Joseph**, *Traité des obligations*, 1764, Dalloz, 2011
- **SOLUS Henry et PERROT Roger**, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991
- **TERRÉ Francois**, *Droit civil : Introduction générale au droit*, Dalloz, 2015
- **TERRÉ Francois et MOLFESSIS Nicolas**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2023
- **VERGÈS Étienne, VIAL Géraldine et LECLERC Olivier**, *Droit de la preuve*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2022
- **VUITTON Xavier et VUITTON Jacques**, *Les référés*, 4^e éd., LexisNexis, 2018

III. Ouvrages spéciaux

A. Thèses et mémoires

- **BURKLY Charles**, *Étude sur le serment judiciaire et extra-judiciaire*, Faculté de droit de Genève, 1882
- **CAVEROC Marcel**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1910
- **JOUBERTEAU André**, *Le faux serment en matière civile*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1941
- **MULLER Yvonne**, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995
- **PERRET Georges**, *Le serment décisoire*, thèse de doctorat : sciences juridiques, Faculté de droit de bordeaux, 1901

B. Monographies

- **BEIGNIER Bernard**, *L'honneur et le droit*, LGDJ, Anthologie du droit, 2014 (Ouvrage issu d'une thèse soutenu en 1991)
- **BERRIAT-SAINT-PRIX Jacques** *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire* : lues à l'Académie des sciences morales et politiques, le 14 juillet 1838, Paris : Langlois, Revue de législation et de jurisprudence, 1838 (consultable ici : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6566503w/fl.item#>)
- **GARAPON Antoine**, « Bien juger, essai sur le rituel judiciaire », Odile Jacob, 2001 (ouvrage en partie tiré de la thèse du même auteur : « L'Âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire » publiée au Centurion en 1985)
- **JEANVROT Victor**, *La question du serment*, 1882 (Disponible ici : https://www.google.fr/books/edition/La_question_du_serment/iGkqAAAAYAAJ?hl=fr&gbpv=1&dq=Jeanvrot+serment&printsec=frontcover)
- **PHILIP-GAY Mathilde** (dir.), « La laïcité dans la justice », 2019 (Rapport de recherche de la Mission de recherche Droit et Justice, Université Jean Moulin Lyon 3, consultable en ligne)

C. Encyclopédie et répertoires

- **CHOLET Didier**, « Serment judiciaire », Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2021-2022, Chapitre 454
- **COLSON Renaud**, « Recours en révision », Répertoire de procédure civile, Dalloz, juin 2017 (mis à jour : avril 2023), n°73-74
- **DEHARO Gaëlle**, « Serment judiciaire », JurisClasseur Procédure civile, 1er mai 2023, Fasc. 700-45
- **DETRAZ Stéphane**, « Faux serment en matière civile », JurisClasseur Pénal, mars 2017, Art. 434-17 - Fasc. 20
- **FERRAND Frédérique**, « Le juge et le serment », Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (mis à jour : septembre 2023), Preuves, n° 791-859
- **GUÉVEL Didier**, « Preuve par serment », JurisClasseur Code civil, juin 2023, Fasc. unique, art. 1384 à 1386-1
- **LARDEUX Gwendoline**, « Preuve : modes de preuve », Répertoire de droit civil, Dalloz, octobre 2019 (mis à jour : février 2023), n° 236 à 241 et 383 à 289
- **SIGUOIRT Laurent**, « Autres modes de preuve que l'écrit », JurisClasseur, mai 2023, Code civil, synthèse
- **SIGUOIRT Laurent**, « Preuve des obligations. - Administration de la preuve », JurisClasseur, septembre 2022, Code civil, fasc. unique

D. Actes de colloques et ouvrages collectifs

- **BEIGNIER Bernard**, « De l'évolution du serment probatoire en droit civil français », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 419-427
- **BILLACOIS François**, « Rituels du serment : des personnages en quête d'une « voix off » », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 23-33

- **BILLACOIS François**, « Le corps jureur : pour une phénoménologie historique des gestes du serment », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 93-101
- **BOUDON Julien**, « Ouverture », dans *Le serment : perceptives juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 7-13
- **CARBONNIER Jean**, « Le serment chez les civilistes », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 397-399
- **CARRIN-BOUEZ Marine**, « Puissances occultes, divinations et justice chez les Santal », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 67-80
- **CHELHOD Joseph**, « La foi jurée et l'environnement désertique », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 81-91
- **FAUCHÈRE Jacqueline**, « Le contrat et l'engagement sur l'honneur en droit contemporain », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 409-418
- **GAUDEMET Jean**, « Ouverture », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. XIII-XIV
- **JACOB Robert**, « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 237 à 263
- **LECOINTRE Simone**, « « Ma langue prêta serment... » », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 5-22.
- **PAGEARD Robert**, « Les sanctions du serment du mytique au logique. Du social à l'intime », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 35-41
- **SCUBLA Lucien**, « Le serment dans les écrits politiques de Jean-Jacques Rousseau », dans *Le Serment. 2. Théories et devenir*, Edité par VERDIER Raymond. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 105-121
- **TESTART Alain**, « Le lien et le liant (les fondements symboliques du serment) », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 245-255
- **VERDIER Raymond**, « Présentation. *Sacramentum ... Juramentum*. Serment ... Jurement », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 1. Signes et Fonctions*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. XV-XIX
- **VERDIER Raymond**, « Postface. Les métamorphoses du serment », dans : Raymond Verdier éd., *Le Serment. 2. Théories et devenir*. Paris, CNRS Éditions, « Hors collection », 1992, p. 429-436
- **VEYRE Liza**, « Le serment judiciaire », dans *Le serment : perceptives juridiques contemporaines* (dir. J. Boudon), Société de législation comparée, Collection colloque, 2023, p. 49-58

IV. Articles

A. Articles de mélanges

- **GODÉ Pierre**, « Le mensonge dans le procès civil », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 259
- **JULIEN Pierre**, « Un chrétien peut-il jurer », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mél. en l'honneur de S. Guinchard* : Dalloz, 2010, p. 281

B. Articles de revues

- **CROZE Hervé**, « Déferer le serment judiciaire à un muet », *Procédures* n° 11, Novembre 2018, repère 10
- **LALOUETTE Jacqueline**, « La difficile laïcisation du serment judiciaire », *Romantisme*, n° 162, 2013, p. 45 à 57
- **MALLET-BRICOUT Blandine**, « Le serment décisoire écarté : vers un remodelage de la hiérarchie des modes de preuve ? », *Recueil Dalloz*, 2001, p.817
- **MOURRE Alexis**, « Réflexions sur le serment décisoire », *Gaz. Pal.* 12 juin 1994, p. 798
- **PROTAT Diane**, « Les aspects laïques dans les procédures civiles et pénales », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 737-743
- **TISSIER Albert**, « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 105

C. Études

- **BATIFFOL Henri**, « Observation sur la preuve des faits », *in* La preuve en droit, Etudes publiées par C. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1981, p. 303
- **LEVY-BRUHL Henri**, « Réflexion sur le serment », *in* Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, LGDJ, 1959, p. 385

SOMMAIRE	1
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : Ontologie du serment décisore, ou la levée des causes de la défiance.....	14
Chapitre 1 - L’opportunité du serment décisore pour l’ordre juridique français.....	14
Section 1 - La possibilité du serment dans un ordre juridique laïc.....	14
I. La conception classique : un acte strictement religieux	14
A. L’exclusivité du fondement religieux.....	14
B. La suppression du serment comme conséquence d’un droit laïcisé.....	16
II. La transformation moderne : un acte principalement civil	18
A. La définition objective : l’affirmation solennelle de la vérité sous peine de sanctions pénales	19
B. La possibilité accessoire de stimuler la conscience par une référence métajuridique	21
Section 2 - L’utilité du serment décisore pour le procès civil.....	23
I. L’ultime recours pour établir la vérité	23
A. L’efficacité limitée du serment pour accoucher de la vérité	23
B. La vraie mesure de l’efficacité : un mécanisme subsidiaire irremplaçable	25
II. La résolution radicale du conflit.....	26
A. Le hasard et la violence, ou l’anéantissement du conflit par le serment.....	26
B. La rationalité de la forme	27
Chapitre 2 - L’identification de la nature juridique du serment décisore.....	29
Section 1 - L’approche classique : une convention.....	29
I. La transaction, une qualification par défaut	29
A. L’originalité du serment décisore au défi de sa qualification	29
B. L’assimilation à la transaction au regard de ses effets	31
II. La distinction entre la délation et le résultat de la prestation	33
A. La délation analysée comme une convention sui generis sur la preuve.....	33
B. La difficulté à qualifier de preuve le résultat de la prestation.....	35
Section 2 - L’approche renouvelée : une mesure d’instruction.....	37
I. La réfutation de la qualification conventionnelle.....	38
A. L’absence de libre rencontre des volontés.....	38
B. La confirmation par la jurisprudence	39
II. Le serment décisore comme simple mesure d’instruction	41
A. La mesure d’instruction, qualification rejetée ou ignorée.....	41
B. Les arguments au soutien de l’affirmation.....	42
SECONDE PARTIE - Régime du serment décisore, lieu d’expression de la défiance .	46
Chapitre 1 - Les strictes conditions d’admission	46
Section 1 - L’interprétation restrictive des conditions textuelles.....	46

I.	La définition incertaine du fait personnel	47
A.	La conception classique : un fait accompli ou constaté personnellement.....	47
B.	L'admission du serment de crédulité, ou la possibilité de jurer sur la connaissance du fait d'un autre	49
II.	L'exigence d'un fait concluant pour la solution du litige	54
A.	Le large domaine du serment décisoire malgré l'exigence d'un fait concluant.....	54
B.	L'office renouvelé du juge au soutien d'une plus large admission	56
	Section 2 - La condition prétorienne de « nécessité », ou l'immixtion du juge	60
I.	La nécessité stricto sensu, ou l'utilité de la délation.....	61
A.	Le contenu et les conséquences de la condition de nécessité	61
B.	Le régime des mesures d'instruction : fondement de la condition de nécessité et justifications pour y déroger	65
II.	La pertinence de la délation, ou les risques nés d'une bonne intention	70
A.	Le rejet de la délation constitutive d'une manoeuvre dilatoire, ou l'exigence indirecte d'un commencement de preuve.....	70
B.	Le rejet de la délation faite dans une intention vexatoire.....	73
	Chapitre 2 - L'inefficacité des sanctions, pourtant nécessaires à la sincérité du serment	75
	Section 1 - La discordance entre les effets théoriques de la sanction pénale et leur réalité	75
I.	Les conséquences théoriques de la reconnaissance du parjure au pénal et au civil	76
A.	Les lourdes peines pénales.....	76
B.	Les conséquences civiles théoriques : dommages-intérêt et recours en révision.....	78
II.	L'improbable sanction pénale	79
A.	La difficile caractérisation de l'infraction.....	79
B.	L'impossible accès au juge pénal par la partie perdante au civil	82
	Section 2 - L'ignorance des sanctions extrajuridiques.....	85
I.	La possibilité de favoriser la sanction religieuse	85
A.	La réduction à l'extrême des formes nécessaires à la validité de la prestation.....	86
B.	L'admission de formes complémentaires même religieuses	89
II.	La clarification du rituel judiciaire dans la procédure du serment.....	92
A.	La publicité de la prestation du serment	92
B.	La nécessité d'un délai entre la délation et la prestation du serment	95
	Conclusion.....	97