

Ce serment peut être déféré avant comme depuis la contestation en cause, en cause d'appel comme en première instance.

C'est une question qui a été controversée entre les docteurs, de savoir s'il faut quelque commencement de preuve pour que le demandeur soit reçu à déférer le serment; ou s'il doit y être reçu, quoiqu'il n'ait pas le moindre commencement de preuve de sa demande? La Glose, *ad l. 3, Cod. de R. cred.*, Barthole, Balde, et plusieurs autres docteurs cités par Mascardus, *de probat. concl.* 957, exigent quelque commencement de preuve. Les raisons qu'ils allèguent pour cette opinion, sont 1<sup>o</sup> que c'est un principe général de droit, que le défendeur doit avoir congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans être tenu à rien pour obtenir ce congé : *Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse præstet, obtinebit, l. 4, Cod. de edend.* Donc, dit-on, le défendeur ne doit pas être tenu, pour obtenir le congé d'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, de rendre son serment; et le demandeur ne doit pas être reçu à le lui déférer, puisque la loi dit qu'il n'est tenu à rien, *et si nihil ipse præstet.* 2<sup>o</sup> 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 : *Intelligitis quod intentionis vestræ proprias adferre debetis probationes, non adversus se ab adversariis adduci; l. 7, Cod. de test.*

Donc, dit-on, le demandeur qui n'a apporté aucune preuve de sa demande, ne doit pas être admis à se la procurer, en déférant le serment au défendeur. 3<sup>o</sup> 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 : on prétend tirer aussi quelque argument de la loi 31, ff. de jurej. des lois 11 et 12, Cod. de reb. cred. L'opinion contraire, qu'un demandeur n'a pas besoin d'aucun commencement de preuve pour être reçu à déférer le serment au défendeur, est plus véritable, et elle a été embrassée par Cujas, *obs.* xxii, 28, Duaren, Doneau, Fachinée, et par plusieurs autres; c'est aussi celle de Vinnius, qui a parfaitement traité la question, *select. quæst.* 1, 42, et que nous ne faisons que copier ici. Les raisons sur lesquelles elle est établie, sont 1<sup>o</sup> qu'on ne doit point exiger du demandeur ce que la loi qui a établi l'usage du serment décisore n'a pas exigé de lui : or l'édit du préteur qui a établi ce droit, n'exige point du tout que le demandeur ait quelque commencement de preuve de sa demande; il dit indistinctement : *Eum à quo jusjurandum petitur, jurare aut solvere cogam*; l. 34, §. 6, ff. de jurejur. 2<sup>o</sup> 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. Par exemple, j'ai prêté à un ami une somme d'argent sans en retirer aucun billet. La demande que je lui fais pour la restitution de cette somme ne laisse pas d'être juste en elle-même, quoique je n'aie aucun commencement de preuve du prêt qui en est le fondement. Le juge ne doit négliger aucuns des moyens qui se présentent pour découvrir la vérité, et pour

parvenir à rendre la justice à qui elle appartient. Je lui en présente un, en déférant le serment au défendeur; car s'il refuse d'affirmer que je ne lui ai fait aucun prêt, ou qu'il me l'a rendu, son refus qu'il fera de rendre son affirmation sera un aveu tacite de la dette. Le juge doit donc saisir ce moyen de découvrir la vérité, et m'admettre à déférer le serment au défendeur, quoique je n'aie aucun commencement de preuve de ma demande; le refus que j'espère que le défendeur fera de son affirmation, pouvant faire par lui-même une preuve complète de la dette, et du tort qu'il a eu d'en refuser le paiement: *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle jurare*; l. 38, ff. de jurej.; 3<sup>o</sup> Cette opinion s'établit encore par des textes formels du droit: il est dit en la loi 12, *Cod. de reb. cr.* que ce serment peut être déféré, même dès le commencement de la cause *in principio litis*, et par conséquent avant même que le demandeur ait fourni aucune preuve. La loi 35, ff. de jurej., s'exprime encore en termes plus formels; elle dit qu'on peut déférer le serment, *omnibus aliis probationibus deficientibus*.

A l'égard des raisons ci-dessus rapportées pour la première opinion, elles sont des plus frivoles, et il est facile d'y répondre. Lorsqu'il est dit que le défendeur doit obtenir le congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans qu'il soit tenu à rien pour obtenir ce congé, *etiamsi nihil ipse præstet*; cela ne signifie autre chose, sinon qu'il n'a pas besoin, pour obtenir ce congé, de produire de sa part aucun titre ni aucun témoin; mais cela ne signifie point du tout qu'il ne soit point tenu de rendre son serment lorsqu'il lui est

déféré. Quant à ce qui est dit dans la loi 7, *Cod. de test.*, que le défendeur ne doit pas être obligé à fournir des preuves contre lui-même, cela ne s'applique qu'à ce qui est dit au commencement de cette loi, que le défendeur ne doit pas être obligé à produire des témoins ou des titres contre lui-même : *Nimis grave est quòd petitis, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum per quos sibi negotium fiat*; mais cela n'a aucune application à la délation du serment; 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 jugé de sa propre cause. A 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 répons 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 rendre une affirmation, puisqu'on peut mettre une fin prompte à celui-ci, en rendant l'affirmation demandée. Néanmoins une personne peut, sans aucun sujet, en formant contre moi une demande entièrement dénuée de preuves, me causer l'embarras d'entrer en procès : pourquoi ne pourra-t-on pas également me causer l'embarras de rendre mon serment en me le déférant? Les Romains avoient établi une espèce de remède à ces inconvénients, par le serment que les parties étoient obligées de rendre avant la plaidoirie de la cause que c'étoit de bonne foi qu'elles soutenoient le procès; et par celui que la partie qui déféroit le serment, étoit pareillement obligée de rendre qu'elle le déféroit de

bonne foi, dans la seule vue de faire connoître la vérité, et sans aucune vue de vexer la partie à qui elle le déféroit : c'est ce qu'on appelloit *juramentum de calumniâ*. Ces serments ne sont pas d'usage parmi nous. A l'égard des lois alléguées pour la première opinion, il n'en résulte rien : il n'est question dans la loi 31 que du serment supplétoire qui se défère par le juge, et nullement du serment décisoire. Il résulte bien de la loi 12, qu'il peut être question entre les parties si le serment a été bien ou mal déféré; mais cette question concerne ou la nature du fait sur lequel il a été déféré, ou la qualité de la partie qui le défère, ou de celle à qui il est déféré; et il ne concerne nullement le point de savoir si le demandeur a un commencement de preuve, cela étant indifférent.

§. III. Des personnes qui peuvent, et à qui l'on peut déférer le serment.

915. Comme on fait dépendre de ce serment la décision de la contestation, et du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment, et auxquels il puisse être déféré.

C'est pourquoi un mineur ne peut pas, sans l'autorité de son tuteur, déférer ce serment; *l. 17, §. 1, ff. de jurej.*, et on ne peut pas le lui déférer; *l. 34, §. 2, ff. d. tit.*

Suivant ce principe, un homme insolvable ne peut pas, en fraude de ses créanciers, déférer le serment à son débiteur, sur ce qui lui est dû; car il ne peut pas disposer de ses droits en fraude de ses créanciers. C'est

pourquoi ses créanciers, sans avoir égard au serment rendu par ce débiteur de leur débiteur, peuvent saisir et arrêter ce qu'il doit; et en justifiant la dette, faire condamner au paiement ce débiteur de leur débiteur.

Quelques docteurs ont soutenu que celui à qui le serment ne pouvoit pas être référé, parceque le fait est un fait qui n'est pas son propre fait, et dont il n'a pas connoissance, n'est pas recevable à déférer le serment à sa partie adverse, quoique ce soit le propre fait de cette partie. C'est l'avis de Natta, *cons.* 35. Il se fonde sur la loi 34, *ff. de jurejur.*, où il est dit que celui à qui le serment est déféré, ne peut pas se plaindre qu'on lui fasse tort en cela, puisqu'il peut le référer: *De injuriâ queri non potest, cum possit jusjurandum referre.* Donc, dit-il, par argument à *contrario*, celui à qui le serment est déféré n'est pas obligé d'accepter la condition, dans le cas auquel il ne peut pas le référer. Cette conséquence ne vaut rien; car cette raison rapportée en la loi 34, *quum possit jusjurandum referre*, n'est qu'une raison de plus pour laquelle celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre; la principale raison qui est apportée ailleurs, et qui seule suffit, est que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause. Le sentiment contraire, qui est celui de Fachinée, de Cravetta, et des autres docteurs par lui cités, est fondé sur des raisons plus solides. Nous ne devons pas exiger de celui qui défère le serment, ce qu'aucune loi n'exige de lui: or il n'y a aucune loi qui exige que celui qui défère le serment soit tel qu'on puisse le lui référer. Au contraire, la loi 17, §. 2, permet expressément à un tuteur et à un cura-

teur de déférer le serment dans les causes qu'ils soutiennent en cette qualité, quoiqu'on ne puisse pas le leur référer, puisque la cause du pupille ou de l'interdit n'est pas le propre fait de ce tuteur ou curateur.

Un procureur ne peut déférer le serment, à moins qu'il n'ait un pouvoir spécial, ou qu'il ne soit un procureur *universorum bonorum*, c'est-à-dire qu'il n'ait un pouvoir général d'administrer; *l. 17, §. 3.*

Le syndic d'un corps ne le peut sans un pouvoir spécial; *l. 34, §. 1.*

On ne peut le déférer à ces personnes, parceque ce seroit le leur déférer sur quelque chose qui n'est pas de leur propre fait; *l. 34, §. 3, ff. h. tit.*

#### §. IV. De l'effet du serment déféré, référé, fait ou refusé.

916. Celui à qui le serment a été déféré doit faire le serment, ou le référer à celui qui le lui a déféré: s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il doit perdre sa cause: *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare, nec jusjurandum referre; l. 38, ff. d. tit.*

Si la chose sur laquelle le serment a été déféré n'est pas du fait des deux parties, mais seulement de celle à qui il a été déféré, elle n'aura pas le choix de le référer, et elle sera tenue précisément de rendre son serment, à peine de perte de sa cause.

Si la partie fait le serment qui lui a été déféré, il résultera de son serment une présomption *juris et de jure*, de la vérité de la chose sur laquelle le serment lui aura été déféré et qu'il aura affirmée, contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue,

suivant que nous l'avons déjà observé en la section seconde.

Si elle réfère le serment, la partie à qui elle l'aura référé sera précisément tenue de rendre son affirmation, faute de quoi elle doit perdre sa cause : si elle rend son affirmation, ce qu'elle aura affirmé sera pareillement tenu pour avéré, sans qu'on puisse admettre aucune preuve du contraire.

Tout ceci est renfermé en la loi 34, §. *fin.* ff. de *jurej.*

Lorsque c'est au défendeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait, qu'il ne devoit pas ce qui lui étoit demandé, lui donne, contre la demande, l'exception *jurisjurandi*; qui doit lui en faire donner congé avec dépens.

Cette exception étant fondée sur une présomption *juris et de jure*, elle exclut le demandeur d'être écouté à offrir la preuve que la partie a rendu son serment de mauvaise foi, et s'est parjurée. C'est ce que nous enseigne Julien : *Adversus exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari, quum prætor id agere debet ne de jurejurando quærat; l. 15, ff. de except.*

Il n'y seroit pas écouté, quand même il offriroit de faire cette preuve par des pièces nouvellement recouvrées, en cela le serment décisoire déféré ou référé par la partie, a plus de force que le serment supplétoire, dont nous traiterons *infra*, art. 3. Gaius, en la loi 31, ff. de *jurej.*, observe cette différence.

Lorsque c'est au demandeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait, que la chose

qu'il a demandée lui étoit due ou lui appartenoit, lui donnoit, dans le droit romain, une action *in factum ad instar* de l'action *judicati*, pour en obtenir la condamnation; l. 8, *Cod. de R. cred.*, sur laquelle action il n'étoit question que de savoir si le serment avoit été régulièrement rendu, sans que la partie qui lui avoit déféré ou référé le serment pût être écoutée à proposer aucunes défenses au principal : *In quâ (actione) hoc solum quæritur an juraverit dari se oportere*; l. 9, §. 1, *de jurej. Dato jurejurando non aliud quæritur, quàm an juratum sit; remissâ quæstione an debeat*; l. 5, §. 2, *ff. d. tit.*

Parmi nous, le demandeur qui a fait ce serment peut poursuivre l'adjudication des conclusions de sa demande avec dépens, sans être tenu d'en apporter d'autres preuves, et sans que la partie qui lui a déféré ou référé le serment puisse être écoutée à proposer aucunes défenses.

Cet effet du serment est une conséquence de ce principe du droit naturel : *Quid tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt servare?* l. 1, *ff. de pact.* En effet, lorsqu'une des parties défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepte la condition, et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui a déféré le serment de s'en tenir

à ce qui aura été affirmé; ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire.

Comme la convention ne se forme et ne produit d'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il suit de là que celui qui a déféré le serment à sa partie, peut signifier une révocation de cette délation du serment, tant que la partie à qui il l'a déféré n'a pas encore accepté la condition en rendant son affirmation, ou du moins en déclarant qu'elle étoit prête à la rendre; *l. 11, Cod. de rer. cr. et jurej.*

Observez que quand il l'a révoquée, il ne peut plus le déférer une seconde fois; *d. l. 11.*

Lorsque la partie à qui j'ai déféré le serment a accepté la condition, et déclaré qu'elle étoit prête à le rendre, je ne puis plus révoquer la délation du serment, mais je puis la décharger de rendre son affirmation; et en ce cas, la chose sur laquelle elle étoit prête à la rendre sera tenue pour avérée, comme si elle l'avoit rendue; *l. 9, §. 1, ff. de jur.*

917. Du principe que nous avons établi que le serment décisoire tire son effet de la convention que renferme la délation du serment entre celui qui l'a déféré et celui à qui il a été déféré, il suit encore que, de même qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard de la chose qui a fait l'objet de la convention, et qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers, *Animadvertendum est ne conventio in aliâ re facta, aut cum aliâ personâ; in aliâ re, aliâve personâ noceat; l. 27, §. 4, ff. de pact.*; de même aussi le serment décisoire ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré.

Pour savoir si ce qu'on demande est la même chose sur laquelle le serment a été déféré, et qui a été terminée par ce serment, on peut appliquer toutes les règles que nous avons établies en la section précédente, *art. 4*, pour savoir quand ce qui est demandé doit être censé la même chose que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les parties.

Le serment pareillement ne doit avoir d'effet, ni faire tenir pour avéré le fait sur lequel la partie a rendu son affirmation, que vis-à-vis de celle qui le lui a déféré, et vis-à-vis de ses héritiers et autres qui auroient succédé à ses droits; mais il n'a aucun effet vis-à-vis des tiers : *Jusjurandum alteri nec nocet, nec prodest; l. 3, §. 3, ff. de jurejur.*

C'est pourquoi si l'un des héritiers d'un défunt m'a assigné pour lui payer sa part d'une somme qu'il prétendoit que je devois au défunt, qu'il m'ait déféré le serment sur la vérité de cette dette, et que j'aie rendu mon affirmation que je ne dois rien au défunt, ce serment exclura bien cet héritier de me demander cette somme, mais il n'exclura pas son cohéritier de me demander sa part de cette somme; et s'il rapporte la preuve que je dois effectivement cette somme au défunt, je serai condamné à lui payer sa part, nonobstant le serment que j'ai fait que je ne devois rien; car ce serment n'a d'effet que vis-à-vis de celui qui me l'a déféré, et non vis-à-vis de son cohéritier.

918. Néanmoins si l'un de deux créanciers solidaires m'avoit déféré le serment, et que j'eusse affirmé ne rien devoir, ce serment excluroit aussi son cocréancier; *l. 28, ff. de jurejur.*

Il y en a une raison particulière; c'est que le paiement qui est fait d'une créance solidaire à l'un des créanciers solidaires, décharge le débiteur envers tous les autres : or, le serment qu'a fait le débiteur, qu'il ne devoit rien, équipolle à un paiement qu'il auroit fait à celui qui lui défère le serment; *nam jusjurandum loco solutionis cedit*; l. 27 : par conséquent il doit le décharger envers tous.

919. De même que le serment décisoire ne fait preuve que contre celui qui l'a déféré, il n'en fait non plus qu'en faveur de celui à qui il a été déféré et qui a fait le serment, ou à qui il a été remis; l. 3, §. 3, ff. de jurejur.

Néanmoins si mon débiteur à qui j'ai déféré le serment a juré ne me rien devoir, je ne pourrai rien demander à ses cautions; car mon débiteur, qui a fait ce serment, a intérêt que je ne demande rien à ses cautions, qui auroient recours contre lui, si elles étoient obligées de me payer quelque chose; et c'est demander à lui indirectement que de demander à ses cautions; l. 28, §. 1, ff. de jurejur.

*Quid, vice versá*, si j'avois déféré le serment à la caution, et qu'elle eût juré qu'il n'est rien dû? La loi ci-dessus citée décide que ce serment profitera au débiteur principal, parcequ'il tient lieu de paiement; d. l. 27, et que le paiement fait par la caution libère le débiteur principal.

Par la même raison, le serment déféré à l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres.

Ces décisions ont lieu pourvu que *de re, et non de personá jurantis juratum sit*; car si la caution a juré

seulement qu'elle n'avoit pas contracté de cautionnement, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; *l. 28, §. 1; l. 42, §. 1, ff. de jurejur.* Pareillement, si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'il n'a pas contracté l'obligation, ses codébiteurs n'en peuvent tirer avantage.

Du principe que le serment décisoire tire son effet et son autorité de la convention que renferme la délation de ce serment, on peut encore tirer cette conséquence, que si la partie qui l'a déféré, a quelque juste cause de restitution contre la convention par laquelle elle a déféré le serment à l'autre partie, elle peut, en se faisant restituer contre cette convention, faire tomber ce serment.

Le dol étant une cause de restitution contre toutes les conventions; si je puis prouver que c'est par un dol de votre part que vous m'avez engagé à vous déférer le serment, je puis, sur l'appel du jugement rendu à votre profit, en conséquence de votre serment, ou, si ce jugement est en dernier ressort, sur la requête civile contre ce jugement, prendre des lettres de rescision par lesquelles, sans avoir égard à l'acte par lequel je vous ai déféré le serment; ni à ce qui a suivi; les mêmes parties seront remises au même état qu'elles étoient avant ledit acte. On peut apporter pour exemple de dol, la soustraction que vous m'auriez faite du titre qui établit la créance d'une certaine somme que j'ai contre vous. Si, sur la demande que je vous ai faite de cette somme, n'ayant pas mon titre, je vous ai déféré le serment sur la vérité de ma créance; comme c'est en ce cas la soustraction que vous avez faite de

mon titre, et par conséquent votre dol, qui m'a engagé à vous déférer le serment, je puis, si je viens à avoir la preuve de cette soustraction, me faire restituer contre l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, comme ayant été engagé par votre dol à vous le déférer.

Cette décision n'est pas contraire à celle de la loi 15, ff. *de except.* ci-dessus rapportée, n. 916, qui dit qu'*adversus exceptionem jurisjurandi non debet dari replicatio doli mali*; car le dol dont il est parlé dans cette loi, n'est autre chose que le parjure que celui qui vous a déféré le serment prétendrait que vous auriez commis, en jurant, contre la vérité, ne pas devoir la somme demandée. Celui qui vous a déféré le serment n'est pas reçu à prouver ce parjure par le rapport des titres les plus décisifs, quoique nouvellement recouverts; parceque le serment opère une présomption *juris et de jure*, qui fait réputer pour vrai ce que vous avez juré, et exclut toute preuve du contraire. C'est pourquoi lorsque vous avez juré ne rien devoir, il ne peut plus y avoir lieu à la question *an debeatur*; l. 5, §. 2, ff. *de jurej.* Mais comme le serment n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait, et valablement déféré, il peut y avoir lieu à la question, si le serment a été valablement fait et valablement déféré; *Quæritur an juratum sit*, §. 2; et celui qui l'a déféré, pour prouver qu'il n'a pas été valablement déféré, est reçu à prouver votre dol, c'est-à-dire, les manœuvres que vous avez employées pour le réduire à vous le déférer, tel qu'est le vol ou la soustraction que vous lui auriez faite de son titre de créance.

La minorité étant une cause de restitution, les mi-

neurs peuvent être quelquefois reçus à se faire restituer contre l'acte par lequel lesdits mineurs, assistés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auroient déféré le serment à la partie avec laquelle ils étoient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus indistinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorsque n'ayant pas, lorsqu'ils ont déféré le serment à leur partie, une preuve suffisante du fait sur lequel ils l'ont déféré, ils n'ont fait, en le déférant, que ce qu'auroit fait en pareil cas une personne prudente. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Si minor detulerit, et hoc ipso captum se dicat; adversus exceptionem jurisjurandi replicari debet, ut Pomponius ait : Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere; nec enim utique qui minor est, statim se captum docuit; l. 9, §. 4, ff. de jurej.*

#### ARTICLE II.

Du serment de celui qui est interrogé sur faits et articles.

920. Lorsqu'une partie signifie des faits sur lesquels elle fait ordonner que l'autre partie sera interrogée par le juge, le serment que fait la partie interrogée est bien différent du serment décisoire. Au lieu que le serment décisoire fait preuve pour celui qui le fait, au contraire celui-ci ne fait aucune preuve en faveur de celui qui le fait : les réponses que fait la partie interrogée ne font de preuve que contre elle, et n'en font aucune en sa faveur. La raison de cette différence est que celui qui fait interroger sa partie sur certains

neurs peuvent être quelquefois reçus à se faire restituer contre l'acte par lequel lesdits mineurs, assistés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auroient déféré le serment à la partie avec laquelle ils étoient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus indistinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorsque n'ayant pas, lorsqu'ils ont déféré le serment à leur partie, une preuve suffisante du fait sur lequel ils l'ont déféré, ils n'ont fait, en le déférant, que ce qu'auroit fait en pareil cas une personne prudente. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Si minor detulerit, et hoc ipso captum se dicat; adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait : Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere; nec enim utique qui minor est, statim se captum docuit; l. 9, §. 4, ff. de jurej.*

## ARTICLE II.

Du serment de celui qui est interrogé sur faits et articles.

920. Lorsqu'une partie signifie des faits sur lesquels elle fait ordonner que l'autre partie sera interrogée par le juge, le serment que fait la partie interrogée est bien différent du serment décisoire. Au lieu que le serment décisoire fait preuve pour celui qui le fait, au contraire celui-ci ne fait aucune preuve en faveur de celui qui le fait : les réponses que fait la partie interrogée ne font de preuve que contre elle, et n'en font aucune en sa faveur. La raison de cette différence est que celui qui fait interroger sa partie sur certains

faits et articles, ne le fait pas dans l'intention de faire dépendre la décision de la question, de ce que la partie interrogée répondra et affirmera; mais elle ne lui fait subir cet interrogatoire que pour tirer à son profit quelques preuves ou présomptions des aveux que la partie interrogée fera, ou des contradictions dans lesquelles elle tombera; *ut confitendo vel mentiendo se oneret*; l. 4, ff. *de interr. in jur. fac.*

921. Observez que celui qui veut prendre droit des aveux qu'a faits une partie dans ses réponses à l'interrogatoire, ne doit pas les diviser; mais il doit les prendre en entier. Si, par exemple, n'ayant aucunes preuves du prêt que je prétends vous avoir fait d'une certaine somme d'argent, je vous fais interroger, et que dans vos réponses vous conveniez du prêt, mais que vous ajoutiez que vous m'avez rendu cette somme, je ne puis pas prendre droit de l'aveu que vous faites du prêt, et laisser à l'écart ce que vous avez ajouté, que vous m'avez rendu la somme; mais il faut que je prenne votre déclaration en entier. C'est pourquoi si je veux que votre aveu fasse foi du prêt, je dois consentir qu'il fasse aussi foi du paiement, sans que vous soyez obligé d'en faire aucune preuve, à moins que je ne fusse en état de prouver que le paiement n'a pu se faire dans le temps et dans le lieu auquel vous dites l'avoir fait. Voyez, sur ces interrogatoires, l'ordonnance de 1667, titre 10, et le commentaire de M. Jousse.

## ARTICLE III.

Du serment appelé *juramentum judiciaire*.

922. Le serment appelé *juramentum judiciaire*, est  
*Traité des Oblig. T. II.*

faits et articles, ne le fait pas dans l'intention de faire dépendre la décision de la question, de ce que la partie interrogée répondra et affirmera; mais elle ne lui fait subir cet interrogatoire que pour tirer à son profit quelques preuves ou présomptions des aveux que la partie interrogée fera, ou des contradictions dans lesquelles elle tombera; *ut confitendo vel mentiendo se oneret*; l. 4, ff. *de interr. in jur. fac.*

921. Observez que celui qui veut prendre droit des aveux qu'a faits une partie dans ses réponses à l'interrogatoire, ne doit pas les diviser; mais il doit les prendre en entier. Si, par exemple, n'ayant aucunes preuves du prêt que je prétends vous avoir fait d'une certaine somme d'argent, je vous fais interroger, et que dans vos réponses vous conveniez du prêt, mais que vous ajoutiez que vous m'avez rendu cette somme, je ne puis pas prendre droit de l'aveu que vous faites du prêt, et laisser à l'écart ce que vous avez ajouté, que vous m'avez rendu la somme; mais il faut que je prenne votre déclaration en entier. C'est pourquoi si je veux que votre aveu fasse foi du prêt, je dois consentir qu'il fasse aussi foi du paiement, sans que vous soyez obligé d'en faire aucune preuve, à moins que je ne fusse en état de prouver que le paiement n'a pu se faire dans le temps et dans le lieu auquel vous dites l'avoir fait. *Voyez, sur ces interrogatoires, l'ordonnance de 1667, titre 10, et le commentaire de M. Jousse.*

## ARTICLE III.

Du serment appelé *juramentum judiciaire*.

922. Le serment appelé *juramentum judiciaire*, est  
*Traité des Oblig. T. II.*

celui que le juge défère de son propre mouvement à l'une des parties. Il y en a deux espèces : 1° celui que le juge défère pour la décision de la cause ; c'est celui qu'on entend par le nom général de *juramentum judiciaire* : on lui donne aussi quelquefois le nom de serment *supplétoire*, *juramentum suppletorium* : 2° celui que le juge défère pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer ; on appelle ce serment *juramentum in litem*.

§. I. Du serment que le juge défère pour la décision de la cause.

923. L'usage de ce serment est établi sur la loi 31, ff. *de jurej.*, où il est dit : *Solent iudices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare qui jura-verit*, et sur la loi 3, *Cod. de reb. cred.*, où il est dit : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

Il résulte de ces textes, qu'il faut que trois choses concourent pour qu'il y ait lieu à ce serment.

1° Il faut que la demande ou les exceptions ne soient pas pleinement justifiées ; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 3, *Cod. de reb. cred. inopiâ probationum*. Lorsque la demande est pleinement justifiée, le juge condamne le défendeur, sans avoir recours au serment : et pareillement lorsque les exceptions sont pleinement justifiées, il renvoie de la demande du défendeur, sans y avoir recours.

2° Il faut que la demande ou les exceptions, quoique non pleinement justifiées, ne soient pas néanmoins

dénuées de preuves; c'est le sens de ces termes, *in causis dubiis*, dont se sert la loi 31. Elle appelle de ce nom celles dans lesquelles la demande ou les exceptions ne sont ni évidemment justes, faute d'une preuve pleine et complète, ni évidemment injustes, à cause du commencement de preuve qui se trouve : *In quibus*, comme dit Vinnius, *sel. quæst. 1, 44, judex dubius est, ob minùs plenas probationes allatas*.

3<sup>o</sup> Il faut que le juge entre en connoissance de cause, pour estimer s'il doit déférer ce serment, et à laquelle des parties il le doit déférer; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 31, *causâ cognitâ*.

924. Cette connoissance de cause consiste dans l'examen du mérite de la preuve, de la qualité du fait, et des qualités des parties. Lorsque la preuve du fait d'où dépend la décision de la cause, et qui sert de fondement à la demande ou aux exceptions de la demande, est complète, le juge ne doit pas déférer le serment, mais il doit donner gain de cause à celui qui a fait la preuve.

Néanmoins si le juge, pour assurer davantage sa religion, lui avoit en ce cas déféré le serment, et que le fait sur lequel il le lui a déféré fût le propre fait de cette partie, qu'elle ne peut ignorer; cette partie ne devoit pas refuser de le rendre, et elle ne seroit pas écoutée à appeler de la sentence; car quoique le juge eût pu et même dû, la preuve paroissant complète, lui donner gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai : le refus qu'elle fait d'affir-

mer ce fait atténué et détruit la preuve qu'elle en avoit faite.

925. Lorsque le demandeur n'a aucune preuve du fait qui sert de fondement à sa demande, ou que celle qu'il a ne forme que de très légers indices ou présomptions, le juge ne doit pas lui déférer le serment, quelque digne de foi qu'il soit; et il doit donner congé de sa demande. Néanmoins si ces indices, quelque légers qu'ils soient, forment quelque doute dans l'esprit du juge, il peut, pour assurer sa religion, déférer le serment au défendeur.

Pareillement lorsque, la demande étant justifiée, les exceptions proposées contre la demande ne se trouvent appuyées que d'indices trop légers pour que l'affirmation du défendeur en puisse compléter la preuve, le juge peut, si bon lui semble, en donnant gain de cause au demandeur, prendre son serment, pour assurer davantage sa religion.

Je ne conseillerois 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 la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avoit soutenu.

926. Lorsque la preuve du fait qui sert de fondement à la demande est déjà considérable, quoiqu'elle ne soit pas tout-à-fait complète, c'est le cas auquel le juge doit se décider par le serment de l'une des parties; il peut même en ce cas le déférer au demandeur, pour suppléer par ce serment à ce qui manquoit à la preuve qu'il a faite.

Il faut néanmoins excepter de cette règle les causes de grande importance, telles que les causes de mariage. Dans ces causes, ce qui manque à la preuve de la demande ne peut se suppléer par le serment du demandeur; et le défendeur en doit toujours obtenir le congé, lorsqu'elle n'est pas pleinement justifiée.

Dans les causes ordinaires, de même que ce qui manque à la preuve qu'un demandeur étoit chargé de faire, peut se suppléer par son serment; pareillement, lorsque le demandeur étant fondé en titre, la décision de la cause dépend de la preuve des faits qui servent de fondement aux exceptions du défendeur contre la demande, et que la preuve que le défendeur est obligé de faire est considérable, sans être tout-à-fait complète, le juge peut déférer le serment au défendeur pour la compléter.

Le juge doit aussi, pour le choix de la partie à qui il défère le serment, avoir égard à la qualité des parties, considérer quelle est celle qui est la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connoissance du fait; il doit se déterminer *inspectis personarum et causæ circumstantiis. Cap. fin. X de jurejur.*

927. Dumoulin, *ad l. 3, Cod. de reb. cred.*, rapporte pour exemple d'une preuve incomplète, et néanmoins

assez considérable pour pouvoir être complétée par le serment du demandeur; 1<sup>o</sup> celle qui résulte d'une confession extrajudiciaire du débiteur, lorsqu'elle a été faite hors de la présence du créancier, ou lorsqu'elle a été faite en la présence du créancier, à la vérité, mais sans être circonstanciée, et sans que le débiteur ait exprimé la cause de la dette.

Les livres des marchands font aussi en leur faveur une preuve incomplète des créances de leur commerce qui y sont inscrites, laquelle peut être complétée par leur serment, lorsqu'ils sont gens d'une probité connue; *suprà*, n. 754.

Les docteurs rapportent pour exemple de preuve qui peut se compléter par le serment du demandeur, la disposition d'un seul témoin, lorsque ce témoin est un homme digne de foi; mais il paroît que par notre droit ce n'est que dans les matières très légères que la déposition d'un seul témoin, jointe au serment du demandeur, suffit pour adjuger la demande; *voyez suprà*, n. 818.

928. Quoiqu'en première instance la cause ait été décidée par le serment qui a été déféré à l'une des parties, cela n'empêche pas le juge d'appel de déférer à l'autre partie, s'il croit que la chose doit se décider par le serment de cette partie, plutôt que par le serment de celle à qui il a été déféré en première instance: c'est ce que nous voyons tous les jours se pratiquer.

929. Il reste à observer une différence entre le serment qui est déféré par le juge, et celui qui est déféré par une partie; savoir, que celui qui est déféré par une partie peut lui être référé; au lieu que, lorsqu'il

est déferé par le juge, la partie à qui il est déferé doit faire le serment, ou perdre sa cause. Telle est la pratique du barreau, qui est mal-à-propos taxée d'erreur par Faber. Il suffit, pour la justifier, de faire attention au sens du mot *référer*: pour qu'on puisse dire proprement que je *réfère* le serment à ma partie adverse, il faut que ce soit elle qui me l'ait déferé; voyez *Vin. sel. quæst.* 143.

§. II. Du serment appelé *juramentum in litem*.

930. Le serment appelé *juramentum in litem*, est celui que le juge défère à une partie, pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer à son profit.

Les interprètes du droit romain en distinguent deux; celui qu'ils appellent *juramentum affectionis*, et celui qu'ils appellent *juramentum veritatis*.

*Juramentum affectionis* étoit celui que le juge me déferoit pour estimer, non le prix que valoit en elle-même la chose à moi appartenante, dont j'étois privé par le dol de la partie adverse, mais le prix de l'affection que j'avois pour cette chose.

Le juge régloit en ce cas la condamnation de la somme en laquelle il devoit condamner envers moi ma partie adverse, sur celle à laquelle je jurois que j'estimois de bonne foi mon affection pour cette chose; et cette estimation d'affection pouvoit surpasser la véritable valeur de cette chose.

C'est de ce serment qu'Ulpien dit : *Non ab judice doli æstimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in*

*litem juratur*; l. 64, ff. *de judic.*; et ailleurs, *Res, ex contumaciâ, æstimatur ultra rei pretium*; l. 1, ff. *de in lit. jur.*

Ce *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos usages; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis*.

931. Il y a lieu à ce serment toutes les fois que le demandeur a justifié qu'il étoit bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses, et qu'il n'y a d'incertitude que sur la somme à laquelle le défendeur doit être condamné, faute de faire la restitution desdites choses, dont la valeur n'est connue que du demandeur à qui elles appartiennent. Le juge, en ce cas, pour régler la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer, s'en rapporte à l'estimation que le demandeur fera de la véritable valeur des choses dont il demande la restitution, après que ce demandeur a préalablement prêté serment de faire cette estimation en conscience.

Par exemple, si un voyageur a donné sa valise en dépôt à un aubergiste, et que cette valise ait été volée dans l'auberge; le dépôt étant constant, et le voyageur qui en demande la restitution ayant seul connoissance de ce qu'il y avoit dans sa valise, le juge, pour se déterminer sur la somme en laquelle il doit condamner l'aubergiste faute de représenter la valise, ne peut faire autrement que de s'en rapporter au serment du voyageur, sur la valeur des choses contenues en sa valise.

932. Chez les Romains, le juge laissoit souvent au demandeur une liberté indéfinie sur la somme à la-

quelle il pourroit jurer qu'il estimoit les choses dont il demandoit la restitution : *Jurare in infinitum licet*, l. 4, §. 2, ff. de in litem jur.

Il étoit néanmoins laissé à la prudence du juge, lorsqu'il le jugeoit à propos, de limiter une somme au-delà de laquelle l'estimation ne pouvoit pas être portée : *Judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur*; l. 5, §. 1, ff. d. tit.

Selon nos usages, le juge, après avoir entendu les parties, limite la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur doit être cru à son serment sur la valeur des choses dont il demande la restitution.

Il doit avoir égard, pour fixer cette somme, à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou au moins de vraisemblance qui paroît dans ses allégations : la qualité de la cause doit aussi entrer en considération. Dans l'estimation des choses dont l'estimation est demandée, on doit beaucoup moins épargner un défendeur qui seroit convaincu d'être complice du vol qui en a été fait, que celui qui n'auroit péché que par imprudence et par défaut de soin.

Quand même le juge s'en seroit rapporté, sur l'estimation, au serment du demandeur, sans lui limiter la somme, il ne seroit pas tellement astreint à la suivre, qu'il ne pût s'en écarter, s'il la trouvoit excessive : *Etsi juratum fuerit, licet judici absolvere, vel minoris condemnare*; l. 5, §. 2, ff. d. tit.

---

## OBSERVATION GÉNÉRALE

# SUR LE PRÉCÉDENT TRAITÉ

### ET SUR LES SUIVANTS.

DANS les différents Traités que j'ai donnés des différents contrats et quasi-contrats, j'ai suivi la doctrine commune de tous les interprètes sur la prestation de la faute qui a lieu dans chaque contrat, par rapport à la chose qui en fait l'objet. J'ai en conséquence distingué trois degrés de faute ; la faute lourde, la légère, et la très légère. (*Voyez tome 1, n. 142, pag. 121.*)

Suivant cette doctrine, la faute lourde, *lata culpa*, consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires. Cette faute est opposée à la bonne foi.

*Levis culpa*, la faute légère, est celle qui consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires. Elle est opposée à la diligence commune.

Enfin *levissima culpa* est la faute qui consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires. Cette faute est opposée à la diligence très exacte, *exactissima diligentia*.

Pour décider de quelle espèce de faute le débiteur est tenu dans chacun des différents contrats et quasi-contrats, j'ai, suivant la doctrine commune, établi trois principes qui paroissent tirés de la loi 5, §. 1, ff. *Commod.*

Le premier est que, dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, et il n'est tenu en conséquence que de la faute lourde. Nous avons, suivant ce principe, décidé dans notre traité du Contrat de Dépôt, que dans ce contrat on n'exige ordinairement du dépositaire que de la bonne foi, et qu'il n'est tenu que de la faute lourde, *de lata culpa*.

Nous avons observé que ce principe souffroit exception à l'égard du contrat de mandat et du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Quoiqu'ils soient faits pour le seul intérêt de la partie dont l'autre partie se charge de gérer l'affaire, néanmoins on n'y exige pas seulement de la bonne foi de la part de celui qui l'a gérée, et qui en doit rendre compte, mais on exige encore de lui un soin proportionné à la nature de cette affaire. La raison est qu'une gestion d'affaires, qui est la chose qui fait l'objet du contrat *mandati*, et du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, étant une chose qui, par sa nature, exige un certain soin, la partie qui se charge de la gestion de l'affaire est censée se charger d'apporter le soin nécessaire pour cette gestion : *Spondet diligentiam gerendo negotio parem*.

Le second principe est que dans les contrats et quasi-contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties, tels que sont les contrats de vente, de louage, de

nantissement, de prêt, de société, et le quasi-contrat de communauté, on exige pour la chose qui fait l'objet du contrat le soin que tout homme sage apporte ordinairement à ses affaires; et qu'en conséquence, dans ces contrats, le débiteur est tenu de la faute légère.

Le troisième principe est que, dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt de la partie qui a reçu et qui doit rendre la chose qui fait l'objet du contrat, tel qu'est le contrat du prêt à usage, *commodatum*, on exige, par rapport à cette chose, le soin le plus exact, et le débiteur est tenu de la faute la plus légère.

Nous avons observé que les jurisconsultes romains ne font quelquefois qu'une division bipartite des contrats; savoir, de ceux qui n'exigent dans les parties contractantes que de la bonne foi, et de ceux qui exigent un certain soin plus ou moins grand, selon la nature du contrat. Mais le second membre de cette division étant sujet à une subdivision, je veux dire de ceux qui n'exigent qu'un soin ordinaire, et de ceux qui exigent le soin le plus exact, cela revient à la division tripartite ci-dessus exposée.

Pareillement les jurisconsultes romains ne font quelquefois qu'une division bipartite des prestations; savoir, celle du dol et celle de la faute. La prestation du dol, qui a lieu dans les contrats qui n'exigent que de la bonne foi, comprend sous le terme *dolus* non seulement la malice et le dessein de nuire, mais aussi la faute lourde, *lata culpa*, comme étant opposée à la bonne foi requise dans le contrat; et c'est en ce sens que les lois disent que *lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est*.

Le second membre de la division, qui est la prestation de la faute, comprend les deux autres espèces de faute, la légère et la plus légère, *levem et levissimam*, sous le terme générique de faute, en tant que ce terme *culpa* est opposé à *dolus*, et en tant que les contrats qui exigent un soin plus ou moins grand, et dans lesquels il y a lieu à la prestation de la faute, sont opposés à ceux qui n'exigent que de la bonne foi, et dans lesquels il n'y a lieu qu'à la prestation du dol. Telle est la division qui se trouve dans la fameuse loi *Contractus*, ff. *de reg. jur.*

Mais dans cette division bipartite des prestations, le second membre de la division, qui est la prestation de la faute, est sujet à une subdivision; savoir, de la prestation de la faute légère, et de la prestation de la faute la plus légère; de manière que les trois degrés de faute ci-dessus exposés, se retrouvent; et la loi 5, §. 1, ff. *Commod.*, qui établit trois espèces de prestations, se concilie avec la loi *Contractus*, qui paroît n'en établir que deux.

Telle avoit été jusqu'à présent la doctrine unanimement tenue par tous les interprètes des lois romaines et par les auteurs des traités de droit. C'est la doctrine des Accurse, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heineccius; et ceux mêmes qui se sont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues, et à proposer des nouveautés, tels que Antoine Faber, ne s'en sont jamais écartés. Néanmoins il a paru en 1764 une Dissertation sur la prestation des fautes, imprimée à Paris, chez Saugrain, dans laquelle M. Le Brun, avocat au parlement de Pa-

ris, combat cette doctrine. Il m'a fait l'honneur de m'en faire présent. Je l'ai lue avec un grand plaisir, et je suis charmé de trouver l'occasion de lui en témoigner publiquement ma reconnaissance.

Cet auteur soutient que la doctrine que nous venons d'exposer est une pure invention des interprètes, qui n'ont pas pris le véritable sens des lois. Il prétend qu'on ne doit pas faire trois degrés de fautes, ni faire une distinction de la diligence commune et ordinaire, et de la diligence très exacte, ni une différence des contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, *in quibus utriusque contrahentis vertitur utilitas*, et de ceux qui se font pour le seul intérêt de la partie débitrice de la restitution de la chose qui fait l'objet du contrat. Il n'y a, selon lui, que deux espèces de diligence; l'une qui se mesure sur celle qu'un homme attentif à ses affaires a coutume d'y apporter, *qualem diligens paterfamilias adhibere solet*; et l'autre qui ne se mesure que sur celle que le débiteur de qui on l'exige, a coutume d'apporter à ses propres affaires, *rebus suis consuetam diligentiam*.

Lorsque la chose qui fait l'objet du contrat appartient entièrement ou est due entièrement à celui à qui le débiteur est tenu de la rendre ou de la donner, le débiteur est, par rapport à cette chose, obligé à la première espèce de diligence, et il n'importe que le contrat ait été fait pour son seul intérêt, ou pour l'intérêt réciproque des parties. C'est pourquoi un emprunteur n'est pas tenu, suivant cet auteur, par rapport à la chose qui lui a été prêtée, à une autre diligence que celle dont est tenu un locataire par rap-

port à la chose qui lui a été donnée à loyer; ils sont tenus l'un et l'autre à la première espèce de diligence, qui est celle qu'un homme attentif à ses affaires a coutume d'y apporter : c'est à cette diligence que sont obligés un vendeur par rapport à la chose vendue qu'il doit à l'acheteur; un mandataire, un *negotiorum gestor*, par rapport aux choses dont ils ont eu l'administration, etc.

Lorsque les choses qui font l'objet du contrat appartiennent en commun aux parties contractantes, on ne doit exiger de chacune des parties, par rapport à la gestion qu'elle a eue desdites choses, et dont elle doit rendre compte à l'autre partie, que l'autre espèce de diligence, qui est celle qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires, *rebus suis consuetam diligentiam*. Ce n'est que cette espèce de diligence qu'on exige du rendant compte dans les actions *pro socio, familiæ erciscundæ, et communi dividendo*.

Tel m'a paru être en substance le système de la dissertation. L'auteur, qui m'a paru très versé dans la connoissance des lois romaines, rapporte dans cette dissertation toutes celles qui traitent de la matière, et il en donne des explications très ingénieuses. Quelque spécieux que soient les arguments par lesquels il prétend établir son système, je n'ai pas été convaincu, et je suis demeuré attaché à l'ancienne doctrine, que je ne trouve pas si absurde qu'il voudroit le persuader. Je ne vois aucune absurdité à distinguer trois degrés de faute; à distinguer la diligence exacte et la diligence très exacte; à se contenter de la première dans les contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des

parties, et à exiger la diligence très exacte dans le contrat qui a été fait pour le seul intérêt de la partie de qui on l'exige. C'est une absurdité, dit l'auteur du nouveau système, de penser que dans les contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties, tel qu'est le plus grand nombre des contrats, les lois permettent la négligence par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat. Or, dit l'auteur, en décidant, selon la doctrine commune, que dans ces contrats le débiteur n'est tenu que de la faute légère, et non de la faute très légère, c'est permettre dans ces contrats quelque négligence; car la faute très légère dont on décide que le débiteur n'est pas tenu dans ces contrats, est une négligence qui, pour être très légère, n'en est pas moins une négligence.

On peut, ce me semble, répondre qu'on ne permet pas la négligence dans les contrats faits pour l'intérêt réciproque des parties, mais qu'on estime dans ces contrats la négligence moins rigoureusement qu'on ne l'estime dans ceux faits pour le seul intérêt du débiteur. Par exemple, dans le contrat de louage, le locataire n'est pas jugé coupable de négligence, lorsqu'il a apporté pour la conservation de la chose qui lui a été louée, tout le soin que les hommes ont, pour la plupart, coutume d'avoir des choses qui leur appartiennent : il est censé, en contractant, ne s'être obligé qu'à ce soin. Le locateur qui se fait payer du prix de l'usage qu'il accorde de sa chose, ne doit pas être écouté à exiger de lui davantage; ni à vouloir faire regarder comme une négligence de la part de ce locataire, le défaut de quelque attention ou de quelque prévoyance qui eût

pu ne pas échapper à une personne plus attentive qu'on ne l'est communément, et qui eût empêché la perte ou la détérioration de la chose.

Au contraire, dans le contrat de prêt à usage, qui est fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, la négligence de l'emprunteur, à l'égard de la chose qui lui a été prêtée, s'estime dans toute la rigueur : le prêteur, qui ne doit pas souffrir du bienfait qu'il a fait à l'emprunteur en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose, a droit d'exiger de lui, pour la conservation de la chose qu'il lui a prêtée, non seulement le soin ordinaire que le commun des hommes apporte à la conservation de son bien, mais tout le soin possible (eu égard néanmoins à la qualité de la personne de l'emprunteur). Si l'emprunteur ne se sent pas capable de ce soin, il ne doit pas emprunter; c'est pourquoi on lui impute à négligence, non seulement le défaut du soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires, mais même le défaut d'une attention ou d'une prévoyance qui n'eût pas échappé aux personnes de la qualité de celle de l'emprunteur, qui sont les plus attentives.

Cette manière d'estimer plus ou moins rigoureusement la faute et la négligence, suivant la différente nature des contrats, ne me paroît contenir aucune absurdité; elle me paroît au contraire très raisonnable, et devoir être suivie, quand même la loi 5, §. 1, ff. *commod.*, ne s'en seroit pas expliquée aussi clairement qu'elle l'a fait.

Je n'entreprendrai point de réfuter les arguments par lesquels l'auteur de la dissertation combat l'ancienne

doctrines, et prétend établir la sienne; cela dégénérerait en une querelle littéraire, dans laquelle je ne veux point entrer. La réponse à ceux qu'il tire des différentes lois rapportées dans sa dissertation, se trouve dans les notes que j'ai faites sur ces lois dans mon ouvrage sur les Pandectes; je les ai tirées de Cujas et d'autres interprètes de réputation.

J'observerai seulement que si la doctrine commune a ses difficultés, le nouveau système de l'auteur n'en est pas exempt. Par exemple, l'auteur dit que la diligence qu'on exige d'un associé dans le compte de la gestion qu'il a eue des affaires communes, ne doit pas se mesurer, comme dans les autres contrats, à celle que le commun des hommes a coutume d'apporter à ses affaires, mais à celle que cet associé apporte à ses propres affaires. Je demande à l'auteur comment dans la pratique le juge devant qui cet associé rend son compte pourra connoître quelle est la diligence que cet associé apporte dans ses propres affaires, pour y mesurer celle qu'il a dû apporter à la gestion dont il rend compte? Un juge peut bien estimer quelle est la diligence que le commun des hommes apporte à ses affaires; mais il ne peut pas deviner quelle est celle que cet associé, qu'il ne connoît pas, apporte à ses propres affaires; il présume que c'est celle que le commun des hommes y apporte.

En mesurant, suivant le nouveau système, la diligence dont un associé est tenu à l'égard de la gestion des affaires communes, à celle qu'il apporte à ses propres affaires, on réduit le contrat de société, et le quasi-contrat de communauté, à la classe de ceux qui

n'exigent rien autre chose que de la bonne foi : car c'est une chose opposée à la bonne foi, que de n'avoir pas pour l'affaire d'autrui le même soin qu'on a pour les siennes : *Non salvâ fide*, dit la loi 32, ff. *depositi*, en parlant d'un dépositaire, *minorem quàm suis rebus diligentiam præstabit*. Si dans ces contrats le débiteur n'est pas condamnable pour n'avoir pas<sup>3</sup> apporté à la conservation de la chose qui fait l'objet du contrat, le soin ordinaire que le commun des hommes apporte à ses affaires, c'est parcequ'on présume favorablement que s'il a été négligent à l'égard de la chose qui fait l'objet du contrat, il l'est pareillement à l'égard de celles qui lui appartiennent. Mais lorsqu'il est justifié qu'il a eu pour les choses qui lui appartiennent un soin qu'il n'a pas eu pour la chose qui fait l'objet du contrat; comme par exemple si dans un incendie un dépositaire a sauvé de l'incendie les choses qui lui appartenoient, et a laissé périr celle qui lui a été donnée en dépôt, et qu'il étoit également à portée de sauver, il est condamnable, comme ayant manqué à la bonne foi, en n'ayant pas eu pour la chose qui lui avoit été donnée en dépôt le même soin qu'il a eu pour les siennes. Donc, en mesurant la diligence que doit avoir un associé pour les choses qui appartiennent à la société, à celle qu'il a pour les siennes propres, on n'exige pas plus de lui que ce qu'on exige d'un dépositaire.

De cette manière, on met le contrat de société et le quasi-contrat de communauté dans la classe des contrats qui n'exigent que de la bonne foi, *qui dolum duntaxat recipiunt*; ce qui est évidemment opposé à la loi

---

# TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHERS  
CONTENUS DANS LES TROISIÈME ET QUATRIÈME PARTIES  
DU TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

---

## TROISIÈME PARTIE.

DES manières dont s'éteignent les obligations, et des différentes fins de non-recevoir, ou prescriptions contre les créances, page 1	qualité pour recevoir, peut-il être rendu valable, 24
	ART. III. Quelle chose doit être payée; comment, et en quel état, 25
	§. I. Peut-on payer une chose pour une autre, <i>ibid.</i>
	§. II. Le créancier est-il tenu de recevoir par parties ce qui lui est dû, 28
	§. III. Comment la chose qui est due peut-elle être payée, 33
	§. IV. En quel état la chose doit-elle être payée, 36
CHAPITRE PREMIER.	ART. IV. Quand le paiement doit-il être fait, 37
Du paiement réel et de la consignation, 2	ART. V. Où le paiement doit-il être fait, et aux dépens de qui, 38
ART. I. Par qui le paiement doit-il être fait, 3	§. I. Où le paiement doit-il être fait, <i>ibid.</i>
ART. II. A qui le paiement doit-il être fait, 8	§. II. Aux dépens de qui se fait le paiement, 40
§. I. Du paiement fait au créancier, 9	ART. VI. De l'effet des paiements, 41
§. II. De ceux qui ont pouvoir du créancier pour recevoir, 13	§. I. Si un seul paiement peut éteindre plusieurs obligations, <i>ibid.</i>
§. III. De ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir, 17	
§. IV. De ceux à qui la convention donne qualité pour recevoir, 18	
§. V. De quelles manières le paiement fait à la personne qui n'avoit ni pouvoir ni	

§. II. Si le paiement fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation de tous les autres débiteurs de la même obligation, et de la cession d'actions, 43	§. I. Ce que c'est que la délégation, et comment elle se fait, <i>ibid.</i>
§. III. De l'effet des paiements partiels, 57	§. II. De l'effet de la délégation, 95
ART. VII. Règles sur les imputations, 60	§. III. Si le délégant est tenu de l'insolvabilité du délégué, 98
ART. VIII. De la consignation et des offres du paiement, 69	§. IV. Différence entre la délégation, le transport et la simple indication, 101

## CHAPITRE II.

De la novation, 76	De la remise d'une dette, 102
ART. I. Ce que c'est que la novation, et quelles sont ses différentes espèces, 77	ART. I. Comment se fait la remise d'une dette, <i>ibid.</i>
ART. II. Des dettes qui font la matière nécessaire de la novation, 78	§. I. Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention, <i>ibid.</i>
ART. III. Quelles personnes peuvent faire novation, 81	§. II. En quel cas présume-t-on une remise tacite, 104
ART. IV. Comment se fait la novation, 82	§. III. Si la remise peut se faire par la seule volonté du créancier, sans convention, 108
§. I. De la forme de la novation, <i>ibid.</i>	§. IV. Si la remise peut se faire pour partie, 110
§. II. De la volonté de faire novation, <i>ibid.</i>	ART. II. Des différentes espèces de remises, <i>ibid.</i>
§. III. Si la constitution d'une rente, pour le prix d'une somme due par le constituant, renferme essentiellement une novation, 85	§. I. De la remise réelle, <i>ibid.</i>
§. IV. De la nécessité qu'il y a que quelque chose diffère de la nouvelle dette de l'ancienne, 89	§. II. De la décharge personnelle, 111
§. V. Si le consentement de l'ancien débiteur est nécessaire pour la novation, 90	§. III. Si le créancier peut licitement recevoir quelque chose d'une caution pour la décharger, sans l'imputer sur la dette; et plusieurs questions qui en dépendent, 113
ART. V. De l'effet de la novation, 91	ART. III. Quelles personnes peuvent faire remise, et à qui, 118
ART. VI. De la délégation, 94	§. I. Quelles personnes peuvent faire remise, <i>ibid.</i>

## CHAPITRE III.

§. II. A qui la remise peut-elle être faite, 119

#### CHAPITRE IV.

De la compensation, 121

§. I. Contre quelles dettes peut-on opposer la compensation, 122

§. II. Quelles dettes peuvent être opposées en compensation, 130

§. III. Comment se fait la compensation, et de ses effets, 139

#### CHAPITRE V.

De l'extinction de la dette par la confusion, 151

§. I. En quel cas se fait cette confusion, 152

§. II. De l'effet de la confusion, 153

#### CHAPITRE VI.

De l'extinction de l'obligation par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible d'obligation, ou qu'elle est perdue, de manière qu'on ignore où elle est, 158

ART. I. Exposition générale des principes sur cette manière dont s'éteignent les dettes, *ibid.*

ART. II. Quelles espèces d'obligations sont sujettes à s'éteindre par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse de pouvoir être due, 164

ART. III. Quelles extinctions de la chose due éteignent la

dette; quand et contre qui elle est perpétuée, nonobstant cette extinction, 166

ART. IV. Si l'obligation qui est éteinte par l'extinction de la chose due, est tellement éteinte, qu'elle ne subsiste pas pour ce qui reste de cette chose, ni pour les droits et actions qu'a le débiteur par rapport à cette chose, 174

#### CHAPITRE VII.

De plusieurs autres manières dont s'éteignent les obligations, 180

ART. I. Du temps, *ibid.*

ART. II. Des conditions résolutoires, 182

ART. III. De la mort du créancier et du débiteur, 184

§. I. Règles générales, *ibid.*

§. II. Des créances qui s'éteignent par la mort du créancier, 185

§. III. Des créances qui s'éteignent par la mort du débiteur, 186

#### CHAPITRE VIII.

Des fins de non-recevoir, et prescriptions contre les créances, 187

ART. I. Principes généraux sur les fins de non-recevoir, et sur les prescriptions, *ibid.*

ART. II. De la prescription trentenaire, 190

§. I. Sur quelles raisons est-elle fondée, 191

§. II. De quand et contre qui court-elle, *ibid.*

§. III. De l'effet de la prescription trentenaire, 199	la prescription de six mois, <i>ibid.</i>
§. IV. Comment s'interrompent les prescriptions qui ne sont pas encore accomplies, 202	§. II. En quel cas y a-t-il lieu à la prescription d'un an, 221
§. V. Comment se couvrent les prescriptions accomplies, 213	§. III. En quels cas ces prescriptions n'ont pas lieu, 222
ART. III. De la prescription de quarante ans, 216	§. IV. De quand courent les prescriptions, et contre qui, 224
ART. IV. Des prescriptions de six mois et d'un an contre les actions des marchands, artisans, et autres personnes, 219	§. V. Du fondement et de l'effet de ces prescriptions, 227
§. I. En quel cas y a-t-il lieu à	ART. V. De plusieurs autres espèces de prescriptions, 229

---

## QUATRIÈME PARTIE.

De la preuve tant des obligations que de leurs paiements, 233	§. I. Des actes sous signatures privées ordinaires, <i>ibid.</i>
<b>CHAPITRE PREMIER.</b>	§. II. Des écritures privées, tirées des archives publiques, 246
De la preuve littérale, <i>ibid.</i>	§. III. Des papiers terriers et censiers, <i>ibid.</i>
ART. I. Des titres authentiques originaux, 234	§. IV. Des livres des marchands, 248
§. I. Quels actes sont authentiques, <i>ibid.</i>	§. V. Des papiers domestiques des particuliers, 251
§. II. Comment les actes authentiques font-ils foi contre les parties, 235	§. VI. Des écritures non signées des particuliers, 253
§. III. De quelles choses les actes authentiques font-ils foi contre les parties, 236	§. VII. Des tailles, 257
§. IV. De quelles choses les actes font-ils foi contre les tiers, 238	ART. III. Des copies, 258
ART. II. Des écritures privées, 240	§. I. Des copies faites par l'autorité du juge, partie présente, ou dûment appelée, 259
	§. II. Des copies faites en présence des parties, mais sans l'autorité du juge, 261

- §. III. Des copies faites sans présence des parties, et sans qu'elles aient été appelées par autorité de justice, 262
- §. IV. Du registre des insinuations, 264
- §. V. Des copies tout-à-fait informées, qui ne sont pas tirées par une personne publique, 266
- §. VI. Des copies de copies, *ibid.*
- ART. IV. De la distinction des titres en primordiaux et en recognitifs, 268
- ART. V. Des quittances, 270
- CHAPITRE II.
- De la preuve vocale ou testimoniale, 277
- ART. I. Principes généraux sur les cas auxquels cette preuve est admise, *ibid.*
- ART. II. *Premier principe.* Celui qui a pu se procurer une preuve par écrit, n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent 100 livres, 278
- ART. III. *Second principe.* Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu, 284
- ART. IV. Du commencement de preuve par écrit, 289
- ART. V. *Troisième principe.* Celui qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale doit être admis à la preuve testimoniale, 296
- ART. VI. *Quatrième principe.* Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale doit être admis à la preuve testimoniale, 299
- ART. VII. Comment se fait la preuve testimoniale, 300
- ART. VIII. De la qualité des témoins, et des reproches qu'on peut proposer contre leurs personnes, 305
- Du défaut de raison, 306
- Du défaut de bonne fame, *ibid.*
- Du soupçon de partialité, 307
- Du soupçon de subornation, 313
- CHAPITRE III.
- De la confession, des présomptions et du serment, *ibid.*
- SECT. I. De la confession, *ibid.*
- §. I. De la confession judiciaire, 314
- §. II. De la confession extrajudiciaire, 317
- SECT. II. Des présomptions, 322
- §. I. Des présomptions *juris et de jure*, 324
- §. II. Des présomptions de droit, 325
- §. III. Des présomptions qui ne sont pas établies par une loi, 329
- SECT. III. De l'autorité de la chose jugée, 332
- ART. I. Quels sont les jugements qui ont l'autorité de chose jugée, *ibid.*
- §. I. *Premier cas.* Des jugements rendus en dernier ressort, et de ceux dont il n'y a pas d'appel, 333
- §. II. *Second cas.* Des jugements dont l'appel n'est plus recevable, 341
- §. III. *Troisième cas.* Des juge-

ments dont l'appel a été déclaré péni,	346	soit <i>eodem an diverso genere judicii</i> ,	371
ART. II. Des jugemens qui sont nuls, et qui ne peuvent en conséquence avoir l'autorité de chose jugée,	348	ART. V. Entre quelles personnes a lieu l'autorité de la chose jugée,	372
§. I. Des jugemens qui sont nuls par rapport à ce qui y est contenu,	349	SECT. IV. Du serment,	384
§. II. Des nullités des jugemens qui se tirent des parties entre lesquelles ils ont été rendus,	353	ART. I. Du serment décisoire,	<i>ibid.</i>
§. III. Des jugemens qui sont nuls de la part des juges qui les ont rendus, ou par l'inobservation des formalités judiciaires,	358	§. I. Sur quelles choses peut-on déférer le serment décisoire,	<i>ibid.</i>
ART. III. Quelle est l'autorité de la chose jugée,	359	§. II. En quel cas peut-on déférer le serment décisoire,	385
ART. IV. A l'égard de quelles choses a lieu l'autorité de la chose jugée,	361	§. III. Des personnes qui peuvent, et à qui l'on peut déférer le serment,	390
§. I. De ce qui est requis en premier lieu, <i>ut sit eadem res</i> ,	362	§. IV. De l'effet du serment déféré, référé, fait ou refusé,	392
§. II. De ce qui est requis en second lieu, <i>ut sit eadem causa petendi</i> ,	366	ART. II. Du serment de celui qui est interrogé sur faits et articles,	400
§. III. De la troisième chose requise, <i>ut sit eadem conditio personarum</i> ,	370	ART. III. Du serment appelé <i>juramentum judiciale</i> ,	401
§. IV. Qu'il n'importe que ce		§. I. Du serment que le juge défère pour la décision de la cause,	402
		§. II. Du serment appelé <i>juramentum in litem</i> ,	407
		OBSERVATION GÉNÉRALE sur le précédent Traité et sur les suivans,	411