

LE CONTRAT ET L'ENGAGEMENT SUR L'HONNEUR EN DROIT CONTEMPORAIN

Jacqueline FAUCHÈRE

Université Paris II

La spécialiste de droit privé que je suis est depuis longtemps frappée par les relations existant entre contrat et serment, mais il est vrai que j'ap-proche les institutions juridiques avec un regard psychanalytique. Dans le contrat et le serment, la parole est centrale ; dans les deux cas, la présence d'un tiers, extérieur aux contractants ou au jureur et au récipiendaire, d'un tiers en position d'absolu est l'adresse finale des engagements ; dans l'un et l'autre cas, la violation de la parole entraîne des sanctions. Je ne dirai pas pour autant que le contrat est un serment, je prétends simplement que certains éléments importants du serment se retrouvent dans le contrat et méritent qu'on s'interroge ; mais qu'on explique aussi cette affirmation apparemment pé-remptoire : le contrat tire son efficacité de sa référence à un tiers en position d'absolu ; j'irai plus loin ; je me questionne au sujet de l'engagement sur l'honneur, pratique usitée mais peu connue de la doctrine. Je prétends qu'il est un serment, sans doute en voie de désacralisation, mais un serment puisque la promesse est référée à l'honneur et que la perte de l'honneur peut être la malediction d'un serment non accompli. Ce faisant, je m'interroge sur la relation de l'engagement d'honneur et de l'obligation juridique : le serment est-il à l'origine d'une obligation sanctionnée par les tribunaux ? Incidem-ment, je place, à côté de l'engagement solennel la déclaration sur l'honneur.

Le contrat et la référence à l'absolu

La Révolution française fit naître la question de l'origine et de la légitimité de la loi. Le pouvoir d'un seul était devenu intolérable ; Dieu ne pouvant plus être à l'origine du pouvoir, le peuple devint l'auteur de la loi : « La loi est l'expression de la volonté générale ». La représentation fut ima-ginée et, aux premiers temps de la Révolution, toutes les fonctions de pouvoir, à tous les échelons étaient exercées à la suite d'élections ; à cette époque, les magistrats étaient élus. L'électeur participait alors véritablement au pou-voir.

La théorie de la représentation, en définitive retenue par les constitutions, fait de la volonté générale un pouvoir imaginaire. On sait en effet que :

- le représentant ne représente pas l'électeur mais tout le corps électoral ;
- les représentants représentent la majorité mais aussi la minorité ;
- un représentant ne représente pas sa circonscription mais la France entière.

Ainsi n'y a-t-il pas de rapport direct entre le représenté et le représentant ; dire que le peuple est souverain relève de l'imaginaire mais le système met en place, d'un côté la loi comme référence tierce, extérieure à la volonté des sujets, et de l'autre la nation, principe de toute légitimité.

Le législateur, ainsi institué, put donner un Code civil qui tint compte des principes révolutionnaires et de la philosophie des lumières. Les maîtres mots du droit napoléonien, dans l'esprit, si ce n'est dans la formulation, sont individualisme, propriété et autonomie de la volonté. Sur la relation de ces trois termes, Louis Dumont, dans *Homo aequalis*, apporte une contribution intéressante. Il montre que les sociétés holistes sont devenues individualistes, lorsque l'économique s'est détaché du politique : l'intérêt est alors centré sur l'individu et la propriété. Sa démonstration s'appuie sur les *Deux Traités du Gouvernement* de Locke :

L'homme porte en lui la justification principale de la propriété parce qu'il est son propre maître, et le propriétaire de sa personne, de ce qu'elle fait et du travail qu'elle accomplit.¹

La propriété de soi-même est à l'origine de la propriété des « choses », mais la propriété de soi-même c'est aussi la liberté. Dumont estime que :

La possession n'est pas un accident historique passager d'un phénomène permanent qui s'appellerait individualisme ; au contraire, c'est sous l'aspect de la possession ou de la propriété que l'individualisme lève la tête... L'économique comme catégorie majeure représente le sommet de l'individualisme.²

L'œuvre de Locke fut reprise par Adam Smith qui fit, selon Dumont, de son ouvrage, *Une Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), l'acte de naissance de l'économique en tant que catégorie émancipée du politique.

L'autonomie de la volonté est la traduction juridique du concept de liberté. Elle permit la création du contrat. L'article 1134 du Code civil manifeste la force de l'échange des consentements : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Si l'interprétation de la convention faisait problème, elle se ferait en recherchant la volonté des parties³. A.J. Arnaud montre que la théorie du contrat est une œuvre de la codification et que :

1. *Deuxième traité du Gouvernement civil* (première édition des Deux Traités du Gouvernement, 1690, édition consultée : Glison, Paris, Vrin 1977).
2. Dumont (L.), *Homo aequalis, Genève et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Ed. Galimard, 1977, p. 75.
3. Art. 1156, 1157, 1158, 1161, 1162, 1163, 1164 du C. Civ.

Les tenants du droit naturel moderne, tout en fondant le droit des obligations sur les principes individualistes et volontaristes... n'expriment pas clairement, à l'exception peut-être d'Heineccius, une théorie du contrat.⁴

Il est tout à fait important aussi de s'arrêter sur les restrictions mises par le Code à cette puissance quasi ligiférante des parties : seules les conventions légalement formées « tiennent lieu de loi ». Elles sont légalement formées lorsqu'elles sont, selon l'article 6 du code, conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ce texte reprend des concepts déjà dégagés par Domat, et par lui répétés à l'envie, ainsi que le fait remarquer Arnaud⁵. Chez Domat, Portalis trouvait donc appui lorsqu'il disait : « Les bonnes mœurs peuvent supplanter les bonnes lois ; elles sont le véritable ciment de l'édifice social⁶ ».

L'autonomie de la volonté est ainsi insérée dans un système juridique et la loi, qui limite les consentements, a bien été conçue pour occuper une place de tiers : la nation met en place un législateur qui crée la loi, restitue sous son contrôle et celui des tribunaux une parcelle du pouvoir législatif aux particuliers, mais la loi fait figure d'absolu, de transcendance, de tenant-lieu du sacré même. Sur ce point, la pensée de Rousseau est édifiante : les lois forment une religion civile : elles sont saintes⁷ ; de très belles expressions en ce sens, dans l'œuvre politique de Rousseau, peuvent être trouvées chez Scubla, par exemple celle-ci : « Seul, un être qui serait comme Dieu parmi les hommes, le législateur pourrait...⁸ ». Plus proche du Code civil est Portalis. En termes mesurés, il affirme cependant dans *Le discours préliminaire sur le projet du Code civil* que « le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce⁹ ».

La loi qui se veut rationnelle, mais qui tient du divin, se dit dans un édifice qui infère, selon Garapon, l'idée de sacré : l'architecture d'une salle d'audience rappelle celle d'une église ; une *cancellata* ou barrière détermine un espace judiciaire réservé aux magistrats, aux jurés et aux membres du barreau¹⁰. Il se trouve surélevé de quelques marches, ce qui induit la notion de « montagne sacrée » : « dans toutes les civilisations... le point culminant du monde est l'endroit où la communication avec les Dieux est la plus aisée¹¹ ».

Ainsi, point de contrat qui ne soit référé à un tiers en figure d'absolu, mais un absolu dont le nom varie. Il y eut la volonté générale, il y a la loi à laquelle suppléent les bonnes mœurs, l'ordre public, mais aussi la bonne

4. Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., 1969, p. 203.

5. *Ibidem*, pp. 210, 211.

6. Cité par Arnaud, *ibidem*, pp. 212, 213.

7. Rousseau (J.J.), *Du contrat social*, Paris, Ed. du Seuil, 1977, chap. 7, 311, 312.

8. *Notes sur le serment dans les écrits politiques de Jean-Jacques Rousseau*, ce colloque, manuscrit, p. 17.

9. Le sacrifice de Simonneau maire d'Etampes dans les premiers temps de la Révolution, illustre admirablement la conversion à la religion de la loi. La valeur exemplaire de l'épisode a été célébré en grande pompe dans un cortège ordonné par Quatremère de Quincy, qui s'acheva par l'ostension de l'écharpe du maire sous les voiles du Panthéon français.

10. Portalis (J.E.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 4; et aussi « le sanctuaire des lois », p. 8.

11. Garapon (A.), *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Justice humaine, Le Centurion, 1985, p. 31.

11. *Ibidem*, pp. 39, 40.

foi et l'équité. Il y a la nation ou le peuple français, au nom duquel est rendu la justice. Si l'on quitte le domaine du contrat d'autres mots arrivent en force dans la chaîne signifiante : la patrie pour laquelle on meurt, l'ineffable norme fondamentale de Kelsen, sur laquelle repose l'édifice juridique, et ou « droit du droit » selon Ewald, qui note leur évolution et leur portée :

Les systèmes juridiques européens ont vu se développer toute une pratique du contrôle de constitutionnalité des lois, en fonction des « principes généraux du droit » ou des « droits fondamentaux », qui jouent dans l'économie de ce système le rôle que jouait auparavant l'hypothèse du droit naturel.¹²

Si des mots nous mènent en tant que « conénants » d'absolu, il est important de noter que les droits de l'homme sont invoqués spontanément dans le corps social, sans référence à la procédure juridique qui les met en œuvre. L'Homme en place de Dieu dans une société sans sacré, mais à la recherche d'un absolu.

L'engagement sur l'honneur et le serment

Les droits de l'homme introduisent à une transcendance que la technique des contrats ignore ; au contraire, l'engagement sur l'honneur semble se révéler spontanément ; un au-delà, dans la mesure où l'honneur est invoqué comme l'enjeu d'une promesse, d'un serment peut-être. De l'engagement sera brièvement rapprochée la déclaration sur l'honneur, le premier portant sur un fait, le second sur un dire ; s'il est vrai que seul l'engagement est nature promissoire, peut être mis en relation avec le contrat, l'un et l'autre ont en commun de se référer à l'honneur, qui serait l'enjeu d'un serment.

On lit fréquemment, dans les rares ouvrages de doctrine traitant des engagements sur l'honneur, qu'ils ne créent pas d'obligation juridique¹³. Malaurie et Aynes disent « ce sont des accords dont les parties subordonnent l'exécution à leur loyauté respective »¹⁴. Il n'y aurait pas alors de recours possible au contrôle judiciaire. L'engagement d'honneur, distinct de l'obligation de droit, est une opinion qui doit être mesurée à l'aune de la jurisprudence ; mais si l'on prétend que l'engagement et la déclaration sur l'honneur sont des serments, il convient de donner une base à cette affirmation.

On peut tenter l'analyse en se référant aux serments républicains, prêtés dans les Palais de justice : serments promissaires des magistrats et des personnes qui concourent à l'administration de la justice, serments assertoires prêtés devant les juridictions civiles et les juridictions pénales ; ce sont des promesses ou des affirmations, certes faites dans un lieu que l'on peut considérer comme le temple de la loi, qui s'adressaient mais ne s'adressent plus à une force supérieure. Seule, la formule des jurés à la cour d'assises prenait encore Dieu à témoin, mais cette invocation fut supprimée en 1972. Par ail-

12. Ewald (F.), *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 39.

13. Weill (A.) et Terré (F.), *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., Dalloz, 1975, n° 31, Car-bonnier, *Droit civil. Allées Obligations*, 1982, p. 50.

14. Malaurie et Aynes, *Cours de Droit civil. Les Obligations*, p. 165.

leurs, les serments de fonctionnaires disent rarement ce qui est mis en gage, perdu en cas de trahison. Seuls les magistrats jurent d'être dignes et loyaux, ce qui est proche de l'honneur¹⁵.

L'honneur serait donc l'ultime gage d'un serment républicain : « si je mens, que je perde l'honneur », un objet sur lequel jurer, attesté par les dictionnaires, par exemple le *Trésor de la Langue française, Dictionnaire de la langue des XIX^e et XX^e siècles*¹⁶ : « Hommeur, formule d'un serment par laquelle on affirme la véracité d'un fait, d'un propos, assurer, jurer, promettre sur l'honneur ».

L'honneur au XIX^e siècle, à lire le Grand Larousse, est un sentiment considérable. Il est dit, d'abord, qu'il n'est pas connu des Romains, qu'il est d'origine féodale, puis qu'avec la Révolution, il se démocratise et n'est plus le privilège des aristocrates : l'honneur fut

la grande vertu de nos pères, leur principal mobile d'action, le ressort généreux de toute leur conduite et presque de leur morale. L'ancien Français, à quelque ordre qu'il appartenait, faisait tout, non par devoir, ou par vertu, ou par crainte de la loi, mais par honneur. Ce que l'honneur permettait, il le faisait, la morale l'eût-elle défendu d'ailleurs ; ce que l'honneur défendait, il s'en abstenait, la morale l'eût-elle permis. L'honneur, comme une religion, se développait dans chaque individu conformément à son origine, à ses mœurs ou à son caractère, et prenait des formes particulières dans chaque classe.

Vigny est l'écho de cette conception et fait de la parole d'honneur un serment :

Peser 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'homme ; 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, bête par tous les peuples ; elle devient le serment même, parce que vous y ajoutez le mot : honneur¹⁷.

L'engagement sur l'honneur et la déclaration pourraient donc être considérés comme des serments certes désacralisés, de même que les serments prêtés dans les Palais de justice, mais des serments ; reste à savoir pour quelles raisons, cette référence à un au-delà est utilisée quand le Code civil permet une grande liberté dans les contrats ; en ce qui concerne la déclaration sur l'honneur, la question est la même : pourquoi la signature n'est-elle pas une authentification suffisante du dire ?

Le Grand Larousse donne une indication de ce que peut être l'honneur : « L'hommeur comme une religion s'est développé dans chaque individu ». On peut penser que s'engager ou déclarer sur l'honneur, c'est se référer à la loi

15. Pageard (R.), Le serment dans la vie française contemporaine, in *Le serment. Recueil d'études anthropologiques, historiques et juridiques*, Centre Droit et Cultures de l'Université Paris X Nanterre, 1989.

16. 1789-1960, Ed. du C.N.R.S., 1981.

17. Pierre Larousse, Grand Dictionnaire universel du XIX^e siècle, 1865-1890, 17 vol., tome IX.

18. Vigny, *Servitude et Grandeur militaires* (Conclusions de « La Vie et la mort du Capitaine Renaud ou la Canne de Jonc »), Garnier, 1965, p. 218.

symbolique devenue loi interne et non plus externe, comme l'est la loi juridique sanctionnée par les tribunaux. S'engager sur l'honneur c'est accepter des limites ; les psychanalystes diraient que c'est passer par la castration.

Il y aurait ainsi des domaines ou des matières dans lesquelles la loi civile serait inadéquate. On peut tenter de les inventorier ; on peut aussi rechercher quelle force, quels effets la jurisprudence accorde aux engagements lorsque la parole est trahie.

L'évitement de la règle juridique est une motivation fréquente des promesses sur l'honneur. Il peut arriver que l'engagement intervienne pour contourner des règles d'ordre public, ainsi par exemple celui que prit un mari, lors d'une procédure de divorce pour rupture de la vie commune : il renonça à demander ultérieurement une éventuelle réduction de la pension alimentaire, promesse qu'il ne tint pas¹⁹. Dans le domaine des affaires, les *gentlemen's agreements* sont fréquemment conclus dans le même but ; ainsi des conventions de vote peuvent répartir des sièges entre groupes de capitaux au sein des conseils d'administration. De l'évitement de la règle juridique est distinct le désir d'écartier le contrôle judiciaire en cas d'inexécution car, on le sait, les sociétés d'affaires sont fréquemment soucieuses de régler leurs litiges à l'abri du regard étatique ; en témoigne la pratique de la clause compromissoire. Mais la règle juridique peut être simplement peu appropriée, fragmentaire, inexistante. La vie économique internationale illustre le vide législatif et la nécessité d'y remédier par des initiatives privées :

Les Etats, dit Philippe Fouchard, en renonçant à intervenir, reconnaissent que les professionnels sont souvent plus aptes à régler eux-mêmes leurs rapports et que les normes qu'ils dégagent ainsi progressivement sont mieux adaptées ou mieux adaptables à leurs besoins²⁰.

La sanction de l'inexécution est la plupart du temps l'exclusion : les pratiques auxquelles se réfèrent les sociétés s'appuient sur des codes de l'honneur et la pression extérieure est en général suffisamment forte pour obtenir l'accomplissement des engagements ; néanmoins, il faut bien reconnaître que l'exclusion ou la crainte de l'exclusion est une sanction sociale, une sanction du for externe, tandis qu'un récent usage de la D.D.A.S.S. (Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale) montre au contraire comment faire fond sur la contrainte interne. Elle substitue, depuis peu, aux dons qu'elle consentait des prêts d'argent gagés sur l'honneur. Il faut interpréter cette transformation de l'aide sociale comme un appel à la loi interiorisée de l'assisté qui, répandant de lui-même, se constitue sujet. Ce recours à une loi interne serait sans doute aussi la motivation du serment sur l'honneur dans les affaires de famille ; en témoigne par exemple, la renonciation d'acquiescer à bas prix un bien maternel pour ne pas désavantager des sœurs (on retrouvera cette espèce plus loin).

Une autre question est de rechercher l'effet de l'engagement sur l'honneur laissé sans exécution. Les juridictions étatiques peuvent-elles condamner

19. Cf. note 28.

20. Ph. Fouchard, l'Etat face aux usages du commerce international, Communication au Comité français de droit international privé, 20 mars 1974, *Travaux*, 34^e à 36^e années, 1973-1975, Dalloz, 1977, p. 80.

à une sanction ? En d'autres termes, l'engagement d'honneur peut-il se transformer en une obligation juridique ? Il convient d'abord, sans s'y attarder, de mettre en rapport l'engagement sur l'honneur et l'obligation naturelle car la relation de ces deux obligations vient immédiatement à l'esprit.

L'obligation naturelle fait partie des obligations juridiques, son exécution est un paiement mais il doit être volontaire. Sa définition semblerait recouvrir le cas de l'engagement sur l'honneur et c'est d'ailleurs la position de Barin²¹ ; mais n'y a-t-il pas place dans les régulations sociales pour des obligations de conscience qui ne deviendraient pas juridiques²² ?

B. Oppet, dont la chronique est essentielle en la matière, prétend que l'engagement sur l'honneur est irréductible à l'obligation civile comme à l'obligation naturelle^{22bis}, position que je fais mienne, en ajoutant qu'il est un serment ; mais cela n'empêche pas de rechercher si la jurisprudence attache une sanction à l'inexécution d'un engagement sur l'honneur.

Pour une époque reculée et pour le droit civil, on citera d'abord un arrêt de la Cour de cassation, refusant la qualification d'obligation de droit strict à un engagement d'honneur intervenu dans un cadre familial à son profit, dans le but de garantir ses sœurs contre tout avantage indirect à son profit de la part de leur mère, avait promis à l'une et à l'autre de ne pas acquiescer les biens maternels au-dessous d'un certain prix²³. En 1848, la Cour de Bordeaux²⁴ priva un engagement d'honneur de toute sanction juridique : un débiteur avait promis de régler une dette qui lui avait été remise ; l'absence de dette véritable fut peut-être le motif de la décision prise.

Plus récemment — en 1953 — la Cour d'Amiens, dans une affaire de bail selon la loi du 1^{er} septembre 1948, décida qu'on pouvait être tenu de sa renonciation au droit au maintien dans les lieux²⁵. Dans le même sens, le Tribunal de paix de Paris reconnut formellement la faute contractuelle d'un occupant sans titre, résultant d'un engagement sur l'honneur à quitter les lieux loués, engagement qu'il ne voulait pas tenir²⁶. En 1980, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre admit incidemment l'engagement sur l'honneur d'un mari : au cours d'un divorce il avait constitué sa femme bénéficiaire d'une assurance-vie ; mais la juridiction décida que cet engagement était devenu caduc car la convention définitive de divorce comportait une renonciation expresse des époux aux donations et avantages qu'ils s'étaient consentis²⁷.

21. Aubry et Rau, *Droit civil*, 6^e éd. par E. Barin, t. 4, § 297, p. 13.

22. En ce sens Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^e éd., 1949, n^{os} 194 et 197, texte et note 4, cité par B. Oppet, *L'engagement d'honneur*, cf. *infra*.

22bis. L'engagement d'honneur, *Dalloz*, 1977, pp. 107.

23. Req. 25.2.1835, D.P., 1838, 1, 439.

24. 31 mai 1848, D., 1848, 2, 180.

25. Amiens 13.7.1953, D., 1953, Somm. 51, cité par Oppet Chronique cf. note 22bis.

26. Trib. paix Paris, 16^e arr. 14.6.1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.222, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.70, obs. H. et L. Mazeaud, *ibid.*, p. 105, obs. Carbonnier, cités par B. Oppet, Chronique, cf. note 22bis.

27. 6.10.1980, inédit.

28. Cass. 27.11.1985, *Bull. civ.*, 11, n^o 178, p. 118, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1986.750, obs. J. Mestre; D., inf. rap. 1987.48, note Bénabent.

Plus intéressante est la décision de la Cour de Cassation du 27 novembre 1985²⁸ qui censura un arrêt de la Cour de Paris : celle-ci avait considéré comme sans portée l'engagement d'honneur d'un mari, pris lors d'une procédure de divorce pour rupture de la vie commune. Il renonçait par là à toute demande ultérieure de modification de la pension alimentaire. La Cour de cassation reconnaît donc l'obligation civile contenue dans l'engagement, mais quelle est la portée exacte d'une telle obligation ? On sait que les pensions alimentaires sont d'ordre public. Cet arrêt autorise-t-il à s'engager au-delà de ce que permet l'ordre public, ou au contraire, doit-on le lire comme introduisant une limite à l'ordre public des pensions alimentaires ?

En matière commerciale la jurisprudence, dès la fin du XIX^e siècle, assimile sans hésitation les engagements d'honneur à des obligations de droit. La jurisprudence rendue en matière de faillite

considère comme civilement obligatoire l'engagement d'honneur pris par le failli soit dans le concordat, soit dans un acte postérieur, de payer au cas de retour à meilleure fortune, la totalité des créances vérifiées ou affirmées²⁹.

La Cour de Cassation, dans un arrêt plus récent — 1968 — approuve les juges du fond d'avoir estimé « que l'engagement pris sur l'honneur par un débiteur, de rembourser le solde débiteur du crédit consenti par une banque, dans la mesure de ses possibilités, ne pouvait être considéré comme une simple obligation naturelle ». Ses facultés avaient été reconnues par la Cour d'Appel, il devait payer³⁰.

La Cour de Cassation en 1972, reprenant les motifs des juges du fond admet la validité de l'engagement sur l'honneur³¹ : en 1969, la Cour de Colmar avait jugé que l'engagement sur l'honneur, pris par des cessionnaires d'assurer la pérennité de la société dont ils venaient de se rendre maître, avait un caractère solennel, accentuant le caractère obligatoire de l'engagement : la Cour de Cassation, tout en faisant abstraction de ce motif surabondant, reconnut cependant à l'engagement, pour rejeter le pourvoi, une efficacité permettant d'approuver les mesures ordonnées par la Cour d'Appel, afin de sauvegarder la société durant l'instance (il s'agissait du pourvoi fait sur une décision de référé).

On serait tenté de voir dans la lettre d'intention, encore appelée lettre de patronage ou de confort, une nouvelle application d'engagement sur l'honneur. Utilisée depuis 1980, la lettre d'intention émane d'une société mère qui se pose en garante de sa filiale, auprès d'un organisme de crédit. La lettre sert à tourner les règles de cautionnement parce que, n'apparaissant pas dans les bilans de la société, ses facultés de préférer ne sont pas entamées. La lettre d'intention serait alors un engagement sur l'honneur, dans la mesure où les parties souhaitent se lier, sans placer leur accord sous le regard des juridictions étatiques. La jurisprudence en la matière examine toute une gamme de situations possibles : simples considérations par lesquelles le souscripteur

déclare avoir connaissance des crédits consentis, engagements plus contraignants s'analysant en obligations de moyens, obligation contractuelle de résultat, par exemple celle de rembourser les sommes avancées. Le Tribunal de Commerce de Paris, en 1981³², se prononça pour la première fois sur la spécificité de la lettre d'intention, distincte du cautionnement et sur la portée juridique d'une telle lettre. Les tribunaux élaborèrent à la suite une jurisprudence différenciant l'obligation morale et l'obligation de résultat³³. La Cour de Cassation, le 21 décembre 1987, mit fin à cette jurisprudence sur la spécificité de la lettre d'intention et décida « qu'il appartient au juge de donner ou de restituer une exacte qualification en pareil cas, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées » ; la lettre d'intention dont il était question, pouvait être qualifiée de cautionnement³⁴. La Cour de Cassation ne fait aucune référence aux engagements sur l'honneur, mais en ne prenant pas en considération l'intention des parties de rester en dehors de la sphère juridique et en se référant au contenu de leur obligation, elle condamne sans doute le développement de l'engagement sur l'honneur dans un domaine important de la pratique. Néanmoins pouvait-on considérer comme contenant une obligation d'honneur toute lettre d'intention, sans que ce document ait porté la référence d'engagement d'honneur, ou se soit situé dans la catégorie des *gentlemen's agreements* ? Une obligation morale n'entre pas nécessairement, soit dans la classe de l'obligation naturelle, soit dans celle de l'engagement sur l'honneur. Un père relatif aux lettres d'intention, publié par l'Association professionnelle des banques, en 1974, considère précisément ces lettres comme des engagements moraux³⁵. La distinction ici im- porte car seul le véritable engagement sur l'honneur serait un serment.

Le serait aussi la déclaration sur l'honneur bien qu'elle soit un dire et non pas un faire, un dire dont l'authentification par la signature semble insuffisante. On sait que dans de nombreuses situations de la vie courante ou dans les relations avec l'Administration, le seing est précédé de la mention « sur l'honneur » : déclaration en mairie en vue d'obtenir un certificat de concubinage, déclaration de perte de carte d'identité pour la délivrance d'un nouveau document, feuille de sécurité sociale à remplir en vue du remboursement. Lorsqu'il n'est prévu aucune sanction spécifique, les peines de l'article 150 du Code Pénal, pour faux en écriture privée, sont applicables mais également prévoir des sanctions spécifiques : ainsi l'arrêté du 23 avril 1982 institue une aide en faveur des artisans et commerçants ayant cessé toute activité — ce qu'ils ont à certifier sur l'honneur — et les sanctions du parjure sont les peines prévues pour les contraventions de cinquième classe.

32. 27.10.1981, *Rev. Banque* 1981, 1455, obs. L.M. Martin; *D.*, 1982, I.R. 198, obs. Vasseur.

33. Trib. Comm. Paris, 30.4.1985, *D.*, 1986, I.R. 325, obs. Vasseur, Trib. Comm. Paris, 16.6.1986, *Rev. Jur. Comm.*, 1987, 53, obs. Gallier; Trib. Comm. Lyon, 12.8.1986, inédit; Trib. Comm. Meaux, 7.4.1987, inédit; Cour Appel Montpellier 10.1.1985, *D.*, 1985, I.R. 340, obs. Vasseur, *Rev. Banque*, mars 1985, 305, obs. Rives-Lange; sur ce sujet, se référer à M. de Vita, La jurisprudence en matière de lettre d'intention, *Etude analytique*, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, Doctr., pp. 667.

34. Cour cass. ch. com., 21.12.1987, *D.*, 1989, 112, note J.P. Brill.
35. Cf. Oppetit, *Chronique précitée*, p. 110.

29. Cf. Oppetit, *Chronique précitée* p. 113, se rapportant aux arrêts suivants : Civ., 29.4.1873, *D.P.*, 75.1.207; Req. 26.1.1874, *D.P.*, 75.1.23; Nancy, 21.6.1902, *D.P.*, 1902.2.471, confirmé sur pourvoi par Req. 4.7.1904, *S.*, 1905.1.37.

30. Com. 23.12.1968, *Bull. civ.* IV, n° 374, p. 334; *D.*, 1969, *Somm.* p. 71.

31. 10.1.1972, *J.C.P.*, 1972, 11.17.134, note Guyon.

On observe donc que la déclaration sur l'honneur n'a pas nature d'engagement mais fonction asservoire parce que la preuve est difficile ou impossible ; l'utilisation de la déclaration est la même que celle du serment asservoire devant les juridictions. Dans l'un et l'autre cas, il est fait appel à la contrainte intérieure, chacun étant renvoyé à sa propre loi parce que la sanction extérieure n'a, par hypothèse, pas ou peu de chance de s'appliquer. La référence à l'honneur est-elle efficace dans la mesure où l'honneur ne semble plus être une valeur ? Un engagement solennel inciterait-il à plus de sincérité dans les déclarations ? On dira que l'honneur est un objet sur lequel prêter serment tandis qu'un engagement solennel ne serait qu'une forme, l'une ne pouvant remplacer l'autre avec profit. Finalement le seul changement possible serait la suppression de toute autre mention que la signature, ce qui fut fait en 1986 pour les déclarations fiscales : la signature, du for externe, car une sanction judiciaire s'attache au faux, renvoi au for interne ; la signature est la manifestation du sujet qu'il est question d'atteindre et de lier... Du serment on revient à la volonté, qui se traduit par le seing ; du serment, c'est-à-dire l'adresse directe à un tiers en position d'absolu, à la déclaration sèche et à la référence indirecte à ce même tiers dont l'existence est interiorisée.

En définitive, on notera l'intéressante relation du contrat et de l'engagement sur l'honneur : le Moyen-Age ne connaît pas l'autonomie de la volonté ; le serment promissoire c'est-à-dire la référence au sacré accompagne les engagements pour les garantir³⁶. Le Code Civil ignore le serment car la relation à l'au-delà est effacée au bénéfice de relations horizontales, transitant par l'autonomie de la volonté, érigée en dogme. La pratique du XIX^e siècle invente l'engagement sur l'honneur comme une forme désacralisée du serment, pour éviter sans doute les engagements juridiques hors de mise et les tribunaux donnent force à ces promesses ; mais dans les deux cas — engagement sur l'honneur et contrat — la référence, soit explicite, soit implicite est faite à un tiers, tenant lieu de sacré, ce qui explique la proximité des deux formes d'obligation³⁷.

DE L'ÉVOLUTION DU SERMENT PROBATOIRE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

Bernard BEIGNIER

Université de Caen

Le serment fait partie de ces institutions juridiques que l'on considère en France, à l'heure présente, comme le reliquat d'époques révolues. A en croire la majorité de la doctrine, le serment ne s'est maintenu dans le Code Civil, somme toute, que du fait de son inutilité. Sorte de morale juridique, il persiste dans les articles 1357 et suivants, mais, ordinairement, on ne l'en-seigne que pour mémoire et aussi par souci de pittoresque, pour rappeler que le Code, monument de la France, « mère des lois », comme les plus fameux bâtiments de ce pays, ne s'est perpétué que par sa permanente restauration et qu'il conserve, ça 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 cassation.

Cette France où les enfants reconnaissaient devoir honneur et respect à leur père et mère (art. 371 C.civ.), et où le domestique vit chez son maître (art. 109) ; où la propriété immobilière, base de tout patrimoine, se dénomme un héritage (ex. art. 644) et la cheminée, « âtre » (art. 674) ; de ce pays des « villes et campagnes » (art. 653) aux paysages plantés d'« arbres, arbrisseaux et arbustes » (art. 672), de « bois taillis ou de futailles » (art. 521) où l'on se dispute sur les « racines, ronces ou brindilles » (art. 673) et les « récoltes pendantes sur les racines » (art. 520). Ces contrées où l'on rencontre même des magasins de sel (art. 674), mais aussi des « moulins à vent ou à eau fixés sur pilier » (art. 519). Cette terre où il n'est pas vain de s'interroger sur « les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des étangs » mais aussi les « presseurs, chaudères, alambics, cuves et tonnes » (art. 524), et où, dans les villes, les belles demeures ont des parquets, des boiseries, des tapisseries et des statues (art. 525), ces mêmes villes parfois encore entourées de « portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses » (art. 540). Ce pays où, malgré tout trente-deux décimètres font toujours dix pieds, où une bourgade compte sa population en « âmes » (art. 663), où l'on paye le boulanger en fin de mois sur la preuve d'une taille (art. 1333), où il est « dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat », l'huile

36. Cf. Arnaud, *op. cit.*, p. 201.

37. Depuis la fin de notre étude, Daniel Ammar a soutenu à Paris I en 1989 une thèse intitulée « *Essai sur le rôle de l'engagement sur l'honneur* ».

et le vin (art. 1587). Cette Nation où, en l'an 1816, date d'édition définitive du Code, règne Louis-Désiré, dix-huitième du nom (art. premier). C'est dans ce contexte, au sens bien exact du mot, qu'il faudrait replacer les articles 1357 et suivants qui autorisent de recourir au serment soit en le déférant soit en le référant, pour prouver un acte ou un fait juridique.

Pourtant on peut raisonnablement se demander si, véritablement, le serment probatoire a disparu aussi radicalement de la vie juridique. On s'apercevra alors que le serment, tout d'abord, s'est laïcisé (I) et qu'il n'est pas excessif de dire que, ce faisant, il n'a probablement jamais été autant employé comme moyen de preuve (II).

DE DIEU À L'HONNEUR

Il est superflu de rappeler ici que le serment probatoire était, sous l'ancien droit, un acte parfaitement religieux. Certaines coutumes contenaient même des règles formelles à ce sujet¹. Il est tout aussi inutile de redire maintenant, ce qui a été indiqué dans d'autres communications que le serment est, pour reprendre l'excellente formule de M. Pageard, une « ordalie mystique à effets indéterminés » supposant une sanction divine. En bref, l'existence du serment comme moyen juridique de preuve, présuppose nécessairement l'existence de Dieu. Cette question bien évidemment n'était pas un problème sous l'ancien régime, elle le devint à compter de la Révolution.

Cambacérés, probablement moins porté aux compromis que Portalis, en avait tiré la conséquence, dans l'élaboration de ses successifs projets de Code civil, qu'il ne fallait plus user de l'expression serment et avait proposé son remplacement par « affirmation judiciaire ». Outre que le sémillant second consul fut écarté des travaux préparatoires, le Conseil d'Etat lui-même, chose assez étonnante, demanda le retour au mot serment². Il n'en resta pas moins dans le Code Napoléon un *lapsus calami* qui eut les pires conséquences. L'article 1781 ne fut pas rectifié et fut promulgué en déclarant, à propos du paiement des gages des domestiques, « Le maître est crié sur son affirmation ». Autant le principe de ne croire le maître que sur serment avait son sens dans la société de 1800, autant on assista au long du XIX^e siècle aux abus les plus néfastes lorsque la jurisprudence se contenta d'admettre de l'employeur une simple déclaration : ainsi l'article qui l'obligeait, malgré tout, à la preuve la plus solennelle aboutit à le dispenser de toute preuve ! Ce fut la loi, célèbre en son temps du 2 août 1868, prodrome de l'Empire libéral qui abrogea ce texte d'iniquité³.

En revanche, tout au long de ce même siècle, la jurisprudence de la Cour de cassation ne cessa de rappeler que le serment était un acte religieux, recevant en cela le ferme appui de la doctrine. « Le serment est un acte civil et religieux, par lequel on prend la divinité à témoin du fait qu'on allègue » écrit sans détours Delvincourt⁴, plus nettement encore, Toullier : « Le serment est un acte religieux, où celui qui jure invoque Dieu, non-seulement pour témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, mais encore pour vengeur de l'imposture ou de la foi violée, en un mot du parjure. Ainsi, deux choses à distinguer dans le serment : 1) L'invoocation, par laquelle on prend à témoin le Dieu de vérité, qui sait tout ; 2) L'implication, par laquelle on le prie, comme juste et tout-puissant, de venger sur nous le parjure »⁵.

Quant à Demolombe il montre bien, avec son énergie habituelle, que le serment ne peut qu'être religieux : « Est-ce que, en effet, le serment, considéré comme une simple déclaration civile, ne disparaît pas tout à fait ! Que signifierait, par exemple, avec une terminologie pareille le serment supplétoire, qui serait déféré par le juge au demandeur ? Ce demandeur affirme, bien entendu ; à quoi bon lui demander d'affirmer encore, si cette nouvelle affirmation est la même, que celle qu'il présente, et n'offre pas d'autre garantie ! Or, cette garantie précisément, que va présenter sa nouvelle affirmation, c'est le caractère religieux, dont elle sera revêtue »⁶.

La conséquence de cette conception fut une discussion, qui donna lieu à de nombreux arrêts, sur le rituel du serment et plus particulièrement sur le point de savoir si les juifs devaient prêter le serment *more judaico*.

Certaines Cours, notamment celles de Colmar et d'Alger pour des considérations locales qu'il est assez aisé de comprendre, avaient décidé que les Juifs pouvaient être contraints de jurer selon leurs rites propres : « Considérant que le serment est tout à la fois civil et religieux ; civil, parce que la loi l'autorise, religieux, parce que celui qui le prête, prend Dieu à témoin de la vérité de sa déclaration ; que si la différence des cultes en met dans les solennités qui doivent l'accompagner, pour lui donner le caractère d'un véritable serment, les solennités, les formes sont de l'essence du serment dans le culte qui les prescrit, et qu'elles doivent être respectées, comme le culte lui-même ; sans quoi il n'y aurait pas même de serment ; et que loin de trouver dans la loi une disposition contraire le principe est puisé dans la loi même qui protège également tous les cultes (...) ; que le serment se rapportant à Dieu, il est dans la raison, comme dans l'esprit de la loi qui l'autorise, que celui qui le prête, le fasse selon le mode que lui prescrit son culte, puisque c'est la seule garantie que l'on puisse avoir de la vérité de sa déclaration et de la justice de sa défense »⁷.

4. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, 1824, t. II, p. 198.

5. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1819-1831, t. 5, n° 343, p. 278. Même opinion chez Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd. Paris, 1878, t. 8 & 752, p. 181. Id. article Serment in *Pandectes françaises*, Paris, 1904, t. 51, p. 536 s.

6. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon - Traité des contrats*, t. VII, Paris, 1878, n° 558, p. 496.

7. Cour de Nancy, 15 juillet 1808, S. 1791-1830 ; 1^{er} s., 2^e vol., II^e p., p. 417. Add. la jurisprudence de Comar, illustrée par deux arrêts du 5 mai 1815 (S. eod. loc. p. 40) et du 18 janvier 1828 (ibid. p. 43). Cette dernière décision très longuement motivée est la plus intéressante. Add. Pau, 11 mai 1830, S. 1831-II-150. Pour la jurisprudence de la Cour d'Alger, un arrêt éga-

1. Par exemple la Coutume d'Auvergne à propos du serment sur le bras de st Antoine.

2. LOCKE, *La législation civile de la France*, Paris, 1827-1832, t. XII, p. 129 et p. 528-548.

3. Sur cette question, Rémy Dubois, *De la condition juridique des domestiques*, th. Paris, 1911, p. 46 s. 1907, p. 32 s. ; Robert Sauty, *De la condition juridique des domestiques*, th. Paris, 1911, p. 46 s.

Mais cette jurisprudence fut systématiquement combattue par la Cour de cassation. De ses divers arrêts on retiendra particulièrement l'arrêt de principe Cert du 3 mars 1846⁸ cassant un Arrêt de la Cour de Colmar appliquant la jurisprudence locale : « Attendu 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 tous leurs actes. Attendu que le serment décisive déferé ou référé, aux termes de l'art. 1357 du C. civ., a un caractère essentiellement religieux, puisque celui qui le prête prend Dieu à témoin de la sincérité de son affirmation ; que 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 (...). Attendu que le serment consiste uniquement dans les mots « Je jure » qu'on est tenu de prononcer en levant la main ; que cette forme est consacrée par un usage constamment suivi en France ; qu'elle a été expressément adoptée pour les Français de la religion protestante par les édits de 1572 et 1598 (art. 12 et 21) ; qu'elle est prescrite par nos lois politiques et criminelles ; qu'elle est la seule à laquelle les Français puissent être soumis, et qu'en cas de faux serment, tous sont punis des mêmes peines ».

Ce même arrêt, en revanche, permettait à un individu d'accepter volontairement de se soumettre au rite de sa religion ; cette jurisprudence fut toujours maintenue⁹. Il est toutefois évident qu'elle paraît d'une quasi-inapplication pratique¹⁰. Car en réalité, au moins depuis le début du XIX^e siècle, le serment tendait de plus en plus à se laïciser. Evolution qui, d'ailleurs, devenait une nécessité, compte tenu de celle des institutions françaises. A la fin du XIX^e siècle, les prétoires voyaient disparaître les crucifix, en 1883 une circulaire de la Chancellerie abrogeait la tradition de la « messe

lement très motivé (à la suite d'une consultation des rabbins de la ville), du 18 juin 1845, D. 1846-II-61. La situation en Algérie était quelque peu différente de celle du reste du territoire, dans la mesure où, jusqu'au fameux décret Crémieux (lequel en tant qu'avocat avait eu à plaider contre le serment *more judaico*) du 24 octobre 1870, les Juifs ne disposaient pas de la nationalité française (pour la bonne raison qu'ils étaient implantés en Algérie bien avant la conquête de 1830) et qu'ils étaient soumis, en vertu du principe de la personnalité des lois dominant en Afrique du Nord, à la loi mosaïque (sur cet aspect cf. Emile LARGUIER, *Traité élémentaire de législation algérienne*, Paris, 1903, t. I, n° 570 s. p. 12 s. et Claude MARTIN, *Les israélites algériens de 1830 à 1902*, th. Lettres, Paris, 1936). Simon SCHWARZFUSS expose très bien comment le serment *more judaico* qui n'avait pas été conçu à son origine comme un moyen d'exclusion des Juifs, mais été la conséquence du simple respect du caractère religieux du serment, était devenu au XIX^e siècle, au contraire, un instrument de ségrégation contrevenant au principe d'intégration issu de la Révolution (*Du Juif à l'Israélite*, Paris, 1989, p. 249 s.). Il s'agissait bien de particularismes locaux car les autres cours ne partageaient jamais ce point de vue, Turin, 22 fév. 1809 (S. 1^{re} s., 3^e vol. II-30) Nîmes, 7 juin 1827 (S. 1825-1827, II-376) ; Aix, 13 août 1829, (S. 1^{re} s., 9^e vol. II-320).

8. Toulefois un arrêt, Req., 12 juillet 1810, S. 1^{re} s., 3 vol. p. 212, en sens contraire. Civ. 3 mars 1846, S. 1846-I-193 concl. conf. DELANGE. La Cour de renvoi s'inclina. Besançon, 15 janvier 1847, S. 1847-II-142. Idem pour la jurisprudence d'Alger. Req. 16 juin 1869, D. 1870-I-198 et S. 1869-I-377.

9. Crim. 18 nov. 1847, S. 1847-I-175 ; Alger, 27 nov. 1901, D. ; 1903-V-685 ; Trib. civ. Langres, 17 juin 1926, D.H. 1926-542 ; Req. 6 nov. 1934, D.H. 1934-585 ; Req. 4 mai 1936, S. 1936-271 et D.H. 1936-352.

10. En fait, comme on le verra plus loin, il y a là un problème de documentation et le point relève de la sociologie judiciaire. Des juges rapportent avoir vu des plaideurs prêter serment sur un petit crucifix apporté à l'audience ou sur un chapelet.

rouge»¹¹, surtout la loi du 9 décembre 1905 venait prononcer la rupture totale entre l'Etat et les religions. Ainsi les auteurs n'ont pas manqué de souligner que « l'aspect religieux du serment rend étonnante sa prise en compte dans un droit laïc¹² ».

La logique eut voulu, en effet, que le serment disparût avec le crucifix des tribunaux, mais aussi le droit et tout d'abord le respect de la Constitution actuelle du 4 octobre 1958 qui affirme la laïcité de la République. C'est ce qu'avait décidé Lénine en Russie dès les premiers jours de la révolution d'octobre, par le décret n° 2 qui maintenait, provisoirement, le Code de procédure civile tsariste de 1864 mais qui supprimait le serment¹³.

DU SERMENT À LA DÉCLARATION SUR L'HONNEUR

A tout le moins, l'option aurait pu être faite, à l'instar de beaucoup d'autres pays, et somme toute en redécouvrant Cambacérés, de laisser le choix entre le serment religieux et la promesse solennelle laïque, libéré qui eut été conforme également à la Constitution laquelle déclare respecter toutes les croyances et le respect n'est pas la simple tolérance.

Mais la France, seul pays où l'on parle des droits régaliens du Président de la République, finit par se satisfaire d'un compromis. Comme la formule « Je le jure » ou « Je jure » ne faisait aucune allusion à la Divinité on la conserva, ainsi que le rite de la main levée. Mais ces paroles et ces gestes perdaient désormais tout leur sens profond car la formule était implicitement à l'origine une expression religieuse et la main était tendue vers le crucifix¹⁴. Le serment devint un peu à l'image de l'hymne soviétique au lendemain de la mort de

11. Il s'agissait de la messe de rentrée de l'année judiciaire, ainsi dénommée du fait de la couleur rouge dominante dans le vêtement de ceux qui y participaient (Ornements rouges de l'officiant et de ses ministres qui est la couleur du Saint-Esprit, robe rouge des conseillers d'appel, et même pantalon « garance » des soldats de la hâte d'hommeur). Circulaire du Ministre de la Justice du 24 octobre 1883, B.O. 1883 p. 167. La coutume ne s'en est pas moins maintenue de s'abstenir de siéger le Vendredi-Saint.

12. Paul FIESCH-VIVET, *Contrat et obligations, preuve par serment* in Jurisclasser civil, Fasc. 159, n° 3. MARTY et RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, 1972, n° 254, p. 420 ; « Dans un système juridique laïcisé, il reste l'appel solennel à la conscience de l'individu et la garantie que peut constituer la crainte des sanctions pénales édictées par le législateur contre l'auteur d'un faux serment ». J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, 2^e éd., Paris, 1983, n° 660, p. 574.

13. J.D. KOREVVAR, *La preuve en droit soviétique* in Recueil Jean BODIN « La preuve », Paris, 1963, p. 332. Le serment décisive ne fut jamais réintroduit, et cet auteur écrit : « Il va sans dire que le serment est incompatible avec les conceptions idéologiques du régime, vu son caractère religieux ».

14. A propos du rituel du serment, on consultera Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1978, p. 59 ; CHASSANT, *Essai sur la symbolique du droit*, Paris, 1847, p. 118 lequel rapporte que dans la coutume de Reims (art. 73) le mot « main » est synonyme de serment ; Antoinette GARON, *Le rituel judiciaire*, th. dacty. Paris II, 1982, p. 128 s. et Elisabeth CARTA, *A quoi tu jures ?* Paris, 1988, p. 27 qui note : « On trouve souvent en dérision les rituels judiciaires, mais qui n'a jamais levé la main droite, paume ouverte et tendue, vers un tribunal en prononçant la formule sacramentelle « je le jure » ne peut connaître la puissance et la gravité de ce symbole ».

Staline : on en conservera la musique mais on ne chanta plus les paroles. Mais finalement, comme pour l'hymne allemand, on recomposa une prose. En l'espèce, l'honneur vint se substituer à Dieu.

Lors de l'introduction de l'impôt sur le revenu en France, par Caillaux, en 1914 il était alors quasi impossible d'instaurer comme aujourd'hui une « police bancaire » permettant de connaître avec précision les ressources d'une personne, on songea au serment. Il est bien difficile d'imaginer aujourd'hui le déchaînement que cela provoqua devant le Parlement. Non sans quelques raisons, les députés de droite firent valoir que le Gouvernement était incohérent avec lui-même : si la République se voulait laïque elle ne devait pas recourir à des moyens de preuve religieux et dont on espérait qu'ils seraient des moyens de contraindre¹⁵. Finalement, on fit une cote mal taillée : l'attestation serait faite sur l'honneur. Des théologiens furent consultés, et admirent qu'ainsi le contribuable était astreint à l'obligation générale de vérité sans risquer pour autant le sacrilège. Le Doyen Ripert pouvait écrire avec une certaine raillerie : «... ce qui d'ailleurs vaut mieux, car de tels serments sont difficilement considérés par les intéressés comme engageant véritablement leur conscience »¹⁶.

La formule n'était pas franchement nouvelle, et a peut-être été inspirée de la formule que la loi du 9 septembre 1835 déterminait pour le libellé du bulletin de vote des jurés : « Sur mon honneur et ma conscience, ma déclaration est... »¹⁷. De même dans son projet de Code civil pour l'Empire du Japon, publié en 1889, G. Boissonade avait prévu que le serment pourrait se prêter soit religieusement, soit « sur son honneur et sa conscience »¹⁸.

Certes, on pouvait légitimement douter que la déclaration sur l'honneur soit l'équivalent du serment : « Cette formalité (le serment) est un acte véritablement de religion, écrivait Jules Simon. En quelque circonstance qu'on nous demande de la remplir, il faut le faire avec recueillement, et songer qu'une fois le serment prononcé, nous ne nous appartenons plus. Personne ne voudrait manquer à une parole d'honneur ; un serment est bien autrement sacré. Il y a l'infini entre une parole d'honneur et un serment »¹⁹. Quoi qu'il en soit la formule était destinée au succès.

Dresser la liste des diverses déclarations sur l'honneur que n'importe quel citoyen est, tôt ou tard amené à signer est un exercice difficile. Prenons l'exemple du parcours d'un étudiant en droit.

15. Ce à quoi on aurait pu répliquer par le fameux « *Redde Caesar quod sunt Caesaris...* ».
16. Camille FLAMENS, *Le serment fiscal en matière d'enregistrement*, th. Toulouse, 1913, p. 75 s. ; Albert MILHAU, *De la déclaration du contribuable en matière d'impôt général sur le revenu et d'impôts cédulaires*, th. Paris, 1923. A l'étranger la question fut également débattue, cf. A.Z. DUROST, *Assertions assermentées aux douanes et au fisc : vrai serment ou engagement d'honneur ?* Montréal, 1945, cité par Bernard GUINDON, *Le serment*, Ottawa, 1957, p. 184 lequel regrette l'utilisation de ce procédé. Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., Paris, 1948, n° 44, p. 79.
17. DUVERGIER, *Collection complète des lois...*, t. 35, Paris, 1836, p. 282.
18. G. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, Tokyo, 1889, p. 120 s. Dans le cas où la partie qui se voyait déférer le serment acceptait de le prêter religieusement, le projet de BOISSONADE lui interdisait toutefois de le réitérer autrement que « sur l'honneur ». Le serment ne fut pas retenu, comme mode de preuve, dans le Code définitif de 1891.
19. Jules SIMON, *Le devoir*, 11^e éd. Paris, 1874, p. 434.

Lors de son inscription à l'Université il signera deux attestations sur l'honneur, une pour obtenir une fiche d'état civil et une autre pour assurer qu'il ne s'inscrit pas dans une autre faculté. S'il souhaite obtenir une bourse il déclarera sur l'honneur n'avoir pas d'autres revenus personnels. A la Bibliothèque il pourra justifier de son domicile par une attestation sur l'honneur signée en mairie et si, studieux, il utilise le prêt inter-bibliothèques pour consulter une thèse dactylographiée il s'engagera sur l'honneur de ne pas la photocopier et de citer sa référence au besoin. S'il veut prendre un abonnement à une revue juridique par l'intermédiaire de l'O.F.U.P., il certifiera sur l'honneur qu'il a bien la qualité d'étudiant. Si les examens l'épuisent jusqu'à devoir consulter un médecin, il adressera alors à l'organisme de Sécurité sociale compétent une feuille de soins par laquelle il affirmera sur l'honneur la sincérité de la déclaration et, si Thémis vient à rencontrer Venus sur les bancs des amphithéâtres, il pourra faire bénéficier sa concubine de sa protection sociale grâce à une attestation de concubinage délivrée en mairie sous forme d'une attestation sur l'honneur²⁰. S'il devient avocat, il certifiera sur l'honneur au bureau d'aide judiciaire avoir pris en charge la cause qui lui est désignée, pour obtenir son dédommagement. S'il se lance dans la politique, la loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique l'astreindra à déposer sur le bureau de l'Assemblée nationale, en cas d'élection à la députation, une déclaration certifiée sur l'honneur exacte et sincère de sa situation patrimoniale (art. 5). S'il souscrit une assurance-vie, la compagnie pourra lui demander d'affirmer sur l'honneur qu'il n'est pas porteur du virus HIV²¹ ; enfin, s'il recueille un héritage, il sera peut-être dans la nécessité d'établir un acte de notoriété assurant qu'il est seul héritier et les témoins n'auront d'autres ressources que d'affirmer sur leur honneur la réalité de la situation²².

Sans doute, de telles déclarations sur l'honneur ne se présentent pas comme étant de véritables serments, mais il faut bien admettre que leur valeur ne repose que sur la confiance qu'inspire leur signataire dont on stimule la conscience par une référence métajuridique. Le mécanisme est donc identique. Il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur la réelle valeur de telles déclarations.

Tout d'abord la référence à l'honneur a de quoi surprendre. Une telle notion paraît doublement en contradiction avec le système démocratique si l'on en croit Montesquieu selon lequel l'honneur est le ressort des monarchies et la vertu celui des républiques, mais surtout parce qu'on peut légitimement douter que l'honneur soit une valeur de la société contemporaine, en tous cas dotée d'énergie.

Car on ne voit guère où peut être la sanction propre à la violation de la loi de l'honneur. Certes, la plupart de ces déclarations comportent des renvois à d'autres textes juridiques punissant les fausses déclarations (par ex. l'art. 405 du C. pén. ou l'art. 1.377-1 C.Sec.soc.), mais alors le juriste ne

20. Arrêté du ministre des affaires sociales du 17 janvier 1983, Laurent LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, th. dacty. Paris II, 1988, t. II, p. 533.

21. L'Express du 5 au 11 juin 1987.

22. V° *Acte de notoriété* par E. ARITBOL in Rép. civ. (1984).

peut que faire remarquer qu'en cas de sanction ce sont ces seules dispositions dont on fera usage. En clair, c'est la violation de l'art. 405 C. pén. qui sera punie non la forfaiture envers l'honneur, moins encore le parjure.

Au demeurant, la sanction de la loi de l'honneur supposerait une sanction au caractère propre, analogue à l'infamie romaine. Or, si le Code électoral comporte des interdictions qui sont bel et bien l'illustration d'une certaine infamie civique, si le Code de la Légion d'honneur réprime les fautes contre l'honneur même en l'absence de poursuites pénales, si la tradition (depuis 1922) veut que les lois d'amnistie écartent du pardon les « manquements à la probité, aux bonnes mœurs et à l'honneur », il faut bien convenir que tout ceci est assez marginal. Le déclin même de l'idée d'infamie se traduit dans la réforme en cours du Code pénal qui abandonne la vieille notion des « peines afflictives et infamantes »²³. L'explication de ce mouvement tient à ce que si la perte de l'honneur est, comme celle de la virginité, irrémédiable (l'honneur pourrait se définir comme la virginité de la conscience) et si, comme l'écrivait joliment Boileau : « L'honneur est comme une île escarpée et sans bords. On n'y peut plus rentrer dès qu'on en est dehors »²⁴, une telle sanction ne correspond plus guère aux mœurs humanitaires de notre société éprise de rédemption, de réhabilitation et de mansuétude.

En ce cas la référence à l'honneur, laïcisant le serment pour le maintenir l'aurait en réalité « énérvé ». Sur ce chapitre il n'est point excessif de dire que la France est restée davantage fidèle à un souvenir, regret d'âges plus aînés, qu'à une valeur. De même que les jours fériés chômés en France, définis par un bulle du Pape Pie VI ayant toujours valeur de droit, ne correspondent plus guère au respect du repos sacré ; de même, le serment, mué en déclaration sur l'honneur, est aujourd'hui un acte vide de sens.

Mais alors pourquoi non seulement conserver le serment, mais encore le révoquer par ce biais ?

C'est que la question du serment probatoire est souvent mal posé. Il est souvent répété que le serment est un mode de preuve désuet, contestable, irrationnel²⁵, admettons. Mais s'est-on déjà enquis de savoir s'il était remplaçable ? Le propre du serment est, en définitive, de prouver que l'on n'a pas besoin de preuve. Car l'*instrumentum probationis* est une marque de défiance envers l'autre partie. Or, dans de nombreux cas la confiance²⁶ est soit totale, soit, peut-on dire, de règle. Il est ainsi très frappant de montrer une évolution assez typique du contentieux du droit de la preuve, celui de l'impossibilité morale de préconstituer l'écrit²⁷. Depuis la réforme du 12 juillet 1980, le Code civil dans son article 1348 dispose que le principe de la preuve écrite tel qu'il figure à l'article 1341 reçoit dérogation « lorsque l'une

23. Le droit canonique qui disposait encore de la peine d'infamie l'a totalement abandonné lors de la promulgation du Code de 1983.

24. Saitre X. La Pléiade p. 67.

25. Ce que conteste C. PERELMAN : « On ne peut qualifier une procédure d'irrationnelle parce que l'on y invoque le nom de Dieu » in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, 1980, p. 125.

26. Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. dacty., Nice, 1977.

27. Yves CHARTIER, *Preuves testimoniales in Jurisclasseur de droit civil, Contrats et obligations*, Fasc. 154-3, n° 35 s. pour les nombreuses références de jurisprudence.

des parties (...) n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer la preuve littéraire de l'acte juridique... » et à consulter rapidement les tables du Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation on constate que ce contentieux est bien loin d'être négligeable.

Ainsi les juristes ont vraisemblablement trop été frappé par un déclin du serment qui n'est sans doute pas aussi marqué. Cette question sur la preuve pose, au demeurant, elle-même une question de preuve. Que sait-on de la disparition du serment ? Bien entendu cela fait des lustres que la Cour de cassation n'a pas rendu une seule décision sur la question, mais cela signifie peut-être tout simplement que la dite question n'engendra guère de contentieux remontant jusqu'à la Cour de cassation, et pour cause puisque le serment a précisément pour finalité d'éviter la discussion juridique sur la preuve.

Surtout avouons notre incapacité à affirmer quoi que ce soit sur la pratique du serment. Quelques chiffres suffisent à la démonstration. La jurisprudence publiée est, pour l'essentiel, celle de la Cour de cassation soit, en chiffres ronds, 800 arrêts sur les 15 000 rendus annuellement par la Haute Juridiction, mais ce sont quelques 9 millions de décisions juridictionnelles qui sont prononcées par an ! Or, de bonnes raisons, et les témoignages de praticiens sont là à l'appui, laissent à penser que le serment est un instrument de preuve utilisé dans les petites affaires fréquemment tranchées en premier et dernier ressort par les tribunaux d'instance et qui n'abordent les rives éloignées de la Cour de cassation, que de manière très exceptionnelle. Il faudrait donc mener une enquête à la base de la pyramide judiciaire et non à son sommet.

Il conviendrait également de voir, en sociologie juridique, si le serment n'a pas face au déclin de la pratique religieuse des Français, reçu une nouvelle vigueur avec l'immigration de populations plus respectueuses du sacré : au début des années 1980, un juge du Tribunal de Grande Instance de Paris se transporta à la Grande Mosquée pour y entendre le serment d'un plaideur musulman devant le Recteur, à sa stupeur — la scène est véritablement digne d'un roman —, il se rétracta *in extremis* !

Il est donc bien hâtif de prétendre que le serment a totalement disparu. Probablement plus tenace dans sa forme traditionnelle, il est aujourd'hui sous sa forme laïcisée de la déclaration sur l'honneur, un mode de preuve courant, et même fréquent. Ce qu'il est permis de mettre en doute, c'est la sûreté de ce dernier procédé.

On rapporte que saint Louis avait à la fois un profond respect pour le serment en quoi il voyait, parce qu'il était saint, un sacrement et une grande défiance envers certains de ses sujets, parce qu'il était roi ; aussi, avant de faire prêter serment, lorsqu'il avait de bonnes raisons de douter de la sincérité du jureur et pour ne pas mettre en péril le salut du pécheur téméraire, il faisait discrètement ôter du reliquaire, sur lequel, ce dernier devait étendre la main, les reliques garantes de la sainteté du serment. Les choses sont, à l'heure présente, quelque peu identiques, à cette nuance près, et qui n'est pas vaine, que le jureur sait désormais que la chasse est vide.