

Les serments contre la calomnie dans la procédure au temps de Justinien

In: Revue des études byzantines, tome 8, 1950. pp. 130-142.

Citer ce document / Cite this document :

Charvet L. Les serments contre la calomnie dans la procédure au temps de Justinien. In: Revue des études byzantines, tome 8, 1950. pp. 130-142.

doi : 10.3406/rebyz.1950.1025

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rebyz_0766-5598_1950_num_8_1_1025

LES SERMENTS CONTRE LA CALOMNIE DANS LA PROCÉDURE AU TEMPS DE JUSTINIEN

Au moyen âge, devant les officialités, les plaideurs ont l'obligation d'affirmer sous la foi du serment qu'ils agissent de bonne foi et s'engagent à persévérer dans cette voie jusqu'au terme de l'instance. Cette prescription, dont on rencontre encore des vestiges dans la législation actuelle de l'Église, est d'origine romaine. Aussi, est-ce à juste titre que M. l'abbé Pierre Masson, pour retracer *L'évolution du serment de calomnie dans la procédure canonique* (1), prend comme base de départ les règles posées par Justinien à ce sujet. Son travail contribue de la sorte à faire mieux saisir l'importance du *jusjurandum calumniae* dans la procédure utilisée par les habitants de l'empire romano-byzantin vers le milieu du VI^e siècle.

Le droit romain en vigueur à l'époque classique frappait de diverses peines les plaideurs téméraires victimes de leur illusion. L'édit prétoire contenait quelques dispositions tendant de plus à déjouer les manœuvres déloyales, comme celle qui consistait à recevoir un avantage pécuniaire pour accomplir un *negotium calumniandae causa* ou pour s'en abstenir (2). C'est justement quand les plaideurs ne tombent pas sous le coup de ces mesures répressives plus ou moins anciennes que le préteur essaya de prévenir la calomnie, en permettant à l'une des parties d'exiger de l'autre le serment de ne point agir ou se défendre par esprit de chicane (3) : il espérait que la crainte d'être parjure aurait un effet salutaire. Le *jusjurandum calumniae* passa de la procédure civile, où il avait pris naissance, dans la procédure criminelle ;

(1) Thèse de la Faculté de droit canonique de Lyon 1949, qui est largement utilisée dans l'exposé ci-dessus.

(2) Sur les peines qui frappent les plaideurs téméraires, voir WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, ch. III, § 11, spécialement notes 18 et 19, et § 17, IV. Les interventions du préteur sont rapportées par LENEL, *Das edictum perpetuum*, 3^e édit. 1927, p. 106 ; l'auteur constate l'absence des commentaires ad edictum précisant le sens des mots *calumnia* et *negotium*.

(3) Voir GAIUS, *Institutes* IV, 172 et 176 ; le serment paraît être parfois obligatoire, *praetor permittit... jubet*.

il n'y fut du reste pas longtemps en usage, car des lois pénales eurent assez vite pour conséquence de le rendre superflu (1).

Les commentaires *ad edictum* qui expliquaient certainement le mot *calumniā* ne sont point arrivés jusqu'à nous. Les sources juridiques fournissent néanmoins des indications qui aident à combler cette lacune. Gaius rapporte que l'on appelle *calumniator* celui qui cause un tort à quelqu'un par fraude et subterfuge au cours d'un procès. Les Sentences de Paul font ressortir de leur côté que quiconque agit d'une façon volontairement malhonnête dans un *negotium est calumniosus* (2). Il en résulte que la calomnie suppose une intention mauvaise qui peut faire défaut dans la simple témérité. Les Institutes de Justinien mentionnent le serment parmi les moyens de réprimer la témérité, qui serait devenue dès lors un cas de calomnie (3). Pourtant Théophile, dans la Paraphrase grecque des Institutes, explique ce passage en disant que le serment a remplacé le *judicium calumniae*, tombé en désuétude et précédemment destiné à punir le plaideur de mauvaise foi (4). Il n'y a donc rien de changé dans la notion de calomnie, qui s'étend seulement à la témérité malveillante.

Sous un tel régime, qui se maintint jusqu'à l'avènement de Justinien, le serment joue un rôle tout à fait secondaire dans la lutte entreprise contre la calomnie. Il va progressivement devenir le principal moyen de supprimer les abus engendrés par l'esprit de chicane.

Une première constitution de septembre 529 (5) s'attaque à l'expédient probablement le plus usuel. Il consiste à soulever une discussion sur les preuves apportées par un adversaire dans le seul but de prolonger les débats et de retarder la sentence. Une partie produit-elle un acte écrit! L'autre en conteste l'authenticité ou réclame une vérification d'écriture. Les déclarations d'un esclave sont-elles de

(1) Voir HUBERT, *Calumniā* dans le Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de DAREMBERG et SAGLIO, et MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (traduction DUQUESNE). T. II, 1907, p. 58 et 180 et suivantes.

(2) Voir GAJUS au Dig. Just. L. XVI. 233 pr. Les Institutes du même jurisconsulte, IV, 178, donnent une idée analogue de la calomnie; mais on a soutenu qu'il y avait dans ce passage des gloses explicatives plus récentes (BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, 1920, p. 116 et ALBERTARIO, *Delictum et crimen*, 1923, p. 59)-V. Sent. de Paul I. 5. 1 et d'autres textes tenus pour interpolés par certains auteurs. Dig. V. I. 10 et XLVIII. XVI. 1. 3.

(3) Voir Inst. Just. IV. 16. pr. Les autres témoignages signalés par P. MASSON p. 9 dans le même sens ne sont pas probants. Les constitutions rassemblées dans le titre *De calumniatoribus* au Code de Justinien (IX. XLVI.), toutes antérieures à cet empereur, se terminent par un extrait, la loi 10, où la volonté de tromper est présentée d'une façon générale comme un élément de la calomnie. Sur la Nouvelle CXII ch. 2, voir les explications données plus loin.

(4) Voir *Institutionum graeca paraphrasis* de Théophile, ed. Ferrini, 1884, IV. 16. l. c.

(5) Voir Cod. Just. II. LVIII (LIX) l, ed. Mommsen-Krueger.

nature à jeter quelque lumière sur l'affaire! On demande que cet esclave subisse la torture avant de parler, par haine de ce témoin ou par mépris de ceux qui comptent bénéficier de sa déposition. Tous documents et arguments sont susceptibles de provoquer une réaction analogue.

L'empereur veut mettre fin à ces pratiques. Il s'efforce d'y parvenir en ordonnant au plaideur qui formule ces exigences de jurer au préalable qu'elles ne dissimulent aucune manœuvre dilatoire et qu'elles sont indispensables pour la découverte et le triomphe de la vérité. La teneur du serment s'adapte à chaque cas concret (1). Le refus de le prêter oblige la partie récalcitrante à renoncer au désir exprimé. C'est une sanction bien appropriée à laquelle les intéressés ne peuvent se soustraire ni d'un commun accord ni même avec l'assentiment du juge.

Cette innovation ne rend pas encore obligatoire le *juramentum de calumnia*, seulement imposé dans tout procès *in quo necessitas probationis incumbit*. Une telle nécessité peut surgir, il est vrai, pour le moindre motif : considérer la simple précision demandée par un adversaire comme une atteinte à la personnalité suffit pour contraindre au serment puisqu'une discussion est amorcée (2). On conçoit pourtant, par exemple, que deux personnes conviennent de faire trancher par un juge un litige dont les données sont admises de part et d'autre : il n'y a pas alors de serment à prêter.

Quand la règle établie par la constitution s'applique, c'est, suivant les circonstances, tantôt le demandeur, tantôt le défendeur, tantôt les deux qui ont à l'observer; et s'il y a lieu, chacun au cours d'une instance devra renouveler le serment autant de fois qu'il voudra contester un moyen de preuve. La prestation du *juramentum* n'est pas fixée d'une manière immuable.

Par sa première intervention l'empereur montre d'emblée qu'il voit dans le serment l'une des armes sur laquelle il compte pour détruire l'esprit de chicane, car c'est à l'occasion des preuves que ce dernier se manifeste le plus couramment. La loi nouvelle avait-elle comme but au moins accessoire de réintroduire la *jusjurandum calumniae* dans la procédure criminelle. Sa portée semble indiquée, dès

(1) Voir cette même constitution § 1 in fine et la Nouvelle LXXIII, ch. 7 sur laquelle on reviendra.

(2) Les abus auxquels donnait lieu la constitution de 529 sont signalés par la Nouvelle XLIX, ch. 3 *pr.* en ces termes : *Multi namque sola injuriæ causa, et maxime super nobilibus mulieribus, sive litterarum probatio obiciatur, sive alia quælibet causa ad jusjurandum hoc concurrunt, ut in uno negotio frequenter jusjurandum præbeatur.*

le début, par les mots *in omnibus causis*, expression très large qui, prise isolément, vise à coup sûr les causes civiles et criminelles (1). Elle cite comme discussions possibles celles qui ont trait à la preuve littérale et à la *quaestio* des esclaves; or l'une et l'autre sont employées dans les procès civils et criminels; la torture est même d'un usage plus fréquent dans ceux-ci que dans ceux-là (2). Néanmoins rien ne prouve expressément que la réforme ait dépassé les limites de la procédure civile et la nouvelle 49, de 537, comme on le verra, laisse entendre que son domaine ne s'étendait pas au delà. Mais avant cette date, Justinien revint à plusieurs reprises sur le terrain où il s'était engagé.

L'année 529 ne s'achève point sans que l'empereur n'ait apporté un complément aux dispositions précédentes. Vers la fin d'octobre, il promulgue sur le serment décisore une constitution qui envisage les mesures à prendre dans les cas où le plaideur auquel le serment est déféré ne se trouve pas présent devant le juge (3). Au dernier paragraphe, il étend cette réglementation au *jusjurandum calumniae* tout en maintenant en vigueur les ordonnances antérieures. La question du reste allait être reprise dans la décision fondamentale de 531.

Deux ans à peine de pratique révélèrent à Justinien la nécessité de généraliser l'emploi du serment contre la calomnie. C'est alors qu'il astreignit tous les plaideurs à jurer qu'ils sont certains en abordant les débats de soutenir une bonne cause soit comme demandeur soit comme défendeur (4). Il ne cherche point à connaître ainsi la véritable nature du procès; il veut savoir l'opinion personnelle des intéressés sur leur affaire, avoir l'assurance qu'ils ont agi loyalement dès avant le début de l'instance et qu'ils agiront de même pendant toute sa durée.

Afin que le serment englobe effectivement le passé, le présent et

(1) Justinien désigne avec le mot *causa* les procès aussi bien civils que criminels. C. J. I. XVII. 2. 8. b. Voir GEORGESCO, *Essai sur le mot « causa » dans le latin juridique*, 1936, p. 45. C'est, notamment, l'interprétation littérale des mots *in omnibus causis* qui conduisit les canonistes à soutenir dès le XII^e siècle que le serment de calomnie devait être déféré dans les causes civiles et criminelles. Voir P. MASSON, p. 45, 63, 78, 96, ainsi que l'article de CH. LEFEBVRE, *Le « juramentum calumniae » en droit canonique au XII^e et XIII^e siècle dans les Ephémérides juris canonici* de 1948, dont M. l'abbé MASSON n'avait pas eu connaissance.

(2) Sur la preuve littérale, voir pour la procédure civile, COLLINET, *La procédure par libelle*, 1932, p. 348 et pour la procédure criminelle MOMMSEN-DUQUESNE, *o. c.*, t. II, p. 112. Quant à la *quaestio*, la constitution 1 § 2 (C. J. IX. XLI) la considère comme un pis aller en matière civile; Justinien, par la constitution 18 au même titre, réglemente son emploi et rappelle à ce propos la nécessité du serment préalable.

(3) C. J. IV. I. 1. voir COLLINET, *o. c.*, p. 353.

(4) C. J. II. LVIII (LIX) 2. pr.

l'avenir, la constitution dans le *principium* assigne à sa prestation une place déterminée : *in primordio litis* (1), c'est-à-dire d'une manière plus explicite *post narrationem et responsionem*. Sans qu'il y ait à se demander si ce moment coïncide avec la *litis contestatio* (2), il faut souligner que le *jusjurandum* intervient après l'exposé contradictoire de la cause par les parties, mais avant l'instruction proprement dite de l'affaire. Le texte ajoute même : avant le serment exigé des avocats à l'ouverture des débats. De fait, l'empereur, en 530, avait ordonné aux juges comme aux avocats de jurer qu'ils accompliraient leurs fonctions consciencieusement (3). Ce serment professionnel ne se confond pas avec le serment contre la calomnie : son refus laisse aux plaideurs toute liberté de se comporter comme ils l'entendent au cours du litige sauf à saisir d'autres juges ou bien à se priver du concours des avocats.

Ces précisions ont le double avantage de mettre en lumière le but et le champ d'application de la réforme. D'une part, le juge n'est à même d'apprécier la bonne foi des parties pendant la période antérieure au procès qu'après avoir eu par la *narratio* et la *responsio* une connaissance suffisamment détaillée des éléments de la cause, et c'est à partir de cet instant également que la mauvaise foi est susceptible de se manifester lors des incidents quelconques qui peuvent surgir jusqu'à la sentence, et non plus seulement à l'occasion des preuves (4). D'autre part les mentions de la *narratio* et de la *responsio* attestent indubitablement que la règle établie se rapportait à la seule procédure civile, car la procédure criminelle ne comporte pas de déclarations du même genre (5).

Désormais, dans la sphère qui lui est propre, le serment contre la calomnie prend un caractère obligatoire à tous points de vue. Il doit être prêté dans les procès civils quels qu'ils soient. Une constitution de la même année 531 dit positivement qu'il n'y a pas exception quand le litige se termine par un serment décisive : celui-ci doit être précédé

(1) Sur le manque de précision de cette expression et d'autres analogues, voir COLLINET, *o. c.*, p. 16.

(2) Voir l'opinion des auteurs modernes dans MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6^e éd. 1947 n. 2. Les canonistes ont toujours admis que ce moment coïncidait avec la *litis contestatio*, mais ils autorisèrent certains plaideurs à prêter le serment à un autre moment. Voir P. MASSON, p. 46, 67, 98, 110.

(3) C. J. III. I. 14.

(4) Sur la nature de la *narratio* et de la *responsio* et les incidents qui peuvent se produire au cours des débats voir COLLINET, *o. c.*, p. 211 et 331.

(5) Voir MOMMSEN-DUQUESNE, *o. c.*, t. II, p. 57 et s. La définition classique de *lis* (Dig. L. XVI. 36) ne peut pas être utilement invoquée, car Justinien applique ce terme non seulement aux causes civiles, mais encore aux causes criminelles (C. J. V. LIX. 4 et IX. XLIV. 3).

du *jusjurandum calumniae*, alors que parfois sous le régime de la procédure classique, on considérait comme inutile de prescrire deux serments successifs en pareil cas (1).

De plus chaque plaideur est tenu de prêter personnellement le serment, parce que le demandeur et le défendeur seuls sont qualifiés pour juger en conscience la valeur de leurs allégations. Et la même raison conduit à exiger aussi le serment des tuteurs, curateurs et administrateurs légaux qui connaissent mieux le fond de l'affaire que les parties principales au nom desquelles ils agissent.

Par ailleurs le *procurator* d'une personne physique ou morale, intervenant avec ou sans mandat, n'est pas astreint au serment : il peut ignorer les dessous du litige et l'affirmation de sa bonne foi ne garantit pas la partie adverse contre les ruses de la personne représentée dont le *procurator* deviendrait peut-être complice à son insu (2).

Une constitution attribuée à l'empereur Marcien, dans le Code de Justinien où elle est insérée, permit aux canonistes d'étendre cette dispense aux clercs (3). Assurément vestales et flamines étaient jadis exemptés de tout serment; et l'Église, au dire de Marcien, adopta des règlements analogues en faveur des clercs. Mais cet empereur dispense les clercs cités en justice du seul serment qui accompagne normalement la promesse de comparaître faite par un défendeur assigné devant le juge (4). Et ni cet empereur ni ses successeurs ne généralisèrent ce privilège qui garde un caractère exceptionnel.

Puisque la procédure requiert désormais la prestation du serment, les parties doivent d'ordinaire s'acquitter de cette obligation à l'audience. D'ailleurs la même obligation leur incombe lorsqu'elles ont accepté de faire trancher leur différend non par un juge mais par un arbitre (5). Toutefois quand le plaideur en raison de sa dignité ou de son sexe n'a pas à se présenter personnellement au juge et lorsque le demandeur ou le défendeur est représenté par un *procurator*, ils doivent prêter serment au lieu de leur habitation en présence

(1) C. J. VI. XLII. 32. *pr.* et pour les dispenses du double serment à l'époque classique Dig. XII. II. 16. et XXXVII. XV. 7. 3.

(2) C. J. II. LVIII (LIX), 2 §§ 2, 3, 5.

(3) C. LENEL, *o. c.*, p. 236.

(4) C. J. I. III. 25. 1, b. Voir COLLINET, *o. c.*, p. 151 et P. MASSON, p. 35; mais dès le XII^e siècle les canonistes invoquèrent d'autres arguments pour exempter les clercs du serment.

(5) C. J. II. LVIII (LIX) 2. 4. L'idée de rapprocher arbitres et juges n'est pas récente : voir L. FALLETTI, *Évolution de la juridiction civile du magistrat provincial sous le haut-empire*, 1926, p. 98; elle conduit à prescrire de plus en plus l'application des mêmes règles de procédure devant les uns et les autres. Les canonistes furent divisés sur la question, voir P. MASSON, p. 54, 66.

de l'adversaire ou de son représentant ou du *defensor loci*. L'accomplissement de la formalité ainsi constaté par témoin est en outre mentionné dans les registres publics (1), afin que l'on ait toute facilité pour établir que la loi est parfaitement observée.

Cette réglementation minutieuse montre jusqu'à quel point Justinien entend mettre les intéressés en demeure de se conformer aux prescriptions légales. Et pour que l'on ne soit pas tenté de les éluder, il proscriit toute convention contraire et enjoint aux juges de ne remettre le serment sous aucun prétexte (2).

Enfin, il édicte des sanctions contre le plaideur qui refuse de prêter le *sacramentum calumniae*. Le demandeur est déchu de son action, sans qu'il y ait même besoin de prononcer une sentence contre lui. Le défendeur est traité comme un *confessus*, c'est-à-dire qu'il est censé reconnaître l'exactitude des prétentions formulées par son adversaire; mais cet aveu ne dispense pas le juge de terminer le procès par une décision qui est susceptible de varier suivant la qualité de l'affaire (3).

La réforme ainsi réalisée donne apparemment au remède choisi toute l'efficacité qu'il peut avoir; elle n'était cependant pas irréprochable.

Promulguée peu de temps après la première initiative de l'empereur en cette matière, elle ne fait point allusion au maintien ou non des règles antérieures. Pratiquement, les plaideurs astreints au serment général contre la calomnie avaient encore à prêter s'il le fallait le serment spécial qui doit précéder toute discussion sur un moyen de preuve. A la longue cette multiplicité de serment dans un même procès parut excessive. Mais Justinien, au lieu de supprimer simplement le serment spécial qui n'avait plus sa raison d'être, puisque son objet

(1) C. J. II. LVIII (LIX) 2. Les §§ 1, 3 et 5 reproduisent à peu près les dispositions de la constitution de 529 signalée dans la note 13. Le *defensor loci* apparaît sous ce nom au v^e siècle pour aider les paysans qui sont aux prises avec la justice, voir HOEPFFNER, *La création du « defensor plebis »*, Rev. Hist. T. 182, 1938, p. 234. Sur l'expression *actis intervenientibus* voir COLLINET, o. c., p. 86.

(2) Dans C. J. II LVIII (LIX) 2. 4. Justinien s'exprime d'une façon catégorique. Une solution identique se trouvait implicitement contenue déjà dans la constitution 1 au même titre : *sancimus non aliter... non aliter concedi*. Les canonistes admirent des dérogations de plus en plus nombreuses à la règle, voir P. MASSON, p. 52, 73, 85.

(3) C. J. II. LVIII (LIX) 2 § 6 et 7. Quant au défendeur... *pro confesso habeatur et liceat judici sententiam proferre, quemadmodum et ipsa rei qualitas suggesserit*. Ce texte prend une réelle importance si l'on observe qu'il est le seul parmi ceux qui ont trait à la procédure extraordinaire (GIFFARD, *La « confessio in jure »*, 1900, p. 195) où Justinien expose directement les effets de la *confessio*. L'aveu (comme le dit le même auteur dans ses *Leçons de procédure romaine*, 1932, p. 188) ne dispense pas le juge de prononcer sa sentence, mais le plus souvent il la lui inspire.

était inclus dans la large formule du serment général, fusionna les deux serments en un seul. A cet effet la nouvelle 49 de 537 décide, au chapitre III, que le *juramentum calumniae* comportera désormais pour les parties l'affirmation indéterminée de leur bonne foi, suivie d'un engagement de recourir aux preuves *non per occasionem dilationis... sed pro veritate*.

L'incorporation de cette promesse spéciale au serment général donne à celle-là le caractère obligatoire de celui-ci : maintenant, dans chaque procès les plaideurs ont à jurer par avance, une fois pour toutes, que la production des preuves ne sera pas prétexte à commettre une fraude. La fin du passage précise en outre que cette modification dans la teneur du serment entraîne la disparition du *sacramentum* qui était requis jusqu'alors à titre distinct de l'adversaire contestant la valeur d'une preuve (1). Ce renseignement permet ainsi de croire que le serment supprimé était antérieurement exigé dans les seuls procès où le serment général avait été prescrit, c'est-à-dire les causes civiles.

On a peine à savoir si les juges observèrent ponctuellement les instructions de l'empereur et perdirent l'habitude de faire renouveler le serment aux parties dès qu'elles voulaient discuter une preuve, ou si Justinien revint dans un cas important sur la règle nouvelle qu'il avait établie. Quoi qu'il en soit, une constitution de 538 oblige le plaideur qui demande une reconnaissance d'écritures à prêter un serment spécial pour certifier que son recours à la *collatio litterarum* ne cache aucun artifice (2). C'est un retour au régime antérieur à la nouvelle 49. Cette dernière, qui semblait avoir opéré la mise au point définitive du *sacramentum calumniae*, venait déjà d'être modifiée; elle fut encore complétée plusieurs fois par la suite.

* * *

Non content d'atteindre par le serment tous les actes qu'un plaideur a rendus ou rendra calomnieux, l'empereur attribue de plein droit

(1) Nouvelle XLIX ch. III § 1 *in fine* : *Et si hoc juraverit sacramentum, nequaquam penitus, licet crebro requirendæ sint probationes, ab alterutra parte expeti sacramentum*. Les deux points du serment prévu par cette nouvelle se retrouvent dans la formule du serment canonique contre la calomnie depuis le XII^e siècle, voir P. MASSON, p. 49, 70, 83, 101, 118.

(2) Nouvelle LXXIII ch. 7. Au début du § 3 Justinien paraît dire qu'on continuait à exiger un serment spécial de celui qui réclame la *collatio instrumentorum*. C'est peut-être parce que la reconnaissance des titres s'effectuait parfois devant un juge autre que le juge principal de l'affaire, comme le note COLLINET, *o. c.*, p. 350; il y avait donc alors une sorte d'instance secondaire qui comporterait la prestation d'un serment approprié.

ce caractère à deux attitudes dont il s'occupe au cours des années 539 et 541.

D'abord, selon la nouvelle 90 chapitre iv, quand une partie n'ayant pas fourni de preuves suffisantes réclame une quatrième comparution de témoins, elle est présumée de mauvaise foi : car il est à craindre, lit-on dans le texte, que ces nouveaux témoignages soient invoqués surtout pour corriger, voire même écarter les précédents. Aussi le juge dorénavant accueillera cette demande seulement après avoir fait jurer à son auteur qu'il n'a d'une manière directe ou indirecte ni soustrait ni capté ces témoignages ni commis aucune manœuvre dolosive en les recherchant. C'est donc un serment supplémentaire exigé des plaideurs, même s'ils ont des raisons légitimes de penser que les témoins antérieurs n'ont pas tout dit; malgré leur bonne foi, conforme cependant à l'engagement général d'agir loyalement, ils sont obligés d'observer la nouvelle prescription (1). Au surplus cette audition de témoins ne doit jamais servir à prolonger les débats.

Deux ans plus tard, la nouvelle 112 ordonne de prendre plusieurs précautions pour éviter qu'un procès soit intenté par esprit de chicane. L'une de celles qui sont mentionnées au chapitre II contient la règle suivante : le demandeur qui remet un libelle introductif d'instance doit garantir par une caution solvable et, à défaut, prêter serment qu'il soutiendra le procès jusqu'à la fin. On espère ainsi lui enlever la tentation, lorsqu'il commence à redouter une issue défavorable, de se dérober à une instance qui risquerait de le classer parmi les calomniateurs. L'abandon d'une cause par celui qui en a pris l'initiative fait maintenant présumer que ses prétentions sont entachées de calomnie (2).

Il est évident que ces deux serments sont distincts du serment général tout en ayant un objectif du même ordre. Le premier peut être prêté par le demandeur ou le défendeur : le second est imposé

(1) Ce serment spécial, expressément appelé serment de calomnie par BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto romano*, 1886, p. 197, n. 23, et par COLLINET, *o. c.*, p. 348, est resté, comme le serment prévu par la Nouvelle LXXIII, un serment particulier distinct du serment général contre la calomnie; en droit canonique. Voir P. MASSON, p. 61 et 85.

(2) Le début du ch. II annonce que les mesures prises par Justinien, et par conséquent le serment, sont destinées *ad excluendas autem calumniose moventium intentiones*. Sur le sens du mot ἐναγωγὴ = intentio, qui désigne les conclusions du demandeur, voir COLLINET, La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien, 1947, p. 198 et s. Il s'ensuit que l'abandon de l'instance ne constitue pas un cas de calomnie, mais donne en principe aux prétentions du demandeur un caractère calomnieux. Le droit canonique admet ce serment, tel qu'il était réglé par la Nouvelle CXII; il y eut cependant des tentatives dans le courant du XIII^e siècle pour l'incorporer au serment général contre la calomnie. Voir P. MASSON, p. 26 n. 2, 71 et 83.

au demandeur seul, et dans les deux cas, il n'y a pas à rechercher si l'on se trouve en présence d'une partie principale ou d'un *procurator*. Ils doivent intervenir au moment même où se présentent les circonstances qui les rendent nécessaires et non au commencement des débats (1). Ils n'ont donc pas un caractère général.

De plus, le refus de prêter ces serments n'entraîne pas toujours des conséquences aussi graves que celles qui résultent du refus de prêter le serment général contre la calomnie. Sans doute, comme dans ce dernier cas, le demandeur qui ne veut pas se soumettre à la prescription de la nouvelle 112 ne pourra continuer son procès, mais les parties qui refusent de prêter le serment relatif à la quatrième production de témoins sont simplement privées des témoignages dont elles espéraient se prévaloir, et conservent la liberté de soutenir leur cause par tous autres moyens.

Enfin la nouvelle 124, de 545, institue, dans le chapitre premier, un serment destiné à mettre obstacle aux tentatives de corruption. Antonin Caracalla avait interdit au plaideur de faire un don soit au juge soit à l'adversaire en vue d'obtenir une faveur dans une instance publique, fiscale ou privée et décidait que cette déloyauté entraînerait forcément pour le coupable la perte du procès. Les jurisconsultes classiques voyaient dans ce rescrit une extension de l'édit prétorien contre la calomnie, où sont punis seulement ceux qui se laissent corrompre en recevant de l'argent (2). Justinien reprend la question et règle donc incontestablement un cas de calomnie. Plus sévère que son devancier, il vise les dons effectués, les dons futurs ou les simples promesses tendant à procurer au plaideur une situation injustement avantageuse, et il oblige les parties à jurer qu'elles se sont abstenues et s'abstiendront des actes réprouvés.

Ce chapitre s'applique aux litiges comme aux appels portés devant des juges ou des administrateurs quelconques. Par ces termes généraux, le problème se trouve à nouveau posé de savoir si le serment prévu est requis dans les causes civiles et criminelles.

Le délit de corruption peut être motivé par les deux sortes d'ins-

(5) La fin du ch. II § 1 décide que la peine prévue par cette constitution ne s'applique pas dans les causes *quæ ex consensu utriusque partis in judicio moventur*. Mais il s'agit de la peine établie par ce § contre le juge ou l'*executor* qui assigne le défendeur, quoique le demandeur n'ait pas observé les prescriptions requises par le ch. I^{er} *princ.* : ces dernières prescriptions sont obligatoires pour le demandeur dans toutes les causes sans exception.

(6) Voir MOMMSEN-DUQUESNE, *o. c.*, II, p. 400. Ulpian reproduit la décision de Caracalla dans son commentaire de l'édit sur la calomnie et Paul considère que cet édit s'applique à quiconque a donné ou reçu de l'argent (Dig. III. VI. 1 (3 et 4) et 2).

tance assurément. Justinien le dit expressément dans le chapitre II de la même nouvelle et note que celui qui est accusé de vénalité devra, s'il n'y a pas de preuve, jurer qu'il n'a rien reçu. Il s'agit bien là d'un serment contre la calomnie, puisque l'objet du litige est un cas de calomnie. Mais c'est le serment supplétoire en usage dans les procédures civile et criminelle (1), qui n'a rien de commun avec le serment du chapitre 1^{er}.

En réalité ce dernier, malgré la phrase qui paraît l'étendre à toutes les instances sans distinction, est introduit dans la seule procédure civile. Outre que ce chapitre ne contient pas comme le suivant une mention expresse de la procédure criminelle, il reproduit les règles formulées par la constitution de 521 pour faire prêter le *jusjurandum* aux parties qui ne se trouvent pas à l'audience; or on sait que, sauf dans de rares exceptions, la procédure criminelle exige la comparution personnelle et qu'elle exclut la représentation (2).

De plus, le texte précise que doivent jurer *prae omnibus principales litigantium personas aut illos ad quos in medio negotium forte migraverit*. L'expression vague *prae omnibus* correspond à *in primordio litis* ou *in principio litis* qu'on relève respectivement dans la constitution de 531 et la nouvelle 49. Elle laisse supposer que le serment spécial intervient immédiatement avant ou après le serment général. Et ce *jusjurandum* est exigé des parties principales ou de toutes les personnes, y compris les *procuratores*, qui se présentent comme demandeur ou défendeur. C'est normal, car l'un et l'autre, quels qu'ils soient, savent qu'ils ont essayé de corrompre leur juge ou leur adversaire. Mais la possibilité pour un *procurator* d'avoir à prêter le serment de la nouvelle 124 prouve que cette constitution ne concerne pas exactement les mêmes personnes que la constitution de 531 et confirme l'opinion qui restreint son application à la procédure civile.

Le chapitre 1^{er} se termine en indiquant que le refus de prêter le serment spécial ne dispense jamais le juge de rendre une sentence, qui sera toujours vis-à-vis du défendeur une condamnation. Ainsi ce dernier est traité plus sévèrement qu'après un refus de prêter le serment général contre la calomnie, vraisemblablement parce que Justinien a voulu pour la tentative de corruption maintenir les sanctions décrétées par Caracalla.

En somme si la nouvelle 124, comme la constitution de 531, promulgue

(1) Voir CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2^e éd. 1928, p. 896 et MOMMSEN-DUQUESNE, *o. c.*, II, p. 117.

(2) Voir MOMMSEN-DUQUESNE, *o. c.*, II, p. 18 et 43.

une règle obligatoire pour tous les plaideurs, les différences relatives aux personnes tenues de cette obligation ainsi qu'aux conséquences découlant de son inobservation mettent en lumière que les serments ordonnés par ces deux décisions sont restés distincts dans la législation en vigueur à la fin du bas-empire (1).

* * *

L'activité déployée par Justinien pour détruire l'esprit de chicane offre un exemple assez typique des caractères que l'on retrouve dans l'ensemble de son œuvre. Elle mérite à tous égards, malgré son objet restreint, de retenir l'attention.

Lorsqu'on étudie les multiples réformes réalisées par l'empereur dans les domaines les plus variés, on constate qu'elles sont très souvent motivées par le souci de simplifier le droit antérieur, de supprimer les complications inutiles, les subtilités encombrantes. Cette préoccupation ne fait pas défaut dans les interventions relatives à la calomnie. La plupart des peines frappant les plaideurs aux intentions discutables étaient soit tombées en désuétude, soit abolies, en sorte que le moment semblait opportun de trouver un moyen clair et net d'étouffer la mauvaise foi de ceux qui se complaisent dans les procès : *antiqua calumnia quiescente et ejus ambagibus, constitutio nostra dilucida et compendiosa... clareat* (2).

Sans doute ces expressions se rencontrent dans la constitution qui généralisa pour la procédure civile l'emploi du serment contre la calomnie afin de remplacer des procédés disparates en usage auparavant. Mais si l'on ne perd pas de vue le cadre dans lequel s'insère cette réforme on s'aperçoit qu'elle n'est un modèle ni de simplification ni de clarté.

Déjà la constitution de 529 donnait à ce serment un rôle important qu'accroît et précise celle de 531, sans dire cependant si les mesures antérieures sont abrogées. Et lorsque la nouvelle de 537, apporte une solution apparemment finale à cette difficulté, elle est en réalité le

(1) *Cuq, o. c.*, p. 899, à l'imitation d'auteurs plus anciens, ZIMMERN, ACCARIAS, considère avec raison que le serment de la nov. CXXIV vise un cas de calomnie. Le droit canonique ajouta, dès le XII^e siècle, au serment général contre la calomnie une clause relative à la corruption, clause qui y resta incluse jusqu'à nos jours; voir P. MASSON, p. 49, 125. Cette réunion explique qu'après plus ou moins d'hésitations les canonistes aient en principe étendu au serment général les règles de la nov. CXXIV qui ne se trouvent pas dans la constitution de 531 : nécessité de renouveler le serment en appel, de prononcer une sentence dans tous les cas où il y a refus de prêter serment, et de prononcer toujours une sentence de condamnation contre le défendeur récalcitrant.

(2) C. J. II LVIII (LIX) 2, 8 a.

point de départ de plusieurs dispositions complémentaires. L'ensemble forme un tout complexe qui est sans rapport avec l'art des jurisconsultes classiques de Rome. Et si l'on se trouve du côté de la terminologie, on se trouve en présence d'une pluralité de mots ayant le même sens et d'imprécisions plus graves de langage laissant planer un doute sur la pensée de l'auteur (1).

Toutefois derrière ces symptômes défavorables se cachent des idées qui ont servi et servent encore de directives aux législations postérieures. Depuis plusieurs siècles, les empereurs assignaient insensiblement comme tâche aux juges, non seulement d'examiner les assertions des parties mais de rechercher la vérité de la manière la plus approfondie (2). Justinien saisit l'occasion d'accentuer cette tendance en contraignant les plaideurs à jurer qu'ils sont animés par le seul désir de faire connaître cette vérité, car il escompté que le *jusjurandum* grâce à son caractère sacré est la meilleure garantie de loyauté (3). Éclairé par des affirmations données sous la foi du serment, le juge discernera plus facilement l'utilité commune qui doit prévaloir sur les intérêts privés et prononcera une sentence se rapprochant autant que possible de celles que rendrait Dieu lui-même, souverain juge des causes humaines (4).

On conçoit que la hauteur de ces vues ait d'abord entraîné les canonistes à maintenir intégralement en vigueur les prescriptions de l'empereur sur les serments contre la calomnie. Si d'ordinaire les législations tant religieuse que civile ont préféré dans la suite d'autres moyens pour s'assurer de la bonne foi des plaideurs, elles poursuivent toujours le but même que Justinien s'était efforcé d'atteindre : bannir de la procédure l'esprit de chicane.

L. CHARVET.

(1) A l'exemple de Justinien, on a utilisé les mots *jusjurandum*, *juramentum* pour désigner le serment de calomnie, mots différents que l'on trouve parfois dans une seule constitution. Dans le *princ.* de la constitution de 531, les avocats sont appelés *patroni* et *advocati*. On a également relevé les expressions imprécises employées pour indiquer le moment où le serment doit être prêté. Et d'autres exemples pourraient être cités.

(2) Voir M. LEMOSSE, *Cognitio, Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, 1944, p. 239 et s.

(3) Justinien rappelle que le serment doit être prêté sur les saints évangiles dans les constitutions de 529, 531 et 545. Les constitutions de 529 et 537, comme on l'a mentionné, obligent les parties à jurer qu'elles recherchent la vérité.

(4) C. J. II. LVIII (LIX) 2 § 4 et 8. Justinien donne ainsi au juge une mission élevée que peu de législations modernes encore lui reconnaissent. Voir la communication faite à l'occasion du cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de Paris 1947 par G. BRULLIARD, *Quelques aspects fondamentaux du nouveau Code de procédure civile du Vatican* (tirage à part).