

Preuve de la faute : limites de la demande, témoignages familiaux et forme des témoignages

(Civ. 1^{re}, 3 nov. 2004, arrêt n° 1585, D. 2004.IR.3194 et les obs. , JCP 2004. IV.3388 ; Civ. 1^{re}, 30 nov. et 14 déc. 2004, 1^{er} moyen, arrêts n° 1767 et 1866)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

Le premier arrêt rapporté fait d'abord application, sur le premier moyen, d'un principe général de procédure civile qui veut que le juge ne puisse statuer que sur ce qui lui est demandé mais son utilisation en l'espèce est particulièrement intéressante. L'épouse avait invoqué le fait que son mari cherchait à la faire passer pour folle, entretenait une relation adultère avec une amie d'enfance et qu'il l'avait constamment injuriée et rabaissée durant leur vie commune. La cour, au lieu de s'en tenir à l'examen des griefs ainsi articulés, avait cru utile d'ajouter que les attestations produites faisaient état du « peu de considération » de l'époux pour son épouse, ce qui lui vaut la cassation sur le visa de l'article 242 parce que « le grief retenu ne figurait pas parmi les griefs allégués ». On peut s'étonner de ce pointillisme car enfin le fait d'injurier son épouse et de constamment la rabaisser... pouvait effectivement révéler le peu de considération que le mari lui portait ! L'arrêt annoncerait-il une nouvelle croisade de la Cour de cassation, cette fois de la première chambre civile, pour appuyer les efforts du législateur de 2004 dans l'entreprise de reflux de la faute ?

Dans tous les cas la cassation est aussi obtenue sur la troisième branche du moyen, et cette fois plus solidement, car les juges avaient retenu une attestation de la mère de l'épouse relatant des propos tenus par ses petits-enfants sur le comportement de leur père vis-à-vis d'une autre femme. La question de l'interdiction des preuves obtenues des descendants n'avait été réglée que dans le nouveau code de procédure civile (art. 205) et a fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Elle est maintenant expressément mentionnée à l'article 259 lequel a été modifié par la loi du 26 mai 2004 : « toutefois les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux ». On aurait pu ici discuter puisque, *stricto sensu*, le juge n'avait pas « entendu » les descendants mais seulement tenu compte d'une attestation relatant leurs propos. L'arrêt confirme toutefois l'interprétation

plutôt extensive de cette disposition (RTD civ. 2001.861) et reprend d'ailleurs une solution déjà bien établie (Civ. 2^e, 11 juill. 2002, RJPF 2002/12.27, obs. Garé. Pour une

correspondance entre l'enfant et un parent, Civ. 2^e, 23 janv. 2003, RTD civ. 2003.274 ; Bull. civ. II, n° 11 ; Defrénois, 2003.1082, obs. Massip).

On pourra s'étonner que, brusquement, soit soulevé deux fois à quelques semaines d'intervalle le même moyen de cassation tiré de l'article 202 du nouveau code de procédure civile concernant la forme des attestations produites en général et, en particulier, dans les procédures de divorce. L'étonnement sera d'autant plus grand que la question était jugée depuis 1978 : les formes de l'article 202 du nouveau code de procédure civile ne sont pas d'ordre public et leur violation ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 6 juin 1978, RTD civ. 1979.665 et les obs. réservées de M. Perrot). Aussi bien la Cour de cassation s'exprime de nouveau beaucoup plus clairement, d'autant que la première décision est un arrêt de cassation (« les règles édictées par ce texte, relatives à la forme des attestations en justice, ne sont pas prescrites à peine de nullité ») et la seconde un arrêt de rejet (« en énonçant que les témoignages circonstanciés, dont les auteurs sont parfaitement identifiables, présentent des garanties suffisantes pour emporter la conviction... »). On appréciera que la formule prenne tout de même quelques précautions car, comme l'écrivait M. Perrot dès 1978, ces formalités « sont destinées à faire de l'attestation un véritable substitut du témoignage oral et à l'exorciser du risque trop connu de l'attestation fabriquée ou surprise dans des conditions suspectes ». Reconnaissons que l'exorcisation est d'autant plus nécessaire dans les procédures de divorce !