

Le déni de justice en droit patrimonial de la famille

Anaïs Vanel

DANS **REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE 2021/1** , PAGES 109 À 138

ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**

ISSN 0249-8731

DOI 10.3917/rjj.191.0109

Date de mise en ligne : 12/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-la-recherche-juridique-2021-1-page-109?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

LE DÉNI DE JUSTICE EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

Anaïs VANEL

Doctorante à l'Université de Limoges (CREOP)

Résumé: La Justice est au cœur de l'actualité. Le législateur la modernise et la réforme. La Cour de cassation « pense l'office » de son principal acteur: le juge. La justice ne peut, en effet, bien fonctionner si le juge ne remplit pas ou mal sa mission. Dès lors, l'amélioration de la justice invite à l'affirmation de son rôle et au déploiement de ses moyens. Le phénomène de déjudiciarisation, notamment pour les affaires familiales, fait douter de cette affirmation. Sous son influence, le juge devrait pouvoir se recentrer sur ses fonctions et donc mieux juger. Pourtant, les dénis de justice en droit patrimonial de la famille se multiplient et révèlent un net dysfonctionnement de l'appareil juridictionnel français. Le développement de la déjudiciarisation d'un côté. L'essor des dénis de justice d'un autre côté. La concomitance de ces phénomènes en droit patrimonial de la famille inquiète d'abord, alerte ensuite: en réalité, la déjudiciarisation rend plus probable les dénis de justice.

Mots-clés: Déni de justice – déjudiciarisation – juge – notaire – droit patrimonial de la famille

Abstract: *Justice is at the heart of current events. Legislators are modernizing and reforming it. Recently, the Court of Cassation is even thinking about the office of its main actor: the judge. Indeed, there can be no proper functioning of justice if the judge does not or badly fulfills his office. The improvement of justice would thus suppose the affirmation of his role and the deployment of his resources. The phenomenon of diversion, present in particular in family matters, makes one doubt this assertion. Thanks to its implementation, the judge must be able to refocus on his tasks and, therefore, judge better. However, denial of justice in patrimonial family law is increasing and marks a clear dysfunction of the French jurisdictional apparatus. On one side, the diversion develops itself. On the other side denial of justice increases. The concomitance of these phenomena in patrimonial family law worries at first and then alerts: actually, it is more likely to face denial of justice.*

Keywords: *Denial of justice – diversion – judge – notary – patrimonial family law*

1. Elle est la « première dette de la souveraineté »¹, le « premier devoir de l'État à l'égard des individus »², la « vertu capitale du droit »³: la justice.

Aussi n'est-il pas « un de nos codes modernes qui n'ait inscrit, en tête de ses textes, l'obligation de juger »⁴. Pour ce faire, deux emblèmes intemporels: une figure, le juge, et une condamnation, le déni de justice.

2. Le *juge* est le bras armé de l'œuvre de justice: il contrôle dans l'exercice de la juridiction gracieuse, il tranche dans l'exercice de la juridiction contentieuse⁵.

L'absence de litige n'induit pas l'inutilité du juge. En matière gracieuse, le juge contrôle en raison soit de la nature de l'affaire, soit de la qualité du requérant⁶. La vérification de la légalité de l'acte, sur le fond ou la forme, et le contrôle de son opportunité, visent alors, de manière sous-jacente, la protection des intérêts de chacun⁷.

La matière contentieuse suppose, en revanche, un litige que le juge doit trancher conformément aux règles de droit applicables⁸. « Archétype du tiers impartial et désintéressé »⁹, le juge chasse alors la loi du Talion et les vices de la justice privée. Cette figure d'autorité « assure une fonction d'apaisement et de maintien de l'ordre dans la société politique »¹⁰.

Dire le droit: *jurisdictio*. Juger: *judicium*. Ainsi va l'*officium judicis*¹¹ exclusif de l'existence d'un déni de justice.

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 1801.

² J. PARRICAL DE CHAMARD, *Le recours contre le déni d'administration*, Thèse, Paris, 1911, p. 24 cité par L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 61, p. 558 note 83.

³ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000, §25 p. 14.

⁴ *Ibid.*

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 13^e éd., 2020, V^o Juridictionnel p. 586.

⁶ CPC, art. 25.

⁷ Voir: S. HAZOUG, « Matière gracieuse – Critères », in S. GUINCHARD (dir.), *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, février 2019 (actu: décembre 2019), §26 et s.

⁸ CPC, art. 12.

⁹ R. COLSON, *La fonction de juger: Étude historique et positive*, Fondation Varenne. LGDJ, 2006 (ffhalshs-00402659), §2 p. 3, qui renvoie aux propos de A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 25.

¹⁰ J. DE SOTO, « L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Tome II, LGDJ, 1974, p. 759, spéc. p. 760.

¹¹ Cette présentation des fonctions du juge est issue de: R. COLSON, *La fonction de juger: Étude historique et positive*, *op. cit.*, §4 p. 4.

3. *Le déni de justice* est fermement condamné parce qu'il dénonce tantôt un « refus brutal de juger »¹², tantôt un dysfonctionnement de l'appareil judiciaire.

Dans sa première acception, le déni de justice est le pur et simple refus de juger¹³. Son origine est ancienne : elle remonte aux lois barbares et au droit franc¹⁴. La notion gagne en sévérité sous le droit coutumier médiéval¹⁵. En 1667¹⁶, elle acquiert même sa première assise juridique¹⁷, ensuite parachevée par les codes napoléoniens. Depuis 1804, l'immense article 4 du Code civil dispose que « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Cette définition est reprise et élargie en 1806¹⁸, par le Code de procédure civile, puis en 1810, par le Code pénal¹⁹ aux hypothèses où les juges tardent à se prononcer sur une affaire. Le déni de justice n'est donc pas limité au refus de juger : la notion embrasse tout « manquement au devoir de justice »²⁰.

Cette seconde acception de l'expression, plus extensive, est héritée des travaux du Doyen Favoreu. En 1962, il met en évidence l'étroitesse de la définition jusqu'alors consacrée, notamment en droit privé²¹. Le déni de justice, soit organique, soit de fonctionnement²², révèle, en réalité, un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu²³.

¹² C'est la conception étroite du déni de justice légal : L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 13.

¹³ Le déni de justice oblige le juge à statuer sur le fond de la prétention : G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17.

¹⁴ Voir sur ce point : J. BIDERMAN, *La responsabilité des magistrats envers les particuliers*, Thèse, Dijon, 1911, p. 26 et s. (travaux cités par : L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 5).

¹⁵ La démonstration du déni de justice emportait la rupture du lien féodal entre le seigneur et son vassal, lequel ne devait alors plus rien au premier : A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose, 1882, p. 25.

¹⁶ Voir l'article 1^{er} du titre 25 de l'ordonnance de 1667.

¹⁷ Héritée de Justinien selon la seconde préface de son Digeste (§21) : F. MONNIER, « Déni de justice », *Droits* 2001/2 (n° 34), p. 91-94.

¹⁸ Voir : CPC anc., art. 506 repris par COJ, art. L. 141-3.

¹⁹ Voir l'article 185 de l'ancien Code pénal.

²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Déni de justice p. 323.

²¹ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 13 et s.

²² Pour le Doyen Favoreu, la défaillance qui conduit au déni de justice s'explique soit par « une mauvaise organisation de l'appareil judiciaire », déni de justice organique, soit par « un fonctionnement défectueux de cet appareil », déni de justice de fonctionnement. Dans le premier cas, le déni de justice se manifeste lorsque le juge « n'a pas matériellement la possibilité d'accueillir le recours du plaideur [...] le juge ne peut pas juger parce qu'on ne lui en a pas donné les moyens ». Dans le second cas, le déni de justice résulte d'une mauvaise utilisation des instruments judiciaires laquelle conduit à un mauvais fonctionnement du système judiciaire : L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 28-29.

²³ À l'issue de ses travaux, le Doyen Favoreu définit le déni de justice en droit public français comme « l'impossibilité pour le plaideur d'obtenir application intégrale, par un juge, de la règle de droit à sa

Rédigée au prisme du droit public, l'étude n'est pas périmée. Elle a, au contraire, largement conquis, le déni de justice s'analysant de nos jours comme « l'impossibilité, pour qui le demande, d'obtenir justice »²⁴ et dénonçant le fonctionnement défectueux du service public de la justice²⁵. Les influences européenne et internationale²⁶ ont, en outre, consolidé cette approche en commandant un droit d'accès au juge et un droit au jugement dans un délai raisonnable²⁷. La prohibition du déni de justice s'affirme alors comme l'un des « principes fondamentaux de droit universellement reconnus »²⁸.

4. Cette riche définition paraît promouvoir la position du juge dans le bon fonctionnement du service public de la justice. La lutte contre le déni de justice invite au déploiement et au développement de ses compétences²⁹. Cette idée faiblit toutefois pour les affaires qui touchent au droit patrimonial de la famille : le juge *disparaît*, le déni de justice *apparaît*.

5. La disparition du juge en droit patrimonial de la famille est consommée : *hier*, figure majeure ; *aujourd'hui*, figurant.

6. *Hier*, le juge n'ignorait ni les querelles, ni les affaires familiales.

Le linge sale ne se lave pas qu'en famille. Le contentieux familial est, au contraire, riche, les liens de famille se défaisant parfois et réclamant, pour être démêlés, l'intervention du pouvoir judiciaire³⁰. La proximité et l'intimité des rapports entre les parties rendent d'ailleurs plus vives la nécessité de recourir à un tiers indépendant et impartial pour résoudre le litige : juge aux affaires familiales, juge des enfants, juge des contentieux de la protection ou tribunal judiciaire. Ce besoin

situation, lorsque cette situation a subi une atteinte quelconque du fait des agissements d'une autorité soumise à la règle de droit, et que cette impossibilité résulte d'une défaillance accidentelle dans l'organisation ou le fonctionnement du système juridictionnel, défaillance s'analysant non en une méconnaissance par le juge de sa mission mais en un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu » : L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français, op. cit.*, p. 559.

²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Déni de justice p. 323.

²⁵ Le déni de justice engage alors la responsabilité de l'État : C. org. jud., art. L. 141-1.

²⁶ L'influence européenne a, au contraire, permis de vérifier l'étroitesse de la définition originelle du déni de justice (TGI Nice, 17 septembre 2001 ; D. 2002, IR. 543).

²⁷ Le déni de justice est ainsi prohibé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le droit au procès équitable commandant un droit au jugement (CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70). Dans ce prolongement, pour limiter les risques de dénis de justice internationaux, la Cour de cassation a institué une compétence du for de secours (F. VIANGALLI, « Immunité de juridiction et déni de justice », D. 2005, p. 1540).

²⁸ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70. G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Mélanges Jean Waline, Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum*, Dalloz, 2002, p. 471, spéc. p. 477.

²⁹ Le déni de justice consacre un droit à la justice qui comporte le droit de s'adresser à un juge pour obtenir de lui une décision juridictionnelle : F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ. 1982, p. 245, spéc. p. 278.

³⁰ Le juge est ainsi venu relayer la loi en droit de la conjugalité : B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 534, 2012, §159 et s. p. 91 et s.

de protection juridictionnelle de l'individu apparaît avec une particulière acuité en droit patrimonial de la famille. L'amour et la mort sont des sources de conflits³¹.

Les liens de famille ne dissipent pas la méfiance : au contraire, parfois, ils l'attisent. Compte tenu des rapports naturels de confiance en famille trompeurs, une certaine circonspection est de règle, y compris en l'absence de litiges apparents. Les procédures en matière gracieuse ont, en ce sens, principalement concerné le domaine des relations familiales : homologation du changement de régime matrimonial³² ou homologation de la convention de divorce par consentement mutuel³³, par exemple. Le contrôle judiciaire encourageait alors à une certaine discipline des membres de la famille et veillait à leur protection.

7. *Aujourd'hui*, les relations patrimoniales en famille gagnent en volontarisme. La matière se déjudiciarise : le juge, notamment aux affaires familiales, cède sa place à un « juge de paix, un magistrat de proximité »³⁴ : le notaire³⁵.

La tendance est au droit sans le juge, c'est-à-dire à la déjudiciarisation³⁶. Si ce phénomène peine à être défini³⁷, ses raisons d'être et ses effets sont identifiables. Ses défenseurs prônent une meilleure justice et vantent ses bienfaits pratiques :

³¹ Il faut toutefois remarquer que le conflit n'est pas le litige. Le conflit est défini comme « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements » tandis que le litige vise « l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision ». Par conséquent, si la décision de justice met fin au litige, rien n'assure qu'elle règle le conflit : A. JEANMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits* 2001/2 (n° 34), p. 15-20, §4.

³² CPC, art. 1301.

³³ CPC, art. 1088.

³⁴ P. DAUPTAIN, « Justice en situation - Le juge et le notaire à l'heure de la déjudiciarisation », *Les cahiers de la justice*, 2017. 161.

³⁵ L'avocat joue également un rôle clé dans le développement de la déjudiciarisation.

³⁶ La déjudiciarisation ne doit pas se confondre avec la déjuridictionnalisation laquelle consiste « à faire intervenir le juge pour mettre fin au différend sans trancher par un acte juridictionnel » (N. FRICERO, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile », in S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation, Recherche réalisée dans le cadre de la convention n° 216.03.11.34 du 3 mars 2016 au 3 mars 2018, Mission de recherche Droit et Justice*, Université Aix-Marseille, §20). La déjuridictionnalisation peut toutefois conduire à une déjudiciarisation radicale en confiant à d'autres organes le soin de résoudre le litige (E. RASCHEL, « Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », in S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation, op. cit.*, §42). Voir également : F. NERVÉ, *Essai sur la déjudiciarisation en droit civil*, Thèse, Université de Limoges, 2013.

³⁷ « La déjudiciarisation peut se prêter à une définition, qui ne peut toutefois qu'être très générale, compte tenu de la diversité des méthodes pouvant être mises en œuvre. La déjudiciarisation renvoie à un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer

« simplification, clarification, accélération, allègement de la charge de travail des magistrats, minoration du coût des procédures pour les parties »³⁸. Ces arguments masquent, en vérité, selon d'autres, une triviale motivation budgétaire : la diminution du nombre de dossiers par juge aurait été préférée à l'augmentation du nombre de postes³⁹... Une telle stratégie conduit inéluctablement au retrait, si ce n'est à la disparition, du juge : dans les matières gracieuses, d'abord, il n'a plus à veiller ; dans les matières contentieuses, ensuite, il n'a plus à trancher. Si aucune discipline juridique n'est épargnée, les affaires familiales sont particulièrement touchées⁴⁰.

Le fort impact de la déjudiciarisation en matière familiale, notamment dans l'ordre patrimonial, s'explique aisément. Un premier élément tient à l'importance de la matière gracieuse dans ce domaine. Le juge contrôle davantage qu'il ne résout. Or la nécessité de recentrer les acteurs sur leur cœur de métier, c'est-à-dire le jugement *stricto sensu*⁴¹ pour le juge⁴², précipite en général le déclin des procédures gracieuses⁴³. Une seconde raison, particulière, tient à la singularité des relations familiales : le terrain y est plus propice à la solution amiable⁴⁴, donc à l'éviction du

une nature juridictionnelle » : S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, « Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse », in S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, op. cit., p. 44 §62.

³⁸ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107. Voir également les arguments présentés par : H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? », *D.* 2008, p. 365.

³⁹ Sur cette critique : P. DAUPTAIN, « Justice en situation - Le juge et le notaire à l'heure de la déjudiciarisation », *Les cahiers de la justice*, 2017. 161 ; M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107.

⁴⁰ Les « contours de la justice familiale » ne cessent d'être redessinés. Pour recentrer l'office du juge, le législateur développe le rôle des tiers. Il en va ainsi du dispositif relatif à l'intermédiation financière pour le recouvrement des pensions alimentaires prévu par la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020 (art. 72) ou de la reconnaissance de la procédure participative de mise en état devant le tribunal judiciaire (C. proc. civ., art. 776). Sur ce point : M. DOUCHY-OUODOT, « Contentieux familial », *D.* 2021, p. 499.

⁴¹ Bien que maladroitement exprimé, puisque le juge statuant en matière gracieuse rend également un jugement, l'objectif est de recentrer l'office du juge sur la résolution des litiges. Autrement dit, la matière gracieuse doit s'effacer au profit de la matière contentieuse.

⁴² Exposé des motifs de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴³ Les procédures gracieuses n'ont toutefois pas encore déserté les bureaux des juges. Outre le divorce par consentement mutuel judiciaire, relèvent toujours de la matière gracieuse l'appel contre l'ordonnance refusant l'homologation de la convention de conversion de la séparation de corps par consentement mutuel en divorce (CPC, art. 1134), l'action aux fins d'adoption (CPC, art. 1167), l'autorisation et l'habilitation judiciaire respectivement prévues aux articles 217 et 219 du Code civil (CPC, art. 1286 et 1287) ou encore l'homologation du changement de régime matrimonial lorsqu'elle est nécessaire (CPC, art. 1301).

⁴⁴ Ou à la réconciliation par la « suppression des formes de procédure susceptibles de durcir les conflits » (E. GOUNOT, « Un droit nouveau pour une famille nouvelle », in *Couples et Familles dans la société d'aujourd'hui, Chronique sociale de France*, 1973, p. 193 spéc. p. 205). En somme, l'idée s'est développée qu'il n'y a pas « de meilleur juge pour le couple que le couple lui-même ». Pour Antoine

procès et à l'éloignement des familles du prétoire⁴⁵. Le troisième argument repose, enfin, sur l'évolution de la société. Les mutations conjugales et familiales s'accroissent et se répètent, accroissant d'autant le besoin de productivité judiciaire⁴⁶.

Tous ces arguments⁴⁷ ont conduit le législateur à réduire progressivement le rôle du juge aux affaires familiales⁴⁸ pour le soulager et « lutter contre la lenteur de la barque de la Justice »⁴⁹, ainsi qu'à augmenter et renouveler les missions du notaire.

8. Principalement engagées « pour la Justice », ces réformes font espérer son *perfectionnement* et, par conséquent, une *réduction des dénis de justice*. Ce résultat espéré n'est toutefois pas au rendez-vous en droit patrimonial de la famille.

L'accroissement des missions du notaire devrait permettre une *progression* de l'office du juge aux affaires familiales. Son œuvre devrait gagner en qualité, diminution des risques d'un refus de jugement, et en quantité, accélération du fonctionnement de la justice⁵⁰. Or le déni de justice étant caractérisé par l'absence de délai raisonnable pour juger⁵¹ ou par les difficultés à accéder au juge⁵², ces mesures destinées à « l'amélioration du fonctionnement des

Garapon, le judiciaire est ainsi dénaturé par le psychologique parce que la croyance en la justice repose désormais sur le « naturel des régulations sociales spontanées » (A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, éditions Odile Jacob, 2001, p. 259-260).

⁴⁵ C'est un « lieu présumé d'affection et de pardon » : F. GONTHIER, M. LAMARCHE, « Faute en famille », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 177.

⁴⁶ X. LACROIX, « Le mariage, une affaire privée? », *Études* 2007/5 (Tome 406), p. 615-625.

⁴⁷ Ils ne sont pas exhaustifs. Voir également sur la question : N. DELAMARCHE, « La famille a-t-elle encore besoin de juges? », *Dr. famille* n° 12, décembre 2020, étude n° 27.

⁴⁸ Voir notamment les modifications apportées par les réformes suivantes : Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (*JORF* n° 122 du 27 mai 2004 p. 9319 texte n° 1) ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (*JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016 texte n° 1) ; Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (*JORF* n° 0071 du 24 mars 2019 texte n° 2).

⁴⁹ D. LANDRY, « De l'allègement au déni de justice », *Gaz. Pal.* n° 11, 11 janvier 2014, p. 11.

⁵⁰ Si la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel a eu pour effet une diminution sensible du nombre de saisines du juge aux affaires familiales, ces données renseignent difficilement sur le gain de temps en résultant pour les magistrats : « Chiffres clés de la justice 2018 », *AJ fam.* 2018, p. 566.

⁵¹ Le « devoir de protection juridictionnelle » incombant à l'État comprend « le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable » (CA Paris, 5 février 2002 ; *Gaz. Pal.*, 15 octobre 2002, jur., p. 16, note PETIT. Voir déjà : CA Paris, 20 janvier 1999 ; *D.* 1999, inf. rap., p. 125 ; CA Paris, 10 novembre 1999 ; *D.* 2000, inf. rap., p. 31 ; TGI Nice, 17 septembre 2001 ; *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2002, jur., p. 26, note BARBIER ; TGI Paris, 5 novembre 1997, *JurisData* n° 1997-055321 ; *D.* 1998, p. 9, note FRISON-ROCHE). La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler l'obligation faite aux États de garantir aux époux la liquidation de leur régime matrimonial dans un délai raisonnable (CEDH, 3 octobre 2000, *Kanoun c/ France* ; *RTD cin.* 2000, p. 891, obs. B. VAREILLE). Sur cette forme de déni de justice, voir : D. CONNILL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 114, 2012, §499.

⁵² À travers la notion de déni de justice, se découvrent un droit au jugement et un droit d'accéder au juge : A.-A. DUPRE « La violation du droit processuel est-elle constitutive d'un déni de justice? », *LPA* n° 192, 27 septembre 2010, p. 7.

juridictions »⁵³ promeuvent, dans le même temps, la lutte contre les dénis de justice. Pourtant, une tendance inverse se dessine.

Les *denis de justice fleurissent en droit patrimonial de la famille*: le juge déléguant trop souvent, et trop facilement, ses pouvoirs au notaire liquidateur. Aucune thématique n'est épargnée: calcul d'une créance de salaire différé⁵⁴, liquidation des créances entre époux et récompenses⁵⁵, élaboration du schéma liquidatif de la communauté⁵⁶, réalisation des opérations de liquidation et de partage des indivisions⁵⁷, post-communautaires⁵⁸, conjugales⁵⁹ ou successorales⁶⁰. Cette liste incomplète effraie. Elle éveille, dans le climat juridique contemporain, un certain malaise.

9. La concomitance des phénomènes de retrait du juge et d'émergence des dénis de justice en droit patrimonial de la famille peut, au mieux, s'analyser comme une *coïncidence*, au pire, faire suspecter un *lien de cause à effet*.

La *coïncidence* peut être l'œuvre du temps, les délais de procédure pouvant conduire à un rapprochement malheureux des réformes engagées et des dénis de justice révélés.

La démonstration d'une *causalité directe* entre les événements est, par ailleurs, délicate à établir. D'un côté, la déjudiciarisation peut avoir accru la vigilance du juge et facilité l'identification des dénis de justice: de quoi vérifier l'œuvre des réformes⁶¹. D'un autre côté, la déjudiciarisation a pu brouiller les rôles entre le notaire et le juge en sorte de conduire à une confusion naturelle de leurs missions.

⁵³ Exposé des motifs de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁵⁴ Cass, 1^{re} civ., 4 juillet 2018, n° 17-21.452, inédit.

⁵⁵ Cass, 1^{re} civ., 16 avril 2008, n° 07-12.224, inédit; Cass, 1^{re} civ., 8 avril 2009, n° 08-13.005, inédit.

⁵⁶ Cass, 1^{re} civ., 23 mai 2012, n° 11-12.813, *Bull. civ.* I n° 111; Cass, 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-12.377, inédit; Cass, 1^{re} civ., 22 juin 2016, n° 15-18.367, inédit (rendu toutefois sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile); Cass, 1^{re} civ., 19 octobre 2016, n° 15-24.120, inédit; Cass, 1^{re} civ., 27 septembre 2017, n° 16-14.196, inédit; Cass, 1^{re} civ., 29 janvier 2020, n° 18-19.806, inédit.

⁵⁷ Cass, 1^{re} civ., 6 juillet 2016, n° 15-22.857, inédit; Cass, 1^{re} civ., 20 mars 2019, n° 18-21.124, inédit.

⁵⁸ Cass, 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-11.983, inédit; Cass, 1^{re} civ., 17 décembre 2014, n° 13-16.209, inédit; Cass, 1^{re} civ., 13 avril 2016, n° 15-13.379, inédit; Cass, 1^{re} civ., 3 octobre 2019, n° 18-22.945, inédit.

⁵⁹ Cass, 1^{re} civ., 24 septembre 2014, n° 13-21.005, *Bull. civ.* I n° 152; Cass, 1^{re} civ., 3 décembre 2014, n° 13-27.101, inédit (rendu toutefois sur le fondement de l'article 4 du Code de procédure civile); Cass, 1^{re} civ., 27 juin 2018, n° 17-18.110, inédit; Cass, 1^{re} civ., 11 juillet 2019, n° 18-18.269, inédit.

⁶⁰ Cass, 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 14-11.116, inédit; Cass, 3^e civ., 3 novembre 2016, n° 15-20.366, *Bull. civ.* III n° 146; Cass, 1^{re} civ., 28 mars 2018, n° 17-14.104, *Bull. civ.* I n° 62; Cass, 1^{re} civ., 15 mai 2018, n° 17-18.623, inédit; Cass, 1^{re} civ., 10 février 2021, n° 19-19.375, inédit.

⁶¹ Sur ces interrogations: B. VINCEDEAU, « Les conséquences de la contractualisation des procédures de liquidation du régime matrimonial », *LPA*, 13 juillet 2018, n° 140, p. 7, §4.

À ce stade, toute conclusion est donc à exclure parce que radicale et hâtive. Il faut, en vérité, être lucide et prudent.

D'une part, aucun point de vue péremptoire ne peut être adopté : les dénis de justice ne sont pas nés de la déjudiciarisation et la déjudiciarisation n'a pas que des effets positifs sur la justice. D'autre part, le manque de recul doit être pris en compte pour apprécier les effets de la déjudiciarisation sur le fonctionnement de la justice.

En définitive, la vérification d'une connexité entre les deux événements appelle une démarche chronologique. L'exercice du devoir de justice en droit patrimonial de la famille doit être apprécié à la lumière des étapes de la déjudiciarisation. Avant le mouvement, comment agissait le juge ? Depuis lors, comment risque-t-il d'agir ?

10. Le constat est sans appel. Le déni de justice était et restera une menace pour le droit patrimonial de la famille. Simplement, la déjudiciarisation a fait varier la probabilité de l'évènement. Hier ? Elle était faible (I). Demain ? Elle s'accroît (II).

I. Le déni de justice en droit patrimonial de la famille hier : un risque contenu

11. Le droit patrimonial de la famille n'a jamais été à l'abri du déni de justice : ce risque, quoique banal (A) a toujours été contrebalancé par la particularité qu'il est d'ordre technique (B).

A. Un risque banal

12. Le déni de justice en droit patrimonial de la famille ne présente aucune originalité. Il est soumis à une probabilité limitée : le *déni de justice légal*⁶² par le pouvoir d'interprétation des juges, le *déni de justice procédural*⁶³ par des délais de mise en œuvre raisonnables.

⁶² Est désigné sous cette expression le déni de justice pour refus de juger parce que le juge « ne trouve pas dans l'œuvre législative la solution au problème juridique posé par l'espèce » (J.-M. MOULIN, *JCP G* n° 5, 29 janvier 2003, II 10014, comm. sous Cass, 3^e civ., 6 février 2002, *SA Poilâne c/ Sté Groupe d'études pour la construction, l'urbanisme et l'aménagement du territoire*, *JurisData* n° 2002-012816). L'expression « déni de justice formel » est également employée par des auteurs pour désigner le refus de juger (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Thèse, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, §205). Toutefois, les contours de l'expression sont mal définis puisque des auteurs l'emploient pour viser, plus largement, le défaut d'accès à la justice (L.-M. HONG-ROCCA, *Le déni de justice en droit international public*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012, p. 13).

⁶³ Soit le déni de justice résultant d'une défaillance dans le déroulement de la procédure judiciaire, catégorie sous laquelle nous incluons les lenteurs procédurales.

13. *Probabilité d'un déni de justice légal* – Comme toute discipline juridique, le droit patrimonial de la famille a ses obscurités, ses insuffisances et ses silences. Ces faiblesses législatives n'ont toutefois pas fait faillir le juge à son devoir de justice. Au contraire, par son pouvoir d'interprétation, il a complété et enrichi la matière.

Le droit patrimonial de la famille est un droit riche parce qu'il touche à plusieurs étapes clés de la vie des hommes. Le Code civil lui accorde donc une large place. L'abondance législative n'est toutefois pas le remède au doute juridique. La loi ne peut « tout prévoir, ni pourvoir à tout »⁶⁴, en particulier lorsqu'il s'agit de traiter des affaires familiales caractérisées par leur pluralité et leur mouvance⁶⁵. Aussi la doctrine a-t-elle toujours mis en évidence des incertitudes auxquelles remédie la jurisprudence.

« Une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges »⁶⁶. Le besoin de l'interprétation s'explique en outre par la « plasticité de ce droit patrimonial conjugal » qui invite à se prononcer et à apprécier sur la base de critères non définis par la loi comme l'intérêt de la famille ou l'intérêt du conjoint⁶⁷.

D'un point de vue théorique, le droit patrimonial de la famille n'a donc jamais été plus fortement exposé qu'une autre matière au déni de justice légal.

14. *Probabilité d'un déni de justice procédural* – Plus plausible paraît, en revanche, la recherche d'un déni de justice pour lenteur procédurale. Les critiques motivant les réformes de la matière le suggèrent timidement mais à tort.

15. La recherche d'un déni de justice pour lenteur procédurale⁶⁸ est envisageable en droit patrimonial de la famille. Les dernières réformes promouvant la déjudiciarisation le suggèrent. Le temps utile au juge pour statuer ne fut toutefois pas à l'origine des reproches témoignés à la matière.

Réduire les délais. Accéder les procédures. Gagner du temps. Ainsi vont certains objectifs de la déjudiciarisation orchestrée en droit patrimonial de la famille. D'aucuns dénonçaient, en effet, un allongement artificiel des procédures utiles à l'évolution des familles : l'accord des parties et la simplicité de la situation écartant le besoin de recourir à la machine judiciaire, serait-ce pour une homologation. Le juge a ainsi disparu, par principe, de la procédure de changement

⁶⁴ F. MARCHADIER (dir.), *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2018, p. 17.

⁶⁵ Or il est impossible de prévoir une loi pour chaque cas particulier, notamment pour les matières civiles dont l'immensité implique la prévoyance limitée des lois : P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 6, Paris, 1836, p. 270.

⁶⁶ Portalis, cité dans J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012, p. 115.

⁶⁷ J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 9^e éd., 2018, §26, p. 17.

⁶⁸ Pour la reconnaissance d'un déni de justice pour manquement à un délai raisonnable, voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 07-17.575, *Bull. civ.* I n° 65 ; Cass, 1^{re} civ., 4 juin 2009, n° 08-16.480, *Bull. civ.* I n° 114.

de régime matrimonial⁶⁹, de divorce par consentement mutuel⁷⁰ ou d'envoi en possession du légataire universel⁷¹.

Cette économie de temps espérée par les professionnels et proposée par le législateur ne signifie toutefois pas que le délai utile au juge pour effectuer son contrôle eût été déraisonnable. C'est, en réalité, la perte de temps qui a inspiré la critique, en particulier lorsque la solution judiciaire était prévisible⁷². Or cette attente n'avait rien de préjudiciable pour le justiciable : elle n'emportait pas une défaillance dans sa protection juridictionnelle. Au contraire, ce n'est pas dénier la justice que de s'assurer que les droits de chacun sont garantis, cela demanderait-il un peu de temps.

16. La probabilité d'un déni de justice pour lenteur procédurale est donc, quoi qu'en suggèrent les réformes, bien maigre : les délais utiles à la procédure sont tolérables et justifiés.

Bien que critiqués, les délais nécessaires à la réalisation de certaines procédures, notamment en matière gracieuse, sont bien acceptés. Il y a là une contrepartie du contrôle judiciaire et de ses garanties. De même, les réformes du divorce par consentement mutuel n'ont pas été motivées, à la différence de la réforme de 1975, par une remise en question du mécanisme législatif⁷³, la procédure surprenant même par sa rapidité⁷⁴.

⁶⁹ Conformément au nouvel article 1397 du Code civil, l'homologation judiciaire ne sera exigée qu'en cas d'opposition au changement de régime par un créancier, un enfant majeur ou une personne partie au contrat de mariage modifié. C'est, en revanche, le juge des tutelles qui sera sollicité lorsque le notaire estimera que le changement de régime peut porter atteinte aux intérêts d'un enfant mineur, en sorte de soumettre le changement à autorisation préalable.

⁷⁰ Le divorce par consentement mutuel est, par principe, déjudiciarisé. Il est réalisé par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire (C. civ., art. 229-1 à 229-4). Par exception, il est judiciaire (C. civ., art. 230 et 232) : soit que l'enfant mineur du couple a souhaité être entendu par le juge, soit que l'un des époux se trouve sous une mesure de protection juridique des majeurs (C. civ., art. 229-1).

⁷¹ Depuis la disparition de l'ancien article 1008 du Code civil, « l'envoi en possession du légataire universel en l'absence d'héritier réservataire par ordonnance du président du tribunal de grande instance n'est plus le principe » *Mémento pratique. Successions. Libéralités* 2019, Éditions Francis LeFebvre, 2019, §15395). Le notaire chargé de dresser le procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament est tenu de vérifier les conditions de la saisine du légataire (C. civ., art. 1007). Ce n'est qu'en cas d'opposition à l'exercice de ses droits par le légataire universel que ce dernier doit se faire envoyer en possession par ordonnance du président du tribunal judiciaire mise au bas de la requête à laquelle est joint l'acte d'opposition (C. civ., art. 1007 al. 3 ; CPC, art. 1378-2 al. 2).

⁷² Par exemple, la nécessité de faire homologuer le changement de régime matrimonial fut critiquée parce que le nombre de refus d'homologation était maigre. En 2003, sur les 21 463 demandes d'homologation, 21 221 ont été acceptées (rapport commission mixte paritaire cité par : J. REVEL, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.* 2006, p. 2591, note n° 4).

⁷³ P. DAUPTAIN, « Justice en situation - Le juge et le notaire à l'heure de la déjudiciarisation », *Les cahiers de la justice* 2017. 161.

⁷⁴ En ce sens : J. GAUTIER, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle »,

L'allongement du temps utile au juge pour statuer se justifie encore par les enjeux particuliers de telle ou telle affaire. Or la jurisprudence considère que l'existence d'un déni de justice doit s'apprécier à la lumière des circonstances propres à chaque espèce, notamment sa nature et son degré de complexité⁷⁵.

17. En droit patrimonial de la famille, le déni de justice prendrait ainsi l'allure d'un cas d'école. Il ne faut toutefois pas être dupé par ce premier résultat. C'est là oublier la technicité de la matière.

La probabilité d'un déni de justice en droit patrimonial de la famille se concentre au stade de sa mise en œuvre. Le juge peut vouloir statuer mais redouter de ne pas savoir bien le faire⁷⁶. Son embarras le pousse alors à la défausse : le risque est d'ordre technique.

B. Un risque technique

18. Le droit patrimonial de la famille est une matière *technique* ce qui confère une certaine *originalité* à son contentieux.

Sa technicité découle de sa dimension à la fois juridique et comptable. Il faut, pour maîtriser la matière, connaître le droit et savoir compter. Cette exigence ancienne est notoire⁷⁷. La liquidation de la communauté consiste, par exemple, en un ensemble d'opérations comptables préalable au partage⁷⁸, « souvent extrêmement complexes, et toujours très techniques »⁷⁹. De même, le droit des successions et des libéralités est marqué par « sa complexité conceptuelle et technique » puisqu'en ce domaine, il faut « aboutir à une liquidation civile et fiscale, c'est-à-dire à des chiffres précis »⁸⁰.

LPA, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7.

⁷⁵ Voir par exemple : CA Paris, 26 novembre 1992 ; *Gaz. Pal.* 7-10 mai 2003, p. 11 ; CA Paris, 20 janvier 1999 ; *D.* 1999, inf. rap., p. 125 ; Cass, 1^{re} civ., 25 mars 2003, n° 01-10.306, inédit ; *AJDI* 2003. 775, note HEUGAS-DARRASPEN ; Cass, 1^{re} civ., 25 mai 2004, n° 02-17.745, *Bull. civ.* I n° 150 ; Cass, 1^{re} civ., 5 septembre 2018, n° 17-23.147, publié ; *D. actu.* obs. HACÈNE.

⁷⁶ L'accent est ici mis sur la démission du juge confrontée à la complexité de la matière et non à l'injustice qui pourrait résulter de sa décision : le déni de justice ne touchant pas au « mal-jugé ».

⁷⁷ Aussi ne sera-t-on pas surpris de trouver un chapitre entier intitulé « La technique » destiné aux questions posées par la liquidation de la succession dans un ouvrage d'histoire du droit privé : P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Tome III *Le droit familial*, PUF, Thémis, 1968, p. 349.

⁷⁸ J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, §401 p. 253 ; A.-S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Larcier, Paradigme, 3^e éd., 2013, §433 p. 225.

⁷⁹ J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, §27 p. 18. Voir également en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*. Tome 2. *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis Droit privé, 21^e éd., 2002, p. 493.

⁸⁰ B. VAREILLE, « Avant-propos », in *Mémento Successions libéralités* 2019, Éditions Francis Lefebvre, 2019.

Le résultat est donc logiquement au cœur des litiges qui contribuent à construire la matière. La vérité mathématique peut surprendre : soit que l'on doive, soit l'on reçoive trop peu. Le problème de droit dissimule alors une discussion à dimension arithmétique, par la remise en cause de la règle de calcul ou des données utiles à sa réalisation. Dès lors, ce qu'espère le justiciable du juge, c'est qu'il tranche le litige bien moins dans son aspect juridique que dans son aspect comptable⁸¹.

19. La technicité de la matière conduit néanmoins le juge à résoudre partiellement le litige pour se soustraire à l'exercice mathématique. Sa résolution du problème est inachevée : il *pose la règle de calcul* juridiquement applicable mais se *décharge de son application*.

La détermination juridique de la règle de calcul applicable au litige est globalement maîtrisée par le juge⁸². Il sait poser l'équation et en préciser les données. Aussi n'aura-t-il aucune difficulté à prévoir les modalités de calcul d'une indemnité de réduction⁸³, d'une indemnité de jouissance privative d'un bien indivis entre des époux⁸⁴ ou d'une récompense⁸⁵. C'est, en réalité, l'étape suivante qui est redoutée.

L'étape du calcul, traduisant le passage de la théorie à la pratique, est parfois déléguée au notaire liquidateur. Le rappel de la règle de droit suffirait pour trancher le litige. Le juge oublie alors l'objet de la prétention, le résultat⁸⁶, et son

⁸¹ Cela suppose néanmoins des parties que leur prétention soit bien formulée. Ne commet pas un déni de justice la cour d'appel qui se contente de fixer les modalités de calcul de la soule et précise que celle-ci sera calculée par le notaire dans la mesure où elle n'était pas saisie d'une demande relative à un solde dû par l'époux (Cass, 1^{re} civ., 6 novembre 2013, n° 12-23.445, inédit), celle ordonnant les opérations de liquidation et de partage dans la mesure où elle n'était pas saisie d'une demande en fixation d'une indemnité due pour l'occupation de l'appartement (Cass, 1^{re} civ., 5 décembre 2018, n° 17-31.750, inédit) ou celle qui confie au notaire l'actualisation de l'accord intervenu entre les parties et non contesté (Cass, 1^{re} civ., 8 juillet 2020, n° 18-18.124, inédit).

⁸² Voir néanmoins sur le déni de justice lié à la liquidation complexe et mal maîtrisée du régime de la participation aux acquêts : Cass, 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 14-24.556, *Bull. info.* 2016 n°848, I, n° 1144.

⁸³ Le déni est toutefois caractérisé si les juges renvoient le soin de réaliser le calcul au notaire : Cass, 1^{re} civ., 16 mars 2016, n° 14-25.473, inédit.

⁸⁴ Voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 29 novembre 2017, n° 17-13.193, inédit.

⁸⁵ Voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 12 juin 2018, n° 17-14.381, inédit.

⁸⁶ Le déni de justice n'est toutefois pas caractérisé si le juge a la possibilité de se prononcer ultérieurement. Il en va ainsi lorsque les juges renvoient la procédure à une nouvelle audience afin que le nouveau compte de sa créance présentée par la banque soit soumis à la libre discussion des parties (Cass, com., 20 mai 1997, n° 95-13.887, inédit) ou que les parties conservent la faculté de saisir le juge de toute difficulté sur la date de jouissance divisée à fixer par le notaire à la date la plus proche du partage (Cass, 1^{re} civ., 5 décembre 2018, n° 17-28.339, inédit).

office : juger. En refusant de compter⁸⁷, d'évaluer⁸⁸ ou de réévaluer⁸⁹, il se rend précisément coupable de déni de justice⁹⁰.

20. L'absence de résultat chiffré, lorsque la prétention porte sur ce point⁹¹, signale un manquement du juge à son devoir de justice né d'un mauvais emploi des compétences du notaire⁹².

21. Si un résultat est contesté, la solution du juge doit logiquement être un résultat⁹³. Dès lors, la vérification sans l'évaluation⁹⁴, le constat non suivi de calcul⁹⁵ ou le défaut de démonstration⁹⁶ signalent une carence du juge dans l'exercice de

⁸⁷ Les juges du fond ne peuvent ainsi déléguer au notaire liquidateur le calcul du montant des indemnités de réduction conformément aux dispositions prévues dans l'arrêt : Cass, 1^{re} civ., 16 mars 2016, n° 14-25.473, inédit.

⁸⁸ Commet un déni de justice la cour d'appel qui retient que l'évaluation de l'immeuble indivis réalisée par le tribunal est ancienne et qui charge alors le notaire commis « de solliciter de l'expert une actualisation de l'évaluation qu'il a proposée, compte tenu de la surface réelle au sol qui devra être vérifiée » : Cass, 1^{re} civ., 8 avril 2009, n° 08-12.655, inédit.

⁸⁹ Sur le déni de justice résultant de l'absence de réévaluations nécessaires à la date du partage : Cass, 1^{re} civ., 17 mars 2010, n° 08-21.723, inédit.

⁹⁰ Le terme de déni de justice renvoie, en effet, tant à l'idée de refus du juger qu'à celle d'abstention, d'un défaut d'action ou d'une carence (D. POUYAUD, « La responsabilité de l'État de fait du service public de la justice. À propos de quelques paradoxes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 1055). Se rend ainsi coupable de déni de justice le juge qui refuse de se prononcer sur la valeur d'un bien, donnée nécessaire à la détermination de la récompense selon le profit subsistant, et préfère arrêter le montant de la récompense à partir de la dépense faite (Cass, 1^{re} civ., 14 octobre 2020, n° 19-13.702, publié).

⁹¹ En revanche, ne méconnaît pas son office, ni ne délègue ses pouvoirs la cour d'appel qui homologue l'acte du notaire et entérine ainsi son calcul dans la mesure où l'épouse n'apporte aucun élément permettant de le remettre en cause : Cass, 1^{re} civ., 25 novembre 2009, n° 08-20.406, inédit.

⁹² Le déni de justice ne peut toutefois être établi si le demandeur ne fournit pas au juge les éléments utiles pour trancher et chiffrer. Il faut que le juge soit en mesure d'établir la règle de calcul puis de calculer. Voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 30 janvier 2019, n° 17-23.194, inédit.

⁹³ Par exemple, l'arrêt qui décide que « le notaire chargé des opérations de liquidation et de partage devra procéder à son évaluation » signale un déni de justice en ce qu'il incombe au juge de fixer lui-même le montant de l'indemnité d'occupation : Cass, 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 11-10.789, inédit.

⁹⁴ Sur la décomposition très claire, pour la liquidation des régimes matrimoniaux, de la juridiction en un double devoir de vérifier les éléments de preuve puis d'évaluer le montant de la récompense : B. VAREILLE, *RTD civ.* 2009, p. 768 note sous Cass, 1^{re} civ., 16 avril 2008, n° 07-12.224, *Bull. civ.* I, n° 122.

⁹⁵ Voir par exemple le déni de justice caractérisé par le refus d'évaluer la créance de l'indivision dont l'existence avait été constatée par la cour dans son principe : Cass, 1^{re} civ., 7 novembre 2018, n° 17-23.995, inédit.

⁹⁶ Le déni de justice peut être caractérisé lorsque les juges se déchargent de leur mission au motif qu'ils ne peuvent pas vérifier les éléments de preuve utiles au calcul. Il en va ainsi d'une cour d'appel qui fixe la somme mensuelle due par un indivisaire au titre de son occupation privative d'un parking tout en chargeant le notaire liquidateur de vérifier les éléments de preuve justifiant la libération des lieux (Cass, 1^{re} civ., 20 novembre 2013, n° 12-23.792, inédit) ou les éléments de preuve nécessaires à la constatation d'une créance contre l'indivision (Cass, 1^{re} civ., 30 octobre 2006, n° 04-19.110, inédit).

son devoir de justice⁹⁷. Le litige n'est pas annihilé, même si le notaire est chargé d'appliquer la règle de calcul judiciairement définie, parce que le résultat n'aura pas force de vérité légale.

Cette différence de fonctions entre le notaire, officier public et ministériel⁹⁸, et le juge, professionnel investi du pouvoir de rendre justice, n'est pas nouvelle. En 1987, la Cour de cassation rappelait déjà l'articulation de leurs missions. D'abord, le notaire dresse le procès-verbal des difficultés. Puis, les juges ont « l'obligation de trancher » la question déferée⁹⁹ pour permettre, enfin, au notaire de réaliser – aussi paisiblement que possible – son office.

Les novices en la matière pourraient, en effet, être surpris par la virulence des litiges qui animent le droit patrimonial de la famille. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la classique, quoique épineuse, question de la contribution des époux aux dettes fiscales¹⁰⁰. Une cour d'appel ne peut rappeler la clé de répartition de la dette entre les époux tout en déléguant au notaire le calcul de leurs contributions respectives. Il faut se féliciter de la cassation de l'arrêt au visa de l'article 4 du Code civil¹⁰¹, les juges ayant cru pouvoir abandonner au notaire l'aspect le plus délicat du litige, parce que technique et conclusif. Aux yeux du demandeur, le déni de justice est, il est vrai, flagrant. Il attendait du juge non pas une simple prévision, mais une certitude sur le *quantum* de sa créance, en sorte de vider définitivement cet abcès de désaccord.

L'autorité de la force jugée a cet avantage de clore le débat et d'éviter la résurgence du différend à l'étude notariale. Le juge ne peut donc laisser entre les mains du notaire le point névralgique du litige, serait-ce au nom de la complexité ou de la technicité de l'affaire.

22. Le juge qui refusera de juger jusqu'au bout sous prétexte de la technicité ou de la complexité de l'affaire, donc de son propre embarras, est coupable de déni de justice¹⁰². Le notaire n'est qu'un soutien à l'exercice par le juge de sa mission et non un palliatif à son appréhension devant les chiffres.

⁹⁷ Ce déni de justice est caractérisé dès lors que le juge a admis l'existence d'une créance, d'une récompense, d'une indemnité dans son principe. En revanche, si le juge refuse une demande destinée à établir le montant d'une soulte en raison de l'absence d'éléments fournis par le demandeur, il ne méconnaît pas les dispositions de l'article 4 du Code civil (Cass, 1^{re} civ., 8 novembre 2005, n° 03-11.304, inédit).

⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* V° Notaire p. 687, V° Officier p. 703.

⁹⁹ Cass, 1^{re} civ., 10 juin 1987, n° 85-15.093, inédit.

¹⁰⁰ L'impôt sur le revenu n'est pas une charge du mariage au sens de l'article 214 du Code civil. Sur le plan de la contribution, les époux ne doivent donc pas y participer à hauteur de leurs facultés contributives à la manière des charges courantes (voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 25 juin 2002, n° 00-17.497, inédit).

¹⁰¹ Cass, 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-24.214, *Bull. civ.* I n° 188.

¹⁰² Voir notamment : Cass, 3^e civ., 7 juillet 2015, n° 14-20.497, inédit.

L'aide du notaire est, à n'en point douter, précieuse pour le juge confronté à une complexité liquidative ou à des enjeux patrimoniaux et financiers particuliers¹⁰³. À l'occasion des divorces judiciaires, cet officier public peut être désigné en qualité de professionnel qualifié pour « dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux »¹⁰⁴ ou en sa qualité d'officier ministériel « en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager »¹⁰⁵. Dans ce prolongement, la complexité des opérations de partage judiciaire peut justifier sa désignation par le tribunal¹⁰⁶. Son savoir et son expérience, tant techniques que relationnels¹⁰⁷, sont ainsi mis au service de la justice¹⁰⁸. Il n'y a toutefois là qu'un soutien¹⁰⁹, et non un substitut¹¹⁰, à l'exercice par le juge de son devoir¹¹¹.

En effet, le juge ne peut jamais¹¹² « se décharger sur une autre autorité de la mission spécifique, qui lui incombe, de dire le droit »¹¹³. Cette abdication de

¹⁰³ 106^e Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine. Les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 30 mai au 2 juin 2010, §3060 p. 605.

¹⁰⁴ C. civ., art. 255 9°.

¹⁰⁵ C. civ., art. 255 10°.

¹⁰⁶ CPC., art. 1364.

¹⁰⁷ Certains soutiennent que ce sont les qualités relationnelles du notaire qui poussent le juge à solliciter son accord, notamment sur le fondement de l'article 255 10° du Code civil. P.-J. CLAUD, S. DAVID, « Divorce: le notaire nommé expert au cours de la procédure », *Deffrénois* 2008. 1413.

¹⁰⁸ Le notaire n'est toutefois pas le seul professionnel du droit à apporter son concours au juge pour les questions d'ordre patrimonial. Une analyse réalisée par un groupe de travail mis en place par la Cour d'appel de Rennes a démontré « que, dans les dossiers complexes, l'intervention du professionnel qualifié, indépendante du notaire commis pour la liquidation, peut s'avérer opportune, voire indispensable » (étude citée par: C. LIENHARD, « L'avocat spécialiste en droit des personnes: professionnel qualifié au titre de l'article 255 (9°) du code civil », *AJ fam.* 2006. p. 24).

¹⁰⁹ C'est pourquoi le fait de confier les opérations de liquidation et de partage à un notaire eu égard à la complexité de la situation et sous la surveillance d'un juge n'est pas constitutif d'un déni de justice: Cass, 1^{re} civ., 5 décembre 2018, n° 17-31.750, inédit.

¹¹⁰ Le juge ne peut suivre aveuglément l'avis du notaire, lequel est de pur fait (Cass, 1^{re} civ., 8 juillet 2009, n° 08-12.704, inédit; Cass, 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-13.737, inédit; Cass, 1^{re} civ., 26 janvier 2011, n° 09-74.422, inédit). Il doit se forger sa propre conviction, sauf à se rendre coupable de déni de justice (Cass, 1^{re} civ., 11 juillet 2019, n° 18-19.415, inédit; Cass, 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 16-22.074, inédit).

¹¹¹ Une redistribution des missions est envisagée pour limiter l'essor de ces dénis de justice. Un auteur propose ainsi de modifier le « statut » du notaire: il pourrait notamment devenir un *amicus curiae* (F. DUPUIS, « Le juge, le notaire et le déni de justice », *Dr. famille* n° 5, mai 2015, étude 9, §20). Or un élargissement des pouvoirs du notaire, notamment en lui permettant de se prononcer sur le droit, risque davantage d'accentuer l'indifférence du juge pour la matière et non d'y remédier.

¹¹² Force est toutefois d'admettre que le juge sera particulièrement attentif à l'avis du notaire. Le notaire désigné par le juge en vue d'élaborer un projet liquidatif (C. civ., art. 255 10°) peut, en effet, porter une appréciation juridique de la situation (CPC, art. 1121 excluant l'application de l'article 238 du même code).

¹¹³ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière pénale*, 2018-2019, Dalloz, 4^e éd., 2017, §92.123. La solution n'est d'ailleurs pas nouvelle et n'est pas propre au droit patrimonial de la famille. Le juge ne peut ainsi déléguer ses pouvoirs à la Carsat sans commettre de déni de justice (Cass, 2^e civ., 26 no-

pouvoir fondée sur la nécessité de calculer précisément, puis d'évaluer, trahit peut-être une aversion du juge pour les chiffres, dont l'importance est exacerbée en droit patrimonial de la famille¹¹⁴.

23. Au demeurant, la principale origine du déni de justice en droit patrimonial de la famille est d'ordre technique.

Ces dernières années, sa fréquence a toutefois augmenté tandis que la compétence du juge en droit patrimonial de la famille régressait. D'un côté, le juge abandonne ses pouvoirs au notaire. D'un autre côté, le législateur transfère les pouvoirs du juge au notaire. Ces phénomènes ont ainsi un point de convergence sensible : la substitution du notaire au juge pour les affaires qui ont trait au droit patrimonial de la famille.

On devine alors que la déjudiciarisation n'est pas neutre sur les manquements du juge à son devoir de justice : elle en accentue la probabilité.

II. Le déni de justice en droit patrimonial de la famille demain : un risque accentué

24. La déjudiciarisation a de vraies vertus qui camouflent quelques graves inconvénients.

En premier lieu, ce phénomène éloigne davantage le juge du droit patrimonial de la famille, matière à laquelle il doit se familiariser pour ne pas faillir à son devoir de justice. En second lieu, il amenuise les chances pour le justiciable d'accéder à un juge et donc d'obtenir la confrontation d'une situation conflictuelle aux règles de droit applicables.

La déjudiciarisation risque ainsi d'aggraver le déni de justice en droit patrimonial de la famille : le juge y est désaccoutumé (A), la protection juridictionnelle de l'individu dégradée (B).

vembre 2020, n° 19-19.520, publié). Voir également pour un déni de justice en matière pénale : Cass., crim., 8 avril 1935 ; *D. P.* 1935, 1, p. 94, note P. MIMIN.

¹¹⁴ Le déni de justice pour refus de compter n'est pas propre au droit patrimonial de la famille : Cass, civ., 4 février 1920 ; *DP* 1924, 1, p. 62 (refus de chiffrer le montant des dommages) ; Cass, 1^{re} civ., 15 mai 2015, n° 13-24.956 et 14-10.258, inédit (refus d'évaluer la créance de la banque pourtant constatée dans son existence) ; Cass, 1^{re} civ., 12 octobre 2016, n° 15-20.320, inédit (refus d'évaluer le montant du préjudice issu de la perte de chance) ; Cass, 1^{re} civ., 24 octobre 2018, n° 17-16.916, inédit (refus d'évaluer la créance de la banque pourtant constatée dans son existence) ; Cass, 2^e civ., 26 novembre 2020, n° 19-10.523, inédit (refus d'évaluer le dommage lié à la perte de droit à la retraite) ; Cass, 3^e civ., 21 janvier 2021, n° 19-16.434, inédit (refus d'évaluer un dommage dont l'existence fut constatée) ; Cass, 1^{re} civ., 3 février 2021, n° 19-17.740, inédit (refus d'évaluation du préjudice lié à la perte de chance de bénéficiaire d'un avantage fiscal) ; Cass, 3^e civ., 8 avril 2021, n° 19-24.874, inédit (refus de fixer le montant d'un indu de loyer).

A. Un juge désaccoutumé du droit patrimonial de la famille par la déjudiciarisation

25. La déjudiciarisation éloigne les différends familiaux du Palais¹¹⁵. Elle raréfie donc leur rencontre avec un juge déjà peu sensible à la poésie du droit patrimonial de la famille¹¹⁶ : de quoi *dégrader sa technique* et cultiver, dans son esprit, sa *superfluité*.

26. *Une technique dégradée par la déjudiciarisation* - La déjudiciarisation va forcer le désengagement du juge au profit du notaire, les faiblesses de sa formation n'étant plus palliées par l'expérience.

La formation des juges en droit patrimonial de la famille demeure, aux yeux de beaucoup d'auteurs, insuffisante¹¹⁷. La réforme de 1993¹¹⁸ n'aurait pas suffi à

« spécialiser un juge pour les affaires familiales, dont l'originalité réclame une formation et une activité très différentes de celles qui ont cours dans le tout-venant du droit civil, plus dynamiques, plus humaines, à base de psychosociologie plus que de droit dogmatique »¹¹⁹.

L'expérience complétait alors, jusqu'à présent, les bases théoriques¹²⁰.

L'*expérience* est, avec sa formation adaptée, le principal atout du notaire. Il est un homme de terrain et de consensus, accoutumé aux opérations liquidatives. Aussi mesure-t-on l'importance de sa fréquentation pour le juge aux affaires familiales. Sa technique se précise à mesure qu'il entre en contact avec la matière et s'y familiarise. Procédures gracieuses et contentieuses entretiennent et augmentent ses compétences.

¹¹⁵ Selon le rapport Guinchard, déjudiciariser revient, au sens littéral, à « sortir du palais de justice, du périmètre de la justice, une activité jusqu'ici confiée au juge » : S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 48.

¹¹⁶ L'expression est empruntée à : B. VAREILLE, *RTD civ.* 2009, p. 768, note sous Cass, 1^{re} civ., 16 avril 2008, n° 07-12.224, *Bull. civ.* I, n° 122.

¹¹⁷ En ce sens : F. DUPUIS, « Le juge, le notaire et le déni de justice », *Dr. la famille* n° 5, mai 2015, étude 9, §19.

¹¹⁸ Instituant le juge aux affaires familiales : loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (*JORF* n° 7 du 9 janvier 1993 p. 495).

¹¹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 24

¹²⁰ L'élargissement des compétences du juge aux affaires familiales par la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (*JORF* n° 0110 du 13 mai 2009 p. 7920 texte n° 1) ne fut d'ailleurs pas accompagné d'une formation plus complète sur les techniques liquidatives : F. DUPUIS, « Le juge, le notaire et le déni de justice », *Dr. la famille* n° 5, mai 2015, étude 9, §8.

27. La déjudiciarisation risque alors d'affaiblir, voire de détruire progressivement, les acquis du juge en droit patrimonial de la famille. Dès lors, les probabilités de déni de justice se renforcent.

Le juge sera de plus en plus tenté de laisser les « questions liquidatives entre des mains plus expertes »¹²¹, qu'elles soient complexes ou non. Cet éloignement a alors de quoi faire craindre, sur le long terme, une évolution des sources du déni de justice et de sa gravité. Jusqu'alors, la dérobade du juge était surtout cantonnée à l'étape du calcul. Le juge continuait toutefois de marquer son utilité en dictant le droit sous la forme d'une équation. Le refus brutal de juger ne signalait donc pas un désintéret pour la matière : il dénonçait simplement quelques lacunes techniques.

La déjudiciarisation pourrait bien dissoudre aujourd'hui le rapport de complémentarité¹²² qui, bien que parfois mal traduit, unissait encore hier juge et notaire. Or cette évolution fonctionnelle du système juridictionnel aurait également un impact dans l'ordre conceptuel. Le juge risque de penser peu à peu, à tort, que sa mission est superflue par rapport à celle du notaire, au risque d'abdiquer ses pouvoirs.

28. *Une superfluité entretenue par la déjudiciarisation* – La déjudiciarisation bouleverse la répartition des rôles. Le juge s'efface. Le notaire gagne en autonomie et en compétences. La fonction du premier deviendrait subsidiaire parce que facultative et remplaçable par le savoir-faire du second. Se répandrait alors l'idée insidieuse que le juge n'a plus vraiment à se prononcer sur les affaires ayant trait au droit patrimonial de la famille ; que cette mission incomberait désormais au notaire. L'analyse théorique le fait craindre, la jurisprudence le vérifie.

29. C'est la *conviction théorique* que les affaires familiales peuvent se passer du juge qui ont, pour partie, motivé la déjudiciarisation : l'idée soit que le contrôle du juge est inutile, soit que les désaccords sont évitables.

Les procédures gracieuses du droit patrimonial de la famille ont été de longue date exposées à la déjudiciarisation. Le rapport Guinchard avait souligné l'existence d'attributions aux juridictions ne relevant pas

« à proprement parler, de missions juridictionnelles, mais d'activités que l'on peut globalement qualifier de "notariales" ou administratives, en ce sens qu'elles se rattachent à des missions d'officier public ou de service public, sans pour autant mettre en œuvre un pouvoir d'appréciation juridictionnel ».

¹²¹ S. TORRICELLI-CHIRIFI, *Dr. famille* n° 9, septembre 2018, comm. 215, note sous Cass, 1^{re} civ., 12 juin 2018, n° 17-14.381 : *JurisData* n° 2018-010912.

¹²² Sur ce point : F. DUPUIS, « Le juge, le notaire et le déni de justice », *Dr. famille* n° 5, mai 2015, étude 9.

Ces tâches pouvaient ainsi être transférées à d'autres intervenants¹²³, le juge étant, pour ces missions, facile à remplacer.

La promotion des contentieux dédramatisés et des procédures pacifiées¹²⁴ estompe encore l'œuvre judiciaire en droit patrimonial de la famille. Le discours contemporain défend et démontre que les litiges peuvent, en définitive, être facilement résorbés sans que le juge n'ait à intervenir. Tel est d'ailleurs l'esprit des réformes successives de la procédure de divorce : renforcer l'œuvre du notaire¹²⁵, habile conciliateur, pour confiner l'office du juge aux désaccords persistants¹²⁶. La confiance du législateur dans les compétences notariales s'est ainsi développée, au risque de détourner le juge de sa mission.

30. La jurisprudence montre l'éviction du juge pour ce qui a trait aux affaires patrimoniales de la famille. La déjudiciarisation a de quoi le faire douter de sa légitimité et de son utilité, ce qui le pousse au déni de justice.

31. Le juge serait de moins en moins fondé à statuer en droit patrimonial de la famille. D'abord, son rôle ne cesse de se restreindre. Ensuite, le législateur a soustrait à son contrôle l'évaluation du travail du notaire. Enfin, le notaire est le spécialiste incontesté de la matière. Aussi l'esprit de la déjudiciarisation pousse-t-il à l'abandon total par le juge de ses pouvoirs, pour l'heure sanctionné par la Cour de cassation.

Un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 2016 illustre cette inquiétude¹²⁷. En l'espèce, les juges du fond avaient renvoyé au notaire liquidateur « l'examen du bien-fondé de la demande tendant à la réduction de la donation-partage » au motif que la masse de calcul de la réserve n'était pas déterminée. La Cour d'appel invitait alors le notaire à l'établir pour vérifier si la réserve était bien atteinte et justifiait l'action en réduction. L'arrêt est cassé au visa de l'article 4 du Code civil. Le déni de justice est ici complet : il ne s'agit plus exclusivement pour le notaire de compter mais bien de se prononcer sur la prétention de la partie, soit de trancher l'intégralité du litige. En 2015, les juges

¹²³ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 55.

¹²⁴ Exposé des motifs de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

¹²⁵ Sa responsabilité sera alors plus aisément engagée. Voir en particulier Cass, 1^{re} civ., 3 octobre 2018, n° 16-19.619, publié. Voir plus récemment : Cass, 1^{re} civ., 8 janvier 2020, n° 18-23.948, inédit.

¹²⁶ En 2004, le juge recule dans les divorces par consentement mutuel au nom de la pacification. L'introduction, à cette même occasion, de la nomination d'un notaire au titre des mesures provisoires pour élaborer en amont un projet de liquidation (C. civ., art. 255 10°) vise la recherche d'une conciliation entre les parties et la disparition des conflits pour alléger le travail du juge. La réforme de la procédure applicable aux divorces judiciaires poursuit également un objectif de pacification des séparations. La suppression de la phase de conciliation fait place à des mesures renforcées pour encourager la recherche d'accords hors le cadre judiciaire (loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 22 ; *JORF* n° 0071 du 24 mars 2019 texte n° 2).

¹²⁷ Cass, 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 14-24.195, inédit.

ont encore cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait confié au notaire le soin d'apprécier l'utilisation des sommes prélevées dans l'intérêt du mandant¹²⁸. Un arrêt de cassation plus ancien, en date du 8 juillet 2010, peut enfin être remarqué : une cour d'appel ne pouvant confier au notaire le soin

« de dire si les biens sont aisément partageables en nature et, dans l'affirmative de déterminer les lots avec attribution préférentielle [...], et, dans la négative, d'ordonner le cas échéant la licitation de ces immeubles »¹²⁹.

On perçoit un changement de ton dans le positionnement du juge : son manque d'intérêt pour la matière s'accroît. Les dénis de justice débordent le simple refus de calculer, résolution inachevée du litige, pour trahir un véritable abandon du devoir de juger sur les questions d'ordre patrimonial dans leur dimension juridique comme comptable. Malgré la diminution de son office, le juge est pourtant irremplaçable : il conserve une utilité singulière.

32. L'utilité du juge, si elle est moins visible sous l'influence de la déjudiciarisation, n'a pas disparu. Au contraire, les affaires familiales doivent pouvoir profiter des compétences de « vrais juges »¹³⁰ parce que des situations patrimoniales¹³¹ ou des climats familiaux¹³² demeurent conflictuels. Le notaire n'a pas le monopole des règlements en famille. Le juge doit se prévaloir de ses missions et non se retrancher derrière les compétences et l'expérience notariales : à lui d'assurer une véritable protection juridictionnelle à chaque justiciable !

33. À mesure que la déjudiciarisation fait florès, le contraste se marque entre le manque de technicité du juge et la spécialisation du notaire. Cette distorsion encourage ainsi le juge à la discrétion ou à la distraction, vectrices de déni de justice.

Ces dénis de justice semblent néanmoins en mutation : le refus de juger n'a jamais été autant assumé par les juges du fond¹³³. Cette transparence signe non

¹²⁸ Cass, 1^{re} civ., 4 novembre 2015, n° 14-24.494, inédit.

¹²⁹ Cass, 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-13.155, inédit.

¹³⁰ « Un sursaut sera-t-il possible de tous les acteurs de la Justice pour mettre fin à ces dérives et redonner à nos concitoyens l'espoir d'être jugés par de vrais juges, sinon pour absolument tous leurs litiges, du moins pour l'essentiel d'entre eux, notamment en la matière si importante du droit des personnes et de la famille ? » : D. LANDRY, « De l'allègement au déni de justice », *Garç. Pal.* n° 11, 11 janvier 2014, p. 11.

¹³¹ Ainsi, le juge est compétent pour statuer sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux en cas désaccords persistants entre les époux (C. civ., art. 267). Le tribunal statue encore sur les points de désaccord nés des opérations de partage (C. civ., art. 1375).

¹³² J. GAUTIER, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA*, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7.

¹³³ Voir notamment la cassation d'un arrêt de cour d'appel qui réserve expressément « les droits des parties concernant l'attribution préférentielle, les droits à récompense et les rapports à l'indi-

plus un simple embarras arithmétique, mais un véritable désintérêt de certains juges pour les affaires qui touchent au droit patrimonial de la famille. Il y a alors lieu de craindre l'émergence discrète d'un dysfonctionnement du service public de la justice et, par conséquent, l'apparition de défauts dans la protection juridictionnelle des individus en droit patrimonial de la famille.

B. Une protection juridictionnelle dégradée en droit patrimonial de la famille par la déjudiciarisation

34. Le déni de justice doit s'apprécier en priorité au regard de la situation du justiciable. Ainsi est-il caractérisé à chaque fois que l'État manque à son devoir de protection juridictionnelle; autrement dit, toutes les fois qu'un individu est privé du droit d'accéder à la justice.

Or la déjudiciarisation du droit patrimonial de la famille signerait le « désengagement de la justice »¹³⁴ donc l'exaltation du risque de déni de justice. En ce sens, des défauts dans la protection juridictionnelle risqueraient de se faire jour : *un accès au juge paralysé* d'un côté, *une justice asphyxiée* d'un autre.

35. *Un accès au juge paralysé par la déjudiciarisation* – La paralysie progressive du recours au juge en droit patrimonial de la famille traduit un manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle.

36. Sous l'influence de la déjudiciarisation, on assiste à une paralysie, tantôt *directe*, tantôt *indirecte*, de l'accès au juge et au jugement.

La paralysie est *directe* lorsque la déjudiciarisation élimine le juge de certaines procédures : procédure de divorce par consentement mutuel, procédure de changement de régime matrimonial ou encore procédure d'envoi en possession du légataire universel. Par principe, l'accès au juge, dans sa mission de contrôle, est exclu.

La paralysie est *indirecte* lorsque la déjudiciarisation se borne à dissuader de recourir au juge. Le droit patrimonial de la famille aspire à devenir un droit sans juge : il faudrait savoir bien compter, bien se séparer, bien succéder¹³⁵. Le législateur encourage ainsi à une sérénité idéale des relations patrimoniales en famille et la récompense par des procédures éclair. La justice voudrait n'avoir plus à connaître des affaires familiales¹³⁶. Cet encouragement « psychologique » à se dispenser du pouvoir judiciaire est soutenu par la pratique notariale, qui détourne

vision, et n'y avoir lieu à renvoi à la mise en état, la juridiction n'étant saisie de nouveau que sur initiative du notaire et en cas de désaccord des copartageants sur son projet d'état liquidatif » : Cass, 1^{re} civ., 26 juin 2019, n° 18-17.803, inédit.

¹³⁴ X. LABBÉE, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ fam.* 2008, p. 112.

¹³⁵ Un modèle du « beau divorce » s'est installé : J.-C. KAUFMANN, *Piégée dans son couple*, LGF, 2017, p. 122.

¹³⁶ Tel est le résultat recherché par l'orchestration de la procédure de divorce qui encourage notamment le règlement amiable par les époux de leurs intérêts patrimoniaux : T. DOUVILLE, « Les

parfois de la recherche de justice. Ainsi en va-t-il de la sempiternelle clause de présomption de contribution aux charges du mariage insérée dans les contrats de séparation de biens. Cette présomption, irréfragable pour les juges¹³⁷, prévient toute contestation future des modalités de contribution aux charges du mariage par les époux¹³⁸. Elle a même, selon la formule d'un récent arrêt de la Cour de cassation, la portée d'une fin de non-recevoir¹³⁹. Elle s'inscrit alors « pleinement dans le mouvement de contractualisation du droit de la famille et de déjudiciarisation des contentieux tout en aggravant la paralysie du droit d'action de l'époux »¹⁴⁰, la demande ne faisant plus l'objet d'aucun examen au fond¹⁴¹.

37. Une nouvelle forme de déni de justice, pour défaut d'accès au juge à raison de ces recours *dévoies* ou *impossibles* se profile alors de façon discrète.

38. L'une des caractéristiques du déni de justice est l'existence d'une défaillance définitive dans l'accès au juge. Aussi un simple dévoiement ne pourrait-il, *a priori*, caractériser un déni de justice ; à moins qu'il ne soit préjudiciable au justiciable.

Le phénomène de déjudiciarisation n'interdit pas toujours l'accès au juge. Ainsi le divorce extrajudiciaire par consentement mutuel n'exclut-il pas, *a posteriori*, la saisine du juge en cas de respect insuffisant des droits d'un époux¹⁴² ou d'erreur matérielle dans les opérations de liquidation et de partage¹⁴³. De même, le

pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gar. Pal.* n° 323, 19 novembre 2015, p. 4, §5.

¹³⁷ Les contrats ne peuvent désormais établir une présomption irréfragable au profit de l'une des parties (C. civ., art. 1356). Pour une majorité doctrinale, cette interdiction impacte directement le droit des régimes matrimoniaux et, notamment, la clause de présomption de contribution aux charges du mariage (T. DOUVILLE, *AJ contrat* 2018, p. 37, obs. sous Cass, com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615 ; J. KLEIN, « Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », *RDC*, 2 juin 2018, n° 2, p. 205, note sous Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-19.615). Un auteur considère néanmoins que la clause de présomption de contribution aux charges du mariage est stipulée dans l'intérêt commun des parties et ne tombe pas, par conséquent, sous le coup de l'article 1356 du Code civil (L. PAILLER, « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat* 2019, p. 378 ; *contra* : I. KHAYAT, « Les conventions sur la preuve en matière de contribution aux charges du mariage », *Deffrénois*, 11 avril 2019, n° 15, p. 19).

¹³⁸ Voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 25 septembre 2013, n° 12-21.892, *Bull. civ.* I n° 189.

¹³⁹ Cass, 1^{re} civ., 13 mai 2020, n° 19-11.444, en cours de publication.

¹⁴⁰ Q. GUIGUET-SCHIELÉ, « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », *Daloz actualité*, 18 juin 2020.

¹⁴¹ CPC, art. 122.

¹⁴² M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107.

¹⁴³ Avant la déjudiciarisation du divorce, l'intangibilité de la convention de divorce découlait de l'homologation. L'article 279 du Code civil ne faisait toutefois pas obstacle à ce qu'un époux demande ultérieurement le partage complémentaire de biens omis dans l'état liquidatif homologué et à l'application éventuelle des sanctions de recel (voir par exemple : Cass, 1^{re} civ., 6 mars 2001, n° 98-15.168, *Bull. civ.* I n° 55). Depuis lors, le droit des contrats s'applique au divorce contractuel. La compétence

changement de régime matrimonial peut théoriquement être contesté *a posteriori* par un époux¹⁴⁴. L'accès au juge n'est donc pas définitivement fermé. Il est simplement repoussé ou retardé.

Néanmoins, cette « attente » forcée pourrait conduire à la reconnaissance d'un déni de justice d'ordre procédural si le jugement est rendu si tardivement qu'il perd son sens¹⁴⁵. En l'occurrence, les besoins de la déjudiciarisation diffèrent l'instant à partir duquel le juge pourra être saisi. Il y a là une « perte de temps préjudiciable » à l'individu¹⁴⁶ puisque le contrôle du juge intervient trop tard, une fois la situation cristallisée. L'argument tenant au choix des parties de recourir à une procédure déjudiciarisée, donc de ne pas faire appel au juge, ne convainc d'ailleurs pas. La procédure de divorce est, sur ce point, topique. Si les époux s'entendent sur le principe de la séparation et sur ses effets, ils seront orientés vers un divorce par consentement mutuel, donc vers une procédure déjudiciarisée¹⁴⁷. Si un époux a un doute sur la protection de ses intérêts malgré la présence de son avocat, à qui peut-il en référer ? Le notaire n'exerce qu'un contrôle formel de l'acte¹⁴⁸ et, quand bien même il aurait le pouvoir d'apprécier au fond l'intérêt des parties, il n'est pas juge. En outre, « combien de personnes dont les intérêts n'ont pas été respectés en pratique ne saisiront pas le juge ? »¹⁴⁹. Une semblable inquiétude naît de la procédure de changement de régime matrimonial. Peu soucieux d'ouvrir un conflit, un époux pourrait cependant rester sur sa faim et espérer bénéficier d'un contrôle judiciaire *a priori*.

Par conséquent, la déjudiciarisation, en différant, voire en dissuadant, de recourir au juge pour obtenir confrontation de sa situation aux règles de droit applicables, crée une carence dans la protection juridictionnelle de l'individu, un déni de justice¹⁵⁰.

pour connaître de ces actions revient au tribunal judiciaire. Toutefois, les conséquences de l'action seront limitées, notamment s'il s'agit d'une demande en nullité. Le divorce ne pourrait être anéanti : « la sanction portera plus probablement sur telle ou telle conséquence du divorce » (*Mémento pratique Procédure civile 2018-2019*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, §39570 et §39574).

¹⁴⁴ Sur le fondement de la fraude ou du vice du consentement mais non pour défaut de respect de l'intérêt de la famille : Cass, 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-10.027, *Bull. civ.* I n° 115 ; Cass, 1^{re} civ., 11 juillet 2019, n° 18-20.235, inédit.

¹⁴⁵ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, 2004, § 2.

¹⁴⁶ Ce qui est constitutif d'un déni de justice : L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁷ Ils n'ont d'ailleurs pas le choix s'ils n'ont pas d'enfants mineurs demandant à être entendus par le juge.

¹⁴⁸ C. civ., art. 229-1 et 229-3.

¹⁴⁹ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? », *AJ fam.* 2014, p. 107.

¹⁵⁰ Dans l'arrêt *Airey contre Irlande*, la Cour européenne des Droits de l'Homme admet en ce sens qu'un « obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique ». Le défaut

39. Davantage perceptible est le déni de justice précipité par la déjudiciarisation lorsque l'accès au juge devient impossible.

Par exemple, la recevabilité de la demande de liquidation et de partage devant le juge aux affaires familiales à l'occasion d'un divorce est conditionnée à la démonstration, par les époux, de désaccords persistants et subsistants¹⁵¹. L'objectif est de « s'assurer que les parties ont déployé un minimum d'efforts pour sérier les difficultés liquidatives irréductibles »¹⁵². Hormis cette hypothèse limitée, aucune voie d'accès au juge *a priori* n'est donc ouverte, ne serait-ce pour s'assurer de la validité des consentements ou de la protection des intérêts présents¹⁵³. Le recours au juge est impossible parce que les conditions de sa saisine sont trop restreintes.

Dans cet ordre d'idées, lorsque le notaire considère que les conditions de la saisine du légataire universel ne sont pas remplies, aucun recours en contestation de son procès-verbal n'est désormais prévu¹⁵⁴. De même, le changement de régime matrimonial ne peut être contesté que sur le fondement du vice du consentement ou de la fraude et non pour violation de l'intérêt de la famille. En l'absence d'enfants mineurs, le notaire n'a d'ailleurs pas le pouvoir d'alerter le juge et d'enclencher son contrôle¹⁵⁵. Il pourra simplement conseiller les époux sur ce point, sans toutefois refuser d'instrumenter¹⁵⁶. L'accès au juge est alors impossible, parce que le recours n'existe pas, en dépit du besoin de protection des intérêts respectifs.

Or le service public de la justice doit permettre à chacun d'accéder au juge¹⁵⁷, soit qu'il allègue la violation de la règle de droit, soit qu'il émette un doute sur son application, soit encore qu'il dénonce un trouble dans sa protection juridique¹⁵⁸. La déjudiciarisation affaiblit donc la protection juridictionnelle de l'individu : une forme de « non-justice » est amorcée en droit patrimonial de la famille.

d'accès à la justice peut donc résulter de la situation personnelle du requérant, en l'occurrence le coût trop élevé de la procédure : CEDH, 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, requête n° 6289/73.

¹⁵¹ CPC, art. 1116.

¹⁵² *Mémento pratique procédures civiles 2018-2019*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, §39423.

¹⁵³ C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », *Gaz. Pal.*, 19-20 décembre 2007, p. 924.

¹⁵⁴ Sur ce point : N. PIERRE, S. PIERRE-MAURICE, « La déjudiciarisation de l'envoi en possession du légataire », *Defrénois* n° 24, 30 décembre 2016, p. 1327.

¹⁵⁵ En présence d'un enfant mineur, il y a également lieu de se demander s'il est « bien du rôle du notaire d'alerter sur le péril des intérêts de l'enfant » : Ch. BAHUREL, « Régimes matrimoniaux et procédures civiles », in Ch. BAHUREL, R. LAHER (dir.), *Le droit processuel de la famille*, Dalloz, 2020, p. 133, spéc. p. 137.

¹⁵⁶ J. THIERRY, « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », *D.* 2000, p. 68.

¹⁵⁷ Pour une affirmation, voir : Cass, 1^{re} civ., 1^{er} février 2005, n° 01-13.742, n° 02-15.237, *Bull. civ.* I n° 53.

¹⁵⁸ Propos du Doyen Vizioz cité par L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 558.

40. *Une justice asphyxiée par la déjudiciarisation* – L'expansion des dénis de justice en droit patrimonial de la famille pourrait, en réalité, annoncer un plus grand mal inoculé par la déjudiciarisation : l'apparition d'une forme déni de justice matériel révélant un écueil dans la diffusion de la justice par le juge.

L'existence d'un déni de justice matériel – ou substantiel – est très rarement envisagée en droit privé¹⁵⁹, le déni de justice ne condamnant pas l'injustice au sens de « mal jugé »¹⁶⁰. On aurait toutefois tort de confiner le déni de justice à une dimension formelle ou procédurale. « Le jugement rendu contrairement à toute justice, c'est dans le langage courant, sinon dans le langage du droit, la forme la plus caractéristique du déni de justice »¹⁶¹. Aussi l'existence d'un jugement n'éluide-t-elle pas le déni de justice, alors caractérisé par le manque évident de justice¹⁶². Cette approche est illustrée sous une autre forme dans les travaux du Doyen Favoreu. Sa définition compréhensive de la défaillance assoit l'idée d'une absence de protection intégrale de l'individu malgré la décision des juges¹⁶³.

En somme, le droit d'accéder au juge implique un droit d'accéder au jugement par quoi est rendue la justice. Le déni de justice matériel dénonce alors « un simulacre de justice » : la justice est déniée par cette « injustice manifeste, évidente, palpable entachant le jugement »¹⁶⁴. Le droit privé n'est pas épargné par cette défectuosité. Les travaux de Mme Corbion ont démontré sa présence à l'article 4 du Code civil. En obligeant le juge à statuer malgré le silence, les lacunes ou l'obscurité de la loi, le législateur proscrirait, en réalité, l'injustice manifeste¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Alors qu'il est admis en droit international. En droit international public, le déni de justice substantiel « correspond, lorsqu'il est admis, à un fait internationalement illicite constitué par un jugement interne définitif faisant une mauvaise application manifeste du droit interne » (L.-M. HONG-ROCCA, *Le déni de justice en droit international public*, *op. cit.*, p. 19). En droit international privé, le déni de justice matériel renvoie à l'injustice manifeste (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, §2, §206-207).

¹⁶⁰ Celui qui n'a pas obtenu satisfaction devant le juge pourra alors chercher la responsabilité de l'avocat : B. ODENT, « Propos sur la responsabilité de l'avocat », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon, Dalloz*, 2014, p. 1027.

¹⁶¹ Ch. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *RCADI* 1935. II, p. 367 cité par : L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, §206, note n° 8.

¹⁶² ANZILOTTI, *RGDIP*, 1906, p. 25 cité par : L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, §2.

¹⁶³ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 527.

¹⁶⁴ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, §2.

¹⁶⁵ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, *op. cit.*, §207.

41. Il y a là une nouvelle approche du déni de justice, plus audacieuse, condamnant le juge qui se rend coupable de « non-justice ».

L'expression « non-justice » est peu employée en doctrine. Elle renvoie en général à l'idée d'une défaillance dans la régulation des conflits¹⁶⁶ au point d'être rapprochée du déni de justice¹⁶⁷. La « non-justice » se démarque toutefois de l'injustice par son objectivité¹⁶⁸ et par sa manifestation. L'injustice est une « atteinte à la justice par mauvaise justice ou déni de justice ». Une décision injuste est contraire à la justice, excessive, démesurée. L'injustice a donc une double dimension : l'une subjective, appelant un jugement de valeur sur la qualité de la décision, l'autre objective, dénonçant le manquement au devoir de justice. C'est ce second volet de l'injustice qu'il s'agit de dépeindre à travers l'expression « non-justice » : celle qui consiste à ne pas juger ou à ne plus avoir à juger par le jugement. Or « l'accès au juge n'a de sens que si l'on peut obtenir justice »¹⁶⁹.

En effet, des situations se dessinent où le juge saisi n'est plus tenu de faire ou de rendre justice¹⁷⁰. Il ne décide, en réalité, de rien¹⁷¹. Il se contente de consolider une situation qui peut n'être ni idéalement juste, ni positivement juste. Sa justice n'est que théorique. Aussi est-il temps d'apprécier l'accueil fait au besoin de justice en droit patrimonial de la famille pour mesurer l'impact de la déjudiciarisation sur cette forme de manquement au devoir de justice.

42. La crainte d'un déni de justice pour « non-justice » en droit patrimonial de la famille est fondée et partagée¹⁷².

Fondée parce que la déjudiciarisation est « à marche forcée »¹⁷³, relayée qu'elle est par une pratique notariale habile à prévenir les conflits. La clause de présomption

¹⁶⁶ Sur le « sentiment diffus de non-justice » ayant conduit au développement de la conciliation et de la médiation : F. RUELLAN, « Les modes alternatifs de résolution des conflits : Pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP G* n° 19, 12 mai 1999, doctr. 135, §4

¹⁶⁷ Sur le coût de la non-justice lié au dépassement du délai raisonnable : F. ROLIN, « Le coût du retard à juger devant les juridictions administratives », *AJDA* 2004, p. 2145

¹⁶⁸ Pour un emploi distinct : D. L'HOUR, « Le secteur associatif : un acteur incontournable mais méconnu des mutations judiciaires », *AJ pénal* 2011, p. 228.

¹⁶⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure injuste », in M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANÈS (dir.), *De l'injuste au juste*, Actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995, Dalloz, 1997, p. 77.

¹⁷⁰ Or le déni de justice n'est pas le seul refus de statuer. C'est en réalité le refus de rendre justice : *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 132.

¹⁷¹ La procédure du « plaider coupable » en droit pénal est, en ce sens, une situation de « non-justice » : J.-Y. MOYART, « En hommes probes et libres », *Gaz. Pal.* n° 22, 14 juin 2016, p. 3.

¹⁷² Le risque d'une « régression de l'idée de justice dans le processus de jugement » à raison de l'accroissement des contentieux a d'ailleurs déjà été présenté : G. CANIVET, « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », in M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANÈS (dir.), *De l'injuste au juste*, Actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995, Dalloz, 1997, spéc. p. 108.

¹⁷³ Expression empruntée à : J. GAUTIER, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA*, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7.

de contribution aux charges du mariage déjà évoquée n'est pas isolée. On assiste également à la systématisation de clauses de conventions définitives de divorce par lesquelles les époux entendent mettre un terme définitif à la liquidation de leurs droits¹⁷⁴ et s'interdisent toute réclamation ultérieure¹⁷⁵. Si jugement il y a, il ne sera que le reflet de la volonté des parties et non l'expression du droit positif, le juge ne pouvant trancher un litige d'avance désamorcé par les parties et ce avant même qu'il ne naisse¹⁷⁶. La liberté contractuelle et la contractualisation du droit patrimonial de la famille aident ainsi à la déjudiciarisation, mais ont cette conséquence redoutable de brider la mission du juge. C'est une forme de justice privée qui renaît de façon insidieuse sous couleur d'une telle « pré-justice contractuelle ».

Cette inquiétude est partagée. La déjudiciarisation signe le retour de la « loi du plus fort »¹⁷⁷ et de « la loi de la jungle »¹⁷⁸. La doctrine dénonce le recul d'un juge jusqu'alors garant des intérêts de chaque membre de la famille, des époux¹⁷⁹ aux enfants¹⁸⁰, et redoute désormais la pérennisation d'une telle tendance. En particulier, l'aspiration à la libéralisation des conventions adoptées au cours de l'instance de divorce sur le fondement de l'article 268 du Code civil¹⁸¹ rend incertain le rôle futur du juge en la matière¹⁸². À l'avenir, pourrait-il être réduit

¹⁷⁴ En ce sens : J. REVEL, « L'erreur, le notaire et le juge », *D.* 2003, p. 1870 §3.

¹⁷⁵ Les époux s'interdisent alors de réclamer le partage ultérieur des biens communs prétendument omis : Cass, 1^{re} civ., 14 janvier 2003, n° 00-20.707, inédit.

¹⁷⁶ Le partage amiable et clôturé d'une succession empêche ainsi des demandes ultérieures tendant au rapport d'une libéralité ou à l'application de la sanction du recel successoral. Ces demandes ne peuvent être formées qu'à l'occasion d'une action en partage judiciaire : Cass, 1^{re} civ., 6 novembre 2019, n° 18-24.332, publié.

¹⁷⁷ C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », *Gaz. Pal.*, 19-20 décembre 2007, p. 924.

¹⁷⁸ X. LABBÉE, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ fam.* 2008, p. 112.

¹⁷⁹ Voir notamment : H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? », *D.* 2008, p. 365 ; P. JANUEL, « Les limites du mouvement continu de déjudiciarisation », *Dalloz actualité*, 4 septembre 2018

¹⁸⁰ En ce sens : J. GAUTIER, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *LPA*, 21 novembre 2016, n° 232, p. 7 ; C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, « Le divorce sans juge, c'est la loi du plus fort », *Gaz. Pal.*, 19-20 décembre 2007, p. 924.

¹⁸¹ Les défenseurs de l'arbitrage en droit patrimonial de la famille appellent notamment à une modification de l'article 268 du Code civil pour y inclure des sentences arbitrales portant sur les conséquences patrimoniales du divorce. Il en irait ainsi par exemple de la prestation compensatoire et de liquidation du régime matrimonial, en sorte que le juge aux affaires familiales n'est plus qu'à leur conférer l'exequatur : V. AVENA-ROBARDET, « Premier centre d'arbitrage des litiges familiaux ! », *AJ fam.* 2019, p. 229. Voir également : G. BARBE, M. DE FONTMICHÉL, « La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions », *JCP G* n° 41, 8 octobre 2018, 1062.

¹⁸² Les juges de la Cour de cassation ont récemment précisé qu'est recevable la demande d'homologation d'une convention réglant tout ou partie des conséquences du divorce présentée par un seul des époux. Sur le fond, la convention ne pourra toutefois être homologuée faute d'accord entre les époux (Cass, 1^{re} civ., 12 février 2020, n° 19-10.088, publié).

« à apposer le sceau de la République » : un « simple tamponneur », une « caisse enregistrée »¹⁸³ ? Aura-t-il encore la noble mission de « rendre justice » ?

43. En définitive, l'actualité du déni de justice en droit patrimonial de la famille pourrait bien annoncer des lendemains difficiles pour l'idée de justice. Hier, les réformes luttèrent contre les divisions familiales¹⁸⁴. Aujourd'hui, le mouvement s'est inversé. Le juge est tenu à l'écart du droit patrimonial de la famille. La déjudiciarisation, en dépit de ses séduisantes promesses, installe une crise de complémentarité entre juge et notaire et fait craindre l'éviction du service public de la justice en droit patrimonial de la famille. Le déni de justice y prend un nouveau visage.

La déjudiciarisation initiée par le législateur n'est toutefois pas le seul facteur d'augmentation de la probabilité des dénis de justice en droit patrimonial de la famille. La contractualisation et la déjuridictionnalisation participent également à la disparition de la protection juridictionnelle de l'individu, parce que ces mouvements détournent les affaires familiales du palais de justice. On comprend le besoin de modernisation et de perfectionnement de l'appareil juridictionnel. Néanmoins, face à ce rebond des dénis de justice en droit patrimonial de la famille, il est urgent de mettre en question la pertinence du mouvement enclenché¹⁸⁵ et, peut-être aussi, de le freiner : un excès de déjudiciarisation servira-t-il vraiment le devoir de justice en droit patrimonial de la famille ?

¹⁸³ J. CASEY, « Les conventions de l'article 268 du code civil, entre aujourd'hui et demain », *AJ fam.* 2020, p. 307, note sous Cass, 1^{re} civ, 12 février 2020, n° 19-10.088.

¹⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2. La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁵ La crise sanitaire née de l'épidémie de la COVID-19 a d'ailleurs mis en évidence les défauts d'une justice sans accès au juge : T. BOYER, J. GRISET, « Coronavirus – Réflexions sur une justice sans accès au juge », *JCP G* n° 23, 8 juin 2020, 686.