

« historique » à connaître d'actions en établissement de relations personnelles émanant d'acteurs qui, jusque-là, étaient étrangers au conflit et au dossier familial déféré à cette juridiction⁽¹⁸⁸⁾.

Ce faisant, le législateur dissipe opportunément les complications procédurales que l'introduction de pareilles actions pouvait jadis susciter sur fond de connexité⁽¹⁸⁹⁾.

III. Un for pour l'apatridie

42. L'article 78 de la loi dite « pot-pourri V » du 6 juillet 2017 insère, dans le Code judiciaire, un article 632*bis* rédigé en ces termes : « Les procédures de reconnaissance du statut d'apatride sont de la compétence du tribunal de la famille qui est établi au siège de la cour d'appel dans le ressort duquel le demandeur a son domicile ou sa résidence ou, à défaut, le demandeur est présent. Toutefois, lorsque la procédure est en langue allemande, le tribunal de la famille d'Eupen est seul compétent ».

La disposition nouvelle (qui trouve son pendant, en termes de compétence matérielle, dans l'article 73 de la loi, modifiant l'article 572*bis* du Code judiciaire) comble une lacune et n'appelle guère de développements. Relevons, tout au plus, que la place que le législateur lui assigne érige cette règle au rang de compétence territoriale d'ordre public, avec toutes les conséquences qui en découlent (*supra*, n° 30 et s.).

(188) En ce sens, voy. déjà M. MALLIEN, *op. cit.*, p. 228, n° 14.

(189) *Ibid.*, pp. 238-239, n° 28.

Chapitre II Les mesures prises par le tribunal de la famille : mode d'emploi

PAR

Jehanne SOSSON

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

ET

François BALOT

Avocat au barreau de Bruxelles
Collaborateur scientifique à l'Université catholique de Louvain –
Centre de droit privé

Section 1. Des fondations procédurales de droit commun : le provisoire, le définitif, le référé et l'autorité de chose jugée qui s'y attache – la requalification de l'objet de la demande

1. Avant d'aborder plus avant l'architecture subtile qui, se déployant comme une véritable « lasagne » (*infra*, n° 14), pare la typologie des mesures urgentes, et pour comprendre l'exacte portée différenciée, spécialement en termes d'effets futurs, de ces mesures dans le contentieux familial, sans doute n'est-il pas inutile de revisiter succinctement les notions de droit commun qu'elles charrient, dont l'acception semble – et c'est légitime au regard de la finesse

de la jurisprudence en la matière, particulièrement quant à leur articulation en matière de référé — échapper parfois aux praticiens amenés à les solliciter ou les juger.

C'est ainsi qu'il sera successivement fait retour sur les contours qu'il y a lieu de donner aux notions de :

- décisions définitives, et l'autorité de chose jugée qui s'y attache ;
- décisions avant dire droit, au sein desquelles les décisions provisoires ;
- requalification de l'objet de la demande.

2. De manière heureuse, le Code judiciaire a, depuis son adoption, formalisé assez clairement le distinguo⁽¹⁾ entre décisions qualifiées de « définitives », d'une part, et d'« avant dire droit », d'autre part, en son article 19.

Modifiée en 2014 pour y faire apparaître — en parallèle des modifications apportées aux procédures de rectification et interprétation des décisions prononcées, et aux omissions de statuer⁽²⁾ —, la prohibition faite au juge de revenir, sauf les exceptions précitées, sur le déjà jugé par ses soins (l'alinéa 2 inséré au sein de l'article 19, formalisant l'exception de dessaisissement)⁽³⁾, cette disposition se présente désormais de la sorte :

« Le jugement est définitif dans la mesure où il épuise la juridiction du juge sur une question litigieuse, sauf les recours prévus par la loi.

Le juge qui a épuisé sa juridiction sur une question litigieuse ne peut plus en être saisi sauf exceptions prévues par le présent Code.

Le juge peut, avant dire droit, à tout stade de la procédure, ordonner une mesure préalable destinée soit à instruire la demande ou à régler un incident portant sur une telle mesure, soit à régler provisoirement la situation des parties. La partie la plus diligente peut, à cet effet, faire amener la cause devant le juge à tout stade de la procédure par simple demande écrite déposée ou adressée au greffe en autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause, plus un ; le greffier convoque les parties

(1) Que d'aucuns qualifient à juste titre d'« indépassable » (A. Hoc et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », obs. sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 821).

(2) Art. 793 à 794/1 C. jud., tels que modifiés par la loi du 24 octobre 2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la rectification d'erreurs matérielles ou à la réparation d'omissions dans les décisions judiciaires ainsi qu'à l'interprétation des décisions judiciaires, *M.B.*, 24 janvier 2014, 2^e éd., p. 6602 ; sur cette loi, voy. la remarquable étude d'A. Fry, « Interprétation, rectification et réparation des décisions judiciaires », *J.T.*, 2015, pp. 161-172.

(3) Loi du 28 février 2014 modifiant l'article 19 du Code judiciaire relatif à la réparation d'erreurs matérielles ou d'omission dans les jugements ainsi qu'à l'interprétation des jugements, *M.B.*, 15 mai 2014, 2^e éd., p. 39401 ; *adde* : ce que nous écrivions à cet égard in Fr. BALOT, « Autorité de la chose jugée et exception de dessaisissement dans le procès fragmenté », note sous Liège (3^e ch.), 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n^o 15.347 et s.

et[.] le cas échéant, leur avocat par pli simple ou, lorsque la partie a fait défaut à l'audience d'introduction et qu'elle n'a pas d'avocat, par pli judiciaire. Un exemplaire de la demande est joint à cette convocation ».

3. Il suit donc de cette disposition qu'est *définitive* la décision (qu'elle soit d'instance ou d'appel) qui tranche une « question litigieuse ».

Relativement abstraite et fuyante, la notion de « question litigieuse » s'entend, de manière désormais commune et par opposition à la question qui peut être traitée avant de « dire le droit », de celle qui implique en somme de reconnaître ou de dénier l'existence ou l'exercice d'un droit dans le chef d'une des parties⁽⁴⁾.

Il ne faudrait cependant pas en déduire, de manière par trop célère, que la question litigieuse est nécessairement une question qui clôt « définitivement » le litige ou une question au fond.

Il est ainsi admis que peut être définitive la décision qui intervient en cours de procédure et de manière interlocutoire⁽⁵⁾, et qu'est surtout définitive la décision qui tranche une « question litigieuse » non seulement au fond, mais également sur incident⁽⁶⁾, y compris et de manière paradigmatique, de procédure, telle la fin de non-recevoir, l'exception (de dessaisissement, de litispendance, de prescription, etc.) ou encore la cause de nullité d'un acte.

En d'autres termes, la « question litigieuse » est celle qui met en cause un droit dans le chef d'une des parties, que ce droit soit, pour reprendre la *summa divisio* dialectique classique en droit commun de la procédure, matériel ou procédural.

Il faut en outre que, la question ayant été soumise au débat⁽⁷⁾, ce droit soit contesté, l'absence de contestation entre parties quant à tel droit ne permettant en effet pas de nantir la décision qui le reconnaît du caractère définitif⁽⁸⁾.

(4) Voy. Th. WERQUIN, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *J.T.*, 2014, p. 196, n^o A.2 ; *adde* : Ph. LECLERCQ, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 23 avril 1931, *Pas.*, 1931, I, n^o 143.

(5) Th. WERQUIN, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *J.T.*, 2014, p. 196, n^o A.2.

(6) G. DE LEVAL, « Le jugement », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 651, n^o 7.23 ; *adde* : G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *R.C.J.B.*, 2014, pp. 271 et s., n^o 18 et s. *Adde* : projet de loi modifiant le droit de la procédure et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2014-2015, n^o 54-1219/1, p. 172.

(7) Cass. (1^{re} ch.), 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1485. *Adde* : récemment, la Cour de cassation a, à nouveau, pu rappeler que le constat de recevabilité d'une demande ne revêtant un caractère définitif que pour autant que cette question ait fait l'objet d'un véritable débat (Cass. (3^e ch.), 19 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 319).

(8) Cass., 7 juin 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1167 ; Cass., 29 octobre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1883 ; *adde* : P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na Pot-pourri I », in B. ALLEMEERSCH et P. TAELEMAN (dir.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Pot-pourri I*, Bruges, la Chartre, 2016, pp. 125-127, n^o 29 ; A. Hoc,

4. Par opposition à ces décisions dites « définitives », l'article 19 précité du Code judiciaire qualifie, en son alinéa 3, d'« avant dire droit » les décisions qui prononcent des mesures soit permettant d'instruire le litige – et sans trancher de contestation autre que celle portant sur l'opportunité de leur prononcé⁽⁹⁾ –, soit aménageant provisoirement la situation des parties.

De ces deux branches de l'alinéa précité, l'on ne s'intéressera à ce stade qu'à la seconde, ayant trait aux mesures qui aménagent la situation des parties et que, par abus de langage et souci de pédagogie, l'on qualifiera donc de « provisoires ».

Au-delà de l'usage de l'adverbe qualifiant (« provisoirement »), elles sont provisoires, car, en tant qu'elles ne se fondent pas sur le règlement (définitif donc) de la question litigieuse auxquelles elles se rattachent, elles étendent strictement leurs effets :

- au plus tard jusqu'à ce règlement par le juge du fond (qui est souvent le même, surtout en contentieux familial qui impose le principe « une

« L'appel différé des jugements avant dire droit », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en Pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 278, n° 19.

(9) À contre-courant de la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 121, confirmé par Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2016 (deux espèces), *R. W.*, 2016-2017, p. 896 (somm.) ; R.G. n° 15.0142.N, inédit, et Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2016, R.G. n° C.15.0378.N, inédit), l'on se gardera toutefois de considérer que, quoique intervenue sur incident et au motif qu'elle a donné lieu à une contestation entre parties, la décision relative à une mesure avant dire droit (il s'agissait chaque fois d'une mesure d'expertise, mais il n'en irait sans doute pas autrement, à suivre cette thèse, d'une décision d'aménagement provisoire de la situation des parties) puisse, à raison de l'existence d'une contestation entre parties à son égard, revêtir un caractère définitif. À l'instar d'autres commentateurs (G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « L'instruction sans obstruction ? À propos de la nature de la décision prorogant le délai de dépôt du rapport d'expertise », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *J. T.*, 2013, pp. 198-201 ; B. VANLERBERGHE, « Het hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 2050, tweede lid, Ger. W. », note sous Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, pp. 216-222 ; A. Hoc, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41^e ch.), 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, pp. 135-136, n° 17-20 ; A. Hoc et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », obs. sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *op. cit.*, p. 821), il nous paraît en effet qu'à appliquer le seul critère de l'existence d'une contestation autour de la mise en œuvre d'une mesure avant dire droit pour tenir la décision qui la prononce pour définitive, il n'existera bientôt plus de décisions strictement avant dire droit, et l'on ne perçoit pas quel pourra encore être l'intérêt, autre que théorique, des alinéas 1^{er} et 3 de l'article 19 du Code judiciaire. Outre cette conséquence de principe, l'incongruité de cette appréciation prétorienne, unanimement condamnée en doctrine, déploie des effets pratiques désastreux : comme le relèvent à juste titre le professeur van Drooghenbroeck et A. Hoc, non seulement ce qualificatif de « définitives » accolé aux décisions avant dire droit a-t-il pour effet de « neutraliser » l'appel différé des jugements avant dire droit emporté par le nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, mais a-t-il encore pour conséquence illogique de suspendre l'exécution provisoire de décisions provisoires – dont l'immédiateté d'application est une vertu nécessaire – au motif qu'elles seraient, finalement et au motif de leur contestation, définitives... (A. Hoc et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », obs. sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *op. cit.*, p. 821).

famille-un dossier-un juge », mais pas toujours, au gré des distributions de cause entre chambres de la juridiction saisie) et tous droits saufs des parties ;

- en conséquence et par essence, pour une période limitée dans le temps, soit préfix, soit en cas de changement de circonstances, soit prenant terme au prononcé de la décision définitive sur le droit en cause⁽¹⁰⁾.

À la suite de la meilleure doctrine⁽¹¹⁾, il doit, par contre, s'en déduire – et c'est sans doute là rompre une lance fermement établie – qu'en tant qu'il procède d'un droit établi et un à-valoir sur un montant ultérieurement et complètement octroyé⁽¹²⁾, l'octroi d'une provision n'est lui-même pas une décision provisoire, mais une décision définitive au sens de l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, à moins que, par une formulation non équivoque à cet égard – qui exclurait donc le qualificatif « provision » (ou ses dérivés lexicaux)⁽¹³⁾ –, le juge concerné fasse comprendre que le montant en cause est provisoire, tous droits des parties saufs sur le fond de la question litigieuse et susceptible, au contraire d'une provision, de répétition.

5. Sans que cette précision vienne énerver la distinction de principe ci-avant opérée, mais la renforçant plutôt, l'on retiendra encore, en une manière de truisme tant le concept est *a priori* fermement établi dans l'esprit des praticiens, que des décisions juridictionnelles qui renferment à la fois, au regard des critères précités, une (ou plusieurs) décision(s) définitive(s) et un(e) (ou plusieurs) décision(s) avant dire droit sont qualifiées de « mixtes », qui emportent, du point de vue procédural (*infra*, n° 7), des effets :

- tantôt identiques et pour l'ensemble de la décision mixte concernée, à ceux des décisions définitives qu'elles contiennent : c'est ainsi que, par voie de contamination, l'ensemble des dispositifs, y compris avant dire

(10) Voy., sur les sens du provisoire, A.-Ch. VAN GYSEL, « L'instruction de la cause », in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Le contentieux familial. Le Tribunal de la famille et le juge de paix*, coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthemis, 2017, p. 85.

(11) H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in G.-A. DAL (dir.), *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Actes du colloque organisé le 5 octobre 2006 par le Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 71, n° 99 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La réforme du Code judiciaire dite "Pot-pourri I" : quelles incidences sur la procédure de la victime », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 257-259, n° 58.

(12) La doctrine familialiste ne cache, elle-même, pas son malaise quant à cette question qui, après avoir rangé la provision (qualifiée d'« avance ») au titre des caractéristiques du provisoire, reconnaît bien volontiers l'antagonisme qu'elle présente avec lesdites caractéristiques (A.-Ch. VAN GYSEL, « L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 85, note n° 10).

(13) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La réforme du Code judiciaire dite "Pot-pourri I" : quelles incidences sur la procédure de la victime », *op. cit.*, p. 259, n° 58.

droit, d'une décision mixte, est immédiatement appellable, quand bien même ne l'aurait-il pas été si les dispositifs avant dire droit avaient été isolés au sein d'une décision n'emportant en sus de ces premiers dispositifs aucune décision définitive⁽¹⁴⁾ ;

- tantôt différenciés, l'autorité de la chose jugée ne s'attachant, au sein de décisions mixtes, qu'aux dispositifs, et motifs les soutenant (*infra*, n° 8), de nature définitive⁽¹⁵⁾.

6. Pour singulières qu'elles soient, les décisions de *référé* (de droit commun, et non dans leurs contours spécifiques de contentieux familial contemporain [c'est-à-dire après 2013]) ne viennent que, très marginalement, nuancer cette *summa divisio* classique, s'y adjoignant plutôt en une occurrence procédurale particulière et se contentant, dans ce contexte particulier, de l'affiner.

Cette nuance provient en réalité des deux acceptions que l'on peut — quoiqu'elles soient (injustement) peu usitées en doctrine — donner au caractère définitif d'une décision : ainsi que d'aucuns le relèvent, en se fondant sur les écrits du professeur Strickler⁽¹⁶⁾, « le terme "définitif" a deux sens : un sens juridictionnel (la décision met fin à la contestation pendante devant le juge saisi) et un sens judiciaire (la décision dispose de l'autorité de la chose jugée au principal, ce qui n'est pas le cas de la décision en *référé*) »⁽¹⁷⁾.

C'est ainsi que, se plaçant du point de vue « juridictionnel » du terme, l'on ne pourra nier, à l'instar d'autres⁽¹⁸⁾, quoiqu'en des termes moins péremptoirs⁽¹⁹⁾ et sans surtout en tirer les mêmes conséquences judiciaires⁽²⁰⁾, que la décision

(14) Sur cette question, voy. la remarquable étude précitée d'A. Hoc, « Nature et appellabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », *op. cit.*, p. 138, n° 12.

(15) Cass., 29 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 155 ; Cass., 23 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 274 ; Cass., 18 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 593 ; Cass., 7 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 654 ; Cass., 3 novembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 196 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 259, n° 27 ; G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 699, n° 7.53, B ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *loc. cit.*, p. 245, n° 169B, citant A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *loc. cit.*, 1987, p. 273, n° 366, ainsi que Cass. fr., 18 décembre 2003, *D.*, 2004, p. 185. Comp. Liège, 13 février 2004, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1663.

(16) Y. STRICKLER, *Manuel de procédure civile*, 5^e éd., coll. Paradigme, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 259, n° 436.

(17) G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 701, note n° 2990.

(18) Proc. gén. Leclercq, concl. précédant Cass. (1^{re} ch.), 6 février 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 87.

(19) C'est ainsi que le Procureur général Leclercq, dans les conclusions précitées, invitait la Cour de cassation à ne pas « déduire, comme on l'a fait, que la décision du juge des référés n'est pas définitive. Elle est définitive en fait ; elle est définitive en droit... Elle est définitive en fait en ce sens qu'elle peut causer à l'une des parties un dommage qui sera irréparable. L'ordonnance de référé a, en droit, un caractère définitif ; contrairement à ce que l'on a dit parfois, elle a autorité de la chose jugée et elle l'a vis-à-vis de toutes les juridictions » (*ibid.*, p. 102).

(20) Ainsi qu'on le rappellera ultérieurement, la décision de référé est dénuée de la moindre autorité de chose jugée, tant dans son aspect négatif, que, surtout, dans son aspect positif, à l'égard du juge statuant au fond ; à peine est-elle revêtue d'une autorité de la chose dite « décidée », qui lie, à circonstances

de référé tranche une question litigieuse entre parties, en créant des prérogatives pratiques⁽²¹⁾ et en modifiant, ce faisant, l'ordonnancement juridique⁽²²⁾.

Elle n'est, par contre, ni déclarative ni constitutive de droit⁽²³⁾.

Aussi et du point de vue « judiciaire » — celui qui nous intéresse ici, et particulièrement quant à l'examen des mesures urgentes en contentieux familial, qui y forment une exception (art. 1253ter/4, § 2, C. jud.) —, il est peu contestable que les décisions de référé revêtent principalement un caractère provisoire.

Cette assertion trouve sa source combinée dans les articles 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire — lequel porte que « le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire » — et 1039, alinéa 1^{er}, du même Code — qui énonce, pour sa part et en une manière de « miroir », que « les ordonnances sur référé ne portent pas préjudice au principal ».

« Garde-fou » du juge des référés tout autant que liberté du juge du fond, ces règles impliquent que le juge des référés ne puisse ni dire le droit ni anticiper à ce point sur la régulation des rapports juridiques entre parties que le juge du fond se trouverait irrévocablement lié par l'appréciation antérieure que ledit juge des référés en aurait eue^{(24) (25)}.

inchangées, les parties qui y sont impliquées et les juges qui les ont prononcées (voy. ce que nous écrivions en compagnie du professeur van Drooghenbroeck dans « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in G. DE LEVAL et Fr. GEORGES (dir.), *L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, CUP, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, p. 167, n° 23, et les réf. citées à la note n° 42).

(21) Même si l'on conviendra, comme d'autres (J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985-1998) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 159, n° 361), qu'elle ne peut, sur le principe — mais, comme le relève J. Englebert, il s'agit d'« une question de formulation » (J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principe et questions de procédure », in J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH (dir.), *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p. 25, note n° 85) — être ni déclarative ni constitutive de droit (Cass., 8 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1879 ; Cass., 7 février 2014, *Pas.*, 2014, p. 383 ; voy. égal. H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial », *op. cit.*, 2006, p. 25, n° 33, et G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, *Les institutions judiciaires, organisation et éléments de compétence*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 394, n° 610).

(22) Ce qui ne signifie pas encore qu'elle serait conséquemment revêtue d'une autorité de la chose jugée (voy. P. GOTHOT, « Des conditions auxquelles une décision judiciaire étrangère peut fonder, en Belgique, l'exception de chose jugée », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 553 et s.).

(23) G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 701, n° 7.53, D, et les réf. citées à la note n° 2992.

(24) Voy. not. Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 71.

(25) *Adde* : nos plus amples commentaires sur ces dispositions in Fr. BALOT, « L'effet dans le temps des ordonnances de référé : de la non-rétroactivité du fond à l'immutabilité des conséquences indues, quoique remédiables, du provisoire », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 251-252, n° 18.

Pareille décision demeure donc et essentiellement provisoire en ce qu'elle se maintient uniquement *rebus sic stantibus* – le juge, fût-il de référé, étant d'ailleurs délié de son obligation de ne point revenir sur le déjà jugé, en cas de changement de circonstances⁽²⁶⁾ et, donc, de modification de la cause fondant le précédemment jugé – et, surtout, jusqu'à tant qu'une décision au fond et, par essence, définitive vienne, le cas échéant, s'y substituer.

7. Ceci précisé, la distinction qui précède entre décisions définitives et provisoires n'aurait d'intérêt que théorique si n'en dériveraient deux conséquences classiques de droit commun de la procédure – précédemment esquissée au titre des jugements mixtes –, qui ouvrent, en droit contemporain du contentieux familial et par la confusion que les articles 1253ter/4 et 1253ter/5 du Code judiciaire y ont semé, des difficultés et autres « chausse-trappes » tenant à :

- l'autorité de la chose jugée attachée à chacune de ces décisions ;
- leur caractère (immédiatement) appellable.

Il y a, en effet, que :

- conformément à l'article 24 du Code judiciaire, sont seules revêtues de l'autorité de la chose jugée les décisions définitives (ou les parties de décisions mixtes qui revêtent un caractère définitif), à l'exception donc des décisions avant dire droit et de référé⁽²⁷⁾ en tant qu'elles sont, au sens judiciaire du terme (*supra*, n° 6), non définitives ;
- conformément à l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, sont seules immédiatement appellables les décisions définitives ou, par le truchement de la contamination précitée, les décisions qui, en tant qu'elles contiennent des dispositifs définitifs et avant dire droit, sont de nature mixte.

8. Délaissant à meilleurs commentateurs l'examen du second de ces effets⁽²⁸⁾, nous rappellerons, en une manière de synthèse, que, s'agissant de l'autorité de

(26) Cass., 18 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 923 ; Cass., 17 juin 1999, *R.D.J.P./P & B.*, 2000, p. 198.

(27) J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *op. cit.*, p. 258, n° 24 ; G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 701, n° 7.53, D ; P. Taelman, *Het gezag van rechterlijk gewijsde. Een begrippstudie*, thèse, Diegem, Kluwer, 1991, pp. 414-431 et les nombreuses réf. citées ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 mars 2001, *J. T.*, 2002, p. 91 ; il n'en allait pas autrement des décisions de référé familial, prises sur pied de l'article 1280 ancien du Code judiciaire : Cass., 28 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 141 ; Cass., 14 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 497 ; Cass., 8 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 194 ; Cass., 17 juin 1999, *R.D.J.P./P & B.*, 2000, p. 198.

(28) Voy. la contribution d'A. HOC, L. COHEN et A. JANNONE au sein du présent ouvrage.

la chose jugée qui s'attache aux décisions définitives, celle-ci se déploie sous deux aspects :

- l'un dit « négatif »⁽²⁹⁾ voulant que, sous la réserve évidente des voies de recours (spécialement l'appel⁽³⁰⁾), l'autorité juridictionnelle s'attachant à pareille décision empêche la réitération, dans le cadre d'un procès ultérieur, de la demande précédemment jugée (art. 25 C. jud.), entre mêmes parties et à raison du même complexe factuel, fût-ce désormais⁽³¹⁾ au titre d'un fondement juridique inédit⁽³²⁾ (art. 23 du même Code) ;
- l'autre dit « positif » qui, de nature probatoire, permet à chaque partie à la cause de se prévaloir, à l'égard d'une autre partie à la cause initiale et dans le cadre d'un procès ultérieur, de la présomption *juris tantum* de vérité judiciaire attachée à pareille décision.

(29) Pour un approfondissement de cette notion, de même que celle de l'aspect positif, voy. l'étude de référence du doyen van Compernelle, demeurant sous la réserve de la modification de l'article 23 du Code judiciaire emportée par la loi du 19 octobre 2015 modifiant la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084) d'une remarquable actualité, tout autant qu'une inépuisable source de réflexions : « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1981, *op. cit.*, pp. 241-272 ; *adde* : G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, pp. 714-718, n° 7.57.

(30) Sous la réserve que, si, dans le cadre des dispositifs déferés à la réformation, certains d'entre ces derniers se fondent sur des décisions antérieures non entreprises ou, plus encore, auxquelles les parties ont acquiescé, le juge d'appel sera lui-même lié par l'exception de dessaisissement voulant qu'il ne puisse plus statuer sur ces décisions antérieures, sur lesquelles il n'a, en effet, pas et plus de juridiction (Cass., 11 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 902, cité d'ailleurs in G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, pp. 714-718, n° 7.32, A).

(31) Au bénéfice de la modification textuelle apportée à l'article 23 du Code judiciaire par l'article 2 de la loi précitée du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, l'article 23 du Code judiciaire invite désormais à déclarer contraire à l'autorité de la chose jugée et, partant, irrecevable la prétention réitérée entre mêmes parties et sur la même cause (étant le complexe factuel du litige), fût-elle, au bénéfice de la loi précitée de 2015, différemment qualifiée en droit, c'est-à-dire fondée sur un moyen de droit inédit (voy., sur cette modification récente, ce que nous écrivions en compagnie du professeur VAN DROOGHENBROECK dans « La concentration des écritures : rédaction des conclusions et autorité de la chose jugée », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK [dir.], *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 119 et s., n° 4 et s. ; voy. égal. G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J. T.*, 2015, pp. 799-800, n° 7 ; X. TATON et G. ELOY, « Structure et contenu des conclusions, chose jugée et mesures d'instruction : nouvelles responsabilités des parties », in J. ENGLEBERT et X. TATON [dir.], *Le procès civil efficace ? Premiers commentaires de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 97 et s., n° 18 et s. ; B. ALLEMEERSCH et S. VOET, « De Wet "Pot-pourri I" Wijzigingen van het burgerlijk proces recht », *R. W.*, 2015-2016, pp. 1532-1533, n° 31 et 32), alors qu'auparavant, rien n'empêchait le plaideur débouté de tenter à nouveau sa chance sur le fondement d'un moyen de droit non encore soutenu (sur les implications de l'article 23 concerné avant sa modification de 2015, voy. ce que nous écrivions toujours en compagnie du professeur van Drooghenbroeck dans « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *op. cit.*, p. 164, n° 18 et pp. 210 et s., n° 93 et s. ; *adde* : G. DE LEVAL, « L'autorité de la chose jugée », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 708-709, n° 7.55, B).

(32) Sur la mutabilité du fondement juridique en cas de réitération de la demande fondée sur un complexe factuel identique et sa récente prohibition au titre de l'article 23 du Code judiciaire, voy. les réf. citées à la note précédente.

Effets positif et négatif se distinguent en somme et fondamentalement par la subordination du premier à la règle de la triple identité – voulant qu’il ne joue qu’entre mêmes parties, à raison d’une même demande et d’une même cause, en ce compris désormais le fondement juridique différent qui soutiendrait la demande réitérée –, et par l’insoumission du second à cette même triple identité⁽³³⁾.

Pour synthétiques qu’elles soient, les lignes qui précèdent seraient lacunaires si n’était répété de manière claire le principe, désormais fermement établi en jurisprudence⁽³⁴⁾ et d’une incidence prononcée en matière de contentieux des mesures familiales urgentes (*infra*, n° 43), voulant que l’autorité de la chose jugée s’attache non seulement au dispositif de la décision définitive, mais également aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire.

Tel n’est évidemment pas le cas des *obiter dicta* (qui, nous le rappelons, consistent en des assertions « gratuites » du juge, sans incidence sur les dispositifs de la décision) non débattus, lesquels sont – à l’exception, soutenue par la Cour de cassation⁽³⁵⁾, de ceux qui relèvent de la pure procédure (p. ex., l’accueil de la recevabilité de l’action) – dénués de la moindre autorité de la chose jugée⁽³⁶⁾. Au regard du principe du contradictoire, il serait en effet inadmissible qu’au bénéfice d’une assertion incidente et « gratuite » du juge, les parties se trouvent, irrévocablement et sauf les voies éventuelles de recours, liées par une appréciation en fait ou en droit dont elles n’ont pu utilement et effectivement s’expliquer ou se défendre.

9. Au-delà de ces premiers concepts fondateurs, il en est un dernier qui doit également retenir l’attention : celui de la *prohibition faite au juge de modifier d’autorité l’objet de la demande*.

L’on pourrait *a priori* s’interroger sur l’intérêt d’examiner ce principe dans le cadre de la présente étude ; il gît pourtant – nous y reviendrons (*infra*, n° 32 et s.) – dans l’office du juge de l’urgence familiale qui se trouve, de manière

(33) Cass. (1^{re} ch.), 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 303, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, « L’effet positif de la chose jugée », *op. cit.*, p. 297.

(34) Not. Cass., 29 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 195 ; Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 486 ; Cass., 12 décembre 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p. 48 ; Cass., 13 juin 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1349 ; Cass., 8 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1600 ; voy. déjà J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l’étendue de l’autorité de la chose jugée en matière civile », *op. cit.*, pp. 260 et s., n° 30 et s.

(35) Cass., 21 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 155. Comp., de manière à notre estime quelque peu dissidente, Cass. (3^e ch.), 19 février 2018, cité à la note n° 7.

(36) Sur la question bien trop vaste pour la présente étude des *obiter dicta* non débattus, qu’ils soient de procédure ou de fond, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l’économie de la contradiction ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 235, n° 33, et p. 239, n° 36.

encore plus prégnante que le juge de droit commun, confronté audit principe, une demande de mesure provisoire n’ayant en fait et en droit pas le même objet que la même demande qui serait octroyée à titre définitif.

À cet égard, le lieu n’est pas ici de revenir exhaustivement sur ce garde-fou du droit du procès, mais juste d’en redéfinir les contours utiles à la matière, pour ultérieurement appréhender la singularité, à son égard, de l’office du juge statuant sur les mesures familiales urgentes.

L’on ne répètera ainsi jamais assez ce principe voulant qu’en vertu du principe dispositif, les parties demeurent seuls maîtres de leurs demandes, « à savoir la prérogative de déterminer combien elles réclament en principal et en accessoires (critère quantitatif) et la nature de l’avantage ou de la solution qu’elles recherchent (critère qualitatif) »⁽³⁷⁾.

Il s’ensuit que le juge ne peut donc :

- ni statuer *ultra* ou *extra petita*, en allouant à la partie concernée soit plus, soit autre chose que ce qu’elle a demandé ;
- ni statuer *infra* ou *intra petita*⁽³⁸⁾, en allouant moins que ce qui est postulé, sauf évidemment au motif de la contradiction d’une autre partie qui, au titre de sa défense, postulerait la réduction de la demande concernée, en « qualité » ou « quantité ».

Cette prohibition de principe de modification de l’objet de la demande trouve encore une prégnance renforcée dans le contexte particulier de la théorie processuelle dite « de la cause et de l’objet », malgré les soubresauts que celle-ci a récemment connus.

C’est ainsi que, sous l’impulsion de la doctrine⁽³⁹⁾, il est certes et désormais fermement admis en jurisprudence que le juge doive « trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable »⁽⁴⁰⁾ et doive ou puisse, selon

(37) A.-L. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi – Actualités et évolution des principes généraux du droit*, Limal, Anthemis, 2006, p. 133, cité d’ailleurs in G. DE LEVAL, « La demande », *op. cit.*, p. 123, n° 2.26, et les réf. citées à la note n° 378.

(38) Sur cette conséquence du principe de prohibition de modification de l’objet de la demande, voy. les commentaires du doyen de Leval dans « La demande », *op. cit.*, p. 123, n° 2.26, B.

(39) Voy. la dissertation thétique de J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura novit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, que la Cour de cassation a purement et simplement intégrée au titre de son arrêt de principe du 14 avril 2015 et des arrêts conformes subséquents en la matière.

(40) Not. l’arrêt de principe de la Cour de cassation du 14 avril 2005 (Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 862, concl. Av. gén. dél. Ph. DE KOSTER). Les motifs de cet arrêt ont été réitérés à d’innombrables

la qualité des faits qui lui sont soumis (soit spécialement allégués, soit adventices), relever les moyens de droit que la solution du litige commande, sans cependant modifier les faits qui lui sont soumis et pour autant qu'il respecte à la fois les accords procéduraux des parties non contraires à l'ordre public, et la contradiction ; il s'agit de la consécration de la conception factuelle de la cause⁽⁴¹⁾.

Dans le prolongement de cet acquis prétorien quant à la cause de la demande, il est tout aussi admis que le juge puisse (re)qualifier juridiquement l'objet de la demande⁽⁴²⁾, peu importe l'« habillage » qui en avait été donné par les parties et si tant qu'elles lui avaient donné pareil habillage⁽⁴³⁾.

Il n'empêche que cette latitude (heureusement) laissée au juge de qualifier juridiquement la cause et l'objet de la demande en cas de silence ou d'erreur des parties se heurte à la prohibition qui demeure faite au même juge de, ce faisant, modifier l'objet de la demande en tant qu'il s'entend, pour reprendre les termes du doyen de Leval, du « résultat économique et social recherché »⁽⁴⁴⁾ ; en d'autres termes, (re)vêtir l'objet ne permet pas d'en changer la substance.

Le principe précité n'est cependant pas si univoque que cela ; il connaît de multiples tempéraments, sinon affinements, dont deux qui intéressent plus particulièrement la matière ici examinée : celui voulant que le juge puisse « accorder un droit implicitement ou virtuellement compris dans la prétention »⁽⁴⁵⁾ ou encore l'autre voulant que le juge puisse, selon d'autres, « imposer une solution qui lui semblerait mieux adaptée mais qui ne serait pas demandée, même implicitement, par les parties » « lorsqu'il s'agit moins de statuer sur des droits que de prendre des mesures répondant à la finalité poursuivie »⁽⁴⁶⁾ (l'on y reviendra ; *infra*, n° 32).

reprises par la Cour de cassation ; voy., à cet égard, les réf. citées par G. DE LEVAL, « La demande », *op. cit.*, p. 131, n° 2.29, C, notes n°s 421 et s.

(41) Sur l'épisode prétorien ayant donné lieu à ce principe, voy. les commentaires approfondis du professeur van Drooghenbroeck (dans « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in G. DE LEVAL et Fr. GEORGES (dir.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à A. Kohl*, CUP, vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, pp. 252-288, n° 48-76) et du doyen de Leval (dans « La demande », *op. cit.*, pp. 127-143, n° 2.27-2.30), et les innombrables réf. citées par ces deux auteurs.

(42) Au stade où le juge statue sur le fondement des prétentions, la Cour de cassation s'étant jusqu'ores – et assez curieusement – abstenue d'octroyer la même latitude au juge au stade (parfois immédiatement) antérieur de la vérification de sa compétence.

(43) Voy. l'arrêt de principe Cass. (ch. réun.), 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2112, également et subséquemment confirmé par d'autres arrêts : Cass., 22 janvier 2007 (deux espèces), *Pas.*, 2007, pp. 128 et 144.

(44) G. DE LEVAL, « La demande », *op. cit.*, p. 122, n° 2.25.

(45) *Ibid.*, p. 125, n° 2.26, B, et les réf. citées à la note n° 387.

(46) *Ibid.*, pp. 125-126, n° 2.26, B, et les réf. citées à la note n° 392.

Section 2. Un geste architectural audacieux (et dangereux) : la pérennisation temporelle et matérielle des mesures urgentes à l'aune de la survie des principes directeurs de droit commun

10. La fermeté des principes de droit commun qui précèdent n'a pas empêché le législateur de 2013 et 2014 d'adopter à leur égard, sans intention parfois quant à certains de leurs effets et comme par mégarde, une approche sinon « cubiste » – en réaménageant abstraitement l'enchaînement de ces principes par la composition singulière des articles 1253ter/4 et 1253ter/5 du Code judiciaire –, à tout le moins « impressionniste » – en usant sans doute des phénomènes « climatiques » propres au contentieux familial pour en atténuer les contours et frontières usuels.

11. Si l'on schématise, presque à l'extrême, l'architecture globale tracée par le droit commun de la procédure (on raisonne ici de manière générale et pas dans les contextes extrêmement singuliers du contentieux de l'urgence familiale depuis 2013, ni des actions « comme en référé », qui, quoique jugées selon les formes du référé, sont définitives et nanties de l'autorité de la chose jugée⁽⁴⁷⁾) quant à l'enchaînement dans une situation initiale d'urgence entre décisions provisoires (y compris, par abus de langage, de référé), d'une part, et définitives, d'autre part, l'on pourrait soutenir que la volonté du législateur depuis l'adoption du Code judiciaire, renforcée par la jurisprudence assez cohérente en matière d'autorité de la chose jugée, a toujours été de :

- permettre la résolution cèle de situations contentieuses urgentes (sur pied soit de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, soit de l'article 584 du même Code), en contrebalançant cette célérité par l'affirmation du caractère provisoire de cette résolution, tant dans le temps (c'est-à-dire jusqu'à la décision éventuelle au fond) que du point de vue matériel (c'est-à-dire sans lier le juge du fond au titre d'une autorité de chose jugée qui s'attacherait aux dispositifs et motifs précédemment adoptés par le « juge de l'urgence ») ; et
- ne donner des effets temporels (sauf l'exercice efficace d'une voie de recours ou le changement de circonstances) et matériels (l'autorité de la chose jugée, et ses succédanés [dessaisissement et opposabilité (relative) aux tiers et par les tiers]) qu'à la décision au fond, prise au terme d'un débat serein et non cèle.

(47) Voy. ce que nous écrivions à cet égard avec le professeur van Drooghenbroeck dans « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *op. cit.*, pp. 192 et s., n° 66 et s.

Jusqu'en 2013, l'application de ces principes de droit commun au contentieux familial ne connaissait d'ailleurs aucun bémol, puisque, toujours de manière schématique, le règlement des mesures urgentes de désunion familiale, soit par les offices du juge de paix (art. 221 et 223 anciens du Code civil), soit par ceux du tribunal de première instance (art. 1280 ancien C. jud.), selon que ce règlement s'inscrivait hors ou dans un contexte de demande en divorce, permettait d'adopter :

- dans l'urgence, des mesures provisoires, qui ne perduraient que pour leur durée préfixe ou jusqu'à adoption d'une décision au fond à l'égard de leur objet ; ces mesures étaient dénuées de la moindre autorité de chose jugée ;
- ultérieurement, des décisions au fond, qui, quant à elles, persistaient indéfiniment – hors les voies de recours et le changement de circonstances – et étaient nanties de pareille autorité.

Dans un cas (droit commun) comme dans l'autre (contentieux familial avant 2013), l'urgence était donc indissociable du provisoire, tout comme le fond était, sous les réserves précitées, indissociable du définitif, au sens commun, ou, mieux dit encore, de la pérennité.

Sauf certains praticiens tentés, quoique, à tort, d'importer au fond des dispositifs et, plus certainement, des motifs tirés de l'instance précédemment instruite au bénéfice de l'urgence et du provisoire⁽⁴⁸⁾, il n'était, à notre connaissance, personne pour sérieusement contester cette frontière de principe entre, d'une part, l'urgence-le provisoire, et, d'autre part, le fond-la pérennité.

Certes, la situation n'était pas sans poser de problèmes de saisines concurrentes et d'effets (le cas échéant, rétroactifs) de l'un (le fond), sur l'autre (l'urgent provisoire), tant en droit commun⁽⁴⁹⁾ qu'en procédure familiale⁽⁵⁰⁾, mais, dans l'ensemble et pour le praticien, la chose était claire et sans véritable schizophrénie, qui voulait que l'on puisse aménager, d'une certaine manière et provisoirement, une situation urgente entre les parties en litige, puis différemment, et à

(48) Voy. ce que nous écrivions en compagnie de Mme le juge Gendebien dans « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 481, n° 16.

(49) Voy. nos commentaires sur les effets du référé sur le fond et inversement dans « L'effet dans le temps des ordonnances de référé : de la non-rétroactivité du fond à l'immutabilité des conséquences indues, quoique remédiables, du provisoire », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 242-266.

(50) Le lecteur avisé se rappellera la contribution (double) d'E. DE WILDE D'ESTMAEL (« Procédures en pagaille et pagailles dans les procédures », *Div. Act.*, 1997, pp. 957-964 ; « Compétences en pagaille et pagailles dans les compétences : suite et pas fin », *Div. Act.*, 1999, pp. 114-118), qui l'illustrait de manière paradigmatique.

l'aune de sa pérennité, la situation future des mêmes parties, sans égard pour le précédemment jugé à un autre titre (dans des circonstances urgentes et singulièrement contentieuses).

12. Las et au titre des lois du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse⁽⁵¹⁾ et « réparatrice » du 8 mai 2014, le législateur a jugé opportun (?) de tracer une brèche dans cette frontière en considérant que, quoique urgentes, certaines mesures pouvaient ne plus être provisoires, faisant dès lors un sort au qualificatif, historique en matière familiale, de mesures « urgentes et provisoires ».

L'on n'y reviendra qu'à mots désormais comptés, tant l'épisode législatif a généré son lot de commentaires plus ou moins approfondis, en rappelant que cette brèche ne doit son existence – au-delà de l'organisation globale des mesures urgentes au titre des articles 1253ter/4 et 1253ter/5 du Code judiciaire, et son « fusible » de mutabilité, lié aux circonstances nouvelles, de l'article 1253ter/7 du même Code – qu'à :

- l'utilisation, au titre du traitement des mesures relevant de l'urgence réputée, de l'expression « il est statué comme en référé », renforcée par la volonté expresse du législateur qu'il s'agisse de décisions au fond ;
- la répétition quelque peu malheureuse de certaines (mais pas toutes et encore d'autres) des mesures précitées au titre des mesures pouvant n'être que provisoires et, donc, pas de fond⁽⁵²⁾.

Ce « mélange des genres » entre provisoire et définitif n'est au surplus accompagné d'aucun critère de départage légalement formalisé, et laissé donc à l'appréciation des parties et, ensuite, du juge (et c'est sans doute heureux s'il est bien appliqué et fondé sur des motifs décisifs pertinents), quant à l'opportunité de recourir à des mesures au fond plutôt que strictement provisoires.

13. L'intention globale, quoique tacite, du législateur était louable : il s'agissait en réalité de « concentrer » l'instance en permettant à certaines mesures prises *ab initio* de la situation familiale contentieuse urgente de perdurer dans le temps sans nécessité pour le juge d'y revenir en même temps qu'il statue au fond, fût-ce parfois pour réitérer purement et simplement ce qui avait été décidé en urgence (et, avant 2013, au provisoire). L'on pensera notamment à la reconduction des montants de contributions alimentaires au profit des

(51) *M.B.*, 27 septembre 2013, 2^e éd., p. 68429.

(52) Voy. *infra*, n° 17.

enfants, aux modalités d'hébergement de ceux-ci, à l'attribution du logement familial, etc.

Principe directeur émergeant du procès civil aux contours encore imprécis, mais sans cesse plus affirmé, le principe de concentration veut ainsi que l'on rassemble, au plus et au plus vite, tous les points litigieux d'un rapport entre justiciables (en l'occurrence, entre membres d'un même contexte familial) pour qu'ils soient jugés rapidement et, sauf les voies de recours ou le changement de circonstances, irrévocablement, en limitant les possibilités de retours multiples et répétés au juge. De la sorte, l'on réduirait les sollicitations de ce dernier et, à effets judiciaires égaux, voire surtout réduits, l'on soulagerait la charge judiciaire et, partant, l'arriéré⁽⁵³⁾.

C'est n'est pas un autre principe qui fonde d'ailleurs les (r)évolutions récentes qu'ont connues, en droit commun, la formalisation plus poussée et désormais qualificative des conclusions et l'extension légale, après avoir été prétorienne, de l'autorité de la chose jugée⁽⁵⁴⁾.

On a déjà pu l'écrire, l'idée est séduisante⁽⁵⁵⁾, et il se trouve sans doute peu d'acteurs au sens large (magistrats, greffiers, avocats, voire même le justiciable « lambda » [c'est-à-dire celui qui ne fait point montre de quérulence]), du monde judiciaire pour en contester la visée.

Il n'empêche qu'en tension entre le soulagement, sans avancée budgétaire, de l'appareil judiciaire (sa protection collective), d'une part, et la sauvegarde des droits de chaque justiciable (la protection individuelle du même appareil), pareille visée ne doit pas être à ce point poussée qu'elle en viendrait à corroder certains principes directeurs dudit appareil (spécialement l'autorité de la chose jugée et le respect des droits de la défense), jusqu'à les rendre soit impraticables dans le quotidien des prétoires, soit inefficaces (ainsi du justiciable, dont le sort, traité dans l'urgence, le lierait, « pieds et poings », pour une période très longue, voire infinie).

(53) Sur le principe de concentration, voy. les travaux fondateurs de nos collègues P. Taelman, « Loyale procesvoering », in B. Maes (dir.), *Propositions de réforme de la procédure civile*, Bruxelles, la Charte, pp. 143 et s., n° 26 et s. ; le regretté J. Laenens, « Art. 747 § 2 Ger. W. en de concentratie van het verweer », *G.I.D.S.N. Ger. R.*, 1993, p. 2 ; B. Deconinck, « Actuele tendensen inzake proceseconomie : loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomische perspectief », in *Actualia Vermogensrecht. Liber alumnorum Kulak. Als hude aan Prof. dr. Georges Marcours*, Bruges, la Charte, pp. 727 et s.

(54) Voy. ce que nous avons pu écrire avec le professeur van Drooghenbroeck dans « La concentration des écritures : rédaction des conclusions et autorité de la chose jugée », *op. cit.*, pp. 115-196.

(55) J.-Fr. van Drooghenbroeck et Fr. Balot, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *op. cit.*, p. 157, n° 5.

Fût-ce au motif de la spécificité du contentieux familial et afin de rencontrer la nécessaire souplesse du traitement de celui-ci – légitimement justifiée par le caractère protéiforme et mouvant des compositions familiales, qui impliquerait de permettre les solutions judiciaires les plus rapides et « sur mesure » –, la création de cette brèche, dénuée de la plus élémentaire pédagogie à l'égard des acteurs (l'on relèvera ainsi l'indigence des travaux préparatoires quant aux visées et effets de l'autorité de chose jugée s'attachant aux mesures relevant de l'urgence présumée [art. 1253ter/4, § 2, C. jud.]) et sans articulation avec les dispositions de droit commun (l'on y reviendra, le législateur n'a pas évalué un seul instant, ni l'effet positif de l'autorité de la chose jugée précitée ni l'articulation du mécanisme de saisine permanente avec l'effet dévolutif de l'appel), s'accompagne désormais d'une application jurisprudentielle très contrastée selon la sensibilité des juges concernés aux principes directeurs de droit commun ou, au contraire, à la spécificité du contentieux familial qui justifierait de s'affranchir totalement de ces principes.

Outre qu'elle témoigne de ces questionnements jurisprudentiels, la revisite de la typologie des mesures urgentes à laquelle les lignes qui suivent s'attacheront tentera de réconcilier, dans toute la mesure légale possible, les principes directeurs du droit commun et les spécificités du contentieux familial, la brèche créée par les seconds dans les premiers n'empêchant pas de poursuivre, ainsi qu'était la volonté du législateur, la praticabilité de la réforme pour les justiciables qui y sont confrontés.

Section 3. Une édification concrète labyrinthique : la typologie pratique des mesures urgentes

14. On l'a précédemment énoncé : de par ses couches successives, ses étages multiples, la typologie des mesures urgentes en contentieux familial s'apparente – la métaphore semble particulièrement parlante – à un véritable « mille-feuille » ou encore une « lasagne ».

Plusieurs « niveaux » de règles se superposent et s'imbriquent en effet :

1. tout d'abord, il revient au tribunal de la famille de respecter le droit judiciaire commun du procès civil, qui reste la référence de base, avec les modifications que les lois « pots-pourris » successives lui ont apportées ;

2. ensuite, des règles ont été instaurées par la loi du 30 juillet 2013 spécifiquement pour l'organisation et le fonctionnement du tribunal de la famille ;
3. par ailleurs, des règles particulières qui préexistaient s'appliquent à différents contentieux attribués au tribunal de la famille de la sorte soumis à des dispositions spécifiques énoncées le plus souvent au Livre IV du Code judiciaire (liquidation-partage, absence, successions vacantes, adoption, tutelle des mineurs, divorce, séparation et corps et séparation de biens, pensions alimentaires, déplacements internationaux d'enfants, rectification d'état civil, recours relatifs au changement de sexe) ;
4. enfin, figurent désormais, au nombre des « procédures particulières » reprises au Livre IV du Code judiciaire (Chapitre *Xbis*), les « demandes relatives aux droits et devoirs qui naissent des relations familiales » auxquelles s'applique, en vertu des articles 1253^{ter} à 1253^{octies} du Code judiciaire, un ensemble de règles spécifiquement instaurées par la loi du 30 juillet 2013 pour le contentieux parental et/ou des époux ou cohabitants légaux⁽⁵⁶⁾. Ces demandes sont soumises à un régime procédural particulier se caractérisant notamment par un traitement en principe plus rapide en vertu d'une urgence qui est présumée ou à invoquer, et se subdivisant lui-même en différentes types de mesures, comme largement explicité ci-après.

Ceci implique que différents contentieux d'une même entité familiale, s'ils sont soumis au même tribunal de la famille et, donc, en principe⁽⁵⁷⁾ au même juge, peuvent se trouver soumis à des régimes procéduraux différents et peuvent évoluer à des rythmes différents (des « circuits longs » et des « circuits courts » comme on l'entend dire parfois).

Rappelons enfin que le contentieux de l'extrême urgence « échappe », quant à lui, au tribunal de la famille : en cas d'absolue nécessité, il revient au président du tribunal de première instance siégeant en référé de statuer au provisoire. La loi du 30 juillet 2013 a précisé que, lorsque la mesure sollicitée relève de la compétence du tribunal de la famille, le président ne peut être saisi et prononcer une mesure qu'en cas « d'absolue nécessité » existant au moment où il statue et dûment démontrée, et non pas, comme pour les autres affaires, simplement lorsque l'urgence est prouvée. C'est qu'en effet le tribunal de la famille statue déjà sur les questions où l'urgence est réputée ou invoquée. Le

(56) Sur l'exclusion du contentieux de relations entre les cohabitants de fait de la compétence du tribunal de la famille, et dans la foulée de l'application des articles 1253^{ter} et suivants du Code judiciaire, voy. la contribution de S. BRAT, J. SOSSON et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK au sein du présent ouvrage.

(57) Voy. la contribution de M.-Fr. CARLIER, C. HAYEZ, P. KNAEPEN, V. MOREAU et J.-L. RENCHON dans cet ouvrage.

président peut être saisi sur requête unilatérale (art. 1025 et s. C. jud.), et les règles du droit commun de la procédure de référé unilatéral s'appliquent⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾. En cas de rejet de la demande à défaut d'absolue nécessité alléguée ou démontrée au moment où il statue, la demande sera déclarée non fondée sans renvoi de la cause au tribunal de la famille. Si l'urgence alléguée est considérée comme établie, les mesures que le président du tribunal prononcerait dans ce cadre seraient prononcées « au provisoire » : elles ne préjugeraient pas des mesures que le tribunal compétent au fond, à savoir le tribunal de la famille, pourra et même devra ensuite prononcer.

§1. Les différentes mesures pouvant être prises sur la base des articles 1253^{ter} et suivants du Code judiciaire

15. Au sein des mesures pouvant être prononcées par le tribunal de la famille sur des « demandes relatives aux droits et devoirs qui naissent des relations familiales » prévues aux articles 1253^{ter} et suivants du Code judiciaire, une différenciation en définitive assez complexe a été mise en place par la loi du 31 juillet 2013.

Il convient de distinguer les différentes mesures qui peuvent être prononcées : en effet, selon le type de demande, le régime procédural de leur traitement varie tout autant que leur portée, les conditions auxquelles elles peuvent être judiciairement modifiées et leur appelabilité.

Ces différentes caractéristiques sont synthétisées dans le tableau⁽⁶⁰⁾ repris à la fin du présent ouvrage, qui a pour visée de récapituler les principes et de comparer leur application aux différents types de mesures.

On renverra par ailleurs le lecteur pour plus de détails aux analyses doctrinales approfondies réalisées antérieurement⁽⁶¹⁾, tout en mentionnant ici l'évolution

(58) Pour plus de détails, voy. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 471, n° 4 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », in A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le Tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2015, p. 116.

(59) Voy. égal. le tableau comparatif de J. SOSSON, Fr. BALOT et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK dans le présent ouvrage.

(60) *Ibid.*

(61) Voy. not., comme études générales, Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 469-499 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 sur le tribunal de la famille et la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, pp. 170-200 ; D. PIRE, « Le point sur le tribunal de la famille », in D. PIRE (dir.), *Actualités sur le droit des familles*, CUP, vol. 163, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9-56 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, pp. 81-152.

en la matière découlant des lois « Pot-Pourri », d'une part, et l'état actuel de certaines controverses récentes, d'autre part.

I. Mesures réputées urgentes sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire

16. Un ensemble de demandes relèvent des causes « réputées urgentes », ce qui signifie qu'elles ne nécessitent ni d'alléguer, ni de prouver une urgence à les traiter, cette urgence étant irréfragablement présumée de par la nature même de la demande⁽⁶²⁾.

On peut affirmer qu'il s'agit des demandes les plus fréquentes dans un contentieux parental ou (para)conjugal, dès lors que sont visées les causes relatives aux résidences séparées, à l'autorité parentale, à l'hébergement et au droit aux relations personnelles avec un enfant mineur, aux obligations alimentaires, au droit de garde et de visite transfrontaliers et aux autorisations de mariage ou refus de cohabitations légales (cf. art. 1253ter/4, § 2, 1° à 6°).

Un nombre significatif de mesures pouvant être prononcées pour organiser la vie des époux-cohabitants légaux et/ou de leurs enfants sont en effet considérées désormais par nature urgentes, en sorte qu'elles seront traitées « comme en référé », c'est-à-dire au bénéfice⁽⁶³⁾ :

1. de modes d'introduction souples, à savoir une requête contradictoire, une requête conjointe outre une citation ;
2. de délais de comparution raccourcis : le délai d'attente (pendant lequel l'audience d'introduction ne peut se tenir) est abrégé à deux jours si l'introduction a lieu par citation⁽⁶⁴⁾ ; il reste en revanche de huit jours (droit commun de la procédure — art. 707, al. 1^{er}, C. jud. —, sous la réserve d'une prolongation — art. 55 *juncto* art. 709 C. jud. — et/ou d'une abréviation — art. 708 C. jud.) si la procédure est introduite par requête conjointe ou contradictoire, le législateur de 2013 ayant dans ce cas

(62) C'est ainsi et à bon droit que, dans un arrêt du 29 novembre 2016, la 41^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles a considéré que c'était à tort qu'une des parties contestait l'urgence en conclusions dès lors que les demandes étaient formulées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire (Bruxelles [41^e ch.], 29 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 56 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 614). Dans le même sens, Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 40.

(63) Pour plus de détails, on se reportera à l'étude de Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 487 et s. ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 116.

(64) Art. 1253ter/4, § 2, al. 3, renvoyant à l'art. 1035, al. 2, C. jud.

(uniquement) indiqué que l'audience d'introduction devait avoir lieu dans un délai maximal de quinze jours suivant le dépôt de la requête⁽⁶⁵⁾ ;

3. de délais de mise en état raccourcis : délais de cinq jours pour recueillir les observations des parties et de huit jours pour prononcer l'ordonnance de mise en état⁽⁶⁶⁾.

Dès lors qu'elles sont jugées « comme en référé » (et non « en référé »), la décision qui en découle est une décision au fond, qui sera revêtue de l'autorité de la chose jugée⁽⁶⁷⁾. Son dispositif et ses motifs décisifs lient le juge appelé à prendre toute décision ultérieure. Il faudra prouver des « éléments nouveaux » conformément à l'article 1253ter/7, § 1^{er}, du Code judiciaire pour qu'elle soit modifiée⁽⁶⁸⁾. Ces mesures ont donc bien vocation à une pérennité que leur confère l'autorité de la chose jugée et que seuls des éléments nouveaux visés par l'article 1253ter/7 du Code judiciaire pourront énerver⁽⁶⁹⁾.

La loi dite « pot-pourri V » confirme clairement ces principes : l'alinéa 2 de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, qui indiquait antérieurement « Il est statué comme en référé », a été modifié pour désormais être libellé comme il suit : « Les causes sont introduites et instruites comme en référé »⁽⁷⁰⁾. Ceci indique clairement que seules l'introduction et l'instruction de la cause sont

(65) On peut légitimement s'interroger sur l'utilité de ce délai maximal ; dans le même sens, A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre II. La compétence », in A.-Ch. VAN GYSEL (coord.), *Le contentieux familial. Le juge de la famille et le juge de paix*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 75-76, note infrapaginale 27.

(66) Art. 747, § 3, C. jud. Voy. égal. P. SENAËVE, « Hoofdstuk XXI. De rechtspleging inzake voorlopige maatregelen tussen echtgenoten en tussen wettelijke samenwonende en inzake spoedeisende procedures voor de familierechtbank », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek Familierechtspraak*, Wolters Kluwer, 2017, p. 845, n° 1630.

(67) Voy. not. le tableau repris dans les travaux préparatoires de la loi, proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Amendements, 10 juin 2011, Ch. repr., 2010-2011, n° 53-0682/007, p. 26. Cf. égale. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, p. 480, n° 16 et s. ; A. HOC, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41^e ch.), 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017/5, p. 131, n° 4 ; J. NICODEME, « Les modifications procédurales induites par la création du tribunal de la famille et de la jeunesse », in D. FRIES (coord.), *Le nouveau paysage judiciaire*, Limal, Anthemis, 2014, p. 125 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 120 ; J. SAUVAGE, « L'autorité de la décision relative au devoir de secours sur la pension alimentaire après divorce », note sous Cass., 7 février 2014, *Act. dr. fam.*, p. 241 ; N. GENDRIN, « La séparation du couple marié et la problématique des résidences séparées », in V. PIRSON (coord.), *L'immeuble au cœur de la pratique juridique*, Limal, Anthemis, 2017, p. 90. En jurisprudence, voy. not. Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016/2, p. 40 ; Bruxelles (41^e ch.), 8 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2015/5, p. 56.

(68) Voy. égal. *infra*, n° 35 et s.

(69) J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, Exposé fait à la Chambre des représentants le 7 avril 2017, projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation des dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2259/8, p. 167.

(70) La version néerlandaise du texte, qui était antérieurement « *De uitspraak wordt gedaan zoals in kort geding* », devient « *De zaken worden ingeleid en behandeld zoals in kort geding* ».

soumises aux règles du référé ; il est, en revanche, statué au fond. Les travaux préparatoires de la même loi dite « pot-pourri V » indiquent clairement (sur ce point en tout cas) que « cette modification vise à préciser, conformément à la volonté du législateur [...] qu'en ce qui concerne les mesures visées à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, il est rendu un jugement au fond qui vaut jusqu'à une nouvelle décision prise (uniquement) en fonction de circonstances nouvelles »⁽⁷¹⁾.

La nature même de décision définitive s'appliquant à toutes les mesures prononcées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire implique donc que ces mesures sont vouées à sortir leurs effets sans limitation dans le temps hormis :

- si le juge a fixé une durée à la mesure prononcée, ce qui n'est pas en soi exclu ;
- si le fond du droit vient à disparaître, comme c'est le cas pour une décision allouant un secours alimentaire, ce secours prenant fin lorsque la décision prononçant le divorce acquiert force de chose jugée⁽⁷²⁾ ;
- si une nouvelle décision est prononcée en présence de circonstances nouvelles telles que prévues à l'article 1253ter/7 du Code judiciaire.

II. Mesures provisoires visées à l'article 1253ter/5 du Code judiciaire

17. Aux termes de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire tel que modifié par la loi « Pot-pourri V », le tribunal de la famille peut prendre les « mesures provisoires » qui sont visées à cet article.

Ces mesures sont également visées par l'article 1253ter/4, § 2, alinéa 1^{er}, 7^o. Ce renvoi implique qu'elles sont soumises au même régime procédural que ces dernières : d'une part, l'urgence est réputée, elle ne doit être ni invoquée ni démontrée ; d'autre part, ces demandes doivent être introduites et instruites « comme en référé » ; elles bénéficient donc des facilités d'introduction et des délais de comparution et de mise en état raccourcis⁽⁷³⁾.

(71) Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation des dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2259/1, p. 79.

(72) Dans le même sens, une décision ayant autorisé un des époux ou cohabitants légaux à résider dans un bien commun ou indivis continuera à sortir ses effets après que le divorce est définitif, mais prendra fin lorsque le partage du bien sera accompli à la suite d'une procédure de liquidation-partage du régime matrimonial ou de sortie d'indivision pour les cohabitants légaux.

(73) Tels qu'exposés ci-dessus n° 16.

Mais l'assimilation s'arrête là : la décision est prononcée au provisoire ; elle n'a pas autorité de la chose jugée, mais seulement de la chose décidée⁽⁷⁴⁾.

Elle n'aura d'effet que jusqu'au prononcé d'une mesure définitive au fond, ou pour la durée limitée qui pourrait être définie par le juge⁽⁷⁵⁾.

La nature des mesures visées corrobore clairement cette assertion. En effet, on constate que deux types de mesures sont repris :

- d'une part, des mesures portant sur des causes visées également par l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, à savoir les mesures relatives à l'autorité parentale, l'hébergement et le droit aux relations personnelles (art. 1253ter/5, 1^o), aux pensions alimentaires (art. 1253ter/5, 2^o) et à la fixation des résidences séparées (art. 1253ter/5, 3^o).

Le législateur affirme donc ici la possibilité d'aménager en ces matières une situation provisoire, pour une période limitée dans le temps, par une décision qui ne constitue pas encore la décision au fond à intervenir ultérieurement⁽⁷⁶⁾. On pense aux situations où un hébergement est mis en place provisoirement, dans l'attente d'une expertise ou enquête sociale par exemple, ou pour procéder à un élargissement progressif ; ou encore à une attribution de résidence temporaire dans un bien appartenant à un des époux ou cohabitants légaux dans l'attente d'un déménagement ; ou, enfin, à l'attribution d'un montant provisoire de pension ou contribution alimentaire, une décision au fond intervenant ultérieurement et pouvant modifier celle-ci éventuellement avec effet rétroactif⁽⁷⁷⁾.

(74) F. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 472, n° 5.

(75) *Ibid.*, p. 475, n° 9 ; J.-L. RENÇON, « Quelques problématiques des liquidations et partages », in *États généraux de la famille. Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Limal-Bruxelles, Anthémis-Larcier, 2014, p. 173, n° 16 et 17. Voy. égal. Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 40.

(76) Dans le même sens, A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 114 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV L'instruction de la cause », in A.-Ch. VAN GYSEL (COORD.), *Le contentieux familial. Le juge de la famille et le Juge de paix*, Limal, Anthémis, 2017, p. 87.

(77) À ne pas confondre avec une décision qui octroierait une provision, décision, quant à elle, définitive, car statuant sur l'existence d'un droit établi et attribuant un à-valoir sur un montant ultérieurement complété (*supra*, n° 4).

On constatera que l'utilisation persistante encore en pratique du terme « provision alimentaire » pour viser la pension attribuée en exécution du devoir de secours de l'article 213 du Code civil tant que le mariage n'est pas dissous s'avère piègeuse et à déconseiller : le devoir de secours, qui, dans tous les cas, prend temporellement fin à la dissolution du mariage dès lors qu'il est un effet de celui-ci, est en principe accordé sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire par une décision définitive qui vide la saisine du juge ; il peut l'être aussi éventuellement par une décision définitive accordant un montant « à titre provisionnel » si le droit est établi, mais le montant attribué est un à-valoir sur un montant devant être fixé définitivement ultérieurement ; il pourrait l'être aussi par une décision provisoire

Ces mesures permettent au tribunal de la famille de garder un contrôle sur l'évolution du dossier, de décider « par phase » ;

- d'autre part, des mesures de nature à préserver les droits des époux, à savoir une interdiction d'aliéner, d'hypothéquer, d'engager des biens mobiliers ou immobiliers sans le consentement de l'autre, l'interdiction de déplacer des meubles ou l'attribution de l'usage de ceux-ci (art. 1253ter/5, 4°), ainsi que l'obligation de donner caution ou justifier d'une solvabilité suffisante pour l'époux qui dispose de biens mobiliers (art. 1253ter/5, 5°), qui sont des mesures de nature conservatoire ou de toute façon limitées dans le temps par une décision au fond dès lors que le sort définitif des biens sera déterminé par la liquidation-partage. L'insertion de ces causes dans l'article 1253ter/5 induit donc qu'elles peuvent être traitées sous le bénéfice d'une urgence qui est présumée et selon une procédure « comme en référé » lorsqu'il s'agit de prendre une mesure provisoire quant à ce.

Reste étrange néanmoins, outre l'insertion à l'alinéa 3 des dispositions de fond relatives à l'incidence de violences conjugales sur la fixation des résidences séparées, que la délégation de sommes (art. 1253ter/5, 6°)⁽⁷⁸⁾ et la détermination

rendue, sur la base de l'article 1253ter/5, sans qu'il ait été statué définitivement sur le droit lui-même, tous droits saufs de parties sur le fond, auquel cas le montant octroyé est susceptible, le cas échéant, de répétition si la décision au fond ne confirmait pas le droit lui-même. On voit combien la sémantique du même terme diffère selon qu'on l'approche du point de vue du droit judiciaire ou du droit civil. On relèvera d'ailleurs, quant à l'utilisation « au civil » du terme « provision alimentaire », que celui-ci ne figure pas dans les textes légaux actuels. Il provient de l'ancien article 268 du Code civil d'avant 1935, soit à une époque où le devoir de secours était unilatéralement imposé au mari, et non réciproquement. La pratique a continué à utiliser ce vocable « provision alimentaire » dès lors que le secours était conçu comme « une avance sur les droits de la femme à la liquidation de la communauté » à une époque où et parce que les revenus de ses (éventuels) biens propres, qui constituaient sa participation forfaitaire aux charges du mariage, étaient perçus et gérés exclusivement par le mari ; une déduction du secours alimentaire des revenus communs ou propres auxquels l'épouse avait droit se justifiait dans ce contexte particulier (voy. not. J. RENAULT, *Droit patrimonial de la famille*, t. 1, *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 113 et s. et pp. 639-641). Il n'y a plus de pertinence à l'utiliser dans le contexte légal actuel et totalement différent, dès lors que le secours alimentaire est à ce jour alloué à titre définitif, la question de sa possible imputation, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, dans le cadre des comptes de l'indivision post-communautaire lors de la liquidation-partage, sur la part des revenus indivis du créancier d'aliments au cas où le secours alimentaire reçu excéderait cette part, faisant par ailleurs et quant à elle l'objet de discussions et remises en cause doctrinales (voy. J. SOSSON, « Indemnité d'occupation et aliments : un couple déton(n)ant », in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE [dir.], *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 335 et s.).

- (78) Selon les travaux préparatoires de la loi du 8 mai 2014 portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice qui a modifié cette disposition légale (loi réparatrice), l'indication de la délégation de sommes à l'article 1253ter/5 du Code judiciaire conférerait « au tribunal de la famille le droit de procéder à une délégation de sommes en faveur d'un des époux » (proposition de loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3356/1, p. 35), ce qui serait parfaitement tautologique, puisque l'article 221, alinéa 2, du Code civil confère

de la résidence conjugale en cas de conflit entre deux époux hors séparation (art. 1253ter/5, 7°)⁽⁷⁹⁾ ne soient reprises qu'à l'article 1253ter/5 du Code judiciaire.

À l'inverse, il peut paraître plus logique que certaines causes reprises à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire ne soient pas visées à l'article 1253ter/5 : c'est le cas des décisions portant sur les refus d'autorisation à mariage ou de cohabitation légale (art. 1253ter/4, § 2, 6°), ou encore des mesures pouvant être prises en matière d'enlèvement international d'enfant (art. 1253ter/4, § 2, 5°) qui ne se prêtent en effet et *a priori* pas à des décisions provisoires. Cette affirmation pourrait néanmoins être nuancée, et l'on voit mal en quoi la seule « localisation » de ces causes au sein de cette disposition légale empêcherait le tribunal de la famille de prononcer une décision provisoire s'il l'estimait cohérent.

18. On ne peut passer sous silence une divergence de points de vue sur la portée des décisions prononcées sur base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire qui, selon nous, n'a pas lieu d'être, et moins encore après une (semi) modification opérée par la loi « pot-pourri V ».

Contrairement à la plupart de auteurs francophones⁽⁸⁰⁾ et à la jurisprudence (en tout cas de la chambre francophone de la cour d'appel de Bruxelles⁽⁸¹⁾), une doctrine minoritaire⁽⁸²⁾ considèrerait que, dès lors que le texte néerlandais de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire usait déjà et quant à lui des termes

déjà au tribunal cette possibilité, comme le relève A.-Ch. VAN GYSEL (« La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 146). Cet auteur considère qu'une portée utile ne peut être apportée à cette disposition que si on l'interprète comme signifiant que le tribunal de la famille peut accorder une délégation de sommes dans d'autres cas d'obligations alimentaires que ceux prévus par la loi, comme pour une obligation alimentaire de droit commun. C'est également ce que la section de législation du Conseil d'État avait indiqué, dans son avis (proposition de loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice, Avis de la section de législation du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3356/4, p. 19). Il n'empêche qu'on ne perçoit toujours pas pourquoi cette mesure pourrait n'être accordée dans ce cas qu'à titre de mesure provisoire, dès lors que l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, qui permet au tribunal de la famille de prononcer des mesures définitives, vise les obligations alimentaires sans distinction au sein de celles-ci.

- (79) Ce contentieux particulier se prêtant mal à une décision provisoire...

- (80) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 475-476, n° 9, p. 481, n° 16 ; A. HOC, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41° ch.), 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017/5, p. 132, n° 6 et 7 ; N. GENDRIN, « La séparation du couple marié et la problématique des résidences séparées », *op. cit.*, p. 90 ; J. SOSSON, « Indemnité d'occupation et aliments : un couple déton(n)ant », *op. cit.*, p. 324, n° 5 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 115 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 87.

- (81) Voy. Bruxelles (41° ch.), 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 129, note A. HOC ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 311, note D. PIRE.

- (82) P. SENAEBVE, « De voorlopige maatregelen voor de Familierechtbank », in P. SENAEBVE (dir.), *Echtscheiding, voorlopige maatregelen en onderhoudsgelden in de Familierechtbank*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 145 et s. ; M. MALLIEN, « La séparation du couple non marié : questions de compétence », in J. SOSSON (dir.), *La séparation du couple non marié*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 248-249, n° 40.

« *voorlopige maatregelen* »⁽⁸³⁾ et non « *maatregelen ten voorlopige titel* », il y avait lieu de considérer que l'intention du législateur aurait été d'en faire des mesures provisoires ayant autorité de la chose jugée. P. Senaevé estimait que la locution « *voorlopige maatregelen* » renvoyait aux mesures provisoires telles qu'elles étaient ordonnées par le président du tribunal sur la base de l'article 1280 du Code judiciaire antérieurement, et qui étaient revêtues de l'autorité de la chose jugée *rebus sic stantibus*. En présence de cette différence de texte, cet auteur estimait qu'il fallait rechercher l'intention du législateur et que l'on pouvait considérer que celui-ci avait voulu constituer des mesures que le tribunal de la famille rendait au fond, et non pas seulement à titre provisoire⁽⁸⁴⁾.

On peine pourtant à suivre un tel raisonnement et à trouver dans les travaux préparatoires, dont il faut reconnaître qu'ils s'apparentent sur ce point à la traversée d'un labyrinthe les yeux bandés, une telle intention du législateur... On n'y trouve nulle part l'intention de créer de toutes pièces, et uniquement pour le tribunal de la famille, un concept de droit judiciaire qui, si l'on suivait l'interprétation du professeur Senaevé, s'avérerait totalement neuf, pour ne pas dire une chimère juridique, à savoir une « décision judiciaire rendue au fond mais à titre provisoire ».

Une telle interprétation nous paraissait au contraire en totale contradiction avec la construction même des différents types de mesures élaborées par le législateur et telle qu'elle ressort des travaux préparatoires⁽⁸⁵⁾. Par définition, par nature même, le caractère provisoire (affirmé à deux reprises par les articles 1253ter/4, § 2, 7°, et 1253ter/5 du Code judiciaire) d'une décision interdit de considérer que l'autorité de chose jugée s'y attache, puisque celle-ci ne revient qu'aux décisions définitives, conformément à l'article 24 du Code judiciaire⁽⁸⁶⁾. L'article 2 du Code judiciaire commande de lire conjointement ses articles 1253ter/5, 584 et 1039, alinéa 1^{er}. Il s'ensuivait que les décisions prises « à titre provisoire » par le tribunal de la famille sur la base de l'article 1253ter/5 « ne portent pas préjudice au principal ». C'est dire qu'elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Au reste, la thèse selon laquelle

(83) « *Naast de maatregelen die werden genomen overeenkomstig de artikelen 19, tweede lid, en 735, § 2, kan de rechtbank de volgende voorlopige maatregelen nemen : [...]* », version néerlandaise de l'article 1253ter/5 telle qu'introduite par la loi du 30 juillet 2013.

(84) P. SENAËVÉ, « *De voorlopige maatregelen voor de Familierechtbank* », *op. cit.*, p. 150, n° 282 : « *De conclusie uit dit overzicht van de parlementaire werken is dan ook dat enkel de Nederlandse tekst van artikel 1253ter/5, eerste lid Ger.W. overeenstemt met de bedoeling van de wetgever, en dus dat de aldaar beoogde maatregelen wel degelijk maatregelen zijn die de familierechtbank ten gronde neemt en niet slechts te voorlopige titel* ».

(85) Voy. not. proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2010-2011, n° 53-0682/7, p. 26.

(86) G. DE LEVAL, « *Le jugement* », *op. cit.*, p. 699, n° 7.53.

ces décisions revêtaient l'autorité de la chose jugée énerverait les postulats de rationalité du législateur, et d'utilité de la loi, en vertu desquels le législateur n'opère une distinction que si elle est justifiée⁽⁸⁷⁾. Dire que les décisions prises sur le fondement de l'article 1253ter/5 auraient bénéficié de l'autorité de la chose jugée revenait à les assimiler purement et simplement aux jugements prononcés en vertu de l'article 1253ter/4, § 2, 1° à 6°, privant ainsi de tout intérêt la dissociation des « mesures provisoires » opérée par les articles 1253ter/4, § 2, 7°, et 1253ter/5.

Le projet de loi initial de « pot-pourri V » prévoyait donc utilement de préciser corrélativement, d'une part, que les décisions rendues sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, étant des dispositions ayant autorité de la chose jugée, n'étaient « que » introduites et instruites « comme en référé » (art. 77 du projet de loi) et, d'autre part, que les mesures prononcées sur la base de l'article 1253ter/5 étaient des « mesures provisoires », ce qui assurait en outre une concordance entre les termes du texte français et ceux du texte néerlandais (art. 78 du projet de loi). Malheureusement, la justification de cette dernière modification telle que contenue dans ce projet était diamétralement opposée et même contradictoire avec son objectif, puisque, par un partiel et trop rapide « copié-collé » de la motivation de l'article 77, il était indiqué qu'il fallait remplacer les termes « à titre provisoire » par « mesures provisoires » parce que, « comme précisé à l'article 1253/4 du Code judiciaire, il s'agit de mesures que le tribunal de la famille rend au fond et pas seulement à titre provisoire », référence étant faite, en outre, à la doctrine de P. Senaevé⁽⁸⁸⁾.

Lors de son audition à la Chambre, le professeur van Drooghenbroeck n'a pas manqué de relever qu'alors que la modification de texte était pertinente et opportune, cette justification était tout à fait inadéquate dès lors que « assimiler une décision provisoire à une décision au fond est un oxymore brouillant complètement les distinctions opérées et voulues par le législateur — notamment en termes de procédure et d'autorité de la chose jugée — entre les différentes décisions susceptibles d'être rendues par le tribunal de la famille »⁽⁸⁹⁾. Il ajoutait que « la notion de mesure "provisoire" qui apparaît à l'article 584 du Code

(87) Fr. OST, « L'interprétation logique et systémique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, éd. E.U.S.L., 1978, pp. 97 et s., ici spéc. pp. 171-173.

(88) Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation des dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2259/1, pp. 79-80.

(89) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, Exposé fait à la Chambre des représentants le 7 avril 2017, projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation des dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2259/008, p. 167.

judiciaire à propos de la juridiction des référés ne sied qu'aux mesures régies par l'article 1253ter/5 de ce même code. Elle est par contre incompatible avec le régime des mesures régies par l'article 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o [...]. En résumé, soit la décision prise par le tribunal de la famille avant, pendant ou après le divorce (peu importe désormais) est une mesure définitive qui tranche le litige, soit elle n'est encore qu'une « mesure provisoire » au sens de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire (qui n'a bien sûr aucune autorité de la chose jugée) ». Il indiquait qu'il convenait dès lors de maintenir la modification envisagée, mais « (1) de récuser la justification avancée à l'appui de cette modification et (2) supprimer les dernières mentions maladroites à l'adjectif "provisoire(s)" subsistant aux articles 1254, § 1^{er}, alinéa 6, et 1256, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire »⁽⁹⁰⁾.

Deux amendements avaient été déposés en ce sens⁽⁹¹⁾. Ils n'ont malheureusement pas été adoptés. Cela est regrettable, car une clarification s'imposait, outre qu'il reste totalement abscons de maintenir à l'article 1254, § 1^{er}, alinéa 6, du Code judiciaire que la partie requérante peut indiquer dans l'acte introductif « les demandes éventuelles relatives aux mesures provisoires concernant la personne, les aliments et les biens tant des parties que des enfants mineurs », alors même qu'elle ne sollicitera, sans doute et plutôt, que des mesures non provisoires soient rendues au fond sur la base de l'article 1253ter/4, § 2 (!) ou encore, à l'article 1256, alinéa 1^{er}, que les parties peuvent demander au juge d'homologuer leurs accords sur ces mêmes mesures « provisoires » !

Le législateur a, à l'évidence, manqué à l'occasion de rectifier des incongruités et définitivement asseoir, sans équivoque et possibilité d'interprétations divergentes⁽⁹²⁾, l'architecture des mesures que le tribunal de la famille peut prononcer de la manière voulue par le législateur en 2013.

Il n'empêche que nous pensons, avec A. Hoc⁽⁹³⁾, que cela ne change rien à la nature des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code

(90) *Ibid.*, p. 168.

(91) Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation des dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, Amendements n^{os} 6 et 7 de M. S. VAN HECKE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n^o 54-2259/003, pp. 10 et 11, qui visaient à opérer les modifications idoines dans les articles 1254, § 1^{er}, alinéa 6, et 1256, alinéa 1^{er}, tout en rectifiant clairement la justification de la nouvelle terminologie.

(92) Ainsi, P. Senaev persiste à soutenir qu'il s'agit de mesures « au fond » (« *ten gronde* ») et considère même que la modification opérée par la loi « pot-pourri V » renforcerait sa position pour tout à fait minoritaire (P. SENAËVE, « Hoofdstuk XXI. De rechtspleging inzake voorlopige maatregelen tussen echtgenoten en tussen wettelijke samenwonende en inzake spoedeisende procedures voor de familie-rechtbank », *op. cit.*, p. 852, n^o 1647).

(93) A. Hoc, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41^e ch.), 11 octobre 2016, *op. cit.*, p. 133, n^o 8.

judiciaire et que le nouveau texte, plus encore que l'ancien, tout comme la version néerlandophone du texte inchangée, confirme qu'il s'agit de mesures provisoires soumises au régime des jugements avant dire droit et, par nature, non revêtues de l'autorité de la chose jugée.

19. L'inévitable qualification des mesures prononcées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire comme étant des mesures provisoires implique, rappelons-le, qu'en tant que décisions avant dire droit, elles n'ont pas autorité de la chose jugée, mais de la chose décidée. Elles ne tranchent pas définitivement le litige.

Ces mesures sont par essence temporaires ; leurs effets s'étendent :

- soit pour la période de temps qui peut avoir été fixée par le juge ;
- à défaut, soit jusqu'au jugement définitif qui interviendra sur le fond du droit en cause (ainsi, après la réalisation de la mesure d'instruction ordonnée qui avait justifié qu'une décision, par exemple, déterminant des modalités d'hébergement dans l'attente d'une étude sociale ou d'une expertise, ait été prise à titre temporaire) ou encore, pour les mesures conservatoires quant aux biens, jusqu'au partage⁽⁹⁴⁾ ;
- soit encore – mais là comme pour toute mesure qu'elle soit définitive ou provisoire –, lors de l'extinction du droit au fond (comme lorsque la décision prononçant le divorce acquiert force de chose jugée en ce qui concerne le secours alimentaire).

Une autre conséquence importante découlant de cette qualification est qu'un jugement qui ne contiendrait que des mesures provisoires ordonnées sur la base de cette disposition légale ne sera pas appellable immédiatement, sauf décision contraire du juge⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾.

III. Mesures sur la base d'une urgence invoquée prononcée conformément à l'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire

20. L'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit que, « lorsque l'urgence est invoquée, le tribunal de la famille statue *en référé* » (nous soulignons).

Ces cas d'urgence invoquée se distinguent clairement des cas d'urgence présumée évoqués ci-dessus.

(94) Dans le même sens, A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 91.

(95) Voy., pour plus de détails, la contribution d'A. Hoc, L. COHEN et A. JANNONE dans cet ouvrage.

(96) Quant à l'application ou non de l'article 1253ter/7 du Code judiciaire à ces mesures, voy. *infra*, n^o 36.

Tout d'abord, l'urgence doit être dûment prouvée par la partie qui l'invoque ; elle n'est pas présumée irréfragablement en raison même de la nature de la cause. L'urgence survient – il s'agit du critère fermement établi en droit commun et pareillement applicable en la présente matière – « dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable »⁽⁹⁷⁾, en sorte qu'« on peut, dès lors, recourir au référé lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu ».

Ensuite, du point de vue procédural et comme pour toute procédure en référé, la cause est introduite par citation, outre la possibilité d'une requête conjointe, mode de saisine applicable en toutes matières⁽⁹⁸⁾. La requête contradictoire n'est, en revanche, pas admissible puisqu'elle n'est autorisée que pour les mesures fondées sur les articles 1253ter/4, § 2, et 1253ter/5 du Code judiciaire⁽⁹⁹⁾.

La cause sera instruite et traitée au bénéfice du référé, et, donc, selon la procédure accélérée du référé avec ce qui la distingue d'une procédure ordinaire, à savoir le raccourcissement des délais d'introduction à deux jours en cas d'introduction par citation⁽¹⁰⁰⁾ et de mise en état⁽¹⁰¹⁾.

Ces décisions rendues en référé sur la base d'une urgence invoquée seront des décisions provisoires, c'est-à-dire sans préjudice d'une décision ultérieure prononcée au fond par le (même) tribunal de la famille⁽¹⁰²⁾. Elles n'ont donc pas autorité de la chose jugée⁽¹⁰³⁾, mais seulement autorité « de la chose déci-

(97) Not. Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1160 ; *adde* : les développements autour et alentour de la notion d'urgence in P. MARCHAL, *Le référé*, Tiré à part du Répertoire et notarial, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 45-48, n° 14.

(98) M. BAETENS-SPETSCHINSKY, « La compétence des tribunaux à l'aune des réformes du paysage judiciaire », in D. FRIES (dir.), *Le nouveau paysage judiciaire*, Limal, Anthemis, 2014, p. 120.

(99) Ceci étant dit, on ne perdra pas de vue la théorie des nullités – alléguée au reste par le biais de la loi dite « pot-pourri I » – voulant qu'en pratique, si le défendeur invité à comparaître par requête contradictoire se présente à l'audience, apte à présenter ses moyens de défense, l'absence de recours au mode introductif d'instance légalement requis (en l'occurrence, la citation) ne sera pas sanctionnée (de nullité) (art. 861 C. jud.).

(100) Art. 1035, al. 2, C. jud. Le délai sera de quinze jours au maximum en cas d'introduction par requête conjointe conformément à l'article 706, alinéa 5, du Code judiciaire.

(101) Art. 747, § 3, C. jud.

(102) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 477, n° 13 ; I. SCHYNS et F. TRIFFAUX, « La mise en œuvre de la loi », in A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le Tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2015, p. 184.

(103) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 477, n° 13 ; M. BAETENS-SPETSCHINSKY, « La compétence des tribunaux à l'aune des réformes du paysage judiciaire », *op. cit.*, p. 120. Dans le même sens sur ce point, A.-Ch. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 118 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, 2017, p. 93.

dée » (c'est-à-dire ne liant que le juge qui l'a prononcée, à l'exclusion du juge du fond).

À la différence des mesures rendues en cas d'extrême urgence par le président du tribunal siégeant en référé, si l'urgence invoquée est considérée comme n'étant pas fondée, le tribunal de la famille « renvoie la cause à une audience ordinaire », en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire. Il s'agit en l'espèce d'une solution s'écartant du droit commun des procédures de référé où le défaut d'urgence au moment où le juge statue implique de considérer la demande non fondée⁽¹⁰⁴⁾. Tel n'est pas le cas ici : le juge de la famille « se renvoie » donc la cause à lui-même, ou plus exactement fixe l'affaire à une de ses audiences ordinaires, mais la demande est valablement introduite et ne doit donc pas l'être à nouveau.

21. Les avis divergent quant au champ d'application de cette disposition légale.

Certains considèrent en effet qu'elle s'appliquerait à toutes les causes relevant de la compétence du tribunal de la famille, et, donc, également aux causes réputées urgentes. J. Sauvage et A.-Ch. Van Gysel, dans des publications répétées où est martelée une argumentation strictement identique, considèrent que l'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire instaurerait ce qu'ils appellent le « référé familial » et s'appliquerait également aux causes réputées urgentes, dans le but de donner un « signal au juge sur l'urgence qui s'attache à la demande »⁽¹⁰⁵⁾.

L'on ne peut être convaincu par l'argumentation de ces auteurs consistant à proposer une *ratio legis* à cette disposition qu'ils tentent de tirer du contexte de la création du tribunal de la famille et des difficultés engendrées par la complexité du système antérieur des mesures prises par le président du tribunal siégeant en référé sur pied de l'ancien article 1280 du Code judiciaire ou encore du juge de paix sur la base de l'article 223 du Code civil. Force est de constater qu'il s'agit d'une interprétation personnelle d'intentions du législateur qui ont varié au cours de la longue et complexe gestation de la loi et qu'ils attribuent sur ce point au législateur, comme si c'était une évidence,

(104) Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, pp. 1045 et 1050 (deux espèces), l'absence d'allégation de l'urgence au titre de l'acte introductif d'instance impliquant, quant à elle, et en amont que le juge se déclare incompétent (sur les contours et effets de ces deux arrêts de principe, voy. P. MARCHAL, *Le référé*, *op. cit.*, pp. 49-50, n° 16).

(105) J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri au Royaume de Belgique : le fonctionnement du tribunal de la famille deux ans après sa création », in *État généraux du droit de la famille II. Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2015 et 2016*, Bruxelles-Limal, Bruylant-Anthemis, 2016, pp. 30 et s. ; argumentation reprise par A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, pp. 99 et s. ; J. SAUVAGE, « Quelle urgence pour le tribunal de la famille ? », *Act. de fam.*, 2017, p. 107 et s.

une clairvoyance et sagacité dont nous nous permettons de douter au vu des affres du cheminement législatif de la loi... Ils y voient notamment une volonté de « clarification » par rapport aux anciennes procédures fondées sur les articles 223 du Code civil et 1280 du Code judiciaire que nous n'apercevons pas, que du contraire même, puisqu'il apparaît que le maintien et le libellé de ces deux dispositions telles que maintenues après la création du tribunal sont critiquables ou, à tout le moins, questionnables...

Selon nous, les travaux préparatoires démontrent, au contraire, expressément que l'interprétation que construisent *a posteriori* ces deux auteurs n'était pas celle du législateur : dans un tableau synthétisant la nouvelle structure des mesures dont la compétence allait être confiée au tribunal de la famille et dont la mise en place était discutée, lorsqu'il s'agit de mentionner la nature des litiges familiaux visés, sous la rubrique « Urgence invoquée », il est clairement indiqué : « Tous les litiges qui sont normalement traités selon la procédure ordinaire, mais où le demandeur invoque une urgence particulière (cf. l'actuel article 584 du C.jud. mais en matière familiale) »⁽¹⁰⁶⁾. On ne peut être plus clair sur ce qui était visé !

À l'exact opposé de ces deux auteurs, nous adhérons donc entièrement à la compréhension logique de cette disposition légale qu'ont de nombreux tribunaux de la famille⁽¹⁰⁷⁾ et la cour d'appel de Bruxelles⁽¹⁰⁸⁾, approuvée par la doctrine⁽¹⁰⁹⁾, selon laquelle un débat sur l'urgence n'est de toute façon plus pertinent désormais lorsque la demande vise une des causes où l'urgence est réputée.

L'urgence présumée irréfragablement implique déjà un traitement accéléré des causes puisqu'elles sont introduites et instruites « comme en référé », en sorte qu'il n'y a pas de sens à considérer que le paragraphe 1^{er} de l'article 1253ter/4

(106) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2010-2011, n° 53-0682/007, p. 26.

(107) Certaines chambres du tribunal de la famille de Bruxelles suivent cette position (Trib. fam. Bruxelles [129^e ch.], 18 juillet 2016, R.G. n° 16/3019/A, inédit ; Trib. fam. Bruxelles [101^e ch.], 9 novembre 2015, R.G. n° 15/8102, inédit cité par J. SAUVAGE, « 3. Le tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chronique de jurisprudence », in Th. VAN HAELETEREN [dir.], *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 105 et s.) alors que d'autres ont, par le passé, retenu la position défendue par J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL (voy. Trib. fam. Bruxelles [101^e ch.], 9 novembre 2015, R.G. n° 15/8102/A, inédit ; Trib. fam. Bruxelles [101^e ch.], 29 décembre 2016, R.G. n° 16/8852/A, inédit ; jugements cités par A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 98, note n° 74).

(108) Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 43 ; Bruxelles (41^e ch.), 8 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2015/5, p. 96 ; voy. égal. Bruxelles (41^e ch.), 8 décembre 2014, *Act. dr. fam.*, 2015, p. 96.

(109) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 482-483, n° 13 ; N. GENDRIN, « La séparation du couple marié et la problématique des résidences séparées », *op. cit.*, pp. 87 et s.

instaurerait « une urgence dans l'urgence », qu'il faudrait encore distinguer de la « superurgence » des cas d'absolue nécessité réservés au Président du tribunal siégeant en référé... Les champs d'application des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 1253ter/4 du Code judiciaire ne peuvent se recouvrir, à peine de faire perdre toute cohérence à la construction législative.

Le tribunal de la famille ne peut donc « faire office de juge de[s] référés »⁽¹¹⁰⁾ que si la loi ne lui a pas déjà confié la compétence d'instruire une cause « comme en référé ».

Comme l'a relevé la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 14 décembre 2015⁽¹¹¹⁾, un argument de texte peut être ajouté : l'article 1253ter/4, § 1^{er}, alinéa 2, prévoit qu'à défaut d'urgence dûment prouvée, « le juge renvoie la cause à une audience ordinaire », ce qui montre bien que l'on se situe dans des causes traitées selon la procédure ordinaire et non « comme en référé ».

22. Un argument invoqué par les défenseurs d'une possible application de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, aux mesures réputées urgentes tient à l'avantage que constituerait la possibilité de saisir le tribunal par citation et, donc, une audience fixée plus rapidement (deux jours, sachant qu'il s'agit d'un délai minimal).

Cet argument ne peut être retenu dès lors que les causes réputées urgentes peuvent également être introduites par citation et bénéficier du même délai !

Face à ce constat aussi évident, les tenants de cette thèse répondent que le véritable intérêt de ce « vrai référé familial », comme ils l'appellent⁽¹¹²⁾, serait de donner un « signal » au juge sur l'urgence s'attachant à la demande, dès lors que, selon eux, dans le système tel que mis en place lors de la création du tribunal de la famille, « trop d'urgence aurait tué l'urgence ».

Nous ne partageons aucun de ces postulats qui nous paraissent se fonder sur des ressentis si ce n'est personnels, en tout cas non fondés sur des constatations scientifiquement établies. En quoi un juge de la famille, parce qu'il serait saisi par citation sur la base de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, serait-il enclin à trancher

(110) Pour reprendre l'expression d'A. Hoc (« Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles [41^e ch.], 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017/5, p. 131, n° 4).

(111) Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 43.

(112) J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri au Royaume de Belgique : le fonctionnement du tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 34 ; *adde.*, de manière identique : A.-Ch. VAN GYSEL, « Chapitre IV. L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 102.

plus vite que s'il est saisi sur la base de l'article 1253ter/4, § 2⁽¹¹³⁾ ? Inversement, peut-on réellement affirmer, et, si oui, sur quelle base objectivement éprouvée, que les juges de la famille, saisis sur la base de l'urgence réputée, ne réservent pas un traitement rapide à des affaires lorsqu'ils constatent une réelle nécessité à prendre une mesure avec célérité ?

Par ailleurs et pour rappel, la décision rendue sur la base de l'urgence invoquée ne sera « que » provisoire, ce qui semble rassurer les défenseurs de la thèse de l'urgence invoquée comme constituant le « vrai référé familial » dès lors qu'il n'est pas exclu que la nécessité d'une « solution » rapide puisse empêcher ou limiter la possibilité d'une mise en état ou de débats approfondis. Mais ce souci est tout autant rencontré via la possibilité pour le juge, dans les causes réputées urgentes, de prononcer des mesures provisoires fondées sur l'article 1253ter/5 du Code judiciaire ! Et, quant à des mesures d'instruction telles que la désignation d'un expert ou la réalisation d'une étude sociale, elles peuvent être sollicitées via l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire qui permet de faire revenir une affaire déjà introduite par simple demande écrite au greffe et dans tous les cas un traitement avec une célérité absolue⁽¹¹⁴⁾, ce qui rend le détour par une coûteuse citation fondée sur une urgence invoquée dans ce but totalement absurde et somptuaire.

23. On admettra que cette interprétation limite le champ d'application des mesures pouvant être prononcées sur cette base, vu l'ampleur des causes du contentieux familial visée par l'urgence réputée. Mais on voit mal pourquoi il faudrait s'en émouvoir, si le système est efficient.

Pourraient être ainsi prononcées des mesures provisoires⁽¹¹⁵⁾ quant aux biens, telles que, par exemple, une demande d'inventaire⁽¹¹⁶⁾, de désignation de

(113) Quant à l'argument qui pourrait être élevé en pratique selon lequel la saisine par citation à deux jours sur la base de l'urgence invoquée permettrait un traitement plus celer d'une cause, car elle permettrait de la fixer à toute audience et tranchée éventuellement par un autre juge que le « juge historique » en charge du dossier familial sans devoir attendre que l'affaire puisse être traitée à une audience dudit juge, d'une part, on ne voit pas en quoi il diffère lorsque la saisine est opérée également par citation, mais sur la base de l'urgence réputée, et, d'autre part, l'article 90 du Code judiciaire mettant en œuvre le principe « Une famille — un juge — un dossier » précise bien que les affaires sont ainsi réparties par le président du tribunal « dans la mesure du possible », ce qui induit une obligation de moyens, et non de résultat. Rien n'empêcherait donc, lorsqu'il n'est pas possible de fixer l'affaire rapidement devant le juge historique, qu'une décision, notamment une décision prononçant une mesure provisoire sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, devant être prise en toute célérité soit prononcée par un autre magistrat du même tribunal. Il n'y aurait pas là matière à contestation quant à la validité de la décision intervenue.

(114) Voy. n° 24, *infra*.

(115) Voy. égal. l'énumération faite par Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 478-479, n° 14.

(116) Art. 1282 C. jud.

séquestre ou toute mesure conservatoire relative à la gestion ou l'administration des biens des époux, cohabitants légaux ou même de cohabitant de fait dès lors qu'il y aurait une demande de partage⁽¹¹⁷⁾.

IV. Mesures prononcées sur la base des articles 19, alinéa 3, et 735 du Code judiciaire⁽¹¹⁸⁾

24. Les parties peuvent aussi, conformément aux principes généraux de droit judiciaire, demander au tribunal de la famille d'ordonner une mesure préalable destinée soit à instruire la demande ou régler un incident de procédure portant sur une telle mesure, soit à régler provisoirement la situation des parties », dans le cadre de débats succincts (art. 735 C. jud.).

Il peut, par exemple, s'agir de la désignation d'un expert médico-psychologique, de la réalisation d'une étude sociale ou d'autres mesures d'investigation, d'une demande de production de documents par une des parties ou un tiers, etc.⁽¹¹⁹⁾...

Cette technique procédurale de droit commun⁽¹²⁰⁾ s'applique à toutes les mesures relevant de la compétence du tribunal, qu'elles relèvent de l'urgence présumée ou non. Elle suppose bien évidemment qu'une demande, dont elle est en quelque sorte l'excroissance, soit introduite au fond.

Il convient de rappeler la souplesse de ce mécanisme qui, d'une part, ne suppose pas de devoir prouver l'urgence même dans les causes où l'urgence n'est pas présumée, et, d'autre part, permet de mobiliser le tribunal facilement et rapidement. La demande est formée soit dans l'acte introductif d'instance si elle accompagne des demandes mues *ab initio*, auquel cas le délai de comparution sera celui applicable à l'acte introductif en fonction des mesures postulées, soit par simple demande écrite au greffe si l'affaire est pendante devant le tribunal

(117) Et donc compétence du tribunal de la famille pour prononcer ledit partage ; voy. la contribution de S. BRAT, J. SOSSON et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK dans cet ouvrage.

(118) En dehors des hypothèses visées par l'article 1253ter/5 du Code judiciaire.

(119) Voy. égal. les exemples proposés par Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 486, n° 23. La cour d'appel d'Anvers a fait une interprétation stricte, mais *a priori* logique de cette disposition légale en considérant qu'il ne s'agissait pas du véhicule procédural adéquat pour diminuer à titre provisoire et en urgence une contribution alimentaire en raison d'une soudaine incapacité de travail dans le chef du débiteur ; elle a considéré que l'article 19, alinéa 3, ne constituait pas un moyen de contourner le cadre formel de procédures normales (Anvers, 18 février 2015, inédit, 2012/RF/183 cité par P. SENAËVE, « Hoofdstuk XXI. De rechtspleging inzake voorlopige maatregelen tussen echtgenoten en tussen wettelijke samenwonende en inzake spoedeisende procedures voor de familierechtbank », *op. cit.*, p. 855, n° 1651).

(120) Dont l'article 1253ter/5, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire rappelle l'existence à toutes fins, sans qu'il faille y voir une identité de mesures avec celles visées à cette disposition légale (en ce sens, voy. not. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 484, n° 21).

de la famille, auquel cas la fixation interviendra dans un délai de huit jours au minimum⁽¹²¹⁾. La cause sera retenue, selon le cas, à l'audience d'introduction⁽¹²²⁾ ou à une date rapprochée, avec une mise en état éventuelle.

Le tribunal statue avant dire droit. Ces mesures ne sont donc pas définitives ; elles n'épuisent pas la juridiction du juge sur la question litigieuse (art. 19, al. 1^{er}, C. jud.) et ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée.

§2. Les difficultés rencontrées en pratique

I. Choix, qualification et requalification des mesures

25. La subtilité de l'architecture des différentes mesures mises en place conjuguée aux controverses qui subsistent quant à leur articulation ne facilite ni la tâche des parties et leur conseil amenés à choisir le type de mesure qu'ils souhaitent solliciter, ni la tâche des tribunaux de la famille statuant à leur égard.

Cette difficulté tient en somme à ce qu'au contraire du contentieux de droit commun, où la distinction entre demandes de mesures urgentes et provisoires, d'une part, et définitives, d'autre part, se trouve soutenue par des mécanismes procéduraux distincts (art. 584 et 19, al. 3, C. jud. pour le provisoire ou assimilé, qu'il soit plus ou moins urgent) et leur soumission à des juges parfois différents (référé/fond), tel n'est pas le cas du contentieux de l'urgence familiale, où toutes ces mesures peuvent être soumises au même juge et, peu ou prou, par la même voie procédurale.

On ne peut nier que, sans doute par méconnaissance du système ou crainte de mal le comprendre, les avocats se bornent le plus souvent à demander telle ou telle mesure sans en préciser la base légale, ou plus fréquemment en visant *in globo* « les articles 1253ter/4 et suivants du Code judiciaire »...

Il en est plus encore ainsi des parties sans conseil, qui ont sans doute plus d'excuses à ne pas savoir...

Il est vrai qu'un certain pragmatisme judiciaire induit généralement un sort peu différencié des différentes demandes en termes de délais de traitement de

(121) Art. 707, al. 1^{er}, C. jud., applicable à l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire en l'absence de disposition dérogatoire.

(122) Application de l'article 735, § 1^{er}, du Code judiciaire qui énonce que ces demandes seront traitées sous le bénéfice de la procédure prévue pour les débats succincts.

l'affaire et une mobilisation quasi systématique de l'article 1253ter/4, § 2, alinéa 4, du Code judiciaire qui permet au tribunal d'appliquer la procédure (et uniquement la procédure...) prévue pour les demandes de mesures réputées urgentes lorsque plusieurs types de demandes sont introduits en même temps. Au motif de régler rapidement une situation urgente, l'on peut certes s'en réjouir.

Il reste que ce pragmatisme procédural n'exonère ni les conseils (ni les tribunaux ; *infra*, n° 32) de préciser la base légale sur laquelle la mesure devrait ou sera prononcée, car, comme on l'a vu et comme on le soulignera à nouveau ultérieurement, cette qualification est lourde de conséquences quant à la portée de la décision (autorité de la chose jugée ou non et, partant, caractère liant des motifs décisifs ou non), l'appelabilité immédiate ou non de la décision, et les conditions de sa possible modification (application ou non du mécanisme de la saisine permanente).

Il ne peut donc qu'être conseillé aux parties, au titre des « bonnes pratiques », de préciser dans leur acte introductif et/ou en termes de conclusions la base légale de *chacune* de leurs demandes, et au magistrat de faire de même quand il fait droit à celles-ci.

26. Cette invite rappelée, et avant d'examiner plus en détail cette première difficulté pratique, l'on attirera l'attention du lecteur sur les limites du débat ici tenu : dès lors que nous avons pu examiner les hypothèses procédurales particulières (et résiduelles) de mobilisation de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, ou, dans le cadre du présent contentieux, du droit commun de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire, la discussion se concentrera ici sur les mesures urgentes qui, parce qu'elles sont concurremment visées aux articles 1253ter/4, § 2, et 1253ter/5 du Code judiciaire, posent de manière paradigmatique la question de leur qualification (et de leur effet temporel) : définitifs ou provisoires.

Les lignes qui suivent ne s'assignent donc d'autre objectif que de dégager, pour les mesures ressortissant à ces deux dernières dispositions, les critères permettant d'orienter le choix des parties quant à les solliciter à un titre (provisoire) plutôt qu'à un autre (définitif) et, à défaut de tel choix exprès, les modalités permettant, le cas très échéant, au juge d'en calibrer l'octroi.

A. Les critères d'orientation du choix pour les parties

27. À notre estime, le choix originaire laissé aux parties de solliciter telle mesure à titre définitif ou simplement provisoire dépend fondamentalement de deux facteurs, étant les circonstances factuelles entourant la mesure elle-même

et, le cas échéant, le traitement et les effets procéduraux qui lui sont, en pratique, réservés.

28. S'agissant du premier de ces facteurs, il est délicat de déterminer *in abstracto* et de manière théorique les mesures qui, par essence, s'accommoderaient mieux du provisoire ou, au contraire, du définitif.

En pratique cependant, un consensus prétorien semble se former sur le fait que :

- *a priori*, le caractère définitif de la mesure doit prévaloir afin d'éviter, sous la réserve de la mobilisation du mécanisme de saisine permanente (d'ailleurs apprécié de manière sévère par les juges de la famille), le retour incessant au juge, qui impliquerait tout à la fois un encombrement des audiences, une résurgence régulière du débat contentieux entre les parties et – on y sera attentif en ces temps de contraction du nombre de magistrats affectés aux litiges familiaux – la multiplication des décisions à rédiger et prononcer, toutes occurrences que la réforme de 2013 semblait, par la promotion d'une certaine idée de la concentration de l'instance, vouloir obvier ;
- par exception, le caractère provisoire de la demande postulée sera d'autant mieux (et uniquement ?) accepté s'il se trouve justifié par :
 - soit un événement qui, au moment de la sollicitation de la mesure, est sinon connu avec certitude, à tout le moins raisonnablement prévisible, que cet événement soit factuel (p. ex., déménagement prochain d'une partie, changement d'activité professionnelle, etc.) ou procédural (p. ex., dépôt d'un rapport d'expertise ordonnée en même temps que la mesure urgente),
 - soit, en raison de la complexité ou de la délicatesse de la situation humaine, l'opportunité de passer, avant le prononcé d'une décision définitive (que seul un changement de circonstances permettra de modifier), par une phase de « test », permettant de jauger des effets bénéfiques ou néfastes de la mesure envisagée.

29. La prévalence donnée au prononcé de décisions définitives se manifeste encore et d'ailleurs dans la pratique judiciaire, fût-elle relativement isolée, voulant que, même dans l'hypothèse où un événement procédural certain (de manière paradigmatique, le dépôt d'un rapport d'expertise) serait attendu à court ou à moyen terme, la mesure urgente puisse être ordonnée à titre définitif, mais « précaire ».

Quoique isolée, mais compréhensible, cette pratique doit, à notre estime, être évitée, moins en raison de son affranchissement des textes (ce qualificatif

hybride se heurte, selon nous, frontalement à la seule distinction encore voulue par le législateur entre définitif et provisoire, et à la justification de l'adoption de l'article 1253^{ter}/5 du Code judiciaire) que par le constat qu'à mêmes effets pratiques pour les parties, le prononcé d'une mesure définitive, fût-elle précaire, car limitée dans le temps, emporte, en raison de ce caractère définitif, des effets de chose jugée quant aux motifs décisifs la soutenant (*infra*, n° 42) qui perdureront, quand bien même la mesure deviendrait-elle ultérieurement caduque et parce que cette caducité tiendrait uniquement à la survenance de l'événement procédural concerné, et non à un changement de circonstances. Pour les parties, comme pour le juge ultérieurement saisi d'un contentieux entre parties reposant sur le même complexe factuel, cette pratique emporte, en somme et à notre humble estime, tous les « désagréments » du définitif (motifs liants tirés de l'autorité de la chose), sans ses avantages (il ne s'agit pas, en effet, ici, d'obvier le retour au juge, qui est certain et inévitable, puisque prévu).

30. À supposer que ce premier facteur – tenant donc aux nature et effets pratiques de la mesure considérée – ne puisse à lui seul orienter le choix de son caractère, la partie concernée pourrait également avoir égard à un second facteur – tenant cette fois à des motifs de pure procédure.

L'on vise essentiellement ici la rapidité de traitement de telle mesure (provisoire), plutôt que telle autre (définitive), tout autant que les effets procéduraux différenciés de l'une et l'autre, qui veulent qu'au contraire de la mesure définitive, la mesure provisoire présente pour son demandeur les bénéfices d'une absence de possibilité d'opposition et d'appel immédiat (sauf dérogation) de part adverse, de même que la certitude que cette mesure sera nécessairement exécutoire par provision nonobstant recours.

Si l'affaire est théoriquement entendue, qui voudrait qu'à effets pratiques identiques, ces caractéristiques poussent à solliciter une mesure provisoire plutôt que définitive, la partie concernée se gardera cependant d'en hypertrophier l'effectivité juridictionnelle et n'y aura, partant, qu'un égard marginal.

Il y a, en effet, que :

- d'une part, s'il est sans doute plus envisageable⁽¹²³⁾ et aisé d'obtenir, dès l'audience d'introduction, une mesure urgente provisoire, plutôt que définitive, il faut bien reconnaître que les modes d'introduction

(123) Voy. les considérations émises à cet égard par Bruxelles (41^e ch.), 29 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 56 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/3, p. 614 ; Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 40.

- et d'instruction de l'une ou l'autre mesure et, en pratique, le traitement parfois très peu différencié réservé par les tribunaux de la famille à l'ensemble des mesures, peu importe leur caractère, ne permettent sans doute pas de parier, sans le moindre aléa, sur l'effet de rapidité de traitement lié au choix d'une mesure provisoire plutôt que définitive ;
- d'autre part et surtout, les conséquences procédurales très sévères attachées à la mesure provisoire quant aux voies de recours à son encontre et à son exécution provisoire incitent assurément et paradoxalement les juges à les jauger avec, précisément, plus de sévérité que la même mesure qui serait postulée à titre définitif, rendant la probabilité de son octroi plus délicate à anticiper et augmentant d'autant le risque d'un débouté (sans parfois de requalification possible ; *infra*, n° 33) fondé sur une volonté prétorienne de protection procédurale de la partie adverse, quand bien même cette volonté serait implicite et laissée au secret du délibéré.

B. Les modalités de rectification par le juge

31. Même dans l'hypothèse où le caractère de la mesure visée apparaîtrait clairement à la partie concernée, il n'empêche que cette partie pourrait soit, nous l'avons indiqué, omettre de préciser tel caractère, soit faire choix d'un caractère que la juridiction concernée considérerait comme peu adapté à la situation d'espèce.

Ce constat amène les deux interrogations suivantes, qui seront ci-après et successivement examinées :

- la juridiction saisie de la demande de mesure urgente peut-elle lui conférer d'autorité un caractère particulier (provisoire ou définitif) alors que ce caractère n'avait pas été expressément visé par la partie la sollicitant et, dans l'affirmative, selon quelles modalités procédurales ;
- Cette juridiction peut-elle requalifier ce même caractère alors qu'il aurait été expressément visé, mais inadéquatement aux yeux du juge, par la partie concernée et, à nouveau dans l'affirmative, selon quelles modalités ?

32. S'agissant de la première hypothèse (*absence de qualification initiale du caractère de la mesure*), il nous paraît qu'à défaut de précision (soit expresse, soit implicite et procédant de la nature⁽¹²⁴⁾ ou de la formulation même de la

(124) Il va de soi que, si une partie sollicite un hébergement particulier dans l'attente de tel événement futur (déménagement, expertise médico-psychologique, etc.), la mesure peut légitimement et *per se* être considérée comme étant sollicitée à titre provisoire.

mesure⁽¹²⁵⁾) et à nouveau eu égard à la prévalence donnée par le législateur au règlement définitif des mesures urgentes, notamment dans le dessein d'une concentration du litige (*supra*, n° 13), le juge devra considérer que la mesure qui lui est demandée ressortit à celles visées à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire et sera, partant, définitive. Hors le cas des juridictions qui, *contra legem* – à notre estime et nous le verrons –, qualifient librement le caractère de la mesure prononcée peu importe celui exprimé par le demandeur à la mesure, c'est, au reste, l'opinion majoritaire des juridictions consultées dans la perspective de la présente contribution.

Dans le même temps et si nous nous accordons sur le principe de droit commun voulant que le juge puisse qualifier juridiquement une demande qui ne serait vêtue d'aucun « sésame » juridique⁽¹²⁶⁾, ce principe se heurte frontalement à la prohibition faite au juge de, ce faisant, donner à la demande postulée un objet différent de celui poursuivi par la partie concernée (*supra*, n° 9).

Or il est peu discutable qu'ordonner une mesure pour une durée préfix ou prévisible ou ordonner la même mesure, potentiellement et à défaut de circonstances nouvelles ultérieures, pour une durée indéterminée ne procède, en fait et en droit, pas du même « résultat social recherché », *a fortiori* compte tenu de l'effet d'autorité de chose jugée attaché, ou non, aux motifs décisifs de la mesure selon qu'elle soit définitive (art. 1253ter/4, § 2, C. jud.) ou provisoire (les autres cas).

Certes encore, et nous l'avons également vu, le juge pourrait « impos[er] une solution qui lui semblerait mieux adaptée mais qui ne serait pas demandée, même implicitement, par les parties » « lorsqu'il s'agit moins de statuer sur des droits que de prendre des mesures répondant à la finalité poursuivie »⁽¹²⁷⁾, il n'empêche qu'en soutenant – d'ailleurs sur conclusions partiellement contraires du ministère public – cet étourdissement du principe dispositif dans

(125) Voy., p. ex., cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles où la Cour déduit de la circonstance que la demanderesse n'a pas demandé d'aménager provisoirement la situation des parties, mais de statuer à titre définitif sur ces demandes, que celles-ci sont fondées sur l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire et seront, dès lors, des décisions au fond, devant être traitées, quant à la procédure, comme en référé (Bruxelles (41^e ch.), 29 novembre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 56 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/3, p. 614). En d'autres termes, il se pourrait que, quoique la mesure ne soit pas explicitement requise « à titre provisoire » et sans violer la foi due à l'acte emportant la demande, la juridiction concernée puisse déduire des motifs soutenant la mesure qu'elle est postulée à titre provisoire, soit pour une période factuelle déterminée, soit dans l'attente d'un événement autrement mentionné.

(126) Lequel principe est rappelé, dans le présent contentieux et de manière limpide par la cour d'appel de Bruxelles, qui a pu considérer qu'il « revenait au juge, dans le respect des droits de la défense, de dire le droit en appliquant aux faits les normes adéquates, le cas échéant par une requalification ou une substitution de la base légale » (Bruxelles (41^e ch.), 14 décembre 2015, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 40).

(127) *Ibid.*, pp. 125-126, n° 2.26, B, et les réf. citées à la note n° 392.

les circonstances particulières de la détermination par le juge de paix des modalités d'hébergement d'un enfant, la Cour de cassation a utilement et *in fine* précisé que le tout devait intervenir « dans les limites des demandes contradictoires des parties »⁽¹²⁸⁾.

Dans cette hypothèse donc de l'absence de qualification du caractère de la mesure par celui dont elle émane, le choix de lui conférer un caractère strictement provisoire ne pourrait, à notre estime, procéder que de la défense y opposée par la partie adverse – qui demanderait, outre, le cas échéant, le débouté de la mesure, sa limitation temporelle et, donc, son caractère provisoire – et non – ce que la Cour de cassation n'a pas expressément admis, et n'admettrait sans doute pas – d'une initiative personnelle et *ex nihilo* du juge lui-même.

Il n'en va au reste pas différemment de la sous-hypothèse où, avant de statuer sur la mesure sollicitée, le juge souhaiterait mettre d'autorité en œuvre une mesure d'instruction : dans ce cas, rien n'empêche la juridiction, à défaut de précision sur le caractère de la mesure postulée et même dans l'attente du résultat de cette mesure d'instruction, de prononcer une mesure à titre définitif, quoiqu'elle soit, dès son prononcé et dans les faits, limitée au temps de mise en œuvre de la mesure d'instruction (certaines juridictions adoptant alors ce qu'elles qualifient, quoique, à notre estime, improprement, de « décisions définitives à titre précaire » [*supra*, n° 29]), le résultat de la mesure d'instruction pouvant alors être considéré comme une circonstance nouvelle impliquant retour sur le définitivement jugé, fût-ce dans l'urgence.

Si l'on synthétise le raisonnement qui précède, l'on considérera donc que :

- la demande de mesure urgente, dont le caractère n'est – explicitement ou implicitement (le cas échéant, par nature) – pas qualifié de provisoire par la partie dont elle émane doit être considérée comme postulée à titre définitif ;
- la juridiction qui en est saisie ne pourra l'ordonner à titre provisoire que si une demande en ce sens émane, le cas échéant à titre subsidiaire, du défendeur à cette demande de mesure ; à défaut, le juge qui considérerait qu'il ne peut octroyer la mesure à titre définitif ne pourra qu'en débouter son demandeur.

(128) Cass. (1^{re} ch.), 4 janvier 2013, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 182, note Q. FISCHER, « Le respect du principe dispositif et des droits de la défense par le juge qui fixe les modalités d'hébergement d'un enfant chez chacun de ses parents ».

Au reste, une application particulièrement souple de l'office juridictionnel n'empêcherait, à notre estime, pas le juge concerné qui constaterait, à l'audience d'introduction – pour autant que la demande ne soit pas jugée à cette occasion, mais fasse l'objet d'une mise en état –, d'attirer l'attention des parties sur l'intérêt que les mesures postulées ou contestées puissent également, quoique de la demande des parties, être subsidiairement ordonnées à titre provisoire ; sauf à être particulièrement inattentif à cet « appel du pied », voire téméraire, la partie ou le plaideur avisé prendra la mesure de l'intérêt à former telle demande subsidiaire dans le cadre de ses conclusions, qui seront par essence soumises à la contradiction, et à ouvrir de la sorte le champ des possibles au juge, sans risque de censure tirée du moyen pris du non-respect du principe dispositif, qui devant la juridiction d'appel, qui devant la Cour de cassation.

Si nous sommes bien conscients du caractère peu carrossable en pratique de cette position – qui impliquerait, le cas échéant, que le demandeur débouté de pareille mesure la réintroduise par voie de nouvelle demande (laquelle ne se heurterait d'ailleurs pas à l'autorité de la chose jugée dans son aspect négatif, puisque ne procédant pas du même objet) –, il n'empêche que :

- elle est la seule de nature à préserver pleinement les contours du principe dispositif ;
- elle peut être dépassée par la précaution prise par le demandeur, s'il ignore le caractère le plus adéquat de la mesure, de demander à la juridiction saisie de statuer à titre définitif ou provisoire en fonction de l'adéquation en fait de la mesure (il n'en va, du reste, pas autrement en contentieux non familial où un demandeur peut solliciter une mesure au fond et à titre définitif tout en requérant qu'elle puisse, sur pied de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire et, parfois, par même acte introductif, être sollicitée à titre provisoire et dans l'attente de la décision au fond).

Partant, l'on conciliera la rigueur du principe de droit commun – que même la spécificité du contentieux familial implique de ne pas gauchir – avec la souplesse de son application dans ce même contentieux.

33. La réponse à apporter à la seconde hypothèse ci-avant visée (*qualification peu adaptée, à l'estime du juge, du caractère – définitif ou provisoire – de la mesure portée et opportunité donc de requalification*) ne charrie, à notre estime, pas une réponse différente eu égard à la prohibition précitée de requalification, par voie de mutation du sésame juridique, de l'objet de la demande en tant que résultat social poursuivi.

En effet, de même que la juridiction saisie d'une demande de mesure urgente non qualifiée quant à son caractère devrait considérer qu'elle est postulée à titre définitif et ne pourra, sous les réserves précédemment évoquées, la considérer, en raison de sa meilleure adaptation aux circonstances de la cause, comme étant postulée à titre provisoire, la même juridiction saisie d'une demande de mesure postulée expressément à titre définitif ne pourra, pour les mêmes raisons, la prononcer à titre provisoire.

Par identité de motifs et *a fortiori* – en raison de l'autorité de la chose jugée et aux effets d'appelabilité de la mesure définitive –, le juge ne pourra, toujours à notre estime, rendre définitive une mesure urgente postulée à titre expressément provisoire par la partie dont elle émane : si cette mesure en devient certes immédiatement appellable, il n'empêche que l'autorité de chose jugée attachée à ses motifs décisifs – que la partie concernée n'aurait pu anticiper et contredire avec l'intensité nécessaire – prohibe, plus encore que sur le fondement du principe dispositif, pareille mutation du fondement légal et, partant, d'ampleur de la mesure.

34. Au-delà de ces deux hypothèses, propres à l'instance, mais qui pourraient se produire même devant les juridictions d'appel en cas de demande nouvelle de mesure urgente devant la juridiction supérieure, l'on réservera l'hypothèse du changement, par le juge d'appel, de qualification du caractère de la mesure telle qu'adoptée par le premier juge, qui fait, quant à elle, l'objet de développements spécifiques dans la contribution de L. Cohen, A. Hoc et A. Jannone au sein du présent ouvrage.

II. Saisine permanente et circonstances nouvelles (art. 1253ter/7 C. jud.)

A. Principes

35. Le mécanisme de la saisine permanente est une exception importante et encadrée au principe du dessaisissement visé à l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire, qui prévoit que « [l]e juge qui a épuisé sa juridiction sur une question litigieuse ne peut plus en être saisi sauf exceptions prévues par le présent Code ».

Pareil mécanisme s'appliquait déjà avant la création du tribunal de la famille, notamment aux décisions prononcées sur la base de l'article 1280 du Code

judiciaire ou encore en matière d'autorité parentale, mais a vu son champ d'application étendu à toutes les causes réputées urgentes⁽¹²⁹⁾.

Celles-ci restent donc inscrites au rôle du tribunal de la famille, désormais sans limitation dans le temps (hormis l'extinction du droit lui-même, telle la fin de l'autorité parentale à la majorité d'un enfant), et ce, même en cas d'appel.

Un mode de saisine simplifié est de plus prévu : la cause peut être ramenée devant le tribunal par simples conclusions ou par demande écrite déposée au greffe⁽¹³⁰⁾, sans nécessité donc (même si c'est toujours possible) d'une nouvelle saisine par citation, requête contradictoire ou requête conjointe. Et ce, sans paiement de droits de mise au rôle dès lors que la cause y était toujours inscrite.

La cause doit en principe être fixée dans un délai de quinze jours de la demande.

36. Le champ d'application nouveau de ce mécanisme doit être précisé : l'article 1253ter/7 du Code judiciaire prévoit qu'il s'applique « aux causes réputées urgentes ».

On a rappelé ci-dessus que l'urgence est présumée pour les causes visées aux articles 1253ter/4, § 2, et 1253ter/5 du Code judiciaire. Il faut néanmoins préciser que la nature même du mécanisme de la saisine permanente en tant qu'exception au principe (d'ordre public⁽¹³¹⁾) du dessaisissement du juge qui prononce une décision définitive tel que prévu à l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire implique qu'il ne s'applique pas, ou, faut-il plutôt dire, qu'il n'a pas besoin de s'appliquer si le juge ne s'est pas totalement dessaisi. Comme l'indiquent S. Brat et P. Monteiro Barreto, « le préalable indispensable au mécanisme de la saisine permanente réside dans l'existence d'une décision définitive prononcée par un juge dont le demandeur en saisine permanente sollicite la modification totale ou partielle, en raison de l'intervention d'un élément nouveau »⁽¹³²⁾.

(129) Sur l'application du mécanisme à des décisions rendues avant l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014 de la loi créant le tribunal de la famille, S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *Act. dr. fam.*, 2017/4, pp. 81-82.

(130) Qui, en pratique, sera utilement accompagnée d'un certificat de résidence du défendeur daté de moins de quinze jours pour permettre au tribunal de vérifier si ce dernier a été valablement convoqué (en ce sens, S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 80).

(131) G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 663, n° 7.31 ; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Tiré à part du répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 235.

(132) S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 79.

Partant, ce mécanisme ne s'applique pas aux décisions prononcées sur la base de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire au motif de l'urgence invoquée, qui sont prononcées sans préjudice de la décision au fond à intervenir⁽¹³³⁾, ni *a fortiori* pour des décisions rendues par le président du tribunal saisi sur la base de l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire en cas d'absolue nécessité (qui ne relèvent pas de l'urgence réputée et, de plus, non définitives). Il ne s'appliquera *a fortiori* pas non plus après une décision rendue dans les causes traitées selon la procédure ordinaire (comme une demande en divorce ou dans le cadre de la procédure de liquidation-partage), dès lors que celles-ci ne sont pas réputées urgentes.

S'applique-t-il aux décisions prononcées par le tribunal de la famille, sur la base de l'urgence présumée et « comme en référé » en vertu de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire ? Ces décisions ne sont pas définitives, mais des mesures provisoires⁽¹³⁴⁾ ; le juge qui les a prononcées ne s'est en principe pas dessaisi s'il n'a pas réglé définitivement la question litigieuse par une décision définitive, ce qui induira la non-application corrélatrice des exigences d'éléments nouveaux tels que définis à l'article 1253ter/7, alinéa 2, du Code judiciaire et examinés ci-dessous. Si l'affaire reste au rôle, nul besoin d'une saisine permanente pour la « rouvrir » et nul besoin de prouver des circonstances nouvelles pour solliciter une autre décision... On ne peut toutefois exclure que, dans certaines hypothèses, le juge ait vidé sa saisine entièrement si, et seulement si, il a tranché sur toutes les mesures qui toutes lui avaient été demandées sur pied de l'article 1253ter/5, ou si certaines avaient été demandées et ont été tranchées à titre définitif et d'autres à titre provisoire. Si, parce qu'il a tranché tout ce qui lui était demandé, le juge n'est plus saisi, le mécanisme de la saisine permanente s'appliquera dès lors qu'il est prévu à l'article 1253ter/7 qu'il s'applique « aux causes réputées urgentes », et, donc, tant aux causes tranchées sur la base de l'article 1253ter/4 que sur celle de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire⁽¹³⁵⁾.

37. La détermination du champ d'application de l'article 1253ter/7 du Code judiciaire opérée ci-dessus est importante en ce qu'elle définit, d'une part, les causes qui peuvent être ramenées par le mécanisme souple de la saisine permanente, sans nouvel acte introductif, mais, également et, d'autre part, les conditions auxquelles la décision prononcée pourra être modifiée.

(133) *Supra*, n° 20.

(134) *Supra*, n° 17.

(135) Ce qui est en accord avec l'article 387bis du Code civil, qui, désormais et de façon superfétatoire (hormis peut-être en ce qu'il précise que le procureur du Roi peut être demandeur), prévoit en matière d'autorité parentale que le tribunal de la famille peut toujours modifier dans l'intérêt de l'enfant une décision prononcée « conformément aux articles 1253ter/4 à 1253ter/6 du Code judiciaire ».

La spécificité de cette disposition légale est, en effet, de définir comme suit les éléments nouveaux permettant au tribunal de statuer à nouveau :

1. de manière générale, un élément inconnu lors de la première demande ;
2. en matière alimentaire, des circonstances nouvelles propres aux parties ou à leurs enfants et susceptibles de modifier sensiblement leur situation ;
3. en matière d'hébergement, de relations personnelles et d'autorité parentale, des circonstances nouvelles qui sont susceptibles de modifier la situation des parties ou de leurs enfants.

La présente contribution, qui s'attache en premier ordre à revisiter la typologie des différentes mesures prononcées par le tribunal de la famille, n'est pas le lieu pour opérer une analyse complète et détaillée des questions soulevées par cette définition, dont la doctrine s'accorde généralement à considérer qu'elle est inutile⁽¹³⁶⁾. Les exigences posées ne sont, en effet, pas fondamentalement éloignées de celles du droit commun, qui, rappelons-le sommairement, subordonne la remise en cause de la chose jugée, soit à l'introduction de prétentions (c'est-à-dire d'objets) nouveaux, soit à la démonstration de faits nouveaux (c'est-à-dire ultérieurement survenus) à l'appui de prétentions antérieures⁽¹³⁷⁾.

On renverra donc le lecteur aux analyses approfondies de ces questions⁽¹³⁸⁾ en se bornant à mentionner que la doctrine s'accorde à considérer que ces conditions ne sont évidemment pas cumulatives et que la charge de la preuve de celles-ci appartient au demandeur en modification, sachant que la question

(136) S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, pp. 84 et s. ; Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 496, n° 30 ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 190, n° 91-94.

(137) Voy., p. ex., Cass., 15 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1166, ainsi que G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 716, n° 7.57, note n° 3053. Cette notion de faits nouveaux s'entend, à juste titre, de manière exigeante et restrictive. Ainsi que la Cour de cassation l'a récemment souligné, l'article 23 du Code judiciaire « exclut qu'il puisse, dans la même cause et entre les mêmes parties, être statué à nouveau sur une question litigieuse qu'une décision définitive non frappée d'appel a déjà tranchée, même si de nouveaux moyens sont soulevés » (Cass. [1^{re} ch.], 27 mars 2017, R.G. n° C.16.0198.F, inédit, concl. conf. Av. gén. J.-M. GENICOT).

(138) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 494 et s., n° 29 et s. ; S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, pp. 78 et s. ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 190, n° 91-93 ; J. SAUVAGE, « 3. Le tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique — Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, pp. 123 et s. ; P. SENAËVE, « Hoofdstuk VI. De blijvende saisine van de familierechtbank », in P. SENAËVE (éd.), *Handboek Familie-procesrecht*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 265 et s. ; V. WYART, « Section 7. Autorité de la chose jugée, saisine permanente et exécution provisoire », in A.-Ch. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le Tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., Bruxelles-Limal, Larcier-Anthemis, 2015, pp. 146 et s.

de la sanction de l'absence d'indication ou de preuve d'une circonstance nouvelle (irrecevabilité ou non-fondement) semble plus discutée⁽¹³⁹⁾.

On soulèvera par ailleurs une question qui ne semble pas avoir suscité de commentaires jusqu'ici alors qu'elle nous paraît à la fois pertinente et délicate, au point que nous ne parvenons pas à lui apporter une réponse péremptoire : les parties peuvent-elles s'entendre (dès la demande de retour de l'affaire ou par l'absence de contestation quant à ce du défendeur) sur l'existence d'une circonstance nouvelle justifiant la réactivation de la saisine initiale, obligeant alors le juge à « restatuer » ? En d'autres termes, la matière relève-t-elle de l'ordre public permettant au juge d'opérer d'office un contrôle et de rejeter la demande s'il estime qu'il n'existe pas d'élément nouveau au sens de l'article 1253ter/7 ? Cette disposition légale ou les travaux préparatoires de la loi du 30 juillet 2013 ne permettent pas de répondre à cette question. Sans doute faut-il s'en référer, à nouveau, aux principes communs et à l'article 27 du Code judiciaire qui précise que le juge ne peut soulever d'office l'exception de chose jugée. L'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public, de sorte que la fin de non-recevoir fondée sur celle-ci, si elle peut être invoquée en tout état de cause devant le juge du fond, ne peut être soulevée d'office par le juge⁽¹⁴⁰⁾. Sur la base de ce constat, il semble que les parties pourraient s'entendre sur ce point...

En ce qui concerne l'articulation de la saisine permanente et de l'appel, on renverra le lecteur au texte de L. Cohen, A. Hoc et A. Jannone dans cet ouvrage⁽¹⁴¹⁾.

38. On peut donc synthétiser comme il suit les principes en la matière⁽¹⁴²⁾.

- Lorsqu'il s'agit de modifier une décision définitive rendue dans une cause non réputée urgente suivant la procédure ordinaire, en l'absence de saisine permanente, une nouvelle saisine par les voies autorisées (selon la cause) doit être opérée.

Des faits ou prétentions nouveaux seront nécessaires pour que la décision soit modifiée.

(139) Sur l'application de l'article 1254ter/7 du Code judiciaire après un divorce par consentement mutuel, voy. D. PIRE, note sous Trib. fam. Hainaut, div. Mons (24^e ch.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, p. 411.

(140) G. DE LEVAL, « Le jugement », *op. cit.*, p. 696, n° 7.52 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le régime de l'exception de chose jugée », in H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Coll. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195. Voy. égal. Cass., 24 juin 2010, *R. W.*, 2012-2013, p. 211.

(141) L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, « L'appel des décisions du tribunal de la famille », *cet ouvrage*, n°s 27 et s.

(142) Voy. égal. le tableau comparatif de cet ouvrage.

- Lorsqu'il s'agit de modifier une décision définitive fondée sur l'article 1253ter/4, § 2, la saisine permanente s'applique en sorte que la cause peut être ramenée par simple écrit ou conclusions.

La preuve d'éléments nouveaux tels que définis à l'article 1253ter/7, alinéa 2, doit être rapportée pour qu'une nouvelle décision puisse intervenir et modifier la décision définitive intervenue⁽¹⁴³⁾.

- Lorsqu'il s'agit de modifier une décision provisoire prononcée sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire (urgence réputée), si le tribunal n'avait pas vidé sa saisine et l'affaire toujours au rôle car des demandes sont toujours pendantes, il suffit de demander une nouvelle fixation pour la faire revenir ; le caractère provisoire n'exclut pas que des éléments nouveaux surviennent et permettent au juge toujours saisi de modifier la décision intervenue en prenant une nouvelle décision soit qui tranche de façon définitive la question litigieuse, soit qui statue à nouveau à titre provisoire. Si le juge avait vidé sa saisine et plus aucune demande n'est pendante, la saisine permanente permet de réactiver, par conclusions ou demande écrite, la procédure initiale, et des circonstances nouvelles telles que prévues à l'article 1253ter/7 sont *a priori* nécessaires, même si l'on ne peut que suggérer dans ce cas (retour devant le tribunal après une décision provisoire) que celles-ci soient appréciées avec souplesse.

B. En pratique

39. Hors les subtilités définitionnelles théoriques pouvant dériver de la construction, particulière et en fonction du contentieux envisagé (contentieux général et contentieux spécifiques de nature alimentaire ou lié aux enfants), de l'article 1253ter/7, § 1^{er}, alinéa 3, du Code judiciaire, il apparaît, des débats entretenus avec les magistrats impliqués dans la préparation du présent ouvrage, une forme d'acception pratique commune de ce qui constitue des « circonstances nouvelles ».

C'est ainsi et « en vrac » que sont généralement – et sauf certaines appréciations dissidentes et plus isolées de certaines juridictions, voire chambres au sein de l'une ou l'autre d'entre elles – tenus pour circonstances nouvelles (il est chaque fois fait référence aux juridictions ayant expressément visé telle ou

(143) Sauf les hypothèses où les parties s'entendent à ne pas invoquer de fin de non-recevoir issue de l'autorité de la chose jugée si l'on considère que le juge ne peut la soulever d'office.

telle circonstance, sans préjudice de ce que d'autres juridictions, ne l'eussent-elle pas mentionné, s'y rallient évidemment) :

- en matière d'aliments :
 - l'âge plus avancé des enfants (cour d'appel de Liège), l'écoulement du temps (cour d'appel de Bruxelles) (les deux : tribunal de la famille du Hainaut – division Mons, mais selon une appréciation casuistique),
 - l'entrée dans un nouveau cycle scolaire ou la fin des études (les trois Cours d'appel francophones et le tribunal de la famille de Liège – division Namur) ;
 - la modification (substantielle) des revenus (Cours d'appel de Liège et de Mons), la perte d'emploi involontaire (*infra*, n° 40 ; tribunal de la famille de Namur – division Namur),
 - la modification des dépenses en raison d'un événement extérieur (p. ex. maladie [cour d'appel de Bruxelles]),
 - la nécessité de location d'un logement étudiant (cour d'appel de Liège),
 - la cohabitation nouvelle d'une partie (cour d'appel de Liège),
 - la naissance d'un enfant né d'une union postérieure (cour d'appel de Bruxelles) ; etc. ;
- en matière d'hébergement et de droit aux relations personnelles :
 - le mal-être objectivé de l'enfant (cour d'appel de Liège) et, de manière générale, les difficultés psychologiques naissant entre parents ou enfant (la même cour d'appel de Liège) ;
 - l'éloignement géographique du parent (cour d'appel de Liège) ;
 - les besoins particuliers de l'enfant en termes d'enseignement ou d'outils pédagogiques, impliquant un changement dans la scolarisation (cour d'appel de Liège).

40. De manière plus générale, il semble se former un consensus sur la nécessité que la circonstance nouvelle tout à la fois :

- procède d'un événement inconnu (ou celé) au moment où la décision originelle et sur laquelle il est fait retour a été prononcée, et de nature à modifier *sensiblement* la situation des parties ; et
- ne procède pas d'un comportement volontaire d'une des parties, mais, bien au contraire, d'un événement extrinsèque à leurs rapports.

C'est ainsi que, poussant ces réquisits jusqu'en leurs derniers retranchements, certaines juridictions vont jusqu'à considérer que :

- le non-respect d'un accord antérieur ne constitue pas en lui-même une circonstance nouvelle, les voies d'exécution forcée (si elles sont

praticables en fonction de la teneur de l'accord) devant prévaloir sur le retour au juge ;

- ne constituent pas non plus une circonstance nouvelle :
 - en matière alimentaire, l'emprisonnement, après condamnation, d'une des parties, le comportement infractionnel procédant d'un comportement volontaire (par contre et au motif de la présomption d'innocence devant s'y attacher, la détention préventive n'est pas assimilée à tel emprisonnement),
 - une démission volontaire et non justifiée par une circonstance extrinsèque (p. ex. un état d'incapacité ou d'invalidité empêchant la poursuite de l'activité professionnelle concernée) ou encore le licenciement pour faute grave,
 - dans le même sens, un départ anticipé à la retraite à nouveau non justifié par une même circonstance extrinsèque que visée ci-dessus.

Pour sévères qu'ils puissent paraître, les derniers positionnements prétoriens cités procèdent d'une logique juridique implacable et, dès lors qu'ils sont soutenus par une volonté de responsabilisation des parties quant à la persistance de leurs engagements familiaux, ne peuvent, s'ils sont justifiés de la sorte dans chaque espèce effectivement traitée et jugée, qu'emporter l'adhésion.

41. Enfin, l'on questionnera à nouveau l'inclusion, au titre des circonstances nouvelles, de l'introduction d'une demande en divorce après le prononcé de premières mesures urgentes aménageant la situation du couple en désunion, mais qu'aucun n'avait jusqu'ores formalisée.

On la questionnera d'autant plus que, si nous maintenons⁽¹⁴⁴⁾ que la demande en divorce puisse (mais ne doit pas être *per se* et nécessairement) être considérée comme constituant une circonstance nouvelle au sens de l'article 1253ter/7 précité du Code judiciaire, notre réflexion s'est, à cet égard, affinée, principalement à l'aune du principe de concentration du litige voulant, de manière particulière, que, si la demande en divorce n'a aucune incidence sur la situation des parties quant à la mise en œuvre des mesures précédemment prononcées et qui devraient être réitérées, le retour au juge doit être prohibé.

En d'autres termes, ce n'est, à notre estime, que si pareille demande en divorce devait nécessiter que les mesures urgentes en cours soient modifiées que cette

(144) Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 497-498, n° 31.

demande pourra constituer une circonstance nouvelle et ouvrir la voie à une mobilisation du mécanisme de saisine permanente sur ce fondement⁽¹⁴⁵⁾.

L'exemple paradigmatique à cet égard tient sans doute à ce que, dans un contexte familial de séparation où les parents ont pu exercer un droit d'hébergement égalitaire à tour de rôle au sein de l'ancien logement familial où les enfants demeurent domiciliés, chaque parent l'occupant alternativement le temps de la période d'hébergement lui attribuée, il est clair qu'une demande en divorce emportant, à terme, la liquidation-partage du régime matrimonial et, partant, l'attribution dudit logement à l'une des parties, voire son aliénation, pourrait avoir une incidence sur le système jusqu'ores pratiqué, et constituer circonstance nouvelle.

III. La succession urgence/fond quant aux « motifs liants »

42. On l'a antérieurement souligné (tant dans de précédents écrits⁽¹⁴⁶⁾ qu'au sein de la présente contribution⁽¹⁴⁷⁾) : en nantissant les mesures réputées urgentes d'une autorité de la chose jugée par la qualification de leur traitement « comme en référé », le législateur n'a sans doute pas pris toute la mesure de l'effet de pareille autorité sur le traitement futur du contentieux entre parties.

Si l'effet « négatif » de cette autorité semble avoir été « digéré » en doctrine, qui considère, à juste titre et en synthèse, que la mesure présumée urgente fondée sur l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire empêche la réitération de la demande tendant à identique mesure, que ce soit dans le cadre de l'urgence ou postérieurement à l'occasion d'un jugement au fond (divorce ou partage), sous la réserve de l'apparition d'une circonstance nouvelle et l'application corrélative de l'article 1253ter/7 du même Code⁽¹⁴⁸⁾, les commentateurs sont singulièrement muets sur l'effet « positif » qui dérive de pareille autorité, spécialement celui s'attachant aux motifs qualifiés de « liants » en tant que soutenant un dispositif emportant mesure urgente sur pied de l'article 1253ter/4, § 2, précité.

43. Ainsi que nous l'avons rappelé (*supra*, n° 8), l'effet dit « positif » de la chose jugée implique, ainsi et de manière générale, que les décisions revêtues

(145) Dans le même sens, S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 86.

(146) FR. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, pp. 482-483, n° 18.

(147) *Supra*, n° 12.

(148) VOY. A.-CH. VAN GYSEL, « L'instruction de la cause », *op. cit.*, p. 96 ; S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, pp. 83-84, n° 5, b ; J. SAUVAGE, « Quelle urgence pour le tribunal de la famille ? », *op. cit.*, p. 112, n° 11.

de pareille autorité – comme le sont les décisions jugées « comme en référé » sur pied de la disposition précitée – emportent un effet probatoire, valant vérité judiciaire entre parties y impliquées et qui s'impose, sous les réserves procédurales classiques (circonstance nouvelle ou rétractation/réformation), à tout juge amené à connaître du surplus de litige les opposant ; de manière particulière, cette force probatoire s'attache non seulement aux dispositifs de la chose précédemment jugée, mais également, et selon la formule « classique », aux « motifs qui en constituent le soutien nécessaire ».

Loin de nous l'idée de créer « de toutes pièces » un débat qui ne serait théorique : au cours des débats entretenus avec les juges concernés dans la perspective de la présente contribution, chacun semblait apparemment convenir que, sur le fondement de ces principes, il se pourrait – ce qui n'était pas possible avant la réforme de 2013 au motif de l'absence d'autorité de chose jugée attachée aux décisions urgentes et, par essence, provisoires⁽¹⁴⁹⁾ – que des motifs ayant fondé, dans l'urgence, l'adoption de mesures de telle nature, quoique non provisoires, puissent être indéfiniment opposés par l'une des parties à l'autre au titre de motivation de toute autre demande dans le cadre du contentieux familial.

Nous avons précédemment pris pour exemples symptomatiques, quoique relativement extrêmes, « la violence verbale ou physique d'un des conjoints, son assuétude à l'alcool ou à la drogue, un retrait d'argent opéré sur tel ou tel compte bancaire, la difficulté relationnelle d'un parent avec un ou plusieurs enfants, la soustraction par l'un des conjoints d'effets mobiliers, etc. »⁽¹⁵⁰⁾ ; l'on songera encore à un fait imputable à un époux pouvant être considéré comme à l'origine de la séparation ou de son maintien ayant pu fonder le refus d'octroi d'un secours alimentaire⁽¹⁵¹⁾ (mesure urgente définitive en tant que fondée sur l'article 1253ter/4, § 2, 4°, du Code judiciaire) qui devrait, par identité de motifs liants et l'effet positif de la chose jugée qui s'y attache, nécessairement être considéré comme avéré pour potentiellement fonder le refus d'octroi d'une pension de même nature après divorce (mesure par essence définitive)

(149) Pour rappel, les décisions urgentes en matière familiale prononcées sous l'empire de l'article 1280 ancien du Code judiciaire n'étaient en rien définitives et, partant, pas revêtues de l'autorité de la chose jugée dans aucun de ces effets, en ce compris « positif » : Cass., 28 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 141 ; Cass., 14 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 497 ; Cass., 8 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 194 ; Cass., 17 juin 1999, *R. D.J.P./P & B.*, 2000, p. 198 ; *contra*, mais à tort selon nous (ou, à tout le moins, ne percevant pas l'aspect « judiciaire » attaché à la décision définitive [*supra*, n° 6]) : J.P. VISÉ, 14 novembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 253, quant aux mesures prononcées sur pied de l'article 221 du Code civil.

(150) FR. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *op. cit.*, p. 483, n° 18.

(151) Cass., 5 juin 2014, *Att. dr. fam.*, 2015/9, p. 190, note J. SAUVAGE.

s'il est jugé constitutif d'une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune⁽¹⁵²⁾.

L'on avait, dans le prolongement de ce constat, prôné la plus extrême prudence des juges concernés, comme y serait astreint le juge de référé de droit commun attentif à ne pas lier le juge du fond, quant à l'adoption, fût-ce dans le cadre de l'urgence, de motifs par trop péremptaires et liants pour tout juge du fond amené à ultérieurement connaître du dossier familial concerné, ou, à tout le moins, de préciser clairement, au dispositif de toute décision relative aux mesures urgentes et par un libellé idoine, celles d'entre ces mesures qui étaient de référé simple (sans autorité de la chose jugée), de référé d'urgence présumée (avec autorité de la chose jugée) ou strictement provisoires (sur pied soit de l'article 1253ter/5, soit de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire) (sans autorité de la chose jugée), le tout permettant de délimiter les contours des dispositifs et motifs revêtus de l'autorité de la chose jugée.

Cette dernière précaution nous paraissait d'autant plus utile qu'ainsi que nous l'avons longuement examiné et par la juxtaposition (certes imparfaite) des articles 1253ter/4, § 2, et 1253ter/5 du Code judiciaire, certaines mesures peuvent être indifféremment prononcées sur pied de l'une ou de l'autre des dispositions.

Certes, l'on n'obvie de la sorte pas le risque que des motifs fondent à la fois des mesures urgentes définitives (puisque prises « comme en référé ») et provisoires, et nantis, conséquemment et par effet de soutien aux premières d'entre elles, de la force probatoire attachée à leur autorité de chose jugée.

Certes, l'on n'obvie pas non plus le risque que le juge des mesures urgentes qualifie mal la nature des mesures adoptées par ses soins (sous la réserve cependant du pouvoir corrélatif du juge d'appel — mais pas d'un autre juge, qui serait, lui, sans pouvoir de réformation et, partant, lié par cette qualification, fût-elle erronée — de requalifier pareil caractère⁽¹⁵³⁾).

L'on en conviendra cependant : l'existence d'« angles morts » à cet égard (consubstantiels aux régimes disparates du jugement des mesures urgentes par

(152) Voy. les motifs adoptés à l'égard de l'autorité de la chose jugée par Trib. fam. Namur (2^e ch.), 5 décembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 501-509, spéc. pp. 506-509.

(153) Pour un exemple à cet égard, voy. Bruxelles (41^e ch. fam.), 27 juillet 2017, R.G. n° 2016/FA/737, inédit, qui précise et applique ce principe à bon escient pour jauger de l'appelabilité de certaines mesures décidées et entreprises : « Il est précisé dans le jugement attaqué qu'il est statué à titre provisoire sur les autres mesures. La qualification de la mesure par le premier juge ne lie pas la cour et n'en modifie pas la nature véritable. Il appartient donc à celle-ci de vérifier la nature de chaque décision prise par le premier juge ».

même décision) n'empêche pas le maintien de la règle voulant que la direction puisse utilement et doive même, selon nous, être signalée par les « clignotants » juridictionnels idoines.

44. À défaut de jurisprudence publiée sur les problèmes charriés par cette conséquence tirée de l'autorité de la chose jugée dont sont désormais nanties certaines mesures urgentes (et les motifs les soutenant), la pratique relevée au cours des débats précités démontre que, majoritairement, la précaution précédemment vantée semble être suivie par de nombreuses juridictions (ainsi de juges et conseillers du tribunal de la famille francophone de Bruxelles, de la cour d'appel de Bruxelles, des Tribunaux de la famille de Mons ou de Namur et, quoique de manière non généralisée ni systématique, de la cour d'appel de Liège et du tribunal de la famille du Brabant wallon).

À contre-courant, il semble se former une tendance à visée quasiment « dialectique », qui, poussant ce dessein de la réforme (la prévalence à donner, lorsqu'elles rentrent dans leur nomenclature, aux mesures définitives sur urgence réputée) jusqu'en ses derniers retranchements, tient à ne prendre la peine de spécifier, en dispositif, la base légale ou le caractère de telle ou telle mesure que lorsqu'elle est strictement provisoire, sous-entendant de la sorte que, par défaut de mention, les mesures ordonnées sont définitives⁽¹⁵⁴⁾.

L'on comprend bien le raisonnement, tout autant que le parti pris. Il n'empêche que, s'il n'est jamais explicité de manière expresse aux parties et plaideurs — comme tel semble être le cas —, il est censé ne pas exister pour eux, ni pour le juge du fond qui, à peine de violer la foi due au jugement antérieur concerné, ne peut s'y référer pour asseoir ou revenir sur des motifs ayant autorité de la chose jugée et qui s'imposeraient à lui.

(154) Cette énonciation « par sous-entendu » est implicitement critiquée par la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt précité et inédit du 27 juillet 2017, qui refuse, au titre de l'examen de l'appelabilité de mesures urgentes, de considérer qu'« en l'absence de toute précision quant à ce, le premier juge ait omis de "donner forme au caractère provisoire de ces mesures", avec pour effet de retirer *de facto* [à celles-ci] ce caractère provisoire ».