



**RAPPORT DE Mme VANONI,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDARE**

Arrêt n° 436 du 12 juin 2025 (F-B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 23-50.030

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 mai 2023

Mme [R] [P]

C/

M. [U] [E]

Rapport Soulevant d'office l'irrecevabilité du pourvoi et valant avis de l'art. 1015, alinéa 1^{er}, du CPC

La procédure est régulière.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [P] et M. [E] se sont mariés le 9 juin 1990, sans contrat préalable.

Deux enfants sont nés de leur union, en 2013 et 2017.

Par acte du **10 mars 2022**, M. [E] a assigné Mme [P] en divorce devant le juge aux affaires familiales du tribunal judiciaire de Tarascon, sans préciser le fondement de sa demande.

Par ordonnance du **13 septembre 2022**, le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Tarascon a statué sur les mesures provisoires prévues pour la durée de l'instance en divorce et a, notamment :

- Fixé la résidence des deux enfants mineurs au domicile du père,
- Organisé le droit de visite et d'hébergement de la mère, pendant les périodes de vacances scolaires, selon des modalités qu'il a fixées,
- Dit qu'un appel en visioconférence pourra être organisé chaque dimanche de 18 heures à 19 heures pour le parent qui n'a pas l'hébergement des enfants,
- Fixé à la somme de 50 euros par mois et par enfant, soit 100 euros en tout, la contribution de Mme [P] à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Le 24 novembre 2022, Mme [P] a interjeté appel de cette décision en ce qu'elle a fixé la résidence des enfants auprès de leur père, organisé à son profit un droit de visite et d'hébergement et fixé sa contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Par un arrêt du **9 mai 2023**, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a :

- Confirmé en toutes ses dispositions « l'ordonnance d'orientation et sur les mesures provisoires rendue le 13 septembre 2022 par le juge aux affaires familiales du tribunal judiciaire de Tarascon », sauf en ce qui concerne la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants mise à la charge de Mme [P],
- Statuant à nouveau de ce chef, rejeté la demande de M. [E] de fixer une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants à la charge de Mme [P],
- Y ajoutant, rejeté la demande de Mme [P] tendant à ce que M. [E] conduise les enfants à la gare pour l'exercice de son droit de visite et d'hébergement,
- Dit que chaque partie conservera la charge de ses dépens,
- Rejeté la demande de M. [E] sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi propose un moyen unique de cassation, composé d'une seule branche.

Mme [P] fait grief à l'arrêt de fixer la résidence des enfants au domicile de leur père, de dire qu'à défaut d'un meilleur accord entre les parents, elle les accueillera pendant l'intégralité des vacances scolaires de Toussaint, février et Pâques, ainsi que pendant la moitié des vacances de Noël, la première moitié les années paires et la seconde moitié les années impaires, ainsi que pendant les vacances d'été, chaque année au mois de juillet, les enfants étant avec leur père au mois d'août, et de dire qu'un appel en visioconférence pourra être organisé chaque dimanche de 18 heures à 19 heures pour le parent qui ne dispose pas de l'hébergement des enfants, alors « que pour demander que la résidence de ses deux enfants soit fixée à son domicile, Mme [P] a soutenu que M. [E] n'était pas en mesure de s'en occuper lui-même : " Afin de justifier aujourd'hui sa demande, il prétend avoir toutes les garanties affectives et financières pour gérer quotidiennement ses enfants. Ce que M. [E] omet d'indiquer, c'est que jusqu'à ce jour, il a été énormément aidé par sa mère, Mme [K] [A] qui lui a permis de s'installer dans un studio attenant à son logement. Celle-ci gère les enfants, c'est

notamment ce qui ressort de son attestation produite aux débats par Monsieur [E], dans laquelle elle indique que son fils gère parfaitement ses enfants durant le week-end. Même si M. [E] travaille à [Localité 3], il s'appuie encore sur l'aide de sa mère quotidiennement pour prendre le relais dès le matin et gérer ainsi les deux enfants lors de l'entrée et de la sortie des classes. Dans ce cadre, il apparaît que le rythme professionnel de M. [E] lui permet de s'occuper de ses enfants qu'en période de week-end et le soir quand il rentre du travail. " ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Recevabilité du pourvoi contre un arrêt statuant sur appel d'une ordonnance du juge aux affaires familiales, statuant comme juge de la mise en état, sur les mesures provisoires prévues pour la durée de l'instance en divorce prévues à l'article 254 du code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-2022 du 23 mars 2019, ayant notamment réformé la procédure de divorce.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Sur la recevabilité du pourvoi, examinée d'office

Se pose, préalablement à l'examen du pourvoi au fond, la question de sa recevabilité, susceptible d'être relevée d'office.

Les décisions susceptibles de pourvoi

Selon l'article 606 du code de procédure civile, les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements qui tranchent en dernier ressort tout le principal.

L'article 607 du même code précise que peuvent également être frappés de pourvoi en cassation les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance.

Selon l'article 608 du même code, les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Il résulte de ces textes que, sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements rendus en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation, indépendamment des jugements sur le fond, que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal (1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-15.322, Bull. 2017, I, n° 97 ; 1^{re} Civ., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-25.308 ; 1^{re} Civ., 9 septembre 2015, pourvoi n° 14-18.755 ; 1^{re} Civ., 23 mai 2024, pourvoi n° 22-17.049).

En matière familiale, il est jugé que les arrêts qui statuent sur les mesures provisoires ordonnées par une ordonnance de non-conciliation pour la durée de l'instance en divorce ne peuvent être frappés de pourvoi indépendamment du jugement sur le fond

(1^{re} Civ., 17 janvier 2024, pourvoi n° 22-12.484 ; 1^{re} Civ., 15 février 2023, pourvoi n° 21-22.200 ; 1^{re} Civ., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-23.235 ; 1^{re} Civ., 2 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.822), sauf s'ils tranchent, dans leur dispositif, une partie du principal (1^{re} Civ., 13 octobre 1992, pourvoi n° 90-19.903, Bull. n° 246).

Il n'est dérogé à cette règle qu'en cas d'excès de pouvoir (Ch. mixte, 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-19.153, Bull. n° 1 ; 1^{re} Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-19.157, Bull. n° 371).

Cette jurisprudence relative à l'impossibilité de se pourvoir en cassation contre un arrêt statuant sur appel d'une ordonnance de non-conciliation arrêtant les mesures provisoires pour le cours de la procédure de divorce a-t-elle vocation à être maintenue dans les litiges où est applicable la loi du 23 mars 2019 ayant, notamment, réformé la procédure de divorce ?

La procédure de divorce contentieuse issue de la loi n° 2019-2022 du 23 mars 2019

Par la loi n° 2019-2022 du 23 mars 2019, le législateur a notamment cherché à simplifier la procédure de divorce principalement au regard de sa longueur, jugée excessive¹.

L'une des modifications principales apportées à la procédure de divorce a trait à la disparition de la scission de la procédure en deux phases, telles qu'elles existaient antérieurement : une première phase consacrée à la tentative de conciliation, initiée, en règle générale, par la requête d'un des époux, qui tendait à l'organisation de tous les aspects de leur séparation au moyen de mesures provisoires, laquelle précédait une seconde phase, s'ouvrant par l'introduction de l'instance en divorce, au moyen d'une assignation, poursuivant comme objectif le prononcé du divorce et de ses mesures accessoires.

Le juge aux affaires familiales est désormais saisi au fond dès l'acte introductif d'instance, constituée d'une assignation en divorce ou d'une requête conjointe, lequel réunit schématiquement en un seul acte la requête initiale et la saisine au fond de la procédure antérieure.

La procédure est soumise en intégralité aux modalités de la procédure écrite ordinaire applicable devant le tribunal judiciaire (article 1106 du code de procédure civile dans sa

¹ Les motifs figurant au [rapport annexé au projet de la loi](#) sont notamment, en matière de justice civile et familiale (pages 2, 3 et 5), les suivants : « Le constat d'une justice qui fonctionne de moins en moins bien est connu de tous et partagé. Les délais de jugement ne cessent de s'allonger en dépit de la mobilisation des magistrats et fonctionnaires. [...] La justice apparaît souvent au justiciable comme un labyrinthe, avec une organisation à la lisibilité incertaine, des procédures difficilement intelligibles et des décisions qui peuvent parfois sembler peu prédictibles voire difficilement compréhensibles. [...] La simplification des procédures se traduit également dans les mesures du projet de loi de programmation pour la justice relatives à la convergence de la procédure de divorce vers le droit commun, avec l'abandon de l'audience de conciliation, la possibilité d'exécution forcée par le parquet des décisions du juge aux affaires familiales. »

rédaction issue du décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019). Les parties sont donc tenues de constituer avocat dès l'introduction de l'instance - antérieurement l'époux défendeur à la requête pouvait se présenter seul devant le juge conciliateur -, et elle est entièrement écrite.

Ainsi que l'a relevé un auteur², « avec la suppression de la requête unilatérale en divorce, et surtout la disparition de l'audience de conciliation, les praticiens se sont légitimement inquiétés du sort des mesures provisoires dans la nouvelle procédure de divorce. Fort heureusement, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a maintenu, dès le début de la procédure, la tenue d'une audience à l'issue de laquelle le juge fixe les mesures provisoires (C. civ., art. 254). L'objet de ces mesures n'a pas changé : elles sont toujours destinées à assurer l'existence des époux et des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement de divorce passe en force de chose jugée (C. civ., art. 254). Elles sont toujours fixées en considération des accords éventuels intervenus entre les époux (C. civ., art. 254 et C. pr. civ., art. 1117, al. 6). Leur contenu reste le même : elles portent tant sur la situation des époux (C. civ., art. 255) que sur la situation des enfants (C. civ., art. 256). Seul leur régime fait l'objet de modifications par le décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019 relatif à la procédure applicable aux divorces contentieux et à la séparation de corps ou au divorce sans intervention judiciaire. Mais, il faut le préciser d'emblée, ces modifications relèvent davantage d'une adaptation aux règles posées par ailleurs que d'une véritable révolution procédurale. »

Si une ou plusieurs mesures provisoires sont sollicitées, c'est à présent le juge de la mise en état qui statue (article 1117, alinéa 3 du même code, dans sa rédaction issue du décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020). A peine d'irrecevabilité, il est saisi des demandes relatives aux mesures provisoires formées dans une partie distincte des demandes au fond, dans l'acte de saisine ou dans les conditions prévues à l'article 791, c'est-à-dire par des conclusions qui lui sont spécialement adressées distinctes des conclusions au fond. Par exception au caractère écrit de la nouvelle procédure de divorce, les parties peuvent toutefois présenter oralement, au cours de l'audience sur les mesures provisoires, des prétentions et des moyens à leur soutien (article 1117, alinéa 5, du code de procédure civile).

L'audience sur les mesures provisoires est donc, dans cette nouvelle procédure, une audience d'incident.

Elle demeure toutefois particulière et spécifique à la procédure de divorce, en ce qu'il résulte de l'article 1107, alinéa 1^{er}, qu'elle poursuit un double objet puisqu'il s'agit à la fois de l'audience d'orientation et sur les mesures provisoires. Le juge de la mise en état doit donc, au cours de cette même audience, orienter le dossier afin d'assurer la mise en état de l'affaire dans les meilleurs délais mais également, statuer sur les mesures provisoires.

² S. Thouret, *Les mesures provisoires dans la nouvelle procédure de divorce*, AJ famille 2020, p. 24

Saisi de demandes des parties sur les mesures provisoires, le juge de la mise en état doit statuer, conformément au droit commun de la procédure civile, par une ordonnance motivée (article 792, alinéa 2 du code de procédure civile).

Puisque c'est le juge de la mise en état, et non plus le juge aux affaires familiales en qualité de juge conciliateur, qui statue sur les mesures provisoires, suivant les règles de la procédure civile de droit commun, sous réserve des dérogations spécifiques évoquées plus avant, il convient de s'intéresser aux recours qui sont ouverts contre une ordonnance du juge de la mise en état, le décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019, pris pour l'application de la loi du 23 mars 2019, ayant supprimé les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1119 du code de procédure civile qui ouvrait spécifiquement la voie de l'appel contre une ordonnance de non-conciliation.

Les voies de recours contre les décisions du juge de la mise en état

L'article 794 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, dispose que « *les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure, sur les fins de non-recevoir, sur les incidents mettant fin à l'instance et sur la question de fond tranchée en application des dispositions du 6° de l'article 789* ». Ce texte reprend la rédaction de l'ancien article 775 du même code en y ajoutant seulement l'hypothèse de l'ordonnance tranchant une question de fond en application des dispositions du 6° de l'article 789.

Il convient de rappeler que ce décret a opéré une extension des pouvoirs du juge de la mise en état en le rendant exclusivement compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir (article 789, alinéa 1^{er}, 6° du code de procédure).

Ainsi, une fois l'exception de procédure ou la fin de non-recevoir réglée, le juge ne peut plus à nouveau en connaître, ni d'office ni à la demande d'une partie, et ses décisions s'imposent à la formation de jugement.

Il a été précisé que les ordonnances du juge de la mise en état statuant sur une exception de procédure ont autorité de la chose jugée qu'elles mettent ou non fin à l'instance (2^e civ., 9 janv. 2020, pourvoi n° 18-21.997).

L'article 795 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du même décret, qui reprend la rédaction de l'ancien article 776 du même code, dispose, en son alinéa 2, que les ordonnances du juge de la mise en état ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond, et en son alinéa 4, que toutefois, elles sont susceptibles d'appel dans les quinze jours à compter de leur signification dans plusieurs hypothèses notamment lorsque les décisions du juge de la mise en état ont trait aux mesures provisoires ordonnées en matière de divorce ou de séparation de corps (article 795, alinéa 4, 3°, introduit par le décret du 11 décembre 2019).

En cas d'appel, il est fait application des règles de la procédure ordinaire à bref délai de l'article 906 du code de procédure civile, lequel vise expressément, par renvoi, les ordonnances rendues par le juge de la mise en état ayant trait aux mesures provisoires.

S'agissant du pourvoi en cassation contre un arrêt statuant sur une ordonnance du juge de la mise en état, en dehors de la matière familiale, la Cour de cassation juge, de manière constante, qu'il résulte des dispositions des articles 606 et 608 précités que n'est pas recevable le pourvoi dirigé contre :

- L'arrêt qui, se bornant à confirmer une ordonnance du juge de la mise en état ayant accordé des provisions, n'a pas mis fin à l'instance engagée devant le tribunal (Ass. plén., 5 décembre 1997, pourvoi n° 95-17.858, Bull. n° 11 ; 2^e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-12.373, Bull. n° 259), ou se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction et le versement d'une provision sans mettre fin à l'instance (2^e Civ., 16 décembre 2004, pourvoi n° 02-15.519, Bull. n° 529),
- L'arrêt qui a confirmé l'ordonnance d'un juge de la mise en état ayant déclaré irrecevable la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt et de qualité à agir d'une partie, aux motifs qu'en l'absence de dispositions spéciales de la loi, ce pourvoi est dirigé contre un arrêt qui n'a pas statué au fond, n'a pas mis fin à l'instance et n'est pas entaché d'excès de pouvoir (2^e Civ., 22 mars 2018, pourvoi n° 17-13.007),
- L'arrêt qui, confirmant une ordonnance du juge de la mise en état, se borne à déclarer recevables les demandes et à ordonner, avant dire droit, une mesure d'instruction (2^e Civ., 3 octobre 2019, pourvoi n° 18-20.581).

Plus récemment, la troisième chambre civile a jugé, après avoir sollicité l'avis de la deuxième chambre civile, qu'il résultait des articles 606, 607, 608 et 789 du code de procédure civile, dans sa rédaction issu du décret n° 2019-1333³s'agissant du dernier de ces textes, qu'un jugement, rendu en dernier ressort, qui statue sur une fin de non-recevoir sans mettre fin à l'instance, n'est pas susceptible d'un pourvoi indépendamment de la décision se prononçant sur le fond, sauf s'il statue, dans son dispositif, sur la question de fond dont l'examen préalable est nécessaire pour trancher la fin de non-recevoir, par une disposition distincte, tranchant ainsi une partie du principal (3^e Civ., 17 octobre 2024, pourvoi n° 22-20.223).

Pour la doctrine, qui s'est peu interrogée sur l'incidence de la réforme de la procédure de divorce sur les voies de recours offertes aux parties contre la décision du juge de la mise en état statuant sur les mesures provisoires, il apparaît que la solution antérieure selon laquelle à défaut de texte spécial, le pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt rendu sur appel de l'ancienne ordonnance de non-conciliation n'est recevable que s'il

³ Le décret n° 2019-1333 prévoyait, s'agissant des fins de non-recevoir, ressortant de la compétence exclusive du juge de la mise en état, que lorsqu'elles nécessitent au préalable que soit tranchée une question de fond, il statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Le juge de la mise en état ou la formation de jugement, à laquelle la fin de non-recevoir pouvait être renvoyée par le juge de la mise en état, statue sur la question de fond et sur la fin de non-recevoir par des dispositions distinctes dans le dispositif de l'ordonnance ou du jugement. Ces dispositions ont été modifiées par un décret récent n° 2024-673 du 3 juillet 2024, dit « Magicobus », qui prévoit la possibilité pour le juge de la mise en état, qui demeure compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir, de décider toutefois, si sa complexité ou l'état d'instruction de l'affaire le justifie, qu'elle sera examinée par la formation de jugement appelée à statuer au fond.

était formé en même temps que le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui prononce le divorce « a été indirectement consacrée par les règles procédurales de droit commun, lesquelles postulent que l'ordonnance de mesures provisoires, comme toute ordonnance du juge de la mise en état, ne peut être frappée de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond (C. pr. civ., art. 795 , al. 2). Il ne s'agit là du reste que d'une application classique des dispositions des articles 606 et 608 du code de procédure civile qui prohibent les pourvois formés immédiatement contre les seules mesures provisoires, à moins que ces dernières ne présentent un caractère mixte, en ce qu'elles tranchent une partie du principal »⁴.

La question n'a, a priori, pas encore été tranchée par la Cour de cassation.

En l'espèce, la cour d'appel, saisie de l'appel de Mme [P] interjeté contre l'ordonnance rendue par le juge de la mise en état à la suite de l'assignation en divorce délivrée par son époux, a statué sur les mesures provisoires prévues pour la durée de l'instance en divorce, en application des articles 254 et 255 du code civil, l'instance en divorce ayant vocation à se poursuivre devant le juge aux affaires familiales.

Conformément à l'article 1015, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, les parties sont invitées à présenter leurs observations, dans un délai de quinze jours à compter de la mise en ligne du présent rapport, sur le moyen susceptible d'être relevé d'office relatif à la recevabilité du pourvoi de Mme [P], au regard des dispositions des articles 606 et 608 du code de procédure civile.

4.2 - Sur le moyen

Si le pourvoi était déclaré recevable, le grief formulé par le moyen invite à s'interroger sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés dans le cadre de l'instance en divorce.

L'article 254 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 23 mars 2019, dispose que « le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux. »

L'article 256 du même code précise que les mesures provisoires relatives aux enfants sont réglées selon les dispositions des articles 371 à 382 du code civil (chapitre 1^{er} du titre IX du livre premier).

⁴ S. David et S. Travade-Lannoy, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz, 2024, Chapitre 153, Mesures provisoires, § n° 153.422

Ainsi, l'article 373-2 énonce, dans ses deux premiers alinéas, - lesquels n'ont pas été modifiés, dans leur rédaction, par la loi du 23 mars 2019, applicable au litige -, d'une part, que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » et d'autre part, que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter des liens de celui-ci avec l'autre parent.* »

L'article 373-2-6 du code civil ajoute qu'en cas de séparation des parents, le juge aux affaires familiales « *règle les questions qui lui sont soumises [...] en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs. Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.* »

A cette fin, l'article 373-2-11 du même code l'invite à prendre en considération un certain nombre d'éléments, telle que la pratique antérieurement suivie par les parents ou les accords conclus entre eux, les sentiments exprimés par l'enfant dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil, ou encore, les renseignements et résultats recueillis au cours des mesures d'instruction que le juge peut avoir préalablement ordonnées.

S'agissant de la fixation de la résidence des enfants et des modalités de rencontre avec l'autre parent, le juge statue en application des dispositions de l'article 373-2-9 du même code, lequel prévoit notamment, en son alinéa 3, que lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, il fixe les modalités du droit de visite de l'autre parent.

Il résulte de l'ensemble de ces textes que le juge du fond doit rechercher les modalités d'exercice de l'autorité parentale les plus appropriées à l'intérêt de l'enfant, finalité exclusive que poursuit l'autorité parentale (article 371-1 du code civil).

La doctrine⁵ rappelle en effet que « *la notion d'intérêt de l'enfant est en effet la pierre angulaire de l'autorité parentale : elle en est à la fois la condition, le critère, la mesure et la fin. Notion souple et évolutive, témoin d'une sorte de consensus social à une époque donnée dans un pays donné, la notion d'intérêt de l'enfant est omniprésente dans la famille unie comme dans la famille désunie ; elle guide l'action des parents et justifie une éventuelle intervention du juge. On la trouve également dans les grands textes internationaux, notamment dans la Convention internationale des droits de l'enfant où elle prend l'appellation « d'intérêt supérieur de l'enfant » . Le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant pour toute décision le concernant, consacré par l'article 3, § 1, de la CIDE, est désormais un principe matriciel du droit relatif à l'autorité parentale, tant en droit interne qu'en droit européen.* »

Il convient à cet égard de rappeler que notre chambre, dans un arrêt de principe du 18 mai 2005 (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, Bull. n° 212), a consacré l'application directe de l'article 3-1 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989, selon lequel « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles*

⁵ A. Gouttenoire, Rép. civ. Dalloz, *Autorité parentale*, juillet 2024, n° 26 et suivants

soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

L'intérêt de l'enfant est toutefois une notion relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (pour quelques exemples : 1^{re} Civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-14.301 ; 1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 10-27.512 ; 1^{re} Civ., 21 septembre 2016, pourvoi n° 15-25.252 ; 1^{re} Civ., 9 février 2022, pourvoi n° 20-15.912), qu'il doit mobiliser pour fixer la résidence habituelle, comme les modalités du droit de visite et d'hébergement. Il appartient ainsi au juge d'apprécier la situation d'espèce qui lui est soumise et, prenant en compte l'intérêt de l'enfant, de fixer les modalités les plus appropriées, entendues comme celles qui sont les plus conformes à son intérêt (1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 07-12.116).

En outre, les juges du fond sont soumis à une exigence de motivation de leurs décisions, l'article 455 du code de procédure civile disposant que le jugement doit être motivé. Le juge ne doit donc pas procéder par voie de simple affirmation et doit procéder à une analyse, fût-elle sommaire, des éléments de preuve qui ont fondé sa décision et en tout état de cause, des pièces susceptibles d'exercer une influence sur la solution à donner au litige (pour des exemples récents, 1^{re} Civ., 24 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.277 ; 1^{re} Civ., 6 octobre 2021, pourvoi n° 20-16.892), afin de mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle. Les juges du fond conservent toutefois, ainsi qu'il a été rappelé, toute latitude pour apprécier souverainement la pertinence et la portée des éléments de preuve versés aux débats, n'étant pas tenus de s'expliquer sur ceux qu'ils décident d'écarter et auxquels ils dénie toute force probante, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation (voir notamment en ce sens, pour des illustrations récentes, 1^{re} Civ., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-23.424, 18-21.919 ; 1^{re} Civ., 17 mars 2021, n° 19-18.331 ; 1^{re} Civ., 11 septembre 2024, pourvoi n° 21-24.240).

En l'espèce, pour fixer la résidence des enfants auprès de leur père et organiser le droit de visite et d'hébergement de la mère, la cour d'appel a notamment retenu que M. [E] démontrait qu'il était suffisamment disponible au regard de ses obligations professionnelles et qu'il ne pouvait lui être reproché de demander de l'aide à sa mère et, relevé, ensuite, que les enfants vivaient, depuis 2021, la majeure partie du temps avec leur père, étant scolarisés à proximité de son domicile. Enfin, elle a retenu qu'il n'était pas établi que la prise en charge assurée par M. [E] soit néfaste et qu'il ait fait entrave aux relations des enfants avec leur mère, notamment par visioconférence.

Le **mémoire ampliatif** soutient que la cour d'appel s'est abstenue de répondre au développement que consacrait Mme [P] dans ses dernières conclusions au fait que les enfants étaient pris en charge pendant la semaine essentiellement par leur grand-mère paternelle, et non par leur père.

Le **mémoire en défense** estime que le grief n'est pas fondé, la cour d'appel ayant motivé sa décision de fixer la résidence des enfants au domicile de leur père, en considération notamment de l'aide dont il bénéficiait de la part de sa mère.

Il appartiendra à la chambre, à l'aune de ces éléments, d'apprécier le bienfondé de ce grief, si elle estime le pourvoi recevable.