

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 juin 2012

Présidence de Mme CHARIF FELLER, juge déléguée
Greffière : Mme Nantermod Bernard

* * * * *

**Art. 176 CC; 48 al. 1, 85 al. 1 LDIP; 2, 3 et 5 CLaH 96; 308 al. 1 let.
b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **J.**_____, à Montagnola, contre le prononcé rendu le 5 avril 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **X.**_____, à Pully, requérant, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 avril 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a constaté que les époux vivaient séparés (I); confié la garde des enfants [...], né le [...], et [...], né le [...], à X._____, leur père (II); dit qu'J._____ jouirait d'un libre droit de visite sur ses enfants et, qu'à défaut d'entente, elle pourrait les avoir auprès d'elle un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires (III); ordonné à J._____ de remettre à X._____ les cartes d'identité, passeports et permis de séjour des enfants, ceci sous la menace de la peine de l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311), qui dispose que celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende (IV); autorisé X._____ à résilier le bail du logement conjugal sis chemin des [...] (V); rendu le prononcé sans frais ni dépens (VI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions.

En droit, le premier juge a tout d'abord établi sa compétence pour statuer sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par X._____. Il a ensuite constaté que les époux vivaient séparés.

S'agissant de l'attribution de la garde sur les deux enfants du couple, le premier juge a considéré qu'il convenait d'attribuer la garde des enfants au père, dès lors que l'ensemble des critères pour l'attribution de la garde penchait nettement en faveur de cette solution. La mère des enfants avait décidé de manière unilatérale de transférer la garde au père et lui avait confié les enfants d'un jour à l'autre, sans lui donner le temps de s'organiser, ce qui s'apparentait à un quasi abandon des enfants qui avaient dû annoncer eux-mêmes à leur père la décision de leur mère. En outre, la mère était partie s'installer au Tessin, alors qu'elle avait un travail dans la région lausannoise. Selon le premier juge, ces éléments faisaient

douter, si ce n'est de la capacité éducative de la mère, à tout le moins de sa capacité à se préoccuper des intérêts des enfants et de sa volonté de privilégier ses relations avec eux. Le premier juge a estimé que, si le père travaillait certes à plein temps, il avait pris des dispositions nécessaires pour être davantage auprès de ses enfants et pour que ceux-ci soient pris en charge lorsqu'il n'était pas là. L'attribution de la garde au père permettait ainsi d'assurer aux enfants la stabilité de leur cadre de vie. Pour le juge de première instance, au vu des dires de la mère, qui a refusé tout net quelque contact que ce soit avec le père, c'est celui-ci qui favorisera le plus les relations avec l'autre parent. Enfin, selon les dires du père non contestés par la mère, les enfants n'auraient pas manifesté le souhait de retourner vivre auprès de leur mère.

S'agissant de la contribution d'entretien de l'appelante, le premier juge a considéré que celle-ci travaillait à plein temps et qu'elle semblait pouvoir subvenir à ses besoins, n'ayant ni allégué ni établi que tel n'était pas le cas. Il a relevé qu'à part son salaire, sa situation financière n'était pas connue. Il a donc rejeté sa conclusion en versement d'une contribution d'entretien, ce d'autant qu'elle était libérée de toute contribution en faveur des enfants.

B. Par acte motivé du 20 avril 2012, J._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à l'annulation du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 avril 2012 en ce sens que la garde des enfants [...], né le [...], et [...], né le [...], lui soit attribuée dès le 1^{er} juillet 2012; que X._____ jouisse d'un libre droit de visite sur ses enfants, d'entente entre les parties, et qu'à défaut d'entente, il les ait auprès de lui une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires; que X._____ contribue à l'entretien de sa famille par le versement, en mains d'J._____, dès le 1^{er} juillet 2012, d'un montant de 8'350 fr., allocations familiales en sus, cette pension étant payable d'avance, le premier de chaque mois, portant intérêt à 5% l'an dès chaque échéance et étant indexée, et prenne en charge tous les frais judiciaires et les dépens de première et deuxième instance. Subsidiairement, si les

conclusions sur l'attribution de la garde à la mère devaient être rejetées, J._____ a conclu au versement par X._____ d'une contribution à son entretien de 3'645 fr. par mois, tous les frais judiciaires de première et deuxième instance étant mis à la charge de ce dernier.

L'appelante a produit vingt-trois pièces, dont une procuration et le prononcé querellé, à l'appui de son mémoire.

Dans sa réponse du 23 mai 2012, l'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

A l'appui de son mémoire, X._____ a produit quatre pièces.

Le 6 juin 2012, les enfants ont été entendus par la Juge déléguée de la Cour d'appel civile en présence d'une interprète français-italien conformément à la requête de l'appelante. Le procès-verbal de l'audition des enfants a été transmis aux parties pour détermination. L'appelante a déclaré ne pas avoir de remarques particulières à formuler. L'intimé ne s'est pas déterminé dans le délai imparti à cet effet.

C. La juge déléguée retient les faits suivants, sur la base du prononcé querellé complété par les pièces du dossier :

1. X._____, né le [...], et J._____, née J._____ le [...], ressortissants italiens, se sont mariés le [...] en Italie. Ils sont les parents de deux garçons : [...], né le [...], et [...], né le [...].

La famille a quitté [...] pour s'installer à [...] au mois de juillet 2010. [...] a été inscrit à l' [...], tandis que son frère [...] a été admis à l' [...].

2. Les époux se sont séparés au mois de mai 2011, les enfants demeurant auprès de leur mère.

Selon les explications concordantes des époux rapportées dans le prononcé querellé, J._____ a informé son époux le 2 octobre 2011, sans préavis, que les enfants vivraient désormais avec lui, compte tenu du fait qu'elle n'avait pas les moyens financiers de s'en occuper.

Le 6 octobre 2011, J._____ a déposé auprès du Tribunal de Milan une demande en séparation et aliments. Une audience a été fixée au 3 avril 2012.

Depuis lors, [...] ont vécu auprès de leur père, qui a dû s'organiser d'un jour à l'autre. C'est ainsi que X._____ a pu convenir avec son employeur d'une réduction de ses déplacements à l'étranger. Le 21 décembre 2011, il a engagé une jeune femme italienne de vingt-deux ans, [...], qui, durant la semaine, prend en charge les enfants après l'école jusqu'au retour de leur père du travail et pourvoit à la tenue du ménage, pour une durée hebdomadaire de vingt-quatre heures.

De son côté, J._____ voyait les enfants quand elle le souhaitait.

3. Le 6 décembre 2011, X._____ a adressé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, aux termes de laquelle il concluait à l'autorisation de vivre séparé de son épouse pour une durée indéterminée, à ce que la garde de [...] lui soit confiée (cette conclusion a également été prise à titre de mesures superprovisionnelles), J._____ bénéficiant d'un libre droit de visite sur ses enfants, à exercer, à défaut d'entente, un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires, à l'attribution du domicile conjugal à l'épouse, moyennant qu'elle en paie le loyer et les charges, autorisation lui étant faite de s'y rendre afin de récupérer divers objets lui appartenant, et au versement d'une contribution en faveur de son épouse de 1'500 fr. par mois.

Le 8 décembre 2011, statuant par voie de mesures superprovisionnelles en application de l'art. 265 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que la garde des enfants était attribuée à leur père, déclaré le prononcé immédiatement exécutoire, dit qu'il resterait en vigueur jusqu'à décision prévue à l'art. 265 al. 2 CPC et ordonné l'assignation des parties à une audience de mesures protectrices de l'union conjugale. Le même jour, elle a requis production en mains d'J._____ de la pièce 51 relative aux fiches de salaire de la prénommée pour le mois de mars à décembre 2011.

Par dictée au procès-verbal de l'audience du 22 février 2012, J._____ a conclu à l'irrecevabilité de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, les tribunaux suisses, notamment le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, n'étant pas compétents. A titre subsidiaire, pour le cas où la compétence de la Présidente devait être reconnue, elle a conclu à ce que la garde de [...] lui soit confiée dès la fin de la scolarité 2012, soit à partir du mois de juillet 2012, et à ce que le père bénéficie d'un libre droit de visite sur les enfants et contribue à son entretien par le versement d'une pension mensuelle de 11'000 fr., payable d'avance le premier de chaque mois. En ce qui concerne les autres conclusions prises par X._____, J._____ a conclu au versement en sa faveur d'une pension de 2'500 fr. par mois. Interrogée par la présidente, elle a déclaré qu'elle habitait via [...], au Tessin.

X._____ a conclu au rejet des conclusions prises par J._____. Il a complété sa conclusion relative à l'attribution de la garde sur les enfants en ce sens qu'ordre soit donné à son épouse, sous la menace des peines d'amende prévues à l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0) de lui remettre les cartes d'identité, passeports et permis de séjour des enfants.

Ayant appris par les enfants, ce qui lui a été confirmé à l'audience du 22 février 2012, que son épouse avait quitté le 1^{er} janvier 2012 l'appartement conjugal pour s'installer au Tessin, alors qu'il en payait

toujours le loyer (3'760 fr. par mois), il a modifié sa conclusion en attribution du logement conjugal à l'épouse en ce sens qu'il est autorisé à résilier le bail de l'appartement sis chemin des [...], et conclu à ce qu'ordre soit donné à son épouse de lui remettre les objets énumérés dans sa requête, puis retiré sa conclusion en versement d'une pension en faveur d'J._____.

4. Les enfants rencontrent leur mère à quinzaine, au Tessin, chacun des parents les amenant ou les y recherchant.

Les époux n'ont aucun contact entre eux, toutes les informations leur étant transmises par leurs avocats. A l'audience du 22 février 2012, J._____ a déclaré qu'elle refusait catégoriquement de parler à son mari et qu'elle passerait toujours par l'intermédiaire des conseils. X._____ n'est pas opposé à ce que la mère voie davantage les enfants.

Les époux n'envisagent pas déménager dans les mois à venir.

5. X._____ travaille pour l'entreprise [...]. Selon les bulletins de salaire produits pour les mois de janvier à novembre 2011, il a perçu un salaire mensuel brut moyen de 16'940 fr. en chiffres ronds (186'326 : 11), auquel s'ajoutent deux allocations pour enfants de 400 fr. (2 x 200 fr.), une contribution à l'assurance maladie de 503 fr. 55, une participation privée à une voiture de service de 510 fr. 95 et des frais forfaitaires de représentation de 1'250 francs. A ce montant se sont encore ajoutés un bonus brut de 35'304 fr. 60 perçu en février 2011 ainsi qu'un "gain sur stock-option" brut de 4'589 fr. 40 et un "gain SO vesté à l'étranger" de 20'172 fr. 75, figurant sur la fiche de salaire du mois de juillet 2011. Les retenues légales usuelles de 12.75% ont amputé le salaire brut de 2'499 fr. 57. Enfin, les impôts ont été retenus à la source, à raison de 26% en moyenne du revenu brut. Il n'y a pas eu de treizième salaire.

X._____ vit avec ses deux enfants à [...], dans un appartement qui lui coûte 1'920 fr. par mois. Il s'acquitte par ailleurs toujours du loyer de l'appartement conjugal sis au chemin des [...] (3'760 fr.) et paie 1600 euros par mois (1'920 fr. environ) à titre d'intérêts hypothécaires pour une maison à [...], dont il est propriétaire et qu'il a mise en vente. Le salaire de la *baby sitter* est de 1'500 fr. mois. Il a conclu le 7 décembre 2011 un crédit *cashgate* de 15'000 fr., aux redevances mensuelles de 933 fr. 60. L'écolage de l'[...] que fréquente [...] est de 1'270 fr. par mois, y compris le réfectoire; celui de l'[...] où est inscrit [...] se monte à 30'860 fr. par année scolaire, transports en bus de l'école et repas compris.

Les primes d'assurance maladie de [...] sont de 127 fr. 50 par mois, celles de [...] étant de 93 fr. 35. Le 24 février 2012, les médecins [...], du cabinet d'orthodontie [...], ont établi un devis relatif à un traitement pour [...] se situant entre 7'500 fr. et 8'200 fr., non compris la documentation initiale de 1'200 fr. et les frais du laboratoire de 850 fr. à 950 francs.

6. J._____ travaille actuellement pour la société [...]. Sa fiche de salaire pour le mois de janvier 2012 fait état d'un revenu brut de 6'154 fr., dont à déduire une déduction dite "*Correzione entrata/uscita*" de 1'846 fr. 20, et mentionne que les impôts sont retenus à la source à hauteur de 490 fr. 30 ("*Deduzione mensile IF TI*"). Sa situation financière pour la période précédant son déménagement au Tessin est inconnue; J._____ n'a en effet pas donné suite à la réquisition de production ordonnée le 8 décembre 2011 relative à ses fiches de salaire concernant son emploi dans la société [...].

J._____ est locataire à [...], depuis le 1^{er} janvier 2012, d'un appartement de trois pièces et demie au loyer mensuel de 2'150 francs. Ses primes d'assurance maladie sont de 541 fr. 05 par mois, dont 374 fr. 05 pour l'assurance de base.

L'appelante produit enfin deux pièces dont il ressort que les frais annuels des établissements scolaires privés qu'elle a approchés près de son domicile au [...] est de 28'520 fr. s'agissant de l'école américaine [...] (pour [...]) et de 7'900 fr. pour la [...] (pour [...]).

Dans un courriel adressé le 24 avril 2012 à X._____, l'Ecole [...] a déclaré qu'elle avait une liste d'attente et ne pouvait en conséquence pas garantir l'admission d'un enfant en degré cinq.

7. De l'audition des enfants par la juge déléguée, en rapport avec les motifs du considérant 6 let. a *in fine* du prononcé querellé, il est ressorti que leur environnement actuel, scolaire et extrascolaire leur convenait.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, op. cit., p. 126). S'agissant des prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle de l'art. 92 al. 2 CPC.

Les prononcés de mesures protectrices étant régis par la procédure sommaire, selon les art. 248 let. d et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art.

314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

1.2 Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions, qui capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr, le présent appel est formellement recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, ibid. p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2).

2.2 En application de l'art. 317 al. 1^{er} CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que si deux conditions cumulatives sont réalisées: ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). S'agissant de cette deuxième condition, il incombe au plaideur de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou moyens de preuve nouveaux s'appliquent également aux cas régis par la maxime inquisitoire. Une solution plus

souple peut être envisagée lorsque la cause est en outre régie par la maxime d'office (JT 2011 III 43). En l'espèce, dès lors que le couple a deux enfants mineurs, le litige - en tant qu'il porte sur la garde des enfants - est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 292 CPC (Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., n. 2414 p. 438). S'agissant de la contribution d'entretien du conjoint, il n'est pas soumis à la maxime d'office, mais à la maxime inquisitoire limitée et à la maxime de disposition (arrêt 5A_750/2010 du 24 janvier 2011 c. 2.1).

Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire impose l'obligation au juge, et non aux parties, d'énoncer et d'établir les faits déterminants (ATF 128 III 411). Celui-ci n'est pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et peut donc tenir compte de faits non allégués (ATF 107 II 233). La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 130 III 102, c. 2.2 ; Haldy, CPC Commenté, n. 7 *ad* art. 55 CPC). La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits (ATF 137 III 617 c. 5.2), et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées; par contre, elle peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas instruit l'affaire conformément à cette maxime, grief qui ressortit à la violation du droit (art. 310 let. a CPC; TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012 c. 3.2.1; TF 5A_651/2011 du 26 avril 2012 c. 4.3.2 *in fine*). Conformément au principe de disposition, l'existence du procès, ainsi que son objet dépendent des parties. Celles-ci fixent librement ce qu'elles veulent réclamer dans les conclusions de leurs écritures. Le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qu'elle demande (art. 58. al. 1 CPC; Hohl, *op. cit.* n. 1158 p. 215). Le corollaire de ce principe en matière d'établissement des faits est la maxime des débats; elle impose aux parties l'obligation d'alléguer les faits, de contester les faits allégués par la partie adverse et d'indiquer les moyens de preuve à l'appui des faits qu'elles allèguent (Hohl, *ibid.*, n. 1159 p. 216)

2.3 En l'espèce, les parties ont produit de nouvelles pièces à l'appui de leur mémoire respectif. Une partie de celles-ci étant antérieures à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 février 2012, la question de leur recevabilité se pose puisqu'elles auraient dû être produites en première instance. Les pièces produites sont recevables en tant qu'elles concernent le litige relatif aux enfants mineurs. Quant aux pièces 17 et 23 produites par l'appelante, qui ont trait à la conclusion en entretien de l'épouse, leur recevabilité sera examinée plus amplement ci-après (cf. c. 5.4).

2.4 L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel ne peut qu'à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance, lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (Tappy, op. cit., in JT 2010 III 148).

2.5 Enfin, n'étant pas nouvelles, les conclusions sont recevables.

3.

3.1 La décision de première instance a établi que les deux parties sont italiennes. La cause présente ainsi un élément d'extranéité qui impose de vérifier la compétence des autorités judiciaires saisies et le droit applicable, ce d'autant plus que l'appelante a déclaré avoir ouvert, le 6 octobre 2011, une procédure de séparation en Italie.

3.2 Selon l'art. 46 LDIP (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé; RS 291), les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile ou, à défaut de domicile, celles de la résidence habituelle de l'un des époux sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux effets du mariage, lesquelles englobent les mesures protectrices de l'union conjugale (Bucher, Le couple en droit international privé, n. 180).

Constatant que les deux époux étaient domiciliés en Suisse, le premier juge a admis sa compétence pour statuer sur les mesures protectrices de l'union conjugale requises le 6 décembre 2011.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les deux époux sont domiciliés en Suisse, dans le canton de Vaud s'agissant de l'intimé. Les autorités judiciaires suisses de ce canton, en particulier la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, sont donc compétentes pour statuer sur les mesures protectrices de l'union conjugale intéressant les parties. Du reste, l'appelante ne conteste plus la compétence du juge suisse.

3.3 Les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat dans lequel les époux ont leur domicile (art. 48 al. 1 LDIP). En l'espèce, les époux étant domiciliés en Suisse, c'est le droit suisse qui est applicable.

3.4 A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96; RS 0.211.231.011).

Cette convention, entrée en vigueur en 2009 pour la Suisse et l'Italie, régit notamment l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci, le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle (art. 3 let. a et b CLaH 96). Elle s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans (art. 2 CLaH 96). Elle prévoit que ce sont les autorités, tant judiciaires

qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant qui sont compétentes pour prendre les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 ch. 1 CLaH 96). Dans la mesure des compétences qui leur sont attribuées par cette convention, les autorités doivent appliquer leur loi (art. 15 ch. 1 CLaH 96).

Si la CLaH 96 ne définit pas la notion de résidence habituelle, l'on peut s'inspirer de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, qui prévoit qu'une personne physique a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'assurer au mieux la protection du mineur (Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd., 2004, n. 3 ad art. 85 LDIP, p. 280, n. 4 ad art. 85 LDIP, p. 281).

Selon la jurisprudence, la résidence habituelle correspond à l'endroit où la personne intéressée a le centre de ses relations personnelles et se déduit, non de sa volonté subjective, mais de circonstances de fait extérieurement reconnaissables attestant de sa présence dans un lieu donné. Le plus souvent, le domicile ou la résidence habituelle des personnes assumant la garde de l'enfant constituera aussi pour lui le centre effectif de sa vie et de ses attaches (ATF 129 III 288 c. 4.1; TF 5C.28/2004 du 26 mars 2004 c. 3.1). Toutefois, la notion de résidence habituelle est axée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné. La résidence habituelle d'un enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et ne peut simplement être déduite juridiquement de la situation du parent qui en a la garde (TF 5A_607/2008 du 2 mars 2009 c. 4.4 et réf.; TF 5C.272/2000 et 5C.273/2000 du 12 février 2001 c. 3b et réf.; ATF 129 III 288 c. 4.1).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la résidence habituelle des enfants [...] est située en Suisse. Les autorités judiciaires suisses sont donc compétentes pour statuer sur les questions de l'attribution du droit de garde et du droit de visite, le droit suisse étant ainsi applicable.

3.5 En principe, les mesures protectrices de l'union conjugale peuvent être ordonnée jusqu'à la litispendance du procès en divorce (ATF 95 II 74 c. 2c). Elles restent toutefois en vigueur après l'ouverture de la procédure de divorce aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par des mesures provisionnelles, même si les mesures protectrices de l'union conjugale sont ordonnées après l'ouverture de l'action en divorce (ATF 101 II 1), ces mesures constituant alors des mesures provisoires (ATF 134 III 326 c. 3.4 et 3.6). La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ne devient ainsi pas sans objet du seul fait de l'ouverture d'un procès en divorce (ATF 129 III 60). C'est également le cas pour le juge suisse des mesures protectrices de l'union conjugale qui ne cesse d'être compétent, après l'ouverture d'un procès en divorce à l'étranger, qu'au moment où le juge étranger a ordonné des mesures provisoires pour la durée du procès et que celles-ci ont été déclarées exécutoires en Suisse (ATF 104 II 246).

En l'espèce, les mesures protectrices de l'union conjugale ont été requises le 6 décembre 2011, soit à une date postérieure à la saisine par J._____ du tribunal en Italie. Le juge milanais saisi de cette action - dont on ignore s'il s'agit de l'équivalent de mesures protectrices de l'union conjugale ou d'une action au fond - n'a pas encore réglé la situation provisoire mais, en tous les cas, d'éventuelles mesures provisionnelles devraient encore être déclarées exécutoires en Suisse pour que le juge suisse ne soit plus compétent. Dans ces conditions, les autorités judiciaires suisses demeurent compétentes pour statuer sur les mesures protectrices de l'union conjugale requises le 6 décembre 2011 par X._____.

4.

4.1 L'appelante invoque tout d'abord l'arbitraire dans l'appréciation des faits par le premier juge relative aux critères d'attribution de la garde des enfants. Elle fait valoir qu'elle a choisi de confier [...] à leur père afin de ne pas les faire changer d'école en cours d'année dans le but de les perturber le moins possible. Son geste constituerait une preuve du fait qu'elle est prête à tout pour le bien de ses

enfants, même à en être séparée temporairement. Elle aurait cependant toujours manifesté la volonté de les récupérer dès la fin de l'année scolaire en cours, soit à partir du mois de juillet 2012, ainsi que le démontrent notamment ses conclusions subsidiaires prises lors de l'audience du 22 février 2012.

4.2 En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (TF 5A_561 du 1^{er} décembre 2009 c. 3.1; Chaix, Commentaire Romand, Code civil I, 2010, n. 19 ad art. 176 CC; Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC).

Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a; ATF 120 la 260 c. 2 et les références citées). En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel le droit de garde a été attribué (art. 25 al. 1 CC). Le droit de choisir le lieu de séjour, élément essentiel du droit de garde, comprend la scolarisation de l'enfant au domicile du parent titulaire du droit de garde (ATF 136 III 353 c. 3.2). Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires

à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. A capacités équivalentes, il n'est pas arbitraire d'attribuer le droit de garde au parent qui a démontré depuis plusieurs mois qu'il pouvait s'occuper de l'enfant; la disponibilité d'un parent à collaborer avec l'autre pour ce qui a trait à l'enfant jouera un rôle déterminant (RDT 2008 p. 354).

La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt supérieur de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 c. 5.3). Ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (TF 5A_860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 c. 5.1). L'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus (ATF 133 III 553, c. 3; 131 III 553 c. 1.2.3). Les vœux exprimés par un enfant doivent être pris en considération, lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise par un enfant dont l'âge et le développement – en règle générale à partir de l'âge de douze ans révolus (cf. s'agissant de l'attribution de l'autorité parentale dans le cadre d'un divorce arrêt 5A_119/2010 du 12 mars 2010 c. 2.1.3 et la jurisprudence citée) – permettent d'en tenir compte (TF 5A_716/2010 du 23 février 2011 c. 4, FamPra.ch 2011 p. 491). La prise en compte de l'avis de l'enfant ne signifie pas qu'il faille lui

demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère, mais que le juge doit plutôt se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant (arrêt 5A_793 du 14 novembre 2011 c. 3.1 et les références).

Dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, la doctrine accorde un poids particulier à la stabilité de l'environnement de l'enfant. En effet, à la différence de la situation après divorce, qui engendre dans la plupart des cas une nouvelle orientation pour les intéressés, en particulier pour les enfants, il convient en mesures protectrices de l'union conjugale de ne pas modifier sans nécessité cet environnement. Si la protection de l'enfant n'impose pas une autre solution, il y a lieu de choisir les modifications les moins importantes possibles et de donner un poids particulier à la continuation des relations avec ses frères et sœurs, avec les camarades de classe et les amis, ainsi qu'au maintien de l'environnement scolaire et des loisirs (Juge délégué CACI du 23 janvier 2012 c. 3 et les références, spéc. Bräm, Commentaire zurichois, n. 76 ad art. 176 CC, p. 618). Selon la jurisprudence, en cas de disponibilité égale des parents, la stabilité et le lieu de séjour peuvent être déterminants (TF 5A_905/2011 du 28 mars 2012, c. 2.5).

4.3 En l'espèce, le premier juge a estimé que l'ensemble des critères penchait nettement en faveur de l'attribution de la garde au père, la mère ayant décidé unilatéralement, d'un jour l'autre, de confier la garde des garçons à leur père et de quitter la région lausannoise pour le Tessin, ce qui s'apparentait à un quasi abandon des enfants, qui avaient dû annoncer eux-mêmes à leur père la décision maternelle, et faisait douter de la capacité de la mère à se préoccuper des intérêts des enfants, de sa volonté de privilégier les relations avec eux et, dès lors qu'elle refusait tout contact avec son époux, de son intention de favoriser les relations personnelles. Il relevait au surplus que selon les dires du père, non contestés par la mère, les enfants n'avaient pas manifesté le souhait de retourner vivre chez leur mère.

4.4 Il est vrai que l'appelante avait, dans ses conclusions subsidiaires du 22 février 2012, conclu à ce que les enfants lui soient confiés dès la fin de la scolarité 2012, soit à partir du mois de juillet 2012, le terme de quasi abandon apparaissant ainsi inadéquat, ne serait-ce du reste qu'au regard de la préservation des relations futures entre les enfants et leur mère à laquelle ils sont tout aussi attachés qu'à leur père selon l'idée qu'a pu s'en faire la Juge déléguée de la Cour de céans lors de leur audition. Cependant, le premier juge avait également tenu compte des explications concordantes des parties à l'audience du 22 février 2011, selon lesquelles l'appelante avait informé sans préavis l'intimé, le 2 octobre 2011, qu'elle lui confiait les enfants du fait qu'elle n'avait pas les moyens financiers pour s'en occuper, les enfants habitant depuis lors chez leur père. Ces éléments ne sont pas remis en cause en tant que tels par l'appelante. Le premier juge s'est également appuyé sur le fait que l'appelante avait quitté son emploi dans la région pour aller s'installer au Tessin. Il a également relevé que, compte tenu du refus de l'appelante de communiquer avec le père autrement qu'à travers son avocat, il apparaissait que celui-ci favoriserait le plus les relations avec l'autre parent.

L'appelante allègue avoir pris des dispositions pour s'installer dans un lieu qui dispose d'écoles équivalentes à celles fréquentées actuellement par ses fils situées près de son domicile. S'agissant de l'école [...] choisie pour l'aîné des enfants, [...], le trajet envisagé augmentera d'un kilomètre, de sorte que cet élément n'apparaît pas comme déterminant en l'espèce. Quant à l'école [...] proposée par l'appelante pour l'enfant [...] - qui fréquente l'[...] située à une trentaine de kilomètres de son domicile à [...] (entre 22km et 29 km pour un seul trajet suivant le parcours choisi, ce qui représente une demie heure environ en voiture/bus) - si celle-ci est située à 1.5 km du domicile de l'appelante, le gain en temps sera substantiel. Toutefois, cette école ne semble pas disposer de disponibilités pour accueillir [...]. Par ailleurs, hormis la longueur - toute relative quant au facteur temps - du trajet effectué par celui-ci actuellement, qu'il n'a du reste pas spécialement relevée lors de son audition, d'autres éléments entrent en considération

au regard de l'intérêt de l'enfant, tels le maintien du nouvel environnement scolaire, qui a changé il y a deux ans seulement en l'espèce. Dès lors qu'une grande partie de la journée des enfants se déroule en milieu scolaire (les attestations établies par les établissements fréquentés font état des repas de midi pris à l'école), l'environnement scolaire stable relativise aussi le critère de la disponibilité des parents qui, en l'espèce, travaillent les deux à plein temps (cf. en matière de divorce TF 5A_793/2010 du 14 novembre 2011). Il en va de même de l'influence contestée par l'appelante de la jeune fille au pair sur l'éducation et le soutien des enfants. En outre, les difficultés initiales d'intégration ou de langue semblent avoir été surmontées pour les deux enfants. De toute manière, elles ne représentent, en règle générale, pas un danger sérieux pour l'intérêt de l'enfant (cf. s'agissant de mesures provisoires en matière de divorce arrêt 5A_643/2011 du 22 novembre 2011).

Ainsi, au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu, en l'état, de modifier l'attribution de la garde des enfants telle que fixée par le premier juge. Mal fondé, le moyen est rejeté, tout comme les conclusions principales concernant la contribution d'entretien.

5.

5.1 L'appelante conclut à titre subsidiaire à l'octroi d'une contribution d'entretien s'élevant à 3'645 fr., avec intérêts. Elle avait déjà pris des conclusions subsidiaires tendant au versement d'une contribution d'entretien de 2'500 fr. devant le premier juge.

5.2 Les mesures protectrices de l'union conjugale sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve et limitation du degré de la preuve à la simple vraisemblance (ATF 127 III 474 c. 2b/bb). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles. Le point de savoir si le degré de vraisemblance requis par le droit fédéral est atteint dans le cas particulier ressortit à l'appréciation des preuves (ATF 130 III 321 c. 5; TF 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 c. 1.3). Le juge se fonde sur les moyens de preuve

immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 c. 2.3 *in limine*; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 c. 3.2; TF 5A_41/2011 du 10 août 2011 c. 4.2 *in fine*; TF 5A_4/2011 du 9 août 2011 c. 3.2; TF 5A_720/2009 du 18 janvier 2010 c. 5.3).

5.3 Le premier juge a constaté que l'épouse travaillait à plein temps, qu'elle semblait pouvoir subvenir à ses besoins et qu'elle n'avait ni allégué ni établi que tel n'était pas le cas. Considérant qu'à part son salaire, on ignorait tout de la situation financière de l'appelante, il a rejeté sa conclusion en versement d'une contribution d'entretien, ce d'autant qu'elle était libérée de toute contribution en faveur des enfants.

5.4 Dans la mesure où les conclusions de l'épouse relatives à l'allocation d'une contribution d'entretien en sa faveur excèdent celles prises en première instance s'élevant à 2500 fr., elles sont de toute manière irrecevables, cette contribution d'entretien n'étant pas soumise à la maxime d'office, mais à la maxime inquisitoire restreinte et à la maxime de disposition (arrêt 5A_750/2010 du 24 janvier 2011 c. 2.1 et 2.2, cf. ci-dessus c. 2.2).

En l'espèce, le premier juge avait ordonné, sur requête de l'époux requérant, la production par l'épouse de la pièce 51, soit les fiches de salaire pour les mois de mars à décembre 2011. A l'audience du 22 février 2012, l'épouse s'était contentée de produire la fiche de salaire du mois de janvier 2012, sans établir sa situation financière ni étayer plus avant le montant de 2'500 fr. qu'elle réclamait.

L'appelante, assistée par un mandataire professionnel en première instance déjà, produit un certain nombre de pièces en appel. La rigueur des principes dégagés quant aux *novas* de l'art. 317 CPC peut certes être atténuée à l'égard de la partie négligente, notamment lorsque la procédure est gouvernée par la maxime inquisitoire atténuée ou simple (art. 55 al. 2 CPC ; Jeandin, CPC commenté, n. 4 ad art. 317 CPC), comme dans le cadre des mesures protectrices et des mesures provisionnelles (Tappy, CPC commenté, n. 3 et 4 ad art. 272 CPC et n. 11 ad art. 276

CPC). Cela vaut en particulier pour les faux novas, soit les faits qui existaient déjà lors de la fixation du litige devant la première instance (art. 229 CPC qui ne s'applique en tant que tel jamais en appel, cf. Tappy, CPC commenté, n. 31 ad art. 229 CPC); il incombe dès lors au plaideur qui désire les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise comme déjà mentionné. L'appelante ne fait pas valoir en appel que le premier juge n'aurait pas respecté la maxime inquisitoire (limitée), mais produit des pièces censées établir sa situation financière, sans expliquer la raison pour laquelle elle ne les a pas produites devant le premier juge, notamment le bail à loyer conclu le 13 décembre 2011 (pièce 23), soit avant l'audience du 22 février 2012, ou l'attestation d'assurance du 25 juin 2011 (pièce 17), qui sont irrecevables. S'agissant de son salaire, elle produit en appel une nouvelle fois la fiche du mois de janvier 2012, cette pièce laissant apparaître un montant de 1'846 fr.20 sous la rubrique "*correzione entrata/uscita*", qui ne correspond manifestement pas à l'impôt à la source et aux déductions sociales comme le prétend l'appelante, de sorte que l'on ignore toujours le montant exact de son salaire net qui pourrait s'élever à 5'024 fr. 70 par mois. En effet, les déductions totalisent 1'160 fr. 65, dont 490 fr. 30 à titre d'impôt mensuel (*Deduzione mensile IF TI*). Cela étant, l'appelante ne rend pas vraisemblable qu'elle ne serait pas en mesure d'assumer son propre entretien, d'autant qu'elle est libérée de toute contribution en faveur des enfants dont l'intimé assume seul l'entretien.

Cela étant, il convient de rejeter le moyen de l'appelante.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté. Succombant, l'appelante doit supporter les frais judiciaires (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 1'000 fr. (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Il se justifie enfin de fixer les dépens dus à l'intimé, qui n'a pas produit de liste d'opérations, à 1'200 fr. (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr. (mille francs) sont mis à la charge de l'appelante J._____.
- IV.** L'appelante J._____ versera à l'intimé X._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 3 juillet 2012

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Stefano Fabro (pour J. _____),
- Me Marc-Aurèle Vollenweider (pour X. _____).

La juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :