

27.07.2018

Unified State Register of Court Decisions

Case category № 686/15274/14-п: not determined.

Sent by court: not determined. Registered: 13.06.2018. Published: 13.06.2018.

---



Supreme  
Court

Order

In the name of Ukraine

June 6, 2018

Kyiv

Case № 686/15274/14-п

Proceedings № 61-20940св18

The Supreme Court in the board of the panel of judges of the First Judicial Chamber of the Cassation Civil Court:

presiding judge - Luspenik D. D.,

judges: Bilokon O. V., Sinelnikova E. V., Hopty S. F. (defendant judge),

Chernyak U.V.,

case participants:

petitioner - The Main Department of Justice in Khmelnytsky region in the interests of PERSON\_2,

representative PERSON\_2 - PERSON\_3,

defendant - PERSON\_4,

third party - Office of children's services of the executive committee of the Shepetivskiy city council

heard the cassation appeal of PERSON\_2 in the manner of simplified proceedings, submitted by the representative of PERSON\_3, over the decision of the Appeal Court of Khmelnytsky region dated December 7, 2016 in the board of the panel of judges: Korniyuk A. P., Talalay O. I., Hroh L. M.,

ORDERED:

In July 2014, the Main Department of Justice in Khmelnytsky Region in the interests of PERSON\_2 appealed to the court against PERSON\_4 on ensuring the return of a minor child to the Federal Republic of Germany. In substantiation of claims, the applicant referred that the PERSON\_2 and PERSON\_4 were not married, but had a common daughter PERSON\_5, INFORMATION\_1. On October 30, 2011, PERSON\_4 moved to Germany together with the minor child for a permanent residence with the child's father as one family. On February 27, 2013, PERSON\_4 took her daughter to Ukraine and refused to return to the Federal Republic of Germany.

On April 10, 2013, PERSON\_2 applied for the return of the child to Germany through the Federal Ministry of Justice of the Federal Republic of Germany to the Ministry of Justice of Ukraine as the central body of Ukraine for the implementation of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction dated 1980 (hereinafter referred to as the Convention).

The Main Department of Justice in Khmelnytsky region, referring to the fact that PERSON\_4 took the child and kept her in Ukraine without the consent of PERSON\_2, which is unlawful and contradicts Articles 3, 5 of the 1980 Convention, having violated rights of PERSON\_2, provided by the joint statement on granting of parental rights, requested to declare illegal removal and retention of the minor PERSON\_5 on the territory of Ukraine, INFORMATION\_1, to return PERSON\_5, INFORMATION\_1, to the ADDRESS\_1, and in the case of failure to perform by PERSON\_4 of the decision on the return of the child willfully, compel her to transfer the PERSON\_5 to the father PERSON\_2.

Courts have repeatedly judged the case.

Under the last order of the Khmelnytsky District Court of Khmelnytsky region dated February 12, 2016 composed of the judge Moroz V. O., satisfaction of the claim by the Main Department of Justice in Khmelnytsky region in the interests of PERSON\_2 was denied.

By refusing to satisfy the claim, the court of the first instance proceeded from the fact that

a permanent place of residence of PERSON\_5, INFORMATION\_1 was the Federal Republic of Germany. From October 30, 2011 to

February 27, 2013, the child lived with her parents at ADDRESS\_1. Since PERSON\_2 knew that PERSON\_4 intended to travel to Ukraine with the child and knew about the availability of tickets, yet no father`s written consent to move the child to any other country under the legislation of the Federal Republic of Germany is required, therefore the transportation of the minor child by the defendant to Ukraine was legal, and PERSON\_5 resides in Ukraine on legal grounds, yet the father`s custody right is not violated. Additionally, at the time of the proceedings in the case, the child got accustomed in his new environment at the address: ADDRESS\_2, and therefore her return to the Federal Republic of Germany could result in her physical or mental harm.

Under the order of the Appeal Court of Khmelnytsky region dated December 07, 2015, the appeal petition by the Main Department of Justice in Khmelnytsky region in the interests of PERSON\_2 is partially satisfied. The order of the Khmelnytsky District Court of Khmelnytsky region as of February 12, 2016 was canceled in respect of the refusal in a suit for the recognition of the illegal removal and retention of the child.

<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74630324>

27.07.2018

Unified State Register of Court Decisions

It was determined illegal the removal and retention by PERSON\_4 of the minor child PERSON\_5, INFORMATION\_1 in the territory of Ukraine. The rest of the order of the Khmelnytsky District Court of Khmelnytsky region

as of February 12, 2016 is left unchanged.

By partially canceling the order of the District court, the Appeal Court proceeded from the fact that, in the sense of Articles 3, 5 of the 1980 Convention on the Removal and Retention of the Child by PERSON\_4 in the territory of Ukraine without the consent of PERSON\_2 is illegal and PERSON\_4 violates the rights of PERSON\_2 on the childcare as determined by the legislation of the Federal Republic of Germany. However, considering the circumstances that the child has accustomed in a new environment and it has been almost three years since the child moved, there is a serious risk that the return of the child would jeopardize her physical or mental condition or otherwise create unbearable circumstances for the child, thus the order of the District court to refuse the return of the minor PERSON\_5 to the Federal Republic of Germany is well-grounded.

In January 2017, the representative of PERSON\_2 – PERSON\_3 filed a cassation appeal to the Supreme Specialized Court of Ukraine on civil and criminal cases, where referring to the incorrect application of substantive law and violation of the procedural law by the court of the appeal body, he applied for cancellation of the appeal court's order in respect of the refusal to return the minor PERSON\_5 to the Federal Republic of Germany and to adopt a new order in this respect on the satisfaction of these requirements.

The cassation appeal is motivated by the fact that the appeal court, leaving the decision of the district court unchanged in respect of the refusal of the return of the minor PERSON\_5 to the Federal Republic of Germany, did not properly establish the circumstances of the case, nor did it take into account the provisions of Articles 3, 4, 35 of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction dated 1980, which is the part of the national legislation. It did not also investigate the issue of the illegal retention of the child by the mother contrary to the father's will, and **did not take into account the plaintiff's arguments that the conclusion of the guardianship and custodianship body of the executive committee of the Shepetivka City Council of Khmelnytsky region was biased about exploring living conditions of the child with the mother, but without investigating the possibilities of father's communication with the child.**

So, in respect of recognizing the removal and retention of the minor PERSON\_5 on the territory of Ukraine illegal, the decision of the appeal court cannot be appealed, therefore, by virtue of the requirements of Part one of Article 400 of the Civil Procedure Code of Ukraine, it is not subject to revision.

In accordance with Paragraph 4 of Section XIII of the Transitional Provisions of the CPC of Ukraine, as amended by the Law of Ukraine on October 3, 2017 No. 2147-VIII "On Amendments to the Economic Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Proceedings of Ukraine and other legislative acts", cassation complaints (petitions) to court decisions in civil cases, that were filed and their consideration is not completed before the entry into force of this edition of the Code, are submitted to the Court of Cassation and examined according to the rules first, which are in force after this Code comes into force.

In accordance with Article 388 of the CPC of Ukraine, the Supreme Court is the cassation court for civil cases.

On April 25, 2018 the case was referred to the Supreme Court.

According to the part three of Article 3 of the Civil Procedure Code of Ukraine, civil proceedings are conducted in accordance with the laws that are in effect at the time of individual procedural actions, review and resolution of the case.

The cassation appeal is not subject to satisfaction on such grounds.

According to the provisions of part two of Article 389 of the Civil Procedure Code of Ukraine, the grounds for cassation appeal are the inaccurate application of substantive law norms or violation of procedural law norms by the court.

In accordance with the requirements of the first and second parts of Article 400 of the Civil Procedure Code of Ukraine, when examining a case on appeal, within the cassation complaint the court examines the correctness of the application of the first or appeal instance of the norms of substantive or procedural law by the court and cannot establish or (and) consider circumstances as proved that were established in the decision or rejected by it, decide the reliability or unreliability of a particular proof, as well as the superiority of some evidence over the others.

Part one of Article 402 of the CPC of Ukraine establishes that in the court of cassation instance the complaint is examined according to the rules for the case consideration by the first instance court in the procedure of simplified proceedings without notification of the participants of the case, taking into account Article 400 of this Code.

The court established that INFORMATION\_1 in the city of Shepetivka of Khmelnytsky region, the daughter PERSON\_5 was born from PERSON\_2 and PERSON\_4.

On October 30, 2011, PERSON\_4 with the daughter PERSON\_5 moved to the Federal Republic of Germany to the child's father - PERSON\_2.

The child`s parents were not married, but lived as one family at

ADDRESS\_1.

On November 18, 2011, PERSON\_4 received permission to stay in Germany with the right to work and would have continued to implement integration measures that are established by the German law for citizens from countries outside the European Union with the purpose of further residence in that country.

On October 15, 2012 PERSON\_2 and PERSON\_4 received a document on granting of joint parental rights on a child - PERSON\_5, INFORMATION\_1 on the basis of their applications in Munich.

On February 27, 2013, during the period of the plaintiff's stay in Canada, PERSON\_4 took the minor daughter PERSON\_5 to the territory of Ukraine.

PERSON\_4 together with the daughter PERSON\_5 live at:

ADDRESS\_2.

<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74630324>

27.07.2018

Unified State Register of Court Decisions

On 10 April, 2013, PERSON\_2 appealed through the Federal Ministry of Justice of Germany to the Ministry of Justice of Ukraine as the central body of Ukraine for the implementation of the 1980 Convention with a request for the return of the child to Germany.

According to the acts of the survey of the living conditions of the minor PERSON\_5 as of August 29, 2014, April 16, 2015 and January 11, 2016, the child lives with her mother, grandfather and grandmother in one-half of a private house that consists of 3 living rooms, a kitchen, corridor, it is gasified and has all conveniences: cold and hot water (electric boiler and double-circuit gas boiler), bathroom, toilet. There are necessary furniture, electronic and household appliances. The child occupies two rooms with her mother, one is used as a bedroom for the child and her mother, the other one is used as a playroom for the child. The child is surrounded by love and care, she is cheerful, willingly communicates in Ukrainian, she does not understand German or English though, she communicates with neighbor's children. The child`s living and upbringing conditions are decent, the child is completely socialized and has become accustomed to the environment (т. 1).

a. c. 85, т. 2 а. c. 64, т. 3 а. c. 78).

According to the conclusion of the guardianship and custodianship body of the executive committee of the Shepetivka City Council of Khmelnytsky region as of April 20, 2015, No. 180, the minor PERSON\_5, INFORMATION\_1 lives in proper housing and living conditions, she is fully accustomed and socialized in Ukraine (т. 2. а, c. 62).

According to the certificate of the Shepetivka City House of Culture dated December 24, 2015, PERSON\_5 has attended the studio of early aesthetic development "Piznaiko" from January 1, 2015 where she attends classes in drawing, singing, choreography and ethnology three times a week (т. 3 а. c. 127).

According to the psychological characteristics of PERSON\_5 as of January 29, 2016, changing the place of her residence is unacceptable, moving to an environment of unfamiliar people can lead to emotional changes, transformation of motives for actions, disfunction of motor and speech behavior, negatively affect the child's psychological and physical development and will constitute a threat of mental disorders in the future. It is

recommended that parents, when agreeing on participation in the upbringing of the child, avoid psychotraumatic situations towards her (т. 3 а. с. 2 I 1-213).

According to part one of Article 3 of the 1980 Convention, the removal or retention of the child is considered unlawful if: thus violating the rights of guardianship over the child belonging to a person, institution or other body, collectively or individually, in accordance with the legislation of the state where the child constantly lived before his removal or retention; and at the time of removal or retention, these rights were effectively implemented, collectively or individually, or would have been implemented had it not been for removal or retention.

According to the content of part two of Article 3 of the 1980 Convention, the custody rights referred to in part one of this norm may arise, in particular, on the basis of a legislative act, or by a decision of the judicial or administrative authority, or as a result of an agreement that entails legal consequences in accordance with the legislation of such a state.

The grounds for the establishment of a legal relationship between the child and the applicant must be determined in accordance with the legislation of the state where the child permanently resided.

The custody right in the context of the 1980 Convention covers not only the determination of the child's place of residence by the parents, but also the resolution of matters about temporary or permanent departure of the child outside the state where he lives.

Additionally, it is essential that the guardianship rights before the removal of the child were actually executed by the person who applied for the return of the child on the basis of the 1980 Convention.

In accordance with article 12 of the 1980 Convention, if a child has been removed or retained as provided for in article 3, and at the date of commencing of procedures at a judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is located, less than one year has elapsed since the date of unlawful removal or retention, the authority issues an order for the immediate return of the child.

The judicial and administrative authorities, even in cases when procedures are initiated after the expiration of a one-year term, also order the return of the child, unless there is evidence that the child has already taken root in his new environment.

Therefore, referring to the content of the 1980 Convention, it is seen that, in order to decide on the return of the child, it is essential to establish, firstly, that the child permanently resided in a Contracting State right before the removal or retention (paragraph "a" part one of Article 3); secondly, removal or retention of the child was a violation of the right to custody or guardianship in accordance with the laws of the country where the child lived (paragraph "b" part one of Article 3); thirdly, the applicant actually exercised custody rights before the removal of the child or would have exercised such rights if not for removal or retention (paragraph "b" part one of Article 3).

At the same time, part two of Article 12, parts one and two of Article 13 and Article 20 of the 1980 Convention define an exhaustive list of circumstances under which the court is entitled to refuse the return of the child to the place of his permanent residence. In particular, if during the examination of the case the court finds that the applicant did not actually perform the right of custody at the time of the removal or retention (clause "a" part one of Article 13); the applicant has given his consent to the removal or retention, or subsequently has given tacit consent to removal or retention (clause "a" part 1 of Article 13); there is a serious risk that the return will put the child at risk of physical or mental harm or otherwise create an intolerable child atmosphere (clause "b" part one of Article 13); more than a year has passed since the removal and the child has taken root in the new environment (part two of Article 12); whether the country from which the child was removed is the country of his permanent residence under the laws of that country (article 3).

The 1980 Convention imposes the obligation to prove the existence of grounds for refusing to return the child on the person who committed the illegal removal or retention of the child.

Refusing to satisfy the claims of the Main Department of Justice in Khmelnytsky region in the interest of PERSON\_2 on the return of the minor child to the Federal Republic of Germany, on the basis of properly evaluated evidence submitted by the parties, correctly applying the provisions of Articles 3, 5, 12, 13, 20 of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction dated 1980, came to a justified conclusion that at the time of the case consideration the child has taken root in her new environment at the address:

ADDRESS\_2, and therefore there is a serious risk that her return to the Federal Republic of Germany would jeopardize the child's physical or mental health or otherwise create an intolerable atmosphere for her.

<http://reyestr.court.gov.ua/Review/74630324>

27.07.2018

Unified State Register of Court Decisions

At the same time, the Appeal Court, having considered the conclusion of the forensic psychological examination issued by the Kiev Scientific Research Institute of Forensic Expertise

dated November 2, 2016, which is consistent with the Office of children's services of the Executive Committee of the Shepetivka City Council of Khmelnytsky region as of April 20, 2015, the psychological characteristics of PERSON\_5 as of January 29,

2016, the certificate of the Shepetivka city house of culture of Khmelnytsky region dated December 24, 2015, the acts of inspection of the housing conditions of the minor PERSON\_5 as of August 29, 2014, as of April 16, 2015 and as of January 11, 2016, correctly believed that for the last three years of residence in Ukraine, the child demonstrates pronounced signs of favorable adaptation to living conditions with her mother, she visits various coteries, has friends, hobbies, medical care, she has had a change in the language of communication, and this indicates that the child has taken root in Ukraine.

According to the psychological characteristics of PERSON\_5 as of January 29,

2016 changing the place of her residence is unacceptable, moving to an environment of unfamiliar people can lead to emotional changes, transformation of motives for actions, disfunction of motor and speech behavior, negatively affect the child's psychological and physical development and will constitute a threat of mental disorders in the future. It is recommended that parents, when agreeing on participation in the upbringing of the child, avoid psychotraumatic situations towards her.

Courts correctly considered that the child was born in Ukraine, she left for the Federal Republic of Germany at the age of 6 months together with her parents, lived there for only 1 year and 4 months and at that age she could not speak any of the languages.

Additionally, as a result of the return of the minor PERSON\_5 to the Federal Republic of Germany, the latter will be separated from her mother, whose

permission to stay in Munich, the Federal Republic of Germany expired on November 17, 2013, and the separation of the child with her mother can cause the latter physical or psychological harm.

The arguments of the cassation appeal do not give legal grounds for establishing the incorrect application of substantive law norms and violation of procedural law norms by the appeal court; do not refute the court's conclusions. When solving the current case by the appeal court, it correctly determines the nature of legal relations between the parties, the law that regulates them is correctly applied.

Given that the conclusions of the Appeal Court comply with the circumstances established in the case, the court decision was adopted in compliance with the rules of substantive and procedural law, the cassation complaint must be left without satisfaction, and the court decision is unchanged, in accordance with Article 410 of the CPC of Ukraine.

Guided by Articles 402, 409, 410, 416 of the Civil Procedure Code of Ukraine, the Supreme Court in the composition of the panel of judges of the First Judicial Chamber of the Civil Cassation Court

RESOLVED:

The cassation appeal of PERSON\_2, submitted by the representative PERSON\_3, is to leave without satisfaction.

The decision of the Appeal Court in Khmelnytsky region dated December 7, 2016 in respect to the claims of the Main Department of Justice in Khmelnytsky region in the interests of PERSON\_2 towards PERSON\_4 on the return of the minor child to the Federal Republic of Germany to leave unchanged.

The court decision of cassation instance comes into force after its adoption, is final, and cannot be appealed.

Presiding Judge D. D. Luspenyk

Judges: O. V. Bilokon

Y. V. Sinelnykov

S. F. Hopta

U. V. Chernyak

Категорія справи № 686/15274/14-ц: не визначено.

Надіслано судом: не визначено. Зареєстровано: 13.06.2018. Оприлюднено: 13.06.2018.



Верховний  
Суд

## Постанова

### Іменем України

06 червня 2018 року

м. Київ

справа № 686/15274/14-ц

провадження № 61-20940св18

Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду:

головуючого - Луспенника Д. Д.,

суддів: Білоконь О. В., Синельникова Є. В., Хопти С. Ф. (суддя-доповідач),

Черняк Ю.В.,

учасники справи:

позивач - Головне управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2,

представник ОСОБА\_2 - ОСОБА\_3,

відповідач - ОСОБА\_4,

третя особа - Служба у справах дітей виконавчого комітету Шепетівської міської ради,

розглянув у порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу ОСОБА\_2, подану представником ОСОБА\_3, на рішення Апеляційного суду Хмельницької області від 07 грудня 2016 року у складі колегії суддів: Корніюк А. П., Талалай О. І., Грох Л. М.,

### ВСТАНОВИВ:

У липні 2014 року Головне управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2 звернулося до суду з позовом до ОСОБА\_4 про забезпечення повернення неповнолітньої дитини до Федеративної Республіки Німеччини. На обґрунтування позовних вимог заявник вказував про те, що ОСОБА\_2 та ОСОБА\_4 у шлюбі не перебували, проте мають спільну дочку ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1. 30 жовтня 2011 року ОСОБА\_4 разом із малолітньою дитиною приїхали в Німеччину для постійного проживання з батьком дитини однією сім'єю. 27 лютого 2013 року ОСОБА\_4 вивезла дочку в Україну та відмовилась повертатися до Федеративної Республіки Німеччини.

10 квітня 2013 року ОСОБА\_2 звернувся із заявою про повернення дитини до Німеччини через Федеральне міністерство юстиції Федеративної Республіки Німеччини до Міністерства юстиції України як центрального органу України по виконанню Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року (далі - Конвенції).

Головне управління юстиції у Хмельницькій області, посилаючись на те, що ОСОБА\_4 вивезла дитину та утримує її в Україні без згоди ОСОБА\_2, що є протиправним та суперечить статтям 3, 5 Конвенції 1980 року, чим і порушені права ОСОБА\_2, передбачені спільною заявою про наділення батьківськими правами, просив визнати незаконним вивезення та утримання на територію України неповнолітньої ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1, повернути ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1, до АДРЕСА\_1, а у разі невиконання ОСОБА\_4 рішення про повернення дитини добровільно, зобов'язати її передати ОСОБА\_5 батькові ОСОБА\_2

Суди неодноразово розглядали цю справу.

Останнім рішенням Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 12 лютого 2016 року у складі судді Мороз В. О. у задоволенні позову Головного управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2 відмовлено.

Відмовляючи у задоволенні позову, суд першої інстанції виходив із того, що

постійним місцем проживання ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1, була Федеративна Республіка Німеччина. Дитина з 30 жовтня 2011 року по

27 лютого 2013 року проживала разом із батьками по АДРЕСА\_1. Оскільки ОСОБА\_2 знав, що ОСОБА\_4 з дитиною мають намір поїхати в Україну та знав про наявність квитків, а письмової згоди батька на переміщення дитини до будь-якої іншої країни за законодавством Федеративної Республіки Німеччини не потрібно, тому перевезення малолітньої дитини відповідачем до України було законним, і ОСОБА\_5 проживає в Україні на законних підставах, а право піклування батька не порушено. Крім того, на час розгляду справи дитина прижилася у своєму новому середовищі, за адресою: АДРЕСА\_2, а тому її повернення до Федеративної Республіки Німеччини може заподіяти їй фізичну або психічну шкоду.

Рішенням Апеляційного суду Хмельницької області від 07 грудня 2016 року апеляційну скаргу Головного управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2 задоволено частково. Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 12 лютого 2016 року скасовано в частині відмови у позові щодо визнання незаконним вивезення та утримання дитини. Визнано



незаконним вивезення та утримання ОСОБА\_4 на території України неповнолітньої дитини ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1. У реєстрі рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області

від 12 лютого 2016 року залишено без змін.

Скасовуючи частково рішення міськрайонного суду, апеляційний суд виходив з того, що в розумінні статей 3, 5 Конвенції 1980 року вивезення та утримання дитини ОСОБА\_4 на території України без згоди ОСОБА\_2 є протиправним і ОСОБА\_4 порушує права ОСОБА\_2 на піклування про дитину, що визначено законодавством Федеративної Республіки Німеччини. При цьому, враховуючи ті обставини, що дитина прижилася в новому середовищі і з моменту переїзду пройшло майже три роки, існує серйозний ризик того, що повернення дитини поставить під загрозу заповідання їй фізичної або психічної шкоди або іншим шляхом створить для дитини нестерпні обставини, тому рішення міськрайонного суду про відмову у поверненні неповнолітньої ОСОБА\_5 до Федеративної Республіки Німеччини є обґрунтованим.

У січні 2017 року представник ОСОБА\_2 - ОСОБА\_3 подав до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ касаційну скаргу, в якій, посилаючись на неправильне застосування судом апеляційної інстанції норм матеріального права та порушення норм процесуального права, просив скасувати рішення апеляційного суду в частині відмови у поверненні неповнолітньої ОСОБА\_5 до Федеративної Республіки Німеччини та ухвалити в цій частині нове рішення про задоволення цих вимог.

Касаційна скарга мотивована тим, що суд апеляційної інстанції, залишаючи без змін рішення міськрайонного суду в частині відмови у поверненні неповнолітньої ОСОБА\_5 до Федеративної Республіки Німеччини, не встановив належним чином обставин справи, не взяв до уваги положення статей 3, 4, 35 Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року, що є частиною національного законодавства. Також не дослідив питання незаконного утримання дитини матір'ю всупереч волі батька та не взяв до уваги доводи позивача про те, що висновок органу опіки та піклування виконавчого комітету Шепетівської міської ради Хмельницької області зроблений упереджено із дослідження умов проживання дитини з матір'ю але без дослідження можливостей спілкування батька з дитиною.

Отже, у частині визнання незаконним вивезення та утримання малолітньої ОСОБА\_5 на території України рішення апеляційного суду не оскаржується, тому в силу вимог частини першої статті 400 ЦПК України не є предметом перегляду.

Відповідно до пункту 4 розділу XIII Перехідних положень ЦПК України у редакції Закону України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» касаційні скарги (подання) на судові рішення у цивільних справах, які подані і розгляд яких не закінчено до набрання чинності цією редакцією Кодексу, передаються до Касаційного цивільного суду та розглядаються спочатку за правилами, що діють після набрання чинності цією редакцією Кодексу.

Відповідно до статті 388 ЦПК України судом касаційної інстанції у цивільних справах є Верховний Суд.

25 квітня 2018 року справа передана до Верховного Суду.

Згідно з частиною третьою статті 3 ЦПК України провадження в цивільних справах здійснюється відповідно до законів, чинних на час вчинення окремих процесуальних дій, розгляду і вирішення справи.

Касаційна скарга не підлягає задоволенню з таких підстав.

Згідно з положенням частини другої статті 389 ЦПК України підставами касаційного оскарження є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права.

Відповідно до вимог частин першої і другої статті 400 ЦПК України під час розгляду справи в касаційному порядку суд перевіряє в межах касаційної скарги правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими.

Частиною першою статті 402 ЦПК України встановлено, що у суді касаційної інстанції скарга розглядається за правилами розгляду справи судом першої інстанції в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи з урахуванням статті 400 цього Кодексу.

Судом встановлено, що ІНФОРМАЦІЯ\_1 у м. Шепетівці Хмельницької області, у ОСОБА\_2 та ОСОБА\_4 народилася дочка ОСОБА\_5.

30 жовтня 2011 року ОСОБА\_4 з дочкою ОСОБА\_5 переїхали до Федеративної Республіки Німеччини до батька дитини - ОСОБА\_2

Батьки дитини у шлюбі не перебували, однак проживали однією сім'єю по

АДРЕСА\_1.

18 листопада 2011 року ОСОБА\_4 отримала дозвіл на перебування у Німеччині з правом працевлаштування та у подальшому мала здійснювати інтеграційні заходи, які встановлені законодавством Німеччини для громадян з країн не членів Європейського Союзу з метою подальшого проживання у цій країні.

15 жовтня 2012 року ОСОБА\_2 та ОСОБА\_4 у м. Мюнхені, на підставі поданих ними заяв, отримали документ про наділення спільними батьківськими правами на дитину - ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1.

27 лютого 2013 року, у період перебування позивача у Канаді, ОСОБА\_4 вивезла неповнолітню дочку ОСОБА\_5 на територію України.

ОСОБА\_4 разом з дочкою ОСОБА\_5 проживають за адресою:

АДРЕСА\_2.

10 квітня 2013 року ОСОБА\_2 звернувся через Федеральне міністерство юстиції Німеччини до Міністерства юстиції України як центрального органу України по виконанню Конвенції 1980 року із заявою про повернення дитини до Німеччини.

Відповідно до актів обстеження житлово-побутових умов малолітньої ОСОБА\_5 від 29 серпня 2014 року, від 16 квітня 2015 року та від 11 січня 2016 року, дитина проживає разом з матір'ю, дідом та бабою в половині приватного будинку, що складається із 3-х житлових кімнат, кухні, коридору, який газифікований, з наявними зручностями: холодна та гаряча вода (електричний бойлер та двоконтурний газовий котел), ванна кімната, санітарний вузол. Є необхідні меблі та електронна і побутова техніка. Дитина з матір'ю займають дві кімнати, одна використовується як спальня для дитини та матері, інша - як ігрова для дитини. Дитина оточена любов'ю та турботою, життєрадісна, охоче спілкується українською мовою, німецької чи англійської мови не розуміє, спілкується з сусідськими дітьми. Умови проживання та виховання дитини добрі, дитина повністю соціалізована, прижилася в оточуючому середовищі (т. 1.

а. с. 85, т. 2 а. с. 64, т. 3 а. с. 78).

Згідно з висновком Служби у справах дітей виконавчого комітету Шепетівської міської ради Хмельницької області від 20 квітня 2015 року № 180, малолітня ОСОБА\_5, ІНФОРМАЦІЯ\_1, проживає в належних матеріально-побутових умовах, повністю прижилася та соціалізована в Україні (т. 2. а. с. 62).

Згідно довідки Шепетівського міського будинку культури від 24 грудня 2015 року ОСОБА\_5 з 01 січня 2015 року відвідує Студію раннього естетичного розвитку «Пізнайко», в межах якої тричі на тиждень відвідує заняття з малювання, співу, хореографії та народознавства (т. 3 а. с. 127).

Згідно із психологічною характеристикою ОСОБА\_5 від 29 січня 2016 року зміна місця її проживання є неприйнятною, переїзд в середовище незнайомих людей може призвести до емоційних зрушень, трансформації мотивів дій, порушення рухової та мовної поведінки, що негативно вплине на психологічний та фізичний розвиток дитини і буде становити загрозу психічних порушень у майбутньому. Рекомендовано батькам при узгодженні участі у вихованні дитини уникати психотравмуючих для неї ситуацій (т. 3 а. с. 211-213).

Згідно з частиною першою статті 3 Конвенції 1980 року переміщення або утримання дитини розглядаються як незаконні, якщо: при цьому порушуються права піклування про дитину, що належать будь-якій особі, установі або іншому органу, колективно або індивідуально, відповідно до законодавства держави, у якій дитина постійно мешкала до переміщення або утримання; та у момент переміщення або утримання ці права ефективно здійснювалися, колективно або індивідуально, або здійснювалися б, якби не переміщення або утримання.

За змістом частини другої статті 3 Конвенції 1980 року права піклування, про які йдеться в частині першій цієї норми, можуть виникнути, зокрема, на підставі будь-якого законодавчого акта, або в силу рішення судової або адміністративної влади, або внаслідок угоди, що спричиняє юридичні наслідки відповідно до законодавства такої держави.

Підстави виникнення правового зв'язку між дитиною і заявником повинні визначатися відповідно до законодавства держави, в якій дитина постійно проживала.

Право піклування в контексті Конвенції 1980 року охоплює не лише визначення батьками місця проживання дитини, а й вирішення питань про тимчасовий чи постійний виїзд дитини за межі держави, в якій вона проживає.

Крім того, важливим є те, щоб права піклування до переміщення дитини реально здійснювались особою, яка звернулася із заявою про повернення дитини на підставі Конвенції 1980 року.

Відповідно до статті 12 Конвенції 1980 року, якщо дитина незаконно переміщена або утримується так, як це передбачено статтею 3, і на дату початку процедур у судовому або адміністративному органі тієї Договірної держави, де знаходиться дитина, минуло менше одного року з дати незаконного переміщення або утримання, відповідний орган видає розпорядження про негайне повернення дитини.

Судовий і адміністративний орган, навіть у тих випадках, коли процедури розпочаті після спливу річного терміну, також видає розпорядження про повернення дитини, якщо тільки немає даних про те, що дитина вже прижилася у своєму новому середовищі.

Таким чином, виходячи зі змісту Конвенції 1980 року вбачається, що для прийняття рішення про повернення дитини необхідно встановити, по-перше, що дитина постійно мешкала в Договірній державі безпосередньо перед переміщенням або утриманням (пункт «а» частина перша статті 3); по-друге, переміщення або утримання дитини було порушенням права на опіку або піклування згідно із законодавством тієї держави, де дитина проживала (пункт «b» частина перша статті 3); по-третє, заявник фактично здійснював права на опіку до переміщення дитини або здійснював би такі права, якби не переміщення або утримання (пункт «b» частина перша статті 3).

Разом із тим, частиною другою статті 12, частинами першою та другою статті 13 та статтею 20 Конвенції 1980 року визначено вичерпний перелік обставин, за наявності яких суд має право відмовити у поверненні дитини до місця постійного її проживання. Зокрема, якщо у ході розгляду справи суд виявить, що заявник фактично не здійснював права піклування на момент переміщення або утримання (пункт «а» частина перша статті 13); заявник дав згоду на переміщення або утримання, або згодом дав мовчазну згоду на переміщення або утримання (пункт «а» частина перша статті 13); існує серйозний ризик того, що повернення поставить дитину під загрозу заподіяння фізичної або психічної шкоди або іншим шляхом створить для дитини нетерпиму обстановку (пункт «b» частина перша статті 13); з моменту переміщення пройшло більше року і дитина прижилася у новому середовищі (частина друга статті 12); чи є країна, з якої дитину вивезено, країною її постійного проживання за законами цієї країни (стаття 3).

Обов'язок доведення наявності підстав для відмови у поверненні дитини Конвенція 1980 року покладе на особу, яка вчинила протиправне вивезення або утримання дитини.

Відмовляючи у задоволенні позовних вимог Головного управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2 про повернення неповнолітньої дитини до Федеративної Республіки Німеччини, на підставі належним чином оцінених доказів, поданих сторонами, правильно застосувавши положення статей 3, 5, 12, 13, 20 Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року, дійшли обґрунтованого висновку про те, що на час розгляду справи дитина прижилася у своєму новому середовищі за адресою:

АДРЕСА\_2, а тому існує серйозний ризик того, що її повернення до Федеративної Республіки Німеччини поставить під загрозу заподіяння дитині фізичної або психічної шкоди або іншим шляхом створить для неї нестерпиму обстановку.

При цьому апеляційний суд, взявши до уваги висновок судової психологічної експертизи Київського науково-дослідного інституту судових експертиз

від 02 листопада 2016 року, що узгоджується із висновком Служби у справах дітей виконкому Шепетівської міської ради Хмельницької області від 20 квітня 2015 року, психологічною характеристикою ОСОБА\_5 від 29 січня

2016 року, довідкою Шепетівського міського будинку культури Хмельницької області від 24 грудня 2015 року, актів обстеження житлово-побутових умов малолітньої ОСОБА\_5 від 29 серпня 2014 року, від 16 квітня 2015 року та від 11 січня 2016 року, правильно вважав, що за останні три роки проживання в Україні дитина виявляє виражені ознаки сприятливого адаптування до умов проживання із матір'ю, відвідує різноманітні гуртки, має друзів, захоплення, за нею здійснюється медичний догляд, відбулася зміна мови спілкування і це свідчить про те, що дитина прижилася в Україні.

Відповідно до психологічної характеристики ОСОБА\_5 від 29 січня

2016 року зміна місця її проживання є неприйнятною, переїзд в середовище незнайомих людей може призвести до емоційних зрушень, трансформації мотивів дій, порушення рухової та мовної поведінки, що негативно вплине на психологічний та фізичний розвиток дитини і буде становити загрозу психічних порушень у майбутньому. Рекомендовано батькам при узгодженні участі у вихованні дитини уникати психотравмуючих для неї ситуацій.

Суди правильно врахували, що дитина народилася в Україні, разом з батьками виїхала до Федеративної Республіки Німеччини у віці 6 місяців, проживала там лише 1 рік і 4 місяці і в такому віці не могла спілкуватися на жодній із мов.

Крім того, у результаті повернення малолітньої ОСОБА\_5 до Федеративної Республіки Німеччини остання буде розлучена з матір'ю, у якій 17 листопада

2013 року закінчився дозвіл на перебування у м. Мюнхені, Федеративна Республіка Німеччина, а розлучення дитини з матір'ю може заповдіяти їй фізичної або психічної шкоди.

Доводи касаційної скарги не дають правових підстав для встановлення неправильного застосування апеляційним судом норм матеріального права та порушення норм процесуального права, не спростовують висновків суду. При вирішенні вказаної справи апеляційним судом правильно визначено характер правовідносин між сторонами, вірно застосовано закон, що їх регулює.

Враховуючи те, що висновки апеляційного суду відповідають встановленим у справі обставинам, рішення суду ухвалено з додержанням норм матеріального та процесуального права, касаційну скаргу необхідно залишити без задоволення, а судові рішення без змін, відповідно до положень статті 410 ЦПК України.

Керуючись статтями 402, 409, 410, 416 ЦПК України, Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду

#### ПОСТАНОВИВ:

Касаційну скаргу ОСОБА\_2, подану представником ОСОБА\_3, залишити без задоволення.

Рішення Апеляційного суду Хмельницької області від 07 грудня 2016 року у частині позовних вимог Головного управління юстиції у Хмельницькій області в інтересах ОСОБА\_2 до ОСОБА\_4 про забезпечення повернення неповнолітньої дитини до Федеративної Республіки Німеччини залишити без змін.

Постанова суду касаційної інстанції набирає законної сили з моменту її прийняття є остаточною і оскарженню не підлягає.

Головуючий Д. Д. Луспеник

Судді: О. В. Білоконь

Є. В. Синельников

С. Ф. Хопта

Ю. В. Черняк