

Касатор: позивач Олійник Дмитро Вячеславович,

Відповідач: Київська міська державна адміністрація,
(код ЄДРПОУ 00022527),
вул. Хрещатик, 36, м. Київ, 01044,
засіб зв'язку – тел. 2541450,
електронна пошта: portal@kmv.gov.ua

**Третя особа: Комунальне підприємство «Головний
інформаційно - обчислювальний центр»,**
(код ЄДРПОУ 04013755),
вул. Космічна, 12-а, м. Київ, 02192,
засіб зв'язку – тел. 2388005,
електронна пошта: info@gioc-kmda.kiev.ua

Третя особа: Блащук Володимир Юрійович,

**на постанову Окружного адміністративного суду м. Києва
від 28 січня 2011 р., ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду
від 13 жовтня 2011 р. у справі № 2а-11889/10/2670**

КАСАЦІЙНА СКАРГА.

Оскаржувані судові рішення підлягають скасуванню за направленням справи на новий розгляд до суду першої інстанції з наступних підстав.

Порушення норм процесуального права судом першої інстанції.

Судом відмовлено мені у задоволенні заяви про відвід судді Векуа Н. Г. від 17.12.2010 р., після того як стала очевидно її упередженість і неприкрите виконання вказівок відповідача КМДА, направлених на розвал справи. Всупереч ст. 30 КАС заяву про відвід судді було залишено без розгляду на підставі «початку розгляду справи по суті». Потім, 14.01.2011 р. (після неодноразових нагадувань і заяв) відповідачем КМДА нарешті було опубліковано газетне оголошення, як необхідний чинник для початку розгляду справи по суті, який власне і відбувся 28.01.2011 р. Вказане свідчить про абсолютне нерозуміння суддею порядку адміністративного процесу чи його умисне ігнорування, що призвело до розгляду справи упередженим суддею. До того ж оголошення у газеті «Хрещатик» (т. 1, а. с. 179) в порушення ч. 4 ст. 171 КАС не містило дати, часу і місця судового розгляду, на що я звертав увагу суду і що також було проігноровано. В подальшому це призвело про неналежне повідомлення третіх осіб, заінтересованих вступити у справу, відмову у доступі до правосуддя цим особам (див. нижче).

Намагання розвалити справу суддею Векуа Н. Г. підтверджується ухвалою суду про закриття провадження в частині невідповідності оскаржуваного акту Конституції (т. 1, а. с. 73-74), яка була скасована ухвалою ВАСУ К/9991/23947/11 від 16.06.2011 р. (у ЄДРСР № 16567666). Наступною ухвалою в частині невідповідності оскаржуваного акту Закону України «Про інформацію» вимоги залишені без розгляду (скасована ухвалою КААС від 24.02.2011 р., у ЄДРСР № 14355708). Щодо першої вимоги справу на новому розгляді №

2а-9685/11/2670 призначено на 07.11.2011 р. Щодо другої вимоги суддя Векуа Н. Г. новою ухвалою по справі № 2а-4811/11/2670 від 05.04.2011 р. (оскаржена мною до КААС) позов повернуто з підстави тотожного спору, що знаходиться в провадженні іншого суду, тоді як провадження по справі № 2а-11889/10/2670 (за моєю апеляційною скаргою по цій справі) було відкрито лише 11.07.2011 р.

Вищевикладене є підставою для постановлення окремої ухвали, згідно положень ст. ст. 166, 233 КАС.

Оскаржувана постанова, як і передуючі їй ухвали, є наочним прикладом крайнього прояву правового невігластва, абсолютної неспроможності і небажання суду вникати у сутність позову і специфічну сферу інформаційних відносин. Суд усунувся від встановлення обставин, що мають значення для справи і визначення правовідносин сторін, які з цих обставин випливають. Доводи позову і пояснень суддею Векуа Н. Г. були проігноровані з посиланням на нібито відсутність доказів як таких.

Згідно ч. 1 ст. 69 КАС доказами в адміністративному судочинстві є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення осіб, які беруть участь у справі, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються судом на підставі пояснень сторін, третіх осіб та їхніх представників, показань свідків, письмових і речових доказів, висновків експертів.

Судом встановлено, що третя особа КП ГІОЦ лише роздруковує на замовлення КП «Липкижитлосервіс» рахунки на сплату позивачем вартості спожитих послуг та надає дані рахунки КП «Липкижитлосервіс», а не розповсюджує дані рахунки серед необмеженого числа осіб, а КП «Липкижитлосервіс» передає зазначені рахунки позивачеві для оплати. Також судом встановлено, що роздруківка цих рахунків (т. 1, а. с. 13, 14, 29, 181) відбувається на виконання господарських зобов'язань (т. 1, а. с. 90-93). Таким чином судом встановлено факт наявності інформації, зазначеної у цих рахунках у третьої особи (яка ці рахунки роздруковує). Проте судом не надано жодної правової оцінки правомірності збирання (отримання від КП «Липкижитлосервіс»), зберігання (в електронному вигляді у вигляді баз даних квартиронаймачів, які є джерелом для друкування), використання цієї інформації (шляхом роздруківки і нав'язування оплати на свій розподільчий рахунок) третьою особою КП ГІОЦ.

Також судом встановлено, що з третьою особою КП ГІОЦ у мене немає ніяких правовідносин, але при цьому не надано правової оцінки про одночасну наявність у цієї особи інформації про мене без моєї згоди (яка вказана в рахунках, що друкуються).

Встановивши, що ці рахунки друкуються на підставі господарських договорів і на виконання функцій третьої особи КП ГІОЦ, встановлених оскаржуваних розпорядженням відповідача № 478 від 15.04.1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги», суд, в порушення ст. ст. 7-9 КАС офіційно не з'ясував обставин прийняття цього розпорядження – чи прийнято воно в межах компетенції відповідача (в контексті встановлення місцевим органом виконавчої влади посередницького відсотку в структурі тарифу на житлово-комунальні послуги на користь третьої особи КП ГІОЦ, у той час як це віднесено ст. 28 Закону України № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні» до виключних повноважень органів місцевого самоврядування); чи є оскаржуване розпорядження чинним без проведення його державної реєстрації (у розумінні положень ст. 41 Закону України № 586-XIV «Про місцеві державні адміністрації»); чи є оскаржуване розпорядження чинним і чи має воно юридичну силу (у розумінні положень ст. 41 Закону України № 586-XIV та ст. 21 Закону України № 2657-XII «Про інформацію») з огляду на відсутність факту його оприлюднення згідно ст. 57 Конституції у спосіб, передбачений рішенням Київської міської ради № 138/239 від 04.02.1999 р. «Про порядок набуття чинності та оприлюднення нормативно-правових актів».

В порушення ч. 3 ст. 72 КАС судом не взято до уваги і проігноровані пояснення представника відповідача у судовому засіданні 28.01.2011 р., що оскаржуваний акт не публікувався, що підтверджується технічним записом процесу.

В порушення ч. 9 ст. 171 КАС судом не з'ясовано, чи поширювалася і чи поширюється дотепер дія розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» щодо проведення з 1 лютого по 1 травня 1997 року в Дарницькому, Ватутінському, Харківському районах м. Києва експерименту (яке передувало виданню оскаржуваного розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р. і яким обґрунтовано постанову суду) на мене, як мешканця Печерського району м. Києва.

В порушення п. 3 ч. 1 ст. 163 КАС не наведено жодних мотивів неврахування окремих доказів (якими зокрема є надані мною пояснення) – чи відповідає оскаржуване розпорядження Закону України № 2657-XII «Про інформацію» (статтям 23, 31 в редакції на час звернення до суду).

Жодним чином не враховано судом такий доказ, як рішення Конституційного Суду України № 5-зп від 30 жовтня 1997 року (по справі Устименка), яким встановлено, що частину четверту статті 23 Закону України «Про інформацію» треба розуміти так, що забороняється не лише збирання, а й зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її попередньої згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту, прав та свобод людини. До конфіденційної інформації, зокрема, належать свідчення про особу (освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дата і місце народження, майновий стан та інші персональні дані).

Висновок суду, що в своїх позовних вимогах позивач не вказує яким саме нормам зазначеного Закону № 2657-XII не відповідає оспорюване розпорядження спростовується дослідженням сторінок 4-5 мого позову (т. 1, а. с. 4-5), де ясно і чітко вказано на його невідповідність ст. ст. 23, 30 цього Закону (з офіційним тлумаченням судом конституційної юрисдикції).

Враховуючи наведене, невмотивованим і необґрунтованим є висновок суду, що проаналізувавши Закон України «Про інформацію» в цілому, в суду не було підстав вважати, що розпорядження Київської міської державної адміністрації від 15.04.1997 р. № 487 є таким, що не відповідає вказаному Закону. Очевидно, що підстав так вважати у суду не було, оскільки обставини згідно повідомлених мною фактичних даних судом не встановлювалися і докази належним чином не досліджувалися.

В порушення ч. 2 ст. 71 КАС суд неправильно розподілив обов'язки доказування і поклав на мене тягар доведення неправомірності розпорядження відповідача, при цьому не застосовувавши положення ст. 72 КАС про які повідомлялося вище.

В оскаржуваній постанові взагалі відсутні послання на кваліфікацію і вид інформації, що наведена в рахунках третьої особи і не вказано норми матеріального права, яка регулює інформаційні правовідносини сторін, відповідно до якої мала б бути вирішеною справа.

Пунктом 3.3. рішення Конституційного Суду України № 19-рп/2010 від 9 вересня 2010 року наголошується, що конституційний принцип спеціалізації, відповідно до якого утворено систему адміністративних судів, зумовив впровадження властивого йому порядку судочинства. Цей порядок у порівнянні з цивільним судочинством має відмінності в процесуальних правах і обов'язках як осіб, які беруть участь у справі, так і суду в зборі та дослідженні доказів, що має забезпечити процесуальні можливості захисту прав, свобод та інтересів позивача у спорі із суб'єктом владних повноважень. В адміністративному судочинстві, на відміну від цивільного судочинства, діє принцип офіційності, який полягає в активній позиції суду щодо з'ясування всіх обставин у справі (частини четверта, п'ята статті 11, частина друга статті 69, частина п'ята статті 71 КАС України). Отже, така специфіка обумовлена тим, що вирішення питання законності чи незаконності нормативно-правового акту (невідповідності його правовому акту вищої юридичної сили) неможливо без офіційного дослідження судом положень Конституції і законів, яким ці акти мають відповідати.

В порушення зазначеного принципу суд не надав жодної правової оцінки відповідності чи невідповідності оскаржуваного розпорядження положенням Законів

«Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про житлово-комунальні послуги», «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», «Про захист прав споживачів», на які містилися посилання у позові.

В порушення ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» судом проігноровано Конвенцію і практику Суду, на які містилося посилання у позові.

Судом в порушення п. 3 ч. 1 ст. 163 КАС не наведено жодних мотивів неврахування доказу того, що у рахунках третьої особи містяться реквізити для їх оплати саме на користь КП ГІОЦ (з яким у мене немає ніяких правовідносин), а не КП «Липкижитлосервіс». Відсутня будь-яка оцінка правомірності чи неправомірності сприяння такому стану речей з боку відповідача, оскільки споживачів житлово-комунальних послуг фактично примушують (на підставі оскаржуваного розпорядження) їх сплачувати на користь особи, з якими у них немає жодних правовідносин.

Суд усунувся від встановлення обставини існування у третьої особи КП ГІОЦ бази даних квартиронаймачів, яка була передана з КП «Липкижитлосервіс» та інших житлово-експлуатаційних організацій згідно оскаржуваного розпорядження відповідача № 478 від 15.04.1997 р. і щомісячного оновлення інформації у цій базі даних (пункт 5.2.). Також проігноровані були докази цього, що містяться на веб-сайті третьої особи (т. 1, а. с. 17). Правової оцінки законності створення такої бази судом звичайно не проводилося.

Суд відмовив мені у витребуванні матеріалів перевірки КРУ (т. 1, а. с. 18-20, 37-38), якою було встановлено, що два програмно-технічні комплекси та програмна компонента «Доступ до бази даних комунальних платежів» з програмного комплексу «Нарахування та обробка платежів мешканців міста за надані комунальні послуги у житлово-експлуатаційних організаціях» були третьою особою КП ГІОЦ передані до статуту АТ «Українська сервісна карта» і відповідно не встановлювався причинний зв'язок між такою передачею і наявністю у вільному обігу в мережі Інтернет бази даних з моїм особовим рахунком, по яким мене і мою адресу можна ідентифікувати.

Порушення норм процесуального права судом апеляційної інстанції.

13.10.2011 р. мною було заявлено відвід колегії суддів з підстав, викладених заявою (зокрема прийняття до цього рішень в інтересах відповідача по конкретним справам, частина з яких вже скасована; відмова у доступі до правосуддя особам, які приєдналися до моєї апеляційної скарги, тобто явна упередженість суду і наявність інших підстав для відводу). У відводі було відмовлено з підстав, що нібито викладені підстави не передбачені КАС, а відтак вважаю, що оскаржувану ухвалу було прийнято упередженням і неповажним складом суду (порушено вимоги ст. 2 КАС).

Колегія суддів і не збиралася вивчати доводи моєї апеляційної скарги, оскільки лише після нагадування про необхідність вирішення питання забезпечення позову, порушеного заявою від 13.02.2011 р. суд цю заяву, подану разом з апеляційною скаргою побачив. Отже, в порушення ч. 3 ст. 75 КАС, ч. 1 ст. 190 КАС судом матеріали справи не вивчалися і обставини не з'ясовувалися. У томі 2 справи також містяться нові подані мною докази, що були подані клопотанням про їх долучення від 26.08.2011 р.

В порушення п. 3 ч. 1 ст. 206 КАС в оскаржуваній ухвалі відсутні будь-які мотиви неврахування як доказів, що надавалися мною до суду першої інстанції, так і доказів отриманих після проголошення оскаржуваної постанови і поданих безпосередньо до суду апеляційної інстанції.

Так, судом повністю проігноровано факти порушення кримінальної справи № 04-27569 за ч. 2 ст. 202 КК проти третьої особи КП ГІОЦ, лист Держфінпослуг від 14.02.2011 р. про відсутність у третьої особи КП ГІОЦ ліцензії на здійснення фінансового посередництва між споживачами житлово-комунальних послуг і юридично невизначеними виконавцями житлово-комунальних послуг (внаслідок постанови Шевченківського райсуду м. Києва від

25.05.2006 р. по справі № 2а-1405/06, яким скасовано рішення Київради про їх визначення –т. 1, а. с. 30-36).

Повністю проігноровано обставини, які встановлені в судовому порядку: порушення з боку відповідача КМДА у сфері моніторингу і розрахунків при сплаті за ЖКП (постанова КААС від 14.01.2009 р. по справі № 22-а-5301/08 з ухвалою ВАСУ від 29.03.2011 р. № К-18726/09, ухвалою ВАСУ № В/9991/914/11 від 10.05.2011 р.), порушення з боку третьої особи КП ГІОЦ і нікчемність його рахунків (рішення Солом'янського райсуду м. Києва від 21.02.2006 р. по справі № 2-91-1/06).

Повністю проігноровано обставини, встановлені рішенням Солом'янського райсуду м. Києва від 06.12.2007 р. по справі № 2-563-1/07 (на підтвердження нечинності розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р., враховуючи «практичні наслідки» якого було видане оскаржуване розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р.):

Щодо врахування положень розпорядження КМДА від 27 січня 1997 р. №80 «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» суд дослідив відповідність зазначеного розпорядження вимогам законодавства, встановивши при цьому наступне:

1. постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. №731 на виконання Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» зобов'язано органи виконавчої влади, господарського управління та контролю не допускати випадків направлення на виконання нормативно-правових актів, що не пройшли державну реєстрацію та не опубліковані в установленому законодавством порядку;

2. розпорядження КМДА від 27.01.97 р. №80 «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» не зареєстроване в Київському міському управлінні юстиції та не оприлюднене належним чином, а тому не може застосовуватися до правовідносин з фізичними особами або у разі вирішення міжвідомчих питань;

3. розпорядження не відповідає чинному законодавству, оскільки частиною четвертою ст. 5 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» повноваження щодо розроблення нормативно-правових актів по формуванню цін/тарифів на житлово-комунальні послуги, стандартів, нормативів, норм, порядків та правил у сфері житлово-комунальних Послуг є виключною компетенцією центрального органу виконавчої влади з питань житлово-комунального господарства, а відповідно до ст. 6 цього Закону до повноважень Київської міської державної адміністрації віднесено забезпечення дотримання вимог законодавства у цій сфері;

4. розпорядження носить тимчасовий характер, оскільки воно стосується проведення експерименту з 1 лютого по 1 травня 1997 р. в трьох районах м. Києва (Дарницькому, Ватутінському, Харківському) по впровадженню розрахунків з постачальниками житлово-комунальних послуг, втратило чинність на" дату завершення експерименту і не може застосовуватися при виконанні вимог Методики, затвердженої розпорядженням КМДА від 26.12.2002 р. № 2306, яке пройшло державну реєстрацію в КМУ 28 грудня 2002 р. за № 100/483.

Взагалі не надано правової оцінки офіційній позиції органів юстиції щодо нечинності і неможливості застосування розпоряджень КМДА, які не пройшли процедури державної реєстрації (листи від 04.03.2011 р., 29.03.2011 р., 14.06.2011 р.), а також факту скасування державної реєстрації розпорядження КМДА, яким було покладено обов'язки щодо сплати вартості спожитих житлово-комунальних послуг на рахунок комунального підприємства «Головний інформаційно-обчислювальний центр Київської міської державної адміністрації» (КП ГІОЦ), який не є виконавцем зазначених послуг для населення і не має з ним жодних договірних відносин (Висновок № 2/33 від 08.06.2005 р.).

Як і першою інстанцією проігноровано нові докази факти існування у третьої особи КП ГІОЦ бази даних мешканців м. Києва (квартиронаймачів), про що йдеться у розпорядженні КМДА № 1029 від 25.07.2008 р. «Про удосконалення і впорядкування системи розрахунків за житлово-комунальні та інші послуги» (незареєстрованому в ГУ юстиції у м. Києві), а також з відповіді Печерської РДА від 22.02.2011 р. на мій інформаційний запит від 15.02.2011 р.

Як вбачається зі змісту оскаржуваної ухвали, колегія суддів посилається, що мною нібито не надано належних доказів, а далі фактично підтверджує «висновки» суду першої інстанції.

Абсурдом є висновок суду апеляційної інстанції, що Конституційним Судом України дано тлумачення про делегування відповідачу Київською міською радою повноважень на встановлення цін та тарифів на житлово-комунальні послуги згідно Закону України № 401-XIV від 15.01.1999 р. «Про столицю України - місто-герой Київ». По-перше, ніяких повноважень цим законом КМДА не делегувалося; по-друге, ніяких самоврядних повноважень у відповідача КМДА в 1997 р. не було, оскільки вказаний закон набрав чинності у 1999 році. Відповідач КМДА у контексті видання і судового оскарження РКМДА № 478 від 15.04.1997 р. (з передуючим йому РКМДА № 80 від 27.01.1997 р.) є місцевим органом виконавчої влади, оскільки станом на 27.01.1997 р. - 15.04.1997 р. не був виконавчим органом Київської міської ради. Київська вперше створила такий виконавчий орган своїм рішенням № 161/262 від 11.03.1999 р. «Про виконавчий орган Київської міської ради».

Без правової оцінки суду залишився факт виключення з рахунків третьої особи КП ГІОЦ прізвищ споживачів житлово-комунальних послуг з підстави набрання чинності Законом України № 2297-VI «Про захист персональних даних», що фактично є підтвердженням наявності таких персональних даних у базі даних КП ГІОЦ і їх розповсюдження на рахунках до моменту такого виключення у спосіб, що зокрема зафіксований фотографіями (т. 1, а. с. 39, 42, 45, 48).

Доводам позову, пояснень (т. 1, а. с. 77-84) і апеляційної скарги судами належної правової оцінки не дано. Тексти оскаржуваних судових рішень є по-суті рясним цитуванням текстів розпоряджень відповідача КМДА, витягів зі Статуту третьої особи КП ГІОЦ і витягів із господарських договорів між КП ГІОЦ і КП «Липкижилосервіс». Для придання вигляду обґрунтованості відмови у позові все це присмачене посиленням на декілька норм матеріального права: ст. 24 ЖК УРСР, ст. ст. 19, 20 Закону України «Про житлово-комунальні послуги», які не мають відношення до власне предмету спору і суті позовних вимог. Суд з'ясовував «господарські» правовідносини між КП ГІОЦ і КП «Липкижитлосервіс» і взагалі не прийшов до яких-небудь висновків відносно того, які ж правовідносини існують у відповідача КМДА зі мною, і згідно яких норм матеріального права вони мають право на таке існування. Судами не застосовано норми матеріального права, які підлягають застосуванню.

Судами не виконано завдання адміністративного судочинства. Вищевказані процесуальні порушення судів обох інстанцій призвели до унеможливлення встановлення фактичних обставин справи, що мають значення для правильного вирішення справи. Згідно ч. 2 ст. 227 КАС це є підставою для скасування судових рішень.

Бажаю взяти участь у засіданні суду касаційної інстанції.

На підставі викладеного, керуючись ст. 268 ЦК, статтями 13, 171, 211, 220, 227, 233 КАС України,

ПРОШУ:

постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 28 січня 2011 р. з ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду від 13 жовтня 2011 р. скасувати, прийнявши ухвалу про направлення справи на новий судовий розгляд в іншому складі суду.

Додатки: *копії постанови ОАС м. Києва від 28.01.2011 р., ухвали КААС від 13.10.2011 р., копії скарги для сторін з додатками, квитанція судового збору 20,00 грн.*

02 листопада 2011 р.

/Касатор Олійник Д. В./