

**До Вищого спеціалізованого суду України з розгляду
цивільних і кримінальних справ**

Касатор: Олійник Дмитро Вячеславович,

Особи, які брали участь у справі:

Позивач: Олійник Дмитро Вячеславович,

**Відповідач: Комунальне підприємство «Головний
інформаційно - обчислювальний центр» (код ЄДРПОУ 04013755)
вул. Космічна, 12-а, м. Київ, 02192,
засіб зв'язку –тел. 2388005,**

**Третя особа: Київська міська державна адміністрація,
вул. Хрещатик, 36, м. Київ, 01044,
засіб зв'язку –тел. 2541450,**

**Третя особа: Комунальне підприємство «Липкижитлосервіс»,
(код ЄДРПОУ 05756837)
пров. І. Мар'яненка, 7, м. Київ, 01021,
засіб зв'язку –тел. 2885025,**

**на ухвалу Дніпровського райсуду м. Києва від 20 вересня 2011 р.,
ухвалу Апеляційного суду м. Києва від 30 листопада 2011 р.
у цивільній справі № 2-3386/1-10**

КАСАЦІЙНА СКАРГА.

Оскаржуваною ухвалою Дніпровського райсуду м. Києва від 20.09.2011 р., залишеною без змін ухвалою суду апеляційної інстанції від 30.11.2011 р. мені відмовлено у задоволенні одночасно двох заяв про перегляд за нововиявленими обставинами рішення Дніпровського райсуду м. Києва від 19.11.2010 р. по справі № 2-3386/1-10.

В судовому засіданні суду апеляційної інстанції я участі не брав, що вбачається з самого тексту оскаржуваної ухвали. В порушення положень ст. ст. 321, 222 ЦПК копія суду рішення апеляційної інстанції мені поштою взагалі не направлялася; при цьому справу було направлено до суду першої інстанції з порушенням визначеного ст. 322 ЦПК строку. Дані факти підтверджуються копіями мого листування з судовими інстанціями, що надаються окремим клопотанням про їх долучення. Фактично судові рішення апеляційної інстанції я отримав лише 21.12.2011 р., що підтверджується розпискою, наявною у матеріалах справи. Про мотиви суду до того часу мені нічого не було відомо, рівно як і виконати вимоги щодо подачі копії цього рішення для подальшого оскарження я був позбавлений можливості. У зв'язку з цим строки для касаційного оскарження прошу поновити, оскільки вважаю поважними і такими, що від мене не залежали причини їх пропуску.

Питання розгляду обох моїх заяв про перегляд судового рішення відбулося з грубими процесуальними порушеннями процедури перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 11-1 ЦПК позовні заяви, скарги, подання та інші передбачені законом процесуальні документи, що подаються до суду і можуть бути

предметом судового розгляду, у порядку їх надходження підлягають обов'язковій реєстрації в автоматизованій системі документообігу суду, що здійснюється працівниками апарату відповідного суду в день надходження документів. Відповідно до ч. 3 ст. 11-1 ЦПК визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи здійснюється автоматизованою системою документообігу суду під час реєстрації відповідних документів за принципом вірогідності, який ураховує кількість справ, що перебувають у провадженні суддів, заборону брати участь у перегляді рішення для судді, який брав участь в ухваленні судового рішення, про перегляд якого ставиться питання.

Положення ч. 1 ст. 363 ЦПК, відповідно до якої рішення, ухвала суду чи судовий наказ переглядаються у зв'язку з нововиявленими обставинами судом, який ухвалив рішення, постановив ухвалу або видав судовий наказ узгоджуються зі ст. 11-1 ЦПК, оскільки суд, який ухвалив рішення (Дніпровський райсуд м. Києва) не можна процесуально ототожнювати з конкретним суддею (Барташук Л. П.).

Вказане узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 218 ЦПК, якою наголошується, що після проголошення рішення суд, який його ухвалив, не може сам скасувати або змінити це рішення (у ч. 1 ст. 218 ЦПК йдеться саме про головуєчого, а не про суд взагалі).

Таким чином, конкретній судді по першій інстанції Барташук Л. П. було заборонено переглядати власне рішення, а відтак оскаржувана ухвала суду першої інстанції прийнята неповажним складом суду.

Ст. 21 ЦПК, на яку міститься посилання в ухвалі суду апеляційної інстанції, неправильно витлумачена, оскільки новий розгляд справи процесуально неможливий без прийняття передбаченої ч. 2 ст. 365 ЦПК ухвали. Така ухвала приймається за наслідками перегляду заяви, участь в якому і заборонено приймати судді ч. 3 ст. 11-1 ЦПК. Саме тому, у випадку порушення вказаного порядку суддя згідно п. 5 ч. 1 ст. 11-1 підлягає відводу (самовідводу), про що мною і було двічі заявлено, але безпідставно не взято до уваги.

В порушення ст. 126, ч. 2 ст. 160 ЦПК суддею Барташук Л. П. були безпідставно об'єднані для спільного розгляду обидві заяви про перегляд рішення суду за нововиявленими обставинами. Суд апеляційної інстанції вказує на помилковість таких висновків, проте суд має діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ст. 19 Конституції), а не на власний розсуд робити все, «що не заборонено» ЦПК. Тому заперечую на ухвалу про об'єднання заяв.

Питання, порушені обома моїми заявами про перегляд і відвід судді були вирішені без моєї участі, як особи, що з'явилася, що є грубим порушенням вимог ст. ст. 6, 10 ЦПК. Так, клопотання від 09.09.2011 р. про розгляд питань перегляду судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами і відводу судді без моєї участі я дійсно подавав, але тільки щодо першої із заяв, датованої 01.08.2011 р. Щодо іншої заяви, датованої 06.08.2011 р. я такого клопотання не заявляв (ця обставина, викладена оскаржуваною ухвалою від 20.09.2011 р. не відповідає дійсності). Отримавши другу за рахунком судову повістку 12.09.2011 р. і впевнившись у відсутності необхідності бути присутнім в іншій справі № 2а-9685/11/2670, я 20.09.2011 р. о 09-45 ранку з'явився до суду. Проте о 10-00 секретар судді повідомила мені, що ніякого судового засідання не відбудеться і що суддя Барташук Л. П. вже закінчує друкувати ухвалу. Оскаржувану ухвалу я отримав о 10-40, про що розписався; після цього об 11-00 в іншому приміщенні суду подав його голові скаргу з приводу цих подій і мого не допуску в судове засідання.

Все вищевказане вважаю істотними порушеннями процесуального законодавства, які підпадають під диспозицію ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» і є підставою для винесення окремих ухвал на Вищу кваліфікаційну комісію суддів України і раду суддів м. Києва.

Інші процесуальні порушення полягають у тому, що судами обох інстанцій неправильно витлумачені положення ст. 361 ЦПК щодо істотності для справи обставин, які розглядаються як нововиявлені. У своїх заявах про перегляд рішення я посилався на положення саме п. 1 ч. 2 ст. 361 ЦПК, тобто вказуючи саме на істотність обставин для справи, а не інші чинники, передбачені пунктами 2, 3, 4 цієї ж частини 2 статті 361 ЦПК.

У частині невизнання мотивувальної частини рішення Солом'янського райсуду м. Києва від 06.12.2007 р. по справі № 2-563-1/07, як істотної обставини, суди посилаються на те, що преюдиційність цього рішення пов'язана із категорією справи (перша інстанція), зі складом суб'єктів, яких вона стосується і має свої межі (апеляційна інстанція).

Відповідно до ч. 3 ст. 61 ЦПК обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини.

Відповідач Комунальне підприємство «Головний інформаційно-обчислювальний центр» (КП ГІОЦ) брав участь у справі № 2-563-1/07, отже обставини, встановлені мотивувальною частиною цього рішення щодо не чинності і незаконності направлення на виконання розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги», незалежно від категорії цієї справи не доказуються в будь-яких інших справах за участі КП ГІОЦ, а відтак і в цій справі № 2-3386/1-10, де саме цим невідповідним законодавству актом було «обґрунтовано» рішення суду.

Пунктом 5 постанови Пленуму ВСУ № 9 від 01.11.1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» роз'яснюється, що судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу (акти Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим чи рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим, акти органів місцевого самоврядування, накази та інструкції міністерств і відомств, накази керівників підприємств, установ та організацій тощо) підлягають оцінці на відповідність як Конституції, так і закону. Якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягав застосуванню, не відповідає чи суперечить закону, суд зобов'язаний застосувати закон, який регулює ці правовідносини.

Дефініції «підлягають оцінці» і «буде встановлено» в логічно-смысловому зв'язку з положеннями п. 3 ч. 1 ст. 215 ЦПК вказують на те, що встановлені судом обставини викладаються мотивувальною частиною рішення.

Підкреслюю, що у ЦПК немає жодних обмежень по категоріях справ або чиннику неучасті у справі інших осіб (наприклад, мене чи КМДА), наслідками яких мало б бути виключення встановлених обставин з числа преюдиційних. Жодним іншим нормативно-правовим актом, відповідно до якого відповідач КП ГІОЦ здійснює свою діяльність рішення суду від 19.11.2010 р. не обґрунтовувалося (при цьому суд вказує, що КП ГІОЦ не є суб'єктом правовідносин, визначених Законом України «Про житлово-комунальні послуги»). Одночасно розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р. суд іменує актом індивідуальної дії (ухвала від 20.09.2011 р.). Таким чином, слід визнати, що обставини правозастосування цього розпорядження є істотними, оскільки у рішенні суду від 19.11.2010 р. по справі № 2-3386/1-10 взагалі відсутнє нормативно-правове обґрунтування протиправних дій відповідача КП ГІОЦ, окрім як посилання на «акт індивідуальної дії».

Крім того, судом першої інстанції грубо проігноровано, а судом апеляційної інстанції в порушення положень ст. ст. 313, 315 ЦПК взагалі не взято до уваги доводи заяви про перегляд і апеляційної скарги про те, що розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р. не оприлюднювалося.

Відповідно до пункту 7 ППВСУ № 9 від 01.11.1996 р. роз'яснюється на необхідність звернути увагу судів на те, що згідно з ч. 2 ст. 57 Конституції є нечинними, а отже, не можуть застосовуватись ті закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, які не доведені до відома населення у встановленому законом порядку. Це означає, що судові рішення не може ґрунтуватись на не оприлюднених нормативно-правових актах.

Ці позиції суду вищої судової інстанції були також проігноровані. Крім того, до набрання законної сили ухвали від 20.09.2011 р. постановою ВСУ від 28.11.2011 р. № 21-2646а11 ці правові позиції ще раз були підтверджені і є обов'язковими до виконання

судами України (ст. 360-7 ЦПК). Вищенаведене свідчить про неврахування судами обох інстанцій позиції ВСУ, приписів Пленуму ВСУ і грубе порушення норми процесуального права: ч. 3 ст. 61 ЦПК (підстави звільнення від доказування), що у свою чергу призвело до неправильної кваліфікації обставини такою, що не може вважатися нововиявленою.

Що стосується відхилення доводів про порушення за фактом діяльності КП ГІОЦ кримінальної справи № 04-27569 (ч. 2 ст. 202 КК), оскільки немає вироку суду, яким би було встановлено скоєння злочину, то судом при цьому також було порушено норму процесуального права.

Відповідно до п. 2. ч. 2. ст. 361 ЦПК підставами для перегляду рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами є: встановлені вироком суду, що набрав законної сили, завідомо неправдиві показання свідка, завідомо неправильний висновок експерта, завідомо неправильний переклад, фальшивість документів або речових доказів, що потягли за собою ухвалення незаконного або необґрунтованого рішення. Як вбачається з цієї процесуальної норми, вирок суду щодо службових осіб відповідача КП ГІОЦ не можна ототожнювати з нововиявленою обставиною взагалі, оскільки відповідач не є свідком, експертом або перекладачем.

У своїй заяві я посилався на п. 1 ч. 2 ст. 361 ЦПК (істотність обставин, а не наявність чи відсутність вироку суду). Незаконність діяльності відповідача необов'язково має встановлюватися саме вироком суду, а не, наприклад, з підстав визначених ст. 227 ЦК чи інших, що були викладені у моєму позові. Ототожнення істотності обставин саме з вироком суду щодо відповідача є неправильним застосуванням положень ст. 361 ЦПК. Приводи і підстави для порушення кримінальної справи, встановлені ст. 94 КПК свідчать про достатність даних, які вказують на наявність ознак злочину (який відповідачем вчинювався з січня 1997 р., тобто і під час розгляду цієї справи також). Це безумовно свідчить про істотність цих обставин, хоча визначення істотності є оціночним судженням. Але виставляння мені рахунків і прийняття грошових коштів на «транзитні рахунки» на тлі порушення кримінальної справи № 04-27569 за ч. 2 ст. 202 КК і на підставі нечинних «актів індивідуальної дії» не може свідчити про неістотність зазначених обставин.

Оскільки наведені мною обставини є фактами, що тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення прав і обов'язків, то їх слід відрізнити від судових доказів. Питання про те, чи є істотними обставини, які виявлено, вирішуються в кожному конкретному випадку. Об'єктивним критерієм віднесення нововиявлених обставин до істотних слід вважати їх спроможність вплинути на кінцевий результат вирішення справи.

У свою чергу незаконність діяльності відповідача КП ГІОЦ слід розглядати також через призму правовідносин порушення моїх немайнових прав зі з'ясуванням в судовому розгляді нормативно-правового обґрунтування такої діяльності, якщо сам суд визнає, що вона здійснюється лише на підставі «актів індивідуальної дії».

Порушення порядку вирішення питання є підставою для скасування ухвал суду.

На підставі викладеного, керуючись ст. ст. 8, 13, 324, 325, 335, 342 ЦПК України,

ПРОШУ:

поновити мені строки звернення до суду з касаційною скаргою з 22.12.2011 р. (наступного дня після одержання копії ухвали суду апеляційної інстанції і виникнення можливості її оскаржити);

оскаржувати ухвалу Дніпровського райсуду м. Києва від 20 вересня 2011 р. і Апеляційного суду м. Києва від 30 листопада 2011 р. скасувати і передати питання, порушені обома заявами про перегляд рішення за нововиявленими обставинами на новий розгляд до суду першої інстанції.

Додатки: *ухвали від 20.09.2011 р. 30.11.2011 р., копії касаційної скарги з додатками (для сторін); клопотання і квитанції судового збору (для суду).*

06 січня 2012 р.

/Касатор Олійник Д. В./