

До Вищого адміністративного суду України
вул. Московська, 8, корп. 5, м. Київ, 01029

справа № К/800/63172/13
суддя-доповідач: Мироненко О.В.

позивач по справі: Фоменко Геннадій Тимофійович

представник позивача: Фоменко Дмитро Геннадійович

Заперечення

на касаційну скаргу виконавчого комітету Кіровоградської міської ради (відповідача по справі)

I. Дотримання позивачем процесуальних строків на подання заперечень

Позивачем по справі, 05.01.2014р., засобами поштового зв'язку (простим поштовим відправленням - шляхом вкладення листа у поштову скриньку за адресою проживання позивача) отримана касаційна скарга відповідача від 10.12.2013р. на постанову Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 21.11.2013р. у справі № 1111/101/12 (2а/1111/98/12) за позовом Фоменко Геннадія Тимофійовича до виконавчого комітету Кіровоградської міської ради про визнання невідповідним нормативно-правовим актам вищої юридичної сили та нечинним з дати прийняття рішення.

Згідно штемпеля на конверті (додаток № 1), лист з ухвалою ВАСУ про відкриття касаційного провадження від 18.12.2013р. справа № К/800/63172/13, інформацією про права та обов'язки, передбачені ст.ст. 49, 51 КАС України, та копією касаційної скарги відповідача, був прийнятий відділенням зв'язку м. Києва для подальшого пересилання адресату, лише 30.12.2013р. Позивач та члени його родини щоденно перевіряють поштову скриньку за адресою проживання, і станом на 18-00 04.01.2014р. ніяких відправлень у поштовій скриньці не містилось. Тому початком строку для подання заперечень, керуючись ч. 1 ст. 103 КАС України та нормативними строками доставки поштових відправлень, просимо суд вважати наступний день після 05.01.2014 (подія - отримання поштового відправлення) – 06.01.2014р., останнім днем для подання заперечень – 15.01.2014р.

II. Порушення суддею-доповідачем ВАСУ процесуальних норм при відкритті касаційного провадження

В зв'язку з тим, що КАС України не передбачено оскарження ухвал про відкриття касаційного провадження, вважаємо за необхідне висловити своє занепокоєння щодо упереджених дій судді-доповідача Мироненка О.В. на користь відповідача, який належним чином не перевінив касаційну скаргу відповідача і додані до неї документи, та не встановив факт порушення вимог для подання касаційних скарг (ч. 5 ст. 213, КАС України) – відповідачем не додано постанову суду апеляційної інстанції, складеної у повному обсязі.

У своїй скарзі відповідач вказує (у вигляді римарки до змісту), що станом на 10.12.2013р. (день подання відповідачем скарги) ним не отримано постанову Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 21.11.2013р., складеної у повному обсязі.

На відміну від апеляційного, підставами касаційного оскарження можуть бути помилки судів першої та (або) апеляційної інстанцій лише у питаннях права, нормами якого суд керувався під час встановлення обставин справи та правовідносин, що з них випливають, вирішуючи справу. Відсутність повного тексту рішення серед документів доданих до касаційної скарги, не дає можливості в повній мірі аналізувати правову позицію суду, на якій ґрунтується оскаржуване судове рішення.

Представник відповідача був присутнім у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, строк на касаційне оскарження постанови Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 21.11.2013р. почався для відповідача 27.11.2013р., завершився 16.12.2013р.

Оскільки до обов'язків суду щодо надіслання особі, яка бере участь у справі та була присутня у судовому засіданні, копії судового рішення без подання відповідної заяви процесуальним законом не передбачено, відповідачу необхідно було подати останню до завершення строку на касаційне оскарження.

В касаційній скарзі відповідач вказує, що відповідна заява на видачу копії судового рішення ним була подана, проте копію такої заяви, згідно з переліком додатків до скарги, не додано.

Виходячи з системного аналізу ст.ст. 160, 163, 167, 207, ч.ч. 1, 3 ст. 211, ч. 2 ст. 212, п. 4 ч. 2, ч. 5 ст. 213, ч. 3 ст. 214, ст. 220 КАС України, наслідком відсутності постанови суду апеляційної інстанції, складеної у повному обсязі, яку оскаржує відповідач, неминуче повинно було настати постановлення ухвали про залишення касаційної скарги без руху, у якій зазначаються недоліки касаційної скарги, спосіб їх усунення і встановлюється строк, достатній для усунення недоліків.

Такий висновок підтверджується судовими рішеннями ВАСУ з аналогічного питання, які у загальному відкритому доступі є у ЄДРСР. Наводимо декілька номерів таких рішень у ЄДРСР: 34090784, 32452874, 32278125, 31988122, 31181601, 30833657, 30329742, 26238308, 25322243, 25413404, 24696900, 24088524, 24087895.

III. Необґрунтованість касаційної скарги відповідача

Через те, що позивач на час подання заперечень не отримав копію повного тексту рішення суду апеляційної інстанції (додаток № 2), не зміг з незалежних від нього обставин ознайомитись з матеріалами судової справи, через ненадходження останньої з апеляційної інстанції (додаток № 3), та через не внесення судового рішення до ЄДРСР, *заперечення подаються по суті скарги в частині застосування апеляційним судом у резолютивній частині постанови процесуальних норм встановлених Главою 6 КАС України «ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ В ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЯХ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ», а саме, ст. 171, з деякими вмотивованими виправленнями хибних доводів касатора – на об'єктивні та справедливі.*

Щодо належності рішення відповідача до нормативно-правових актів органів місцевого самоврядування

Визначення поняття - нормативно-правовий акт, у законах України не міститься. Тому під час визначення питання приналежності акту відповідача, який оскаржувався, до нормативно-правових, необхідно користуватись нормами процесуального законодавства, рішеннями Конституційного суду, підзаконними актами та узагальненнями судової практики в аналогічних спорах.

Згідно із визначенням понять у ст. 3 КАС України, відповідач, орган місцевого самоврядування – суб'єкт владних повноважень (п. 7, ч. 1, ст. 3 КАС України) і ця обставина ні ким не заперечувалась.

Відповідно до п. 1, ч. 2, ст. 17 КАС України, юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності. В даному випадку, законодавець поділяє рішення суб'єктів владних повноважень за колом застосування.

Керуючись таким розподілом, для початку, необхідно з'ясувати приналежність рішення відповідача до одного, чи другого виду рішень суб'єкта владних повноважень.

Рішення відповідача не містить індивідуально-конкретних приписів (в ньому не визначено конкретних осіб до яких воно підлягало застосуванню).

Разом з тим, виходячи з диспозиції ст. 144 Конституції України, рішення відповідача підлягало обов'язковому застосуванню у межах адміністративно-територіальної одиниці – міста Кіровоград. Тобто, мало локальний характер (за адміністративно-територіальним розподілом).

Враховуючи норми та поняття ЦК України, Законів України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», «Про житлово-комунальні послуги» (Розділ VI), та й з інших

законодавчих актів та звичайних явищ, очевидно, що при всьому бажанні не можна перелічити конкретних осіб, на яких рішення відповідача було направлено.

Також є беззаперечним, що рішення відповідача не мало обмежень в його багаторазовому застосуванні, що виключає його індивідуальність, адже індивідуальні акти, як правило, є одноразовими і вичерпують свою дію після їх застосування.

Отже, це рішення не є індивідуальним актом оскільки має неперсоніфікований характер, розраховане на широке коло осіб – споживачів послуги з вивезення побутових відходів, як фізичних, яким є позивач (т. 1 а.с. 15-22), так і юридичних осіб, господарюючих суб'єктів, які надають послуги у цій сфері, або виявляють інтерес надавати, або отримувати такі послуги, тощо.

Це впливає і з обмеження його дії лише за часом (переглядається раз у п'ять років, про це буде зазначено у окремому розділі заперечень) та підтверджується його використанням, перший раз, як підставою для прийняття рішення № 6 відповідачем 13.01.2012р., яким погоджений збільшений тариф для мешканців приватного сектору м. Кіровограда на послуги з вивезення ТПВ, що надаються третьою особою ТОВ «КАТП-1128» (т. 2 а.с. 15), другий раз, в той самий день, як підставою для прийняття рішення № 7, яким погоджений тариф для мешканців приватного сектору м. Кіровограда на послуги з вивезення ТПВ, що надаються третьою особою КП «Універсал-2005» (т. 2 а.с. 16).

Кожний укладений договір і виконання його умов, або такі відносини, які суди зазвичай визнають «фактичними» - по факту отримання послуги, або відкриття особового рахунку, були б черговим свідченням неодноразового застосування рішення відповідача (предмету спору).

Так, рішення відповідача в черговий раз було використано 01.08.2013р., після проведення 24.07.2013р. конкурсу з визначення виконавця послуги з вивезення побутових відходів у м. Кіровограді, як невід'ємної частини обов'язків замовника по пп. 3 п. 5 Типового договору на надання послуг з вивезення побутових відходів на певній території населеного пункту, затвердженого постановою КМ України від 16 листопада 2011 р. N 1173 «Питання надання послуг з вивезення побутових відходів», форма якого є обов'язковою для дотримання сторонами.

З доводів касатора – ТОВ КФ № 2 ТОВ «РАФ-ПЛЮС», в тому числі з касаційної скарги від 29.11.2013р., впливає, що такий договір касатором укладений з організатором конкурсу – ГУ ЖКГ Кіровоградської міської ради. Проте, після укладення додаткової угоди № 1 від 19.08.2013, настала відкладальна обставина (ст. 212 ЦКУ), і договір ще не набрав чинності.

В зв'язку з чим, стверджувати, що безпосередні права цієї особи порушені, зарано, адже не відомо – настане обставина, через яку відкладено виконання основної угоди, чи ні.

У процитованому відповідачем п. 4 мотивувальної частини рішення Конституційного суду України від 16.04.2009 у справі № 1-9/2009, судді Конституційного суду прийшли до правильного висновку, що органи місцевого самоврядування, вирішуючи питання місцевого значення, представляючи спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, приймають нормативні та ненормативні акти. До нормативних належать акти, які встановлюють, змінюють чи припиняють норми права, мають локальний характер, розраховані на широке коло осіб та застосовуються неодноразово.

Аналогічне за змістом визначення наведеному вище, міститься і у Наказі Міністерства Юстиції України № 34/5 від 12.04.2005 «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів» (п. 1.4 Порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів):

нормативно-правовий акт - офіційний документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законом формі та порядку, який встановлює норми права для неозначеного кола осіб і розрахований на неодноразове застосування.

Наявний спір про право, обов'язок або інтерес, що підтверджуються фактом участі третіх осіб під час розгляду справи (суб'єктів господарювання у сфері надання послуг поводження з ТПВ, як приватного

права, так і комунальної власності; як таких, які вже користуються рішенням відповідача у своїй діяльності, так і таких, які очікують на його використання, залучені ухвалою місцевого суду від 20.03.2012р. (т. 1 а.с. 66)), сферою застосовування рішення (комунальні послуги – послуга з вивезення ТПВ), свідчить про встановлений обов'язок (норму права) - застосовувати у своїй діяльності затверджені норми/рішення відповідача на вивезення ТПВ (т. 1 а.с. 11-14) для неозначеного кола осіб та наміру неодноразового застосування цього акту, на протязі, як мінімум, п'яти років з моменту введення в дію, з кожною наступною зміною тарифів на вивезення одного кубічного метру ТПВ, виконанням, або укладенням угод на вивезення ТПВ, передбачених Типовим договором про надання послуг з вивезення побутових відходів, затверджених Постановою КМ України від 10 грудня 2008р. N 1070 «Про затвердження Правил надання послуг з вивезення побутових відходів» (п. 6 Правил).

Цитування відповідачем загального визначення поняття – норма права, взятого з інтернет-ресурсу <http://uk.wikipedia.org> (слова для пошуку у ресурсі: Норма_Права), та його хибне трактування, як такого, що не може екстраполюватися на результат його дій по встановленню кількісного показника надання послуг, встановлення якого, по-перше, передбачає вчинення певних дій (норма права), з певного моменту, з дотриманням певного порядку (норма права), і по-друге, неухильного обов'язку використовувати цей результат у діяльності/правовідносинах (норма права), всіх неозначених учасників цих відносин, ганебно відображається й на практиці - призводить до реальних порушень прав позивача, пов'язаних з незаконним створенням відповідачем перешкод у здійсненні прав на захист законного інтересу у судовому порядку. Про що буде нижче.

Наразі невідомо, чи будуть враховані ці обставини судом апеляційної інстанції у повному тексті рішення. Більш детальні пояснення будуть надані після його отримання.

Щодо порушення прав, свобод та інтересів позивача на момент вирішення справи

Жодного разу під час розгляду справи у судах обох інстанцій, відповідач та треті особи не заперечували про можливі порушення майнових прав позивача у майбутньому, з початком застосування до нього рішення відповідача, яким норми на вивіз ТПВ збільшені.

Посилання касаторів на ст. 6 КАС України, як на імперативну норму яка передбачає доведення позивачем порушення своїх прав на момент вирішення спору, є необґрунтованими, оскільки згідно із статтею 6 КАС України, захисту підлягає не тільки порушене право, але й свободи та інтереси, якщо людина вважає, що вони порушені.

Відповідно до висновків у рішенні Конституційного суду України від 14.12.2011 р. № 19-рп/2011, яке тлумачить ст. 55 Конституції, *реалізація права на захист забезпечується у відповідному виді судочинства і в порядку, визначеному процесуальним законом*. А КАС України, як процесуальний закон, передбачає захист не тільки права, але й інтересу, який витлумачено рішенням КСУ від 01.12.2004 № 18-рп/2004. Що цілком узгоджується з завданням адміністративного судочинства: захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень (частина перша статті 2 КАС України).

Таким чином, суд апеляційної інстанції правильно використав норми процесуального законодавства під час вирішення справи, зокрема ст. 171 КАС України. Саме цією статтею встановлений порядок розгляду справ з оскарження нормативно-правових актів органів місцевого самоврядування.

На відміну від апеляційного, суд першої інстанції допустив помилку при визначенні правової природи оскаржуваного акта. На початку розгляду справи правильно визнав акт відповідача нормативним, задовольнивши клопотання позивача про зобов'язання відповідача розмістити оголошення про відкриття провадження у справі (т. 1 а.с. 40, 63), на виконання ч. 3 ст. 171 КАС України, а по завершенню розгляду справи, суд необґрунтовано та безпідставно відніс акт відповідача до індивідуального, право в оскарженні якого, дійсно, як правило, виникає з конкретного моменту його застосування.

«У цьому контексті варто звернути увагу на те, що у судовій практиці мають місце випадки, коли судами правильно встановлюється правова природа оскаржуваного акта, але допускаються помилки при визначенні суб'єктів оскарження».

Наведеною цитатою з пп. 1.1 п. 1 Інформаційного листа Вищого адміністративного суду України від 01.06.2010 N 781/11/13-10 «Щодо застосування окремих норм матеріального права під час розгляду адміністративних справ», підготовленого на підставі аналізу вивчення та узагальнення причин скасування Верховним Судом України судових рішень Вищого адміністративного суду України, переглянутих за винятковими обставинами у 2009 році, узагальнюється типова причина аналогічних судових помилок.

Отже, виходячи з витлумаченого поняття "охоронюваний законом інтерес" рішенням Конституційного Суду України від 01.12.2004 у справі № 18-рп/2004 за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес), після системного аналізу, який провів Конституційний Суд України, у всіх випадках вживання його (поняття "охоронюваний законом інтерес") у законах України у логічно-смысловому зв'язку з поняттям "права", треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам.

Відмова суду першої інстанції у захисті законних інтересів позивача на обґрунтовані, справедливі, законно встановлені та законно затверджені норми надання послуг з вивезення ТПВ, як складової вартості послуги, суперечить найголовнішому завданню адміністративного судочинства: захисті прав, свобод та інтересів фізичних осіб.

Під час розгляду справи у суді першої та апеляційної інстанцій, стороною позивача були подані докази з відповідними поясненнями, з яких випливає:

1. Фактичні обсяги користування послугою за місцем проживання відповідача на 138% менші, або у 2,38 рази (т. 1 а.с. 52-59, 124-125), ніж ті, які затвердив своїм рішенням відповідач.
2. Норми переглянуті раніше, встановлені актами вищої юридичної сили, п'ятирічного строку (т. 2 а.с. 1-16).
3. Вимірювання норм здійснене на підставі ще не прийнятих на той момент Правил, що впливає з поданого третьою особою Розрахунку (т. 2 а.с. 41-160).
4. Розрахунки норм мають чисельні невідповідності з Правилами, в них внесені неправдиві дані та наявні ознаки підроблення (Пояснення сторони позивача від 19-11-2013р. до поданих третьою особою доказів - Розрахунку).
5. Недотримання відповідачем до прийняття рішення приписів ст.ст. 31-38 ЗУ «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» (т. 2 а.с. 163-165).

Виходячи з сукупності невідповідностей та порушень, допущених відповідачем та розробниками розрахунку, норм діючого законодавства, немає ніякого сумніву, що має місце конфлікт інтересів.

Інтерес позивача в цій справі зрозумілий – отримувати відповідної якості і у необхідній кількості послуги, за справедливими та законно встановленими нормами і цінами/тарифами, приймати участь у місцевому самоврядуванні.

Інтерес відповідача – не піднімаючи тарифи на послуги (тільки збільшивши норми на їх надання) збільшити надходження коштів на користь третіх осіб. Перекласти фінансову відповідальність за встановлення економічно-необґрунтованих тарифів на плечі споживачів.

Інтерес третіх осіб - збільшити надходження коштів.

Суд апеляційної інстанції, на відміну від першої, вгледів цей конфлікт інтересів і захистив інтереси позивача, прийнявши законне, справедливе та правильне по своїй суті рішення, яке не може бути скасоване з несуттєвих, формальних причин.

Щодо обраного позивачем способу захисту

Апеляційним судом були правильно застосовані норми процесуального законодавства під час розгляду та вирішення справи. Суд дійшов до правильного висновку, що оскаржується нормативно-правовий акт органу місцевого самоврядування. У випадку невідповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень, суд визнає такий акт нечинним.

При цьому, під час розгляду справи, сторона позивача просила суди відзначити, з якого моменту оскаржуваний акт має таку невідповідність. Визначати такий момент, як доводить судова практика та її узагальнення, суд цілком має право.

Щодо створення відповідачем протиправних перешкод у доступі до правосуддя для захисту інтересів

Як зазначалось вище, під час розгляду справи у суді першої інстанції, відповідач та третя особа КФ № 2 ТОВ «РАФ-ПЛЮС» будували свої заперечення на тому, що рішення відповідача до позивача ще не застосовувалось, а тому його права ще не порушені.

Поруч з тим, стороною позивача були залучені до справи розрахунки тарифів виконавця послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій, в яких останнім було використано рішення відповідача (т. 1 а.с. 23-27). Єдине, що виконавцем послуг помилково вказані реквізити попереднього рішення про норми на вивезення ТПВ (яке на момент здійснення розрахунків і планування проведення громадських зборів з їх обговорення, вже втратило чинність), і тому визначати це необхідно по кількісному показнику.

Затвердження тарифів на послуги з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій були затверджені після розгляду справи у суді першої інстанції (т. 1 а.с. 23-27, т. 2 а.с. 8). Усвідомлюючи свої дії, відповідач протиправно, навмисно не застосував своє чинне рішення (предмет спору) до позивача, оскільки такі дії суперечили б його позиції у суді під час розгляду даної справи, а незаконно використав старе, нечинне рішення.

Поруч з тим, після затвердження тарифів стороною позивача був поданий запит з проханням надати інформацію про стан рішення відповідача (предмет спору): чинне, скасоване, зупинене (т. 2 а.с. 13).

З відповіді можна встановити: рішення відповідача (предмет спору) було чинним, ні ким не скасовувалось, не зупинялось і було обов'язковим до виконання на всій території м. Кіровограда (т. 2 а.с. 14).

Стороною позивача, такі дії розцінюються, як перешкоджання у доступі до правосуддя.

Щодо порушення п'ятирічного обмеження на перегляд норм

Доводи відповідача щодо неможливості застосування вимог встановлених актами органів центральної виконавчої влади, які були прийняті після затвердження попередніх норм надання послуг з вивезення ТПВ, не є обґрунтованими.

У суді апеляційної інстанції стороною позивача були надані пояснення (т. 2 а.с. 1-6) та залучені докази: графік дії актів у часі (т. 2 а.с. 7). Виходячи з пояснень випливає, що і до встановлення попередніх норм існували обмеження на їх перегляд.

З доданих третьою особою доказів (т. 2 а.с. 20-21), можна встановити, що виконавець цього листа підтверджує позицію позивача.

Крім того, попереднє рішення про затвердження норм надання послуг з вивезення ТПВ (т. 1 а.с. 6-8), за своїм змістом і структурою, повністю відповідають актам, які на той час діяли. Тобто, відповідач керувався ними, хоча прямо про це не вказав у рішенні.

Звертаю увагу суду, що більшість з зазначених обставин та висновків, суд апеляційної інстанції повинен встановити у повному тексті рішення. Якщо цього не відбудеться, після отримання повного тексту постанови апеляційного суду, стороною позивача буде прийняте рішення про подання касаційної скарги з таких підстав.

Керуючись викладеним та ст.ст. 216, 220, 220-1, 223, 224, 231 КАС України, -

ПРОШУ СУД:

1. Під час попереднього судового розгляду, керуючись ч. 3 ст. 220-1 КАС України, відхилити касаційну скаргу відповідача, як таку, що не містить підстав для скасування судового рішення апеляційної інстанції.
2. У випадку призначення справи до судового розгляду, прошу у визначений процесуальним законом строк письмово повідомити про час та місце розгляду справи.

Додатки: 1) копія конверту в якому надійшла ухвала ВАСУ та копія касаційної скарги відповідача; 2) копії заяви про направлення постанови, складеної у повному обсязі, квитанції про відправлення цінного листа, повідомлення про вручення відправлення; 3) копія заяви до місцевого суду з проханням надати письмову відповідь про причини з яких неможливо ознайомлення зі справою № 1111/101/12 (2а/1111/98/12); 4) копія довіреності на представлення інтересів.

Представник позивача Фоменко Дмитро Геннадійович _____
(підпис)

15.01.2014р.