

**ВІДЗИВ
ОФІЦІЙНОГО ОПОНЕНТА**

**кандидата юридичних наук, доцента,
заступника голови апеляційного суду Одеської області з цивільних справ
Дрішлюка Андрія Ігоровича
на дисертацію Фасія Богдана Володимировича на тему:
«Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні:
теорія та практика»,
подану на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за
спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне
право; міжнародне приватне право**

Актуальність теми дослідження. Врегулювання законом всіх правових ситуацій в сфері приватного права знаходиться поза межами можливості будь-якого законодавця, оскільки охопити та типізувати всі варіанти життєвих випадків, які можуть мати місце між юридично рівними та вільними у своєму виборі контрагентів, учасниками цивільних відносин, не можливо. Тому цілком логічно, що в процесі розгляду цивільної справи, суд може опинитися в ситуації, коли відсутня норма цивільного законодавства, що регламентує відносини в яких виник спір. Відсутність законодавства, його неповнота, нечіткість, суперечливість не може бути підставою для відмови в розгляду спору в суді (ч. 9 ст. 9 ЦПК України). Судді, робота яких в більшості випадків зведена процесуальною формою до застосування закону, мають схильність при подоланні прогалин використовувати перш за все позитивне законодавство, в тому числі субсидіарно, ніж переходити на аналогію закону, аналогію права. При цьому можливо саме ця тенденція, крім позитивиського намагання «все врегулювати», призвела до того, що часто сенс закону підмінюється підзаконними актами, сукупність яких разом із законами, і формує законодавство – традиційне джерело для процесу здійснення судочинства. Між тим, розуміння сутності та механізму

подолання недоліків законодавчого регулювання має принципове значення для формування єдиної судової практики в більшості з проблемних категорій цивільних спорів. Одним з таких способів є субсидіарне застосування норм цивільного законодавства. Таким чином дисертаційне дослідження Фасія Богдана Володимировича виконане на актуальну та практично вагому тематику.

Ступінь обґрунтованості, достовірність і новизна сформульованих у дисертації наукових положень та висновків.

Дисертація являє собою завершену наукову працю, у якій здобувач досліджує субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні.

При виконанні дослідження автором була сформульована мета - комплексне дослідження фундаментальних теоретичних та практичних проблем субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Здобувачу вдалось побудувати своє дослідження таким чином, щоб сформулювати науково обґрунтовані пропозиції щодо удосконалення законодавства України з метою легалізації процедури фактичного субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до інших галузей права (с. 33-34, 77, 109, 137, 169, 172).

Як свідчить текст дисертаційного дослідження, автором відповідно до мети було сформульовано завдання, для вирішення якого здобувачем було опрацьовано значну кількість монографічної літератури, періодики, а також вивчено судову практику. В остаточному підсумку це разом з належно обраною методологічною базою забезпечило належну якість проведеного дослідження, а також достовірність отриманих результатів. Автор посилається на судову практику (с. 65, 71, 74, 84, 85, 87-88, 103, 119, 121, 125, 128, 146, 147, 148, 153, 168), що додало дослідженню завершеного вигляду.

Виходячи з цілей та завдань дисертаційного дослідження перший розділ автор присвятив вивченню теоретико - правових засад субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Звертаючись до цього аспекту

дослідження автор повинен був проаналізувати стан вивчення проблематики, зокрема здобутки доктрини щодо аналогії та субсидіарного застосування норм у контексті способів подолання прогалин у законодавстві. Тому цікавим є історичний екскурс в часи римського приватного права, при цьому саме в ньому завдяки застосуванням преторських едиктів при подоланні прогалин в регулюванні відносин, автор вбачає прообраз сучасного механізму застосування аналогії (с. 13-16). Оскільки головний аспект проблематики обраної для дисертаційного дослідження тісно пов'язаний з проблемою прогалин в законодавстві, то автором цілком логічно звернено увагу на теоретичний аспект прогальності закону та шляхів її подолання, зокрема аналогії закону, аналогії права та їх співвідношення (с. 16-21).

Досліджено представлені в юридичній доктрині точки зору на правову природу субсидіарного застосування, зокрема щодо ототожнення аналогії закону і субсидіарного застосування норм цивільного законодавства; поділ аналогії закону і субсидіарного застосування норм законодавства; визначення субсидіарного застосування норм цивільного законодавства як правового засобу економії нормативного матеріалу; спосіб подолання прогалин і правовий засіб економії нормативного матеріалу (с. 21-25), та запропоновано авторське бачення субсидіарного застосування норм законодавства як більш ширше, ніж в якості міжгалузевої аналогії, оскільки воно може використовуватися як при наявності прогалин у законодавстві, так і при їх відсутності (с. 30). Також проаналізувавши доктрину, автор правильно порушує питання - субсидіарне застосування норм цивільного законодавства це самостійний інститут, порядок, певна можливість чи правовий механізм? Він пропонує розглядати його як правовий механізм та обґрунтовує власну позицію з цього приводу (с. 31-33).

Значну увагу при цьому відведено умовам, видам та принципам субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Автором правильно зазначається, що забезпечення принципів верховенства права та законності в регулюванні будь-яких відносин зумовлює необхідність

виявлення тих правових умов, за наявності яких субсидіарне застосування норм законодавства буде визнаватися необхідним, можливим і доцільним (с. 34).

Слід погодитись з тим, що умовою субсидіарного застосування норм законодавства є наявність розвиненого законодавства в профільюючій галузі, нормами якої доводиться керуватися при відсутності відповідних правил у суміжної галузі права. В такому контексті також слід погодитись з думкою автора про те, що домінуюче положення і профільююче значення цивільного права визначене об'ємністю та розвиненістю його законодавства. Жодна галузь права в Україні не має такої кількості джерел правового регулювання як цивільне право (с. 35). Під час дослідження автор вірно звернув увагу на чинне законодавство, яке прямо вказує на субсидіарне застосування цивільних норм до інших відносин, таких як сімейні, житлові, земельні трудові тощо (с. 42-47).

Автором також звернено увагу на принципи цивільного права та на їх роль та значення в механізмі субсидіарного застосування цивільного законодавства (с. 48-50). При цьому значну увагу приділено принципу справедливості, добросовісності та розумності як головним принципам у всій системі цивільно-правового регулювання (с.52-55).

Автор також слушно звернувся до методологічних питань визначення сфери субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, при цьому автор обирає базовим методом метод соціологічних досліджень, який в контексті дослідження буде орієнтований на вивчення поведінки суддів при вирішенні спорів.

Другий розділ було відведено здобувачем для вивчення можливості субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до галузей матеріального права.

Продовжуючи дослідження автор звертається до субсидіарного застосування цивільного законодавства до сімейних відносин, при цьому слушно звернуто увагу на те, що якщо раніше йшлося про субсидіарне

застосування тільки до майнових відносин, то сьогодні вже йдеться про всі відносини без обмежень (с. 81). Досліджено шлюбний договір та договір про сурогатне материнство, які, на думку автора, є цивільно-правовими (с. 91-92).

Автором ретельно досліджено розмежування трудового та цивільного законодавства при вивченні питання про можливість субсидіарного застосування норм ЦК до трудових відносин (с. 98-99). При цьому слушно зауважено, що в нашій країні не сформована одноманітна судова практика, коли трудові відносини підміняються цивільно-правовими нормами або використовуються конструкції змішаних відносин із елементами застосування цивільних і трудових норм (с. 102-103). Дослідник правильно підтримує пропозицію щодо необхідності врегулювати це питання в трудовому законодавстві (с. 103). Незважаючи на дискусійність, цікавим є позиція автора щодо можливості використання субсидіарно цивільних норм про правочини до окремих видів трудових спорів (с. 107).

Досліджуючи питання про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин, автор торкається дискусії щодо співвідношення цивільного та господарського законодавства, їхнього розмежування, в тому числі в судовій практиці (с. 110-113). Обґрунтовано можливість субсидіарного застосування норм цивільного кодексу України до господарських відносин.

Не менш цікавим була спроба автора вивчити можливість субсидіарного застосування Цивільного кодексу України в інших матеріально-правових галузях, зокрема бюджетної (с. 122-125), податкової (с. 125-128), митної (с. 128-132), кримінальної (с. 132-136).

Третій розділ присвячено дослідженню можливостям застосування норм цивільного законодавства до процесуальних галузей права.

Виходячи зі специфіки обраного аспекту проблематики автор слушно починає дослідження з проблеми представництва та визначення його природи (с. 139). Слід підтримати позицію автора, щодо необхідності

субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про способи захисту цивільних прав та інтересів до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин (с. 143).

Окремим напрямком дослідження стало субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин (с. 150-157), до кримінально-процесуальних відносин (с. 158-168).

Завершуючи дослідження автором сформульовані авторські висновки, які хоча і можна визнати в певній частині дискусійними, тем не менш вони заслуговують уваги та можуть бути використані для подальших наукових розробок.

Повнота викладу положень дисертації в опублікованих працях.

За темою дисертаційного дослідження здобувачем опубліковано 11 наукових статей, з яких 8 статей опубліковано у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 статтю – у зарубіжному періодичному виданні. Серед інших опублікованих праць дисертанта, які додатково відображають наукові здобутки дисертації, є тези (матеріали) вісімнадцяти конференцій. Опубліковані наукові праці з достатньою повнотою відображають основні результати проведених здобувачем досліджень всіх розділів дисертації; серед них немає публікацій, написаних у співавторстві.

Відповідність дисертації спеціальності, з якої вона подана до захисту.

Зміст дисертації відповідає науковій спеціальності 12.00.03, з якої вона подана до захисту.

Дискусійні положення та зауваження до дисертації.

Дисертаційне дослідження Фасія Б.В., як і будь-яка наукова праця, не позбавлене ряду дискусійних положень, а також позицій, щодо яких слід зробити такі зауваження:

1. Цитуючи авторів навчальних курсів з цивільного права, в частині аналогії, дослідник фактично погоджується, з тим, що усувати прогалини аналогією закону можуть лише судові органи, а застосовувати аналогію права може будь-який орган чи особа, що має цивільну юрисдикцію (застосовує цивільно-правові норми): суди всіх рівнів, прокурори, нотаріуси тощо (с. 16). Між тим, виходячи з юридичної практики, коли жоден з органів, крім суду, не використовує будь-яку аналогію, так само субсидіарно не застосовує інших нормативних актів, крім відомчих, слід було розкрити такий підхід більш детально, зокрема з точки зору законодавчої традиції та конституційних принципів.

2. Не зовсім логічно виглядає з точки зору подальшої побудови роботи, навіть не зважаючи на посилання автора на специфіку окремих галузей як приватно-публічних, дослідження субсидіарного порядку застосування цивільного законодавства до земельних і природоресурсних відносин (с. 58 та наст.) та до житлових відносин (с. 68 та наст.) в контексті того, що до методології дослідження цей аспект навряд чи можна віднести, а аналогічні по суті питання розглядаються в наступному розділі.

3. Під час дослідження питання про субсидіарне застосування положень ЦК України в аліментних відносинах та обмежуючи застосування правил цивільного законодавства про повне відшкодування шкоди, включаючи упущену вигоду, як таке, що суперечить суті аліментних зобов'язань, автор не висловлюється щодо можливості застосування ч. 3 ст. 551 ЦК України судом при вирішенні питання про стягнення неустойки за несвоєчасну сплату аліментів.

4. Досліджуючи питання про способи захисту автор вказує, що ані ЦПК України, ані КАС України не містять цих способів захисту цивільних прав та інтересів. Ці способи здійснення охорони цивільних прав та інтересів,

приводиться в дію за рішенням суду в разі їх порушення чи реальної небезпеки такого порушення (с. 116). Між тим, дослідження виграло б якщо автором було проаналізовано проект змін до процесуального законодавства України, підготовленого Радою з питань судової реформи при Президенті України (http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27ne_zakonodavstvo), в яких вказане питання вирішено відповідно до практики Європейського суду та підходу напрацьованого Верховним Судом України в 2013 році.

5. Автором висловлюється пропозиція щодо доповнення частини 2 ст. 2 ЦПК України і викладення її в такої редакції: «2. Не допускається застосування при здійсненні цивільного судочинства інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом» (частини 2, 3, 4 ст. 2 ЦПК України у зв'язку зі змінами вважати частинами 3, 4, 5 ст. 2 ЦПК України) та ч. 2 ст. 5 КАС України, яку дослідник пропонує викласти в такій редакції: «2. Не допускається застосування при здійсненні адміністративного судочинства інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом» (частину 2 ст. 5 КАС України у зв'язку зі змінами вважати ч. 3 ст. 5 КАС України) (с. 169). Між тим, з врахуванням результатів виконаного дослідження, зокрема проведеного аналізу та прикладів наведених автором скоріше запропонована редакція повинна була виглядати іншим чином, включаючи дозвіл на застосування цивільного законодавства, про що й йшлося в відповідних частинах роботи. Принаймні позиція автора з цього приводу підлягає уточненню під час захисту.

Наведені зауваження не применшують у цілому високої позитивної оцінки дисертаційного дослідження, яке присвячене актуальній та практично вагомім проблематиці. Дисертація є самостійною, закінченою науковою працею, яка відповідає вимогам, що встановлені до робіт такого рівня щодо новизни та досягнення наукових результатів.

ЗАГАЛЬНИЙ ВИСНОВОК:

Дисертаційна робота Фасія Богдана Володимировича на тему «Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні: теорія та практика», є завершеною науковою працею, яка присвячена актуальним проблемам субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до інших правовідносин, в тому числі судом, яка виконана на належному науковому рівні, містить аналіз доктрини, чинного українського законодавства, а також підготовлені дисертантом на основі проведеного дослідження нові наукові положення та пропозиції, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства України.

Дисертація та автореферат як за змістом, так і за оформленням відповідають основним вимогам, встановленим для дисертаційних робіт на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Зміст автореферату належним чином відображає основні положення дисертації.

Наведене дозволяє зробити обґрунтований висновок, що дисертація та автореферат Фасія Богдана Володимировича на тему «Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні: теорія та практика», можна розглядати як самостійну роботу, яка становить певний внесок у розвиток сучасної науки цивільного права, відповідає існуючим державним вимогам, які пред'являються до змісту та оформленню дисертацій та авторефератів, а її автор заслуговує присудження наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право.

Офіційний опонент

кандидат юридичних наук, доцент,

заступник голови

апеляційного суду Одеської області з цивільних справ  Дрішлюк