

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

УДК 347.1:340.132.6 (477)

На правах рукопису

ФАСІЙ Богдан Володимирович

**СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО
ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА**

12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

ДИСЕРТАЦІЯ

на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:

д.ю.н., професор,

член-кореспондент НАПрН України,

заслужений діяч науки і техніки

Харитонов Євген Олегович

Одеса – 2016

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1 ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СУБСИДІАРНОГО ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	13
1.1. Аналогія та субсидіарне застосування норм у системі способів подолання прогалин у законодавстві: характеристика стану наукової розробки проблеми....	13
1.2. Умови, види і принципи субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.....	34
1.3. Методологічні питання визначення сфери субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.....	55
Висновки до Розділу 1	76
РОЗДІЛ 2 СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ГАЛУЗЕЙ МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ	80
2.1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин.....	80
2.2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин.....	94
2.3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин.....	110
2.4. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до деяких публічно-правових відносин	122
Висновки до Розділу 2	136
РОЗДІЛ 3 СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ГАЛУЗЕЙ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ	139
3.1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин	139
3.2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин	150
3.3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до кримінально-процесуальних відносин	158
Висновки до Розділу 3	168
ВИСНОВКИ.....	170
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	174

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

Бюджетний кодекс України – БК України;
Господарський кодекс України – ГК України;
Господарський процесуальний кодекс України – ГПК України;
Житловий кодекс Української РСР – ЖК УРСР;
Земельний кодекс України – ЗК України;
Кодекс адміністративного судочинства України – КАС України;
Кодекс законів про працю України – КЗпП України;
Кодекс України про адміністративні правопорушення – КУпАП;
Кримінальний кодекс України – КК України;
Кримінальний процесуальний кодекс України – КПК України;
Митний кодекс України – МК України;
Податкового кодексу України – ПК України;
Сімейний кодекс України – СК України;
Цивільний кодекс України – ЦК України;
Цивільний процесуальний кодекс України – ЦПК України;
Верховний Суд України – ВСУ;
Зовнішньоекономічна діяльність – ЗЕД.

ВСТУП

Актуальність теми. Одним із напрямів реалізації прагнення українського суспільства до побудови правової держави в умовах євроінтеграції є подолання прогалин, які є різновидом дефектів правового забезпечення правопорядку. На сучасному етапі реформування правової системи України неможливо уникнути прогалин. Способи подолання прогалин у законодавстві потребують нових правових рішень, зумовлені потребами суспільного життя та розвитку. Жодне законодавство чи то матеріальне, чи то процесуальне не в змозі врахувати все різноманіття суспільних відносин, що потребує правового регулювання.

В юриспруденції особлива увага приділяється розмежуванню галузей права. Разом із тим, це питання залишається недостатньо дослідженим. Зокрема, йдеться про проблеми взаємодії та взаємопроникнення галузей права, попри те що між ними немає чіткої грані. Подібність предмета і методу правового регулювання дозволяє говорити про відносну єдність галузей права. Тому не випадково в одному і тому самому нормативно-правовому акті можна знайти норми різних галузей права. Законодавець у цьому випадку вчиняє практично, керуючись принципом економії, раціональним використанням нормативного матеріалу, він знаходить цілком обґрунтовані рішення, замість викладу в новому нормативно-правовому акті вже існуючих ним правил, тільки посилається на джерела, в яких вони знаходяться. У таких випадках йдеться про субсидіарне застосування норм законодавства.

В умовах становлення нової правової системи сучасної України, її інтеграції в європейську правову систему виникли питання щодо нового розуміння субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є специфічним прийомом, що використовується в юридичній техніці при підготовці нормативно-правового акту, що містить відсильні правові норми. Але зміни, що відбуваються в суспільно-політичному житті країни, її правовій системі, змушують виходити за

межі традиційного розуміння субсидіарного застосування норм законодавства, яке було представлено попередніми дослідженнями.

Проблеми виявлення та подолання прогалин шляхом використання субсидіарного застосування норм цивільного законодавства були предметом дослідження як вітчизняних, так зарубіжних дослідників. Розробкою теоретичної конструкції субсидіарного застосування норм законодавства займалися О.І. Абрамова, С.С. Алексєєв, М.В. Антокольська, А.Х. Ахмач, А.В. Ашихміна, М.Й. Бару, В.А. Божок, А.Т. Боннер, В.І. Борисова, Л.Я. Гінцбург, Л.А. Грось, В.М. Гураш, А.І. Дрішлюк, Ю.Г. Жаріков, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, Ю.Х. Калмиков, О.О. Кармаза, В.Н. Карташов, Т.С. Ківалова, Т.О. Коваленко, О.В. Колотова, Л.В. Кузнєцова, Н.С. Кузнєцова, В.В. Лазарєв, В.І. Леушин, В.В. Луць, Р.А. Майданик, А.М. Махінова, А.М. Мірошніченко, С.В. Очкуренко, А.Г. Певзнер, С.П. Погребняк, С.О. Погрібний, С.В. Поленіна, О.Ф. Скакун, К.І. Спектор, П.Р. Стависький, Я.Ф. Фархтдінов, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, В.В. Цюра, Ю.С. Червоний, Т.В. Шевченко, О.М. Ярошенко. Останнім часом схожі проблеми стали предметом дисертаційних досліджень О.В. Некрасової («Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин, 2008 р.), С.І. Клім («Аналогія закону в цивільному праві України», 2012 р.) та С.В. Завальнюка («Аналогія права за цивільним законодавством України», 2015 р.).

Водночас, у сучасній науці цивільного права відсутні спеціальні комплексні дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Таким чином, актуальність теми дисертаційного дослідження обумовлюється необхідністю розвитку теорії цивільного права щодо поняття, умов, видів, принципів субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, а також удосконалення чинного законодавства та правозастосовної практики в цій сфері.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Теоретичні та практичні питання теми дисертації досліджувалися у межах виконання плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету

«Одеська юридична академія» «Методологічні засади вдосконалення цивільного законодавства» на 2011-2015 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності та права» на 2011-2015 роки (державний реєстраційний номер 0110U000671), а також плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Цивілістичний вимір інтеграційного розвитку України» на 2016-2020 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 роки (державний реєстраційний номер 0116U001842).

Мета і завдання дослідження. Мета дисертації полягає у спеціальному комплексному дослідженні фундаментальних теоретичних та практичних проблем субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, формулюванні пропозицій щодо удосконалення законодавства України в цій сфері та практики його застосування.

Для досягнення поставленої мети вирішувалися такі завдання:

з'ясувати стан та перспективи розвитку вчення про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства;

визначити поняття та сутність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства;

виокремити умови, види та принципи субсидіарного застосування норм цивільного законодавства;

дослідити субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин;

з'ясувати допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин;

встановити субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських, житлових і земельних відносин;

дослідити субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до матеріальних публічно-правових відносин;

з'ясувати допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних, господарських процесуальних, адміністративних процесуальних і кримінально-процесуальних відносин.

Об'єктом дослідження є правовідносини, які виникають під час субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Предметом дослідження є субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в Україні.

Методи дослідження. При дослідженні проблем, які входять до предмету дисертаційної роботи, було використано загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання. При дослідженні загальнотеоретичних аспектів субсидіарного застосування норм цивільного законодавства було використано діалектичний метод пізнання правової дійсності (п.п. 1.1, 1.2, 1.3). За допомогою формально-логічного методу було досліджено поняття субсидіарного застосування норм цивільного законодавства (п. 1.1). Використання методу системно-структурного аналізу дозволило здійснити класифікацію субсидіарного застосування норм цивільного законодавства (п. 1.2). Структурно-функціональний метод дозволив розглянути умови і принципи субсидіарного застосування норм цивільного законодавства (п. 1.2). Результати догматичного (логічного) аналізу використані при формулюванні висновків і пропозицій у дисертації з урахуванням вимог відносно визначеності, несуперечливості, послідовності й обґрунтованості суджень у межах загальнотеоретичних і цивільно-правових конструкцій. Метод конкретних соціологічних досліджень використовувався при дослідженні судової практики та виявленні правозастосовного значення субсидіарного застосування норм цивільного законодавства (п.п. 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3).

Нормативну основу дослідження становлять положення Конституції України, ЦК України, СК України, КЗпП України, ЖК УРСР, ЗК України, БК України, ПК України, МК України, КК України, ЦПК України, ГПК України, КАС України, КПК України.

Емпіричну базу дисертаційного дослідження становлять рішення вітчизняних місцевих, апеляційних судів, розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень за 2012-2016 роки, рішення Верховного Суду України, а також постанови Пленуму Верховного Суду України.

Наукова новизна отриманих результатів полягає в тому, що дисертація є першим у вітчизняній науці цивільного права спеціальним комплексним дослідженням субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

У межах здійсненого дослідження одержано такі результати, що мають наукову новизну:

вперше:

на підставі дослідження нормативного матеріалу визначено місце субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в системі способів подолання прогалин, а також визначено субсидіарне застосування норм цивільного законодавства як правовий механізм, який дозволяє розвантажувати законодавство від нераціонального дублювання тотожних та аналогічних норм і понять у суміжних відносинах, інститутах, галузях права;

досліджено елементи механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, якими є: 1) нормативна основа; 2) юридичний факт; 3) поведінка суб'єктів (суб'єктивні права та обов'язки); 4) акти правореалізації («використання» → «дотримання» або «виконання»); 5) захист порушених прав та інтересів;

виокремлено та обґрунтовано класифікацію субсидіарного застосування норм цивільного законодавства за деякими підставами: 1) залежно від форми конституювання – на санкціоноване субсидіарне застосування норм законодавства і субсидіарне застосування норм законодавства за умовчуванням. Санкціоноване субсидіарне застосування норм законодавства, у свою чергу, поділяється на субсидіарне застосування норм законодавства, згадка про допустимість якого міститься в самому законі, і субсидіарне застосування норм законодавства, вказівка на допустимість якого міститься в законі, що регулює відносини, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 2) залежно від

суб'єктів, які здійснюють застосування – на субсидіарне застосування норм законодавства судовими органами, нотаріусами, фізичними особами, іншими суб'єктами цивільних і суміжних відносин; 3) залежно від ролі цивільного права – на субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до природоресурсних, трудових, сімейних, житлових, земельних, господарських, бюджетних, податкових, митних, кримінальних, цивільних процесуальних, адміністративних процесуальних, господарських процесуальних і кримінально-процесуальних відносин;

запропоновано принципи субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, виходячи із загально-правових принципів та загальних принципів цивільного законодавства: 1) принцип неприпустимості довільного втручання у сферу приватного життя; 2) принцип свободи договорів; 3) принцип судового захисту прав та інтересів; 4) принципи верховенства права, рівності, обґрунтованості; 5) принципи справедливості, добросовісності, розумності, ефективності;

зроблено висновок про необхідність дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства за поділом на матеріальні та процесуальні відносини. Якраз ця позиція унеможливить спори щодо визначення місця деяких галузей права в дихотомії «приватне право-публічне право»;

встановлено, що для галузей приватного права субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є природним; для галузей публічного права – безпосередньо передбаченим у законодавстві та (або) таким, що впливає із сутності відносин; для галузей приватно-публічного права – природним чи безпосередньо передбаченим у законодавстві, залежно від того, які методи правового регулювання переважають у відносинах, що виникли;

комплексно розглянуто субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до кримінальних, кримінально-процесуальних та господарських процесуальних відносин;

сформульовано науково-обґрунтовані пропозиції про внесення змін та доповнень до ЦК України, КЗпП України, ЦПК України та КАС України щодо вдосконалення субсидіарного застосування норм цивільного законодавства;

вдосконалено:

умови субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, якими є:

1) неврегульованість суспільних відносин; 2) наявність норми, яка регулює подібні відносини у цивільному законодавстві; 3) однорідність предмета і методу правового регулювання між цивільним правом та суміжними з ним галузями права; 4) відсутність прямої заборони на субсидіарне застосування норм законодавства; 5) прийняття рішення на підставі та в межах правових норм суміжних галузей законодавства, відповідних їх цілям, принципам і загальному сенсу;

підхід, який дозволяє розмежувати субсидіарне застосування норм цивільного законодавства від аналогії закону (міжгалузевої аналогії) залежно від підстав здійснення їх регулятивної дії, суб'єктів, волі законодавця;

теоретичні положення щодо ймовірного характеру субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових, житлових, земельних, господарських, бюджетних, податкових, цивільних процесуальних і адміністративних процесуальних відносин у частині приватно-правового регулювання;

дістало подальшого розвитку:

положення про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства як способу подолання прогалин, так і правового засобу для економії нормативного матеріалу;

теза про те, що СК України допускає практично необмежене застосування норм цивільного законодавства, у результаті відсутності деяких норм сімейного законодавства, що регулюють відносини між членами сім'ї, і наявності норм цивільного законодавства, що регулюють ці відносини;

висновок про те, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допустиме за відсутності в трудовому законодавстві спеціальних положень щодо захисту прав суб'єктів трудових відносин.

Практичне значення одержаних результатів. Основні положення, висновки та пропозиції, сформульовані в дисертації, можуть бути використані у:

правотворчості – для удосконалення актів законодавства, що регулюють цивільні і суміжні з ними відносини;

науково-дослідницькій сфері – для подальшої наукової розробки теорії субсидіарного застосування норм цивільного законодавства;

правозастосовній діяльності – для вдосконалення практики субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в Україні;

навчальному процесі – при викладанні нормативних курсів «Цивільне право», «Трудове право», «Господарське право», «Земельне право», спеціальних курсів «Сімейні правовідносини», «Житлові правовідносини», «Зобов'язання відшкодування шкоди», підготовці навчальних підручників, посібників, методичних рекомендацій із зазначених дисциплін;

правовиховній сфері – для підвищення рівня правової культури населення, формування фахової правосвідомості студентів вищих юридичних навчальних закладів.

Апробація результатів дисертації. Дисертація виконана та обговорена на кафедрі цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія». Основні положення роботи були оприлюднені на міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференціях, круглих столах, зокрема: Інтернет-конференції «Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І.В. Шерешевського «Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства» (м. Одеса, 5 грудня 2014 р.); Х Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасна цивілістика» (м. Одеса, 27-28 квітня 2015 р.); І Міжнародній мультидисциплінарній конференції «Наукові записки Міжнародного гуманітарного університету» (м. Одеса, 15 травня 2015 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання

державотворення в Україні» (м. Київ, 22 травня 2015 р.); Міжнародній науковій конференції «Римське право і сучасність» (м. Одеса, 29 травня 2015 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Нові завдання та напрями розвитку юридичної науки у XXI столітті» (м. Одеса, 26-27 лютого 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції до 150-річчя від дня народження Є.В. Васьковського «Методологічні засади вдосконалення цивільного процесуального права» (м. Одеса, 8 квітня 2016 р.); V Міжнародній науковій Інтернет-конференції «Приватне право в умовах глобалізації: на шляху до ренесансу українського права» (м. Миколаїв, 20 березня 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції» (м. Одеса, 20 травня 2016 р.); Міжнародній науковій конференції «Римське право як підґрунтя сучасного права Європи» (м. Одеса, 27 травня 2016 р.); IX Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми правової науки і державотворення в Україні в контексті правової інтеграції» (м. Суми, 21-22 травня 2016 р.); Науково-практичній конференції «ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні» (м. Львів, 19 листопада 2016 р.); Круглому столі «Проблеми відшкодування шкоди в контексті імплементації Угоди про асоціацію Україна-ЄС» (м. Одеса, 6 грудня 2016 р.).

Публікації. Основні теоретичні положення, наукові висновки та практичні рекомендації, що становлять зміст дисертації, викладені в 11 наукових статтях, з яких 8 статей опубліковано у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 1 стаття – у зарубіжному періодичному виданні, а також у 18 тезах доповідей на наукових конференціях, засіданнях круглих столів.

Структура дисертації. Робота складається зі вступу, трьох розділів, що об'єднують 10 підрозділів, висновків та списку використаних джерел (314 найменувань). Загальний обсяг дисертації становить 202 сторінки, з яких основного тексту – 173 сторінки.

РОЗДІЛ 1

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СУБСИДІАРНОГО ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

1.1. Аналогія та субсидіарне застосування норм у системі способів подолання прогалин у законодавстві: характеристика стану наукової розробки проблеми

Дослідження проблеми прогалин у законодавстві має давню історичну традицію, що сходить до праць юристів та мислителів Античної Греції та Стародавнього Риму, які вперше звернули увагу на те, що закон не може повністю охопити те, що відбувається. Платон стверджував, що законодавство не може уникнути прогалин внаслідок неможливості бути досконально виробленим до кінця [177, с. 10]. Учень Платона Арістотель, розвиваючи цю тезу, відзначав свідоме допущення законодавцем недоліків (прогалин), бо в законі неможливо визначити конкретний випадок. Можливість подолання прогалин у позитивному праві Арістотель вбачав у природному (неписаному) праві, що представляє собою сукупність незмінних законів природи. Коли право мовчить, якраз закони природи підказують суду рішення у випадках, встановлених державою [14, с. 50-51].

Для подолання прогалин Арістотель обґрунтував теорію «виправної справедливості» (вчення про співвідношення правди та справедливості). Згідно цієї теорії, закон ототожнювався зі справедливістю, але через можливу його недосконалість при застосуванні його до конкретних випадків життя, пропонувалося виходити з поняття правди (як вищої сили справедливості).

У правовій системі Стародавнього Риму, заснованої на *jus civile* (цивільне право) та *jus praetorium* (преторське право), також існували прогалини, які долалися за допомогою преторських едиктів. У разі, якщо *jus civile* містило прогалини, внаслідок яких приватна особа зазнавала збитків і не могла захистити свій порушений інтерес у вигляді позову, то задовольнити скаргу цієї особи міг претор, який виносив власне рішення, яке вважалося вірним та справедливим. Таким чином, за допомогою логічних умовисновків претор вводив нові норми

цивільного законодавства. У зв'язку з цим доречно згадати відоме визначення сутності *jus praetorium*, дане Папініаном: «*jus praetorium est, quod praetorius introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*», що в перекладі з латинського означає: «преторським правом називають ті положення, які ввели претори для допомоги, поповнення або виправлення цивільного права, у видах суспільної користі» [177, с. 11].

Також, можна звернутися до міркування Ульпіана, наведеному в поясненні «*bonorum possessio contra tabulas emancipati*». У преторському едикті була норма, згідно якої за паном, що відпустив раба на волю, визнається право необхідного спадкування після цього вільновідпущеника (*libertini*). Задавшись питанням, яка підстава *bonorum possessio contra tabulas liberti*, Ульпіан прийшов до висновку, що підставою тут є те міркування, що раб зобов'язаний патрону своєю свободою і можливістю набувати майно для себе, а тому, помираючи, він із вдячності мусить виділити патрону частину свого майна. Це може вийти, коли син емансипується батьком, якому зобов'язаний можливістю набувати для себе майно. Для цих однакових випадків повинні бути створені однакові норми, тому претор за аналогією створює для *paterfamilias manumissor* таке ж право необхідного спадкування після емансипованого сина: *bonorum possessio contra tabulas emancipati* [281, с. 46].

Оскільки цінність такої аналогії була об'єктивно підтверджена самим життям, римські імператори надалі поширювали преторські едикти також на кримінальну юстицію. Суддя в кримінальних справах мав право не тільки призначити міру покарання, згідно індивідуальним обставинам, але йому була надана повна свобода застосування (або незастосування) старих законів, введення нових норм і зміна наявних [281, с. 46].

Область преторського розсуду розширилася з прийняттям закону Ебуція (*lex Aebutia*), який встановив процес *per formulas*, в якому складання формул або інструкцій для суддів перебували в руках претора, у силу чого від нього цілком залежало чи потрібно давати справі той або інший напрямок, вирішивши його долю *in iudicio* [176, с. 3]. Закон Ебуція *de facto* дозволив претору на свій розсуд в інтересах цивільної юрисдикції інтерпретувати *jus civile* у формі едиктів (*edicta*),

тобто його виправляти і заповнювати. Цей закон перетворив претора з простого виконавця закону в його контролера, який дає можливість виправляти *jus civile*. У такий спосіб роль претора стала «майже законодавчою».

Тим часом *de jure* законодавча влада не була надана претору. За законом Ебуція, як і колись, претор «*jus facere non potest*» – був підлеглим стосовно *lex* (закону) і *jus* (права). Однак у випадках недосконалості закону претор, не будучи *de jure* законодавцем, у силу свого статусу мав фактичну можливість зробити цивільну норму безсилою [244, с. 12].

Якраз так поступово складалася адміністративно-судова практика преторів. Кожен новий претор, складаючи свою постанову едикту, брав до уваги постанови своїх попередників. У такий спосіб формувалася сукупність преторських норм, які переходили з едикту в едикт (*edictum tralaticium*).

Відповідно до чинного в той час законодавства, преторські едикти мали силу закону лише протягом року, але вони стали поширювати сферу своєї дії за допомогою подальшого розвитку *jus civile* в тій частині, де воно виявлялося недостатнім (прогальним). На термін своєї служби претор наказував приватним особам діяти інакше, ніж наказує закон, отже, відбувалося своєрідне тимчасове вилучення окремих положень закону на рік. Проте якщо преторський едикт включався в *edictum tralaticium*, то тимчасове вилучення із закону ставало вже постійним. Наявність таких колізій, поза сумнівами, ускладнювало правозастосування, хоча, з іншого боку, дозволяло праву не відставати від суспільних відносин, що стрімко розвивалися.

Таким чином, можна стверджувати, що в римському праві, що поклало початок всій західноєвропейській правовій традиції, прогалини визнавалися об'єктивно. Працями римських юристів та мислителів, що стали класичною спадщиною, внесено істотний вклад у постановку і вирішення проблем подолання прогалин. Тут доречно зауважити, що як сама проблема, так шляхи її вирішення в щонайменше залежать від типу праворозуміння, яка детермінована соціальними, економічними та правовими чинниками [265, с. 34].

Нині способами переборення прогалин є усунення і подолання [238, с. 428]. Усунення відбувається через нормотворчу діяльність законодавчих органів шляхом внесення змін і доповнень до законодавства, видання нових, досконаліших юридичних актів. Подолання здійснюється в процесі правозастосовної діяльності за допомогою аналогії (від грецьк. *analogia* – відповідність, схожість) [52, с. 23] та субсидіарного застосування норм законодавства (з лат. *subsidium* – додатковий, резервний).

Виходячи з етимологічного значення «аналогія» – «схожість», «субсидіарний» – «додатковий» С.І. Клім констатує про різноплановість цих правових явищ. Правова система України побудована таким чином, щоб правозастосовець не «відчував підводних каменів» динаміки розвитку суспільних і власних техніко-юридичних помилок законодавця, адже головна мета – захист прав та свобод осіб і стабільний правопорядок, і те, за допомогою яких засобів ця ціль досягається: чи то аналогія закону, чи субсидіарне застосування норм законодавств – у кінцевому рахунку не має значення [98, с. 258].

Аналогія за своєю сутністю є логічним прийомом і керується законами логіки. Логічний термін «аналогія» означає відносини часткової подібності в ознаках, пропорціях, елементах між двома чи кількома предметами, їхніми групами, подіями, явищами тощо [166, с. 108]. Аналогія – те, що має схожість, відповідність між явищами, предметами, поняттями. У цивільному праві аналогія застосовується у тих випадках, коли виникають відносини, не врегульовані законом або підзаконним актом. У цьому випадку може бути застосований закон або підзаконний акт, який регулює подібні відносини [273, с. 11].

Приблизно в середині XVIII ст. М.С. Гольман вперше встановив поділ аналогії закону й аналогії права, у подальшому такий поділ розвивався австрійським юристом Отто Густавом Вехтером та іншими відомими юристами [30].

В основі аналогії закону й аналогії права лежить логічний прийом аналогії: ідеї права, що вже реалізовані в одному місці закону, за допомогою застосування

правила рівності узагальнюються і таким чином поширюють сферу свого застосування на інші випадки (ситуації) [296, с. 106].

Під аналогією закону розуміємо вирішення справи чи окремого юридичного питання на основі закону, який регулює подібні відносини. Під аналогією права – вирішення справи чи окремого юридичного питання на основі загальних засад законодавства. Під загальними засадами законодавства при використанні аналогії права розуміється загально-правові та галузеві принципи права. При цьому принципи повинні бути закріплені в законодавстві.

Відмінність аналогії права від аналогії закону, насамперед, полягає в тому, що при аналогії права відсутня норма права, що регулює схожі відносини за формулою «якщо ... то ... інакше». Однак наявні норми-цілі, норми-завдання, норми-принципи, які є базою для застосування аналогії права [308, с. 7].

З проблемою аналогії тісно пов'язане визначення сутності прогалин. В юриспруденції як синонім прогалин нерідко використовується термін «лакуна» (від лат. *lacuna* – заглиблення, порожнина), який зустрічається ще в *Codex Theodosianus* 438 р. [20, с. 145].

Автори курсу «Теорії держави та права» досліджують питання про аналогію в розділі реалізації норм права серед стадій процесу застосування, коли правозастосовець з'ясовує наявність прогалини [254, с. 319-320]. З такої позиції досліджує питання прогалин та аналогії О.Ф. Скакун [236, с. 494-497]. С.С. Алексєєв визначає прогалину в законі як «повну або часткову відсутність у чинних законах необхідних юридичних норм» [6, с. 118]. Інші вчені прогалиною називають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійного випадку [28, с. 46]. У свою чергу М.В. Цвік зазначає, що прогалини в праві – це пропуск у регулюванні певних відносин [286, с. 359]. В.М. Хропанюк дає наступне визначення поняттю «прогалина в законодавстві» – це відсутність правової норми при вирішенні конкретних життєвих випадків, які охоплюються правовим регулюванням і повинні бути вирішені на підставі права [284, с. 267-278].

Прогалини в праві й прогалини в законодавстві – різні поняття, як, наприклад, «цивільне право» і «цивільне законодавство» або «сімейне право» і «сімейне законодавство», зміст яких не є тотожним. Відповідно до ст. 4 ЦК України актами цивільного законодавства України є Конституція України, ЦК України, закони України, акти Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, інші нормативно-правові акти.

Відносно цього в науці є дві позиції трактування категорії «законодавство». Перша переконує, що до актів останнього потрібно відносити тільки закони; усі ж інші нормативно-правові акти (у тому числі й локальні) можуть регулювати відносини, але вони не повинні включатися в законодавство. З точки зору Р.З. Лівшиця, такою є теоретична база принципу верховенства будь-якого закону, бо інше розуміння законодавства – це ще один крок на шляху до, так би мовити, «розмивання» правового терміна «закон» [128, с. 111-113]. Отже, «законодавство» у вузькому значенні цього поняття – це сукупність законів України. Суть широкого підходу до розуміння розглядуваної категорії зводиться до того, що термін «законодавство» охоплює всі нормативно-правові акти, що містять первинні правові норми [6, с. 83; 91, с. 17].

С.П. Погребняк розрізняє прогалини в законодавстві та прогалини в праві. На думку автора, перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, другі – про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах тощо) [170, с. 45]. Цієї позиції про розмежування прогалин в законодавстві та прогалин у праві дотримується О.М. Ярошенко [314, с. 71].

С.О. Погрібний зазначає, що порівняння визначень прогалин у праві та законодавстві свідчить про їх схожість за суттю, що є не випадковим, оскільки, як він вважає, по суті прогалини можуть бути лише в законодавстві [172, с. 256]. Цієї думки дотримується С.І. Клім, говорячи, що прогалини можливі лише в цивільному законодавстві, а не в цивільному праві, що обумовлено розумінням права в якості науково розробленої з позиції раціоналізму системи норм,

направлених на досягнення справедливості в сучасних соціально-економічних умовах [97, с. 113].

Є.О. Харитонов вважає наявність прогалин у цивільному законодавстві нормальним явищем для цієї галузі, визначає їх як неповноту у вираженні цивільного права стосовно фактів суспільного життя, які знаходяться у сфері цивільно-правового регулювання [275, с. 77-78].

Умови застосування аналогії закону й аналогії права передбачені цивільним законодавством. Відповідно до ч. 1 ст. 8 ЦК України аналогія закону використовується у випадках, коли відносини, що підлягають цивільно-правовому регулюванню не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами ЦК України, іншими актами цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини. Згідно ч. 2 ст. 8 ЦК України у разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин, вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства. При використанні аналогії права необхідно виходити не тільки із загальних засад і сенсу цивільного законодавства, але і «вимог добросовісності, розумності та справедливості». Таким чином, спочатку застосовується аналогія закону, а при неможливості її використання – аналогія права. Аналогія права припустима за наявності прогалин у законодавстві, які не усуваються за допомогою аналогії закону, з дотриманням наведених вище умов.

Усувати прогалини аналогією закону можуть лише судові органи [280, с. 33]. Аналогію права може використати будь-який орган чи особа, що має цивільну юрисдикцію (застосовує цивільно-правові норми): суди всіх рівнів, прокурори, нотаріуси тощо [282, с. 88]. Такої думки дотримується І. Зеленко, наголошуючи, що метою застосування аналогій є оперативне заповнення прогалин органами застосування, перш за все судовими [75, с. 61].

Аналогія у всіх випадках дозволена лише тоді, коли питання прямо не врегульоване в законі й законодавець не пов'язує настання юридичних наслідків

тільки з конкретним законом, а відповідне питання знаходиться у сфері права та вимагає юридичного вирішення.

Вирішення справи за допомогою аналогії передбачає виявлення в порівнюваних відносинах певної кількості подібних ознак, оцінювання ступеня їхньої істотності, виявлення наявності та значущості відмінностей. Якщо під час правозастосування використовується аналогія права, це означає, що подібних урегульованих правом відносин немає, отже, немає й об'єкта порівняння.

Під час застосування аналогії права діяльність правозастосовця суттєво ускладнюється. Якщо при аналогії закону все зводиться до пошуку чинної норми, то під час аналогії права потрібно керуватися достатньо великою кількістю абстрактних понять, від вірного розуміння і тлумачення яких залежить об'єктивність вирішення спору про право [72, с. 21].

У приватному і публічному праві застосування права за аналогією закону й аналогією права прямо допускається (ст. 8 ЦК України, ст. 10 СК України, ч. 8 ст. 8 ЦПК України, ч. 7 ст. 9 КАС України) та в непрямій формі – через заборону відмови у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини (ч. 7 ст. 4 ГПК України). На відміну від цивільного, сімейного, цивільного процесуального та адміністративного процесуального законодавства, кримінальне законодавство прямо забороняє застосування аналогії. У цих випадках законодавством чітко встановлено позицію щодо допустимості або заборони застосування аналогії. Однак відсутність у таких нормативно-правових актах як ЗК України, ПК України, КУпАП України, КЗпП України прямої вказівки на аналогію ускладнює здійснення судами правосуддя.

Р.З. Лівшиць вважає, що традиційний поділ аналогії на аналогію закону й аналогію права – некоректний. Щоб не застосовувалося за аналогією – конкретна норма або загально-правовий принцип, все одно мова йдеться про аналогію закону й коректніше говорити тільки про аналогію закону у двох іпостасях: або через аналогію конкретної норми, або через застосування загальних принципів [128, с. 142]. Проте термін «аналогія права» традиційно використовується для

відмежування застосування за аналогією конкретної норми і загального принципу, має досить певний зміст та нормативне закріплення (ст. 8 ЦК України), тому термінологічні зміни недоцільні.

Поряд з термінами «аналогія закону» і «аналогія права» в науковій літературі трапляється таке поняття як субсидіарне застосування норм цивільного законодавства. Ю.С. Червоний зазначав, що цивільне право займає центральне місце серед галузей права, що регулюють майнові відносини, якраз тому норми можуть субсидіарно застосовуватись до суміжних відносин [231, с. 21].

Поняття субсидіарного застосування норм у цивільному законодавстві не розкривається. Тільки в ст. 9 ЦК України визначається застосування положень ЦК України до природоресурсних, трудових, сімейних відносин, за умови, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Вперше проблема субсидіарного застосування норм законодавства в радянській літературі була поставлена в 1940 р. Д.М. Генкіним [40, с. 55-71]. Відтепер в юридичній доктрині наявні різні точки зору на правову природу цього явища:

1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – вид аналогії закону (міжгалузева аналогія). Прихильники цієї позиції відносять субсидіарне застосування норм законодавства до способів подолання прогалин.

Ототожнення аналогії закону і субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

У монографії «Применение советского права» В.В. Лазарєв виділяє етапи вирішення справи за аналогією закону: підбір підходящої правової норми в складі того ж правового інституту або галузі права, якими повинні регулюватися проаналізовані відносини; звернення до інших галузей права [121, с. 141]. Автор, виходячи із запропонованої схеми, відносить субсидіарне застосування норм законодавства до аналогії закону. В іншій праці «Пробелы в праве и пути их устранения», він прямо зазначає, що спроби відокремлення субсидіарного застосування норм законодавства за рамки вирішення справи по аналогії навряд є обґрунтованими [122, с. 179].

В.І. Леушин відносить субсидіарне застосування норм законодавства до аналогії закону, але «на вищому рівні», бо при першому варіанті необхідно встановити не тільки суспільні відносини, але й методи правового регулювання [125, с. 16-20]. Позицію, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – це аналогія закону, але вищого рівня дотримується також С.А. Комаров [109, с. 229].

Ототожнює субсидіарне застосування норм законодавства й аналогію закону, але не пов'язує субсидіарне застосування виключно з міжгалузевою аналогією також С.С. Алексєєв [5, с. 332]. Однак для міжгалузевої аналогії термін «субсидіарне застосування норм законодавства» він також використовує. В іншій науковій праці автор поділяє систему права на дві групи галузей: профілюючі (традиційні) галузі та спеціальні основні галузі [8, с. 189-192].

Також вважає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства різновидом аналогії закону А.В. Ашихміна [16, 95-98]. Автор солідарна з М.Й. Бару, який, виходячи з принципу економії нормативного матеріалу, дійшов висновку: «Дублювання тотожних або аналогічних норм у різних галузях права є нераціональним, воно позбавлене сенсу» [17, с. 17]. Разом із тим, М.Й. Бару взагалі не розкриває зміст поняття субсидіарного застосування норм законодавства та його співвідношення з аналогією. С.В. Завальнюк підтримує цю позицію та виділяє субсидіарну (міжгалузеву) аналогію закону, яка передбачає застосування по аналогії не норм цієї галузі, а норм, що належать до іншої галузі права [71, с. 373].

М.Г. Авдюков веде мову тільки про аналогію закону, навіть у рамках застосування норм однієї галузі права до відносин суміжних галузей [2, с. 77-78], пов'язуючи міжгалузеву взаємодію тільки з аналогією закону і не виділяючи субсидіарне застосування норм законодавства взагалі.

Р.А. Майданик взагалі не застосовує термін «субсидіарне застосування норм цивільного законодавства», говорячи тільки про «різногалузеву аналогію», що стосується закону і правовідносин однорідної галузевої належності [137, с. 400]. Автор зазначає, що застосування «різногалузевої аналогії», але однорідної,

приватно- чи публічно-правової, є виправданим і правомірним за умови, якщо це включить прийняття завідомо несправедливого рішення суду з причин нерегульованості відносин [135, с. 60]. У цьому разі субсидіарне застосування норм законодавства розуміється як вид аналогії закону.

На думку Г.В. Назаренко, різновидністю аналогії закону є міжгалузева аналогія, тобто субсидіарне (додаткове) застосування норм законодавства до суміжних галузей. Автор наводить приклад, коли в адміністративному праві в необхідних випадках застосовувалася норма кримінального права про неправоздатність особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння [149, с. 122].

С.П. Погребняк вважає субсидіарне застосування норм законодавства окремим випадком аналогії закону, зазначаючи, що воно передбачає застосування до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях права [170, с. 51].

Поділ аналогії закону і субсидіарного застосування норм законодавства.

Відмінність аналогії закону від субсидіарного застосування норм законодавства, на думку Ю.Х. Калмикова, полягає в тому, що воно використовується для подолання прогалин шляхом звернення до подібної норми законодавства в суміжній галузі права [84, с. 39].

Не згадуючи про аналогію взагалі, С.В. Поленіна розглядає субсидіарне застосування норм законодавства як спосіб подолання прогалин і включає його у використання загальних юридичних понять [177, с. 24-26].

Л.А. Грось пов'язує субсидіарне застосування норм законодавства із засобами подолання прогалин і визначає субсидіарне застосування норм законодавства як додаткове залучення норм суміжних галузей права для подолання прогалин у тій галузі, до предмету регулювання якої належать спірні правовідносини. При цьому норми суміжної галузі можуть бути застосовані лише в тому разі, коли відповідні відносини повною мірою не врегульовані цією галуззю, за умови однорідності предмету і методу правового регулювання в цих галузях [53, с. 18].

Є.О. Харитонов субсидіарне застосування норм законодавства розглядає як засіб подолання прогалин без внесення змін до законодавства. На його думку, орган, який застосовує право, використовує конкретні приписи суміжного правового інституту або суміжної (спорідненої) галузі права [274, с. 77].

О.Ф. Скакун зазначає, що в галузях цивільного, сімейного, трудового законодавства прогалини усуваються такими способами: аналогія закону; аналогія права; субсидіарне застосування норм (міжгалузева аналогія). Останнє поняття автор розглядає як додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права [237, с. 403].

Як зазначають В.І. Труба, Р.С. Притченко правовими засобами подолання наявних прогалин у праві є аналогія закону, аналогія права і додаткове застосування правових норм [254, с. 319-320].

В.І. Борисова вважає субсидіарне (додаткове) застосування актів цивільного законодавства до відносин, подібних за змістом до цивільних відносин близьких до аналогії закону, але не тотожне йому. На її думку, подібність вказаних прийомів полягає в тому, що, як при аналогії закону, так при субсидіарному застосуванні, прогалина у праві долається шляхом застосування юридичних приписів до ситуацій, які ними не передбачені, але мають схожість з тими, що ними врегульовані. Однак між зазначеними прийомами наявні відмінності, які не дозволяють їх ототожнювати. Основна з них полягає в тому, що субсидіарне застосування норм законодавства вводиться для подолання прогалин у праві шляхом звернення до схожої норми з суміжної галузі права [27, с. 56]. В іншій праці В.І. Борисова разом з С.Н. Приступою наголошують на необхідності відмежовувати застосування аналогії від прийому «економії правових способів», відповідно до якого законодавець поширює на певні відносини дію чітко визначених норм ЦК України [28].

Розмежовує аналогію закону, у тому числі міжгалузеву аналогію, і субсидіарне застосування норм цивільного законодавства О.В. Колотова. Автор зазначає, що «у процесі правозастосування аналогію в праві слід відрізняти від суміжних правових явищ, таких, як субсидіарне застосування правових норм та

застосування відсилочних норм, що мають власну природу та значення у регулюванні суспільних відносин» [108, с. 124]. При цьому вона розмежовує такі поняття як «субсидіарне застосування норм законодавства» та «застосування відсилочних норм», що є помилковим.

2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – правовий засіб економії нормативного матеріалу.

Прихильники цієї позиції не пов'язують субсидіарне застосування норм законодавства з подоланням прогалин у законодавстві. Із субсидіарним застосуванням норм цивільного законодавства пов'язується використання деяких загальних юридичних понять, зміст яких в основному розкривається в одних кодифікованих актах і не завжди містять повне відображення в інших галузях законодавства [63, с. 121].

Існують такі юридичні поняття, які однаково трактуються в різних галузях права (позовна давність, загальні положення про договір, право власності, відшкодування моральної шкоди). Оскільки цивільне законодавство надає подібним поняттям ряд норм і положень, то відповідно, відпадає необхідність викладати їх зміст у суміжних галузях права – законодавцю достатньо лише зробити відсилку до положень цієї галузі. Відповідне застосування норм законодавства В.Н. Карташов порівнює з субсидіарним застосуванням норм законодавства [90, с. 30]. Іншими словами, це означає, субсидіарним є відповідне застосування норм законодавства, коли законодавець шляхом відповідної відсилки вказує, що до певних відносин, що входять у предмет цієї галузі чи інституту, застосовані норми інших галузей або інститутів, які регулюють схожі відносини.

В.В. Фідаров у своїх працях зазначає, що субсидіарне застосування норм законодавства не є засобом подолання прогалин. Правові норми, окрім безпосереднього регулювання суспільних відносин, несуть додаткове навантаження та набувають субсидіарної властивості [272, с. 94].

К.І. Спектор стверджує, що субсидіарне застосування норм законодавства – це самостійний інститут, метою якого є уникнення дублювання норм, що

регулюють подібні відносини за допомогою ідентичного предмета і методу. При цьому автор називає низку відмінностей між аналогією закону і субсидіарним застосуванням норм законодавства [244, с. 81].

С.І. Клім, у свою чергу, зазначає, що субсидіарне застосування норм законодавства й аналогія закону передбачає застосування норм однієї галузі права для регламентації відносин, що виникають у сфері правового регулювання іншої галузі. Відмінною ознакою аналогії закону від субсидіарного застосування норм законодавства є наявність прогалини [97].

Точки зору про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства за відсутності прогалини дотримується М.І. Брагінський [29]. Для визнання застосування норм цивільного законодавства до інших відносин «субсидіарним», правозастосовному органу достатньо вказівки, що відносини цими галузями не врегульовані.

3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – спосіб подолання прогалин і правовий засіб економії нормативного матеріалу (змішана позиція).

Прихильники цієї позиції об'єднують в собі дві попередні. Тобто, до субсидіарного застосування норм законодавства фактично віднесені дві протилежні ситуації: міжгалузева аналогія і звернення до норм суміжної галузі права в силу прямої вказівки закону, що виключає прогалину.

Зокрема, Ю.Х. Калмиков, крім поділу аналогії закону, пропонує використовувати субсидіарне застосування норм законодавства при відсутності прогалин – для виключення дублювання подібних та аналогічних норм у суміжних галузях права. Він відносить до субсидіарного застосування пряме відсилання до норм іншої галузевої приналежності (бланкетну норму), виходячи з принципу нормативної економії [84, с. 40]. Виникає питання: за допомогою бланкетних чи відсилочних засобів здійснюється субсидіарне застосування норм цивільного законодавства? Якраз М.О. Ярошенко зазначає, що суть бланкетної норми у порівнянні з відсилочною не містить прямої вказівки на іншу норму права чи нормативно-правовий акт, хоча з тексту бланкетної норми все-таки

впливає необхідність звернення до яких-небудь спеціальних нормативно-правових актів [313]. Ґрунтуючись на такій позиції, до субсидіарного застосування норм законодавства можна віднести ст. 12 СК України, де зазначено, що строки, встановлені у СК України, обчислюються відповідно до ЦК України (ст.ст. 251-255 ЦК України).

Субсидіарне застосування норм законодавства (міжгалузева аналогія), на думку Т.В. Шевченко, є застосуванням до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних, споріднених галузях. Автор зазначає, що у субсидіарному застосуванні закладено важливий момент – економність нормативного матеріалу: коли є можливість застосувати відпрацьоване в інших галузях, то немає сенсу приймати нові норми [304, с. 24].

А.Т. Боннер також не пов'язує субсидіарне застосування норм законодавства з подоланням прогалин. Під субсидіарним застосуванням він розуміє ситуацію, коли правозастосовний орган виходить із конкретних приписів суміжної галузі права [25, с. 112]. З цього визначення видно: по-перше, субсидіарне застосування автор не пов'язує з подоланням прогалин; по-друге, субсидіарне застосування норм законодавства можливе в рамках однієї галузі. При цьому субсидіарне застосування норм законодавства автор пов'язує знову ж таки з принципом нормативної економії (відсутністю необхідності дублювання аналогічних норм і понять), а також називає субсидіарним як застосування норм у силу прямої вказівки закону (бланкетні норми), так без такої вказівки (використання загальних понять). Цікаво, що в пізнішій своїй праці вчений говорить про міжгалузеве субсидіарне застосування норм як способу подолання прогалин [24, с. 237].

А.В. Ашихміна зазначає, що, з одного боку, субсидіарне застосування норм законодавства – це свого роду «правова дифузія» – запозичення однією галуззю права категорій іншої або відсилання норми однієї галузі до норми іншої, з іншого боку – міжгалузева аналогія [16, с. 95-98].

Справедливо вказує А.С. Паголкін, що субсидіарне застосування норм законодавства у цих випадках не заповнить прогалини в праві, а лише відкриє шлях для вирішення конкретного спору [167, с. 57].

В юридичній літературі існує безліч точок зору вчених-правознавців, наприклад, М.Й. Бару, В.Н. Карташов, А.І. Абрамова, які відзначали, що субсидіарне застосування норм законодавства не обмежується виключно подоланням прогалин, бо може мати місце у випадках, коли прогалин в законодавстві немає [17, с. 17; 90, с. 30; 1, с. 7].

При прямому вказуванні закону на звернення до норм іншої галузі є два варіанти взаємодії. По-перше, «загальна» або «універсальна» вказівка закону на таке застосування. Наприклад, ст. 9 ЦК України. По-друге, «конкретна» вказівка закону – бланкетна норма, прямо вказує на норму тієї ж чи іншої галузі. Наприклад, абз. 2 п. 99.1 ст. 99 ПК України, передбачає, що претензії спадкоємцям заявляються контролюючими органами в порядку, встановленому цивільним законодавством України для подання претензій кредиторами спадкодавця. На підставі цієї норми до податкових відносин субсидіарно застосовується ст. 1281 ЦК України [259, с. 219].

Використання загальних понять, а також конкретна вказівка закону не впливає на самостійність суміжних галузей і не припускає наявності прогалини, бо відповідні відносини врегульовані.

Підсумовуючи сказане, варто зазначити, що основними способами подолання прогалин у законодавстві в процедурі правозастосовної діяльності є аналогія закону та аналогія права. Механізм субсидіарного застосування норм цивільного законодавства виступає як способом подолання прогалин, так правовим засобом економії нормативного матеріалу. Зазначені способи подолання прогалин належать до додаткових процедур, бо повного подолання прогалин не відбувається.

Розроблений підхід дозволяє розмежувати субсидіарне застосування норм цивільного законодавства від аналогії закону (міжгалузевої аналогії) у цивільному праві України.

По-перше, субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в ряді випадків може носити не тимчасовий характер, як аналогія закону (міжгалузева аналогія), а стабільний, безпосередньо встановлений законодавцем для досягнення єдності в правовому регулюванні суспільних відносин. Повністю погодимося з А.І. Абрамовою, що в основі виникнення субсидіарного застосування норм законодавства об'єктивно протікають процеси, як-то: зближення галузевого законодавства, наскільки воно можливе з ряду питань [1, с. 7]. Використовуючи субсидіарне застосування норм законодавства, законодавець організовує й уніфікує правовий режим.

По-друге, субсидіарне застосування норм законодавства здійснюється безпосередньо з волі законодавця, який у відповідній правовій нормі вводить спеціальні відсилання до інших норм, які регулюють подібні відносини.

По-третє, підставою для здійснення регулятивної дії аналогії закону є ст. 8 ЦК України, а підставою субсидіарного застосування норм цивільного законодавства – ст. 9 ЦК України, ст. 8, 12 СК України тощо.

По-четверте, суб'єктами застосування аналогії закону (міжгалузевої аналогії) є лише судові органи, субсидіарне застосування норм законодавства може здійснюватись усіма учасниками цивільних правовідносин.

Варто додати, що в якості критерію розмежування субсидіарного застосування норм законодавства від аналогії закону зазвичай називають метод правового регулювання. Як пише В.І. Леушин, коли в загальній формі метод правового регулювання не суперечить методу правового регулювання норми, розрахованої на подібні відносини іншій галузі, підгалузі, інституту, стає можливим субсидіарне застосування норм законодавства [126, с. 47]. Тобто, аналогія закону (міжгалузева аналогія) можлива лише в рамках приватно-правових відносин суміжних галузей законодавства, а субсидіарне застосування норм цивільного законодавства можливе в тих випадках, коли на це є вказівка законодавця (як у приватно-правових відносинах, так і у відносинах, які мають публічно-правовий характер).

Здається вірно трактувати субсидіарне застосування норм законодавства ширше, ніж в якості міжгалузевої аналогії, бо воно може використовуватися як при наявності прогалин у законодавстві, так і при їх відсутності.

Під субсидіарним застосуванням норм законодавства однієї галузі до відносин іншої розуміють різні варіанти взаємодії галузей. Не можна говорити про правоту одних правознавців і неправоту інших. Продуктивнішим результатом дослідження є зроблене розмежування розуміння аналогії закону і субсидіарного застосування норм законодавства. Можна зробити висновок, що «субсидіарне застосування норм законодавства» іноді розуміється як міжгалузева аналогія (тотожна з категорією аналогії закону); іноді – як правовий засіб економії нормативного матеріалу, поза зв'язком з аналогією; конкретні відсилання та використання загальних понять; іноді – як спосіб подолання прогалин і конкретне відсилання закону, і використання загальних понять (змішана позиція).

Однією з найбільш істотних особливостей субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є те, що воно не змінює галузеву належність суміжних відносин. Зокрема, якщо в формулюванні ЗК України, БК України використовуються термін «юридична особа», то відносини, що виникли в результаті її дії залишаються земельними чи бюджетними відповідно, хоча припускають субсидіарне використання цивілістичного нормативного матеріалу.

Субсидіарне застосування норм законодавства у своїх працях вчені-правознавці називали як самостійний інститут – К.І. Спектор [246]; порядок – О.В. Некрасова [155], О.Ф. Скакун [235]; можливість – Н.С. Кузнєцова [153], Ю.С. Червоний [151]; правовий механізм – В.В. Цюра [298; 299].

Виникає питання: субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – це самостійний інститут, порядок, певна можливість чи правовий механізм? Субсидіарному застосуванню норм цивільного законодавства не властиві особливості, які характерні інституту цивільного права. Його зміст не має текстового виразу у вигляді групи виокремлених понять, термінів, конструкцій («продавець», «покупець» – в інституті купівлі-продажу в цивільному законодавстві). Норми інституту цивільного права набувають своєрідного

офіційного способу закріплення в законодавстві: а) в окремому законодавчому акті (Закон України «Про охорону прав на промислові зразки») або б) лише в окремій главі законодавчого акта (гл. 55 «Дарування» у ЦК України); книзі («Спадкове право» у ЦК України), чого при використанні субсидіарного застосування норм цивільного законодавства немає.

На підставі аналізу теорії та практики, зроблено висновок, що субсидіарне застосування норм законодавства – це правовий механізм.

Правовим механізмом є функціонуюча, як єдине ціле, система правових засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин [115].

Категорію «механізм» не можна розцінювати як таку, що охоплює собою практично всі явища правової дійсності, бо його призначенням є лише передача регуляторної енергії дій суб'єкта, у результаті чого створюється норма права на цивільні суспільні відносини загалом (об'єкт цивільно-правового регулювання) та поведінку суб'єктів цивільних правовідносин зокрема (предмет правового регулювання). Якраз тому структура правового механізму окреслюється нормами цивільного права (початковий елемент механізму) та здійсненням цивільних прав і виконанням цивільних обов'язків, а за необхідності – захистом порушених цивільних прав (кінцевий елемент механізму). Інші правові явища до структури цього механізму не належать [173].

Категорія «механізм» дозволяє охопити весь процес правового регулювання, представити його в системно-динамічному вигляді, розкрити його структуру, взаємозв'язок і взаємодію всіх елементів [37, с. 108]. До структури механізму С.С. Алексєєв включав юридичні норми як основи правового регулювання; правові відносини (зокрема, права і обов'язки їх учасників; акти реалізації прав та обов'язків; акти застосування права [9, с. 150]. У свою чергу, С.О. Погрібний зазначає, що механізм структурно складається з таких елементів: 1) норми цивільного права; 2) юридичні факти; 3) суб'єктивні юридичні права та обов'язки, які мають суб'єкти правовідносин, що виникли на підставі юридичного

факту; 4) здійснення суб'єктивних юридичних прав і виконання юридичних обов'язків; 5) захист порушених цивільних прав та інтересів [174, с. 48-49].

Першим елементом механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є нормативна основа такого регулювання (ч. 2 ст. 1, ст. 9 ЦК України, ст. 8 СК України тощо). Цей елемент є головним, бо за своєї відсутності, унеможливилює існування всіх інших елементів.

Другим елементом механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є юридичний факт – конкретна життєва обставина, з яким норма права пов'язує виникнення, зміну чи припинення прав і обов'язків. У ч. 1 ст. 11 ЦК України законодавець встановив, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства (договорів та правочинів; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; інших юридичних фактів), а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Тому в разі, коли суміжні галузі права з цивільним потребують правового регулювання, не врегульовані відповідними законодавчими актами, їх регулювання здійснюється за допомогою механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Третім елементом механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства виступають правовідносини, а точніше, поведінка суб'єктів субсидіарного застосування норм законодавства (суб'єктивні права та обов'язки).

Четвертий елемент механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства становлять акти правореалізації субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, з формулою: «використання» → «дотримання» або «виконання» (залежно, які відносини виникли).

П'ятим елементом механізму субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є захист порушених прав та інтересів. ЦК України цьому елементу присвятив цілий розділ (гл. 3 «Захист цивільних прав та інтересів»), норм якого субсидіарного застосовуються до відносин інших галузей.

Як відомо, механізм складають елементи, обов'язкові на окремих його стадіях. Тому під механізмом субсидіарного застосування норм цивільного законодавства розуміється послідовний ланцюг зміни окремих правових явищ, які складають його стадії: – юридичний факт; – права і обов'язки, наявні в суміжних з цивільним відносинах, які виникли на його підставі; – відсутність норми права, що регулює суміжні з цивільними відносини; – наявність норми права, що регулює подібні відносини в цивільному законодавстві; – реалізація цих прав і виконання обов'язків.

Правовий механізм, у цьому випадку, є системою взаємозв'язаних юридичних засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Здається, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства – це правовий механізм, який дозволяє розвантажувати законодавство від нерационального дублювання тотожних та аналогічних норм і понять у суміжних відносинах, інститутах, галузях права.

Тому субсидіарне застосування норм цивільного законодавства має місце внаслідок свідомого недопущення законодавцем дублювання наявних норм у цивільному законодавстві, що підлягають застосуванню до досліджуваних відносин, й активного використання в інших матеріальних і процесуальних галузях права. Іншими словами, зважаючи на наявність цивільно-правових норм, виражених у цивільному законодавстві, необхідність повторного регулювання цих відносин і закріплення в матеріальному і процесуальному законодавстві відповідних норм відпадає. При цьому, важливо зауважити, що не відбувається створення законодавчих прогалин, які потребують подолання за допомогою аналогії закону або аналогії права.

Розроблений підхід дозволяє визначити субсидіарне застосування норм цивільного законодавства як способом подолання прогалин, так і правовим засобом економії нормативного матеріалу.

У зв'язку з викладеним пропонується внести зміни до ст. 9 ЦК України і викласти її в наступній редакції:

«Стаття 9. Субсидіарне застосування Цивільного кодексу України до врегулювання відносин у сферах господарювання, використання природних ресурсів, охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин

1. Положення цього Кодексу субсидіарно застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

2. Законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання».

1.2. Умови, види і принципи субсидіарного застосування норм цивільного законодавства

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. Умови субсидіарного застосування норм законодавства вказували б за настанням яких юридичних фактів правозастосовний орган може застосовувати цей механізм.

У плані загальної оцінки названої категорії необхідно зазначити, що в законодавстві України не передбачено умови субсидіарного застосування норм законодавства. Як влучно відзначив Ю.Х. Калмиков, «органи владного правозастосування не користуються поняттям «субсидіарне застосування норм законодавства», вони або прямо посилаються на необхідність використання тієї чи іншої норми із суміжної галузі права, або формулюють можливість звернення до останньої у вираженнях на зразок «відповідно до ст. ... » [85, с. 28].

Цим пояснюється актуальність цієї наукової теми і перспективи існування практичного використання її результатів.

Ще в 60-х роках минулого століття М.Й. Бару писав, що субсидіарне застосування норм має місце тоді, коли законодавець відмовляється від

дублювання ідентичних правових норм у різних галузях права [17, с. 17]. Також С.В. Поленіна зазначає, що «можливість субсидіарного застосування правових норм не може існувати між будь-якими довільно взятими галузями» [177, с. 21]. Субсидіарне застосування норм законодавства однієї галузі до відносин іншої можливе за наявності певних передумов, умов і підстав.

Неодмінною умовою субсидіарного застосування норм законодавства є наявність розвиненого законодавства в профільюючій галузі, нормами якої доводиться керуватися при відсутності відповідних правил у суміжній галузі права. 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. Найбільший інтерес у цьому сенсі викликає ЦК України, який докладно регламентує відповідні відносини та містить досить загальні поняття і норми, яких немає в суміжних галузях й якими можна в разі необхідності скористатися.

Взагалі цивільне право посідає провідне місце серед галузей права, що регулюють майнові відносини, тому його норми можуть субсидіарно застосовуватися до сімейних, трудових, природоресурсних та екологічних відносин [154, с. 22]. Цієї ж думки в радянські часи про визначальне місце і можливість застосування норм цивільного права для регулювання сімейних, трудових, колгоспних та земельних відносин притримувався О.С. Іоффе [82, с. 11-12].

Справедливо стверджує зарубіжний вчений Я.Ф. Фархтдінов, що підставою для субсидіарного застосування норм суміжної галузі права є відсутність норми, регулюючої подібні відносини, «коли вичерпані можливості механізму» цієї галузі права для вирішення обговорюваного юридичного питання [257]. При розгляді проблеми субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до відносин інших галузей Ю.Х. Калмиков зазначив, що при субсидіарному застосуванні норма, використовувана для регулювання конкретних суспільних відносин, була запозичена із галузі права, яка визнається суміжною [85, с. 29].

Автори одного з науково-практичних коментарів до ЦК України в ст. 9 визначили, що субсидіарне застосування норм ЦК України до приватноправових норм інших галузей права можливе тільки у випадках, якщо відносини мають цивільно-правовий характер і не врегульовані іншими (спеціальними) актами законодавства [152, с. 37].

Цивільне законодавство, на думку М.М. Дяковича, застосовується до сімейних відносин у разі, якщо майнові відносини не врегульовані сімейним законодавством, і застосування норм цивільного законодавства не суперечить суті будь-яких сімейних відносин [62, с. 36]. У цьому випадку можна твердити, що норми цивільного законодавства субсидіарно застосовуються до інших суміжних відносин, окрім сімейних, при зазначених ним умовах.

Умовами субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин, як зазначає Т.О. Коваленко, є: 1) подібність методів правового регулювання із спорідненою галуззю; 2) схожість історичних ознак суміжних галузей; 3) генетичний зв'язок цивільного, земельного, екологічного, аграрного та інших суміжних галузей права; 4) несуперечність загальним принципам права та принципам суміжних галузей права [103, с. 547].

Умовами субсидіарного застосування норм законодавства, на думку Є.О. Харитонova, є: 1) відсутність норм, які спеціально регулюють ці відносини; 2) наявність таких норм у суміжних інститутах або галузях права, однорідним з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 3) однорідність методу правового регулювання, який застосовується в одному та іншому випадку [282, с. 89].

О.Ф. Скакун зазначає, що загальними умовами субсидіарного застосування норм законодавства є: по-перше – неврегульованість суспільних відносин тією галуззю законодавства, до якої вони належать, і наявність відповідних приписів у суміжній галузі; по-друге – наявність чинного законодавства, в якому законодавець передбачає можливість чи прямо не забороняє регулювання відносин за допомогою застосування норм у субсидіарному порядку; по-третє – необхідність враховувати загальні принципи і положення, які лежать в основі

відповідних галузей, беручи до уваги відносну самостійність останніх у питанні регулювання суспільних відносин; по-четверте – суспільні відносини, що підлягають врегулюванню і ті, що вже врегульовані, повинні характеризуватися подібністю, ця подібність також має бути в методах правового регулювання; по-п'яте – субсидіарне застосування норм законодавства можливе лише в разі схожості ознак відповідної ситуації ознакам, передбаченим нормою права [237].

С.А. Комаров вважає, що при субсидіарному застосуванні норм законодавства доводиться встановлювати схожість не лише в суспільних відносинах, а й методах правового регулювання [109, с. 229].

На думку С.І. Клім, умовами субсидіарного застосування цивільних норм є: 1) відсутність безпосередньої регламентації фактичних відносин у статті нормативно-правового акта; 2) передбачуваність застосування норм суміжних галузей права законодавцем для врегулювання відносин; 3) наявність норми, що вичерпно регламентує відносини [96, с. 199].

В юридичній літературі існує точка зору, що двома основними умовами субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є наявність прогалини в правовому регулюванні цієї галузі і схожість відносин, що мають прогалину в регламентації та тих, які врегульовані законодавством [23].

Згадка про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства може міститися в законі (наприклад, у ст. 62 ЖК УРСР). Разом із тим у законі може бути відсутня вказівка на субсидіарне застосування норм цивільного законодавства, але вона слідує із самої суті відповідних відносин [274, с. 77].

Проаналізувавши сказані думки науковців, а також загальні положення теорії права, можна виділити наступні умови субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, які необхідно дотримуватися правозастосовному органу при використанні цього правового механізму:

1. Неврегульованість суспільних відносин. Відсутність норми в законодавстві, що регулює відносини, яку неможливо усунути за допомогою аналогії закону, аналогії права, застосуванням судової практики чи звичаїв ділового обороту;

2. Наявність норми, яка регулює якраз ці відносини в спорідненій галузі законодавства. Мається на увазі певний генетичний зв'язок суміжних галузей законодавства.

До суміжних відносять галузі права, які мають схожі предмет і методи регулювання. Якраз суміжними щодо цивільного права виступають такі галузі, як: сімейне, господарське, трудове, міжнародне приватне, процесуальне цивільне і господарське, адміністративне, земельне, природноресурсове, фінансове право тощо [137, с. 189].

А.І. Дрішлюк зазначав, що теоретичною основою субсидіарного застосування норм є системність права, поділ його на взаємозалежні галузі та інститути. Субсидіарне застосування можливе лише до норм, включених як додаткові до законодавчих актів про сімейні, трудові і деякі інші відносини [61, с. 12];

3. Однорідність предмету і методу правового регулювання в суміжних галузях права, однорідному з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства.

а) однорідність предмету правового регулювання в суміжних галузях права (на прикладі сімейного права).

Сімейне право традиційно, поряд із цивільним, відноситься до суміжних галузей. Сімейне і цивільне право виступають, як суміжні галузі, завдяки подібності в предметі та методі правового регулювання, а головне – віднесення їх до сфери приватного права [227, с. 38]. Предметом сімейного права є особисті немайнові та майнові відносини, що виникають між особами на підставі шлюбу, кровного споріднення, прийняття дітей на виховання в сім'ю, а предметом цивільного права, як зазначено в ч. 1 ст. 1 ЦК України, є особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Тобто при застосуванні цивільно-правових норм до регулювання сімейних відносин тотожність полягає в предметі правового регулювання.

б) однорідність методу правового регулювання в суміжних галузях права, однорідному з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства (на прикладі трудового права).

Цивільне і трудове право завжди були історично взаємопов'язаними, адже трудове право виокремилося з системи цивільного в процесі історичної еволюції й ускладнення правовідносин. На основі цивільного права відбувалося і відбувається формування нових галузей права. У трудовому праві та в праві соціального забезпечення використано юридичні конструкції і теорії, розроблені цивільним законодавством. Спільним для цивільного і трудового права є переважаюча роль диспозитивного методу правового регулювання суспільних відносин, адже основою обох галузей є договірні відносини.

Хоча метод правового регулювання не є основним критерієм, за яким визначається допустимість субсидіарного застосування правових норм. Якраз ч. 2 ст. 1 ЦК України встановлює заборону субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. І тільки у разі прямої вказівки на застосування в адміністративних, податкових, бюджетних чи інших відносинах норми цивільного законодавства можуть бути застосовані. Розглянемо цю ситуацію на прикладі ч. 32 ст. 1 МК України, яка вказує на те, що право інтелектуальної власності, суб'єкти права та об'єкти права інтелектуальної власності розуміються в значенні, визначеному законами з питань інтелектуальної власності, зокрема, таким законом є ЦК України (ст.ст. 418-508). У цьому випадку відбувається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до митних правовідносин, для яких основним методом правового регулювання є імперативний.

4. Відсутність прямої заборони на субсидіарне застосування норм законодавства. Необхідно враховувати, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до деяких суміжних відносин знято самим законодавцем, а в інших випадках, незважаючи на відсутність прямої заборони в законодавстві, воно недопустиме. Як зазначила О.Ф. Скакун, до норм власне трудового, сімейного, житлового, екологічного права загальні положення цивільного права в порядку субсидіарності не можуть застосовуватися [235,

с. 645]. З цим твердженням можна не погодитись, бо під час вирішення спорів суд та інший правозастосовний орган може звертатися до загальних положень ЦК України: ст. 25 ЦК України – цивільна правоздатність юридичної особи; ст. 28 ЦК України – ім'я фізичної особи; ст. 29 ЦК України – місце проживання фізичної особи; ст.ст. 30-37 ЦК України – цивільна дієздатність; ст. 49 ЦК України – акти цивільного стану; ст.ст. 50-54 ЦК України – правовий статус фізичної особи-підприємця; ст.ст. 113-166 ЦК України – правовий статус підприємницьких товариств; гл. 6 ЦК України – опіка та піклування (встановлення опіки та піклування над малолітніми та неповнолітніми дітьми); гл. 14 ЦК України – речі, майно (у справах про поділ майна подружжя, наприклад, автомобіля, який є згідно ЦК України неподільною річчю (ст. 183); гл. 53 ЦК України – укладення, зміна або розірвання договорів (сімейних договорів) тощо;

5. Прийняття рішення на підставі та в межах правових норм суміжних галузей законодавства, відповідних їх цілям, принципам і загальному сенсу.

Важливо підкреслити, що при виборі субсидіарно застосованої норми законодавства насамперед варто враховувати принципи, притаманні галузі права, до якої фактично належать ці норми. Таким чином, субсидіарне застосування норм законодавства має місце лише між суміжними галузями, інститутами, відносинами, тобто ідентичними за своїм характером і генетично взаємопов'язаними.

Врегульовані та неврегульовані правовідносини повинні бути так подібні, щоб зуміли забезпечити схожість у методах правового регулювання суміжних галузей. Іншими словами, субсидіарне застосування норм законодавства можливе, коли в загальній формі певний метод правового регулювання не суперечить методу правового регулювання норми, розрахованої на подібні відносини в іншій галузі, підгалузі, інституті [126, с. 47].

У порядку узагальнення викладеного, сформулюємо передумови використання субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

По-перше, субсидіарне застосування норм законодавства допустиме не тільки для суміжних галузей, а й для суміжних, подібних інститутів галузей у частині вирішення конкретних питань (наприклад, ст. 716 «Правове регулювання міни» ЦК України свідчить: «До договору міни застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, положення про договір поставки, договір контрактації або інші договори, елементи яких містяться в договорі міни, якщо це не суперечить суті зобов'язання»). Це передбачає подібність у методах правового регулювання, наявність близьких за характером інститутів всередині галузей.

По-друге, передумовою субсидіарного застосування норм законодавства може бути: а) наявність прогалин у законодавстві – і, відповідно, виникає потреба в застосуванні подібної, ідентичної норми, яка регламентує подібні відносини; б) чинне законодавство, в якому законодавець передбачає можливість регулювання відповідних відносин за допомогою субсидіарного застосування норм законодавства («відповідне» застосування норм законодавства як правовий засіб економії нормативного матеріалу). Іншими словами, воно допустиме в ситуаціях, коли для неврегульованого законом випадку в суміжній галузі є положення, яке передбачає ідентичне ставлення, тобто застосування відбувається на основі конкретно чинної норми або цілої групи таких норм.

По-третє, необхідно враховувати загальні принципи і положення, що лежать в основі відповідних галузей, беручи до уваги відносну самостійність останніх у питаннях регулювання суспільних відносин.

По-четверте, субсидіарне застосування норм законодавства можливе тільки в разі ідентичності та повної тотожності ознак відповідної ситуації, передбаченими нормою законодавства.

Таким чином, як зазначає О.І. Абрамова, субсидіарне застосування норм законодавства є своєрідним засобом правового регулювання суспільних відносин, наявність якого обумовлена доцільністю використання наявних юридичних засобів [1, с. 4].

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що з 60-х років минулого століття і до сьогодні є велика кількість міркувань різних видатних науковців

щодо розуміння умов субсидіарного застосування норм законодавства. На підставі дослідження пропонуються зазначені умови субсидіарного застосування норм цивільного законодавства для правозастосовних органів, у тому числі судових, що надасть їм можливість реалізувати право кожного на справедливе, добросовісне та розумне правосуддя [270, с. 147].

Визначення видів субсидіарного застосування норм законодавства сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання відносин і рівня гарантованості прав та інтересів.

Класифікація субсидіарного застосування норм цивільного законодавства може проводитися за різними підставами, залежно від цілей, що переслідуються.

1. Зазвичай вказівка на субсидіарне застосування норм законодавства, закріплено в законі, але є випадки коли субсидіарне застосування норм законодавства законом прямо не передбачено. Тому залежно від форми конституювання (форми схвалення органами державної влади) субсидіарне застосування норм цивільного законодавства поділяють на санкціоноване субсидіарне застосування норм цивільного законодавства і субсидіарне застосування норм цивільного законодавства за умовчуванням.

Прикладом санкціонованого субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є ст. 8 СК України: якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин.

При субсидіарному застосуванні норм законодавства за умовчуванням законодавець не вказує ні на галузь права, ні на систему законодавства в цілому, внаслідок чого виникає складність виявлення «мовчазної згоди» законодавця на таке застосування норм [177]. Наприклад, ч. 6 ст. 88 ЗК України передбачає при продажі учасником належної йому частки у спільній частковій власності на земельну ділянку інші учасники мають переважне право купівлі частки відповідно до закону. Оскільки субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до відносин спільної часткової власності на земельну ділянку є допустимим, і

земельним законодавством не врегульовані зазначені відносини, можна припустити, що порядок реалізації права переважної купівлі частки в праві спільної часткової власності визначається ст. 362 ЦК України.

У свою чергу, санкціоноване субсидіарне застосування норм законодавства поділяється на два види:

- згадка про допустимість субсидіарного застосування норм законодавства міститься в самому законі (наприклад, ч. 1 ст. 9 ЦК України).

- вказівка на допустимість субсидіарного застосування норм законодавства може міститися в законі, що регулює відносини, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування (наприклад, ст. 62 ЖК УРСР).

2. За суб'єктами, що долають прогалини в законодавстві та використовують цей правовий механізм можливо виділити субсидіарне застосування норм цивільного законодавства органами державної влади і місцевого самоврядування, судовими, нотаріальними, іншими правозастосовними органами, фізичними та юридичними особами тощо.

Однією з умов субсидіарного застосування норм законодавства є наявність суб'єкта уповноваженого на відповідне застосування. Суб'єктами, які субсидіарно застосовують норми законодавства є спеціально-уповноважені органи державної влади та місцевого самоврядування, що діють у межах і в порядку, визначеному законодавством, іншими учасниками суміжних відносин.

Проблема вдосконалення законодавства та нормативного регулювання притаманна будь-якій правовій системі. Особливу роль у вирішенні цієї проблеми в сучасній Україні відіграють судові органи. Два основних параметри визначають діяльність суду в умовах наявності прогалин в законодавстві: 1) суд, як правозастосовний орган, не може відмовитися від вирішення виниклого казусу, посилаючись на відсутність норми (ч. 9 ст. 8 ЦПК України); 2) суд не може довільно дозволити собі вирішення конкретної ситуації, виходячи тільки із власного бачення справедливого рішення для таких правовідносин. Судове подолання прогалин – винятково необхідний, але не основний спосіб подолання прогалин. Це субсидіарний, додатковий метод, який не може бути відсутнім у

правовій системі, інакше паралізує дію законодавства, і не може бути головним та єдиним, інакше суд підміняє законодавця; порушуються основні принципи розподілу влади і компетенції між органами державної влади в системі державності.

Виникає питання, як мусить діяти нотаріус у разі необхідності посвідчення договору, який не передбачений актами сімейного законодавства, або в разі, якщо норми матеріального права, необхідні для врегулювання суспільних відносин, які є предметом вчинення нотаріальних дій, відсутні. Оскільки нотаріусам, які вчиняють нотаріальні дії, забороняється безпідставно відмовляти у вчиненні нотаріальних дій, вони субсидіарно застосовують норми цивільного законодавства для посвідчення договорів або для врегулювання інших суспільних відносин.

Разом з тим, ст. 49 Закону України «Про нотаріат», яка містить підстави для відмови у вчиненні нотаріальних дій, не вказує на обов'язок нотаріуса відмовити у вчиненні нотаріальних дій у разі відсутності або неповноти законодавства, зазначаючи лише, що вчинення такої дії не може суперечити законодавству України [100, с. 566].

У разі укладення шлюбного договору подружжя використовує положення ЦК України щодо спільної часткової власності чи спільної сумісної власності. Фізичні особи, у свою чергу, мають право на самозахист своїх прав та законних інтересів у житлових, сімейних, трудових, земельних відносинах відповідно до ст. 19 ЦК України.

Результатом субсидіарного застосування норм цивільного законодавства зазначеними суб'єктами є прийняття правозастосовного акта – ухвали чи рішення суду, постанови та інших нормативно-правових актів державних і приватних юридичних та фізичних осіб. У будь-якому разі важливе значення має дотримання умов субсидіарного застосування норм законодавства цими суб'єктами, що виключає можливість зловживання цим правовим механізмом. Не допускається пристосування аналогічної норми шляхом дещо іншого її тлумачення, адже

субсидіарне застосування норм цивільного законодавства полягає не в тлумаченні змісту норми, а в перенесенні її дії на суміжні за змістом і характером відносини.

3. З урахуванням ролі цивільного права субсидіарне застосування норм цивільного законодавства можливе до природоресурсних, трудових, сімейних, житлових, земельних, господарських, бюджетних, податкових, митних, кримінальних, цивільних процесуальних, адміністративних процесуальних, господарських процесуальних та кримінально-процесуальних відносин.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до природоресурсних відносин.

Субсидіарне застосування норми цивільного законодавства, як передбачено в ч. 1 ст. 9 ЦК України, можливе до відносин, що виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Зокрема, при визначенні розміру майнової шкоди, що завдана навколишньому середовищу та підлягає стягненню з винних осіб, повинні субсидіарно застосовуватися норми цивільного законодавства. Тому при вирішенні спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, застосуванню підлягають ст.ст. 1166, 1187 ЦК України.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин.

Частина 1 ст. 9 ЦК України передбачає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Оскільки трудове право відділилося від цивільного права, при дослідженні трудового і цивільного права складається враження, що представники науки трудового права як би з «порога» відкинули вікові досягнення цивілістів в області розробки договорів, правочинів, термінів, відповідальності тощо.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин.

Відносини, що виникають у сфері користування житлом на підставі договору найму жилого приміщення, здебільшого є цивільно-правовими, що, у свою чергу, зумовлює необхідність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до відповідних відносин користування житлом. Користування житлом на підставі договору найму (оренди) житла, це або сфера дії винятково спеціального житлового законодавства (ч. 2 ст. 810 ЦК України), або спільна сфера дії спеціального (житлового) і загального (цивільного) законодавства (ч. 3 ст. 810 ЦК України) [279, с. 37].

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин.

Стаття 8 СК України уточнює положення ч. 1 ст. 9 ЦК України, передбачаючи субсидіарне застосування норм ЦК України до сімейних відносин. Питання допустимості субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин довгий час є предметом дискусій в юридичній літературі [158, с. 146].

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин.

Хоча земельні відносини регулюються Конституцією України, ЗК України, а також прийнятими відповідно до них нормативно-правовими актами (ч. 1 ст. 3 ЗК України), земельне законодавство не здатне врегулювати норми на всі випадки життя. До того ж нераціонально дублювати норми, які вже містяться в цивільному законодавстві.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є досить поширеним щодо регулювання господарських відносин, бо правовідносини у сфері господарювання регулюються не тільки господарським законодавством, а й нормами цивільного законодавства [97, с. 101]. У господарській діяльності повсякчас використовують надану ч. 2 ст. 9 ЦК України допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до матеріальних публічно-правових відносин.

Такими відносинами виступають бюджетні, податкові, митні та кримінальні. Якраз ч. 2 ст. 1 ЦК України встановлює обмеження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, що поширюється практично на всі фінансові, у тому числі бюджетні, податкові, митні відносини. Проте це положення формулює правило « ..., якщо інше не встановлено законом», яке вказує на певну допустимість субсидіарного застосування норм цивільного до публічно-правових відносин.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин.

У названому випадку галузі за своєю природою є відмінними між собою та з цивільним правом, із самостійними предметами та методами правового регулювання. Зокрема, положення ст. 44 ЦПК України та ст. 59 КАС України відсилають нас до положень ЦК України в частині припинення представництва.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин.

Господарський процес пов'язаний з цивільним законодавством у тій частині, у якій норми ЦК України регулюють відносини у сфері господарювання. Одним з прикладів є субсидіарне застосування господарським судом норм цивільного законодавства про позовну давність у господарському процесі.

– субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до кримінально-процесуальних відносин.

Кримінально-процесуальне право створює форми для вирішення в кримінальному провадженні питання про відшкодування матеріальної шкоди за допомогою цивільного позову, заподіяної злочином, і тим самим, для реалізації норм цивільного законодавства.

Запропонована класифікація субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є важливим засобом визначення специфіки правової природи цього явища. Класифікація має не тільки теоретичне, але і практичне значення для

правотворчої та правозастосовної діяльності, зокрема, удосконалення законодавчого процесу, забезпечення законності в процесі реалізації вимог законодавства. Класифікація сприяє подальшому вдосконаленню і систематизації законодавства, слугує меті кращого дослідження субсидіарного застосування норм законодавства [260, с. 117].

Для того, щоб дослідження субсидіарного застосування норм законодавства відповідало вимогам конкретної істини, у його основі повинні бути покладені принципи – такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності та підвалини цього типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і складають його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальнозначимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу [107].

Питання щодо принципів права є одним з найбільш спірних в юридичній науці, крім того стрімкий розвиток суспільних відносин обумовлює зміну джерел права, що використовується для їх врегулювання.

Беручи таке визначення, як одне з можливих, разом із тим маємо звернути увагу на ту обставину, що фактичне ототожнювання понять «принципи», «засади», «ідеї» та «рис» права (або тлумачення їх як внутрішнього змісту та зовнішньої форми) здається не зовсім точним. Якщо терміни «принципи права», «засади права» та «ідеї права» ще можна вживати як такі, що позначають однакові або тісно пов'язані правові категорії, їхній зв'язок з поняттям «рис права» виглядає інакше. Адже, якщо «засади» – це ідеологічне «підґрунтя», методологічна «основа» права, то вони не можуть відображати риси права, бо, швидше, є основою, фундаментом виникнення, вибудови найсуттєвіших рис права [277, с. 7].

Принципи права є хребтом правової системи держави, виконуючи важливу роль у регулюванні суспільних відносин. Суворе та точне дотримання вимог права означає одночасно і втілення в життя закладених у ньому принципів [44, с. 282]. Якраз тому при вирішенні конкретних юридичних питань, у тому числі

цього дослідження, необхідно в першу чергу керуватися принципами права і природно знати ці принципи.

У правовій науці вже були запропоновані принципи аналогії, зокрема, С.В. Шмаленя зазначає, що застосування аналогії повинно здійснюватись з дотриманням таких принципів як законність, справедливість, обґрунтованість і доцільність [309, с. 80]. Проте запропоновані принципи не відображають специфіки правового регулювання цивільних відносин, зокрема, наявність можливості укладення договору, що не передбачений ЦК України, зумовлює, по-перше, визнання договору в якості джерела права, по-друге, сторони можуть використовувати аналогію при укладенні непоіменованого договору, внаслідок чого визначені науковцем принципи аналогії через призму правозастосування, а не використання, не відповідають галузевим принципам цивільного права [264, с. 20].

У ст. 3 ЦК України законодавець закріпив загальні засади цивільного законодавства, якими є: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність.

З огляду на загально-правові принципи та на підставі загальних засад цивільного права й оскільки субсидіарне застосування норм законодавства може здійснюватись усіма учасниками цивільних правовідносин [99, с. 189], виділяємо наступні принципи:

1. Принцип неприпустимості довільного втручання у сферу приватного життя. Це означає вимогу забезпечення «суверенітету особистості» і те, що суб'єкти, субсидіарно застосовуючи норми ЦК України, не можуть свавільно втручатися в особисте життя фізичної або юридичної особи. Зокрема, цивільним законодавством охороняється право на таємницю про стан здоров'я (ст. 286 ЦК України).

Конституція України також гарантує недоторканість особистого і сімейного життя, крім випадків, передбачених Конституцією України [112]. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (ст. 32 Конституції України).

2. Принцип свободи договорів. Зазначений принцип чи то в земельних, чи то в сімейних відносинах полягає у визнанні за учасниками цивільних правовідносин можливості укласти договори в суміжних галузях права, субсидіарно застосовуючи норми ЦК України. Наприклад, ст. 94 СК України не визначає наслідків недотримання вимоги про нотаріальне посвідчення шлюбного договору. У цій ситуації підлягатиме субсидіарному застосуванню ст. 220 ЦК України.

3. Принцип судового захисту прав та інтересів. Цей принцип є юрисдикційною формою захисту прав та інтересів учасників відносин (цивільних, сімейних, трудових, житлових тощо) у разі їх порушення, невизнання або оспорювання та є такою, що забезпечує реалізацію засад цивільного законодавства, передбачених ст. 3 ЦК України.

Принцип судового захисту прав та інтересів ґрунтується, передусім, на положенні Конституції України. При цьому судовий захист можливий як стосовно тих прав, що прямо вказані в ЦК України чи інших галузевих нормативно-правових актах, так і відносно тих, що впливають з норм Конституції України (постанова Пленуму ВСУ від 1 листопада 1996 р. №9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя») [193].

Відповідно до ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Оскільки у ч. 1 ст. 9 ЦК України врегульовано субсидіарне застосування норм ЦК України, положення ЦК України щодо права на захист і способів захисту застосовуються до суміжних відносин.

4. Принципи верховенства права, рівності, обґрунтованості.

Під верховенством права розуміється «верховенство розуму»; «панування права, пріоритетність у суспільстві, насамперед, прав людини»; «кодекс правил, які легітимізовані суспільством і базуються на досягнутому рівні соціальної етики», «сукупність морально-правових цінностей, відповідно до яких мають регулюватися відносини в демократичному суспільстві, вирішуватися питання життєдіяльності людей, розглядатися справи в судах» тощо [281]. Треба наголосити, що якраз принцип верховенства права надає можливість суду при розгляді конкретної справи субсидіарно застосовувати норми цивільного законодавства.

Згідно з принципом верховенства права людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Наприклад, суд не повинен субсидіарно застосовувати норми законодавства, якщо таке застосування буде порушувати права та свободи людини і громадянина.

Принцип рівності виходить з того, що для суду всі учасники є рівними перед законом. Жоден суб'єкт не володіє якими-небудь перевагами перед іншими суб'єктами в приватному праві, це право розповсюджується на юридичних осіб, а також на державу. Хоча законодавством встановлено деякі винятки з цього правила. Якраз відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів» споживач має додаткові права [271, с. 115].

Субсидіарне застосування норм законодавства визнається обґрунтованим на основі повного і всебічного з'ясування всіх обставин, що виникли за певних правовідносин. Обґрунтованість полягає у вірності встановлення фактичних обставин справи.

5. Принцип справедливості, добросовісності, розумності, ефективності.

Зазначений принцип виступає через систему оцінних понять [59], які в цивільному праві завжди використовуються щодо таких об'єктів оцінки як дія або діяльність («добросовісно», «розумно», «регулярно», «економно», «доцільно» тощо), речі («індивідуального користування», «безгосподарні»).

Вимога справедливості, добросовісності та розумності практично виражається у встановленні його нормами рівних умов для участі осіб у цивільних правовідносинах; закріпленні можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу; створення норм, спрямованих на забезпечення реалізації цивільного права, з урахуванням прав та інтересів інших осіб, моралі та суспільства [282, с. 68].

Арістотель поділяв справедливість, як елемент правової системи, на природну і встановлену законом [137, с. 150]. На початку свого розвитку традиційно римське приватне право тісно пов'язувало принцип справедливості з мораллю. Під впливом стоїцизму природне право для римських юристів виявилось ідеальним правом. Завдяки такому ідеалістичному підходу було створено абстрактну систему права, яка складалася з інститутів і принципів. У праві категорія «справедливість» набула значення «*justitia*». Поняття «*aequitas*» використовувалося римськими юристами для протиставлення *iniquitas* (несправедливості) – правовій ситуації, яка суперечить справедливості. Відповідно до конкретизації принципу справедливості з'являється категорія «*aequitas*» (рівність). Такий підхід зумовив розвиток правового становища індивіда як суб'єкта права. Зростання ролі індивіда в праві привело до розвитку ідеї гуманності. Принцип справедливості використовувався для вірного, відповідного властивостям самого права, розуміння норм позитивного права.

У рішенні Конституційного Суду України №15-рп-2004 від 2 листопада 2014 р. у справі за конституційним поданням ВСУ щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначається, що «справедливість» – одна з основних засад права – є вирішальною у визначенні права, як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права [220].

У 2008 р. було опубліковане Тимчасове видання DCFR, у 2009 р. – переглянуте видання DCFR, де передбачено застосування принципу справедливості [187]. Варто відмітити те, що принципи в редакції DCFR 2009 р. були розподілені на дві групи: базові принципи (*underlying principles*) та важливі

принципи (overriding principles). Принцип справедливості відноситься якраз до базових. Водночас, розробники DCFR зазначають, що справедливість відіграє роль одного з найважливіших принципів. Тому його роль подвійна [253].

Таким чином, у різних сферах приватно-правової діяльності справедливість має різний зміст. У цьому випадку принцип справедливості означає визначення нормою права обсягу, межі здійснення захисту прав та обов'язків адекватно її ставленню до вимог правової норми під час субсидіарного застосування норм законодавства. Також цей принцип виявляється в нормах, які встановлюють рівність сторін, що є характерним для субсидіарного застосування норм законодавства.

Принцип добросовісності (bona fides) виник у римському праві: ще тоді почали з'являтися договори «доброї совісті» [176, с. 259]. Після падіння Римської імперії концепція добросовісності в якості принципу виконання договорів виникає знову в практиці купців впродовж XI та XII століть. Уже в цей час добросовісність поступово перетворюється в загальний принцип цивільного права країн континентальної сім'ї. При цьому право нових народів у процесі рецепції римського приватного права сприймає добросовісність в її початковому функціональному вигляді, якраз як інструмент захисту дійсного змісту договору [296, с. 171-172].

Принцип добросовісності – принцип, який передбачає необхідність сумлінної та чесної поведінки учасників субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Принцип добросовісності є основою для багатьох правил, що стосуються реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань. Принцип добросовісності в основі правил про те, що сума, яка сплачується за невиконання договірних зобов'язань постраждалій стороні може бути зменшена, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання. Мова йде про так звані «узгоджені суми, які сплачуються за невиконання зобов'язання». Якраз відповідно до ст.ІІІ.-3:712 DCFR: «У разі, якщо в договорі передбачено, що сторона, яка не виконала зобов'язання, повинна виплатити певну суму постраждалій стороні за таке

невиконання, постраждалій стороні виплачується відповідна сума незалежно від фактично понесених втрат». Найчастіше принцип добросовісності «освоюється» судом у нормах цивільного законодавства щодо договірних зобов'язань. Зокрема, визначальним є той факт, що посилення на принцип добросовісності було використане в рішенні Конституційного Суду України №18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р. у справі «про охоронюваний законом інтерес» [219].

Розумність – це зважене вирішення питань субсидіарного застосування норм цивільного законодавства з урахуванням інтересів усіх учасників. Розумність виявляється в прагненні органу правозастосування забезпечити адекватність субсидіарного застосування норм законодавства для утвердження справедливості, коли зазначена адекватність досягається через урахування усіх істотних обставин справи. Окреслений підхід загалом узгоджується з визначенням розумності, наведеним у ст. I-1:104 DCFR. Згідно з положеннями цієї статті розумним є те, що може бути об'єктивно встановлено з огляду на суть і мету того, що має бути зроблено відповідно до обставин цієї справи та належних звичаїв і практики [187]. Правозастосовна практика субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до природоресурсних відносин пов'язує застосування принципу розумності при прийнятті рішення про зменшення розміру відшкодування заподіяної шкоди, виходячи з матеріального стану фізичної особи – заподіювача шкоди (ч. 4 ст. 1193 ЦК України). Дотримання засади розумності в змозі забезпечити справедливе вирішення цивільних справ, навіть за відсутності прямих вказівок законодавця на субсидіарне застосування норм законодавства.

Принцип ефективності проявляється в тому, що суб'єкти права прагнуть забезпечити чи захистити свої права та інтереси при залученні цивільного законодавства в суміжних відносинах з умовою досягнення певного максимального результату. Принцип ефективності є також базовим принципом DCFR, як і принцип справедливості, який розглядається у двох площинах: ефективність для сторін правовідношення та ефективність для суспільства. Ефективність для сторін забезпечується окремо встановленням мінімальних формальних та процедурних обмежень.

Принцип справедливості, добросовісності, розумності та ефективності постає визначальним чинником побудови всього механізму субсидіарного застосування норм законодавства. Тому міркування щодо справедливості, добросовісності, розумності й ефективності відіграють вирішальну роль при встановленні сфери субсидіарного застосування норм законодавства для захисту цивільних прав та інтересів.

У цьому дослідженні порушені проблемні питання принципів, що мають витік ще з римського приватного права та знайшли своє відображення в модельних правилах ЄС. Зосереджено увагу на такі принципи субсидіарного застосування норм законодавства як: 1) принцип неприпустимості довільного втручання у сферу приватного життя; 2) принцип свободи договорів; 3) принцип судового захисту прав та інтересів; 4) принципи верховенства права, рівності, обґрунтованості; 5) принцип справедливості, добросовісності, розумності та ефективності.

Викладене дає підстави для висновку про доцільність певного запозичення міжнародного досвіду застосування засад справедливості, добросовісності, розумності й ефективності при субсидіарному застосуванні норм цивільного законодавства в Україні.

1.3. Методологічні питання визначення сфери субсидіарного застосування норм цивільного законодавства

Повнота, всебічність і ґрунтовність дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства залежить від вірного визначення сфери наукового дослідження.

Методологія (від грец. слів *methodos* і *logos* – шлях, дослідження [114, с. 266]), як розуміє її М.М. Марченко, є системою особливих прийомів, принципів та способів вивчення загальних закономірностей виникнення, становлення і розвитку державно-правових явищ [160, с. 361].

Діалектичний метод характерний для дослідження фактичного правового матеріалу завдяки індуктивному висуненню певних гіпотез (при формуванні

дефініцій понять, здійсненні певних теоретичних узагальнень), з подальшим дедуктивним обґрунтуванням і доведенням [306, с. 30].

Формально-юридичний метод може стати у нагоді при термінологічній характеристиці дослідження. Природно-правовий підхід до визначення сутності права зумовив відповідне розуміння дефініцій прогалин у законодавстві, субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Дослідження проблематики, пов'язаної з вивченням різних аспектів розумової діяльності суб'єкта (зокрема, судді, адвокати), вимагає врахування значної кількості чинників, багато з яких найбільшою силою проявилися в останні десятиліття. Для формування максимально повної картини такої діяльності необхідний аналіз не тільки процесів вирішення завдань або продукування нових ідей, а й наступних етапів їх впровадження і використання [312, с. 51]. При цьому дослідження її як системного феномена може бути доповнено детальним вивченням структури розумової діяльності на різних етапах її здійснення.

За допомогою догматичного методу можна дізнатися про ставлення суб'єктів правовідносин до того головного, що утворює предмет юридичних знань – конкретні життєві обставини, що вимагають правового дозволу.

Вивчаючи субсидіарне застосування норм цивільного законодавства, доцільним буде використання методу соціологічних досліджень, що надасть систематичну пізнавальну діяльність, спрямовану на вивчення поведінки суддів при вирішенні спорів із застосуванням цього механізму та отримання нової інформації, для виявлення закономірностей суспільних відносин на основі теорій, методів і процедур.

Тому для визначення місця та ролі субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в правовому регулюванні суспільних відносин варто приділити увагу цим методологічним аспектам дослідження. Разом із тим, актуалізувалося питання подальшого вибору напрямку дослідження через поділ суміжних із цивільним галузей права на приватні і публічні або на матеріальні і процесуальні.

Зокрема, аналіз методологічних питань сфери дії субсидіарного застосування норм цивільного законодавства створює підґрунтя для подальшої аргументації.

Здається, що дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства через призму поділу на приватне і публічне не є виправданим. Сьогодні залишається актуальним твердження, згідно з яким питанню визначення приватного права і розмежування його з правом публічним пощастило в науці за кількістю й якістю присвяченої йому літератури і не пощастило щодо загальноприйнятого його вирішення [4, с. 29]. Оскільки невизначеність у цьому питанні ускладнює правове регулювання, породжує численні недоліки в законодавстві та незрозумілість сфери визначення субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Нині це обумовлює актуальність наукових досліджень у сфері розмежування публічного і приватного права. Відповідний досвід має бути врахований при побудові системи юридичних актів, що сприятиме його удосконаленню.

Під час дослідження постало питання не стільки про поділ права на приватне і публічне, а скільки про наявність галузей права, які мають приватно-публічний характер.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є природнім для галузей приватного права (сімейне право, трудове право). Для публічно-правових норми цивільного законодавства субсидіарно застосовуються в силу закону або, виходячи з сутності відносин. У таких галузях як житлове і земельне право є певна невизначеність, бо сьогодні відбувається «обмін» сферами та методами між публічним і приватним правом [252, с. 5]. Як показує вітчизняний досвід законодавчого розвитку, житлове та земельне право увібрали в себе цивільно-правові й інші підходи.

Торкаючись цього питання, проаналізуємо останні зазначені суміжні з цивільним відносини, де проходить така невизначеність.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних і природоресурсних відносин.

З часу прийняття ЗК України, до нього вносились зміни та доповнення понад дев'яносто разів, у тому числі спрямовані на усунення прогалин (наприклад, стосовно емфітевзису і суперфіцію). При цьому, А.М. Мірошніченко звертав увагу в науці земельного права України на проблеми подолання прогалин у законодавчому регулюванні у своєму навчальному посібнику [146, с. 34-35] та монографії [147]. Пошук «ефективного власника» у процесі земельної реформи призвів до втрати власника як такого, що насамперед обумовлюється прогалинами в земельному законодавстві [102, с. 55].

Відносно дискусій щодо цього питання, то вони почалися вже на початку ХХ ст., коли в Межовому інституті й училищах «землемірів» була введена навчальна дисципліна «земельне право». Про особливе становище земельних ділянок серед обігу інших речей встиг тоді висловитися Г.Ф. Шершеневич [307].

На перший погляд здається – земельне право та інші природоресурсні галузі права, як показує вітчизняний досвід законодавчого розвитку, увібрали в себе цивільно-правові та екологічно-правові підходи до регулювання земельних, водних, лісових і гірничих відносин.

Як уявляється, у нинішній час земельне право характеризується як приватно-публічна галузь, тобто галузь права, яка регулює суспільні відносини при допомозі приватноправових і публічно-правових методів.

Об'єднуючим елементом співвідношення норм цивільного і земельного права в правочинах із земельними ділянками є те, що їхнім матеріальним об'єктом є земля [297, с. 56]. Коли земля виступає складовою частиною природного середовища, що підлягає охороні й управлінню зі сторони держави, виникають публічно-правові відносини.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ЗК України земельні відносини регулюються Конституцією України, ЗК України, а також прийнятими до них нормативно-правовими актами. У ЗК України та інших актах земельного законодавства не згадується про аналогію закону, аналогію права і субсидіарне застосування норм

законодавства. Хоча припис ч. 1 ст. 3 ЗК України не обмежує субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до регулювання земельних відносин у разі необхідності, при чому, ст. 9 ЦК України дозволяє це правове явище. С.С. Алексєєв щодо цього зазначав, що в більшості галузей права інститути аналогії і субсидіарного застосування норм законодавства – не лише необхідні, але й цілком природні інститути, покликані забезпечити динамізм правової системи [7, с. 18].

Визначальною проблемою субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є визначення допустимості застосування норм ЦК України для врегулювання земельних відносин. Н.С. Кузнецова звертає увагу на субсидіарний характер застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин, зазначаючи, що під час вирішення проблеми співвідношення цивільного і земельного законодавства потрібно застосовувати принцип *lex specialis* [119, с. 19]. Цієї ж думки дотримується зарубіжний науковець Ю.Г. Жаріков, який зазначає, що співвідношення норм цивільного і земельного законодавства в правочинах із земельними ділянками виявляється як відношення загального до особливого, де загальною є норма цивільного законодавства, а спеціальною – норма земельного законодавства [64, с. 54]. Аналогічний підхід, як здається, відображений у думках його співвітчизника Н.А. Сиродоева, який вказує, що земельними є специфічні відносини, об'єктами яких є земля як нерухоме майно особливого роду, і регулювання цих відносин здійснюється як земельним, так і цивільним законодавством [248, с. 31]. На думку Т.О. Коваленко, підставою для субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин є дійсна відсутність норми земельного законодавства [103, с. 547].

Разом із тим є противники використання цього механізму. З огляду на те, що Конституція України (ст. 14) проголосила землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, Н.І. Титова вважає, що переведення земельних відносин у сферу регулювання цивільних майнових відносин є порушенням Основного Закону [251, с. 8]. Вказує на недопустимість

субсидіарного застосування норм законодавства (міжгалузевої аналогії) для врегулювання земельних відносин О.В. Колотава [108, с. 123].

На основі зазначеного та керуючись принципом ст. 19 Конституції України «дозволено все, що прямо не заборонено законом», зробимо висновок про допустимість та необхідність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин.

У земельному законодавстві відсутні норми, які б встановлювали особливості земельної правоздатності і дієздатності фізичних та юридичних осіб. У цьому випадку В.В. Носік звертає увагу на субсидіарне застосування відповідних норм цивільного законодавства, говорячи: «в умовах роздільного правового регулювання земельних і майнових відносин правовий статус громадян як суб'єктів права власності на землю визначити за аналогією (напевно йдеться про міжгалузеву аналогію) з нормами цивільного права щодо загальної правоздатності та дієздатності» [159, с. 139]. Але не потрібно забувати про суб'єктів земельних відносин, що обумовлюють набуття спеціальної земельної правосуб'єктності (наприклад, громадянство України).

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин відбувається при захисті цивільних прав та інтересів судом. Зокрема, до земельних відносин при самочинному будівництві на земельній ділянці субсидіарно застосовується ст. 376 ЦК України, про що вказується в постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України «Про практику застосування судами ст. 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)» №6 від 30 березня 2012 р. [197].

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин відбувається при визначенні змісту права власності на землю. Якраз ч. 1 ст. 78 ЗК України передбачає так звану тріаду правоможностей власника на землю – право володіння, право користування і право розпорядження, хоча в загальному, застосуванню підлягають ст.ст. 317, 319 ЦК України, де врегульовано ці положення. Частина 3 ст. 78 ЗК України зазначає, що земля в нашій країні перебуває у приватній, комунальній та державній власності, але ст.ст. 325-237

ЦК України субсидіарно застосовуються до земельних відносин, бо докладніше регулюють ці положення.

У земельному законодавстві не врегульовано ні поняття, ні види, ні вимоги до змісту установчих документів, створення юридичної особи, ні найменування та місцезнаходження, ні правоздатність і дієздатність юридичної особи тощо, хоча усі зазначені положення регулюються гл. 7 «Загальні положення про юридичну особу» та гл. 8 «Підприємницькі товариства» ЦК України. Так само законодавець у ЗК України не врегулював особливості трансформації земельних прав у разі реорганізації юридичних осіб. Через це субсидіарно застосовуються відповідні норми цивільного законодавства.

Санкціоноване субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин явно вираженно в набутті громадянами та юридичними особами права власності на землю. Відповідно до ЗК України одними з юридичних фактів, на підставі яких виникає право приватної власності на земельні ділянки, є: 1) цивільно-правова угода; 2) спадкування земельної ділянки.

Порядок та особливості укладення цивільного-правових угод визначається ЦК України та відсилає нас до цивільного законодавства якраз ч. 2 ст. 131 ЗК України, яка зазначає, що укладення угод здійснюється відповідно до ЦК України з урахуванням вимог ЗК України, бо загальні вимоги щодо поняття, форми, порядку укладення договорів земельної ділянки визначені ЦК України. Також ст. 90 ЗК України відсилає до цивільного законодавства, визначаючи права власників земельних ділянок у п. «а» на продаж або іншим чином відчуження земельної ділянки, передання в оренду, заставу, спадщину.

Цивільно-правовою угодою є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Цивільно-правова угода укладається у вигляді договору [295, с. 4]. Приведемо декілька прикладів субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про *цивільно-правові угоди* до земельних відносин:

1. Першу спробу відновити і врегулювати обмежені речові права було зроблено у ЗК України, зокрема, у гл. 16 визначається право земельного сервітуту.

Більш повно цю проблему розглянуто в ЦК України. Якраз у гл. 32 ЦК України «Право користування чужим майном» визначено поняття, сутнісні характеристики, а також врегульовано порядок використання одного з видів обмежених речових прав – сервітут. Відмінність ст. 98 ЗК України від ст. 401 ЦК України полягає в тому, що згідно ЗК України земельний сервітут встановлюється лише стосовно земельної ділянки, тоді як ЦК України передбачає можливість встановлення земельного сервітуту стосовно земельної ділянки та інших природних ресурсів.

Згідно ч. 2 ст. 100 ЗК України, підставою виникнення земельного сервітуту є договір або рішення суду, тоді як ч. 1 ст. 402 ЦК України передбачає дещо інші підстави встановлення відповідного права: договір, закон, заповіт або рішення суду [142, с. 44]. Право власника земельної ділянки, щодо якої встановлено земельний сервітут, на відшкодування збитків передбачено ч. 7 ст. 403 ЦК України, а ч. 4 ст. 101 ЗК України відправляє до загальних положень про відшкодування шкоди встановлених гл. 82 ЦК України.

Як уявляється, спадкодавець має право відповідно до ст. 1246 ЦК України встановити у заповіті сервітут щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб.

2. Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) і право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) виникають на підставі договору між власником земельної ділянки й особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для таких потреб, відповідно до цивільного законодавства (ч. 1 ст. 102-1 ЗК України). Якраз із урахуванням вимог ЗК України здійснюється укладання договорів про надання права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб або для забудови (ч. 5 ст. 102-1 ЦК України). Відповідно до цих норм, ЗК України відсилає до гл.гл. 33, 34 ЦК України, якщо це не суперечить суті земельних відносин.

3. Після прийняття ЗК України земельна іпотека стає одним із дієвих способів залучення інвестицій в освоєння земельних ділянок і розвиток

сільськогосподарського й аграрного виробництва [131, с. 4]. Стаття 575 ЦК України дозволяє віднести до предмета іпотеки нерухоме майно, а також рухомі речі, що прирівняні до нерухомих, або майнові права. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про іпотеку» предметом іпотеки можуть бути один або декілька об'єктів нерухомого майна, а згідно ст. 181 ЦК України до нерухомого майна (нерухомості) належать земельні ділянки. Ґрунтуючись на такій основі, можна стверджувати, що до земельних відносин також застосовуються положення §6 (ст. 572-593) гл. 49 ЦК України, які стосуються земельної ділянки.

4. Земельне законодавство містить істотну прогалину в регулюванні відчуження земель за угодами купівлі-продажу – воно не розкриває порядку проведення земельних торгів, і водночас імперативно встановлює, що такий порядок має визначатися законом (ч. 5 ст. 137 ЗК України) [101, с. 26].

Правове регулювання договору купівлі-продажу визначається гл. 54 ЦК України. Проте відповідно до Перехідних положень ЗК України (п. 15), громадяни та юридичні особи, що мають у власності земельні ділянки для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, а також громадяни України – власники земельних часток (паїв) не вправі до 1 січня 2018 року продавати чи іншим способом відчужувати належні їм земельні ділянки та земельні частки (паї). Тому не будемо вдаватися до подробиць, які норми купівлі-продажу за цивільним законодавством підлягають субсидіарному застосуванню до земельних відносин, допоки не буде знято мараторій на купівлю-продаж земельних ділянок і не прийнято Закон України «Про обіг земель сільськогосподарського призначення».

5. Заборона на відчуження земельних ділянок, яка встановлена п. 15 Перехідних положень ЗК України, поширюється на укладення договорів міни із земельними ділянками не всіх категорій. Це означає, що власники землі можуть безперешкодно укладати договори міни земельних ділянок, наданих для ведення особистого селянського господарства, присадибні земельні ділянки, ділянки для садівництва, дачного і гаражного будівництва. Укладання договорів міни земельних ділянок здійснюється відповідно до положень цивільного

законодавства з урахуванням вимог, визначених ст. 132 ЗК України. Стосовно земельних ділянок можуть укладатись договори міни відповідно до ст.ст. 715, 716 ЦК України.

6. Договір дарування опосередковує безоплатну передачу земельної ділянки від дарувальника до обдарованого, що означає відсутність зустрічного еквіваленту у вигляді майна або грошових коштів. Іншими словами, основна сутність договору полягає в його безоплатному характері [295, с. 10]. Якраз ЦК України врегульовано особливий порядок дарування нерухомих речей, який поширюється на безоплатне відчуження земельних ділянок.

7. Відповідно до цивільного законодавства, якщо договором ренти земельної ділянки встановлено, що одержувач ренти передає земельну ділянку у власність платника ренти за плату, до відносин сторін щодо її передання застосовуються загальні положення про купівлю-продаж (норми §1 гл. 54 ЦК України), а якщо земельна ділянка передається безоплатно, – положення про договір дарування (норми гл. 55 ЦК України).

При цьому, цивільне законодавство містить застереження, що таке правове регулювання не повинно суперечити суті договору ренти земельної ділянки. Зазначені норми ЦК України потребують окремого аналізу й осмислення, особливо їх субсидіарне застосування до врегулювання рентних відносин при укладенні договору ренти земельної ділянки разом із нормами ЗК України [21, с. 161].

Інші положення ст.ст. 736-743 гл. 56 ЦК України, що стосуються нерухомого майна (земельної ділянки) субсидіарно застосовуються до рентних відносин щодо земельної ділянки, якщо це не суперечить суті ст. 133 ЗК України.

8. Торкаючись питання договору (найму) оренди земельної ділянки, ст. 2 Закону України «Про оренду землі» [195] передбачає, що відносини, пов'язані з орендою землі, регулюються ЗК України, ЦК України, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до них, договором оренди землі.

За укладення договорів з порушенням земельного законодавства громадяни та юридичні особи несуть, крім адміністративної або кримінальної, ще й цивільну відповідальність відповідно ЦК України.

Ішим юридичним фактом, на підставі якого виникає право власності на земельну ділянку, є *спадкування*.

Почнемо з можливості, що регулювання відносин щодо переходу прав на земельні ділянки від одних осіб до інших у порядку спадкування здійснюється не тільки нормами земельного, а й цивільного законодавства [127, с. 192].

У судовій та нотаріальній практиці досить часто застосується ст. 1225 ЦК України. Згідно із цією нормою, яка субсидіарно застосовується щодо спадкування прав на земельну ділянку, право власності переходить до спадкоємців на загальних підставах, із збереженням її цільового призначення. Цивільне законодавство виходить з принципу «земля слідує за долею розташованої на ній будівлі». У силу цього принципу до спадкоємців житлового будинку, інших будівель і споруд переходить одночасно право власності або право користування тією частиною ділянки, яка необхідна для їх обслуговування, якщо інше не передбачено заповітом [243]. Зокрема, Снятинським районним судом Івано-Франківської області 12 квітня 2016 р. розглянуто позов позивача до Снятинської міської ради про визнання права власності на спадкове майно. У зв'язку із відсутністю в позивача правовстановлюючих документів, він не міг реалізувати своє право на спадщину шляхом отримання свідоцтва про право на спадщину за законом у нотаріуса, а тому звернувся до суду з цим позовом, яким просив суд визнати право власності на земельні ділянки для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. У рішенні суд субсидіарно застосував норми цивільного законодавства про спадкування (ст.ст. 1268, 1266, 1225 ЦК України) до земельних відносин та повністю задовільнив позов [225].

З огляду на великий обсяг книги 6 ЦК України «Спадкове право» не доцільно в рамках цього дослідження розписувати кожен норму ЦК України, яка субсидіарно застосовується до земельних відносин. Тому в загальному гл. 84 ЦК України «Загальні положення про спадкування», крім ст.ст. 1227-1232-1,

гл. 85 ЦК України «Спадкування за заповітом», гл. 86 ЦК України «Спадкування за законом», гл. 87 ЦК України «Здійснення права на спадкування», гл. 88 ЦК України «Виконання заповіту», гл. 89 ЦК України «Оформлення права на спадщину», гл. 90 ЦК України «Спадковий договір» підлягають субсидіарному застосуванню до земельних відносин щодо спадкування земельної ділянки.

На практиці виникає проблемне питання стосовно можливості виділення часток у праві оренди земельної ділянки. Земельна ділянка може бути орендована кількома особами, але ні ЗК України, ні Законом України «Про оренду землі» право спільного користування земельною ділянкою не врегульовано, хоча спроможність здійснення такого права передбачено в ч. 4 ст. 120 ЗК України. Оскільки ЗК України зазначені відносини безпосередньо не врегульовує, то є допустимим субсидіарне застосування положення ст. 510 ЦК України, у якій врегульовано зобов'язання за участю кількох боржників і кредиторів. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до земельних відносин є можливим при спільній власності на землю. Зокрема, в ст.ст. 86-89 ЗК України недостатньо врегульовано інститут спільної власності. Наприклад, у ч. 4 ст. 89 ЗК України зазначається, що співвласники земельної ділянки, що перебуває в спільній сумісній власності, мають право на її поділ або на виділення з неї окремої частки. Хоча самого механізму ЗК України не передбачає, на відміну від ЦК України, який в ст.ст. 370, 372 передбачає детальне врегулювання цих відносин. Зокрема, буде укладатиметься договір з кількома орендарями, які будуть одночасно боржниками і кредиторами за договором та кожен із них матиме ідеальну частку ($1/2$, $1/8$, $1/16$) у спільному праві оренди земельної ділянки. Як висновок, правозастосовець в змозі застосувати гл. 26 ЦК України «Право спільної власності» до відносин щодо спільної власності на землю.

Аналізуючи рішення судів загальної юрисдикції, досить цікавими є рішення в яких субсидіарно застосовуються декілька інститутів цивільного законодавства у відносинах стосовно визнання права власності на земельну ділянку. Одним з таких судових актів є рішення Токмацького районного суду Запорізької області від 7 квітня 2016 р., в якому задоволено позов позивача до Остриківської сільської

ради про визнання права власності на земельну ділянку. Позивач звернувся до суду з позовом, яким просив визнати за ним право власності за набувальною давністю на дві земельні ділянки (цільове призначення якої – ведення товарного сільського виробництва), яка належала рідному брату, який помер у 1998 р. Суд встановив, що позивач фактично вступив в управління та володіння вказаним спадковим майном відразу після смерті рідного брата, документи надання земельних ділянок також були в нього. Тобто, позивач після смерті його рідного брата – з 1998 р. добросовісно, безперервно, відкрито обробляв, володів і користувався зазначеними земельними ділянками. Дослідивши докази, суд субсидіарно застосував положення про право власності (ст.ст. 319, 322, 344 ЦК України) та положення про спадкування (ст.ст. 1217, 1268, 1218 ЦК України) до земельних відносин [226].

У розглянутій справі суд застосував положення цивільного законодавства про набувальну давність (10 років) до земельних відносин, хоча у ст. 119 ЗК України передбачається набувальна давність на земельну ділянку протягом 15 років. Скажімо, це не прогалина в законодавстві, а колізія, яка за допомогою субсидіарного застосування норм законодавства не долається [261, с. 73], але це виходить за рамки теми цього дослідження.

У п. 17 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» №7 від 16 квітня 2004 р. передбачено субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди до земельних відносин. Якраз у справах про відшкодування шкоди, заподіяної порушенням земельного законодавства, на підставі ст. 1193 ЦК України розмір відшкодування шкоди, заподіяної громадянином, зменшується у разі, коли груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди [196].

Субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства при визначенні розміру майнової шкоди, що завдана навколишньому середовищу та підлягає стягненню з винних осіб. У зв'язку з цим, при вирішенні спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди, заподіяної порушенням законодавства про

охорону навколишнього природного середовища, судом субсидіарно застосовуються ст.ст. 1166, 1187 ЦК України.

Аналіз земельного законодавства дозволяє зробити висновок, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства неможливе для визначення особливостей правового режиму окремих категорій земель. У ЗК України зазначено, що якраз законом визначається порядок використання земель особистих селянських господарств (ст. 33 ЗК України), земельних ділянок для садівництва (ч. 6 ст. 35 ЗК України), земель природно-заповідного фонду (ст. 45 ЗК України), земель іншого природоохоронного призначення (ч. 3 ст. 46 ЗК України), земель оздоровчого призначення (ч. 2 ст. 49 ЗК України), земель рекреаційного призначення (ч. 4 ст. 52 ЗК України), земель історико-культурного призначення (ч. 2 ст. 57 ЗК України), земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики та іншого призначення (ч. 2 ст. 65 ЗК України), земель оборони (ч. 4 ст. 77 ЗК України).

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин.

Конституційне право на житло, яке врегульоване ст. 47 Конституції України, як зазначали Є.О. Харитонов та Н.О. Саніахметова, є елементом загальної правоздатності громадян, унаслідок здійснення якого в громадянина виникають суб'єктивні житлові чи цивільні права та обов'язки залежно від їх галузевої належності. «Можливість мати суб'єктивне право на одержання житлового приміщення – елемент адміністративної правоздатності, а можливість володіння суб'єктивним правом користування жилим приміщенням – елемент цивільної правоздатності» [276, с. 10].

У сучасних умовах держава не бере на себе обов'язок безкоштовного забезпечення усіх громадян житлом та (або) поліпшення їх житлових умов. Цим пояснюється теоретична і практична значущість цього дослідження з урахуванням наукових здобутків, які наявні у вітчизняних дослідженнях у галузях цивільного і житлового права.

Відсутність чіткого визначення різновидів договору найму (оренди) житла і його галузевої природи, на сучасному етапі розвитку житлового законодавства, що регулює відносини найму житла, є нагальною проблемою для юридичної науки. У цьому випадку, проблема вирішується за допомогою субсидіарного застосування норм цивільного законодавства.

Неодноразово в науці про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин у своїх дослідженнях зазначали такі правознавці як: Є.О. Харитонов і Н.О. Саніахметова [279], Т.С. Ківалова і О.С. Омельчук [92], В.Г. Швидка [303], О. Кармаза [88], А.В. Луць [130], В.В. Луць [132], Є.О. Мічуріна [150] та інші.

На сьогодні відносини щодо користування житлом регулюються ЖК УРСР прийнятого ще 30 червня 1983 р. та ЦК України. Питанням договору найму жилого приміщення присвячені ст.ст. 61-117, 158-170 ЖК УРСР. Внаслідок прийняття ЖК УРСР ст.ст. 278-323 Цивільного кодексу УРСР 1963 р. були виключені, що істотно знизило базу цивілістичного регулювання відносин найму жилого приміщення в будинках різних видів житлового фонду [292, с. 418-420].

Стаття 62 ЖК УРСР передбачає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до врегулювання відносин, які впливають з договору найму жилого приміщення. Такий підхід зумовлено тим, що ЦК України є кодексом приватного права і йому відноситься головна роль у законодавстві, що регулює приватні відносини.

У п. 5 постанови Пленуму ВСУ «Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України» №2 від 12 квітня 1985 р. також закріплено допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин. При розгляді спорів, що не врегульовані житловим законодавством, суд субсидіарно застосовує норми цивільного законодавства. Зокрема, правила ЦК України про строки позовної давності застосовуються в позовах про визнання недійсним договору найму жилого приміщення і виселення у зв'язку з цим [191].

Значна частина відносин, що виникають у сфері користування житлом на підставі договору найму жилого приміщення, є цивільно-правовими, що, у свою чергу, зумовлює необхідність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до відповідних відносин користування житлом [279, с. 37]. Проте аналіз засад співвідношення та застосування житлового і цивільного законодавства, які містяться в ЦК України (ст. 810) і в ЖК УРСР (ст. 62), свідчить про те, що вони визначаються неоднаково. Натомість, ЦК України, на думку деяких авторів, істотно звужує сферу застосування цивільного законодавства до відносин, що виникають з договору найму житла, яке є об'єктом права державної або комунальної власності, відносячи останні до сфери дії спеціального законодавства (ч. 2 ст. 810 ЦК України) [55, с. 28].

За ч. 2 ст. 810 ЦК України підстави, умови, порядок укладення та припинення договору найму (оренди) житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, встановлюються законом (сфера дії винятково житлового законодавства (ЖК УРСР)). Згідно ч. 3 ст. 810 ЦК України до договору найму житла, крім найму житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, застосовуються положення ЦК України, якщо інше не встановлено законом (спільна сфера дії загального (цивільного) та спеціального (житлового) законодавства).

При визначенні підстав і порядку укладення, зміни та припинення договору найму житла субсидіарно застосовуються як загальні положення про договори, встановлені гл. 53 ЦК України (ст.ст. 638-654), так специфічні підстави і порядок укладення, зміни та припинення договору найму (оренди) житла, які передбачено у гл. 59 ЦК України, або безпосередньо виходять з природи цього договору. За загальним правилом договір найму житла укладається в письмовій формі (ч. 1 ст. 811 ЦК України) або зміна договору допускається лише за згодою сторін і має вчинятися в такій самій формі, що й договір, який змінюється, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту (ч. 1 ст. 651, ст. 654 ЦК України). Оскільки договір найму житла є підставою

виникнення зобов'язань, то до відповідних відносин застосовуються загальні положення про зобов'язання, які містяться в гл. 47 ЦК України (ст.ст. 509-525).

Положення цивільного законодавства про захист цивільних прав та інтересів субсидіарно застосовуються до відносин найму жилого приміщення. Зокрема, Є.О. Харитонов класифікував захист цивільних прав та інтересів залежно від порядку захисту: судовий захист (ст. 55 Конституції України, ст. 16 ЦК України); захист в адміністративному порядку (ст. 17 ЦК України); захист нотаріусом (ст. 18 ЦК України); самозахист (ст. 55 Конституції України, ст. 19 ЦК України); захист за допомогою інших громадських, державних і міжнародних установ (органів прокуратури – ст. 121 Конституції України; Закон України «Про прокуратуру» [198]); захист за допомогою Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини – ст. 55 Конституції України; Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини») [290, с. 425].

Наймач або наймодавець, право чи інтерес якого постраждали, сам обирає засоби їх захисту. Сторони договору найму (оренди) житла – фізичні та юридичні особи – мають право захищати свої цивільні права у судовій формі за допомогою способів, передбачених ст. 16 ЦК України. Якраз наймач та інші учасники договору найму (оренди) житла можуть використати такий спосіб захисту, як визнання права в судовому порядку шляхом подачі позовної заяви про визнання права найму житла при правонаступництві (ст. 814 ЦК України).

Такий спосіб захисту порушеного права як припинення дії, яке порушує право, найбільш часто застосовується для захисту права власності чи іншого речового права, корпоративних прав, захисту права інтелектуальної власності, що усе-таки не виключає субсидіарного застосування при наявності зобов'язальних відносин між сторонами [305, с. 130]. Забезпечується таке припинення дії шляхом подання негаторного позову. Негаторний позов (ст. 391 ЦК України) є позов власника про усунення будь-яких перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження майном, якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням володіння [54, с. 170]. Розглянемо ситуацію на прикладі Вінницького міського суду Вінницької області, який 30 березня 2016 р. розглянув цивільну справу, що

виникала з житлових відносин про усунення перешкод у користуванні житловим приміщенням і зняття з реєстраційного обліку. Позов мотивовано тим, що позивач є власником квартири, а відповідач за згодою позивача була зареєстрована в цій квартирі. Надалі відповідач уклала шлюб з сином позивача. Після народження дитини відповідач виїхала проживати в іншу місцевість, забравши все належне їй майно та особисті речі. Оцінивши докази в їх сукупності, суд субсидіарно застосував норми цивільного законодавства (ст.ст. 16, 319, 321, 391 ЦК України) та прийшов до висновків про часткове задоволення позову, бо між сторонами виникли відносини, які регулюються ЖК УРСР. А відповідно до правової позиції, викладеної в постанові ВСУ від 16 січня 2012 р. [178], у разі будь-яких обмежень у здійсненні права користування та розпорядження своїм майном власник, згідно вимог ст.ст. 16, 319, 321, 391 ЦК України має право вимагати усунення відповідних перешкод, шляхом звернення до суду за захистом свого майнового права, зокрема, із позовом про усунення перешкод у користуванні власністю, у тому числі, шляхом позбавлення права користування житловим приміщенням. Враховуючи викладене, суд прийшов до висновку, що відповідач не проживає в житловому будинку без поважних причин понад одного року, але будучи зареєстрованою в цьому житловому будинку, вона перешкоджає іншим особам належним чином використовувати свої права та інтереси на житлове приміщення [210].

Після використання всіх національних засобів правового захисту учасники цивільних і житлових відносин можуть звернутися за захистом своїх прав та інтересів до відповідних міжнародних судових установ, наприклад до Європейського суду з прав людини [262, с. 81].

За допомогою органів нотаріату, сторони та інші учасники договору найму (оренди) житла мають право захищати свої цивільні права та інтереси в житлових відносинах. Згідно ст. 18 ЦК України, нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом учинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. При цьому захист цивільних прав нотаріусом може здійснюватися і в інший спосіб, наприклад посвідченням та підтвердженням

фактів [65, с. 28]. У ст. 811 ЦК України для договору найму (оренди) житла не передбачено обов'язкового нотаріального посвідчення; необхідним воно є для договору найму (оренди) житла з викупом. Хоча за правилом ч. 4 ст. 209 ЦК України на вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин з її участю може бути нотаріально посвідчений. Тому сторони договору найму (оренди) житла мають право на нотаріальне посвідчення договору найму (оренди) житла за правилами ЦК України.

Відповідно до ст. 19 ЦК України, особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. В юридичній літературі виділяють різноманітні способи (форми) самозахисту [162, с. 8; 13, с. 6]. Усе-таки найбільш поширеними й універсальними в договірних відносинах є: необхідна оборона, крайня необхідність, притримання майна, право на односторонню відмову від зобов'язання та розірвання договору. Наприклад, одностороння відмова від договору найму (оренди) житла (ст.ст. 783, 784 ЦК України).

Повністю поширюють свою дію норми ЦК України, що визначають умови недійсності правочину на відносини, пов'язані, з визнанням обміну жилих приміщень недійсним, крім умов визначених ст. 86 ЖК УРСР, при яких обмін жилими приміщеннями не допускається.

Допустимим є визнання договору найму (оренди) житла, а також договору піднайму житла недійсним або нікчемним, субсидіарно застосовуючи норми цивільного законодавства про недійсність правочинів: якщо договір укладений малолітньою, неповнолітньою особами за межами їх цивільної дієздатності (ст.ст. 221, 222 ЦК України); якщо договір укладений без дозволу органу опіки та піклування (ст. 224 ЦК України); якщо договір укладений недієздатною фізичною особою, особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її цивільної дієздатності, особою, яка в момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст.ст. 226, 223, 225 ЦК України); якщо договір укладений юридичною особою, яка не мала права його укладати (ст. 224 ЦК України); якщо договір порушує публічний порядок, тобто спрямований на

порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, територіальної громади, незаконне заволодіння ним (ст. 228 ЦК України); якщо договір укладений під впливом помилки (ст. 229 ЦК України); якщо договір укладений під впливом обману (ст. 230 ЦК України); якщо договір укладений під впливом насильства (ст. 231 ЦК України); якщо договір укладений у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою стороною (ст. 232 ЦК України); якщо договір укладений під впливом тяжкої обставини (ст. 233 ЦК України); якщо договір є фіктивним – укладеним без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим договором, а також якщо договір є удаваним – укладеним сторонами для приховування іншого договору, який вони насправді вчинили (ст.ст. 234, 235 ЦК України) [267, с. 72].

Є.О. Харитонов характеризує категорію «виселення» як спеціальну санкцію житлового характеру, що може застосовуватися до осіб, які систематично руйнують або псують житло, чи використовують його не за призначенням, чи систематично порушують «правила співжиття», що робить неможливим для інших проживання з ними в одній квартирі чи в одному будинку. Необхідною умовою застосування є безрезультатність вжиття заходів попередження і громадського впливу [276, с. 43]. Якраз заочним рішенням Виноградівського районного суду Закарпатської області від 19 травня 2016 р. повністю задоволено позовні вимоги. Позивачі звернулися до суду з позовом про виселення з квартири. Позовні вимоги мотивовано тим, що позивачі є власниками квартири. Квартира приватизована відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» й належить позивачам на праві приватної спільної сумісної власності. У 2008 р. без дозволу та відома позивачів у цій квартирі було зареєстровано відповідача, який до цього часу був зареєстрованим та проживав разом з дружиною і двома дітьми в належній йому на праві приватної власності квартирі по іншій адресі. Однак відповідач шлюб розірвав, квартиру продав, після чого зареєструвався до квартири позивачів. Відповідач декілька років зловживав спиртними напоями, влаштовував суперечки з позивачкою, яка є особою

пенсійного віку, хворою людиною та такою, що перебувала у важкому стані після перенесеної операції. У 2013 р. вироком Виноградівського районного суду відповідача було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК України за заподіяння позивачці тілесних ушкоджень. Однак відповідач свою поведінку не змінив. На такі дії відповідача позивачі зверталися з відповідними заявами в поліцію і в 2016 р. постановою Виноградівського районного суду відповідача було притягнуто до адміністративної відповідальності за вчинення насильства в сім'ї. Дослідивши подані докази, всебічно та повно з'ясувавши підтверджені ними фактичні обставини, на яких ґрунтуються позовні вимоги, оцінивши докази, суд субсидіарно застосував норм цивільного законодавства (ст.ст. 16, 311, 321, 383, 386, 391 ЦК України) до житлових відносин [209].

Загальні правила відшкодування шкоди, заподіяної житловому фонду, встановлюються в розділі 5 ЖК УРСР. Якраз ч. 1 ст. 190 ЖК УРСР передбачає, що підприємства, установи, організації, а також громадяни, які заподіяли шкоду жилим будинкам, приміщенням, інженерному обладнанню, об'єктам благоустрою і зеленим насадженням на прилеглих до будинків ділянках, зобов'язані відшкодувати заподіяну шкоду.

Відповідно до п. 24 постанови Пленуму ВСУ «Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України» №2 від 12 квітня 1985 р. [191] при вирішенні справ про відшкодування шкоди, заподіяної громадянами жилим будинкам, житловим приміщенням, інженерному обладнанню, об'єктам благоустрою і зеленим насадженням на прилеглих до будинків ділянках, судам варто застосовувати положення цивільного законодавства. Тому має місце субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди до житлових відносин.

Відшкодування шкоди заподіяної житловому фонду здійснюється за загальними правилами ст. 1166 ЦК України. При покладанні на фізичну або юридичну особу обов'язку відшкодувати заподіяну шкоду, варто враховувати загальний принцип цивільно-правової відповідальності – відповідальність за наявності вини заподіювача. Виняток із цього правила закріплений у ст.ст. 1173-

1176 ЦК України. Суд, за вибором потерпілого, може зобов'язати особу, яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в натурі або відшкодувати завдані збитки в повному обсязі (ст. 1192 ЦК України). При встановленні повного обсягу збитків слід керуватися ст. 22 ЦК України.

Статті 23 та 1167 ЦК України передбачають можливість компенсації потерпілому моральної шкоди, заподіяної порушеннями його прав та інтересів. Моральна шкода компенсується незалежно від майнової шкоди і, у жодному разі, не пов'язана з її розміром. Розмір грошової компенсації моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних і душевних страждань потерпілого, які він має внаслідок порушення його житлових прав та охоронюваних законом інтересів.

Зрештою на підставі сказаного й аналізу субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до земельних та житлових відносин, як приватно-публічних, породжується думка про недоцільність подальшого дослідження на підставі критерію поділу на приватне і публічне.

Вважаємо, що поділ на матеріальні і процесуальні є виправданішим, з погляду теорії та практики, адже унеможливить нові спори щодо галузевої та підгалузевої приналежності деяких відносин.

Висновки до Розділу 1

Завершуючи цей розділ, можна зробити такі висновки:

1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є як способом подолання прогалин, так і правовим засобом економії нормативного матеріалу. Зазначені засоби подолання прогалин можна віднести до додаткових процедур, бо повного подолання прогалин не відбувається;

2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства — це правовий механізм, який дозволяє розвантажувати законодавство від нераціонального дублювання тотожних та аналогічних норм і понять у суміжних відносинах, інститутах, галузях права;

3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства має місце внаслідок свідомого недопущення законодавцем дублювання наявних норм у цивільному законодавстві, що підлягають застосуванню до досліджуваних відносин, й активного використання в інших матеріальних і процесуальних галузях права. Іншими словами, зважаючи на наявність цивільно-правових норм, виражених у цивільному законодавстві, необхідність повторного регулювання цих відносин і закріплення в матеріальному й процесуальному законодавстві відповідних норм відпадає;

4. Елементами субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є: 1) нормативна основа; 2) юридичний факт; 3) поведінка суб'єктів (суб'єктивні права та обов'язки); 4) акти правореалізації («використання» → «дотримання» або «виконання»); 5) захист порушених прав та інтересів. Тому механізм субсидіарного застосування норм цивільного законодавства складають елементи, обов'язкові на окремих його стадіях: – юридичний факт; – права і обов'язки, наявні у суміжних з цивільним відносинах, які виникли на його підставі; – відсутність норми права, що регулює суміжні з цивільними відносини; – наявність норми права, що регулює подібні відносини в цивільному законодавстві; – реалізація цих прав і виконання обов'язків;

5. Пропонується внести зміни до ст. 9 ЦК України і викласти її в наступній редакції:

«Стаття 9. Субсидіарне застосування Цивільного кодексу України до врегулювання відносин у сферах господарювання, використання природних ресурсів, охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин

Положення цього Кодексу субсидіарно застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання»;

6. Умовами субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є: 1) неврегульованість суспільних відносин; 2) наявність норми, яка регулює якраз ці відносини у цивільному законодавстві; 3) однорідність предмета і методу правового регулювання між цивільним правом та суміжними з ним галузями права; 4) відсутність прямої заборони на субсидіарне застосування норм законодавства; 5) прийняття рішення на підставі та в межах правових норм суміжних галузей законодавства, відповідних їх цілям, принципам і загальному сенсу;

7. Класифікація субсидіарного застосування норм цивільного законодавства може проводитися за наступними підставами: 1) залежно від значення форми конституювання – на санкціоноване субсидіарне застосування норм законодавства і субсидіарне застосування норм законодавства за умовчуванням. Санкціоноване субсидіарне застосування норм законодавства, у свою чергу, поділяється на субсидіарне застосування норм законодавства, згадка про допустимість якого міститься в самому законі, і субсидіарне застосування норм законодавства, вказівка на допустимість якого міститься в законі, що регулює відносини, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 2) залежно від суб'єктів, які здійснюють застосування – на субсидіарне застосування норм законодавства судовими органами, нотаріусами, фізичними особами, іншими суб'єктами цивільних та суміжних відносин; 3) залежно від ролі цивільного права – на субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до природоресурсних, трудових, сімейних, житлових, земельних, господарських, бюджетних, податкових, митних, кримінальних, цивільних процесуальних, адміністративних процесуальних, господарських процесуальних та кримінально-процесуальних відносин;

8. Принципами субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, виходячи із загально-правових принципів та загальних принципів цивільного законодавства, є: 1) принцип неприпустимості довільного втручання у сферу приватного життя; 2) принцип свободи договорів; 3) принцип судового захисту прав та інтересів; 4) принципи верховенства права, рівності,

обґрунтованості; 5) принципи справедливості, добросовісності, розумності, ефективності;

9. Доцільно досліджувати субсидіарне застосування норм цивільного законодавства не за поділом на публічні і приватні галузі права, а – на матеріальні і процесуальні. Якраз земельні і житлові відносини характеризуються як приватно-публічні, бо регулюють суспільні відносини за допомогою приватноправових та публічно-правових методів;

10. Субсидіарне застосування положень ст.ст. 15, 16, 317, 319, 325-327, гл. 26 «Право спільної власності», гл. 32 «Право користування чужим майном», гл. 33 «Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб», гл. 34 «Право користування чужою земельною ділянкою для забудови», §6 гл. 49 «Застава», §1 гл. 53 «Загальні положення про купівлю-продаж», §6 гл. 53 «Міна», гл. 55 «Дарування», гл. 56 «Рента», §3 гл. 58 «Найм оренда земельної ділянки» ЦК України до земельних відносин щодо права власності та набування її на землю є необхідною мірою захисту прав та інтересів громадян. Глава 84 «Загальні положення про спадкування» (крім ст.ст. 1227-1232-1), гл. 85 «Спадкування за заповітом», гл. 86 «Спадкування за законом», гл. 87 «Здійснення права на спадкування», гл. 88 «Виконання заповіту», гл. 89 «Оформлення права на спадщину», гл. 90 «Спадковий договір» ЦК України підлягають субсидіарному застосуванню до земельних відносин щодо спадкування земельної ділянки. Судовою практикою передбачено субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди (ст. 1193 ЦК України) і при визначенні розміру майнової шкоди (ст.ст. 1166, 1187 ЦК України), що завдана навколишньому середовищу.

11. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допускається ст. 9 ЦК України та ст. 62 ЖК УРСР для врегулювання відповідно житлових відносин. Субсидіарне застосування норми цивільного законодавства до житлових відносин про захист цивільних прав та інтересів, недійсність правочинів, відповідальність, відшкодування шкоди та при визначенні підстав й порядку укладення, зміни і припинення договору є допустимим.

РОЗДІЛ 2

СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ГАЛУЗЕЙ МАТЕРІАЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

2.1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин

На формування сучасних поглядів українських вчених-правознавців щодо застосування норм ЦК України до регулювання сімейних відносин вплинула остання кодифікація цивільного законодавства [233, с. 42]. У зв'язку з вилученням книги 6 з проекту ЦК України і прийняттям окремого СК України цілком природньо постало заповнення «вакууму» в правовому регулюванні сімейних відносин.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 ЦК України його положення субсидіарно застосовуються до регулювання сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Тобто, якщо тлумачити зміст цього положення, то в разі відсутності в СК України тієї чи іншої правової норми, можна застосувати відповідне положення цивільного законодавства. Цікавим у такому контексті є зауваження А.Г. Певзнера, що специфічною особливістю цивільно-правового регулювання є не регламентація конкретних відносин правовими нормами, а захищеність цих відносин. Цивільне право не знає замкнутого кола правових інститутів, а судовому захисту підлягають відносини, які прямо не передбачені нормами законодавства [165, с. 9-11].

Як вже зазначалося, питання субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин довгий час залишається предметом дискусій у юридичній літературі. Науковці, які наголошують на позиції існування сімейного права, як самостійної галузі права, припускають, що застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин має субсидіарний характер [141, с. 9-10; 110, с. 16]. Прихильники визнання сімейного права підгалуззю цивільного права пропонують розглядати співвідношення цивільного і сімейного законодавства як співвідношення загальних і спеціальних норм [12, с. 35]. Разом

із тим, деякі правознавці, вважаючи сімейне право підгалуззю цивільного права, визнають виправданість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин [278, с. 13].

Загалом не виникає сумніву про доцільність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, передбаченого ст. 8 СК України, для врегулювання сімейних відносин. Проте принципово важливим є доповнення ст. 8 СК України на підставі Закону України «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» від 22 грудня 2006 р. [189]. Якщо раніше було закріплено, що норми ЦК України застосовуються лише до майнових відносин членів сім'ї, які не врегульовані СК України, то в новій редакції міститься інше правило: якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин [68, с. 7].

Сутність сімейних відносин, яким у деяких випадках може перешкоджати застосування до них норм цивільного законодавства, полягає в побудові сімейних відносин на почуттях взаємного кохання та поваги, взаємодопомоги і відповідальності перед сім'єю всіх її членів.

СК України допускає практично необмежене застосування цивільного законодавства до сімейних відносин. Головною умовою для такого застосування є відсутність деяких норм сімейного законодавства, що регулюють відносини між членами сім'ї й наявність норм цивільного законодавства, що регулюють ці відносини. Крім того, необхідно, щоб застосування норм цивільного законодавства не суперечило суті сімейних відносин. Таке обмеження пов'язане з тим, що сімейні відносини в ряді випадків володіють у порівнянні з цивільними певною специфікою. Наприклад, у протиріччя з сутністю сімейних відносин може вступити застосування до них норм цивільного законодавства, що регулюють оплатні ринкові відносини. Якраз при застосуванні заходів відповідальності за прострочення сплати аліментів особі, яка отримує аліменти, стягуються збитки у формі неустойки (пені), розміром 1% від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення. Сімейне законодавство не містить поняття збитків, неустойки

(пені). Отже, виникає необхідність звернення до ст.ст. 22, 624 ЦК України. Однак застосування правил цивільного законодавства про повне відшкодування шкоди, включаючи упущену вигоду, суперечить природі суті аліментних зобов'язань. Аліментні платежі призначені для забезпечення їх отримувача засобами до існування, а не для отримання прибутку, а тому, доходи не одержані особою, яка має право на аліменти, у результаті прострочення їх сплати (упущена вигода) не підлягають відшкодуванню.

Крім того, субсидіарне застосування норм ЦК України не означає, що воно можливе щодо всіх видів сімейних відносин. На думку В.І. Борисової, таке застосування можливе лише до майнових відносин членів сім'ї. Що стосується особистих немайнових відносин членів сім'ї, то застосування для їх регулювання норм цивільного законодавства неможливе [232, с. 44].

Дослідженню теоретичних аспектів проблеми субсидіарного застосування норм законодавства до сімейних відносин присвячено публікації вітчизняних і зарубіжних правознавців. Разом із тим, механізм застосування норм цивільного законодавства до окремих видів сімейних відносин залишається недостатньо дослідженим, що робить доцільним науковий аналіз відповідної проблематики.

Для повного бачення допустимості субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин проаналізуємо наступні питання: 1) субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про право приватної власності; 2) субсидіарне застосування положень цивільного законодавства про договори, правочини та зобов'язання; 3) субсидіарне застосування окремих цивілістичних правових інститутів у сімейному праві України.

1. *Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про право приватної власності до сімейних відносин.* Природні права людини на життя, сім'ю зумовлюють таке ж природне право на власність. СК України містить значну кількість положень, які регулюють відносини власності в сім'ї. Традиційно, сімейні відносини регулюються сімейним законодавством. Однак це не означає, що всі питання життя і розвитку сім'ї мають висвітлення тільки в сімейному законодавстві. Існує думка, що якраз тут відбувається зв'язок норм

цивільного і сімейного законодавства [157]. Таким зв'язком є субсидіарне застосування норм законодавства.

Цивілістичною наукою сформульовані загальнотеоретичні конструкції про права власності, а отже, неминуче субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин при здійсненні подружжям права власності. ЦК України містить поняття права власності (ст. 316), а також правові засади щодо виникнення, здійснення та припинення права власності. Такого роду відносини можуть складатися між різними суб'єктами, у тому числі між особами, що вступають у шлюб або перебувають у шлюбі – подружжям. Цивільне і сімейне законодавство визначає основні параметри поведінки подружжя в майновій сфері: закріплює, яке майно перебуває у власності подружжя або кожного з них, встановлює обсяг прав і обов'язків подружжя щодо цього майна, умови їх реалізації, порядок придбання та відчуження майна, відповідальність подружжя за загальним або особистим зобов'язанням. Отже, майнові відносини подружжя регулюються нормами цивільного і сімейного законодавства України, а також договорами, що укладаються подружжям між собою. При цьому, між подружжям, іншими членами сім'ї може виникати як спільна (часткова або сумісна) власність, так і особиста приватна власність, які не є самостійними формами власності, а є лише різновиди права приватної власності (ст. 325 ЦК України).

Подружжю та іншим членам сім'ї притаманні первісні (первинні) способи набуття права власності, визначені цивільним законодавством: створення речі (ст. 331 ЦК України), переробка речі (ст. 332 ЦК України), привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333 ЦК України), набуття права власності на рухому річ, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК України), знахідка (ст. 338 ЦК України), заволодіння бездоглядною домашньою твариною (ст. 341 ЦК України), виявлення скарбу (343 ЦК України), набувальна давність (ст. 344 ЦК України). Проте, крім первісних способів набуття права власності, подружжю й іншим членам сім'ї властиві похідні (вторинні) способи набуття права власності: за договором або в порядку спадкування [269, с. 58].

Практично важливим є принцип непорушності права власності подружжя. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його

здійсненні (ст. 321 ЦК України). У рішенні Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 21 жовтня 2015 р. суд у спорі, що виникає з сімейних відносин субсидіарно застосував зазначене положення про непорушність права власності. Суд розглянув цивільну справу за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про визнання права власності. Позовні вимоги обґрунтовано тим, що ОСОБА_1 перебував у шлюбі з ОСОБА_2 і за час перебування в шлюбі за договором купівлі-продажу було придбано квартиру, право власності на яку зареєстровано за ОСОБА_2. ОСОБА_1 вважає, що на спірну квартиру не може поширюватися режим спільної сумісної власності подружжя, бо кошти на придбання квартири були надані його бабусею. Дослідивши матеріали справи й застосувавши ст. 321 ЦК України, суд захистив права ОСОБА_1 шляхом визнання за ним права власності на частку квартири [206].

Питанню категорії «майно», яка є однією з основних у цивілістиці присвячено ст. 190 ЦК України, яка субсидіарно застосовується в сімейних відносинах. При цьому склад подружнього майна має включати три складових: сукупність речей; майнові права подружжя; майнові обов'язки подружжя [157].

Майнові правовідносини подружжя складає складний комплекс взаємопов'язаних дій стосовно володіння, користування і розпорядження майном, які в теорії права одержали назву «тріада правоможностей». Зазначена «тріада правоможностей» власника майна, яка була сформована протягом багатовікового розвитку цивільного права, має місце в застосуванні до права власності подружжя.

Володіння означає, що подружжя здійснює панування над речами, що належить їм на праві власності. При цьому панування подружжя зберігають незалежно від того, чи перебуває річ у безпосередньому їх володінні, чи ні. На правоможність щодо володіння річчю не впливає й факт роздільного проживання подружжя. Якщо подружжя проживає в різних місцях, фактичне панування над річчю може здійснювати лише один із них.

Користування можна визначити як правоможність вилучення з речей їх корисних властивостей. Для подружжя найбільш важливе значення мають

споживчі властивості речей, покликані задовольняти їх потреби в житлі, харчуванні, відпочинку, вихованні дітей. Подружжя може домовитися між собою, в якому порядку вони будуть користуватися тим чи іншим майном.

Розпорядження – це правоможність подружжя за визначенням юридичної долі речі, що належить їм на праві власності. Подружжя може продати, подарувати, обміняти, закласти належне їм майно [67, с. 21-22]. Здійснення подружжям права розпорядження може призводити до припинення права спільної сумісної власності. Враховуючи, що СК України не встановлює особливих підстав припинення спільної сумісної власності, ця можливість передбачена як серед загальних цивільно-правових підстав (ст. 346 ЦК України), так і серед інших підстав, встановлених цивільним законодавством (наприклад, ст. 372 ЦК України).

Також до сімейних відносин субсидіарно застосовуються положення гл. 29 ЦК України «Захист права власності». Зокрема, у рішенні Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 26 листопада 2015 р. суд застосував положення цивільного законодавства про захист права власності до сімейних відносин подружжя. Суд розглянув цивільну справу за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про поділ спільного майна подружжя, застосувавши ст. 391 ЦК України, згідно якої власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном. Оскільки факт чинення перешкод відповідачем позивачу в оформленні права власності на нежитлове приміщення встановлений матеріалами справи відповідач не спростував – суд задовольнив повністю позовні вимоги [216].

Необхідно відзначити існування ще одного специфічного цивільно-правового способу захисту права власності, що передбачений не нормами гл. 29 ЦК України, а згадується в гл. 82 ЦК України «Відшкодування шкоди» [94, с. 59-60]. Це положення ст. 1170 ЦК України, відповідно до якого в разі прийняття закону, що припиняє право власності на певне майно, шкода, завдана власникові такого майна, відшкодовується державою в повному обсязі. Отже, виявляється це положення підлягає субсидіарному застосуванню до відносин захисту права власності подружжя в зазначеному випадку.

Способи захисту права власності подружжя, які регулюються цивільним законодавством можна поділити на загальні, договірні та позадоговірні.

Загальними способами захисту права власності подружжя є: визнання правочину недійсним, зміна або припинення правовідношення, визнання незаконним рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 16 ЦК України), відшкодування майнової шкоди (ст. 22 ЦК України), відшкодування моральної шкоди (ст. 23 ЦК України).

До договірних способів захисту права власності подружжя відносяться позови, що виникають внаслідок неналежного виконання або невиконання договорів (наприклад, у разі передання речі, придбаної подружжям шляхом купівлі-продажу).

Позадоговірними способами захисту права власності є позови, які ґрунтуються на недоговірних зобов'язаннях передбачених цивільним законодавством. Наприклад, внаслідок повернення подружжю як учасникам конкурсу речі, поданої на конкурс (ст. 1157 ЦК України), внаслідок створення загрози майну подружжя (гл. 81 ЦК України), внаслідок виникнення шкоди при рятуванні здоров'я та життя подружжя та майна подружжя (гл. 80 ЦК України), внаслідок завдання шкоди майну подружжя (гл. 82 ЦК України), про повернення безпідставно набутого, збереженого майна подружжя (гл. 83 ЦК України) тощо.

На думку Т.С. Ківалової, відшкодування шкоди відповідно до гл. 82 ЦК України є не лише одним з універсальних способів захисту права власності, але і є потужним субсидіарним засобом [94, с. 60].

У деяких випадках субсидіарне застосування норм гл. 82 ЦК України до відносин щодо захисту права власності має місце в силу прямої вказівки закону, як наприклад у ст. 1165 ЦК України. В інших – таке субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин ґрунтується на врахуванні сутності відповідних відносин та недостатньому їх правовому врегулюванні [93, с. 271].

Річ або майно може належати подружжю на праві особистої приватної власності або спільної власності. Спільним визнається майно, яке належить

подружжю на праві спільної сумісної чи спільної часткової власності. Законодавство передбачає, що здійснювати володіння, користування і розпорядження спільним майном подружжя повинні спільно, за взаємною згодою між ними.

Положенням спільної сумісної власності подружжя присвячено гл. 8 СК України, але поняття спільної сумісної власності вироблено цивілістичною доктриною, де спільна сумісна власність – це спільна власність двох або більше осіб без визначення часток кожного з них у праві власності (ч. 1 ст. 368 ЦК України). О.В. Некрасова розуміє спільну сумісну власність як матеріальну передумову міцності шлюбу, здійснення подружжям різних соціальних функцій, зокрема, народження і виховання дитини [156, с. 38].

Шлюб, зареєстрований у встановленому законом порядку є підставою для виникнення спільної сумісної власності. Право спільної власності виникає з підстав, не заборонених законом (ч. 3 ст 355 ЦК України) на підставі юридичних фактів, так званих «способів набуття права власності», зокрема, із правочинів (ч. 1 ст. 328 ЦК України).

Майно може належати подружжю також на праві спільної часткової власності. На відміну від попередньої, названа форма власності характеризується наявністю чітко встановлених часток, що належить кожному з подружжя на праві спільної власності. У цей час такий вид власності може бути встановлений на майбутнє щодо всього майна або окремих речей самими подружжям при укладенні ними шлюбного договору.

Досить поширено на практиці є ситуація коли один з подружжя має намір продати свою частку в майні іншій особі, не попередивши іншого з подружжя, зацікавленого в придбанні частки, що продається. Зокрема, у рішенні Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 16 жовтня 2012 р. суд у спорі, що виникає з сімейних відносин субсидіарно застосував положення ч. 1 ст. 362 ЦК України. Суд, розглянувши цивільну справу за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_4, ОСОБА_3, встановив, що позивач звернувся до суду з вимогою про визнання майна спільною сумісною власністю подружжя та визнання договору купівлі-продажу недійсним. Позов мотивований тим, що в 1989 р. між

позивачкою та відповідачем ОСОБА_4 було укладено шлюб. Під час проживання в шлюбі, у 2001 р. вони почали займатися підприємницькою діяльністю, хоча свідоцтво про підприємницьку діяльність було взято на ім'я відповідача. У 2009 р. рішенням Лубенського міськрайонного суду їх шлюб було розірвано. Однак сподіваючись на те, що відносини між ними відновляться, вони деякий час мешкали разом. Влітку 2009 р. відповідач ОСОБА_4 залишивши їй ключі від торговельного контейнеру поїхав в інше місто на працевлаштування. Після цього відповідач до торговельного контейнеру не мав ніякого відношення. Оскільки для позивачки ведення підприємницької діяльності було майже єдиним засобом для існування, вона почала сама займатися торгівлею. Позивачка вважала, що всі спори між нею та відповідачем вже вирішені як добровільно, так і в судовому порядку. Проте під час її відсутності (з 15.08.2012 р. по 22.08.2012 р.) відповідач ОСОБА_4, незважаючи на те, що контейнер працював і позивачкою були укладені торговельні договори, уклав договір купівлі-продажу торгового контейнеру з відповідачем ОСОБА_3. У договорі відповідач ОСОБА_4 вказав, що продає «особистий контейнер». Суд на базі поданих доказів прийшов до висновку, що вказаний контейнер є спільною сумісною власністю подружжя, застосувавши ст. 362 ЦК України. Оскільки відповідач ОСОБА_4 не повідомив позивачку про намір продати контейнер ні в усній, ні в письмовій формі, вона дійсно має переважне право перед іншими особами на купівлю за ціною, оголошеною для продажу, і на інших рівних умовах, а тому на позивачку перевели права та обов'язки покупця. У зв'язку з тим, що у відповідача ОСОБА_4 не було законних підстав визнавати право власності за собою на весь торговельний контейнер у цілому та укласти договір купівлі-продажу на спірний контейнер особисто, без повідомлення іншого співвласника, суд зазначив, що договір купівлі-продажу торговельного контейнеру укладений між відповідачами по справі ОСОБА_4 та ОСОБА_3 слід визнати недійсним [222].

Якщо проаналізувати додаткове рішення Нетішинського міського суду Хмельницької області від 19 липня 2013 р. суд у позові ОСОБА_1 до ОСОБА_2, ОСОБА_3 про переведення прав та обов'язків покупця автомобіля відмовив. Оскільки ОСОБА_2 продав для ОСОБА_3 автомобіль, що перебував на праві

спільної сумісної власності подружжя ОСОБА_1 та ОСОБА_2, а вимоги про переведення прав та обов'язків покупця відповідно до ст. 362 ЦК України стосуються часткової власності [60]. Додаткове рішення свідчить про низький професіоналізм судді, що приймав це рішення, бо будь-який суддя, приступаючи до виконання своїх обов'язків мусить бути готовий до аналітичної, структурної та системної роботи, яку він проводить, у тому числі, застосовувати способи подолання прогалин.

2. *Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про договори, правочини та зобов'язання до сімейних відносин.* У підручниках з сімейного права України, можна помітити, що підрозділи щодо договірних сімейних відносин, вживаються в різнопланових термінах «договори в сімейному праві», «сімейно-правові договори», «сімейно-правові домовленості» тощо. На погляд О.В. Михальнюк, поняття «сімейно-правові договори» та «договори в сімейному праві» не є тотожними. Останнє поняття є ширшим та включає, крім сімейно-правових, також інші договори, передбачені сімейним законодавством. Таким чином, сімейні договори необхідно відмежовувати від інших договорів у сімейному праві. Крім того, необхідно розмежовувати поняття «сімейно-правові договори» та «сімейно-правові домовленості» [145, с. 86]. Сімейно-правовими вважають договори, що укладаються фізичними особами і спрямовані на встановлення, зміну або припинення сімейних прав та обов'язків [151, с. 54]. Сімейно-правові договори належать до договорів приватного права. Ознакою, що є характерною для галузей приватного права, є те, що кожна галузь має свій інструмент диспозитивного методу регулювання, зокрема, цивільне право – цивільно-правовий договір, сімейне право – сімейно-правовий договір, трудове право – трудовий договір.

Загальна можливість врегулювання сімейних відносин договором передбачена ст. 7 СК України. Стаття 9 СК України передбачає регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором). Стаття 64 СК України визначає право подружжя на укладення договорів між собою. Тобто регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками, які вправі самотійно визначати зміст своїх сімейних відносин за допомогою шлюбних, аліментних

(договорів про надання утримання) або інших договорів є однією із засад сімейного права.

СК України не містить спеціальних норм стосовно укладення, зміни і розірвання сімейних договорів. Відповідно до чого при регулюванні цього питання варто керуватися положеннями ЦК України про договори, правочини та зобов'язання. Якраз Г.А. Ахмач конкретизує субсидіарний порядок впливу норм ЦК України для регулювання договірних сімейних відносин, а також роль цивільного законодавства як способу для ліквідації прогалин у сімейному законодавстві при регулюванні договірних правовідносин членів сім'ї [15, с. 151]. Не заперечує про субсидіарність у застосуванні положень цивільного законодавства при врегулюванні сімейних відносин і М.В. Бориславська [26, с. 196].

Положення ст. 9 СК України певною мірою є межею свободи договору в сімейному праві. Але зміст свободи договору в сімейному праві розкривається через ст.ст. 6 та 627 ЦК України. Отже, якщо сторони укладають договір, це проходить вільно і ніхто не може бути примушений до цього діяння. Про це свідчить положення ч. 3 ст. 203 ЦК України, в якому передбачено, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

Проявами свободи договору О.В. Некрасова вважає: 1) вільне визначення сторонами його умов, в яких фіксуються взаємні права та обов'язки учасників; 2) право осіб укладати договори, які передбачені законом, та договори, які не передбачені, але йому не суперечать; 3) право сторін обирати форму договору, якщо тільки законом не встановлена певна форма. Цивілістичні вимоги щодо форми правочину мають поширюватися на форму договорів, що укладаються між членами сім'ї в субсидіарному порядку. Зважаючи на це, порок форми може виражатися у: недодержанні письмової форми правочину (ст. 218 ЦК України) та недодержанні вимоги про нотаріальне посвідчення договору (ст. 220 ЦК України) [155, с. 57].

У сімейному законодавстві свобода договору значно звужена, адже сімейно-правовому договору властивий особливий суб'єктний склад: подружжя, батьки

дитини, батьки та діти, інші члени сім'ї та родичі. В особливій формі законодавець захищає права, свободи й інтереси дітей. Зокрема, правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей (ч. 6 ст. 203 ЦК України). Цивільне законодавство дозволяє малолітній (ст. 31 ЦК України) та неповнолітній особі (ст. 32 ЦК України) самостійно вчиняти юридично значимі дії, що відповідають обсягу її дієздатності, але контрагентами за договорами, вчиненими з дотриманням цих правил, звісно, можуть бути батьки та інші члени сім'ї.

Окремо варто зупинитися на шлюбному договорі та договорі про сурогатне материнство.

Викликає інтерес питання про правову природу шлюбного договору. З цього приводу О.А. Явор зазначив, що сімейне право є самостійною галуззю права, а шлюбний договір є інститутом шлюбно-правових відносин цієї галузі з ознаками договору про спільну діяльність [311, с. 8]. Така позиція не відповідає дійсності, бо, по-перше, місце галузевої приналежності сімейного права ще остаточно не визначено, але все-таки воно більш ніж тяжіє до визнання її підгалуззю цивільного права, по-друге, як зазначає І.Є. Красько, договору про спільну діяльність притаманні однорідні інтереси їх сторін, чого не можна сказати про шлюбний договір, де кожна сторона має свій майновий інтерес [113, с. 80-81].

В юридичній науці в останній час шлюбний договір визнається як правочин, який не обмежується сферою дії сімейного законодавства. Шлюбний договір можна розглядати як двосторонній правочин, на який, за допомогою механізму субсидіарного застосування норм законодавства, поширюються загальні правила щодо правочинів, бо шлюбний договір мусить відповідати тим вимогам, які цивільне законодавство ставить до правочинів – відповідність ЦК України, іншим актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства; необхідний обсяг цивільної дієздатності для укладення; вільне волевиявлення учасника; відповідна форма; спрямований на реальне настання правових наслідків...

Договір про сурогатне материнство також не варто відносити до сімейно-правових договорів. Договір про сурогатне материнство є цивільно-правовим

правочином, укладеним за вільним волевиявленням юридично рівних і майново самотійних учасників цивільно-правових відносин, спрямованим на виникнення цивільних прав та обов'язків, з урахуванням особливостей, які впливають із сутності породжуваних цим правочином правовідносин. Передбачений договором про сурогатне материнство обов'язок сурогатної матері виносити та народити дитину та в подальшому передати її генетичним батькам, можна розглядати як надання своєрідної послуги, за яку сурогатна матір одержує винагороду. На думку Р.А. Майданика, до договору про сурогатне материнство субсидіарному застосуванню підлягають положення гл. 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» (ст.ст. 901-907), якщо інше не впливає із суті цього правочину [134, с. 219].

У сімейному праві України з'явився цілий комплекс сімейно-правових договорів, які можна поділити на наступні групи:

- Сімейні договори майнового характеру, які потребують письмової форми і нотаріального посвідчення: шлюбний договір (гл. 10 СК України (ст.ст. 92-103); договір про відчуження одним з подружжя на користь другого з подружжя своєї частки у праві спільної сумісної власності (ч. 2 ст. 64 СК України); договір про порядок користування житловим будинком, квартирою, іншою будівлею чи спорудою, земельною ділянкою подружжя (ст. 66 СК України); договір про поділ нерухомого майна подружжя (ст. 69 СК України); договір про виділ частки нерухомого майна одного з подружжя зі складу усього майна (ч. 2 ст. 69 СК України); договір подружжя про надання утримання (ст. 78 СК України); договір між матір'ю та батьком дитини при розірвання шлюбу, про те, яку матеріальну участь у забезпеченні життя їхніх дітей братиме той з батьків, хто буде проживати окремо (ч. 2 ст. 109 СК України); договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з подружжя, хто проживає окремо від дитини (ч. 4 ст. 157 СК України); договір між батьками про сплату аліментів на дитину (ст. 189 СК України).

- Сімейні договори, які потребують нотаріального посвідчення та державної реєстрації: договір про припинення права на утримання взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно (або

одержання одноразової грошової допомоги) (ст. 89 СК України); договір про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України).

– Цивільно-правові договори подружжя: договір купівлі-продажу (гл. 54 ЦК України); договір міни (§6 гл. 54 ЦК України); договір дарування (гл. 55 ЦК України); договір довічного утримання (догляду) (гл. 57 ЦК України); договір про сурогатне материнство (гл. 63 ЦК України); договір доручення (гл. 68 ЦК України); спадковий договір (гл. 90 ЦК України) та інші.

Отже, потрібно погодитися з Г.М. Ахмачем, що договір у сімейних відносинах має правові підстави для визнання його самостійності в порівнянні з цивільним, але необхідно взяти до уваги істотний вплив цивільно-правового договору як загальноправової бази (принципи, конструкція договору) для створення сімейного договору, а також субсидіарного застосування норм ЦК України до сімейно-договірних відносин [15, с. 156].

3. *Субсидіарне застосування окремих цивілістичних правових інститутів у сімейному праві України.* Прикладами такого субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є відповідні положення сімейного законодавства:

– строки, встановлені у СК України, обчислюються відповідно до цивільного законодавства (ст. 12 СК України);

– у випадках застосування позовної давності до вимог, що впливають із сімейних відносин, позовна давність застосовується судом відповідно до ЦК України, якщо інше не передбачено СК України (ст. 20 СК України);

– розірвання шлюбу не припиняє права спільної сумісної власності на майно, набуте за час шлюбу. Розпоряджання майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, після розірвання шлюбу здійснюється співвласниками винятково за взаємною згодою, відповідно до ЦК України (ст. 68 СК України);

– визнання інституту опіки і піклування інститутом цивільного права зумовило необхідність застосування відповідних положень гл. 6 ЦК України до відносин опіки та піклування в сім'ї (ст.ст. 55-79).

2.2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин

Не підіймаючи питання про самостійність галузі трудового права, варто звернути увагу на той факт, що, виходячи зі складності трудових відносин, крім трудового права, ці відносини частково регулюються й іншими галузями, у тому числі конституційним, цивільним, господарським, адміністративним, аграрним, кримінально-виконавчим, міжнародним приватним правом, правом соціального забезпечення [123, с. 49].

Тісна взаємодія різних галузей права при регулюванні трудових відносин є причиною великої уваги дослідників до вивчення спільних і відмінних ознак цих галузей, міжгалузевої взаємодії та зв'язків, субсидіарного застосування норм однієї галузі права до іншої [36, с. 91].

Питання про співвідношення цивільного і трудового права, а також субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин довгий час викликав інтерес в юристів.

Механізм субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до регулювання трудових відносин має полемічний характер, а тому є як послідовники, так і противники цієї ідеї. Варто зазначити, що в основному ці дослідження велися під впливом дискусії про самостійність галузі трудового права та необхідності встановлення відмінностей трудового права від цивільного.

Деякі науковці, які висловлюють свої сумніви та заперечення стосовно допустимості субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин, вбачають у цьому загрозу для існування самого трудового права й послаблення прав працівників. На думку противників субсидіарного застосування, звернення до норм цивільного законодавства має на меті обійти трудове право [78], а цивільне законодавство не зможе виконувати соціальну функцію трудового права, потреба в якій зумовила виникнення останнього [66, с. 49]. Інші науковці розглядають субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин як тимчасовий і вимушений захід, що не

повинно перетворюватися в правотворчість та підміняти нормальний розвиток законодавства [246, с. 80].

О.І. Процевський наголошує, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин непотрібне і неможливе в жодному разі. Автор зайняв таку негативну позицію, адже, вбачає в субсидіарному застосуванні норм цивільного законодавства посягання на самостійність трудового права, яке володіє власним науковим і технічним інструментарієм, достатнім для вирішення усіх практичних питань цієї галузі [204, с. 11-12]. Поділяємо позицію автора про самостійність трудового права в системі права України, але не позицію про неможливість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин.

Інші вчені, як-от П.Р. Ставіскій, М.Й. Бару, П.Д. Пилипенко, В.М. Гураш звертали увагу на субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин.

П.Р. Ставіскій підкреслював, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин обумовлене існуванням прогалин у трудовому законодавстві [245, с. 136-137].

М.Й. Бару зазначав, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин є можливим, бо предметам трудового і цивільного права властиві тотожні ознаки. Вчений наголошував на тому, що в цих галузях права є норми, поняття і конструкції, які однаково трактуються й застосовуються (наприклад договір, умова договору, строк зобов'язання, регресні зобов'язання, відповідальність, вина тощо) [17, с. 17-18].

П.Д. Пилипенко наголошує на тому, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин буде можливим тільки в тому випадку, коли буде відповідати принципам трудового права [168, с. 52]. Автор обґрунтовує субсидіарне застосування норм цивільного законодавства винятково дотриманням ще однієї окремої умови, окрім предмета і методу правового регулювання – відповідність принципам трудового права.

Г.М. Гураш у свою чергу зазначає: «в умовах існування прогалин у трудовому праві України, без субсидіарного застосування норм цивільного права

до трудових відносин найманої праці, практично неможливо вирішити низку правових ситуацій щодо забезпечення трудових прав працівників. Тому з огляду на необхідність охорони трудових прав людини та подолання прогалин у трудовому праві, субсидіарне застосування норм цивільного права до трудових відносин найманої праці є можливим. Така можливість не спростовує самотійного становища трудового права в системі права України, бо не заперечує існування специфічних рис у його предметі і методі правового регулювання» [56, с. 265].

З огляду на докази як прихильників, так і противників «субсидіарності», необхідно звернути увагу на твердження, що субсидіарне застосування норм однієї галузі не порушує єдності предмета іншої [123, с. 19].

У результаті постійної зміни суспільних відносин і вдосконалення їх правового регулювання, виникає питання: чи актуальна проблема субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин у сучасних умовах розвитку правового регулювання праці та з яких причин? Чи можна говорити про повну відсутність необхідності субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин? На жаль, ні. У трудовому праві України також є прогалини, які долаються шляхом застосування норм цивільного законодавства, тотожні поняття та правові конструкції.

Застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин допускається законодавством: згідно ч. 1 ст. 9 ЦК України положення ЦК України застосовуються до врегулювання трудових відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Критерії специфічності трудових відносин, у свою чергу, визначають варіант взаємодії цивільного і трудового права. Зокрема, відносини, пов'язані з працею, можна поділити на декілька категорій. До першої з них належать відносини, що не підлягають правовому регулюванню (наприклад, відносини в сім'ї, що не пов'язані із здійсненням підприємницької діяльності). До другої категорії належать відносини, що є предметом інших галузей права (наприклад, цивільного і адміністративного). Крім того, певні різновиди трудової діяльності, як-от індивідуальна розумова і фізична праця, не породжують суспільних

відносин, що підлягають правовому регулюванню. Тому відносини, врегульовані трудовим правом, всього різноманіття відносин, пов'язаних із працею, не вичерпують.

Взаємодія трудового і цивільного права можлива, але не може бути безпосередньою, бо трудове право не стало частиною цивільного. З огляду на це, можна виділити ознаки, які відрізняють трудові відносини від цивільних.

Найважливішою ознакою є праця як особливий об'єкт трудових правовідносин. Праця характеризується двома сторонами: як уже матеріалізована та як жива праця [240, с. 58]. Трудове право, як галузь права, регулює якраз живу працю, на відміну від цивільно-правових договорів стосовно результатів праці. Поділ договорів на предмет «жива праця» – «матеріалізована праця» має глибоке коріння та було підставою розмежування договорів ще в римському праві. У сучасному праві, коли людина є лише суб'єктом права, зазначена ознака не втратила свого значення та є однією з підстав розмежування предметів самостійних галузей. Формально-юридична ознака регулювання процесу праці виражається в ст. 21 КЗпП України, згідно якої працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену трудовим договором.

При цьому формулювання КЗпП України текстуально відрізняється від формулювань ст. 837 ЦК України, згідно якої підрядник зобов'язується на свій ризик виконати роботу за завданням замовника, а також ст. 901 ЦК України, за якою виконавець зобов'язується надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності. В обох випадках законодавець використовує досконалу форму дієслова, і це лише підтверджує, що цивільно-правові договори індиферентні до процесу тієї чи іншої діяльності. Аналіз положень загальної частини ЦК України дозволяє зробити висновок, що ст. 177 ЦК України, яка визначає види об'єктів цивільних прав, під термінами «роботи» і «послуги» розуміє їх матеріалізований або нематеріалізований результат.

Безумовно, регулювання процесу праці є не єдиною ознакою, що відмежовує трудове право від цивільного, але вона яскраво показує відсутність у цивільному праві достатніх засобів для такого регулювання. Не випадково

зазначену ознаку використовував Л.Є. Пашерстник для спростування міркувань М.М. Агаркова, який відносив трудові відносини, як майнові, до предмета цивільного права. А.Є. Пашерстник зазначав, що не менш істотне значення мають ті елементи трудових правовідносин, ті права та обов'язки, які пов'язані з процесом праці, з відносинами сторін у цьому процесі, з порядком застосування праці [164, с. 58].

Твердження про регулювання трудовим законодавством процесу праці не втрачає своєї актуальності у світлі п. 3 ч. 1 ст. 23 КЗпП України, яка передбачає можливість укладення строкового трудового договору на час виконання певної роботи. Формально схожість з формулюванням цивільно-правового договору не змінює економічної сутності найманої праці, на що в науці трудового права було зазначено вже на початку ХХ ст. [35, с. 124].

Специфічною ознакою цивільних правовідносин, на відміну від трудових, є також ризик. У трудових відносинах працівник, за загальним правилом, не відповідає за результати діяльності організації. Зазначена ознака тісно взаємопов'язана з іншими.

Виділяється також така ознака трудових відносин, як обов'язок працівника в певні відрізки часу виконувати певну міру праці, встановлену для відповідних категорій працівників.

Р.А. Майданик, виділяє три основні відмінності трудових і цивільних правовідносин: 1) предмет та основний зміст трудових відносин становить процес праці (живої праці), тоді як предметом відносин з побутового підряду, доручення, літературного замовлення є уречевлена (упредметнена) праця; 2) за трудовим відношенням працівник зобов'язаний виконувати роботу певного роду (за певною спеціальністю, кваліфікацією, посадою), тоді як у вказаних цивільних відносинах праця пов'язана з виконанням індивідуально-конкретного завдання; 3) трудові відносини передбачають включення працівника до особового складу трудового колективу організації, де він зобов'язаний виконувати міру праці, дотримуватися режиму робочого часу, підкорятися чинним правилам внутрішнього трудового розпорядку [137, с. 211].

Можливі ситуації, коли відносини перебувають на межі цивільного і трудового права [287, с. 24-25]. Відповідно до ч. 3 ст. 99 ЦК України члени виконавчого органу товариства можуть бути в будь-який час усунуті від виконання своїх обов'язків, якщо в установчих документах не визначені підстави усунення членів виконавчого органу від виконання своїх обов'язків. Стосовно цього виникають цивільні правовідносини, на які поширюються положення трудового законодавства про звільнення працівників.

Характерним для трудових відносин є те, що вони виникають у процесі праці, відпочинку. Цивільне законодавство в ці відносини не втручається. Проте цивільне і трудове законодавство об'єднує те, що вони входять до галузей приватного права [266, с. 148].

На сьогоднішній день питання забезпечення трудових прав та обов'язків шляхом субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є актуальними як у правозастосовній практиці (при індивідуально-правовому регулюванні праці та в судовій практиці), так і для дослідження в спеціальній юридичній літературі. Причиною актуалізації цього питання є постійна зміна відносин, пов'язаних з працею в напрямку їх ускладнення й необхідності уніфікації їхнього правового регулювання [118].

Стаття 4 КЗпП України зазначає, що законодавство про працю складається з КЗпП України, інших актів законодавства України, прийнятих відповідно до нього. Оскільки ЦК України був прийнятий пізніше й не відповідно до КЗпП України, можна зробити висновок, що КЗпП України не дозволяє безпосередньо застосовувати цивільно-правові норми до трудових відносин. Разом із тим взаємодія трудового і цивільного права при подоланні прогалин, використанні єдиних понять та юридичних конструкцій можлива.

Одним із інститутів, традиційно наявних у ЦК України та відсутніх у КЗпП України, є сукупність норм про правосуб'єктність (правоздатність і дієздатність). Сутність категорії «правосуб'єктність» вдало досліджувалася як у науці теорії права, так і в цивільному та трудовому праві.

У трудовому праві правоздатність і дієздатність виникають одночасно, коли працівник набуває здатність до праці. Тобто, особливість розуміння

правоздатності в трудовому праві полягає в тому, що воно традиційно розглядається в єдності з дієздатністю, які разом утворюють правосуб'єктність [32, с. 20]. Варто зазначити, що розуміння правосуб'єктності, як поєднання правоздатності і дієздатності, не є в науці загальновизнаним. Якраз О.С. Іоффе та М.Д. Шаргородський, доводили, що правосуб'єктність у всіх галузях права включає правоздатність і дієздатність [80, с. 120].

Перший елемент правосуб'єктності – *правоздатність*. Підходи до розуміння правоздатності неоднозначні. Одні автори роблять акцент на першу частину цього поняття й визначають правоздатність як особливе суб'єктивне право – «право на право» [81, с. 124]. Інші автори, роблячи акцент на другій частині поняття, визначаючи правоздатність як здатність бути суб'єктом права. Якраз у підручнику цивільного права під редакцією О.О. Красавчикова, правоздатність розуміється як здатність мати права та обов'язки [242, с. 98-99].

Загальновідомим у правничій науці є те, що правоздатність виникає в особи з моменту народження. Незалежно від того, хоче особа чи ні, вона не може відмовитись від своєї правоздатності, добровільно її відчужити чи якимось іншим способом позбутися. Вона є правоздатною від народження, суб'єктом права, тому що право як загальносоціальне явище існує незалежно від будь-яких зовнішніх чинників [255, с. 68]. О.С. Іоффе визнає правоздатність як здатність особи бути носієм передбачених законом прав та обов'язків, яка стабільна й однакова для всіх [89, с. 111-112]. На думку Є.О. Харитонова, правоздатність може бути визначена як здатність людини мати цивільні права та обов'язки. Цивільна правоздатність є необхідною передумовою виникнення цивільних прав та обов'язків, тобто дає юридичну можливість суб'єктам цивільного права для вступу в цивільні правовідносини для набуття суб'єктивних прав та обов'язків [290, с. 52].

Для КЗпП України актуальним питанням залишається зауваження Б.К. Бегічева про те, що «повне замовчування про категорію правоздатність не є гідністю чинного трудового законодавства» [19, с. 84].

За ст. 188 КЗпП України можливі різні варіанти виникнення трудової правоздатності за віком. Загальним правилом не допускається прийняття на

роботу осіб молодше 16 років. За певних обставин трудова правосуб'єктність виникає з 14 та 15 років. У ст. 187 КЗпП України законодавець у трудовому законодавстві прирівняв працюючих осіб, які не досягли 18 років до повнолітніх.

У цьому і схожість, і відмінність у розумінні трудової та цивільної правоздатності, тому при субсидіарному застосуванні норм ЦК України до трудових відносин, необхідно враховувати, що загальним правилом трудова правоздатність виникає одночасно з дієздатністю.

Другим елементом правосуб'єктності є *дієздатність*. У загальному розумінні під дієздатністю розуміється здатність особи своїми діями набувати для себе права і нести відповідні обов'язки. Тут доречно згадати, що наявність трудової дієздатності залежить від наявності цивільної дієздатності. Якщо особа в законному порядку визнається недієздатною, то це позбавляє її права вступати в трудові відносини. У деяких випадках особа, яка має психічний розлад, який буде підставою визнання особи недієздатною, може бути позбавлена можливості вступати в трудові відносини ще до визнання особи недієздатною. КЗпП України це питання не врегульовано, бо в ст. 36 КЗпП України дається вичерпний перелік підстав припинення трудових правовідносин, та він не містить такої підстави, як припинення трудового договору внаслідок визнання особи недієздатною, але все-таки трудові правовідносини з недієздатною особою припиняються.

Недієздатність – це втрата здатності здійснювати права та обов'язки внаслідок тяжкого порушення психіки. Критерії недієздатності психічно хворих визначені цивільним законодавством. Відповідно до ст. 39 ЦК України підставою визнання особи недієздатною є хронічний, стійкий психічний розлад, який призводить до нездатності особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Якщо особу у встановленому законом порядку визнають недієздатною, це робить неможливим її участь у трудових правовідносинах в якості працівника [256, с. 727].

Аналіз наведеного формулювання в ч. 1 ст. 25 ЦК України дозволяє зробити наступні висновки: по-перше, ЦК України говорить про правоздатність фізичних осіб; по-друге, ЦК України прямо вказав на розуміння цивільної правоздатності як здатності мати цивільні права та обов'язки, з чого випливає, що ЦК України

має на увазі галузеву правоздатність. Цей висновок підтверджується також вираженою в законодавстві взаємодією галузевої цивільної і трудової правосуб'єктності.

Пункт 1 ч. 1 ст. 32 ЦК України визнає за неповнолітнім від 14 до 18 років право самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами. Якраз ЦК України враховує, що незважаючи на неповну цивільно-правову дієздатність, фізична особа може брати участь у трудових відносинах, тобто трудова правосуб'єктність у неї виникла. Більш того, наявність трудової правосуб'єктності в 16-річній особі дає можливість придбання повної цивільної дієздатності в порядку емансипації: ст. 35 ЦК України допускає таку можливість, якщо неповнолітня особа працює за трудовим договором. Таким чином, ЦК України, з одного боку, допускає субсидіарний вплив цивільної правосуб'єктності на трудову, а з іншого – обмежує своє регулювання галузевою цивільною правосуб'єктністю.

Трудове законодавство не містить загальних положень про недійсність умов договорів про працю. Згідно ст. 9 КЗпП України умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно з законодавством України про працю є недійсними. Якщо такі умови включені в трудовий договір, то цей договір не може застосовуватися в трудових відносинах. Також про недійсність у КЗпП України зазначається відносно умов колективного договору (ст. 16 КЗпП України). Однак це врегулювання не зняло проблему недійсності в трудовому праві. Особливо проблема проявляється у відносинах трудового договору. Хоча питання про недійсність може постати стосовно окремих дій в його рамках (наприклад, згода на переведення на іншу роботу була зроблена під впливом насильства чи погрози або обману тощо).

У 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. Постає ще два питання: чи можна відносити трудовий договір до правочинів? Чи можна субсидіарно застосовувати до трудових відносин положення ЦК України про недійсність правочинів?

Як показує судова практика, суди часто відмовляють у визнанні трудового договору недійсним, посилаючись, що у трудовому законодавстві поняття недійсності трудового договору, що також є правочином, відсутнє. Як приклад, можна навести рішення Апеляційного суду Чернігівської області від 12 листопада 2008 р., в якому на думку суду субсидіарне застосування норм цивільного законодавства Деснянським районним судом м. Чернігова, де було визнано трудовий договір, згідно ст.ст. 203, 234 ЦК України – недійсним, було помилковим [207]. У свою чергу ВСУ в судовому засіданні Судової палати у цивільних справах від 24 червня 2015 р. прийняв постанову та сформулював правову позицію щодо визнання трудового договору недійсним. Якраз у постанові зазначено положення ЦК України щодо умов дійсності правочину та правових наслідків недійсності правочину не підлягають застосуванню для регулювання суспільних відносин, які виникають у зв'язку з укладенням трудового договору (контракту) [182].

Беручи до уваги правову позицію ВСУ, стає зрозуміло, що субсидіарне застосування положень цивільного законодавства про недійсність правочину неможливе. Хоча в науці схильні до того, щоб посилатися на цивільне законодавство при вирішенні справ про недійсність трудового договору. Якщо переглянути судову практику, то нині існує потреба у введенні поняття недійсності трудового договору безпосередньо в трудовому законодавстві. КЗпП України містить лише положення про те, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно з законодавством України про працю, є недійсними. Проте про недійсність самого трудового договору в повному обсязі нічого не вказано.

Одні науковці відносять трудовий договір до правочинів, при цьому пропонують називати різні види договорів у трудовому праві «трудовими правочинами» і вважають, що забезпечення процесу праці є ланцюгом (системою) правочинів [124, с. 102-106]. Інші, навпаки, не допускають існування правочинів у трудовому праві, вважаючи, що тут мають значення тільки договори. Крім того, сам термін «правочин» автори вважають непридатним у трудовому праві та пропонують використовувати термін «договори про працю» для їх аналізу й

загальноцивільістичні вчення про правочини з урахуванням специфіки трудових відносин [133, с. 190, 194-195].

В.І. Мамай провів аналогію трудового законодавства з цивільним і запропонував субсидіарно застосовувати його положення до трудових відносин про недійсність договорів. При цьому автор виключив з цього списку положення про вчинення правочину батьками, якщо це суперечить правам та інтересам дітей, адже працівник укладає трудовий договір особисто [139, с. 41].

Для оцінки правильності викладених позицій необхідно зазначити наступне. Дослідження поняття правочину, його видів, умов дійсності є прерогативою цивільного права (ст. 202 ЦК України). Правочин є дійсним, якщо він відповідає загальним вимогам, додержання яких є необхідним для його чинності. До вказаних умов належать: законність змісту правочину; здатність суб'єктів правочину на його вчинення (наявність необхідного обсягу дієздатності); вільне волевиявлення учасника правочину та його відповідність внутрішній волі; відповідність форми вчинення правочину вимогам закону; спрямованість правочину на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; захист інтересів малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей [289, с. 65].

Не підлягає сумнівам та обставина, що трудовий договір є підставою виникнення трудових відносин, особливо в силу ст. 21 КЗпП України. Трудовий договір безумовно має певну схожість із двостороннім правочином, бо, за відсутності зобов'язання виконувати роботу, він є правочином між працівником і роботодавцем. У свою чергу, односторонні правочини можна поділити на основні та допоміжні. Ця класифікація дозволяє розмежувати односторонні правочини на такі, що автономно викликають юридичні наслідки, та такі, що носять допоміжний характер і входять як елемент до юридичного складу [249, с. 221]. Тобто, основними визнаються односторонні правочини, у силу яких правовідносини встановлюються, а допоміжними називаються правочини, що викликають зміну або припинення наявних правовідносин. Звертаючись до трудового права, можна сказати, що для нього не характерні дії, які умовно можна назвати односторонніми основними «трудовими правочинами». Що стосується допоміжних односторонніх «трудових правочинів», то можна помітити, що в

процесі наявних трудових правовідносин сторони наділені можливістю здійснювати односторонні ініціативні дії, що впливають на трудові правовідносини, зокрема: 1) за певних умов допускається переведення на іншу роботу або зміну істотних умов праці з ініціативи роботодавця (ст. 32 КЗпП України); 2) розірвання строкового трудового договору (ст. 33 КЗпП України) або укладеного на невизначений строк (ст. 32 КЗпП України) можливе з ініціативи працівника; 3) деяким категоріям працівників роботодавець зобов'язаний встановити неповний робочий час (ст. 51 КЗпП України). Можна наводити й інші приклади. Зазначені дії належать до юридичних фактів, що визначають зміну або припинення трудових правовідносин.

Викладене дає нам зрозуміти, що цивільно-правове трактування правочину, як дії особи, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, не суперечить сутності юридичних фактів у трудовому праві. Проте трудовий договір – це не тільки юридичний факт, це і правовідношення; не тільки правочин про факт, але правочин про зміст. Це положення в науці трудового права є загальновизначеним. Те, що трудовий договір є правовою формою трудових відносин, писали ще І.С. Войтинский [35, с. 122] і П.Д. Камінська [86, с. 99]. Двоєке розуміння значення трудового договору є для деяких авторів перешкодою у визнанні його правочином. Дійсно, якщо розуміти трудовий договір тільки як правочин – юридичний факт, з таким твердженням можна погодитися. Хоча за цивільним законодавством, незважаючи на визнання договору правочином, він визнається і правовідношенням. Для цього в цивільному праві існує інститут зобов'язального права. Законодавча конструкція зобов'язання (ст. 509 ЦК України) – це правовідношення, хоча зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України (юридичних фактів). Аналогічно через права та обов'язки сторін формулюється визначення поняття «трудоного договору» в ст. 21 КЗпП України. Тому в цивільному праві визнається двозначна сутність договору: правочин (юридичний факт) і правовідношення. Це підтверджують загальні положення ЦК України про зобов'язання та побудова норм ЦК України по окремих видах договорів за принципом опису прав і обов'язків сторін.

Отже, єдність юридичного факту і правовідношення в цивільно-правовому договорі досягається шляхом об'єднання правочину та зобов'язання. Стосовно трудового права, мова в основному йде про можливість надання йому якостей правочину, хоча Л.Я. Гінцбург прямо писав, що зв'язок між сторонами трудових правовідносин юридично кваліфікується як зобов'язання [43, с. 137-138].

При цьому сказане, не означає, що в трудових відносинах необхідно використовувати поєднання правочину і зобов'язання на законодавчому рівні. Це означає, що виникає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства. Як показує практика, застосування цивільно-правових конструкцій до трудових відносин – явище поширене.

Думки щодо субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про недійсність правочинів до трудових відносин у науці є різноманітними. Наприклад, М.Й. Бару виступає за субсидіарне застосування норм цивільного законодавства [18, с. 7-8], а Ю.Ф. Ільїн вважає неприпустимим таке застосування [79, с. 7]. Проте необхідно погодитися з М.Й. Бару, що не варто пов'язувати питання про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин про недійсність правочинів з питанням про їх наслідки [18, с. 8]. Л.Я. Гінцбург, допускаючи субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про недійсність правочинів, стояв на позиції самостійності трудового права [42].

Отже, допустимим є субсидіарне застосування до трудових відносин норм ЦК України про недійсність правочинів вчинених: малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності (ст. 221 ЦК України); неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності (ст. 222 ЦК України); фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її цивільної дієздатності (ст. 223 ЦК України); без дозволу органу опіки та піклування (ст. 224 ЦК України); дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст. 225 ЦК України); недієздатною фізичною особою (ст. 226 ЦК України); юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти (ст. 227 ЦК України); з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства (ст. 228 ЦК України); під впливом

помилки (ст. 229 ЦК України); під впливом обману (ст. 230 ЦК України); під впливом насильства (ст. 231 ЦК України).

Зазначені положення цивільного законодавства можуть використовуватися стосовно окремих дій суб'єктів трудового права, породжуючи негативні юридичні наслідки. Зокрема, працівник, діючи під впливом обману або помилки, може дати згоду на переведення на іншу роботу, хоча йому це не вигідно. Або працівник може бути змушений подати «Заяву про звільнення з роботи за власним бажанням» під впливом погрози, насильства тощо. Такі ж причини можуть змусити працівника написати «Заяву про добровільне відшкодування заподіяної роботодавцю шкоди». У кожному аналогічному разі права та інтереси суб'єкта трудового права мають бути захищені за відсутності відповідних норм у КЗпП України.

Запропонований механізм субсидіарного застосування норм цивільного законодавства показує, що за відсутності власного правового регулювання, трудове законодавство застосовує норми цивільного законодавства для захисту прав суб'єктів трудових відносин. Крім того, це має теоретичне значення. Як писав М.М. Агарков, «у таких випадках, коли положення про правочини за аналогією застосовані до інших сфер, чим сфера майнових відносин, перед нами пролягає шлях до побудови загальної теорії юридичних актів. Розробка подібної теорії дала б значні досягнення в науці загальної теорії права» [3, с. 357].

Що стосується субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до трудових відносин про наслідки недійсності правочинів, то постановою ВСУ [182] вона заперечується, хоча це не відповідає дійсності. При цьому звичайно, потрібно пам'ятати, що використання субсидіарного застосування норм законодавства щоразу повинно бути обґрунтовано. Правозастосовний орган мусить оцінити схожість спірних відносин і норм, що регулюють подібні відносини.

Аналізуючи узагальнення судової практики застосування положень законодавства, що регулюють матеріальну відповідальність працівників за шкоду, заподіяну роботодавцю, стає зрозуміло, що нормативна база, яка регулює відносини з відшкодування шкоди є наступною: ст. 66 Конституції України; КЗпП

України, зокрема, гл. 9 КЗпП України «Гарантії при покладенні на працівників матеріальної відповідальності за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації»; ст. 1166 ЦК України [263, с. 190].

Згідно ч. 1 ст. 116 КЗпП України при звільненні працівника виплата всіх сум, що належать йому від підприємства, установи, організації, проводяться в день звільнення. Відповідно до ч. 1 ст. 117 КЗпП України в разі невикплати з вини власника або уповноваженого ним органу належних звільненому працівникові сум у строки, зазначені в ст. 116 КЗпП України, при відсутності спору про їх розмір підприємство, установа, організація повинні виплатити працівникові його середній заробіток за весь час затримки по день фактичного розрахунку. Отже, за положенням ст. 117 КЗпП України обов'язковою умовою для покладення на підприємство відповідальності за невикплату належних працівникові сум при звільненні є наявність вини підприємства.

Оскільки трудовим законодавством не врегульовані відносини стосовно відшкодування майнової та моральної шкоди є допустимим субсидіарне застосування положень цивільного законодавства на ці відносини, бо відшкодування завданої майнової та моральної шкоди регулюється гл. 82 ЦК України.

З цією позицією солідарний ВСУ. Зокрема, правова позиція, яка висловлена ВСУ в постанові від 23 березня 2016 р. передбачає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про матеріальну та моральну шкоду до трудових відносин [180]. Тому субсидіарне застосування положень цивільного законодавства щодо відшкодування майнової та моральної шкоди до трудових відносин не право, а обов'язок для суду.

Пленум ВСУ роз'яснив, що при визначенні розміру матеріальної шкоди, заподіяної працівниками самовільним використанням з особистою метою технічних засобів (автомобілів, тракторів, автокранів тощо), що належить підприємствам, установам, організаціям, потрібно виходити з того, що така шкода, заподіяна не при виконанні трудових (службових) обов'язків, підлягає відшкодуванню із застосуванням норм цивільного законодавства (ст.ст. 203, 453 ЦК України) (п. 18 постанови Пленуму ВСУ №14 від 29 грудня 1992 р.) [200].

Конструкція «оплата вимушеного прогулу» щонайменше відповідає цивілістичній конструкції «відшкодування упущеної вигоди» («відшкодування неодержаного доходу»). Відповідно до ст. 22 ЦК України, упущена вигода – це доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. Зрозуміло, що «упущена вигода» не є категорією трудового права, але відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про компенсацію громадянам втрати частини доходів у зв'язку з порушенням строків їх виплати», ч. 1 ст. 4 Закону України «Про зайнятість населення», ст. 14.1.54 ПК України та ч. 1 ст. 1197 ЦК України заробітна плата визнається доходом [178, с. 175]. Таким чином, неодержана, внаслідок порушення права на працю з боку роботодавця, заробітна плата є неодержаним доходом для працівника. Тому субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину та відшкодування упущеної вигоди до відносин, що виникли між працівником і роботодавцем є допустимим.

Аналіз судової практики дозволяє зробити висновок, що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства неможливе при виникненні права зворотної вимоги (регресу) до винної особи в трудових відносинах. Право зворотної вимоги (регрес) регулюється загальними нормами цивільного права (ч. 1 ст. 1191 ЦК України). Це положення законодавства передбачає перехід права вимоги (регресу) від однієї особи до іншої при виникненні деліктного (позадовірного) зобов'язання із заподіяння шкоди. Проте в правовій позиції Судової палати у цивільних справах ВСУ, зазначено, що спірні правовідносини щодо регресу регулюються положеннями КЗпП України, у ст. 233 якого для звернення власника або уповноваженого ним органу до суду встановлено строк в один рік з дня виявлення заподіяної працівником шкоди [181].

У зв'язку з викладеним пропонується доповнити ст. 4 КЗпП України «Законодавство про працю» ч. 2 і викласти її в наступній редакції: «2. Не допускається застосування при здійсненні трудових відносин інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом».

2.3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин

Сьогодні проблема співвідношення цивільного та господарського законодавства є досить актуальною. Проведені дискусії на цю тему не сприяли вирішенню проблеми [10, с. 228]. Досить часто в правозастосовній діяльності виникає питання: яким нормативним актом керуватися, оскільки відносини між юридичними особами регулюються як цивільним, так і господарським законодавством.

Досліджуючи зв'язок цивільного і господарського законодавства, передусім, треба зазначити, що згідно ч. 1 ст. 1 ЦК України предметом правового регулювання цивільного законодавства є особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності учасників цих відносин. Проте критерієм галузевої належності є і метод правового регулювання, для якого, стосовно цивільного права, характерна юридична рівність та вільне волевиявлення учасників цих відносин. У ч. 2 цієї статті закріплено імперативну норму, яка передбачає, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, цивільне законодавство не застосовується, якщо це прямо не встановлено законом.

Предметом правового регулювання господарського законодавства є господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання (ст. 1 ГК України). Методом правового регулювання господарського права є метод підпорядкування суб'єктів господарювання встановленому господарському порядку, заснованому на положеннях Конституції України, нормах права, ділових правилах та звичаях, що забезпечують гармонізацію приватних і публічних інтересів та створюють партнерські доброзичливі взаємовідносини в господарській діяльності.

У науці господарського права господарські відносини, залежно від становища їхніх учасників, поділяють на горизонтальні (учасники – рівноправні) та вертикальні (одним з учасників правовідносин є орган господарського керівництва або власник майна іншого учасника). Звідси випливає комплексний характер відносин господарського права, який ґрунтується як на публічно-правових, так на приватно-правових засадах. Цивільне законодавство регулює переважно відносини у сфері приватно-підприємницького обміну, а господарське – у сфері організації та здійснення виробництва, розподілу й обміну для задоволення суспільних потреб [241, с. 4].

Важливо підкреслити, що проблема співвідношення господарського і цивільного законодавства ґрунтується, так би мовити, на двох концепціях щодо правового регулювання господарських відносин: цивільно-правової та господарсько-правової. Перша концепція базується на тому, що господарські відносини є складовою частиною цивільних відносин і повинні регулюватися за допомогою субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Друга концепція – господарські відносини повинні регулюватися господарським законодавством. Проведення аналізу другої концепції не має практичного результату, адже господарське законодавство в деяких положеннях прямо звертається до норм ЦК України. Торкаючись питання першої концепції, потрібно звернути увагу на аналіз «концептуального підходу» В.К. Мамутова та О.І. Ющик. На думку авторів, «цивільні відносини» закріплюють субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій, а також до податкових, бюджетних відносин, якщо це встановлено законом (ч. 2 ст. 1 ЦК України) [140, с. 111-112].

Питання про допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин висвітлює у своїх працях Г.В. Смолин, який підкреслює тезу про комплексність господарського законодавства [241, с. 5].

Аспекти співвідношення ГК України та ЦК України розглядає Г.Л. Знаменський, який, крім терміну «терористи-господарники», аргументовано констатує, що цивілістична наука стала додатком господарського права [77,

с. 11-13]. Скажімо, це нам натякає на субсидіарне застосування норм законодавства.

У монографії «Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання» Н.Ю. Голубєва також зазначає про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин. Якраз визначення окремих видів господарських зобов'язань, які передбачено в ГК України різновидом цивільних зобов'язань, веде до певних юридичних наслідків: визначення правового регулювання таких зобов'язальних відносин для встановлення порядку зміни або припинення зобов'язання; для вирішення питання про відповідальність за порушення зобов'язання; для визначення диспозитивних норм, що мають застосовуватися до зобов'язання [46, с. 256-257].

Автори «Науково-практичного коментаря Господарського кодексу України» зазначають, що у випадку прямих відсилань у деяких положеннях ГК України на норми цивільного законодавства має місце субсидіарне застосування норм цивільного законодавства [50].

В.В. Кулаков також вважає, що однією з рис зобов'язання є його цивільно-правова галузева належність. Використання терміна «зобов'язання» в інших галузях права є прикладом термінологічного запозичення [120, с. 224].

На перший погляд здається, що відбуваються певні спроби опанування субсидіарним застосуванням норм цивільного законодавства тих відносин, що становлять предмет регулювання інших галузей права. Проте, як уявляється, він далеко не завжди підпадає під ознаки цивільних відносин.

Отже, цивільне і господарське законодавство, як галузеві законодавчі акти, різняться своїми предметами правового регулювання [186, с. 66]. Включення до предмету цивільного права (ст. 1 ЦК України) майнових господарських відносин дозволяє оптимально ефективно забезпечити правове регулювання сфери господарювання за допомогою субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, а також стійкий розвиток економіки, стабільний захист цивільних прав та інтересів фізичних і юридичних осіб.

Приступаючи до дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин, передусім, маємо визначити механізм правового регулювання зазначених відносин.

Почнемо з того, що до господарських відносин застосовуються норми ЦК України та інші акти цивільного законодавства в тій частині, яка не визначена особливостями правового регулювання цих відносин нормами ГК України. Цей механізм врегульований законодавцем у ч. 2 ст. 9 ЦК України, де зазначається, що ЦК України може бути передбачено особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання.

С.О. Погрібний вважає, що ч. 2 ст. 9 ЦК України регулює не субсидіарне застосування норм цивільного законодавства, а застосування загальних і спеціальних норм [171]. Тут вже простежуються противники такого застосування. Теза щодо розмежування положень ЦК України і ГК України, за якою відносини, на які поширюється чинність ГК України, регулюються ЦК України, якщо у господарському законодавстві відсутні відповідні норми, підкреслює субсидіарність у застосуванні норм цивільного законодавства. Такий підхід є виправданим і вірним, тому що субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до майнових господарських відносин не порушує ідеї, принципи цивільного і господарського права.

Проблеми розмежування сфер дії ЦК України і ГК України спірно вирішуються не тільки в юридичній науці, але в судовій практиці. В Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного і Господарського кодексів України»[190] відображені рекомендації судам та іншим правозастовчим суб'єктам щодо вирішення питань про застосування змісту норм ГК України і ЦК України. Згідно цього Інформаційного листа вирішальними для застосування ЦК України і ГК України при регулюванні господарських відносин є положення ч. 2 ст. 9 ЦК України та ч. 2 ст. 4 ГК України, відповідно до яких особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються ГК України. Така особливість регулювання майнових відносин у сфері

господарювання, передбачена господарським законодавством, не виключає субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про зобов'язання.

Із цього випливає три висновки.

По-перше, майнові відносини у сфері господарювання є окремим видом майнових відносин, які регулюються ЦК України.

По-друге, якщо ГК України прямо встановлені спеціальні правила, що унеможливають застосування загальних норм ЦК України, то до майнових відносин у сфері господарювання застосовуються норми ГК України.

По-третє, відсутність деяких положень у ГК України свідчить про субсидіарне застосування загальних норм цивільного законодавства до майнових відносин у сфері господарювання.

Тому окремі положення цивільного законодавства є універсальними для регулювання майнових відносин, виступаючи складовою частиною господарського законодавства.

Торкаючись питання аналогії закону й аналогії права (ст. 8 ЦК України), у таких випадках мову про них вести не можна, бо ГК України відповідним чином встановив регулювання відносин. Зокрема, застосування аналогії закону не передбачено ні ГК України, ні ГПК України.

Відтак активізувалася потреба в закріпленні прямого положення про допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в загальних положеннях ГК України, у зв'язку з двома обставинами: наявності прогалин або відсутності необхідності дублювати аналогічні норми і поняття у цивільному та господарському законодавстві. Розглянемо ці обставини докладніше.

1. Законодавець надав сторонам агентського договору повноваження на розірвання такого договору шляхом вчинення одностороннього правочину (ч. 1 ст. 304 ГК України). Проте, момент припинення договору і зобов'язання не визначається в договорі, а тому виникає прогалина в законодавстві. Тому, у цьому разі, варто субсидіарно застосувати норми цивільного законодавства, що регулюють подібні відносини, зокрема, ч. 2 ст. 782 ЦК України «у разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання

наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору». Це правове положення підлягає субсидіарному застосуванню як способу подолання прогалин до відносин, що виникають при розірванні договору комерційної концесії шляхом вчинення одностороннього правочину, яке передбачене ч. 3 ст. 374 ГК України.

2. Загальним правилом, ст. 293 ГК України передбачає, що за договором міни (бартеру) кожна із сторін зобов'язується передати іншій стороні у власність, повне господарське віддання чи оперативне управління певний товар в обмін на інший товар. Хоча в Інформаційному листі Вищого Господарського суду України зазначено, що ЦК України містить спеціальні норми про особливий вид міни (бартеру), які підлягають переважному застосуванню перед ст. 293 ГК України [36]. Тому у зв'язку з недоцільністю дублювати норми §6 гл. 54 ЦК України «Міна» до відносин міни (бартеру) у сфері господарювання (ст. 293 ГК України), субсидіарне застосування норм законодавства є допустимим.

Деякі положення ГК України прямо вказують на санкціоноване субсидіарне застосування норм ЦК України до господарських відносин. Про це свідчать положення господарського законодавства щодо:

- відносин створення господарських організацій, які є юридичними особами, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 7 ЦК України (п. 1 ч. 2 ст. 55 ГК України);
- відносин стосовно порядку створення та порядку діяльності окремих видів господарських товариств, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 8 ЦК України (ст. 92 ГК України);
- майнових відносин члена виробничого кооперативу з кооперативом у разі припинення членства в кооперативі та переходу паю, до яких субсидіарно застосовується ст. 166 ЦК України (ч. 8 ст. 107 ГК України);
- господарських відносин, діяльність яких може здійснюватися також на основі інших речових прав (права володіння, права користування тощо), субсидіарно застосовуються норми книги 3 ЦК України, у тому числі в розділу 2, де проведена диференціація цих прав (право володіння, сервітутні права, емфітевзис, суперфіцій (п. 2 ч. 1 ст. 133 ГК України);

- видів та груп цінних паперів, до яких субсидіарно застосовується ст. 195 ЦК України (ст. 143 ГК України). Такими, за цивільним законодавством, є пайові, боргові, похідні, товаророзпорядчі цінні папери;
- відносин, пов'язаних з використанням у господарській діяльності прав інтелектуальної власності, до яких субсидіарно застосовуються положення цивільного законодавства, зокрема, ст. 426 ЦК України (ч. 2 ст. 154 ГК України);
- відносин, у разі захисту прав інтелектуальної власності на об'єкти, зазначених у ч. 1 ст. 155 ГК України, субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства (ч. 2 ст. 155 ГК України). У цьому випадку цікаве положення зазначив О.О. Штефан, який назвав спірним питання визначення в ст. 155 ГК України об'єктів права інтелектуальної власності у сфері господарювання [310, с. 489], бо в ст. 420 ЦК України передбачається винятковий перелік об'єктів інтелектуальної власності. Вчений взагалі пропонує виключити із змісту гл. 16 ГК України, зважаючи на те, що відносини інтелектуальної власності регулюються якраз цивільним законодавством і входять до його структури [310, с. 498-500];
- деяких правомочностей стосовно використання винаходу, корисної моделі та промислового зразка, до яких субсидіарно застосовується ст. 464 ЦК України (ст. 156 ГК України);
- відносин, пов'язаних з комерційною таємницею, які не врегульовані господарським законодавством, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 46 ЦК України (ч. 4 ст. 162 ГК України);
- майнових зобов'язань, які виникають між учасниками господарських відносин, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 47 ЦК України, але з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (п. 2 ч. 1 ст. 175 ГК України);
- господарських договорів, які укладаються за правилами, що встановлюються гл. 52 ЦК України, але з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (ч. 7 ст. 179 ГК України);
- виконання неукладеного господарського договору, якщо одна із сторін здійснила фактичні дії, вона може захистити свої права та інтереси,

субсидіарно застосувавши положення гл. 83 ЦК України, а в разі знищення чи пошкодження майна – подавши позов про відшкодування заподіяної шкоди (ч. 8 ст. 181 ГК України);

- відносин стосовно укладення попередніх договорів, то вони регулюються ст. 635 ЦК України, але з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (ч. 5 ст. 182 ГК України);

- виконання господарських договорів, до яких субсидіарно застосовуються відповідні норми ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (п. 2 ч. 1 ст. 193 ГК України);

- солідарного виконання господарських зобов'язань, до яких субсидіарно застосовуються положення ст.ст. 541-544 ЦК України (ч. 2 ст. 196 ГК України);

- відносин стосовно забезпечення виконання зобов'язань учасників господарських відносин, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 49 ЦК України (п. 2 ч. 1 ст. 199 ГК України). Зокрема, відповідно до ЦК України засоби забезпечення виконання зобов'язань поділяються на речово-правові [138] (застанова (ст. 572), притримання (ст. 594), завдаток (ст. 570) та зобов'язально-правові (неустойка (ст. 549), порука (ст. 553); гарантія (ст. 560) [239];

- відносин банківської гарантії в частині, яка не врегульована господарським законодавством, субсидіарно застосовуються положення ст.ст. 560-569 ЦК України (ч. 4 ст. 200 ГК України);

- відносин стосовно припинення господарських зобов'язань, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 50 ЦК України, але з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (ч. 3 ст. 202 ГК України);

- реалізації в судовому порядку відповідальності за правопорушення у сфері господарювання, до яких субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства про загальні та скорочені строки позовної давності (ч. 1 ст. 223 ГК України);

- обігу продукції виробничо-технічного призначення й обігу виробів народного споживання у сфері господарювання в частині, не врегульованій

господарським законодавством, субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства (ч. 3 ст. 262 ГК України);

- відносин поставки, які не врегульовані господарським законодавством, субсидіарно застосовуються норми гл. 54 ЦК України про договір купівлі-продажу (ч. 6 ст. 265 ГК України). Проте можливим є застосування лише ст.ст. 655-697 ЦК України, бо відповідно до ч. 2 ст. 712 ЦК України до договору поставки застосовуються лише загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає з характеру відносин сторін. Тут необхідно зазначити, що положення ЦК України про купівлю-продаж застосовуються до відносин поставки в частині, що не суперечить ГК України;

- відносин оренди, до яких субсидіарно застосовуються норми гл. 58 ЦК України, але з урахуванням особливостей, передбачених господарським законодавством (ч. 6 ст. 283 ГК України). Норми зазначеної глави застосовуються і до відносин, які виникають з розірвання договору найму та правових наслідків припинення договору оренди (ч.ч. 3, 4 ст. 291 ГК України);

- відносин, що впливають із зберігання товарів за договором складського зберігання, до яких субсидіарно застосовуються норми §2 гл. 66 ЦК України (ч. 4 ст. 294 ГК України);

- агентських відносин, до яких можуть субсидіарно застосовуватися положення цивільного законодавства (гл. 68 ЦК України), якими регулюються відносини доручення (ч. 2 ст. 305 ГК України);

- відносин, пов'язаних з перевезенням пасажирів та багажу, до яких субсидіарно застосовуються відповідні норми гл. 64 ЦК України (ч. 6 ст. 306 ГК України);

- підрядних відносин, до яких субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства про договір підряду – гл. 61 ЦК України (ч. 2 ст. 317 ГК України);

- відносин у сфері інноваційної діяльності, до яких субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства про виконання науково-

дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт – гл. 62 ЦК України (ст. 332 ГК України);

– відносин з факторингових операцій, де загальні умови та порядок визначаються цивільним законодавством, а тому субсидіарно застосовуються норми гл. 73 ЦК України (ч. 2 ст. 350 ГК України);

– відносин страхування, де загальні умови здійснення страхування, вимоги до договорів страхування регулюються гл. 67 ЦК України (ст. 355 ГК України).

Також норми ЦК України (ст.ст. 651, 653) субсидіарно застосовуються до господарських відносин, забезпечуючи зміну і розірвання господарських договорів.

Як відомо, критерієм істини є практика. Практика одразу виявляє недоліки, прогалини й інші негаразди [70, с. 171]. На нашу думку, важливим є аналіз та врахування правозастосовної діяльності господарських судів та інших правозастосовних суб'єктів, які щоденно субсидіарно застосовують норми цивільного законодавства до господарських відносин, хоча самі, досить часто, цього не розуміють. При цьому наочно спостерігають їх доцільність та ефективність. Їхнє застосування може та повинно слугувати орієнтиром для законодавця.

Наведемо декілька прикладів з судової практики, де простежується субсидіарне застосування норм цивільного законодавства господарськими судами.

1. Рішенням Господарського суду Дніпропетровської області від 28 грудня 2015 р. задоволено позов Товариства з обмеженою відповідальністю «Альтинг Д» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Темпори» про стягнення 385000 грн. за невиконання зобов'язання за договором відступлення права вимоги. Суд встановив, що згідно ст. 193 ГК України «До виконання господарських договорів застосовуються відповідні положення Цивільного кодексу України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом» та «За своєю правовою природою укладені між сторонами договори по справі є договорами купівлі-продажу та відступлення права вимоги, до яких варто

застосовувати відповідні положення Господарського та Цивільного кодексів України». Тому суд субсидіарно застосував ст.ст. 509, 638, 639, 627, 629, 655, 656, 525, 526, 610, 612 ЦК України до господарських відносин, що виникли [211].

2. Рішенням Господарського суду Полтавської області від 4 січня 2016 р. задоволено позов Приватного підприємства будівельна компанія «Асоль» до Виробничого дачно-будівельного кооперативу «Еталон», про стягнення заборгованості за договором підряду. Позивач зазначав між Приватним підприємством Будівельною компанією «Асоль» (підрядником) та Виробничим дачно-будівельним кооперативом «Еталон» (замовником) був укладений договір підряду. Позивач в обґрунтування позову вказував, що відповідач не виконав належним чином свої договірні зобов'язання, внаслідок чого з'явилася заборгованість, яка була не погашена. Надаючи правову оцінку викладеним обставинам, вивчивши докази, суд субсидіарно застосував норми ЦК України, що регулюють відносини, які виникають з договору підряду (ст.ст. 837, 854) та інші норми ЦК України про зобов'язання (ст.ст. 525, 526, 530, 610, 611, 612, 629) [213].

3. Рішенням Господарського суду Одеської області від 4 вересня 2016 р. задоволено позов Публічного акціонерного товариства «БТА БАНК» до відповідачів фізичних осіб-підприємців ОСОБА_2, ОСОБА_3 про визнання недійсним договору оренди. Позивач звернувся до відповідачів із позовом про визнання договору оренди нежитлових приміщень, що укладений між відповідачами у справі, недійсним з тих підстав, що рішенням суду, яке набрало законної сили, за позивачем визнано право власності на вказані у договорі оренди нежитлові приміщення, а за ОСОБА_2 припинено. Позивач вважав, що ОСОБА_3, укладаючи вказаний договір, діяв шляхом оману, замовчуючи свої дії щодо укладення договору на приміщення, які йому не належать. При укладенні вказаного договору оренди між відповідачами були порушені законні права та інтереси позивача, як власника цих приміщень, бо за рішенням суду за позивачем визнано, а за ОСОБА_2 припинено право власності на приміщення. На думку суду, ОСОБА_2 на момент укладення договору оренди частини приміщень був обізнаний про те, що його право власності на приміщення припинено за рішенням апеляційного суду Одеської області, яке набрало законної сили, але всупереч

цьому умисно вчинив протиправні дії щодо оплатного розпорядження майном, яке йому не належить, на користь третьої особи шляхом укладення договору оренди, приховавши від ОСОБИ_3 наявність такого рішення, що є підставою для визнання договору оренди недійсним. Приймаючи рішення, суд субсидіарно застосував до господарських відносин: загальні положення про правочин – ст. 11 ЦК України (цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а підставою виникнення цивільних прав та обов'язків є договори й інші правочини), ч. 3 ст. 203 ЦК України (волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі); загальні положення про захист цивільних прав та обов'язків – ст. 15 ЦК України (право на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання), ст. 16 ЦК України (право на звернення до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу); загальні положення про недійсність правочину – ст. 215 ЦК України (підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені ч.ч. 1-3, 5, 6), ст. 230 ЦК України (правочин визнається судом недійсним, якщо одна із сторін правочину навмисно ввела іншу сторону в оману) [212].

Власне, термін «господарське зобов'язання», на думку Н.Ю. Голубевої, опосередковує неоднорідні відносини. Тому відносини, що носять господарсько-майновий характер, є різновидом цивільно-правових зобов'язань, і мають досліджуватися із врахуванням цивілістичної природи [45, с. 83].

Таким чином, законодавець у формулюванні положень господарського законодавства підкреслив нам субсидіарне застосування норм цивільного законодавства для врегулювання господарських відносин. Зокрема, субсидіарне застосування норм цивільного законодавства у сфері приватногосподарських відносин здійснюється в частині, яка не врегульована нормами господарського законодавства. Інакше б виключалась, передбачена в ч. 2 ст. 9 ЦК України, особливість регулювання майнових відносин у сфері господарювання.

До господарських відносин застосовуються правові норми, які встановлюються ЦК України та іншими актами цивільного законодавства (у

частині, в якій особливості їх регулювання не встановлені ГК України й іншими актами законодавства, чинність яких поширюється на цивільні (майнові) відносини у сфері господарювання та не поширюється на решту цивільних відносин).

Якраз тому в ГК України міститься близько тридцяти посилань на норми цивільного законодавства (п. 1 ч. 2 ст. 55; ст. 92; ч. 8 ст. 107; п. 2 ч. 1 ст. 133; ст. 143; ч. 2 ст. 154; ч. 2 ст. 155; ст. 156; ч. 4 ст. 162; п. 2 ч. 1 ст. 175; ч. 7 ст. 179; ч. 8 ст. 181; ч. 5 ст. 182; п. 2 ч. 1 ст. 193; ч. 2 ст. 196; п. 2 ч. 1 ст. 199; ч. 4 ст. 200; ч. 3 ст. 202; ч. 1 ст. 223; ч. 3 ст. 262; ч. 6 ст. 265; ч. 2 ст. 283; ч. 6 ст. 291; ч. 4 ст. 294; ч. 2 ст. 305; ч. 6 ст. 306; ч. 2 ст. 317; ст. 332; ч. 2 ст. 350; ст. 355). Норми ЦК України регулюють зміну і розірвання господарських договорів (ст.ст. 651, 653), виконання зобов'язань (ст.ст. 549, 553, 560, 572, 594, 570).

2.4. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до деяких публічно-правових відносин

Стрижневою проблемою науки публічно-правових галузей права є визначення їх місця в системі права України. Це вирішення неможливе поза з'ясування взаємодії цивільного законодавства з бюджетним, податковим, митним та кримінальним, яка втілена в субсидіарному застосуванні норм законодавства.

Проблема субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до зазначених відносин не отримала широкого наукового та практичного висвітлення. Сьогодні триває дискусія серед наукової спільноти, бо це питання викликає чимало суперечок. Дослідженню теоретичних і практичних аспектів проблеми субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до «фінансових» відносин присвячено публікації вітчизняних і зарубіжних правознавців, зокрема: Д.А. Гетьманцева, М.В. Карасьової, О.В. Очкуренка, А.І. Худякова.

Частина 2 ст. 1 ЦК України встановлює, що до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. Це

обмеження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, поширюється практично на всі фінансові та кримінальні відносини. Проте ч. 2 ст. 1 ЦК України формулює правило «..., якщо інше не встановлено законом». «Інше» може бути встановлено законом не тільки у випадках прямого посилання на норми цивільного законодавства, але і у випадках, коли законодавець у фінансових і кримінальних відносинах прямо використовує категорії і конструкції цивільного законодавства без їх окремого врегулювання актами бюджетного, податкового, митного та кримінального законодавства. Прикладом може слугувати режим оподаткування конкретного суб'єкта, який завжди залежить від його цивільно-правового статусу й операцій, які він здійснює у своїй діяльності. З іншого боку, нераціонально дублювати тотожні й аналогічні цивільно-правові норми і поняття в текстах БК України, ПК України, МК України, КК України.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до бюджетних відносин.

БК України прямо не передбачає субсидіарне застосування норм цивільного законодавства, хоча в БК України прямо вживаються деякі цивільно-правові поняття. Прикладом можуть слугувати положення БК України, які закріплюють норми бюджетного права, в якій використовується поняття «юридична особи». Це означає допустимість субсидіарного застосування до відповідних бюджетних відносин положень цивільного законодавства, що визначають сутність юридичних осіб. Тому пряме використання у фінансовому законодавстві понять, термінів або конструкцій, сформульованих винятково цивільним законодавством, означає встановлення законом винятків з правила, встановленого ч. 2 ст. 1 ЦК України. З огляду на масштаби використання цивільно-правових конструкцій у публічно-правових відносинах, і щоб уникнути різних підходів у правозастосуванні, формулювання положення ч. 2 ст. 1 ЦК України доцільно викласти в іншій редакції: «2. До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до фінансових, процесуальних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом або не впливає зі змісту відносин».

Однією з найбільш істотних особливостей субсидіарного застосування норм цивільного законодавства – воно не змінює галузеву належність відповідних відносин. Якщо в формулюванні БК України використовується поняття «юридична особа», то відносини, що виникли в результаті її дії, залишаються бюджетними, хоча припускають субсидіарне використання цивілістичного нормативного матеріалу.

Термін «зобов'язання» застосовується й у бюджетному законодавстві, в якому воно є одним із вихідних положень організації відносин між «бюджетом» та мережею розпорядників бюджетних коштів. Зокрема, відповідно до п. 7 ч. 1. ст. 2 БК України, під бюджетним зобов'язанням варто розуміти будь-яке здійснене відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару тощо, згідно з якими необхідно здійснити платежі протягом цього самого періоду або в майбутньому.

Р.А. Майданик вважає, що «зобов'язання» є цивільно-правовим, а не міжгалузевим поняттям, тому не може використовуватися в інших, крім цивільної, галузях права. Таким чином, висновки про існування трудових, фінансових, управлінських, господарських, внутрішньогосподарських зобов'язань, на його думку, є безпідставними [136, с. 6].

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства відбувається у випадках здійснення державних позик і надання кредитів за рахунок бюджетних коштів. Зокрема, у науці фінансового права є позиція про те, що такі відносини регулюються фінансовим правом [285, с. 12], при цьому забуваючи, що в ці відносини суб'єкти вступають на основі вільного волевиявлення. У свою чергу, ч. 5 ст. 16 БК України зазначає, що «при здійсненні державних позик прийняття зобов'язань від імені України з умовою про відмову від суверенного імунітету в можливих судових справах, пов'язаних з поверненням кредитів (позик) протягом часу дії зобов'язання з повернення запозичених коштів».

Підґрунтям гарантії щодо виконання боргових зобов'язань (ст. 17 БК України) також є цивільно-правові конструкції. Зокрема, до відносин, які виникають на підставі державної гарантії, допустиме субсидіарне застосування

норм законодавства, в яких гарантом є банк, інша фінансова установа, страхова організація (ст. 560 ЦК України).

Тому актами бюджетного законодавства передбачено укладення цілого ряду цивільно-правових договорів, а також можливість здійснення односторонніх правочинів, на підставі яких виникають бюджетні правовідносини, до яких субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства, а також положення бюджетного законодавства, що закріплюють норми цивільного права.

Бюджетне законодавство прямо передбачає субсидіарне застосування норм про цивільну відповідальність, внаслідок порушення його посадовими особами (ч. 1 ст. 121 БК України).

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до податкових відносин.

У ПК України досить поширеним є використання понять «юридична особа» та «фізична особа-підприємець» (наприклад, ст.ст. 14, 15 ПК України). При цьому, поняття, ознаки, порядок створення та ліквідації та інше регулюється цивільним законодавством. Тому положення цивільного законодавства про юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців підлягають субсидіарному застосуванню до відносин, що регулюються податковим правом. З цим твердженням погоджуються суди. Зокрема, 4 травня 2012 р. Львівським окружним адміністративним судом було розглянуто адміністративну справу за позовом Державної податкової інспекції в Стрийському районі Львівської області до Товариства з обмеженою відповідальністю «ТЕБА-ГЛАСС-Україна» (далі – юридична особа) про припинення юридичної особи. Позивач звернувся до суду з позовом, в якому просив припинити юридичну особу. В обґрунтуванні позовних вимог позивач посилався на те, що юридична особа відсутня за зареєстрованою адресою, відомостей про її зміни не надавалось, а тому державним реєстратором не внесено запис про відсутність юридичної особи за місцезнаходженням, податкова звітність не подана з 2007 р., а згідно з п. 2 ст. 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» та ст. 20 ПК України зазначені обставини є підставою для припинення юридичної особи. Дослідженими у справі доказами, встановлено факт відсутності юридичної особи

за зареєстрованим місцезнаходженням. Суд при вирішенні цього спору субсидіарно застосував ст.ст. 105, 110-112 ЦК України про припинення юридичної особи і зобов'язав ліквідаційну комісію провести ліквідацію у порядку, який визначений нормами цивільного законодавства, у строк не більше двадцяти місяців з моменту набрання постановою суду законної сили [185].

Законодавець не уникнув при формулюванні норм ПК України застосування поняття «майно» і похідні від нього слова. Хоча, поняття «майно» і похідні від нього слова для законодавця є звичайними, коли він формулює норми цивільного законодавства.

Відповідно до п. 22.1 ст. 22 ПК України об'єктом оподаткування можуть бути майно, товари, дохід (прибуток) або його частина, обороти з реалізації товарів (робіт, послуг), операції з постачання товарів (робіт, послуг) та інші об'єкти, визначені податковим законодавством, з наявністю яких податкове законодавство пов'язує виникнення у платника податкового обов'язку. Товар, як об'єкт оподаткування, передбачає специфічну підставу щодо виникнення податкового зобов'язання. З цих позицій ПК України підходить до закріплення цього різновиду об'єкту. Взагалі, визначення товару має міжгалузеве значення, яке потребує галузевого режиму регулювання залежно від особливостей правового впливу. Згідно ст. 14 ПК України товарами визнаються матеріальні та нематеріальні активи, у тому числі земельні ділянки, земельні частки (паї), а також цінні папери та деривативи. Фактично, йдеться про запозичення цивільно-правової конструкції регулювання цього явища [150, с. 143].

За своєю правовою формою податкові солідарні зобов'язання (податкова солідарна відповідальність) залишаються податковими й публічними, навіть, коли законодавець використовує термін «солідарна майнова відповідальність» (п. 99.2 ст. 99 ПК України). У ПК України використовується термін «солідарна відповідальність» (п. 98.3 ст. 98; абз. 2 п. 99.2 ст. 99). Тлумачення п. 99.2 ст. 99 ПК України не створює труднощів, бо йдеться про особу, зобов'язану також виконувати «грошові зобов'язання», а при тлумаченні п. 98.3 ст. 98 ПК України виникає завдання довести, що термін «солідарна відповідальність» охоплює собою відповідне зобов'язання, яке також повинно бути солідарним. Більш

вдалим здається використання терміну «солідарне зобов'язання по сплаті податків та зборів». З такого формулювання випливає, що відповідальність за порушення солідарного обов'язку має бути солідарною. Тому в п. 98.3 ст. 98 ПК України потрібно внести зміни, вказавши про солідарне зобов'язання по сплаті податків та зборів [163, с. 84-85].

Абзац «а» п. 14.1.81 ст. 14 ПК України дає визначення поняттю «капітальні інвестиції» – це господарські операції, що передбачають придбання будинків, споруд, інших об'єктів нерухомої власності, інших основних засобів і нематеріальних активів, що підлягають амортизації відповідно до норм податкового законодавства. Для розуміння положення « ..., інших об'єктів нерухомої власності, ... » доцільно звернутися до ст. 181 ЦК України.

Під час проведення аукціону (тендера) звичайною вважається ціна, яка склалася за результатами такого аукціону (тендера) (п. 39.17 ст. 39 ПК України). Особливості укладення договорів на біржах, аукціонах, конкурсах тощо встановлюються відповідними актами цивільного законодавства (ст. 650 ЦК України).

Субсидіарне застосування положень цивільного законодавства до податкових відносин може мати місце в силу прямої вказівки в нормативно-правовому акті. Якраз абз. 2 п. 99.1 ст. 99 ПК України передбачає, що претензії спадкоємцям заявляються контролюючими органами в порядку, встановленому цивільним законодавством для заявлення претензій кредиторами спадкодавця.

Якщо порівняти ПК України та ПК Російської Федерації, стає зрозуміло, що категорія «публічність» у відносинах із забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків та зборів у законодавстві України виражена більш яскраво. Якраз ПК України, на відміну від ПК Російської Федерації, не передбачає укладення договору податкової застави, а підставою його виникнення встановлює юридичні факти податково-правового характеру [163, с. 86-87]. Але яскраво виражені публічно-правові елементи в положеннях ПК України щодо застави не робить податкову заставу фінансово-правовим явищем. За своєю природою воно залишається цивільно-правовим явищем. Ця природа проявляється в ст. 572 ЦК України. Право на річ – переважне право заставодержателя перед іншими

особами, яке не може бути іншим, ніж цивільним правом. Проте до речового права права заставодержателя, у тому числі, і при податковій заставі, не можуть бути зведені. А.Р. Чанишева довела, що застава, як спосіб забезпечення та виконання цивільних зобов'язань, включає в себе речову і зобов'язальну складову [300, с. 42-56]. Цивільна складова при податковій заставі не має місця. Відповідно до ст. 124 ПК України порушення порядку відчуження платником податків майна, яке перебуває в податковій заставі, без попередньої згоди контролюючого органу, якщо отримання такої згоди є обов'язковим згідно з ПК України, веде до накладення штрафних санкцій. При цьому не виключається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до відносин за податковою заставою. Позиція М.В. Карасьової, згідно з якою податкова застава, як і податкова порука, використовуються у сфері оподаткування в чистому цивільно-правовому вигляді [87, с. 21-22] є вірною лише відносно речово-правової складової правовідносин за податковою заставою.

Законодавець у податковому законодавстві передбачив укладення суто публічних договорів. Податковими є договори про розстрочку та відстрочку виконання грошових зобов'язань платників податків (ст. 100 ПК України). Такі договори не впливають на податковий характер правовідносин, виконання зобов'язання в яких виробляється з відстроченням або розстроченням. Тому варто погодитися із судженням Д.А. Гетьманцева про те, що на цей вид договорів не поширюються загальні положення про зобов'язання та умови дійсності правочину [41, с. 14].

Досить цікавою є позиція суду при вирішенні спорів про скасування податкового повідомлення-рішення між державними податковими інспекціями та юридичними особами. Якраз у цих справах суд застосовує положення про недійсність правочинів. При цьому, основна більшість цих спорів підлягає задоволенню. Виявляється, що мова йде про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства у процесі реалізації норм податкового права. Для прикладу приведемо постанови Запорізького окружного адміністративного суду від 21 січня 2013 р. та Кіровоградського окружного адміністративного суду від 5 липня 2013 р. У цих спорах юридичні особи звернулися до окружних

адміністративних судів з позовами, у яких просили скасувати податкові повідомлення-рішення. На підставі проведених перевірок, позивачами отримані податкові повідомлення-рішення, якими зменшено розмір від'ємного значення суми податку на додану вартість. Перевіркою встановлено, що юридичними особами було порушено приписи п. 7.4.1, 7.4.4 ст. 7 Закону України «Про податок на додану вартість», внаслідок чого позивачами занижено податок на додану вартість. Зазначені порушення встановлено внаслідок порушення контрагентом позивача ст. 215, п. 1 ст. 216 ЦК України в частині неодержання вимог зазначених статей у момент вчинення правочинів, які не спрямовані на реальне настання правових наслідків, обумовлені ними по правочинах з постачальниками та покупцями. Судами були субсидіарно застосовані положення цивільного законодавства, зокрема, ч. 2 ст. 215, ч. 1 ст. 215, ст.ст. 218-235 ЦК України. Також суди посиляються на п. 18 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» №9 від 6 листопада 2009 р. [201], де зазначено перелік правочинів, які є нікчемними як такі, що порушують публічний порядок, визначений ст. 228 ЦК України [183; 184].

Отже, норми цивільного законодавства можуть субсидіарно застосовуватися до податкових відносин. При цьому, умовою вірного субсидіарного застосування норм цивільного законодавства є чітке розмежування цивільних і фінансових відносин [257, с. 121].

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до митних відносин.

При здійсненні ЗЕД цивільне законодавство тісно пов'язано з митним законодавством та правовідносинами, що виникають в результаті його застосування.

Митні відносини і за змістом, і за структурою – явище складне, а митна справа – багатопланова, яка має комплексний характер. Тому суспільні відносини в галузі державної митної справи, що відрізняються за специфікою, регулюються окремими нормами різних галузей законодавства, у тому числі цивільним [143].

Особливо це проявляється в механізмі декларування товарів і предметів, при митній торгівлі, митних складах, діяльності митних брокерів.

Суб'єкти ЗЕД зобов'язані виконувати владні приписи, що містяться в нормативно-правових актах, встановленими органами державної влади. З іншого боку, розглядається й інша частина відносин, що будуються на диспозитивному методі правового регулювання [161, с. 144-145]. Зазвичай це окремі аспекти взаємовідносин учасників ЗЕД з особами, що здійснюють діяльність у галузі митної справи (відносини власника товару з митним перевізником). Більшість з них регулюються нормами цивільного законодавства, які за допомогою субсидіарного механізму застосовуються до митних відносин, для яких основним методом правового регулювання є імперативний. Прикладами може слугувати договір надання послуг з митного декларування (гл. 63 ЦК України), договір перевезення товарів (гл. 64 ЦК України), договір транспортного експедирування з надання додаткових послуг, необхідних для доставки вантажу, а саме сплата мита, зборів і витрат, покладених на клієнта, одержання необхідних для експорту й імпорту документів, виконання митних формальностей тощо (гл. 65 ЦК України).

Новацією митного законодавства є встановлення відповідальності органів Державної фіскальної служби України, їх посадових осіб та інших працівників (ст. 30 МК України). Частина 2 цієї статті передбачає можливість притягнення посадових осіб митних органів до цивільно-правової відповідальності. Цивільно-правова відповідальність фіскальних органів передбачається законом, яка настає при скоєнні посадовими особами цих органів в процесі виконання службових обов'язків дій, що порушили права громадян, підприємств, установ або організацій і завдали їм шкоди, які тягнуть за собою негативні для винуватця наслідки у вигляді цивільно-правових санкцій (відшкодування збитків, неустойки (штрафу, пені). Зокрема, може бути відшкодована в грошовому обчисленні вигода, упущена з причини зриву умов договору або контракту, затримки в доставці товарів тощо.

Своє подальше правове регулювання відшкодування шкоди, заподіяної особам та їх майну неправомірними рішеннями, діями або бездіяльністю органів Державної фіскальної служби України, організацій або їх посадових осіб чи інших

працівників при виконанні ними своїх службових (трудових) обов'язків, містить у гл. 82 ЦК України.

Зазвичай підтвердженням факту протиправності діяння є рішення суду щодо визнання рішення, дії чи бездіяльності органів Державної фіскальної служби України чи їх посадових осіб, як протиправного, яке набуло законної сили. Крім того, протиправність визнається доведеною в разі скасування рішення органів Державної фіскальної служби України, яким воно було прийнято, чи вищим органом [57, с. 18-19].

Як уявляється, допустимим є субсидіарне застосування норм законодавства наступних видів цивільно-правової відповідальності до митних відносин: часткова відповідальність (ч. 2 ст. 1190 ЦК України); солідарна відповідальність (ч. 1 ст. 1190 ЦК України); субсидіарна (додаткова) відповідальність (ст. 619 ЦК України); регресна відповідальність (ст. 1191 ЦК України).

Прямі вказівки на необхідність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства вказуються в гл. 57 МК України. Зокрема, в ч.ч. 1, 2 ст. 397 МК України є відсилки « ... відповідно до МК України та інших законів України» та « ... які охороняються відповідно до закону ... ». Якраз таким законом є ЦК України. При цьому суд може постановити рішення передбачені ч. 2 ст. 432 ЦК України.

До того ж, ч. 32 ст. 1 МК України вказує на те, що право інтелектуальної власності, суб'єкти та об'єкти права інтелектуальної власності розуміються в значенні, визначеному законами з питань інтелектуальної власності, зокрема, ст.ст. 418-508 ЦК України. Таким чином відбувається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в процесі реалізації норм митного права.

Відправляє нас до цивільного законодавства ч. 3 ст. 416 МК України, норма якої передбачає «за вчинення правопорушень, пов'язаних з провадженням митної брокерської діяльності, митний брокер несе відповідальність, встановлену цим Кодексом та іншими законами України». Йдеться знову про цивільно-правову відповідальність.

Зокрема, наступне положення МК України (ст. 417) зазначає, що взаємовідносини митного брокера з особою, яку він представляє, визначаються

відповідним договором. Брокерська діяльність є комерційним представництвом. Підставою комерційного представництва може бути цивільно-правовий договір [292]. Якраз таким договором є договір доручення з усіма істотними умовами й особливостями, який регулюється гл. 68 ЦК України.

Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до кримінальних відносин.

Відмінність цивільного законодавства від кримінального виходить з відмінності санкцій, тобто, засобів, що забезпечують здійснення того чи іншого права. У широкому значенні ці санкції називаються цивільними у всіх випадках, коли вона не містить у собі елементи покарання та знаходить вислів у таких функціях як відновлююча, каральна (штрафна), виховна (наприклад, загроза грошовим стягненням, визнання правочину недійсним, примусове виконання, приватне затримання тощо). У всіх інших випадках, коли санкція права бере форму покарання, яким органи державної влади погрожують і яку вона накладає на порушників своїх норм, це говорять про кримінальне право. Таким чином, наявність покарання, як ніби, відрізняє кримінальне законодавства від цивільного, захвачуючи собою, у цьому значенні, все інше право, а отже – і публічне. Насправді, ознаки покарання недостатньо для розмежування цивільного і кримінального законодавства, бо покарання в ролі засобу спонукання людей до дотримання встановленого правового порядку трапляється у всіх галузях права. Навіть цивільне право, виявляє в цей час на практиці акціонерних компаній помітну тенденцію до поширення застосування того ж покарання [38].

Кримінальне право також різниться з цивільним яскраво вираженим правоохоронним характером. Воно захищає життя, здоров'я і майно громадян, систему правосуддя, громадський порядок і державну безпеку, встановлюючи кримінальне покарання за вчинення злочинів.

Згадаємо римське право. Римське приватне і публічне право – це не тільки цивільне право та кримінальне право. Римське право – це історія взаємодії і протистояння, взаємопроникнення і відторгнення, зокрема, цивільного та кримінального права. Під кримінальним правом римські юристи розуміли сукупність правових принципів і норм, які визначають застосування покарання в

результаті правопорушення. Ці правопорушення об'єднуються в одну групу, бо в загальному порушують публічний порядок. Вони отримали назву – *delictum publicum* (публічні делікти), на відміну від правопорушень приватного права – *delictum privatum*. Публічні правопорушення ще називали *crimen* (злочин). Звідси – *jus crimen* – кримінальне право [169, с. 247-248]. Насамперед, зазначимо, що дійшли до нашого часу стародавні джерела й сама логіка права як соціального явища. У зв'язку з цим, все це призводить до єдиного висновку: право в його динамічному та сучасному стані є похідним від першозгаданого, найстарішого приватного права.

З розвитком правовідносин публічний інтерес став стрімко поширюватися у сферу тих міжособових відносин, які втручалися (або могли втрутитися) на «територію влади», на той громадський порядок, який призначався владою для організації держави.

Цивільне законодавство певною мірою забезпечує та охороняє приватні інтереси й економічну основу суспільства. Розвиваючись разом з підприємництвом, воно виробляє універсальні юридичні конструкції, які визнаються в подальшому законодавцем і перетворюються цим же законодавцем у цивільні та кримінальні законодавчі форми.

На перший погляд здається, що яскраво виразного кордону між цивільним законодавством і кримінальними відносинами не було та, вірогідно, ніколи не буде. Разом із тим, одні й ті ж відносини могли бути предметом і цивільного законодавства, і кримінально-правового регулювання. У зв'язку з цим, можна трактувати цей кордон правовим засобом економії нормативного матеріалу – субсидіарним застосуванням норм цивільного законодавства.

У чинному на цей час кримінальному кодексі підкреслюється, що застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено (ч. 4 ст. 3 КК України). Нині цей принцип став нормою для теоретиків і практиків. Справедливість його існування не підлягає сумніву, тому що злочинність і караність діяння визначаються винятково кримінальним законом, який діяв на час його вчинення, а злочином визнається тільки суспільно небезпечне діяння, прямо заборонене кримінальним законом. Застосування закону за аналогією призвело б

до грубих порушень законності в процесі боротьби зі злочинністю та до необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності людей, які не порушували закон. Тому використання субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до кримінальних відносин як механізму, що дозволяє розвантажити законодавства від нераціонального та тотожного дублювання правових норм кримінальному законі, є допустимим.

Зокрема, право на захист честі і гідності, життя і здоров'я фізичної особи та право на свободу регулюються цивільним законодавством (ст.ст. 275, 282-284, 288 297 ЦК України) та внаслідок субсидіарного застосування норм цивільного законодавства знайшли своє відображення в особливій частині КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи», «Злочини проти волі, честі та гідності особи».

Право власності – це предмет регулювання цивільного законодавства (ч. 1 ст. 1 ЦК України), хоча зазначені відносини є предметом правового регулювання й у кримінальному законодавстві, зокрема, якщо злочини були вчинені проти права власності, що передбачено розділом 6 КК України (особлива частина) «Злочини проти власності».

З огляду на те, що в розділі 5 КК України (особлива частина) законодавець врегулював «злочини проти ... та інших особистих прав та свобод людини і громадянина», можна стверджувати, що в цих положеннях припускається субсидіарне застосування норм цивільного законодавства. Якраз кримінальне законодавство захищає відносини, які прямо передбачені цивільним законодавством. Зокрема, до кримінальних відносин, що врегульовані:

- статтею 162 КК України «Порушення недоторканності житла» застосовуються положення ст. 311 ЦК України «Право на недоторканість житла»;
- статтею 163 КК України «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер» застосовуються положення ст.ст. 302, 303, 306 ЦК України;
- статтями 166, 167 КК України щодо опіки та піклування застосовуються положення ст. 292 ЦК України «Право на опіку та піклування»;

- статтями 176, 177 КК України про порушення авторських та суміжних прав застосовуються положення книги 4 ЦК України «Право інтелектуальної власності»;
- статтею 182 КК України «Порушення недоторканості приватного життя» застосовуються положення ст. 301 ЦК України «Право на особисте життя та його таємницю»;
- статтею 184 КК України «Порушення права на безоплатну медичну допомогу» застосовуються положення ст. 284 ЦК України «Право на медичну допомогу».

Як уявляється, положення ст. 289 ЦК України про право на особисту недоторканість повинно субсидіарно застосовуватися в результаті вчинення злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості, що передбачені розділом 4 КК України (особлива частина).

Отже, взаємодія цивільного і кримінального законодавства, у результаті субсидіарного застосування норм законодавства, проявляється в декількох аспектах.

По-перше – цивільне та кримінальне законодавство складають фундамент правової системи будь-якої держави. Якщо конституційне право – вихідний початок цієї системи, то кримінальне, цивільне право – базові галузі, на яких базується все подальше законодавство України.

По-друге – кримінальні відносини – це не тільки сфера злочинів, це й забезпечення державного порядку в цілому. Стан загального правопорядку забезпечує і загальний правопорядок у сфері приватних відносин, права власності тощо. Це початкове, характерне не тільки для кримінального та цивільного законодавства, а й для всієї юриспруденції, взаємодії приватного і публічного.

По-третє – кримінальне законодавство прямо сприяє розвитку цивільно-правових засад у майновій сфері. Наприклад, при можливості суб'єктами цивільного права створювати юридичну особу (підприємство), прибуток безпосередньо охороняється КК України, зокрема, ст. 205 КК України «Фіктивне підприємство».

По-четверте – цивільне і кримінальне законодавство своїми методами нерідко регулюють одні й ті ж самі відносини. Зокрема, захист власності, відшкодування шкоди майну, компенсація шкоди життю і здоров'ю – предмет впливу і приватноправових, і публічних-правових норм й мета як цивільного, так кримінального законодавства.

По-п'яте – цивільне законодавство виробляє юридичні конструкції, які використовуються в кримінальних відносинах. Цивільно-правові поняття «угода», «майно», «право власності», «житло», «опіка», «піклування», «малолітня особа», «неповнолітня особа» тощо містить у своїх положеннях кримінальне законодавство. І навпаки, як уявляється, цивільне законодавство використовує поняття і терміни кримінального законодавства: «штраф», «конфіскація».

По-шосте – кримінально-процесуальне законодавство дає можливість при розгляді судами справ у кримінальному провадженні брати до уваги обставини, встановлені іншими судами при вирішенні цивільних позову. І, навпаки, при розгляді цивільних справ оцінювати докази, які йдуть із вступом в силу вироку.

Разом із тим, судова практика показує, що в кримінальних справах при визначенні покарання за злочин нерідко пріоритет віддають публічним інтересам, а не приватним. Скажімо, це не зовсім вірно, бо орієнтиром у формуванні й обґрунтуванні певних форм (моделей) співвідношення приватних і публічних інтересів є рішення Європейського суду з прав людини та ст. 3 Конституції України [230, с. 526], в якій зазначено про пріоритет приватних інтересів над публічними.

З огляду на сказане, можна стверджувати, що на принципах й аспектах взаємодії цивільного і кримінального законодавства будується субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до фінансових, адміністративних, природоохоронних відносин.

Висновки до Розділу 2

Завершуючи цей розділ, можна зробити такі висновки:

1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допускається ст. 9 ЦК України та ст. 8 СК України для врегулювання відповідних

сімейних відносин. Сімейне право допускає практично необмежене застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин. Зокрема, субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства про право приватної власності, договори, правочини, зобов'язання й інші цивілістичні правові інститути до сімейних відносин;

2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допустиме за відсутності в трудовому законодавстві спеціальних положень щодо захисту прав суб'єктів трудових відносин. Норми цивільного законодавства про правоздатність і дієздатність, захист цивільних прав та інтересів, відшкодування майнової та моральної шкоди субсидіарно застосовуються до трудових відносин;

3. Пропонується доповнити ст. 4 КЗпП України частиною 2 і викласти її в наступній редакції: «2. Не допускається застосування при здійсненні трудових відносин інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом»;

4. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства господарських відносин, яке прямо передбачене в ч. 2 ст. 9 ЦК України, використовується в тій частині, яка не визначена особливостями правового регулювання цих відносин ГК України. Окремі положення цивільного законодавства є універсальними для регулювання майнових відносин.

5. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до бюджетних, податкових, митних та кримінальних відносин – це механізм дієвого, оперативного подолання прогалин (окрім кримінальних) та економії нормативного матеріалу в бюджетних, податкових, митних та кримінальних відносинах, які перебувають у сфері правового впливу та потребують нормативно-правового опосередкування саме шляхом застосування правових норм цивільного законодавства до цих відносин. Аналіз субсидіарного застосування до бюджетних, податкових та митних відносин норм цивільного законодавства дозволяє дійти таких висновків: 1) норми цивільного законодавства застосовуються до бюджетних, податкових та митних відносин у частині, що не врегульована нормами бюджетного, податкового та митного законодавства; 2) норми цивільного законодавства, які субсидіарно застосовуються до бюджетних, податкових та митних відносин, тільки за своїм інформаційним

змістом залишаються цивільними; 3) субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до бюджетних, податкових та митних відносин у жодному разі не змінюють галузеву належність зазначених відносин (вони завжди залишаються бюджетними, податковими та митними відповідно й публічними);

6. Частину 2 ст. 1 ЦК України доцільно викласти в наступній редакції: «До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до фінансових, процесуальних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом або не впливає зі змісту відносин».

РОЗДІЛ 3

СУБСИДІАРНЕ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ГАЛУЗЕЙ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

3.1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин

Галузі цивільного процесуального і адміністративного процесуального права є суміжними з деякими інститутами цивільного права. Зокрема, з прийняттям КАС України в адміністративне судочинство введено правовий інститут, нормами якого опосередковуються відносини, що виникають у зв'язку з процесуальною діяльністю однієї особи від імені й інтересах іншої особи. У процесуальній літературі ведеться дискусія щодо визначення правовідношень у представництві [301, с. 72], тобто це правовідношення матеріальне чи процесуальне? Оскільки ЦК України визначає представництво як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ч. 1 ст. 237 ЦК України).

Згідно адміністративного процесуального законодавства сторона, а також третя особа в адміністративній справі можуть брати участь в адміністративному процесі особисто і (або) через представника (ч. 1 ст. 56 КАС України). Представники беруть участь в адміністративному процесі на основі договору або закону (ч. 3 ст. 56 КАС України). Повноваження представників, які беруть участь в адміністративному процесі на основі договору, на здійснення представництва в суді повинні бути підтверджені довіреністю (ч. 1 ст. 58 КАС України).

Цивільне процесуальне законодавство передбачає, що сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники та інші заінтересовані особи у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника.

Виникає потреба вивчення субсидіарного застосування норм про представництво у зв'язку із положеннями ст. 44 ЦПК України і ст. 59 КАС України, де законодавець відсилає до ЦК України у частині припинення представництва за довіреністю [298, с. 64].

В основних положеннях ЦК України, ЦПК України, КАС України норми, якими б встановлювався механізм субсидіарного застосування норм законодавства, не передбачено. Проте в той час ні ст. 8 ЦПК України, ні ст. 9 КАС України не виключає субсидіарне застосування норм законодавства. Як видно з ч. 1 ст. 2 ЦПК України, цивільне судочинство здійснюється лише відповідно до Конституції України, ЦПК України та Закону України «Про міжнародне приватне право». Не міститься вказівки про субсидіарне застосування інших актів до регулювання відповідних відносин в адміністративному процесуальному законодавстві.

Хіба що ч. 2 ст. 1 та ст. 9 ЦК України допускають субсидіарне застосування норм ЦК України до регулювання інших видів відносин. Зокрема, зміст ч. 2 ст. 1 ЦК України означає, що лише в разі наявності чіткої вказівки в законі на застосування до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні, ЦК України у визначеній частині може бути застосований і мати субсидіарний характер.

Оскільки наведені норми не містять вказівок на субсидіарне застосування положень ЦК України до регулювання процесуальних відносин, нормативні підстави для субсидіарного застосування положень ст. 44 ЦПК України і ст. 59 КАС України відсутні. Натомість у ст. 44 ЦПК України і ст. 59 КАС України відсилка до ЦК України свідомо формулюється законодавцем та метою такого прийому є не створення прогалини, а нормативна економія, яка є субсидіарним застосуванням норм цивільного законодавства.

Згідно ч. 3 ст. 44 ЦПК України підстави і порядок припинення представництва за довіреністю визначається ст.ст. 248-250 ЦК України. Відповідно ж до ч. 5 ст. 59 КАС України підстави і порядок припинення представництва за довіреністю, скасування довіреності та відмови представника

від наданих йому повноважень визначаються ст.ст. 248-250 ЦК України. Ці положення ЦК України зазначають про санкціоноване субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин.

Статті 248-250 ЦК України регулюють питання припинення представництва за довіреністю, скасування довіреності та відмови представника від вчинення дій, які були визначені довіреністю. Згідно ст. 248 ЦК України представництво за довіреністю припиняється в разі: 1) закінчення строку довіреності; 2) скасування довіреності особою, яка її видала; 3) відмови представника від вчинення дій, що були визначені довіреністю; 4) припинення юридичної особи, яка видала довіреність; 5) припинення юридичної особи, якій видана довіреність; 6) смерті особи, яка видала довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності. У разі смерті особи, яка видала довіреність, представник зберігає своє повноваження за довіреністю для ведення невідкладних справ або таких дій, невиконання яких може призвести до виникнення збитків; 7) смерті особи, якій видана довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності.

У науці доцільним є зауваження, що в ч. 3 ст. 44 ЦПК України і ч. 5 ст. 59 КАС України передбачено застосування статей 248-250 ЦК України не тільки в частині *підстав* припинення представництва за довіреністю, а й у частині *порядку* припинення такого представництва. Це означає, що усі юридичні наслідки, права та обов'язки учасників відносин представництва, передбачені цими положеннями цивільного законодавства, також застосовуються у разі процесуального представництва [299, с. 65].

На підставі загального аналізу підстав субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про припинення представництва за довіреністю в ЦПК України і КАС України, варто зазначити, що реалізація такого застосування є ускладненою через відсутність нормативних підстав для його здійснення. Тому головним завданням у цьому напрямі має стати налагодження субсидіарного

застосування норм законодавства шляхом внесення відповідних змін. Зокрема, пропонується:

1. доповнити ч. 2 ст. 2 ЦПК України «Законодавство про цивільне судочинство» і викласти її в наступній 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 ч.ч. 3, 4, 5 ст. 2 ЦПК України.

2. доповнити ч. 2 ст. 5 КАС України «Законодавство про адміністративне судочинство» і викласти її в наступній 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.

Застосування способів захисту цивільних прав та інтересів, з'ясування проблем, що виникають під час розгляду цивільних справ є основною вимогою для забезпечення вірного та однакового застосування законодавства.

Законодавець у ч. 1 ст. 16 ЦК України встановив, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, а у ч. 2 цієї статті визначив способи здійснення захисту цивільних справ та інтересів судом: визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

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.

Кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання (ч. 1. ст. 15 ЦК України). Оскільки в ст. 15 ЦК України зміст зазначених підстав для захисту не розкривається – він відображений у відповідних нормах статей ЦК України. Прикладом порушення цивільних прав може проявлятися в поширенні про особу недостовірної інформації (ст. 277 ЦК України), протиправному позбавленні права власності чи її обмеженні (ст. 321 ЦК України), невиконанні чи неналежному виконанні умов зобов'язання (ст. 610 ЦК України), спричиненні фізичній чи юридичній особі майнової чи немайнової (моральної) шкоди (ст.ст. 1166, 1167 ЦК України). Невизнання цивільного права полягає в пасивному запереченні наявності в особи суб'єктивного цивільного права (на майно, на право користування майном, на спадкування). Оспорювання цивільних прав відображає такий стан правовідносин, коли суб'єктивне цивільне право заперечується в суді або іншому юрисдикційному органі (наприклад, особа право якої оспорується може вимагати його визнання шляхом звернення із зустрічним позовом).

Отже, субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин про способи захисту цивільних прав та інтересів (ст. 15-16 ЦК України) є не тільки допустимою, а винятково необхідною мірою захисту, при цьому цивільні права та інтереси мають відповідати загальними засадам цивільного законодавства, визначених ст. 3 ЦК України.

За матеріалами газети «Закон і Бізнес» аналіз практики застосування судами ст. 16 ЦК України свідчить, що ця практика потребує удосконалення, бо є необхідність у поліпшенні законодавчого регулювання, пов'язаного із застосуванням способів захисту цивільних прав та інтересів у цивільному та адміністративному судочинстві. Визначення в ст. 16 ЦК України способів захисту цивільних прав та інтересів має важливе значення в реалізації завдань цивільного судочинства – забезпечення справедливого неупередженого та своєчасного розгляду та вирішення цивільних справ для захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів

юридичних осіб, інтересів держави [11]. Такий концептуальний підхід до застосування судами положень ст. 16 ЦК України знайшов своє втілення в постанові ВСУ від 21 травня 2012 р. [179].

Одним із джерел цивільного процесуального права є норми матеріально права, а це ЦК України, ЖК УРСР тощо. У свою чергу ЦК України є основним джерелом матеріального права, в якому закріплено право на звернення до суду за захистом своїх прав та регулювання цивільних відносин [95, с. 12-13]. У ст. 1 ЦПК України визначається порядок розгляду прав у спорах, що виникають з цивільних та інших матеріальних правовідносин, тобто захист порушених або оспорюваних прав чи охоронюваних законом інтересів.

Субсидіарне застосування норм ст.ст. 303, 304, 306 ЦК України до цивільних процесуальних відносин передбачається ч. 4 ст. 6 ЦПК України. Згідно якої, особисті папери, листи, записи телефонних розмов, телеграми та інші види кореспонденції можуть бути оголошені в судовому засіданні тільки за згодою осіб, визначених ЦК України. Це правило застосовується при дослідженні звуко- і відеозаписів такого самого характеру. Тобто, ознайомлення з особистими паперами, листами, телеграмами та іншими видами кореспонденції, їх використання в цивільному судочинстві допускаються лише за згодою фізичної особи, якій вони належать, при чому листи, телеграми є власністю адресата.

В.І. Тертишніков зазначає, що спеціальні цивільні процесуальні норми підлягають пріоритетному застосуванню відносно норм цивільного законодавства незалежно від місця перебування перших: норма права, в якому б законодавчому акті вона не перебувала, обов'язкова для застосування у відносинах, які вона регулює. Зокрема, автор відзначає, що норма права є процесуальною й тоді, коли вона перебуває в ЦК України чи СК України, чи КЗпП України тощо [250, с. 4].

Хоча деякі норми ЦПК України за своєю суттю не є процесуальними. Якраз встановлені строки для звернення до суду з врахуванням наслідків їх пропуску є не процесуальними, а матеріально-правовими, які мають ту ж природу, що і строки позовної давності передбачені ЦК України.

Позовна давність – це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу. Таке визначення наведено в ст. 256 ЦК України, а не в ЦПК України. ЦК України встановлено загальну тривалість строку позовної давності в 3 роки (ст. 257). Треба мати на увазі, що за домовленістю сторін його не можна зменшувати, він може бути лише збільшеним.

Позовна давність в один рік застосовується до вимог: про стягнення неустойки (штрафу, пені); про спростування недостовірної інформації, поміщеної у засобах масової інформації; про переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності; у зв'язку з недоліками проданого товару; про розірвання договору дарування; у зв'язку з перевезенням вантажу, пошти; про оскарження дій виконавця заповіту (ч. 2 ст. 258 ЦК України).

Цивільне процесуальне законодавство також не містить жодної норми щодо початку перебігу, зупинення та переривання строку, наслідків впливу позовної давності, а також про перебіг позовної давності в разі залишення позовної заяви без розгляду та щодо вимог, на які позовна давність не поширюється. Оскільки ці положення регулюються гл. 19 ЦК України «Позовна давність», можна стверджувати про субсидіарне застосування норм ЦК України про позовну давність до цивільних процесуальних відносин.

Деякі глави розділу 6 ЦПК України «Окреме провадження» санкціоновано або за умовчуванням відсилають нас до ЦК України:

– санкціоноване субсидіарне застосування норм ЦК України до цивільних процесуальних відносин.

1. До відносин щодо розгляду судом справ про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності (гл. 3, у тому числі ст. 242 ЦПК України) субсидіарно застосовується ст. 35 ЦК України «Надання повної цивільної дієздатності».

Згідно з ст. 35 ЦК України повна цивільна дієздатність може бути надана:

1) фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором;

2) неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини; 3) фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. Правовими наслідками надання повної цивільної дієздатності відповідно до цієї ж статті є: 1) повна цивільна дієздатність, надана фізичній особі, поширюється на усі цивільні права та обов'язки; 2) у разі припинення трудового договору, припинення фізичною особою підприємницької діяльності надана їй повна цивільна дієздатність зберігається.

Прикладом може слугувати рішення Великоновосілківського районного суду Донецької області від 1 квітня 2006 р., в якому повністю задоволено заяву ОСОБА_1, яка діяла в інтересах неповнолітньої ОСОБА_2, про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності. Суд при задоволенні заяви субсидіарно застосував ст. 35 ЦК України [208];

– До відносин щодо розгляду судом справ про передачу безхазяйної нерухомої речі в комунальну власність (гл. 8, у тому числі ст. 269 ЦПК України) субсидіарно застосовується ст. 335 ЦК України «Набуття права власності на безхазяйну річ».

Частина 1 цієї статті зазначає, що безхазяйна нерухома річ – це нерухома річ, яка не має власника або власник якої невідомий. При виявленні безхазяйної нерухомої речі орган, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого розміщена така річ, береться на облік. Про взяття безхазяйної нерухомої речі на облік робиться оголошення в друкованих засобах масової інформації. Після спливу одного року з дня взяття на облік безхазяйної нерухомої речі вона за заявою органу, уповноваженого управляти майном відповідної територіальної громади, може бути передана за рішенням суду в комунальну власність (ч. 2 ст. 335 ЦК України).

У рішенні від 28 березня 2016 р. Жашківський районний суд Черкаської області застосував ч. 2 ст. 335 ЦК України за заявою Виконавчого комітету Жашківської міської ради про передачу безхазяйної гідроспороди до комунальної власності міста [217];

2. До відносин щодо розгляду судом справ про визнання спадщини відумерлою (гл. 9, у тому числі ст. 274 ЦПК України) субсидіарно застосовується ст. 1277 ЦК України «Відумерлість спадщини».

Відумерлою є спадщина, в якій відсутні спадкоємці за заповітом і за законом, або вони усунені від права на спадкування, або спадщина неприйнята ними, а також яку відмовились прийняти спадкоємці. Згідно ч. 1 ст. 1277 ЦК України лише в судовому порядку спадщина може бути визнана відумерлою. У разі визнання спадщини судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади (ч. 3 ст. 1277 ЦК України).

Зокрема, рішенням Лозівським міськрайонним судом Харківської області від 9 серпня 2016 р. задоволено заяву територіальної громади Орільської селищної ради Лозівського району Харківської області про визнання спадщини відумерлою, при цьому суд субсидіарно застосував ст. 1277 ЦК України [221].

– субсидіарне застосування норм ЦК України до цивільних процесуальних відносин за умовчуванням.

1. До відносин щодо розгляду судом справ про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи (гл. 2 ЦПК України) субсидіарно застосовуються норми ст.ст. 36-42 ЦК України.

Відповідно до ст. 37 ЦК України правовими наслідками обмеження цивільної дієздатності фізичної особи є: 1) встановлення піклування над фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена; 2) фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини; 3) правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються лише за згодою піклувальника; 4) одержання заробітку, пенсії, стипендії, інших доходів та розпоряджання ними здійснюються піклувальником. При цьому піклувальник може письмово дозволити фізичній особі, цивільна дієздатність якої обмежена, самостійно одержувати заробіток, пенсію, стипендію, інші доходи та розпоряджатися ними; 5) особа, цивільна дієздатність якої обмежена, самостійно несе відповідальність за

порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, що завдана нею іншій особі.

Правовими наслідками визнання фізичної особи недієздатною згідно ст. 41 ЦК України є: 1) встановлення опіки над недієздатною фізичною особою; 2) недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину; 3) правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун; 4) відповідальність за шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, несе її опікун відповідно до ст. 1187 ЦК України.

Для прикладу можна привести рішення Печерського районного суду м. Києва від 20 липня 2016 р., де було розглянуто заяву ОСОБА_1 про визнання фізичної особи ОСОБА_2 недієздатною. Під час вирішення справи суд субсидіарно застосував ст. 39 ЦК України [223];

2. До відносин щодо розгляду судом справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою (гл. 4 ЦПК України) субсидіарно застосовуються норми ст.ст. 33-48 ЦК України. Фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом одного року в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування (ч. 1 ст. 43 ЦК України).

Зазначена норма була субсидіарно застосована в рішенні Кіцманського районного суду Чернівецької області від 12 липня 2016 р. за заявою ОСОБА_1 про визнання ОСОБА_2 безвісно відсутнім [218];

3. До відносин щодо розгляду судом справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення (гл. 6 ЦПК України) субсидіарно застосовуються норми ЦК України, що відповідають цим правовідносинам.

Якраз Селидівським міським судом Донецької області 19 серпня 2016 р. було розглянуто заяву про встановлення факту, що має юридичне значення. Заявниця зверталася до суду із заявою, в якій вказала, що в 2016 р. помер її батько ОСОБА_2, після смерті якого залишилося спадкове майно. Після звернення до нотаріуса для оформлення спадщини було виявлено описку в правовстановлюючому документі, що робить цей документ неможливим для

використання за призначенням. Заявниця просила встановити факт того, що свідоцтво на ім'я ОСОБА_2 дійсно належало ОСОБА_2, померлому в 2016 р., та ОСОБА_3 у рівних долях кожному. Дослідивши інші докази та застосувавши при розгляді цього спору відповідні положення цивільного законодавства, а саме ст. 274 ЦК України (обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених ЦК України, Конституцією України та іншими законами України можливе лише у випадках передбачених ними), ч. 1 ст. 28 ЦК України (фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям), ч. 1 ст. 201 ЦК України (ім'я є особистим немайновим благом яке охороняється цивільним законодавством), ст. 294 ЦК України (фізична особа має право на ім'я, у разі перекручення імені фізичної особи, воно має бути виправлене, якщо перекручення було здійснено в документі, такий документ підлягає заміні) суд прийшов до висновку, що заява обґрунтована й підлягає задоволенню [224].

Інші норми адміністративного процесуального права мають тісний зв'язок з нормами цивільного законодавства. Частиною 2 ст. 11 ЦК України встановлюється, що у випадках, визначених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо з актів органів державної влади та місцевого самоврядування. Цивільним законодавством встановлюється державна реєстрація фізичних осіб (ст. 49 ЦК України) і правові форми участі держави у цивільних відносинах (ст. 167 ЦК України); розмежування відповідальності за зобов'язаннями держави (ст. 176 ЦК України); право на особисту недоторканність (ст. 289 ЦК України); умови викупу пам'ятки історії та культури з ініціативи державного органу (ст. 352 ЦК України); реквізиція з ініціативи державного органу в разі виникнення певних надзвичайних обставин (ст. 353 ЦК України); відшкодування шкоди, завданої органами держави (ст.ст. 1173-1177 ЦК України); державна реєстрація права на спадщину (ст. 1299 ЦК України) тощо. Реалізація цих прав тісно пов'язана з адміністративними провадженнями [58, с. 48].

З формального погляду наведені законодавчі положення про допустимість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в цивільному й

адміністративному судочинстві свідчать про нераціональність дублювання тотожних та аналогічних положень у зазначених галузях матеріального і процесуального законодавства, для вірного вирішення цивільних та адміністративних (за правилами КАС України) спорів.

3.2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин

У сенсі співвідношення матеріального і процесуального права господарський процес пов'язаний з цивільним правом у тій частині, в якій норми ЦК України регулюють відносини у сфері господарювання, тим самим суди субсидіарно застосовують норми цивільного законодавства в господарських процесуальних відносинах.

Беручи до уваги ч. 6 ст. 4 ГПК України, де господарським судам забороняється відмова в розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, скажімо, що субсидіарне застосування норм законодавства в господарському процесі є необхідним способом подолання прогалин і ефективним правовим засобом економії нормативного матеріалу. До того ж, ч. 2 ст. ЦК України робить відсидку «... якщо інше не встановлено законом». У цьому випадку субсидіарне застосування норм є доцільним, адже господарське процесуальне законодавство в деяких випадках повністю не регулює власні відносини, які врегульовані цивільним законодавством.

Субсидіарне застосування норми цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин не передбачає наділення зовсім новою сферою дії. Йдеться про застосування норм відповідно до загального відсилання, у тому числі до іншої галузі права, також йдеться про так зване мовчазне відсилання – без чіткої вказівки законодавця [205].

Господарське процесуальне право – це одна з провідних і найбільш практичних галузей права, яка складається з сукупності правових норм, які регулюють організацію та діяльність господарських судів, учасників

господарських процесуальних відносин, пов'язану з розглядом, вирішенням і переглядом господарських спорів, віднесених до компетенції господарського суду, і виконанням судових актів.

Предметом регулювання цієї галузі права є господарські процесуальні відносини, які виникають при здійсненні правосуддя. Господарські процесуальні відносини охоплюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з розглядом та вирішенням спорів у господарських судах.

На думку О.І. Харитонової, господарські процесуальні відносини є особливою самотійною формою суспільних відносин, яка здійснюється для реалізації матеріально-правового відношення [48]. Одним з яких є норми цивільного законодавства.

Для розмежування цих правових відносин в юриспруденції, свого часу, Імре Сабо була запропонована цікава позиція, з якою можна, з деякими застереженнями, погодитися – «кожне з них виражає й охороняє різні цінності: матеріальне право – справедливість, процесуальне – правову безпеку» [229, с. 56-57].

Акцентуючи увагу на способах захисту та вирішення господарських спорів, потрібно спершу виділити можливість досудового врегулювання господарського спору. У господарській процесуальній літературі досудове врегулювання господарського спору відносять до стадій господарського процесу, незважаючи на те, що предметом господарського процесу є діяльність господарського суду й учасників процесу, пов'язаних з розглядом справи по суті [247, с. 58]. Як вбачається, досудове врегулювання господарського спору відбувається без участі суду й є необов'язковою для сторін. Досудове врегулювання господарського спору полягає в заявленні претензій. Особливо потрібно звернути увагу на те, що заявлення претензій має місце в деяких положеннях цивільного законодавства. Зокрема, вивчаючи питання заявлення та розгляду претензій органами транспорту, варто звернутися до ГК України (ст.ст. 188, 315), при цьому субсидіарно застосувати ч. 1 ст. 925 ЦК України, яка вбачає, що до подання

перевізнику позову, що випливає із договору перевезення вантажу, пошти можливим є заявлення йому претензій.

Тут доречно згадати, що судова практика одразу виявляє недоліки, прогалини в законодавстві, що не скажеш про теорію юридичної науки. Якраз у ч. 1 ст. 15 ЦК України законодавець зазначив про право кожної особи на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання, а в ч. 1 ст. 16 – на звернення до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. У науковій літературі мало що сказано про застосування ст.ст. 15, 16 ЦК України у господарському процесі. Проте в судовій практиці зовсім інакше. Для прикладу наведемо рішення Господарського суду Рівненської області від 5 жовтня 2016 р. за позовом фізичної особи-підприємця ОСОБА_1 до Виконавчого комітету Кузнецовської міської ради Рівненської області. В обґрунтування вимог позивач послався на те, що за результатами конкурсу з визначення автомобільного перевізника він був визнаний переможцем на міських автобусних маршрутах загального користування та згідно якого також вирішено укласти договір на перевезення пасажирів на міських маршрутах на один рік. Виконавчий комітет Кузнецовської міської ради Рівненської області надав позивачу для підписання «Договір про перевезення пасажирів автомобільним транспортом по міських маршрутах міста Кузнецовська». Цей договір було підписано позивачем із протоколом розбіжностей, в яких викладено власну редакцію деяких пунктів і доповнено новими пунктами, який було отримано відповідачем. Відповідач у межах встановленого ст. 181 ГК України двадцятиденного строку не звернувся до суду для врегулювання розбіжностей, а відтак позивач вважав, що його пропозиції, викладені у протоколі розбіжностей, вважаються прийнятими, а договір в силу вимог ч. 7 ст. 181 ГК України укладений в його редакції. Під час розгляду матеріалів справи відповідач посилався на те, що звернення до суду з позовом про затвердження договору, як способу захисту порушеного права, не передбачено ЦК України, ГК України та іншими законами України. Хоча суд субсидіарно застосував ст.ст. 15, 16 ЦК України та задовільнив позов повністю [214].

Оскільки договірні або відносини, які виникають у результаті нанесення майнової та моральної шкоди можуть захищатися в господарському суді, і, до того ж, положення про позовну давність є процесуальними, механізм субсидіарного застосування норм ЦК України про позовну давність (гл. 19 ЦК України) є раціональним у господарському процесі. Загальна тривалість терміну позовної давності – 3 роки (ст. 257 ЦК України). Цей строк у жодному разі не може зменшуватися за домовленістю суб'єктів господарювання. Натомість вони його можуть збільшити. Зокрема, сторони договору поставки мають право зазначити, що до правовідносин між ними термін позовної давності становить 5 років. Таку умову вони можуть передбачити відразу, укладаючи договір, або в додатковій угоді до нього.

Суд у господарському процесі застосовує позовну давність лише тоді, коли до винесення ним рішення відповідач подасть заяву про застосування строків позовної давності (ч. 3 ст. 267 ЦК України). Таким прикладом, де суд застосував строки позовної давності за заявою відповідачів, є рішенням Господарського суду Харківської області від 4 січня 2016 р., де відмовлено в задоволенні позову прокурора Держинського району м. Харкова до Харківської міської ради й обслуговуючого кооперативу «Житлово-будівельний кооператив «Сонячне містечко» про визнання незаконним і скасування рішення. Прокурор свої вимоги мотивував тим, що в ході вивчення правомірності передачі в приватну власність земельних ділянок, розташованих на території м. Харкова, прокуратурою встановлено, що спірне рішення прийнято всупереч вимогам ст. 41 ЗК України, ст.ст. 133, 135, 137 ЖК УРСР, що стало підставою для звернення прокурора до суду з цим позовом. Оскільки відповідачі подали заяву про застосування строків позовної давності суд, субсидіарно застосовуючи приписи ст.ст. 253, 257, 261, 267 ЦК України в господарських відносинах, дійшов висновку, що строк позовної давності оскарження рішення Харківської міської ради сплив, а тому прокурор звернувся до суду поза межами строку позовної давності, про застосування наслідків якої було подано відповідачем [215].

Цивільне законодавство виробляє юридичні конструкції, які використовуються в господарських процесуальних відносинах. Такі цивілістичні поняття як «майно», «юридична особа», «представництво», «довіреність», «боржник», «кредитор» тощо законодавець передбачив у ГПК України. Відтак господарське процесуальне законодавство містить поняття «майно», а саме в п. 3 ч. 1 ст. 43-2 ГПК України (накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, і перебуває в неї або в інших осіб є одним із запобіжних заходів) або ч. 1 ст. 67 ГПК України (позов забезпечується накладанням арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачу). При цьому, необхідно пам'ятати, що ст. 190 ЦК України дає визначення поняттю «майно».

Одним із найбільш дієвих засобів, що гарантує суб'єктам господарювання повноцінну реалізацію їх прав та інтересів є господарське процесуальне представництво. Адже сприяє швидкому і результативному вирішенню господарського спору. У теорії господарського процесуального права, під господарським процесуальним представництвом розуміють сукупність правових норм, які регулюють однорідні суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі вчиненням на підставі закону, договору, для ефективної реалізації і здійснення захисту господарських прав та законних інтересів учасників господарського процесу [228, с. 322].

Стосовно учасників господарського процесу (фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб), то вони можуть вести свої справи в суді через представників, у межах повноважень, наданих їм законодавством та установчими документами, відповідно до ч. 1 ст. 28 ГПК України.

Ми розуміємо, що сукупність матеріальних (цивільних) і процесуальних (господарських процесуальних) норм законодавства створюють базу для правового регулювання господарського процесуального представництва. Якраз нормами матеріального і процесуального законодавства перевіряється наявність повноважень у представника. Як уявляється, тісний зв'язок між господарським

процесуальним представництвом і складом суду утворює єдиний регулятор правовідносин, де одним з учасників є процесуальний представник.

Цивільне законодавство дає визначення поняттю «представництво», під яким законодавець розглядає його, як правовідношення, згідно з яким представник зобов'язаний або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ч. 1 ст. 237 ЦК України).

Як показує судова практика саме положення про добровільне представництво, по-іншому зване договірним представництвом (ст. 244 ЦК України), субсидіарно застосовується в господарських процесуальних відносинах. Від законного представництва воно відрізняється тим, що виникає на добровільній основі довірителя, а не в силу закону. Добровільне представництво виникає за допомогою укладення цивільно-правового договору (доручення або надання послуг). Законне і добровільне представництво відрізняється також за особами, які представляють довірителя. Якщо в законному представництві представниками можуть бути тільки встановлені законом особи (батьки, усиновлювачі, опікуни, піклувальники й інші особи, яким відповідно до ст. 242 ЦК України надано це право), то в добровільному представництві представником може бути будь-яка дієздатна особа, вибрана довірителем.

Представництво є системою, яка включає правовідносини [47, с. 6]:

– між тим, кого представляють, і представником (регулюються договором доручення). Договір доручення є особисто-довірливою угодою, що веде своє походження від римського цивільно-правового договору – *mandatum*, згідно яким «... одна особа (*procurator*, повірений) зобов'язується виконати безоплатно будь-яку справу за дорученням іншої особи (*mandans*, *mandator*, препоручитель, довіритель) [22, с. 472].

Правове регулювання такого договору здійснюється гл. 68 ЦК України. Якраз ст. 1000 ЦК України визначає доручення як договір, відповідно до якого повірений зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Як відомо, у цивільному законодавстві договір

доручення відноситься до категорії договорів з надання послуг. Послуги в договорі доручення породжують відповідне благо, що має вартісну природу.

Зобов'язання, що виникає через укладення договору доручення, можна характеризувати як різновид зобов'язання з надання послуг, в якому «один контрагент доручає іншому контрагенту ведення певної справи, не пов'язаної зі створенням матеріального результату, а спрямованої на досягнення різних інших ефектів» [73].

У договорі доручення громадяни та юридичні особи доручають іншим особам здійснення певних юридичних дій. Зокрема, ведення справ у всіх судових установах із усіма правами, у тому числі господарському процесі, при відповідному застереженні з правом повного чи часткового відмовлення від позовних вимог, визнання позову, зміни предмета позову, укладання мирової угоди, оскарження рішення суду, пред'явлення виконавчого листа до стягнення, одержання присудженого майна чи грошей;

— між представником і третьою особою (повноваження для представництва надаються довіреністю). Частини 3, 5, 6 ст. 28 ГПК України надають право громадянам та юридичним особам мати представника, повноваження якого підтверджуються довіреністю. Довіреність у будь-якому процесі є цивільно-правовим правочином. Вона повинна відповідати усім вимогам, які ставить цивільне законодавство до правочинів [39, с. 107], а також вимогам ст.ст. 244-250 ЦК України щодо форми, строку довіреності, довіреності юридичної особи, припинення представництва за довіреністю, її скасуванні, а також відмови представника від вчиненні дій, визначених у довіреності.

У договорі доручення або в довіреності повинні бути чітко визначені юридичні дії, які належить вчинити повіреному в господарських процесуальних відносинах. Проте не всі юридичні дії можуть бути предметом договору доручення чи довіреності. Адже відповідно до ст. 1003 ЦК України дії, які належить виконати повіреному, повинні бути правомірними, конкретними та здійсненими.

До довіреності в господарському процесуальному представництві висувається ряд вимог, встановлених цивільним законодавством, недотримання яких може потягнути за собою недійсність довіреності.

1. Цивільним законодавством встановлено імперативне правило щодо письмової форми довіреності в ч. 3 ст. 244 ЦК України. Аналогічний підхід відображений у ст. 28 ГПК України;

2. Стосовно довіреності як правочину. У цьому випадку пред'являються всі вимоги цивільного законодавства щодо учасників правочину. Якраз особа, яка надає довіреність, повинна бути суб'єктом господарського права, тобто суб'єктом господарювання, що володіє правоздатністю і дієздатністю. Про необхідність повіреного володіти достатнім обсягом правоздатності і дієздатності зазначається в п. 6 ч. 1 ст. 248 та п. 2 ч. 1 ст. 1008 ЦК України, де відсутність цих умов розглядається однією з підстав для припинення повноважень представника й самого договору доручення. Фізична особа-підприємець, визнана судом обмежено дієздатною або недієздатною, не може видавати довіреності.

Торкаючись питання, припинення господарського процесуального представництва, доречно згадати положення ч. 3 ст. 44 ЦПК України та ч. 5 ст. 59 КАС України, які прямо зазначали про субсидіарне застосування норм цивільного законодавства в частині припинення представництва. На відміну від цивільного процесуального й адміністративного процесуального законодавства, господарське процесуальне прямо не відсилає до ст.ст. 248-250 ЦК України. Хоча це ускладнює способи захисту суб'єктами господарювання прав та законних інтересів. Зазначенні норми в будь-якому разі застосовуються в господарському процесуальному представництві – за умовчужанням, бо більшість господарських спорів розглядається за участю представників за довіреністю.

Ще одним прикладом субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в господарському процесуальному праві можна назвати відносини процесуального правонаступництва, викладені в ст. 25 ГПК України. Зокрема, у разі вибуття однієї з сторін у спірному або встановленому рішенні господарського суду правовідношенні внаслідок реорганізації підприємства чи

організації, господарський суд здійснює заміну цієї сторони її правонаступником, вказуючи про це в рішенні або ухвалі. Тобто ГПК України передбачає правонаступництво лише в разі реорганізації. Щодо уступки права вимоги після порушення провадження у справі в господарському процесі не передбачається. Сам порядок переведення боргу регулюється ЦК України. Тому для врегулювання відносин щодо процесуального правонаступництва, у разі переведення боргу, може бути субсидіарно застосована ст. 512 ЦК України.

3.3. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до кримінально-процесуальних відносин

Характерною рисою цивільного законодавства є те, що воно регулює особисті немайнові та майнові відносини, припускаючи рівність сторін цих відносин і дозволяючи їм самим визначити свої права та обов'язки в межах, встановлених законом, що не можна сказати про кримінально-процесуальне.

Варто згадати, що кримінально-процесуальний закон вибрав проміжну позицію в регулюванні питання способів подолання прогалин. Якраз аналогія неприпустима в кримінальному законодавстві України. У КПК України немає положень, які прямо забороняють або дозволяють використання аналогій і субсидіарного застосування норм цивільного законодавства. Проте, якщо навіть брати до уваги, що в КПК України недопустимі способи подолання прогалин (аналогія закону й аналогія права), субсидіарне застосування норм законодавства як правовий засіб економії нормативного матеріалу є допустимим.

Пункти 1, 11, 12 ч. 1 ст. 3 КПК України регулюють положення щодо малолітніх, неповнолітніх, обмежено дієздатних та недієздатних. Хоча їх права, цивільна відповідальність при здійсненні кримінальних правопорушень, місце проживання тощо визначаються гл. 3 ЦК України «Загальні положення про фізичну особу». Разом із тим, цивільне законодавство регулює положення вищезазначених осіб стосовно відшкодування шкоди: завданої малолітньою особою (ст. 1178 ЦК України); завданої неповнолітньою особою (ст. 1179 ЦК України); завданої неповнолітньою особою після набуття нею повної

цивільної дієздатності (ст. 1180 ЦК України); завданої кількома малолітніми особами (ст. 1181 ЦК України); завданої кількома неповнолітніми особами (ст. 1182 ЦК України); батьками, позбавленими батьківських прав (ст. 1183 ЦК України); завданої недієздатною фізичною особою (ст. 1184 ЦК України); завданої фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена (ст. 1185 ЦК України); завданої фізичною особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст. 1187 ЦК України); завданої каліцтвом або іншими ушкодженнями здоров'я малолітньої або неповнолітньої особи (ст. 1199 ЦК України). Беручи до уваги неповнолітніх, то злочини, вчинені ними, розглядаються в порядку кримінального провадження, визначеному гл. 38 КПК України.

Кримінально-процесуальне право створює також форми для вирішення при кримінальному провадженні питання про відшкодування матеріальної шкоди за допомогою цивільного позову, заподіяної злочином, якраз для реалізації норм цивільного законодавства. Спільний розгляд кримінальної справи та цивільного позову має ряд переваг, бо встановлення виду та розміру шкоди заподіяної злочином, необхідно для вирішення кримінально-правових питань про: кваліфікацію дій обвинуваченого, вид і розмір покарання, наявність чи відсутність складу злочини. У цих випадках встановлення і відшкодування шкоди стає невід'ємною частиною кримінального процесу [268, с. 30].

Більш того, добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди до винесення рішення по суті справи відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 66 КК України є обставиною, яка пом'якшує покарання, а у випадках, передбачених ст. 46 КК України, може стати підставою для припинення кримінальної справи за примиренням винного з потерпілим [74] у порядку, передбаченому гл. 35 КПК України, за наявності деяких умов, якими є: вчинення злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості вперше, відшкодування заподіяної шкоди і примирення обвинуваченого (підсудного) з потерпілим [89, с. 73].

Згідно ч. 1 ст. 61 КПК України цивільним позивачем є фізична та юридична особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано моральної (за винятком юридичної особи) та (або) майнової шкоди, та яка в порядку, встановленому КПК України, подала цивільний позов.

Згідно ст. 22 ЦК України, особа (у цьому випадку – цивільний позивач), якій завдано збитків у результаті порушення її прав, свобод та інтересів, має право на їх відшкодування. Збитками цивільне законодавство визнає втрати, яких особа (цивільний позивач) зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Згідно роз'яснення, що міститься в п. 29 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику у справах про злочини проти власності» №10 від 6 жовтня 2009 р., суди мають звернути увагу на необхідність точного і неухильного виконання вимог закону щодо відшкодування потерпілим матеріальних збитків, заподіяних злочинами проти власності. Цивільний позов може бути подано до органу досудового розслідування або суду, але до початку судового розгляду [202].

Стаття 23 ЦК України регламентує відшкодування моральної шкоди. Відповідно до цього положення, особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав, свобод та законних інтересів. Розмір грошового відшкодування моральної шкоди в кримінальному провадженні визначається судом залежно від характеру кримінального правопорушення, глибини фізичних і душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності та справедливості, які є основними засадами цивільного законодавства.

Цивільний позов на захист інтересів неповнолітніх осіб, визнаних недієздатними або обмежено дієздатними в порядку, встановленому цивільним

процесуальним законодавством, осіб, які з інших причин не можуть самі захищати свої права та законні інтереси, може бути подано їх законними представниками або прокурором (ч.ч. 2, 3 ст. 128 КПК України), а на захист інтересів держави – прокурором (ч. 3 ст. 128 КПК України).

Викладені положення закону не є вичерпними, у зв'язку з чим, при визначенні у конкретних кримінальних справах осіб, які є цивільними позивачами, необхідно враховувати класифікацію злочинів та інші обставини, передбачені чинним законодавством. Якраз при розкраданні, пошкодженні або знищенні майна, інших матеріальних цінностей, що перебуває у володінні особи, яка не є їх власником (наймача, зберігача, орендаря), цивільний позов може бути подано власником або законним власником цього майна, інших матеріальних цінностей за умови, що ця особа, відповідно до норм цивільного законодавства, має право вимагати відшкодування заподіяної йому шкоди.

Коли шкода заподіяна майну, закріпленому за державним або комунальним підприємством, установою, у володіння, користування та розпорядження (ч. 3 ст. 326 і ч. 2 ст. 327 ЦК України), то таке підприємство чи установа визнається потерпілим.

Якщо власником викраденого, знищеного або пошкодженого майна є неповнолітня особа у віці від 14 до 18 років або неповнолітня особа, яка вступила в шлюб, або оголошена повністю дієздатною, такі особи можуть бути визнані цивільними позивачами, бо в силу ст.ст. 15, 16 ЦК України та ч.ч. 2, 3 ст. 29 ЦПК України вони мають право особисто захищати в суді свої права, свободи та законні інтереси.

У силу ч. 6 ст. 55 КПК України в кримінальних справах про злочини, наслідком яких стала смерть особи, права потерпілого, передбачені цією статтею, переходять до одного з його близьких родичів і членів сім'ї, визначення яких міститься в п. 1 ст. 3 КПК України. Таким чином, ці особи в кримінальних справах зазначеної категорії одночасно є і цивільними позивачами. При цьому кримінально-процесуальний закон не містить положень, що перешкоджають

визнанню в якості потерпілих і цивільних позивачів одночасно декількох близьких родичів загиблої особи.

У силу ч. 3 ст. 128 ЦПК України з позовом на захист інтересів держави та громадян, які не можуть, за встановленими законом причинами, самі захищати свої права, може звернутися прокурор.

Відповідно до ч. 1 ст. 62 КПК України цивільним відповідачем у кримінальних справах може бути фізична або юридична особа, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану злочинними діями (бездіяльністю) підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, й до якої подано цивільний позов у порядку, встановленому КПК України.

Однак це буває не завжди:

а) у тих випадках, коли виникає питання про відшкодування потерпілому шкоди, заподіяної неповнолітнім віком від 14 до 18 років, у разі, коли в нього відсутнє майно, що достатньо для відшкодування завданої ним шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкода була завдана не з їхньої вини (п. 2 ст. 1179 ЦК України). При цьому вони залучаються до участі у справі в якості співвідповідачів;

б) у справах про злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту (розділ 11 КК України), повинні залучатися власники транспортних засобів, на яких згідно ст. 1187 ЦК України покладається обов'язок з відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки;

в) у силу ст.ст. 1173, 1174 ЦК України шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу або посадової чи службової особи органу державної влади або органом місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, відшкодовується державою або органом місцевого самоврядування незалежно від вини цих органів.

Вимога про відшкодування майнової шкоди, заявлена в ході провадження в кримінальній справі, не ставиться законодавцем у залежність від обсягу

звинувачень і кваліфікації вчиненого злочину. Тому, якщо в результаті вчиненого злочину майну фізичної особи чи юридичної особи завдано якоїсь шкоди й ці обставини підтвердилися в ході судового розгляду, суд вправі задовольнити позовні вимоги, навіть, якщо знищення або пошкодження майна не було кваліфіковано як самостійний злочин або не було визнано в якості кваліфікуючої ознаки (наприклад, пошкодження автомобіля при викраденні).

У межах цивільного позову можуть бути заявлені та задоволені лише вимоги про відшкодування реально завданої шкоди (вартість викраденого майна, витрати на відновлення здоров'я, приведення майна в належний стан) і компенсацію моральної шкоди. Не можуть бути задоволені вимоги цивільного позивача про сплату неустойки, упущеної вигоди тощо.

При поданні цивільного позову в ході розслідування кримінальної справи, суд, вивчаючи матеріали справи, мусить переконатися в наявності позовних заяв про визнання потерпілих цивільними позивачами, а обвинувачених – цивільними відповідачами. При відсутності таких, суду необхідно вирішити питання про визнання потерпілого позивачем, а обвинуваченого – відповідачем, з роз'ясненням їм прав, передбачених ст.ст. 42, 55 КПК України.

Органи досудового розслідування, у разі встановлення умов, передбачених гл. 17 КПК України «Арешт майна», повинні звернутися до слідчого судді з клопотанням для винесення ухвали про накладення арешту на майно особи, а тому зобов'язані вжити заходів щодо забезпечення цивільного позову.

Арешт може бути накладено на деякі об'єкти цивільних правовідносин, а саме на нерухоме і рухоме майно, майнові права інтелектуальної власності, гроші (у готівковій або в безготівковій формі), цінні папери, корпоративні права, які перебувають у власності підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які, у силу закону, несуть цивільну відповідальність за заподіяну шкоду.

Відповідно до ч. 1 ст. 129 КПК України, ухвалюючи вирок, суд мусить вирішити питання чи підлягає задоволенню цивільний позов, на чию користь та в якому розмірі. При цьому кримінально-процесуальне законодавство передбачає

такі види рішень за цивільним позовом, які слідчий, прокурор, суд має право прийняти:

- задовольнити позов повністю або в частині (при винесенні обвинувального вироку);
- відмовити в задоволенні позову (при винесенні виправдувального вироку (ч. 1 ст. 373 КПК України) або закритті кримінального провадження прокурором (ч. 1 ст. 284 КПК України), або закритті кримінального провадження судом у підготовчому судовому засіданні (п.п. 4-8 ч. 1 ст. 284, п. 1 ч. 3 ст. 314 КПК України), або закритті кримінального провадження судом під час судового розгляду (п.п. 5-8 ч. 1 ст. 284, ст. 288, 475 КПК України);
- залишити цивільний позов без розгляду (ч. 1 ст. 326 КПК України);
- визнати за цивільним позивачем право на задоволення позову і передати питання про розмір його відшкодування для розгляду в порядку цивільного судочинства, при закритті кримінального провадження з наведених підстав (ст. 129 КПК України);
- припинити провадження в цивільному позову у зв'язку з відмовою від нього цивільного позивача (ч. 3 ст. 61 КПК України). При цьому наслідки відмови від цивільного позову повинні бути роз'яснені цивільному позивачеві. Досить цікавим є вирок Московського районного суду м. Харкова від 15 липня 2016 р. Судом було розглянуто кримінальне провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 146 КК України. Потерпіла в ході досудового слідства подала цивільний позов, в якому просила стягнути з обвинуваченого моральну шкоду в розмірі 100 000 грн. У судовому засіданні потерпіла відмовилась від цього позову, а тому суд заклав провадження за вказаним позовом [34].

У той самий час необхідно розрізняти випадки, коли підозрюваний, обвинувачений заперечує характер і розмір майнової шкоди, заподіяної злочином (наприклад, оскарження вартості викраденого майна впливає на кваліфікацію діяння вчиненого з заподіянням значної шкоди фізичній особі або без такого); коли підозрюваний, обвинувачений не згоден з предметом або підставою

позовних вимог (наприклад, вимагати відшкодування упущеної вигоди або відсотків за користування чужими грошовими коштами). Якщо в першому випадку розгляд кримінальної справи в особливому порядку неможливий, то в другому – можливий.

При задоволенні цивільного позову, поданого до кількох підозрюваних, обвинувачених, у вирoku варто вказати, які конкретно суми підлягають стягненню з них солідарно, які – у частці відповідно до ступеня їх вини.

При цьому варто враховувати, що в силу положення ч. 1 ст. 1190 ЦК України солідарна відповідальність може бути покладена лише на осіб, які заподіяли шкоду спільними діями або бездіяльністю перед потерпілим, тобто є співвиконавцями злочину.

Неповнолітні, які спільно заподіяли шкоду, також відповідають перед потерпілим солідарно. Часткова відповідальність може бути встановлена судом за заявою потерпілого, у його інтересах. У разі заподіяння шкоди спільними діями кількох неповнолітніх, що походять від різних батьків (усиновлювачів) та (або) які перебувають під піклуванням різних осіб, винні відшкодовують збитки за принципом солідарної відповідальності, а їх батьки (усиновлювачі) та піклувальники відповідають за принципами часткової відповідальності.

Солідарна майнова відповідальність не покладається на осіб, які засуджені, хоча по одній справі, але за самостійні злочини, не пов'язані спільним наміром.

Якщо майнова шкода заподіяна підозрюваним, обвинуваченим спільно з іншою особою, щодо якої кримінальну справу було виділено в окреме провадження, суд покладає обов'язок по відшкодуванню збитку в повному розмірі на підозрюваного, обвинуваченого. А вирішуючи питання про задоволення позову, судам необхідно враховувати розмір часткового відшкодування шкоди.

Крім вимог про відшкодування майнової шкоди, особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду, вправі також подати цивільний позов про компенсацію моральної шкоди, яка відповідно до закону здійснюється в грошовій формі, незалежно від того чи підлягає відшкодуванню майнова шкода.

При вирішенні подібного роду позовів варто керуватися ст.ст. 23, 1167, 1168 ЦК України, постановою Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [199] №4 від 31 березня 1995 р. У разі заподіяння моральної шкоди злочинними діями кількох осіб, вона підлягає відшкодуванню, за правилами часткової відповідальності.

Шкода, заподіяна в результаті злочинних дій юридичній особі, що порушує право на недоторканість її ділової репутації, підлягає компенсації за правилами відшкодування шкоди (гл.гл. 3, 82 ЦК України), заподіяної діловій репутації фізичної особи.

Відповідно до ч. 7 ст. 128 КПК України цивільний позов, що впливає з кримінального провадження, якщо він не був поданий або який був залишений без розгляду, може податися для розгляду в порядку цивільного судочинства за правилами підсудності, встановленими ЦПК України.

Цивільні позови в кримінальних провадженнях, залишені без розгляду, а також цивільні позови після скасування вироку в частині цивільного позову розглядаються за правилами підсудності цивільного позову, передбаченими гл. 1 розділу 3 ЦПК України. Наприклад, кримінальну справу про умисне вбивство (ст. 115 КК України) було розглянуто в суді першої інстанції. Вирок у справі містив рішення про стягнення з засудженого грошової компенсації моральної шкоди, але в частині цивільного позову цей вирок в апеляційному порядку було скасовано з призначенням нового розгляду в суді першої інстанції (ст. 415 КПК України) в порядку цивільного судочинства. Цивільний позов за частково скасованим вирокom підлягає розгляду районним, районним у містах, міським чи міськрайонним судом.

У випадках прийняття судом рішення про передачу питання про цивільний позов на розгляд у порядку цивільного судочинства або скасування вироку в частині цивільного позову апеляційним судом з направленням справи на новий розгляд, виділення відповідних матеріалів з кримінальної справи повинно проводитися при зверненні вироку до виконання відповідно до ст.ст. 395, 532

КПК України, тобто протягом тридцяти днів з дня проголошення судового рішення судом першої інстанції.

Обов'язок щодо формування матеріалів цивільної справи шляхом виділення необхідних документів з кримінальної справи або зняття їх копій і прийняття рішення, оформленого у вигляді окремої постанови про підсудність цієї цивільної справи, лежить на суді, який розглянув кримінальну справу по суті.

Стаття 537 КПК України «Питання, які вирішуються судом під час виконання вироків» не включає положення, що при виконанні рішення за цивільним позовом, що міститься у вирoku, можуть бути розглянуті питання, що стосуються цього рішення. Однак питання пов'язані з виконанням вирoku, у частині цивільного позову, підлягають розгляду в порядку ст. 539 КПК України, в якій сказано наступне: «Потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та інші особи мають право звертатися до суду з клопотаннями про вирішення питань, які безпосередньо стосуються їх прав, обов'язків чи законних інтересів». До означених питань можна віднести питання про відстрочку виконання вирoku в частині цивільного позову.

У порядку цивільного судочинства позов подається за правилами ЦПК України після винесення вирoku в кримінальному провадженні. У цьому випадку позивач має право вимагати відшкодування судових витрат на адвоката, компенсації моральної шкоди, витрат на лікування, у тому числі санаторно-курортне, або відновлення становища, яке існувало до порушення права.

Варто враховувати, що розмір шкоди, встановлений у кримінальному провадженні, не буде обов'язковий для суду, бо завданням цивільного судочинства якраз є визначення розміру шкоди.

Насамкінець хотілося б відзначити, що для захисту прав потерпілих судовим органам варто більш серйозно ставитися до розгляду цивільних позовів у кримінальному провадженні та ретельно досліджувати обставини, пов'язані із заявленими позовними вимогами. Суд мусить прийняти всі вичерпні заходи для належного розгляду кожної кримінальної справи, в якій подано цивільний позов.

Яскравим прикладом субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до кримінально-процесуальних відносин є вирок Врадіївського районного суду Миколаївської області від 22 листопада 2016 р., який розглянув кримінальне провадження по обвинувальному акту щодо Б.О.В. у скоєнні кримінального правопорушення передбаченого ч. 1 ст. 286 КК України «Порушення правил безпеки дорожнього руху». Б.О.В. було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК України, і призначено покарання у вигляді обмеження волі на строк два роки з позбавленням права керування транспортними засобами на один рік. У цій кримінальній справі було подано цивільний позов про відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Зокрема, судом були застосовані норми цивільного законодавства про відшкодування майнової та моральної шкоди: ст. 1177 ЦК України щодо відшкодування (компенсації) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення; ст. 1187 ЦК України щодо відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки; ст. 1192 ЦК України щодо способів відшкодування шкоди, завданої майну потерпілого; ст. 999 ЦК України щодо обов'язкового страхування; ст. 1194 ЦК України щодо відшкодування шкоди особою, яка застрахувала свою цивільну відповідальність; ст. 23 ЦК України щодо загальних положень про відшкодування моральної шкоди; ст. 1167 ЦК України щодо підстав відповідальності за моральну шкоду. Тому суд, субсидіарно застосовуючи положення цивільного законодавства, задовольнив цивільний позов П.М.М. (потерпілого) у сумі 28 214 грн. 09. коп. майнової шкоди та 3500 грн. моральної шкоди [33].

На підставі зазначеного, можна твердити про необхідність і доцільність субсидіарного застосування норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди за цивільним позовом у кримінально-процесуальних відносинах.

Висновки до Розділу 3

Завершуючи цей розділ, можна зробити такі висновки:

1. Положення ч. 3 ст. 44 ЦПК України «Повноваження представника в суді» та ч. 5 ст. 59 КАС України «Повноваження представника в суді» за допомогою субсидіарного застосування норм законодавства відсилають нас до положень ЦК України в частині припинення представництва. Відправляють нас до ЦК України гл.гл. 2-9 (крім гл. 5 та 7) розділу 6 ЦПК України «Окреме провадження»;

2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин про способи захисту цивільних прав та інтересів (ст. 16 ЦК України), позовну давність (гл. 19 ЦК України) є винятково необхідною мірою;

3. Пропонується доповнити частину 2 ст. 2 ЦПК України і викласти її в наступній 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 і викласти її в наступній 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);

4. Господарський процес, пов'язаний з цивільним законодавством у тій частині, в якій норми ЦК України регулюють відносини у сфері господарювання. У такий спосіб суди субсидіарно застосовують норми цивільного законодавства до господарських процесуальних відносинах. Положення цивільного законодавства про позовну давність, представництво підлягають субсидіарному застосуванню в господарському процесі, бо сприяють швидкому та результативному вирішенню господарських спорів;

5. Кримінально-процесуальне право створює форми для вирішення при кримінальному провадженні питання про відшкодування матеріальної та моральної шкоди заподіяної злочином, за допомогою цивільного позову, якраз для реалізації норм цивільного законодавства.

ВИСНОВКИ

Дослідження субсидіарного застосування норм цивільного законодавства в Україні, його юридичної природи, місця та ролі, умов застосування, особливостей дії серед інших елементів механізму правового регулювання цивільних відносин дозволяє зробити наступні висновки:

1. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства є як способом подолання прогалин, так і правовим засобом економії нормативного матеріалу. Зазначений спосіб подолання прогалин належить до додаткових процедур, оскільки повного подолання прогалин не відбувається.

2. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допускається ст. 9 ЦК України та ст. 8 СК України для врегулювання відповідних сімейних відносин. Сімейне право допускає практично необмежене застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин. Зокрема, субсидіарно застосовуються норми цивільного законодавства про право приватної власності, договори, правочини, зобов'язання й інші цивілістичні правові інститути до сімейних відносин.

3. Субсидіарне застосування положень ст.ст. 15, 16, 317, 319, 325-327, глави 26 «Право спільної власності», глави 32 «Право користування чужим майном», глави 33 «Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб», глави 34 «Право користування чужою земельною ділянкою для забудови», §6 глави 49 «Застава», §1 глави 53 «Загальні положення про купівлю-продаж», §6 глави 53 «Міна», глави 55 «Дарування», глави 56 «Рента», §3 глави 58 «Найм оренда земельної ділянки» ЦК України до земельних відносин щодо права власності та набування її на землю є необхідною мірою захисту прав та інтересів громадян. Глава 84 «Загальні положення про спадкування» (крім ст.ст. 1227-1232-1), глава 85 ЦК України «Спадкування за заповітом», глава 86 «Спадкування за законом», глава 87 «Здійснення права на спадкування», глава 88 «Виконання заповіту», глава 89 «Оформлення права на спадщину», глава 90 «Спадковий договір» ЦК України підлягають субсидіарному застосуванню до земельних відносин щодо спадкування земельної ділянки.

Судовою практикою передбачено субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди і при визначенні розміру майнової шкоди, що завдана навколишньому середовищу й підлягає стягненню з винних осіб.

4. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допускається ст. 9 ЦК України та ст. 62 ЖК УРСР для врегулювання відповідно житлових відносин. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин про захист цивільних прав та інтересів, недійсність правочинів, відповідальність, відшкодування шкоди й при визначенні підстав і порядку укладення, зміни та припинення договору є допустимим.

5. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства допустиме за відсутності в трудовому законодавстві спеціальних положень щодо захисту прав суб'єктів трудових відносин. Норми цивільного законодавства про правоздатність і дієздатність, захист цивільних прав та інтересів, відшкодування майнової та моральної шкоди субсидіарно застосовуються до трудових відносин.

6. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до господарських відносин, яке прямо передбачене в частині другій ст. 9 ЦК України, використовується в тій частині, яка не визначена особливостями правового регулювання цих відносин ЦК України. Окремі положення цивільного законодавства є універсальними для регулювання майнових відносин.

7. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до бюджетних, податкових, митних та кримінальних відносин – це механізм дієвого, оперативного подолання прогалин (окрім кримінальних) та економії нормативного матеріалу в бюджетних, податкових, митних та кримінальних відносинах, які перебувають у сфері правового впливу та потребують нормативно-правового опосередкування саме шляхом застосування норм цивільного законодавства до цих відносин. Аналіз субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до бюджетних, податкових та митних відносин дозволяє дійти таких висновків: 1) норми цивільного законодавства застосовуються до бюджетних, податкових та митних відносин у частині, що не врегульована нормами бюджетного, податкового та митного законодавства;

2) норми цивільного законодавства, які субсидіарно застосовуються до бюджетних, податкових та митних відносин, тільки за своїм інформаційним змістом залишаються цивільними; 3) субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до бюджетних, податкових та митних відносин у жодному разі не змінює галузеву належність зазначених відносин (вони завжди залишаються бюджетними, податковими та митними відповідно й публічними).

8. Положення частини третьої ст. 44 ЦПК України «Повноваження представника в суді» та частини п'ятої ст. 59 КАС України «Повноваження представника в суді» за допомогою субсидіарного застосування норм законодавства відсилають до положень ЦК України в частині припинення представництва. Відправляють до ЦК України гл.гл. 2-9 (крім гл.гл. 5 та 7) розділу 6 ЦПК України «Окреме провадження». Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до цивільних процесуальних та адміністративних процесуальних відносин про способи захисту цивільних прав та інтересів, позовну давність є винятково необхідною мірою.

9. Господарський процес пов'язаний з цивільним законодавством у тій частині, в якій норми ЦК України регулюють відносини у сфері господарювання. У такий спосіб суди субсидіарно застосовують норми цивільного законодавства до господарських процесуальних відносин. Положення цивільного законодавства про позовну давність, представництво підлягають субсидіарному застосуванню в господарському процесі, бо сприяють швидкому та результативному вирішенню господарських спорів.

10. Кримінально-процесуальне право створює форми для вирішення при кримінальному провадженні питання про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної злочином, за допомогою цивільного позову, якраз для реалізації норм цивільного законодавства.

11. Для встановлення єдиного розуміння та одноманітної судової практики під час вирішення справ, що потребують субсидіарного застосування норм цивільного законодавства, пропонується внести наступні зміни і доповнення до чинного законодавства України:

– внести зміни до ст. 9 ЦК України і викласти її в наступній редакції:
«Стаття 9. Субсидіарне застосування Цивільного кодексу України до врегулювання відносин у сферах господарювання, використання природних ресурсів, охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин

Положення цього Кодексу субсидіарно застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових, сімейних, житлових та інших суміжних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства.

Законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання»;

– внести зміни до частини другої ст. 1 ЦК України і викласти її в наступній редакції: «2. До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до фінансових, процесуальних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом або не впливає зі змісту відносин»;

– доповнити ст. 4 КЗпП України частиною другою в наступній редакції:
«2. Не допускається застосування при здійсненні трудових відносин інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом»;

– доповнити частиною другою ст. 2 ЦПК України в наступній редакції:
«2. Не допускається застосування при здійсненні цивільного судочинства інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом» (частини другу, третю, четверту ст. 2 ЦПК України у зв'язку зі змінами вважати частинами третьою, четвертою, п'ятою ст. 2 ЦПК України);

– доповнити частиною другою ст. 5 КАС України в наступній редакції:
«2. Не допускається застосування при здійсненні адміністративного судочинства інших актів законодавства, якщо інше не встановлено законом» (частину другу ст. 5 КАС України у зв'язку зі змінами вважати частиною третьою ст. 5 КАС України).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абрамова А.И. Субсидиарное применение норм судом /А.И. Абрамова //Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. – №41. – 1988. – С. 3-13.
2. Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве /М.Г. Авдюков. – Москва: МГУ, 1970. – 203 с.
3. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2-х т. /М.М. Агарков. – Москва: Центр ЮрИнфоР, 2002. – 452 с.
4. Агарков М.М. Ценность частного права /М.М. Агарков //Правоведение. – 1992. – №1. – С. 25-41.
5. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. /С.С. Алексеев. – Москва: Юрид. лит. 1981. – Т. I – 361 с.
6. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования /С.С. Алексеев. – Москва: Статут, 1999. – 712 с.
7. Алексеев С.С. Советское право как система: методологические принципы исследования /С.С. Алексеев //Советское государство и право. – 1974. – №7. – С. 11-18.
8. Алексеев С.С. Структура советского права /С.С. Алексеев. – Москва: Юрид. лит., 1975. – 264 с.
9. Алексеев С.С. Теория права /С.С. Алексеев. – Москва: Изд-во БЕК, 1994. – 220 с.
10. Амеліна А.С. Питання суперечливості правових норм у Цивільному та Господарському кодексах України /А.С. Амеліна //Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2014. – №2. – С. 228-234.
11. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/88249-analiz_praktiki_zastosuvannya_sudami_st16_civilnogo_kodeksu_.html. – Заголовок з екрану.

12. Антокольская М.В. Семейное право: учебник /М.В. Антокольская. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Москва: Юристъ, 2002. – 336 с.
13. Антонюк О.І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /О.І. Антонюк. – Харків, 2004. – 20 с.
14. Аристотель Риторика. Поэтика /Аристотель. – Москва: Азбука, 2014. – 320 с.
15. Ахмач А.Х. Вплив цивільного права на регулювання договірних правовідносин членів сім'ї /Г.М. Ахмач //Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. – 2009. – Вип. 51. – С. 151–157.
16. Ашихмина А.В. О применении права при пробелах в трудовом законодательстве /А.В. Ашихмина //Проблемы советского трудового права: Науч. труды. – 1975. – Вып. 46. – С. 95-98.
17. Бару М.И. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым отношениям /М.И. Бару //Советская юстиция. – 1963. – №14. – С. 16-18.
18. Бару М.И. Признание трудового договора недействительным /М.И. Бару //Советская юстиция. – 1972. – №4. – С.7-8.
19. Бегичев Б.К. Трудовая правоспособность советских граждан /Б.К. Бегичев. – Москва: Юрид. лит-ра, 1972. – 248 с.
20. Беляневич О.В. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) /О.В. Беляневич. – Київ: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
21. Березовська О.А. Класифікація договорів ренти земельної ділянки /О.А. Березовська //Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – 2013. – Вип. 21. – Т. 1. – Ч. 2. – С. 160-164.
22. Боголепов Н. Учебник истории римского права /Н. Боголепов. – Москва: Унив. тип., 1900. – 640 с.
23. Божок В.А. Институт аналогии в гражданском и арбитражном процессуальном праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 /В.А. Божок. – Москва: РГБ, 2006. – 172 с.
24. Боннер А.Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности /А.Т. Боннер. – Москва, 1992. – 319 с.

25. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе /А.Т. Боннер. – Москва: Юрид. лит., 1980. – 160 с.
26. Бориславська М.В. Загальна характеристика договірної регулювання сімейних правовідносин /М.В. Бориславська //Наукові праці. Науковий журнал. Серія Політологія. – 2007. – Т. 69. – Вип. 56. – С. 195-198.
27. Борисова В.І. (кер. авт. кол.), Баранова Л.М., Бєгова Т.І. та ін. Цивільне право України: підручник: у 2 т. /за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Харків: Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
28. Борисова В.І., Приступа С.Н. Цивільне право України: підручник: в 2-х т. /Борисова В.І. (кер. автор. колективу), Баранова Л.М., Жилінкова І.В. та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвой, В.Л. Яроцького. – Київ: Юрінком Інтер, 2004. – Т. I. – 480 с.
29. Брагинский М.И. Общие положения нового гражданского кодекса /М.И. Брагинский //Хозяйство и право. – 1995. – №1. – С. 5-22.
30. Брайнин И.Я. Аналогия и распространение толкование в истории уголовного права и в советском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук /И.Я. Брайнин. – К., 1946. – 217 с.
31. Бюджетний кодекс України: Закон України від 8 липня 2010 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №50-51. – Ст. 572.
32. Венедиктов А.В. О субъектах социалистических правоотношений /А.В. Венедиктов //Советское государство и право. – 1955. – №6. – С. 17-28.
33. Вирок Врадіївського районного суду Миколаївської області від 22 листопада 2016 р. у справі №474/717/16-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62889424>.
34. Вирок Московського районного суду м. Харкова від 15 липня 2016 р. у справі №643/3752/16-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58960492>.
35. Войтинский И.С. Трудовое право СССР /И.С. Войтинский. – М.; Л.: Госиздат, 1925. – 364 с.
36. Волинець В.В. Про можливість забезпечення трудових прав і обов'язків нормами цивільного права /В.В. Волинець //Вісник Київського

Національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2005. – Вип. 67-69. – С. 91-93.

37. Волинка К.Г. Теорія держави і права: навчальний посібник /К.Г. Волинка. – Київ: МАУП, 2003. – 240 с.

38. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. Учебник /Ю.С. Гамбаров. – Санкт-Петербург, 1911. – 666 с.

39. Гелецька І.О. Правова природа довіреності як форми уповноваження при договірному представництві /І.О. Гелецька //Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – Вип. 4 (12). – С. 105-111.

40. Генкин Д.М. Предмет и система советского трудового права /Д.М. Генкин //Советское государство и право. – 1940. – №2. – С. 55-71.

41. Гетьманцев Д.О. До питання про предмет і метод фінансового права /Д.О. Гетманцев //Фінансове право. – 2008. – №2. – С. 13-16.

42. Гинцбург Л.Я. Соотношение советского трудового и гражданского права /Л.Я. Гинцбург //Советское государство и право. – 1978. – №1. – С. 61-69.

43. Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение: монография /Л.Я. Гинцбург. – Москва: Наука, 1977. – 312 с.

44. Голубєва Н.Ю. Загальна характеристика принципів цивільного права України /Н.Ю. Голубєва //Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. – 2007. – Вип. 34. – С. 282-286.

45. Голубєва Н.Ю. Застосування поняття «зобов'язання» в праві та законодавстві /Н.Ю. Голубєва //Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – №3. – С. 82-86.

46. Голубєва Н.Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання: монографія /Н.Ю. Голубєва. – Одеса: Фенікс, 2013. – 642 с.

47. Горбунова Л.М. Представництво /Л.М. Горбунова, С.В. Богачов, Г.В. Красій; М-во юстиції України. – Київ: Поліграф-Експрес, 2006. – 49 с.

48. Господарське процесуальне право України: підручник /За ред. О.І. Харитонові. – Київ: Істина, 2008. – 360 с.

49. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18-22. – Ст. 144.
50. Господарський кодекс України: науково-практичний коментар /В.Г. Гончаренко, І.В. Булгакова, О.В. Буткевич; за ред. Д.М. Притики, І.В. Булгакової. – К.: Юрисконсульт; Юстініан. – 2010. – 1088 с.
51. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №6. – Ст. 56.
52. Гражданское право: словарь-справочник /Под общ. ред. М.Ю. Тихомирова. – Москва, 1996. – 575 с.
53. Грось Л.А. Субсидиарное применение норм материального права /Л.А. Грось //Советская юстиция. – 1988. – №24. – С. 18-19.
54. Гуліда О.М. Способи захисту права власності: поняття та класифікація /О.М. Гуліда //Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. – 2014. – Вип. 2. – Т. 1. – С. 168-173.
55. Гуляк Я.В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Я.В. Гуляк. – Одеса, 2005. – 202 с.
56. Гураш В.М. Субсидіарне застосування норм цивільного права України до трудових відносин найманої праці /В.М. Гураш //Вісник Львівського університету: серія юридична. – 2011. – Вип. 54. – С. 260-266.
57. Данелюк В.І. Відповідальність митних органів та їх посадових осіб: сучасний стан правового регулювання /В.І. Данелюк //Вісник Академії митної служби України. Серія: Право. – 2013. – №1. – С. 14-19.
58. Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України: навчальний посібник /Е.Ф. Демський. – Київ: Юрінком Інтер, 2008. – 496 с.
59. Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве /А.Г. Диденко //Гражданское законодательство Республики Казакстан. Статьи. Комментарии. Практика. – 2002. – Вып. 14. – С. 58-81.
60. Додаткове рішення Нетішинського міського суду Хмельницької області від 19 липня 2013 р. №2/679/141/2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32516882>.

61. Дрішлюк А.І. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період) /А.І. Дрішлюк //Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2011. – Вип. 17. – С. 9-14.
62. Дякович М.М. Сімейне право: навч. пос. для студ. вищ. навч. закл. /М.М. Дякович. – Київ: Правова єдність, 2009. – 512 с.
63. Ершова Н.М. Соотношение гражданского и семейного законодательства /Н.М. Ершова //Советское государство и право. – 1973. – №1. – С. 121-124.
64. Жариков Ю.Г. Разграничение сферы действия земельного и гражданского законодательства при регулировании земельных отношений /Ю.Г. Жариков //Государство и право. – 1996. – №2. – С. 44-54.
65. Желіховська Ю.В. Охорона цивільних прав і інтересів нотаріусом: монографія /Ю.В. Желіховська. – Хмельницький: ПП Мельник А.А., 2012. – 216 с.
66. Жернаков В.В. Правове регулювання праці: співвідношення трудового і цивільного права /В.В. Жернаков //Право України. – 2000. – №7. – С. 49-52.
67. Жилинкова И.В. Право собственности супругов /И.В. Жилинкова. – Харьков: Ксилон, 1997. – 236 с.
68. Жилінкова І. Сімейний кодекс України: чергова «агресія» чи кроки щодо подальшого удосконалення? /І. Жилінкова //Юридичний вісник України. – 2007. – №12. – С. 6-7.
69. Житловий кодекс Української РСР: Закон України від 30 червня 1983 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1983. – №28. – Ст. 573.
70. Журик Ю.В. Актуальні питання розмежування сфер дії цивільного та господарського законодавства України /Ю.В. Журик //Правове регулювання економіки. – 2012. – №11-12. – С. 170-177.
71. Завальнюк С.В. Аналогія права як спосіб подолання прогалин в цивільному праві /С.В. Завальнюк //Актуальні проблеми політики. – 2014. – Вип. 52. – С. 372-378.
72. Завальнюк С.В. Співвідношення аналогії права й аналогії закону в цивільному праві /С.В. Завальнюк //Науковий вісник Міжнародного

гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – 2015. – №16. – Т. 2. – С. 18-21.

73. Загальна характеристика договору доручення: Розроблені відділом реєстрації нормативно правових актів, правової роботи та правової освіти Схвалені рішенням колегії Головного територіального управління юстиції у Хмельницькій області від 18.03.2015 р. №12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://justice-km.gov.ua/uploads/files/Zagalna%20harakteristika%20dogovoru%20doruhenya\(1\).doc](http://justice-km.gov.ua/uploads/files/Zagalna%20harakteristika%20dogovoru%20doruhenya(1).doc) х.

74. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим (ст. 46 КК України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiau.kiev.ua/books/mnp_krum_pravo_zag/Files/Lekc/T14/T14_P3.html. – Назва з екрану.

75. Зеленко І. Правові передумови та методика використання юридичних аналогій /І. Зеленко //Підприємництво, господарство, право. – 2009. – №1. – С. 60-63.

76. Земельний кодекс України: Закон України від 25 жовтня 2001 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №3-4. – Ст. 27.

77. Знаменский Г.Л. Блеск и нищета современной цивилистики /Г.Л. Знаменский. – Донецк: ДЮИ ЛуганГувД, 2006. – 56 с.

78. Иванов С.А. Трудовое право переходного периода: новые источники /С.А. Иванов //Государство и право. – 1996. – №1. – С. 50-51.

79. Ильин Ю.Ф. Недействительность трудового договора по советскому праву: автореф дис. ... канд. юрид. наук /Ю.Ф. Ильин. – Воронеж, 1971. – 21 с.

80. Иоффе О.С. Вопросы теории права /О.С. Иоффе, Н.Д. Шаргородский. – Москва: Госюриздат, 1961. – 268 с.

81. Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР: в 2-х ч. /О.С. Иоффе. – Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1975. – Ч. 1. – 160 с.

82. Иоффе О.С. Советское гражданское право /О.С. Иоффе. – Ленинград, 1971. – Т. 1. – 408 с.

83. Иоффе О.С. Советское гражданское право /О.С. Иоффе. – Москва: Юрид. лит-ра, 1967. – 496 с.
84. Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм /Ю.Х. Калмыков //Саратов. – 1976. – С. 31-45.
85. Калмыков Ю.Х. Условия субсидиарного применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям /Ю.Х. Калмыков //Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье в правоприменительной практике. – 1978. – С. 28-32.
86. Каминская П.Д. Советское трудовое право /П.Д. Каминская. – Москва: Госюриздат, 1929. – 264 с.
87. Карасева (Сенцова) М.В. Гражданско-правовая детерминация налогового правотворчества и правоприменения /М.В. Карасева (Сенцова) //Финансовое право. – 2012. – №4. – С. 21-26.
88. Кармаза О. Способи подолання прогалин у житловому законодавстві України /О. Кармаза //Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – Вип. 86. – С. 67-70.
89. Карпенко М.І. Угода про примирення у кримінальному процесі /М.І. Карпенко, О.Д. Зоря, О.О. Малова //Юридична наука. – 2013. – №6. – С. 69-77.
90. Карташов В.Н. Применение права: учебное пособие /В.Н. Карташов. – Ярославль: Изд-во Ярослав. ун-та, 1980. – 75 с.
91. Керимов Д.А. Культура и техника законотворчества /Д.А. Керимов. – Москва: Юрид. лит., 1991. – 197 с.
92. Ківалова Т.С. До питання про визначення підстав зміни договору найму житла /Т.С. Ківалова, О.С. Омельчук //Актуальні проблеми держави і права. – 2010. – Вип. 53. – С. 325-332.
93. Ківалова Т.С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти): монографія /Т.С. Ківалова. – Одеса: Юрид. л-ра, 2008. – 360 с.
94. Ківалова Т.С. Субсидіарне застосування зобов'язань відшкодування шкоди /Т.С. Ківалова //Юридичний вісник. – 2010. – №4. – С. 58-65.

95. Кілічава Т.М. Цивільне процесуальне право: навчальний посібник /Т.М. Кілічава. – Київ: Центр учбової літератури, 2007. – 352 с.
96. Клім С.І. Критерії розмежування видів аналогії закону та субсидіарного застосування норм у цивільному праві України /С.І. Клім //Вісник Львівського університету. Серія: Юридична. – 2013. – Вип. 58. – С. 198-202.
97. Клім С.І. Аналогія закону у цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /С.І. Клім. – Одеса, 2012. – 221 с.
98. Клім С.І. Деякі аспекти співвідношення аналогії закону та субсидіарного застосування норм /С.І. Клім //Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія Право. – 2010. – Вип. 14. – Ч. 2. – С. 255-258.
99. Клім С.І. Критерії розмежування міжгалузевої, внутрішньогалузевої аналогії закону та субсидіарного застосування цивільних норм /С.І. Клім //Вісник Львівського університету. Серія Юридична. – 2013. – №58. – С. 184-189.
100. Клім С.І. Суб'єкти використання й застосування аналогії закону та форми її втілення у цивільному праві України /С.І. Клім //Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 61. – С. 559-568.
101. Коваленко Т.О. Види прогалин у земельному праві України /Т.О. Коваленко //Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2011. – Вип. 87. – С. 25-29.
102. Коваленко Т.О. Прогалини в земельному праві України: поняття та сутність /Т.О. Коваленко //Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – 2010. – Вип. 85. – С. 55-60.
103. Коваленко Т.О. Юридичні дефекти правового регулювання земельних відносин в Україні: монографія /Т.О. Коваленко. – Київ: ВПЦ Київський університет; Юрінком Інтер, 2013. – 632 с.
104. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2005. – №35-36, №37. – Ст. 446.
105. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10 грудня 1971 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1971. – №50. – Ст. 375.

106. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. //Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. – №51. – Ст. 1122.

107. Колодій А.М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; 12.00.02 /А.М. Колодій. – Київ, 1999. – 39 с.

108. Колотова О.В. Відмежування аналогії закону від суміжних правових явищ /О.В.Колотова //Держава і право. Юрид. і політ. науки: зб. наук. пр. – 2009. – Вип. 45. – С. 119-125.

109. Комаров С.А. Общая теория государства и права: курс лекций /С.А. Комаров. – 2-е изд., испр. и доп. – Москва: Манускрипт, 1996. – 316 с.

110. Комментарий к Семейному кодексу РФ /Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. – Москва: Юристъ, 1997. – 384 с.

111. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і протоколи до неї: (зб. законодав. і нормат. актів) /упоряд. Ю. В. Паливода. – Офіц. текст. – К.: Паливода А. В., 2014. – 120 с.

112. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №30. – Ст. 141.

113. Красько И.Е. Правовая природа брачного контракта /И.Е. Красько //Проблемы законности. – 1980. – Вып. 33. – С. 79-82.

114. Краткая философская энциклопедия. – Москва: Прогресс; Энциклопедия, 1994. – 576 с.

115. Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. Теорія держави і права: елементарний курс. Видання друге. – Харків: ТОВ Одіссей, 2008. – 432 с. [Електронний ресурс]. – Ресурс доступу: <http://studies.in.ua/krestovska-nm-teorja-derzhavi-prava.html>. – Назва з екрану.

116. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2001. – №25-26. – Ст. 131.

117. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2013. – №9-10, №11-12, №13. – Ст. 88.

118. Кузнецова Л.В. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 /Л.В. Кузнецова. – Москва, 2005. – 186 с.

119. Кузнецова Н. Проблеми співвідношення земельного та цивільного законодавства при вирішенні господарських спорів з питань земельних відносин /Н. Кузнецова //Право України. – 2009. – №9. – С. 19-21.

120. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: монография /В.В. Кулаков. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Волтерс Клувер, 2010. – 256 с.

121. Лазарев В.В. Применение советского права /В.В. Лазарев. – Казань: Издательство КГУ, 1972. – 200 с.

122. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения /В.В. Лазарев. – Москва: Юрид. Лит., 1974. – 184 с.

123. Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части /В.М. Лебедев. – Томск, 1997. – 85 с.

124. Лебедев М.В. Трудовое право: проблемы общей части /М.В. Лебедев. – Томск, 1998. – 184 с.

125. Леушин В.И. Динамичность советского права и восполнение пробелов в законодательстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 /В.И. Леушин. – Свердловск, 1971. – 25 с.

126. Леушин В.И. Способы применения права при пробелах в советском законодательстве /В.И. Леушин. //Проблемы применения советского права. – 1973. – Вып. 22.– С. 42-59.

127. Лещенко Л.В. Права на земельну ділянку у складі спадщини: деякі проблемні питання /Л.В. Лещенко //Часопис Київського університету права. – 2013. – №3. – С. 192-195.

128. Лившиц Р.З. Теория права: учебник /Р.З. Лившиц. – Москва: Изд-во БЕК, 1994. – 224 с.

129. Лук'янчиков О.М. Матеріальна відповідальність роботодавця як самостійний інститут трудового права /О.В. Лук'янчиков //Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – №3-1. – С. 173-176.

130. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /А.В. Луць. – Київ, 2001. – 18 с.
131. Луць В. Застава земельних ділянок: особливості договірних правовідносин /В. Луць, П. Лапечук, Т. Петрович //Юридична Україна. – 2010. – №4. – С. 4-10.
132. Луць В.В. Загальні положення про договори /В.В. Луць, А.В. Луць //Суспільство. Держава. Право: наук.-практ. журн. – 2003. – Вип. 3. – С. 25-27.
133. Лушников А.М. Курс трудового права: учебник: в 2-х т. /А.М. Лушников, М.В. Лушнікова. – Москва: Проспект, 2003. – Т. II. – 608 с.
134. Майданик Р.А. Договір про сурогатне материнство за українським правом: питання теорії та практики /Р.А. Майданик //Право України. – №9. – 2012. – С. 215-225.
135. Майданик Р.А. Застосування цивільного законодавства за аналогією /Р.А. Майданик //Юридична Україна. – 2009. – №7. – С. 56-61.
136. Майданик Р.А. Місце зобов'язання в праві України /Р.А. Майданик //Підприємництво, господарство і право. – 2006. – №4 (124). – С. 3-6.
137. Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина /Вступ у цивільне право. – Київ: Алерта, 2012. – Т. I. – 427 с.
138. Макаренко Г.В. Речово-правові засоби забезпечення за цивільним законодавством України /Г.В. Макаренко //Актуальні проблеми держави і права. – 2007. – Вип. 33. – С. 226-231.
139. Мамай В.І. Недійсність трудового договору: теоретичний та практичний аспекти /В.І. Мамай //Юриспруденція: теорія і практика. – 2010. – №12. – С. 38-44.
140. Мамутов В.К. О предмете кодификации и беспредметной критике /В.К. Мамутов, А.И. Ющик //Вісник господарського судочинства. – 2007. – №2. – С. 110-120.
141. Манаев К.И. Семейно-имущественные правоотношения в СССР: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.03 /К.И. Манаев. – Баку, 1973. – 43 с.

142. Махінова А. Правове регулювання земельного сервітуту: колізії та прогалини, які існують у земельному та цивільному кодексі України /А. Махінова //Юридичний журнал. – 2006. – №6. – С. 43-45.

143. Митне право: мультимедійний навчальний посібник [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.naiu.kiev.ua/books/mutne_pravo/parts/part1.htm.

144. Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2012. – №44-48. – Ст. 552.

145. Михальнюк О.В. Договори в сімейному праві України /О.В. Михальнюк //Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – №10. – С. 84-91.

146. Мірошніченко А.М. Земельне право України: навч. посібник /А.М. Мірошніченко. – Київ: Інститут законодавства ВР України, 2007. – 432 с.

147. Мірошніченко А.М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні: монографія /А.М. Мірошніченко. – Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 268 с.

148. Мічурін Є.О. Цивільний договір як один із засобів реалізації права на житло: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Є.О. Мічурін. – Харків: Ун-т внутр. справ, 2000. – 16 с.

149. Назаренко Г.В. Теория государства и права: учебное пособие /Г.В. Назаренко. – Москва: Ось-89, 1998. – 176 с.

150. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. /Заг. редакція М.Я. Азарова. – 2-ге вид., доп. та перероб. – Київ: Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2011. – Т. 1. – 590 с.

151. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України /За ред. Є.О. Харитонова. – Харків: Одісей, 2006. – 552 с.

152. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Станом на 1 травня 2012 р. /За заг. ред. В.В. Богатиря. – Київ: Центр учбової літератури, 2012. – 1024 с.

153. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. – 5-те вид., перероб. і допов. /За ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – Київ: Юрінком Інтер, 2013. – Т. 1. – 832 с.
154. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України: пер. з рос. /С.В. Ківалов, Ю.С. Червоний, Г.С. Волосатий та ін.; за ред. Ю.С. Червоного. – Київ: Одеса: Юрінком Інтер, 2008. – 504 с.
155. Некрасова О. Договірне регулювання сімейних відносин /О. Некрасова //Право України. – 2013. – №10. – С. 53-65.
156. Некрасова О.В. Деякі аспекти застосування цивільного законодавства при здійсненні права власності подружжя /О.В. Некрасова //Юридична Україна. – 2007. – №2. – С. 38-40.
157. Некрасова О.В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /О.В. Некрасова. – Київ, 2008. – 16 с.
158. Некрасова О.В. Проблеми субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин /О.В. Некрасова //Вчені записки Таврійського національного університету ім. В.І. Вернадського. – 2008. – Т. 21 (60). – №2. – С. 146-150.
159. Носік В.В. Суб'єкти права власності на землю в Україні /В.В. Носік //Вісник Академії правових наук України. – 2000. – №3. – С. 135-145.
160. Общая теория государства и права: академический курс: в 2-х т. /Под ред. М.Н. Марченко. – Москва: Зеркало, 1998. – Т. 1. – Теория государства – 416 с.
161. Оніщик Ю.В. Митні правовідносини: поняття, ознаки, види /Ю.В. Оніщик //Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2012. – №1. – С. 142-147.
162. Осолінкер І.М. Самозахист права власності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /І.М. Осолінкер. – Харків, 2011. – 18 с.
163. Очкуренко С.В. Субсидиарное применения положений гражданского законодательства к финансовым отношениям /С.В. Очкуренко //Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия: Юридические науки. – 2014. – Т. 27 (66). – №2. – С. 80-90.

164. Пашерстник А.К. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде /А.К. Пашерстник. – Москва: АН СССР, 1955. – 231 с.

165. Певзнер А.Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав /А.Г. Певзнер //Ученые записки ВЮЗИ: Вопросы гражданского права. – 1958. – Вып. 5. – С. 3-34.

166. Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві /О. Печений //Вісник Академії правових наук України. – 2007. – №2 (49). – С. 108-119.

167. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве /А.С. Пиголкин //Советское государство и право. – 1970. – №3. – С. 49-57.

168. Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин /П.Д. Пилипенко. – Київ: Знання, 2003. – 146 с.

169. Підпригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право: підручник /О.А. Підпригора, Є.О. Харитонов. – 2-ге вид. – Київ: Юрінком Інтер, 2009. – 528 с.

170. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання /С. Погребняк //Вісник Академії правових наук України. – 2013. – №1. – С. 44-56.

171. Погрібний С. Загальні та спеціальні норми в цивільному (приватному) праві України /С. Погрібний //Вісник Академії правових наук України. – 2010. – №3. – С. 166-177.

172. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.03 /С.О. Погрібний. – Київ, 2009. – 374 с.

173. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 /С.О. Погрібний. – Київ, 2009. – 36 с.

174. Погрібний С.О. Механізми та принципи правового регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія /С.О. Погрібний. – Київ: Правова єдність, 2009. – 304 с.

175. Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2010. – №13-17. – Ст. 112.

176. Покровский И.А. Право и факт в рисковом праве. Генезис преторського права /И.А. Покровський. – Киев, 1902. – Ч. 2. – 212 с.

177. Поленина С.В. Субсидиарное применение норм гражданского законодательства к отношениям смежных отраслей /С.В. Поленина //Советское государство и право. – 1967. – №4. – С. 21-28.

178. Постанова Верховного Суду України від 16 січня 2012 р. №6-57цс11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8C349FE64943B17EC2257C92003A679F](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8C349FE64943B17EC2257C92003A679F).

179. Постанова Верховного Суду України від 21 травня 2012 р. №6-20цс11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321).

180. Постанова Верховного Суду України від 23 березня 2016 р. №6-365цс16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-365cs16>.

181. Постанова Верховного Суду України від 23 грудня 2015 р. №6-1654цс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.golovbukh.ua/regulations/8435/8437/486179>.

182. Постанова Верховного Суду України від 24 червня 2015 р. №6-530цс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/82F941E4244FFDA9C2257E760026ADED](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/82F941E4244FFDA9C2257E760026ADED).

183. Постанова Запорізького окружного адміністративного суду від 21 січня 2013 р. у справі №2а-0870/12007/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29301826>.

184. Постанова Кіровоградського окружного адміністративного суду від 5 липня 2013 р. у справі №811/1770/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32445948>.

185. Постанова Львівського окружного адміністративного суду від 4 травня 2012 р. у справі №2а-2424/12/1370 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23925212>.

186. Прилуцький Р.Б. До проблеми розмежування предметів господарського та цивільного права /Р.Б. Прилуцький //Юридична наука. – 2011. – №6. – С. 58-67.

187. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the. Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. – Title from the screen.

188. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. – Title from the screen.
pSite/en_GB//EUR/ViewPublicationStart?PublicationKey=FXAC07306. – Title from the screen.

189. Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України: Закон України від 22 грудня 2006 р. //Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2007. – №10. – Ст. 87.

190. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого Господарського суду України від 7 квітня 2008 р. №01-8/211 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08.

191. Про деякі питання, що виникли в практиці застосування судами Житлового кодексу України: постанова Пленуму Верховного суду України від 12 квітня 1985 р. №2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-85>.

192. Про житловий фонд соціального призначення: Закон України від 16 січня 2006 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2006. – 19-20. – Ст. 159.

193. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Верховного суду України від 1 листопада 1996 р. №9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

194. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1991. – №30. – Ст. 379.

195. Про оренду землі: Закон України від 6 жовтня 1998 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №46-47. – Ст.280.

196. Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ: постанова Пленуму Верховного суду України від 16 квітня 2007 р. №7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/va007700-04>.

197. Про практику застосування судами ст. 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України від 30 березня 2012 р. №6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-12>.

198. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2015. – №2-3. – Ст. 12.

199. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. №4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>.

200. Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками: постанова Пленуму Верховного Суду України від 29 грудня 1992 р. №14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-92>.

201. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. №9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

202. Про судову практику у справах про злочини проти власності: постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 жовтня 2009 р. №10

[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>.

203. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р. //Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №20. – Ст. 99.

204. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений /А.И. Процевский. – Москва: Юрид. лит., 1972. – 288 с.

205. Пушняк О.В. Питання дії права в часі при подоланні прогалин у законодавстві /О.В. Пушняк //Теорія і практика правознавства. – 2013. – Вип. 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_4. – Назва з екрану.

206. Рішення Автозаводського районного суду м. Кременчуга Полтавської області від 21 жовтня 2015 р. у справі №524/537/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52638801>.

207. Рішення Апеляційного суду Чернігівської області від 12 листопада 2008 р. у справі №22ц-1701/2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/2694510>.

208. Рішення Великоновосілківського районного суду Донецької області від 1 квітня 2016 р. у справі №220/318/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59453643>.

209. Рішення Виноградівського районного суду Закарпатської області від 19 травня 2016 р. у справі №299/700/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57907354>.

210. Рішення Вінницького міського суду Вінницької області від 30 березня 2016 р. у справі №127/1616/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56830492>.

211. Рішення Господарського суду Дніпропетровської області від 28 грудня 2015 р. у справі №904/9142/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54807961>.

212. Рішення Господарського суду Одеської області від 7 вересня 2016 р. у справі №916/1751/16 [Електронний ресурс]. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61293332>.

213. Рішення Господарського суду Полтавської області від 4 січня 2016 р. у справі №917/2571/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54962267>.

214. Рішення Господарського суду Рівненської області від 5 жовтня 2016 р. у справі №918/1444/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62002557>.

215. Рішення Господарського суду Харківської області від 4 січня 2016 р. у справі №922/2809/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54949365>.

216. Рішення Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 26 листопада 2015 р. у справі №442/7472/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54133369>.

217. Рішення Жашківського районного суду Черкаської області від 28 березня 2016 р. у справі №693/319/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57042041>.

218. Рішення Кіцманського районного суду Чернівецької області від 12 липня 2016 р. у справі №718/1245/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58919426>.

219. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. №18-рп/2004 у справі №1-10/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.

220. Рішення Конституційного Суду України №15-рп-2004 //Урядовий кур'єр. – 2004. – 17 листопада. – №219.

221. Рішення Лозівського міськрайонного суду Харківської області від 9 серпня 2016 р. у справі №629/1082/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59574471>.

222. Рішення Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 16 жовтня 2012 р. у справі №1618/3753/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26903727>.

223. Рішення Печерського районного суду м. Києва від 20 липня 2016 р. у справі №757/12731/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59453643>.

224. Рішення Селидівського міського суду Донецької області від 10 серпня 2016 р. у справі №242/3628/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59578619>.

225. Рішення Снятинського районного суду Івано-Франківської області від 12 квітня 2016 р. у справі №351/431/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57179266>.

226. Рішення Токмацького районного суду Запорізької області від 7 квітня 2016 р. у справі №328/964/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57113586>.

227. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар /З.В. Ромовська. – Київ: Ін Юре, 2003. – 528 с.

228. Россильна О.В. Поняття, ознаки, види господарського процесуального представництва /О.В. Россильна //Форум права. – 2014. – №3. – С. 319-326.

229. Сабо И. Основы теории права /И. Сабо; ред., авт. предисл. В.А. Туманов, пер. с венг. А.И. Фицере. – Москва: Прогресс, 1974. – 270 с.

230. Савченко С.В. Співвідношення приватних і публічних інтересів: досвід України /С.В. Савченко //Форум права. – 2013. – №3. – С. 520-528.

231. Семейное право Украины: учебник /Под ред. Ю.С. Червоного. – Харьков: Одиссей, 2004. – 520 с.

232. Сімейне право України: підручник /Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. – 3-є вид., перероб. і допов. – Київ: Юринком Інтер, 2011. – 260 с.

233. Сімейне право України: підручник /Т.В. Боднар та ін.; за заг. ред. проф. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. – Київ: Юрінком Інтер, 2016. – 519 с.

234. Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2002. – №21-22. – Ст. 135.
235. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учебник. Перевод с украинского. – Харьков: Эспада, 2007. – 840 с.
236. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підручник /О.Ф. Скакун. – Харків: Еспада, 2006. – 776 с.
237. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підруч. для студ. вищ. навч. закл.: пер. з рос. /О.Ф. Скакун. – Харків: Консум, 2008. – 656 с.
238. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник /О.Ф. Скакун. – 4-е вид., перероб. і допов. – Київ: Алерта, 2016. – 524 с.
239. Слома В.М. Розвиток інституту забезпечення виконання зобов'язань у цивільному законодавстві /В.М. Слома //Університетські наукові записки Хмельницького університету управління та права. – 2006. – №1. – С. 103-107.
240. Смирнов О.В. Основные принципы советского трудового права /О.В. Смирнов. – Москва: Юрид. Лит-ра, 1977. – 216 с.
241. Смолин Г.В. До питання співвідношення цивільного і господарського права /Г.В. Смолин //Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – №2. – С. 1-7.
242. Советское гражданское право: учебник: в 2-х т. /Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова, О.А. Красавчиков и др.; под. ред. О.А. Красавчикова. – 3-е изд. испр. и доп. – Москва: Высш. шк., 1985. – Т. 1. – 554 с.
243. Спадкування права на земельну ділянку: Методичні рекомендації підготовлені Томаківським районним управлінням юстиції Дніпропетровської області в 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://tomakovka-just.at.ua/b/porjadok_provedennja_bezvijiznikh_dokumentalnikh_p.doc. – Назва з файлу.
244. Спектор Е.И. Пробелы в законодательстве и пути их преодоления: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 /Е.И. Спектор. – Москва, 2003. – 127 с.
245. Стависский П.Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве /П.Р. Стависский. – Киев; Одесса: Вища школа, 1982. – 183 с.

246. Стависький П.Р. Субсидіарне застосування норм цивільного права до регулювання відносин по відшкодуванню збитків в трудовому праві /П.Р. Стависький //Часопис цивілістики. – 2011. – №10. – С. 78-81.

247. Степанова Т.В. Щодо стадій господарського судочинства /Т.В. Степанова //Підприємництво, господарство і право. – 2006. – №5. – С. 57-59.

248. Сыродоев Н.А. О соотношении земельного и гражданского законодательства /Н.А. Сыродоев //Государство и право. – 2001. – №1. – С. 28-35.

249. Таш'ян Р.І. Класифікація односторонніх правочинів /Р.І. Таш'ян //Університетські наукові записки. – 2007. – №4. – С. 218-222.

250. Тертишніков В.І. Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. комент. /В.І. Тертишніков. – Харків: Вапнярчук Н.М., 2007. – 576 с.

251. Тітова Н.І. Про співвідношення Земельного і Цивільного кодексів України /Н.І. Тітова //Забезпечення законності у сфері земельних правовідносин: Тези доповідей, виступів, повідомлень на міжвуз. наук.-практ. конф. молодих науковців. – Львів, 2003. – С. 6-9.

252. Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов /Ю.А. Тихомиров //Журнал российского права. – 2001. – №5. – С. 3-12.

253. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. Official journal of the European Union. Volume 50, 17 December 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://bookshop.europa.eu/isbin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EUBooksho>.

254. Труба В.І., Притченко Р.С. Теорія держави і права: підручник /А.С. Васильєв, І.В. Борщевський, В.В. Іванов, І.С. Канзафарова та ін. – Харків: Одісей, 2007. – 448 с.

255. Трудове право України: Академічний курс: підруч. для студ. вищ. навч. заклад. /П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак, З.Я. Козак та ін.; за ред. П.Д. Пилипенка. – 3-тє від., перероб. і доп. – Київ: Ін Юре, 2007. – 536 с.

256. Устінова-Бойченко Г.М. Взаємозв'язок цивільної дієздатності та трудової дієздатності /Г.М. Устінова-Бойченко //Форум права. – 2012. – №2. –

С. 725-727. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-2/12ugmttd.pdf>. – Назва з екрану.

257. Фархтдинов Я.Ф. Место норм гражданского права в системе семейного права /Я.Ф. Фархтдинов //Вестник ТИСБИ. – 2004. – №2. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://old.tisbi.ru/science/vestnik/2004/issue2/Ur8.html>. – Название с экрана.

258. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування норм гражданского законодательства к налоговым и таможенным отношениям /Б.В. Фасій //Закон и жизнь. – 2016. – Вып. 10-2. – С. 119-122.

259. Фасій Б.В. Аналогія та субсидіарне застосування норм в системі засобів подолання прогалин в законодавстві /Б.В. Фасій //Юридичний вісник. – 2015. – №1. – С. 216-221.

260. Фасій Б.В. Види субсидіарного застосування норм законодавства до цивільних та суміжних з ним відносин /Б.В. Фасій //Право і суспільство. – 2015. – №4. – С. 113-118.

261. Фасій Б.В. Виникнення права на земельну ділянку за набувальною давністю: колізії цивільного та земельного законодавства України /Б.В. Фасій //Сучасна цивілістика: матеріали ІХ Міжнародної наукової конференції студентів, аспірантів та молодих вчених (м. Одеса, 28 березня 2014 р.) /відп. за вип. д-р юрид. наук, проф. Є.О. Харитонova. – Одеса: Юридична література, 2014. – С. 71-73.

262. Фасій Б.В. Місце Європейського суду з прав людини в механізмі судового захисту цивільних прав та інтересів /Б.В. Фасій //Практика ЄСПЛ з питань цивільного процесуального права: матеріали круглого столу (м. Одеса, 5 квітня 2016 р.). – Одеса: Юридична література, 2016. – С. 80-83.

263. Фасій Б.В. Поширення положень цивільного законодавства з приводу відшкодування майнової та моральної шкоди на трудові відносини /Б.В. Фасій //Правове забезпечення соціальної сфери: матеріали VII Міжнар. наук. конф. студ. аспірантів та молод. вчених (м. Одеса, 16 квітня 2016 р.) /за заг. ред. д.ю.н., проф. Г.І. Чанишевої. – Одеса: Фенікс, 2016. – С. 189-191.

264. Фасій Б.В. Принцип справедливості, добросовісності та розумності субсидіарного застосування норм законодавства: від римського приватного права до модельних правил європейського приватного права /Б.В. Фасій //Від засад римського права до принципів приватного права ЄС: матер. круглого столу (м. Одеса, 29 травня 2015 р.). – Одеса: Фенікс, 2015. – С. 20-23.

265. Фасій Б.В. Прогалини в римському приватному праві /Б.В. Фасій //Римське право і сучасність: матер. Міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 29 травня 2015 р.) /за заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова. – Одеса: Фенікс, 2015. – С. 32-34.

266. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства про правоздатність і дієздатність до трудових відносин /Б.В. Фасій /Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Право. – 2015. – Вип. 5. – Т. 1. – С. 147-150.

267. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових відносин: постановка проблеми /Б.В. Фасій //Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2016. – Вип. 8. – С. 68-74.

268. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування положень про відшкодування шкоди, завданої малолітніми, неповнолітніми особами у кримінально-процесуальних відносинах /Б.В. Фасій //Проблеми відшкодування шкоди в контексті імплементації Угоди про асоціацію Україна-ЄС: Матеріали круглого столу (м. Одеса, 6 грудня 2016 р.). – Одеса: Фенікс, 2016. – С. 30-33.

269. Фасій Б.В. Субсидіарне застосування положень цивільного законодавства до сімейних відносин при здійсненні подружжям права власності /Б.В. Фасій //Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. – 2016. – Вип. 37. – Т. 2. – С. 57-59.

270. Фасій Б.В. Умови субсидіарного застосування норм законодавства до цивільних та суміжних з ними відносин /Б.В. Фасій //Часопис цивілістики. – 2015. – Вип. 18. – С. 144-148.

271. Fasiy B.V. Principles of subsidiary application of the law /B.V. Fasiy //Часопис цивілістики. – 2015. – Вип. 19. – С. 113-116.

272. Фідаров В.В. Пределы допустимости применения института аналогии закона и аналогии права в правовой системе России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 /В.В. Фидаров. – Тамбов, 2009. – 228 с.

273. Халфина Р.О. Популярный словарь-справочник по советскому гражданскому праву /Р.О. Халфина, М.Г. Масевич. – Москва: Знание, 1983. – 224 с.

274. Харитонов Є.О. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хибі правотворчості чи прийом законодавчої техніки /Є.О. Харитонов //Юридичний вісник. – 2013. – №1. – С. 72-81.

275. Харитонов Є.О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції): монографія /Є.О. Харитонов. – Одеса: Фенікс, 2008. – 346 с.

276. Харитонов Є.О. Правове забезпечення належної реалізації права на житло: навчальний посібник /Є.О. Харитонов, Н.О. Саніахметова. – Київ: НМК ВО, 1990. – 176 с.

277. Харитонов Є.О. Принципи цивільного права України: до постановки проблеми /Є.О. Харитонов //Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С. 7-13.

278. Харитонов Є.О. Сімейне право України: навчальний посібник /За ред. Є.О. Харитонova. – Київ: Істина, 2008. – 200 с.

279. Харитонов Є.О. Субсидіарне застосування норм цивільного законодавства до житлових правовідносин /Є.О. Харитонов, Н.О. Саніахметова //Проблеми правознавства. – 1990. – №51. – С. 59-65.

280. Харитонов Є.О. Цивільне право України. Елементарний курс: навч. посібник /Є.О. Харитонов. – Суми: Університетська книга, 2006. – 352 с.

281. Харитонов Є.О. Цивільний процес України: навчальний посібник /Є.О. Харитонов. – Київ: Істина, 2012. – 472 с.

282. Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Старцев О.В. Цивільне право України: підручник. – Вид. 3, перероб. і доп. – Київ: Істина, 2013. – 808 с.

283. Хвостов В.М. Система римського права: учебник /В.М. Хвостов. – Москва: Спарк, 1996. – 522 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lawlibrary.ru/izdanie5916.html>. – Название с экрана.

284. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: учебник для высших учебных заведений /Под ред. проф. В.Г. Стрекозова. – 3-е изд. – Москва: Интерстиль, Омега-Л., 2008. – 384 с.

285. Худяков А.И. К вопросу о содержании некоторых финансово-правовых категорий /А.И. Худяков //Финансовое право. – 2010. – №2. – С. 10-13.

286. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права: підручник /М.В. Цвік. – Харків: Право, 2002. – 432 с.

287. Цивільне право України. Загальна частина /За ред. проф. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. – Київ: Алерта, 2014. – 510 с.

288. Цивільне право України: підручник: в 2 т. /За ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої. – 2-е вид. – Харків: Одіссей, 2010. – Т. 1. – 832 с.

289. Цивільне право України: посібник для аудиторного і самостійного вивчення курсу /Кол. авт.; за ред. проф. Є.О. Харитонова, доц. І.В. Давидової, доц. К.Г. Некіт. – Одеса: Фенікс, 2016. – 570 с.

290. Цивільне та сімейне право України: підручник /За ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої. – Київ: Правова єдність, 2009. – 968 с.

291. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №40-44. – С. 356.

292. Цивільний кодекс України: коментар /Є.О. Харитонов та ін; заг. ред. Є.О. Харитонов, О.М. Калітенко; Одеська національна юридична академія. – Одеса: Юридична література, 2003. – 1079 с.

293. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар /За заг. ред. Є.О. Харитонова. – Харків: Одіссей, 2001. – 800 с.

294. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. //Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №40-42. – Ст. 492.

295. Цивільно-правові угоди щодо землі /Авт.-упоряд.: В.П. Артеменко, О.С. Аблевський. – Київ: ІКЦ Леста. – 36 с.

296. Циппеліус Р. Юридична методологія: пер. з нім. /Р. Циппеліус. – Київ: Реферат, 2004. – 176 с.

297. Цуркан В.В. Співвідношення норм земельного та цивільного права при врегулюванні земельних правовідносин /В.В. Цуркан, С.І. Запара //Актуальні

питання вітчизняної юридичної науки: матеріали Другої Всеукраїнської науково-практичної конференції, (м. Суми, 16-17 квітня 2015 р.). – Суми: Сумський національний аграрний університет, 2015. – С. 55-57.

298. Цюра В.В. Субсидіарне застосування норм про представництво: вступ до проблематики /В.В. Цюра //Юридична Україна. – 2012. – №1. – С. 64-69.

299. Цюра В.В. Субсидіарне застосування норм про представництво: підстави, механізми і межі реалізації /В.В. Цюра //Юридична Україна. – 2012. – №2. – С. 62-66.

300. Чанишева А.Р. Іпотечні цивільні правовідносини: монографія /А.Р. Чанишева. – Одеса: Фенікс, 2009. – 148 с.

301. Чорнооченко С.І. Цивільний процес України: навчальний посібник /С.І. Чорнооченко. – Київ: Центр навч. літератури, 2004. – 308 с.

302. Чубоха Н.Ф. Принцип добросовісності у цивільному праві України /Н.П. Чубоха //Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – №2. – С. 171-174.

303. Швидка В.Г. Захист цивільних прав фізичних та юридичних осіб при розірванні договору найму (оренди) житла: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /В.Г. Швидка. – Одеса, 2015. – 202 с.

304. Шевченко Т.В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання /Т.В. Шевченко //Право і суспільство. – 2013. – №1. – С. 23-26.

305. Шевченко Я.М. Охорона і захист прав і інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах /За заг. ред. Я.М. Шевченка. – Харків: Харків юрид., 2011. – 528 с.

306. Шевчук Р.М. Діалектичний метод у правознавстві: окремі аспекти /Р.М. Шевчук //Філософські та методологічні проблеми права. – 2012. – №2. – С. 25-34.

307. Шершеневич Г.Ф. Избранное /Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. – Москва: Статут, 2016. – 496 с.

308. Шиндяпина Е.Д. Соотношение аналогии права и аналогии закона /Е.Д. Шиндяпина, С.В. Бошно //Юрист. – 2006. – №7. – С. 6-9.

309. Шмаленя С.В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 /С.В. Шмаленя. – Запоріжжя, 2008. – 228 с.

310. Штефан О.О. Колізії співвідношення Цивільного та Господарського законодавства у сфері інтелектуальної власності /О.О. Штефан //Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 29-30 квітня 2004 р.). – Київ: АПрНУ, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Я. Мудрого, 2004. – С. 490-500.

311. Явор О.А. Функції шлюбного контракту в сімейному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 /О.А. Явор. – Харків, 1996. – 14 с.

312. Яголковский С.Р. Системно-структурный подход и его использование в анализе мыслительной деятельности субъекта /С.Р. Яголковский //Вопр. психологии: научный журнал – 2009. – №6. – С. 43-51.

313. Ярошенко О.М. Методи подолання прогалин у трудовому праві України /О.М. Ярошенко //Проблеми законності: Акад. зб. наук. праць. – 2006. – Вип. 80. – С. 78-86.

314. Ярошенко О.М. Розмежування прогалин із суміжними юридичними категоріями у трудовому праві /О.М. Ярошенко //Проблеми законності. – 2009. – Вип. 105. – С. 71-77.