

На правах рукописи

ЩЕРБИНИН Андрей Геннадьевич

**ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОЛЕВОГО УЧАСТИЯ
ГРАЖДАН В СТРОИТЕЛЬСТВЕ ЖИЛЫХ ПОМЕЩЕНИЙ ДЛЯ ЛИЧНЫХ НУЖД**

Специальность 12.00.03 - Гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Тюмень - 2003

Диссертация выполнена в Государственном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Тюменский государственный университет»

Научный руководитель Заслуженный юрист РФ, член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор
Клеандров Михаил Иванович

Официальные оппоненты доктор юридических наук, профессор
Цихоцкий Анатолий Викторович

кандидат юридических наук
Цыганова Елена Михайловна

Ведущая организация – Тюменский государственный институт мировой экономики,
управления и права

Защита состоится 15 ноября 2003 года в 09-00 часов на заседании диссертационного совета КР 212.274.30 при Государственном образовательном учреждении «Тюменский государственный университет» по адресу: 625003, г. Тюмень, ул. Ленина, 38, зал заседаний совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Тюменского государственного университета.

Автореферат разослан «___» октября 2003 года

Ученый секретарь
диссертационного совета,
доктор юридический наук

Плесовских В.Д.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Настоящее исследование направлено на одну из форм участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд, которая наиболее часто применяется в нашей стране с начала 90х годов, - это долевое участие в строительстве. Появление данной формы вызвано, прежде всего, отступлением от централизованного государственного финансирования и развитием рыночных отношений в обществе. Возрастание роли частного капитала заставляет искать новые формы его вовлечения в экономику, наиболее выгодные участникам возникающих при этом отношений.

Теоретическое исследование данной проблемы обосновывается необходимостью анализа и обобщения законодательства о долевом участии граждан в строительстве жилых помещений. Хотя договор долевого участия в строительстве остается одним из наиболее распространенных при оформлении строительных отношений, он не урегулирован действующим законодательством, что, само по себе, порождает практические трудности, ведь «употребление неуказанного в Гражданском кодексе Российской Федерации договора лишает стороны возможности опираться на разработанные легальные конструкции и заставляет полагаться всецело только на сам текст договора и общие нормы Гражданского кодекса»¹. Эту же проблему поднимает Козлова Е.: «Возможно ли эффективно урегулировать правоотношения, возникающие при заключении договоров долевого участия в строительстве, посредством уже известных договоров или стоит законодательно выделить долевое участие в строительстве в качестве самостоятельного вида договоров?»². Встречаются и такие оценки действующего законодательства по инвестированию жилья: «Экономическая среда для инвестиционной строительной деятельности может быть оценена как неконкурентная, нестабильная, криминогенная и рискованная. Законодательная сфера является в высшей степени неустойчивой и неэффективной, позволяющей развиваться теневой экономике, а сами законы характеризуются низкой их стимулирующей ролью в развитии инвестиционной строительной деятельности»³. Романец Ю.В. по поводу долевого участия в строительстве отметил: «Требуют ли особенности долевого участия в строительстве специфического правового регулирования, и если требуют, то в чем оно должно выражаться, - проблема, заслуживающая самостоятельного углубленного анализа»⁴. Теоретические положения и

¹ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 1999. С. 483.

² Козлова Е. Поиск модели договора долевого участия в строительстве и его учетная регистрация // Хозяйство и право. 2002. № 2. С. 74.

³ Донцова Л.В. Экономико-математическое моделирование процессов инвестиционно-строительной деятельности // Менеджмент в России и за рубежом. 1999. № 1. С. 63.

⁴ Романец Ю. В. Как квалифицировать договоры долевого участия в строительстве? // Хозяйство и право. 2000. № 3. С. 78.

выводы, исходящие из анализа данного законодательства будут способствовать формированию устойчивой правовой базы для развития указанных отношений и приведут к развитию необходимого понятийного аппарата.

Состояние научной разработанности темы:

1. Перечисленные ниже факты и цифры говорят об отсутствии реального механизма государственной поддержки строительства жилья, о негативной ситуации в строительстве жилищного сектора в целом, в связи с чем вызвали растущий интерес исследователей к указанным проблемам: «В связи с кардинальными изменениями в экономике и заменой традиционных государственных источников финансирования на так называемые, «внебюджетные», в России возникла острейшая проблема с жилищными инвестиционными ресурсами»¹.

«По оценкам разных источников около 70 % строящегося коммерческого жилья финансируется по тем или иным схемам долевого участия в строительстве»². Если анализировать конкретные цифры: «Анализ работы Московской областной регистрационной палаты за 1997 год показывает, что около 95% регистрационных действий приходится на объекты жилого назначения»³. При этом мы имеем, в частности в Тюменской области, следующие цифры. В 2001 г. по Тюменской области было введено 1263,2 (тыс. кв. метров общей площади), из них по югу области -456,1, по Ханты-Мансийскому автономному округу – 689,3, по Ямало-Ненецкому автономному округу – 117,8.⁴ В 2002 г. по Тюменской области было введено 1247,5 (тыс. кв. метров общей площади), из них по югу области -472,8, по Ханты-Мансийскому автономному округу – 618,5, по Ямало-Ненецкому автономному округу – 156,1⁵.

2. Инициаторы проектов по строительству и приобретению жилья, привлекая средства граждан, зачастую полностью перекалдывают на них все специфические риски, связанные с реализацией подобных проектов. Граждане не способны контролировать эти риски и страховать негативные последствия их проявления. В этой связи их участие в такого рода проектах сопряжено с высоким риском возникновения ущерба. В отличие от

¹ Цылина Г.А. Жилищное финансирование и ипотечное кредитование // Жилищное строительство. 2000. № 1. С. 7.

² Лушкин С.А. Некоторые аспекты инвестирования строительства жилья на долевой основе // Экономика строительства. 2001. № 7. С. 16.

³ Киндеева Е.А. Формирование инструктивной базы по вопросам государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним на территории Московской области // Юридический мир. 1998. № 3. С. 48.

⁴ Социально-экономическое положение Тюменской области в январе-декабре 2001 года: Стат. Доклад. / Тюменский областной комитет госстатистики. Т.: 2002. С. 36.

⁵ Социально-экономическое положение Тюменской области в январе-декабре 2002 года: Стат. Доклад. / Тюменский областной комитет госстатистики. Т.: 2003. С. 33.

большинства стран, российские застройщики и заказчики жилья сегодня практически не используют банковские кредиты для целей финансирования строительства, предпочитая использовать различные схемы привлечения денежных средств от граждан. Причины связаны не только с тем, что цена на кредиты банков довольно высока, но и с тем, что при обращении в банк застройщик или заказчик должны иметь хорошо проработанные и обоснованные документы: бизнес-план, проект, смету, исполнение которых банк в состоянии профессионально оценить, а затем и проконтролировать их выполнение. В случае, если финансирование проекта ведется за счет средств граждан на основании договоров инвестирования или долевого участия, застройщики имеют большую степень свободы и меньшую ответственность за возможные отклонения. Граждане, желающие улучшить свои жилищные условия, вынуждены вкладывать свои сбережения в зачастую рискованные проекты строительства жилья, по сути, авансируя застройщиков. Застройщики при этом получают дешевый ресурс, которым пользуются без надежной системы надзора и контроля, резервов и других мер, направленных на защиту средств граждан.

3. Рост судебных споров, по-разному классифицирующих данные отношения, лишний раз свидетельствует о необходимости законодательной регламентации данного процесса. «Судебные споры, вытекающие из договоров о застройке, составляя значительную часть рассматриваемых арбитражными судами дел, представляют и немалые юридические проблемы, которые с принятием Гражданского кодекса, пожалуй, не стали проще»¹. Эту тенденцию отмечает и Князева Г.² При разрешении спорных ситуаций судебные органы, как правило, применяют к данным отношениям элементы различных видов договоров, например: подряд, инвестиционный, совместная деятельность, купля-продажа и другие. При этом часто квалификация отношений по застройке судами носит противоречивый характер.

4. Основная незащищенность граждан в исследуемых отношениях вызвана тем обстоятельством, что к отношениям по долевному участию в строительстве не применяется законодательство о защите прав потребителей. Для урегулирования данного вопроса необходимо вышеуказанное законодательство распространить на исследуемые в настоящей работе отношения. Хотя судебная практика в некоторых случаях решает споры в пользу гражданина, в общем, данная тенденция является противоречивой. Это обстоятельство обуславливает необходимость комплексного исследования договоров,

¹ Склоцкий К. Квалификация отношений по застройке и право на объект строительства в судебной практике // Хозяйство и право. 1998. № 10. С. 77.

² Князева Г. О практике рассмотрения споров о защите права собственности, в том числе по договорам простого товарищества и долевого участия в строительстве // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 2000. № 3. С. 45.

опосредующих отношения по строительству при участии в них граждан – потребителей, то есть граждан, не преследующих при строительстве своей целью извлечение прибыли, а строящих жилье для собственных семейных нужд.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие в сфере долевого участия граждан в строительстве жилых помещений.

Предметом исследования выступают проблемы, связанные с правовым регулированием долевого участия в строительстве, как формы участия в строительстве жилых помещений для личных нужд; рассмотрение правовой природы договора долевого участия в строительстве; определение его сторон, формы и существенных условий данного договора.

Цель и задачи исследования. Цель настоящей работы состоит в анализе правовой сущности отношений, складывающихся при долевом участии граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд для выявления и решения наиболее важных проблем теоретического и практического характера, а именно: а) попытке квалифицировать договор долевого участия в строительстве на основе действующего законодательства, выделив его основные признаки; б) определить его субъектный состав и объект недвижимости, право на который подлежит государственной регистрации; в) определить форму договора; г) выявить специфику правового регулирования данного договора, проанализировав и сравнив его с иными договорами, элементы которых содержит договор долевого участия в строительстве; д) рассмотреть проблемы, возникающие в процессе строительства объектов недвижимости между участниками строительства; е) выработать рекомендации по совершенствованию действующего законодательства, используя отечественный и зарубежный опыт.

В ходе исследования поставлены следующие задачи:

1) исследовать действующее законодательство, регулирующее отношения о долевом участии в строительстве, в том числе инвестиционное законодательство, положения гражданского кодекса об обязательствах, сделках, договоре, строительном подряде и иные положения с целью правовой квалификации договора и отношений по долевому участию граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд;

2) определить правовую природу договора долевого участия граждан в строительстве, рассмотреть его соотношение с иными договорами, регулирующими строительство жилых помещений для личных нужд;

3) определить правовое значение и целесообразность распространения законодательства о защите прав потребителей на отношения по долевому участию граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд, а также внести предложения в действующее

законодательство по возможным способам защиты прав потребителей при участии их в рассматриваемых отношениях;

4) определить значение государственной регистрации прав дольщика на построенный объект недвижимости, проанализировать действующую систему государственной регистрации прав на недвижимое имущество и выявить ее неадаптированность в отношении регистрации прав дольщика на вновь построенный объект недвижимости;

5) дать правовую оценку судебно-арбитражной практике, имеющей отношение к долевому участию граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд;

6) выявить целесообразность введения учетной регистрации договоров долевого участия в строительстве, используя при этом имеющийся опыт некоторых регионов.

Методология и методы исследования. Методологическую основу диссертационного исследования составляют применяемые в юридической науке и смежных с ней других общественных науках методы познания. В данном исследовании использованы следующие методы: диалектический (развитие инвестиционного строительства на современном этапе), исторический (какие формы строительства существовали ранее), сравнительного анализа (сравнение договора долевого участия в строительстве с иными договорами), дедукции (регистрации подлежат права на недвижимое имущество и жилое помещение как объект регистрации), индукции, логический, системный, наблюдения, технико-юридический и иные методы научного познания.

Научно-теоретическую основу исследования составляют труды С.И. Аскназия, В. Бублика, В.А. Белова, С.А. Бабкина, В. Бергмана, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, Е. Годэмэ, Б.М. Гонгалю, В.П. Грибанова, Д.В. Дождева, В.А. Дозорцева, Д.А. Добаткина, Н.Л. Дювернуа, Б.Д. Завидова, О.С. Иоффе, А. Кабалкина, А.И. Каминка, В.П. Камышанского, И.В. Козловой, О.М. Козыря, П.В. Крашенинникова, О.А. Красавчикова, А.В. Кузнецова, М.И. Кулагина, О.Г. Ломидзе, А.Л. Маковского, М.Г. Масевич, Д.И. Мейера, Н.А. Нерсесова, И.Б. Новицкого, И.А. Покровского, Ю.В. Романца, К.И. Скловского, Е.А. Суханова, О.Н. Садикова, П.И. Седугина, А.П. Сергеева, Б.М. Сейнароева, В.И. Синайского, О.Ю. Скворцова, Н.А. Сыроедова, Ю.К. Толстого, Ю.Б. Фогельсона, С.А. Хохлова, В.В. Чубарова, Б.Б. Черепихина, Г.Ф. Шершеневича, А. М. Эрделевского.

Нормативной основой исследования являются: Конституция Российской Федерации, гражданское и инвестиционное законодательство Российской Федерации, в том числе Федеральные законы, нормативно-правовые акты Президента РФ и Правительства РФ, гражданское законодательство Франции, Германии и иных зарубежных стран, нормативные акты Московской, Свердловской, Тюменской и других областей.

Эмпирической основой диссертации является судебная и арбитражная практика Высшего арбитражного суда Российской Федерации, Арбитражного суда Западно-Сибирского, Северо-Западного федерального округа, статистические данные по Тюменской области, практика органов технической инвентаризации, осуществляющих государственную регистрацию прав в отдельных регионах на начальном этапе формирования системы государственной регистрации прав на недвижимость, практика учреждений юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, практика инвестиционных и строительных компаний.

Научная новизна исследования. Научная новизна исследования заключается в том, что оно является первым в Российской Федерации комплексным критическим исследованием широкого круга теоретических и практических проблем, связанных с регулированием отношений, возникающих при долевом участии граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд на современном этапе, анализа правоприменительной практики судов, учреждений юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, бюро технической инвентаризации. При участии гражданина в отношениях по долевому участию в строительстве жилых помещений, независимо от цели участия, понятие дольщика и инвестора было тождественно. Автор на протяжении всего исследования проводит отличие данных понятий и отмечает, что при участии в строительстве жилых помещений для личных нужд граждан не будет являться инвестором и к нему не применимо законодательство об инвестиционной деятельности. На основании этого необходимо разделять договоры, заключаемые гражданами для личных и предпринимательских целей, и, в соответствии с этим, применять законодательство о защите прав потребителей. Впервые в науке, на основании выделения соответствующих признаков, формируется определение договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд, что способствует развитию и формированию положений о защите граждан-потребителей при их участии в строительстве. Обосновывается необходимость применения к рассматриваемым отношениям законодательства о защите прав потребителей. Автором выделяется перечень существенных условий договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд, которые рекомендуются для включения их в качестве императивных норм в действующее законодательство. При изучении исторического аспекта делается вывод, что существенной предпосылкой для формирования долевого участия в строительстве было существование долевого строительства жилищно-строительными кооперативами. Впервые в диссертации предлагаются и обосновываются способы страхования рисков

граждан при участии их в строительстве жилых помещений. Так же автор определяет целесообразность и необходимость введения учетной регистрации договоров долевого участия в строительстве и передачи прав по ним третьим лицам. Утверждается, что при определении цены договора для дольщиков-потребителей необходимо установить неизменную цену при полном расчете с застройщиком при заключении договора. Доказывается, что действующая система государственной регистрации прав не учитывает особенностей регистрации прав на вновь возводимые объекты.

Научную новизну диссертационного исследования конкретизируют следующие **положения, выносимые на защиту:**

1. Выдвижение новых аргументов в обоснование того факта, что необходимо четко отделять договоры, заключаемые для предпринимательских и личных целей. Направленность таких договоров и цели, преследуемые сторонами, носят противоположный характер, в связи с этим и правовая природа данных договоров различная. Если у сторон одного договора совместный интерес и цели у них одни и те же (строительство объекта и извлечение прибыли для предпринимательских целей), то стороны другого договора преследуют противоположные цели (получение жилого помещения в собственность для личных нужд). В связи с изложенным предлагается установить соответствующие особенности правового регулирования, изложенные в настоящем исследовании. Например: 1) применение законодательства о защите прав потребителей к отношениям по долевному участию граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд; 2) установления контроля за договорными условиями при участии в них граждан потребителей.

2. Выдвижение практических рекомендаций по определению существенных условий исследуемого вида договора, поскольку они не определены действующим законодательством. Исходя из объекта договора, его правовой квалификации, характера и направленности его обязательств, отношений, им регулируемых, определяются такие существенные условия, как цена, сроки производства работ, ответственность сторон. Определение существенных условий договора позволит защитить интересы добросовестной стороны в случае возникновения споров.

3. Обоснование положения о том, что проблема определения в договоре долевого участия в строительстве его объекта заключается в существовании различных методик, что позволяет застройщику по окончании строительства предоставить дольщику квартиру по его усмотрению, а не ту, которую стороны изначально имели в виду. Необходимо законодательно определить единую методику определения предмета договора, отталкивающуюся от проектной документации и позволяющую однозначно

идентифицировать объект недвижимости. Это позволит уйти от споров, возникающих по окончании строительства, по выделению объекта строительства в натуре.

4. Выдвижение положения о том, что при определении цены договора для дольщиков-потребителей необходимо установить неизменную цену договора при полном расчете с застройщиком. Это обуславливается, во-первых, тем, что застройщик с этого момента фактически пользуется денежными средствами и не платит никаких процентов дольщику. Во-вторых, при существующем мнении, что участники совместной деятельности вместе несут расходы и убытки, надо учитывать тот факт, что дольщик оплачивает застройщику рыночную стоимость объекта, а не себестоимость, поэтому вносить при этом дополнительную стоимость при удорожании материалов и иных факторов было бы противоречащим предпринимательской логике, так как дольщик, в данном случае, оплачивает кроме повышения себестоимости и повышение разницы стоимости, которая принадлежит застройщику.

5. Выявление в диссертации того факта, что отсутствие в законодательстве договора долевого участия в строительстве ставит вопрос о возможности отнесения законодательства о защите прав потребителей к рассматриваемым отношениям. Кроме этого, механизм защиты прав потребителей, существующий в действующем законодательстве, необходимо признать явно недостаточным. Сложившаяся ситуация должна быть урегулирована внесением соответствующих изменений в действующее законодательство. Для защиты прав потребителей необходимо: 1) распространить законодательство о защите прав потребителей на отношения по долевному участию в строительстве жилья; 2) ввести контроль над договорными условиями и установить обязательные условия, закрепленные в императивных нормах, для соблюдения прав дольщиков-потребителей.

6. Обоснование вывода о том, что при отсутствии законодательного регулирования отношений по долевному участию граждан в строительстве жилых помещений на практике проводится аналогия закона из различных по своей правовой природе договоров: договор о совместной деятельности, договор подряда, инвестиционный договор, договор купли-продажи. Исследуя практику сложившихся отношений, можно сделать вывод, что рассматриваемый договор в каждом конкретном случае требует исследования именно его содержания. Это связано с тем, что субъекты права не придерживаются конкретной модели, а правомерно пользуясь свободой договора, заключают различные по своей правовой природе договоры в зависимости от конкретной ситуации. В связи с этим становится несостоятельным отнесение договора долевого участия в строительстве к конкретному виду договора. В целях устранения

данного правового пробела, на наш взгляд, необходимо отнести долевое участие в строительстве к подрядным отношениям и внести дополнение в главу 37 Гражданского кодекса Российской Федерации, создав дополнительный параграф «Долевое участие в строительстве», расположив его после третьего параграфа о строительном подряде. Это позволит, прежде всего, распространить на отношения по долевому участию, законодательство о защите прав потребителей.

7. Обоснование вывода, указывающего на отсутствие в действующей системе государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним особенностей регистрации вновь возводимых объектов и регистрации сложных объектов. На практике при государственной регистрации прав на квартиры во вновь построенном жилом доме дольщик предоставляет документы на свою квартиру, а заказчик на весь дом. При этом, последний ничего не регистрирует, а сдает документы для дольщика. Это не закреплено в законе. То есть, практика государственной регистрации полностью расходится с действующим законодательством, что приводит к мысли упорядочить законодательство о государственной регистрации прав.

8. Установление в диссертации того факта, что для достижения целей государственной регистрации и избежания случаев злоупотребления своими правами сторонами договора необходимо ввести учетную регистрацию договоров долевого участия в строительстве и передачи прав по ним третьим лицам. Это позволит избежать повторного заключения договора на один и тот же объект, а также повторной уступки прав по данным договорам. Данная регистрация будет носить учетный характер и в итоге окажет вспомогательную правозащитную роль.

Теоретическая и практическая значимость результатов исследования заключается в том, что содержащиеся в нем основные выводы и предложения могут быть использованы: а) при разработке законопроектов, проектов изменений и дополнений в действующее законодательство, касающихся отношений по долевому участию в строительстве; б) в правоприменительной деятельности судов, учреждений юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, строительных и инвестиционных компаний; в) для преподавания учебных дисциплин, содержащих положения данного исследования. В процессе исследования выявляются пробелы и недостатки правового регулирования отношений по долевому участию в строительстве, обобщается и анализируется судебная практика, практика учреждений юстиции по регистрации прав на недвижимость в различных регионах.

Апробация и реализация результатов исследования. Настоящая работа подготовлена на кафедре гражданского и семейного права Института государства и права Тюменского государственного университета. Автор участвовал в региональной научно-практической конференции «Юридическая наука и юридическое образование в России на рубеже веков: состояние, проблемы, перспективы» (26-27 октября 2000 года), научно-практической конференции «Правовые и политические проблемы современности» (15 декабря 2002 года). Результаты использованы при прочтении спецкурса «Правовое регулирование рынка недвижимости» и предмета «Гражданское право» в Институте государства и права Тюменского государственного университета, опубликовано по теме диссертации семь статей, издано одно научно-практическое пособие. Автор участвовал во многих спорах строительных компаний в городе Тюмени, давал интервью в газету «Квартирный вопрос» по проблемам долевого участия в строительстве, работал государственным регистратором прав на недвижимое имущество и сделок с ним по вопросам долевого участия в строительстве.

Структура диссертации обусловлена целью исследования, которое состоит из введения, трех глав, объединяющих 11 параграфов, заключения и библиографического списка использованных источников.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, определяются его цели, задачи, объект, предмет, указываются теоретическое и практическое значение работы, ее научная новизна, формулируются выносимые на защиту положения и выводы, указывается эмпирическая основа работы, ученые и специалисты, труды которых были использованы при написании работы, отмечается апробация полученных результатов исследования.

Первая глава «Долевое участие в строительстве как самостоятельный институт гражданского права» раскрывает сущность института долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд и рассматривает содержание долевого участия в строительстве, через научные категории определяются его признаки. Само по себе долевое участие в строительстве является экономической категорией и опосредует отношения в строительстве по созданию или реконструкции объектов. В последствии отмечается, что в данном исследовании рассматриваются проблемы, которые носят чисто юридический характер, поскольку относительно недавно созданная экономическая модель еще не успела сформировать свою правовую оболочку или, можно сказать, свой правовой регулятор. Отношения долевого участия в строительстве были результатом практического решения проблемы в строительстве объектов недвижимости в сложившейся ситуации. Уже давно возникает вопрос о целесообразности выделения данных отношений. На наш взгляд, такая необходимость возникает в связи со следующими факторами: во-первых, предпринимательская деятельность предполагает наличие профессиональных участников рынка и направлена на извлечение прибыли, во-вторых, требуется защита граждан, строящих жилое помещение для своих личных нужд.

После рассмотрения основных моментов отношений долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд выделяются следующие признаки, которые являются конституционными для данной правовой категории:

1. Участие дольщика по договору о долевом участии в строительстве заключается только в передаче денежных средств без дальнейших практических действий по созданию объекта.
2. Все расходы и убытки, возникающие при строительстве объекта, относятся на счет строительной организации, которая самостоятельно осуществляет строительство, и, следовательно, отвечает за все негативные последствия. Дольщик может понести какие-либо расходы только в случаях, определенных действующим законодательством.

3. Дольщик участвует в строительстве только своей доли, поэтому дольщика интересует только его квартира, хотя здесь не надо забывать о местах общего пользования, затраты на которые стороны несут пропорционально своим вкладам.

4. Отношения сторон по долевому участию в строительстве нельзя понимать как инвестиционную деятельность, если в них участвуют граждане, строящие квартиру для личных потребностей.

После рассмотрения признаков автор делает выводы о том, что при регулировании отношений по долевому участию в строительстве необходимо различать цели участников строительства, в связи с чем отдельному рассмотрению подлежат договоры с участием в них граждан-потребителей.

Далее в диссертации исследуется исторический аспект долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд. Указывается на необходимость исследования явлений в динамике. При рассмотрении долевого участия в строительстве присущие ему признаки могут быть поняты с учетом исторической и экономической необходимости. Показывается, как правовой институт исторически складывался, какова его экономическая и историческая необходимость и в чем закономерности развития. В результате рассмотрения делается вывод, что какие-либо схемы долевого участия граждан в строительстве могли быть введены только на государственном уровне, что обуславливалось решением одной из важнейших задач – решением жилищного вопроса. В этих целях анализу и рассмотрению подвергается деятельность граждан в жилищно-строительных кооперативах. Оценивая данную форму участия в строительстве на рассматриваемом этапе, отмечается, что преимущественно финансирование осуществлялось за счет средств государства через кредит банка.

После рассмотрения исторического аспекта долевого строительства жилых помещений для личных нужд делаются следующие выводы. Старая система жилищного финансирования характеризовалась, в основной массе, государственным бюджетным финансированием. Исключение составляло строительство жилых домов жилищно-строительными кооперативами, что являлось единственной формой долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд. Приводятся отличия жилищной кооперации от современной системы долевого участия в строительстве: обязательное членство в кооперативе при приобретении в нем квартиры - «право на квартиру в кооперативном доме основано на членстве в кооперативе, поэтому она может быть предоставлена только члену ЖСК, нуждающемуся в улучшении жилищных

условий»¹; при внесении взносов до 1990 г. построенная квартира являлась собственностью кооператива; на начальном этапе требовалось внести всю стоимость жилого помещения; для участия в кооператив принимались только лица, нуждающиеся в улучшении жилищных условий; помещения приобретались только для личных бытовых потребностей (а не для предпринимательских целей); государство было постоянным контролирующим органом происходящих процессов.

При рассмотрении зарубежного опыта привлечения частных средств отмечается относительная сбалансированность спроса и предложения. Это вызвано доступностью готовых построенных квартир, наличия экономических и правовых механизмов по обеспечению возвратности вложенных средств.

Сравнительно-правовой анализ зарубежных и отечественной систем показал, что зарубежные системы долевого участия в строительстве имеют свои принципиальные особенности. Фирмы, занятые в строительной деятельности, для более конструктивной организованности объединяются между собой, что позволяет значительно снизить стоимость строительства жилья, а также расходы и многие издержки. Представителем заказчика является отдельное лицо (архитектор в Швеции, Финляндии, группа в США, генеральный подрядчик в Германии), которое подбирает необходимых для строительства специалистов, определяющих подлежащий выполнению объем работ. Отмечается, что в ряде зарубежных стран действует поддержка граждан, особенно молодых семей, для приобретения квартиры в собственность. Для этого ограничиваются все виды налогообложения физических и юридических лиц, устанавливается парламентом твердая ставка банковского кредита на приобретение молодыми семьями квартир, снижается на 25-50 % плата (в зависимости от количества родившихся детей) за приобретенную молодыми семьями квартиру. Особое внимание уделяется вопросам ценообразования. Контроль и наблюдение за ценами осуществляют государственные органы. Государство может устанавливать предельный уровень цен, превышение которого требует предварительного уведомления и обоснования.

Автор делает вывод о том, что по сравнению с западными странами, где развиты институты по жилищному кредитованию, в нашей стране данные институты еще формируются, а те, которые сформированы, еще не могут предоставлять услуги надлежащего качества.

Далее в работе оценивается состояние действующего законодательства о долевом участии граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд. Рассматривается

¹ Советское жилищное право: Учебное пособие. / Под ред. В.А. Золотаря, П.Н. Дятлова. Киев: Издательство при Киевском государственном университете издательского объединения «Вища школа», 1985. С. 173.

проект закона "О защите прав и законных интересов граждан и их объединений, вкладывающих денежные средства в строительство и приобретение жилья". После критической оценки законопроекта отмечаются его основные негативы. Отсутствует установление обязательности введения системы страхования рисков неисполнения обязательств. Статья 20 данного законопроекта предлагает создавать компенсационные фонды лишь на добровольной основе. В связи с этим предлагается ввести обязательную систему страхования рисков, изложенную во второй главе настоящего исследования.

Следующим негативным моментом является излишнее усложнение процесса строительства (составление и регистрация жилищного проекта, составление проектной декларации). Предлагается основной акцент сделать на страховании рисков потери гражданами вкладов, а не на процедуру, усложняющую процесс строительства.

Проведенный анализ законодательства о долевом участии в строительстве позволяет сделать вывод о необходимости проведения его систематизации. Разрозненность правовых норм, регулирующих данные отношения, создает большие трудности. Давность принятия и вертикальная структура различных нормативных актов приводят к определенной несогласованности. Поэтому можно утверждать, что законодательство о долевом участии нуждается в серьезном совершенствовании и урегулировании.

Вторая глава «Понятие и элементы договора долевого участия» посвящена определению содержания рассматриваемого договора. Для определения правовой природы договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд необходимо провести комплексный анализ данного института с использованием сравнительно-правового метода исследования. Определение правовой природы производится через основные родовые и видовые признаки договора. Определяя направленность обязательства, автор приходит к выводу, что данный договор является договором на передачу имущества в собственность граждан. Следующий признак, который особо выделяется, это непредпринимательский характер рассматриваемого обязательства. Дольщик строит жилые помещения не для извлечения прибыли, а, исключительно, для собственного проживания, то есть для личных потребительских целей. То, что дольщик не является партнером, говорит тот факт, что он уплачивает рыночную цену при заключении договора за строящуюся квартиру, в данной цене содержится себестоимость квартиры и прибыль застройщика. Этот критерий должен быть основополагающим и определяющим при формировании условий рассматриваемого договора. В последствии делается вывод, что договор долевого участия в строительстве можно отнести к договорам, которые прямо не предусмотрены действующим законодательством, а возможность его заключения обусловлена принципом свободы

договора, в соответствии с которым стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и непредусмотренный законом или иным правовым актом (ст. 421 ГК РФ). При участии в отношениях по долевому участию в строительстве жилых помещений гражданина, независимо от цели участия, понятие дольщика и инвестора было тождественно. Автор на протяжении всего исследования проводит отличие данных понятий и отмечает, что при участии в строительстве жилых помещений для личных нужд, гражданин не будет являться инвестором и к нему не применимо законодательство об инвестиционной деятельности. На основании этого необходимо разделять договоры, заключаемые гражданами для личных и предпринимательских целей и, в соответствии с этим, применять законодательство о защите прав потребителей. Следующим признаком договора долевого участия является его особый предмет регулирования, то есть отношения складываются по поводу недвижимого имущества – жилого помещения. Характеристика и свойства недвижимости определяют в значительной мере правовое регулирование рассматриваемых отношений. При определении правовой природы рассматриваемого договора устанавливается, что это двухсторонний договор (взаимный, синаллагматический), то есть договор, по которому у каждой из сторон есть права и обязанности; возмездный, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей (п.1 ст. 423 ГК). Рассмотрев основные правообразующие признаки долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд и существующие определения договора долевого участия, диссертант попытался сформулировать определение договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд. Это соглашение, с одной стороны, организации-застройщика, с другой стороны, физических лиц (потребителей-дольщиков) по вложению денежных средств последними в строительство в целях получения в будущем полезного результата в форме конкретной квартиры для личных потребительских нужд, осуществляемое на страх и риск застройщика на основе договора о долевом участии в строительстве.

В последствии автор проводит соотношение категорий «форма сделки» и «государственная регистрация сделки», утверждая, что последняя не является формой сделки. Поэтому при рассмотрении договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений необходимо помнить, что вопрос «о соблюдении надлежащей формы сделки решается вне зависимости от выполнения условия о ее государственной регистрации». После проведения анализа о возможности государственной регистрации договора долевого участия делается вывод, что провести ее не представляется возможным. Это вытекает из следующих положений: государственной регистрации

подлежат только сделки, регистрация которых предусмотрена действующим законодательством; в соответствии с законодательством о государственной регистрации для государственной регистрации сделки необходимо наличие открытого раздела на объект недвижимости, который в нашем случае отсутствует.

Анализируя положения об обязательности государственной регистрации всех договоров, опосредующих сделки с недвижимостью, автор делает вывод о целесообразности такой регистрации. Что касается их обязательности, то автор присоединяется к тем авторам (Скворцов О.Ю., Романец Ю.В., Пискунова М. Крылов С., Козырь О., Сыроедов Н.А. Крашенинников П.В.), которые утверждают, что обязательной государственной регистрации подлежат лишь те договоры, регистрация которых предусмотрена законом. В связи с этим договор долевого участия в строительстве жилых помещений государственной регистрации не подлежит. Далее автор анализирует целесообразность введения учетной регистрации договора долевого участия в строительстве. Исследуется практика проведения данной регистрации в некоторых регионах (Москва, Тюмень) и указывается на неправомерность проведения такой регистрации. На основании изложенного автор заключает, что практика подсказывает целесообразность учетной регистрации договоров долевого участия в строительстве жилых помещений, а для правомерности введения данной регистрации необходимо установление данных правил на федеральном уровне. Так же делается вывод о целесообразности заключать все договоры долевого участия в строительстве жилья с заказчиком (одним лицом), а все договоры уступки права требования по данным договорам производить с обязательным уведомлением последнего.

Решая вопрос о наличии или отсутствии в конкретном договоре существенных условий, автор исходит из объекта договора, его правовой квалификации, характера и направленности его обязательств. В связи с неурегулированием договора долевого участия в строительстве возникает серьезная проблема в отношении существенных условий, установленных законом. Необходимо констатировать, что аналогия закона и права в данном случае недопустима. В связи с этим автором дается практическая рекомендация, что при определении существенных условий стороны должны максимально определить все условия в тексте договора, требуя при этом признания их существенными. Таким образом, данные условия становятся существенными в силу требования их включения в договор одной из сторон.

При определении объекта строительства существуют различные методики. Указывается на необходимость единой методики определения объекта договора, позволяющей установить, сколько договоров заключено на объект строительства, и на какой именно объект заключен договор. Так же необходимо иметь в виду, что передача жилых

помещений в натуре возможна только при сдаче жилого дома в эксплуатацию. До сдачи жилого дома в эксплуатацию дольщик может иметь только долю в незавершенном строительстве объекте.

После проведения анализа указанных выше признаков договора выделяются те существенные условия договора долевого участия в строительстве, которые, на наш взгляд, хотелось бы отразить в действующем законодательстве, и которые будут являться существенными для договоров данного вида с учетом целесообразности их применения для данной договорной формы. Условие о предмете договора универсально, оно является существенным для любого договора в соответствии с действующим законодательством. Что касается иных условий договора, то существенным (обязательным) условием является срок исполнения обязательства. Целесообразность определения в договоре сроков выполнения работ вытекает из характера строительной деятельности, то есть явно, что обязательства выполняются в течение какого-то промежутка времени. Предлагается определить существенным условие о цене договора, так как он заключается в отношении недвижимого имущества, где очень важно определение цены по аналогии с куплей-продажей недвижимости.

При исследовании правозащитного аспекта деятельности дольщика в строительном процессе, как стороны договора долевого участия, установлено, что участие в договорах непрофессионалов, а тем более граждан–потребителей, обуславливает необходимость комплексной защиты их интересов. Данная защита может выражаться во введении обязательных требований для застройщика, контроле за договорными условиями со стороны государства, государственного регулирования цен на услуги застройщика, введение системы страхования рисков. Для этого автором анализируются и классифицируются недобросовестные условия договора. Так же предлагается и обосновывается введение системы страхования рисков, включающей самострахование, профессиональное страхование и привлечение для страховых целей бюджетных источников. Привлечение государственных страховых резервов должно производиться как дотационное при нехватке средств организаций.

Устанавливается бесспорность того факта, что на гражданина, строящего жилое помещение для личных нужд, должно распространяться законодательство о защите прав потребителей, так как дольщик не является инвестором и его деятельность не должна регулироваться законодательством об инвестиционной деятельности.

Третья глава «Соотношение договора долевого участия с другими договорами и оформление вещных прав» посвящена установлению различий договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд с иными договорами, предусмотренными гражданским законодательством, а также вопросам государственной регистрации прав, возникших из рассматриваемого договора. В связи с

этим обосновываются положения о том, что при отсутствии законодательного регулирования отношений по долевому участию граждан в строительстве жилых помещений на практике проводится аналогия закона из различных по своей правовой природе договоров: договора о совместной деятельности, договора подряда, инвестиционного договора и договора купли-продажи. Исследуя практику сложившихся отношений, автор делает вывод, что рассматриваемый договор в каждом конкретном случае требует исследования именно его содержания. Это связано с тем, что субъекты права не придерживаются конкретной модели, а правомерно пользуясь свободой договора, заключают различные по своей правовой природе и условиям договоры в зависимости от конкретной ситуации. В связи с этим становится несостоятельной отнесение договора долевого участия в строительстве к конкретному виду договора.

Анализируя соотношение договора о совместной деятельности и договора долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд, автор приходит к выводу, что последний не обладает существенными признаками, присущими совместной деятельности: соединение сторонами вкладов, совместные действия сторон, наличие у сторон единой цели (извлечения прибыли) или иной цели, предпринимательский характер обязательства.

Отнесению договора подряда к рассматриваемым отношениям препятствуют следующие обстоятельства: 1) договор подряда заключается на весь объект, 2) подрядчик, если не является инвестором, не обладает правом на объект строительства, а лишь имеет право на вознаграждение, 3) в подрядных отношениях заказчик предоставляет подрядчику для производства работ земельный участок. В работе отмечается, что препятствия для отнесения исследуемых отношений к подрядным более преодолимы и, по своей сути, отношения долевого участия очень близки к подрядным.

Квалификации исследуемого договора, как купли-продажи, препятствует неопределенность предмета и объекта договора долевого участия. Кроме того, дольщика интересует и сам процесс изготовления вещи. О невозможности отнесения договора долевого участия к инвестиционной деятельности говорят выводы автора, сделанные на протяжении всего исследования, основанные на том, что деятельность дольщика по строительству для личных нужд жилого помещения не является предпринимательской, не преследует коммерческие цели, следовательно, по своей сути не может регулироваться законодательством об инвестиционной деятельности. При установлении отсутствия тождества обязательств, по оказанию услуг и рассматриваемых, указывается на то обстоятельство, что в обязательствах последних заказчика интересует не только процесс, но и результат работы.

При исследовании правовых аспектов государственной регистрации прав, возникших из договоров долевого участия в строительстве, делается вывод о необходимости отличать государственную регистрацию прав на недвижимое имущество путем внесения записей о правах в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним, как акт укрепления прав на недвижимость, имеющий правообразующее значение от иной регистрации, которая носит учетный характер. Анализируя правовое значения момента передачи жилого помещения дольщику, делаются следующие выводы: 1) передача свидетельствует об исполнении обязательств застройщиком (здесь необходимо учитывать то, что она должна быть произведена после сдачи жилого дома в эксплуатацию); 2) передача вещи свидетельствует о необходимости произведения окончательных расчетов и иных обязательств со стороны дольщика.

Обосновывается вывод, указывающий на отсутствие в действующей системе государственной регистрации прав особенностей регистрации вновь возводимых объектов и регистрации сложных объектов. На практике, при государственной регистрации прав на квартиры во вновь построенном жилом доме, дольщик предоставляет документы на свою квартиру, а заказчик на весь дом. При этом, последний ничего не регистрирует, а сдает документы для дольщика. Это не закреплено в законе. То есть, практика государственной регистрации прав на недвижимость полностью расходится с действующим законодательством, что приводит к мысли упорядочения законодательства о государственной регистрации прав. Так же при анализе действующей системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним делается вывод, что для достижения целей государственной регистрации прав и избежания случаев злоупотребления своими правами сторон договора необходимо ввести учетную регистрацию договоров долевого участия в строительстве и передачи прав по ним третьим лицам. Это позволит избежать повторного заключения договора на один и тот же объект, а также повторной уступки прав по данным договорам.

При рассмотрении роли государственной регистрации прав в определении правового статуса незавершенного строительством объекта и объекта строительства, введенного в эксплуатацию, устанавливается, что действующее законодательство не дает нам однозначного определения понятия незавершенного строительства. В различных нормативных актах, его регулирующих, рассматриваются конкретные положения, касающиеся решения каких-либо вопросов при незавершенном строительстве объектов. После выделения имеющихся в теории и нормативных актах признаков формулируется определение незавершенного строительства. Незавершенное строительство – это объект строительства, на который получены все необходимые согласования, но который не сдан в

эксплуатацию государственной комиссии по причине отсутствия финансирования, возможности фиксации данного объекта путем прекращения в отношении его действующего договора подряда и истечения нормативных сроков строительства.

Делается заключение, что необходимо признавать объект незавершенного строительства недвижимым, независимо от необходимости совершения с ним сделки или иных факторов, не влияющих на его правовую природу, а в отношении совершения с ним сделки следует установить определенные правила отчуждения. Например, фиксация объекта на определенной стадии строительства перед отчуждением путем проведения государственной регистрации прав.

При определении объекта недвижимым необходимо применять классические критерии классификации, такие как неразрывная связь с землей, невозможность перемещения объекта без соразмерного ущерба его назначению, повышенная экономическая ценность, незаменимость, индивидуальная неопределенность, многократное использование в процессе производства. На основании изложенного делается вывод о том, что определяющим фактором в определении объекта как недвижимого являются не столько признаки данного вида имущества, сколько указание объекта в качестве недвижимого в законе.

В **заключении** сформулированы обобщения и выводы, вытекающие из диссертационного исследования, а также содержатся предложения по совершенствованию действующего законодательства о долевом участии в строительстве жилых помещений и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

ОСНОВНЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ОПУБЛИКОВАНЫ В СЛЕДУЮЩИХ РАБОТАХ АВТОРА:

1. Щербинин А.Г. Долевое участие в строительстве. Книга первая: Научно-практическое пособие / Под научной ред. Заслуженного юриста РФ, д. ю. н. академика Севрюгина В.Е. Тюмень: Вектор-бук, 2002. 7,2 п.л.
2. Щербинин А.Г. Законодательство о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: современный этап развития / Актуальные проблемы юриспруденции. Выпуск 4. Тюмень: Изд-во ТГУ, 1999. 0,3 п.л.
3. Щербинин А.Г. Вновь созданные объекты недвижимости жилого назначения: государственная регистрация / Ученые записки Института государства и права Тюменского государственного университета. Тюмень: Изд-во Тюменского государственного университета, 2000. 0,4 п.л.

4. Щербинин А.Г. «Некоторые вопросы государственной регистрации прав на жилые помещения» / Юридическая наука и юридическое образование в России на рубеже веков: состояние, проблемы, перспективы. Тюмень: Изд-во Тюменского государственного университета, 2001. 0,3 п.л.
5. Щербинин А.Г. Правозащитный аспект деятельности дольщика в строительном процессе как стороны договора долевого участия / Правовые и политические проблемы современности. Материалы научно-практической конференции. Тюмень: Тюменская областная Дума. 2003. 0,5 п.л.
6. Щербинин А.Г. Зарубежный опыт привлечения инвестиций в строительство жилья // Недвижимость и инвестиции: правовое регулирование. 2003. № 1-2. 0,5 п.л.
7. Щербинин А.Г. О «дольщике» бедном замолвите слово // Коллегия. 2003. № 3. 0,2 п.л.
8. Щербинин А.Г. Особенности договора долевого участия граждан в строительстве жилья для личных нужд // Журнал Российского права. 2003. № 10. 0,4 п.л.