## Федеральное агентство по образованию

**Государственное образовательное учреждение высшего**

**профессионального образования**

**«Тихоокеанский государственный университет»**

##### Дальневосточный юридический институт

#### Кафедра Государственно-правовых дисциплин

#### Специальность 021100 «Юриспруденция»

Допустить к защите

#### Директор ДВЮИ, д.ю.н., профессор

Лончаков А.П.\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

«\_\_\_\_\_» \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_2006 г.

Правовое регулирование обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью

Дипломная работа

ВКР 010420431

Студент

заочного ускоренного обучения

гр. Юу - 1 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Рысаков А.С.

**Руководитель**

преподаватель кафедры гражданского права и

предпринимательской деятельности \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**Консультант**

главный специалист отдела продажи государственного имущества

КГУ «Фонд имущества Хабаровского края» \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Хабаровск – 2006

**РЕФЕРАТ**

Выпускная квалификационная работа содержит пояснительную записку на 133 листе формата А4, включающую 119 литературных источников, 4 приложения.

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ НЕДВИЖИМОСТИ, НЕДВИЖИМОСТЬ, СДЕЛКИ С НЕДВИЖИМОСТЬЮ, МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВОМЕРНОСТИ И ЗАКОННОСТИ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ, ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОБЕСПЕЧЕНИЯ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ

Объект исследования – механизм обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью.

Целью работы является проведение теоретического анализа межотраслевого подхода в правовом регулировании сделок с недвижимостью, и выявление и раскрытие сущности специфического механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью.

В данной работе рассмотрены правовое регулирования сделок с недвижимостью, которое представляет собой, с точки зрения системы права, межотраслевое регулирование, состоящее из нормативно-правовых актов, входящих как в систему частного права, так и в систему публичного права. Выявлены также «регулятивная» и «охранительная» направленность права в правовом регулировании общественных отношений в данной сфере. Разработаны теоретические основы механизма обеспечения сделок с недвижимостью и раскрыта его структура.

**СОДЕРЖАНИЕ**

# Введение 7

## Теоретические аспекты правового регулирования обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью 11

## 1.1 Историко-правовой анализ возникновения представлений о недвижимости как объекта права 11

1.2 Правовой режим недвижимости 16

1.3 Регулятивные и охранительные функции права в правовом регулировании сделок с недвижимостью 22

1.4 Понятие и юридические признаки недвижимого имущества 30

## 1.5 Особенности совершения сделок с недвижимым имуществом: частноправовые и публично-правовые начала 52

2 Механизм обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью 65

2.1 Понятие и структурные элементы механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью 65

2.2 Сравнительно – правовой анализ законности и правомерности 70

2.3 Система органов, осуществляющих обеспечение правомерности и законности сделок с недвижимостью. Правовые и организационные принципы их взаимодействия 80

2.4 Правовые средства обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью 108

2.5 Правовые проблемы эффективности механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью 115

Заключение 129

Список использованных источников 130

Приложение А Правовое регулирование сделок с недвижимостью (межотраслевое построение)

Приложение Б Структура механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью

Приложение В Субъекты механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью

Приложение Г Структура органов и должностных лиц, осуществляющих государственную регистрацию прав и сделок с недвижимостью

**ВВЕДЕНИЕ**

Трудно переоценить значимость недвижимого имущества для политической, экономической и правовой системы любого организованного общества. Как для товаропроизводительных отношений, так и для правового регулирования имущественного оборота исключительно недвижимость, несмотря на периодически приобретающую определенную значимость производную группу нематериальных объектов (имущественные права, деньги, ценные бумаги и т.д.), всегда была и остается стержнем и высшим смыслом какой бы то ни было государственности. Для публичного права земля, ее поверхность, в том числе покрытая лесом или водой, земля, отчасти даже разделенная на условные участки с относительно различным правовым положением (режимом), всегда является территорией государства. «Территория не только существеннейший производительный капитал нации; она - место для ее жизни, она в подлинном смысле «дом» нации, дом, в котором она живет всеми сторонами своего существования»./ /

Стремление же гражданина (юридического лица) стать обладателем недвижимого имущества - не только суть социально-психологических стремлений отделить себя как индивида от власти и государства, но и единственный такого непереоценимого уровня и значимости экономико-правовой способ включения субъекта в цивилизованный и свободный предпринимательский оборот, обеспечивающий истинное духовное и имущественное процветание.

Таким образом, недвижимость как объект гражданских прав, представляет собой меру свободы, часть «суверенитета» субъекта права и некую форму обособленности правового положения субъекта выражающуюся в принадлежности конкретных прав и обязанностей по отношению к конкретным объектам недвижимости.

Данная работа, представляет собой теоретико-практическое исследование темы, имеющей в российской правовой действительности особое и актуальное значение в силу постоянно «растущего» оборота недвижимости, что требует в свою очередь адекватного правового регулирования, в целях обеспечения прав всех участвующих в данных правоотношениях лиц, и поддержки стабильности в указанной области общественных отношений.

К сожалению, в России особая актуальность исследуемой темы вызвана не только проблемами теоретического характера, но и проблемами практическими, связанными с обеспечением сделок с недвижимостью в такой степени, когда требуется зачастую сохранение жизни контрагента, либо его независимости и самостоятельности как стороны в договоре, и т.д.

В связи с этим хотелось бы отметить, что правовое регулирование объектов недвижимости в части «регулятивной направленности» в значительной степени выстроено в области частного права, с незначительным преобладанием публичности. Что же касается «охранительной направленности» в правовом регулировании, то этот аспект достаточно глубоко исследован, и поиски не прекращаются по сей день, цивилистами (за что огромное им спасибо и низкий поклон), в рамках отраслей частного права. Но практически ни как не изучен представителями публичного права, что само по себе является странным.

Необходимость изучения «охранительной направленности» права в правовом регулировании оборота объектов недвижимости «диктует сама жизнь», в том смысле и в той степени, когда необходимо найти, классифицировать и внедрить в практику эффективные правовые средства охраны и защиты права собственности, иных вещных и обязательственных прав. Автор данной работы, имеет ввиду, именно концепцию построения и использования эффективного правового инструментария, в том числе уже имеющегося. В данном случае, речь идет не о вторжении в цивилистику, а на базе цивилистических представлений создать публично-правовую систему охраны и защиты прав на недвижимость, причем используя инструменты, разработанные и использующиеся в рамках частного права.

Автор хочет сразу предостеречь тех, у кого может сложиться мнение о том, что предлагаемая работа будет иметь целью соединение частных и публичных начал в сторону преобладания публичных с параллельным вторжением в частную сферу. Нет, это не так.

Конституционные гарантии прав собственника, принципы единства экономического пространства, свободы перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции и свободы экономической деятельности не могут быть реализованы иначе, чем утверждением в государственной деятельности, судебной практике, повседневной жизни людей принципиальных, кристаллизирующихся тысячелетиями идей частного права. Основные начала гражданского законодательства, возносящиеся, по существу, в главенствующие частноправовые принципы, обеспечиваются не только юридическим их провозглашением (ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее - ГК РФ), но и гарантированным прочным правом собственности, в том числе стабильным, уверенным и защищенным вещным обладанием участниками имущественных отношений недвижимым имуществом./ /

Исходя из этого, автор данной работы, представит исследование, целью которого будет поиск системы органов публичного права и правовых средств обеспечения законности при обороте объектов недвижимости, но ни в коем случае не смешивание публичного и частного в одно целое. Каждое правовое направление (частное или публичное) имеет свое строго определенное место в системе права. В общем и целом, конституирующей целью исследования выступает именно поиск публично-правовых средств обеспечения сделок с недвижимостью, опирающихся именно на частноправовые средства. Причем, обратите внимание, речь идет именно о поиске, т.е. среди уже существующих, а не о создании новых.

Таким образом, вся суть работы заключается в поиске баланса в правовом регулировании оборота недвижимости, с целью обеспечить этот самый оборот публично-правовыми средствами именно «охранительной направленности» там, где оказывается бессильным право частное.

1 Теоретические аспекты правового регулирования обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью

**1.1 Историко-правовой анализ представлений о недвижимости как объекта права**

Наиболее полно, исследуя воззрения многих юристов различных исторических эпох, историю возникновения недвижимости как объекта права, отразил С.А. Степанов. Поэтому в большей степени, хотелось бы процитировать этого замечательного ученого.

Редкое современное исследование в цивилистике не содержит более или менее подробного воспроизведения основных положений Римского частного права, ранее изложенных в научных и учебных произведениях. Обширный эмпирический материал, производные комментарии и обобщения специалистов теории и истории римского права позволяют, не останавливаясь подробно на аргументации отдельных, ранее обоснованных в литературе заключений, сформулировать принципиальные, отправные для раскрытия последующего материала историко-правовые позиции.

В целом римское право не придавало естественному делению вещей особую юридическую значимость, столетиями вырабатывая систему объектов гражданских прав в целом (вещей телесных и бестелесных). Классификация вещей на движимые и недвижимые (res mobiles и immobiles) констатировалась лишь в редких источниках. Исследователи права того периода только предполагают, что древние юристы к недвижимым вещам относили такие вещи, перемещение которых без вреда для их субстанции недопустимо. Это земля (solum) и всякая ограниченная часть территории (fundus, praedium). Иные вещи, прочно прикрепленные к земле, по римскому воззрению, не являлись самостоятельными вещами, а считались составными частями почвы, а потому принадлежали собственнику земли.

После первоначального продолжительного и весьма затруднительного периода развития юридической мысли древних восторжествовал подлинный прообраз современного объекта недвижимого имущества - земельного участка. Право частной собственности на землю сформировалось в Италии еще во времена императоров, во всяком случае, на бывших принадлежавших государству пашнях, которые формально до Домициана не принадлежали частным владельцам. Именно для обозначения этого права (права на недвижимый объект, а в дальнейшем - на любую пригодную для этого вещь) юристы формулируют понятие, которое причисляют к своим самым большим достижениям. Это понятие – «право собственности» - рассматривает движимое и недвижимое имущество ни в коем случае не под старым обозначением «rei dominium». Первичное и производное приобретение становится одинаковым, право собственности, в первую очередь на недвижимую вещь, отделяет частного собственника от государства и делает его непосредственным властелином вещи. Выведение этого простого юридического понятия (абсолютного права собственности) было таким же огромным прорывом по сравнению с примитивным правом фактического обладания в античности, как впоследствии, через многие столетия, стимулом и рычагом упразднения феодальной связанности земли.

Далее С.А. Степанов цитирует выдающего цивилиста И.А. Покровского, где отмечает: «Исследуя возникновение института частной собственности, И.А. Покровский пришел к подобному выводу, свидетельствующему, что не только (и не столько) природные свойства определенных вещей изначально ложились в основу деления вещей на движимые и недвижимые. В частности, ученый отметил, что «чувство частной, индивидуальной принадлежности вещей (зародыш позднейшего права собственности) появляется впервые, без сомнения, по отношению к вещам движимым; как мы уже видели, недвижимость (земля) первоначально находится в таком или ином коллективном обладании. Затем на основании государственного, публичного акта участок земли вверялся домовладыке. И если право на движимые вещи защищалось при помощи деликтных исков, то завладение земельным участком иным, неправомочным лицом влекло иск не о деликте, а о восстановлении первоначально общинного (публичного) земельного распределения». Именно здесь, считает И.А. Покровский, «впервые возникает представление о некоторой непременной юридической связи лица с вещью - первый и наиболее существенный элемент права собственности».

После объединения цивильного и преторского права в послеклассическом периоде римского частного права значимость классификации вещей на res mancipi и res nec mancipi утрачивается. «Самое деление вещей на res mancipi и res nec mancipi давно сделалось анахронизмом». Формирующееся право собственности на недвижимое имущество охватило всю совокупность вещей, принципиально не различая физических свойств объектов (дом или рабочий скот, повозка или участок земли) и не ставя эти свойства в ранг, требующий иного, чем просто движимая вещь, порядка перехода к новому собственнику. Сохранив основным способом передачи вещного права traditio, древнее право, подчиняя формальные условности в пользу быстрого и неформального имущественного оборота, пренебрегло публичным моментом (более выраженным в mancipatio). Переход права собственности к новому собственнику мог быть неизвестен третьим лицам, недобросовестный продавец мог совершать иные сделки с этой недвижимостью; «разумеется, все эти сделки окажутся впоследствии ничтожными, но они оставят после себя массу вреда и разорений». Современное право, развивая traditio, «пришло к установлению принципа публичности для актов на недвижимость, принципа, нашедшего себе наиболее полное выражение в институте поземельных книг. Всякая переуступка права собственности, всякое установление сервитута или ипотеки должны отмечаться в официальных поземельных книгах». В дальнейшем римское право действительно включило публичность как необходимое условие сделок с недвижимостью.

Изложенное, бесспорно не претендуя на более или менее исчерпывающий анализ лишь некоторых касающихся исследуемой темы представлений историков и правоведов о древнем праве, все же позволяет сделать определенные выводы, которые, по нашему мнению, весьма показательны и сущностны для дальнейшего уяснения особенностей возникновения и природы как собственно объектов недвижимого имущества, так и их системного построения.

Во-первых, недвижимое и движимое имущество (в современном понимании) с начального этапа формирования как объекты гражданских прав абсолютно самостоятельно и независимо друг от друга включались в сферу правового регулирования, причем недвижимое имущество возникало вследствие публичной воли, а нарушенное право на объекты недвижимого имущества защищалось как право публичное.

Во-вторых, деление объектов (вещей) древнего права лишь условно соответствует современной, достаточно четкой и недвусмысленной дихотомии - недвижимые и движимые вещи, поскольку в римском праве критерии подобных делений включали природные свойства вещей, лишь исчерпав иные признаки, в первую очередь функциональные.

В-третьих, отсутствие или ослабление формального, публичного порядка владения недвижимым имуществом на праве собственности и совершения сделок с ним, благоприятное для простоты и эффективности экономического оборота, столь же неблагоприятно и в конечном счете губительно собственно для статики и динамики объектов недвижимого имущества, поскольку любая недобросовестность (и даже неосмотрительность) участников сделок с недвижимостью влечет большие негативные последствия, чем ожидаемые преимущества упрощенного оборота. Это, впрочем, более характерно для развивающегося права, практически полностью основанного на регулировании отношений исключительно через реализацию позитивной нормы.

Позднее, в эпоху великих буржуазных революций, изменились представления о недвижимости и праве собственности с позиций регулирования преимущественно публичным правом в сторону частноправовой составляющей.

Французский гражданский кодекс одним из первых систематизировал объекты недвижимого имущества и дал главный критерий, остающийся до настоящего времени классическим (и, по существу, единственным), деления имущества на недвижимое и движимое - прочная связь с землей.

Все имущества являются движимыми или недвижимыми. Базовая и лаконичная норма Французского гражданского кодекса уже два столетия служит отправной точкой всех последующих цивилистических исследований и законодательных воплощений, в том числе и в отечественном праве.

Что касается России, то сам термин «недвижимое имущество» появился в законодательстве России благодаря Указа Петра I о единонаследии 1714 года. Данный Указ устранил различия между вотчинами и поместьями. Под недвижимостью понималась часть земной поверхности и все то, что с ней связано настолько прочно, что связь не могла быть порвана без нарушения вида и цели вещи.

После революции 1917 г. ситуация в корне изменилась.

В первом Гражданском кодексе РСФСР традиционное деление объектов гражданских прав на движимое и недвижимое имущество было официально исключено.

Естественно, необходимо указать, что деление фактически присутствовало, хотя и не было легализовано.

Что касается отсутствия официального деления вещей на движимые и недвижимые, то на этот счет, ученые цивилисты сделали единодушный вывод: «Естественные различия, существующие между движимыми и недвижимыми вещами, не должны, да объективно и не могут, игнорироваться законодательством любого общества. Однако в одних случаях, когда это различие признано официально, оно находит оправданное и непротиворечивое отражение в законе; в других же случаях, когда оно официально отвергается, различие между движимым и недвижимым имуществом проводится непоследовательно и завуалировано». Таким образом, различие есть всегда, независимо от отношения к нему властьимущих, т.к. это самое различие основано на объективных признаках, не обратить внимание на которые невозможно.

Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, принятые Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г., возвратили имущественному обороту деление вещей на движимые и недвижимые, положив в основание такого разделения классический критерий прочной связи с землей и невозможности перемещения объекта без несоразмерного ущерба для него.

В качестве вывода можно по историческим этапам отобразить способ перехода прав на недвижимые объекты:

1. Манципация – переход права на недвижимость осуществлялся посредством приобретательской давности.

Исторически первым способом перехода недвижимой вещи от одного лица к другому, служила манципация, закрепленная в Законах ХII таблиц.

2. Традиция – переход права следовал за передачей вещи, т.е. посредством вручения вещи.

Традиция возникла позднее. Теперь право приобретателя возникает моментально: в момент передачи вещи. В тот же момент прекращается право отчуждателя. / /**Скловский**

3. Публичность – переход права осуществлялся в момент внесения записи в специальную книгу (поземельная книга, реестр и т.д.).

**1.2 Правовой режим недвижимости**

Уже давно научные исследования, преследовавшие цель выяснить специфику юридического регулирования определенного участка деятельности, в особенности, когда эта деятельность имеет строго определенный объект, проводились под углом зрения правового режима данного объекта, вида деятельности.

Правовой режим самым общим образом можно определить как порядок регулирования, который выражен в многообразном комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений и запретов (а также позитивных обязываний) и создающих особую направленность регулирования./38/

Из этого тезиса явствует, что правовой режим – это, во-первых, особая направленность правового регулирования; во-вторых, осуществляется по поводу конкретных объектов или сфер; в-третьих, осуществляется с помощью конкретных способов, приемов; в-четвертых, закрепляет особенности правоотношений по поводу конкретных объектов (или в конкретной сфере) через определение объема субъективных прав и обязанностей субъектов данных правоотношений.

Итак, если правовой режим это особая направленность правового регулирования, то, прежде всего, необходимо указать здесь, что же такое правовое регулирование? Правовое регулирование – это особый правовой инструментарий (механизм, комплекс правовых средств) призванный юридически гарантировать достижение правовых задач в рамках определенных типов, моделей юридического регулирования на общественные отношения.

Таким образом, сущность правового регулирования заключается в следующем:

1. выражает напряженную динамику права, реализующую его силу, энергию, целеустремленную на достижение правового результата (в конечном счете, – на решение жизненных ситуаций, «требующих права»);
2. осуществляется с помощью системы средств, образующих не просто комплексы, многоэлементные образования, а «цепочки», последовательно связанные звенья – структуры в динамике./38/

В рамках каждого правового режима всегда участвуют все первичные элементы правовой материи: дозволения, позитивные обязывания и запреты. Причем в каждом режиме – и это во многом определяет его специфику – один из таких элементов, как правило, выступает в качестве доминанты, определяющий весь его облик и как раз создающий специфическую направленность, «настрой» в регулировании.

Следует особо подчеркнуть, что вопрос о правовых режимах возникает, как правило, в отношении не всех звеньев правового регулирования, а главным образом в отношении субъективных прав. Правда, сама характеристика правовых режимов нередко дается применительно к определенным объектам. Так, специалист в области частного права, Л.А. Чеговадзе, говорит, что «Правовой режим – это явление, существующее лишь применительно к объектам прав»./93/ Но «режим объекта», особо указывают другие ученые, – лишь сокращенное словесное обозначение порядка регулирования, выраженного в характере и объеме прав по отношению к объекту./38/ На эту особенность обращал внимание и, Иоффе О.С., который подчеркивал, что «устанавливая «режим вещей», закон, по существу, определяет режим поведения граждан как субъектов гражданских правоотношений»./61/

Таким образом, характер и объем субъективных прав субъектов по поводу объектов права – это главная отличительная черта того или иного правового режима, позволяющая их отграничивать друг от друга.

Один из выдающихся и признанных ученых в области теории права С.С. Алексеев указывает на то, что каждому правовому режиму свойственно нечто общее в регулировании, некая общая направленность – запрет, дозволение (обязывание). Что позволяет отождествлять их с типами правового регулирования: общедозволительным и разрешительным. Но тут же, видимо понимая, всю разноликость и разноплановость этих правовых явлений, указывает, что «Правовой режим выражает степень жесткости юридического регулирования, его дозволительную или запретительную направленность, наличие известных ограничений или льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности./38/

В данном случае, все же необходимо согласится с тем, что через направленность правового регулирования в индивидуализированном правовом режиме, можно выявить и тип правового регулирования данного участка социальных связей, свойственный конкретному объекту. Так сказать через тип регулирования, можно выявить общую направленность (запретительную или дозволительную) воздействия права в конкретном правовом режиме.

С этих позиций, правовой режим можно охарактеризовать как, более конкретизированное правовое регулирование (имеется ввиду по сравнению, например, с тем же типом правового регулирования) в конкретной сфере социальных связей субъектов права, с целью создания определенной правовой направленности общественных отношений в силу специфики объекта регулирования.

Все вышесказанное, это, в сущности, общая характеристика правового режима, как правового явления.

Теперь перейдем к непосредственному предмету рассматриваемого нами вопроса. В частности, к правовому режиму недвижимости.

В данной работе автор будет рассматривать правовой режим недвижимости, как родовое понятие, т.к. многим объектам недвижимости (по видовому признаку) свойственен свой правовой режим (например, правовой режим жилых помещений, земельных участков, предприятий как имущественных комплексов и т.д.). А понятие «недвижимость» охватывает собой все объекты недвижимого имущества, предусмотренного действующим законодательством.

Само определение недвижимости, как объекта права содержится в Гражданском кодексе РФ (ст. 130). Эта общая норма, содержит признаки недвижимости. Следует указать, что гражданское законодательство находиться в ведении Российской Федерации (п. «о» ст. 71Конституции РФ, ч.1 ст. 3 ГК РФ), и следовательно, право на изменение признаков недвижимости, и как следствие, объекта будущих правоотношений, принадлежит федеральному законодателю (ч.1 и ч.4 ст. 105 Конституции РФ).

Вместе с тем, частные вопросы недвижимости (например, виды и их признаки, особенности правоотношений и т.д.) регулируются иными нормативными правовыми актами, устанавливающими соответствующие правовые режимы для конкретных видов недвижимости (например, квартиры как объекты недвижимости регулируются Жилищным кодексом РФ, земельные участки – Земельным кодексом РФ и т.д.).

Но в любом случае, общие вопросы недвижимости: права на нее, сделки с ней, особенности совершения сделок, особенности установления, изменения и прекращения прав регулируется все же ГК РФ.

Итак, ГК РФ закрепляет следующие особенности правового режима недвижимости, как объекта прав и правоотношений:

1. права на объекты недвижимости (право собственности, иные вещные права, в том числе их ограничения (обременения));
2. особенности возникновения, перехода и прекращения этих прав (все эти права подлежат государственной регистрации. Государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права (абзац 2 п.1 ст.2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним »));/22/
3. обязательство, предметом которого является недвижимость, по общему правилу исполняется в месте его нахождения;
4. установлен особый порядок приобретения права собственности на бесхозяйные недвижимые вещи (ст. 225 ГК РФ), и более длительные сроки приобретательной давности на недвижимое имущество (ст. 234 ГК РФ); обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество (ст. 349 ГК РФ); распоряжение государственным и муниципальным предприятием принадлежащим им недвижимым имуществом (ст. 295 ГК РФ);/66/
5. содержаться специальные правила к форме (в том числе, к форме договора) и содержанию сделок с недвижимостью.

Исследуя правовой материал по вопросам недвижимости, автор пришел к следующим умозаключениям, касательно вопросов правового регулирования.

Общая направленность воздействия на общественные отношения в сфере недвижимости, так называемый тип правового регулирования (в зависимости от того, что лежит в основе регулирования – общее дозволение или общий запрет) можно охарактеризовать (опять же с позиции содержания конкретных субъективных прав) как общедозволительный (дозволено все, кроме…), но только лишь с точки зрения обобщения всех проявлений правовых связей между субъектами правоотношений в данной сфере, и только с точки зрения конкретных видов недвижимости (например, здания). В других случаях, тип правового регулирования разрешительный (запрещено все, кроме…), например, для совершения сделки с недвижимостью унитарному предприятию требуется получение согласия собственника, под угрозой ничтожности данной сделки без данного согласия (п.2 ст. 295 ГК РФ). Существует и категория недвижимости, которая вообще изъята из оборота – это, например, земельные участки, занятые находящимися в федеральной собственности государственными природными заповедниками и национальными парками (абзац 1 п.4 ст. 27 Земельного кодекса РФ), эти земли не могут быть объектами каких-либо сделок./11/

Следовательно, правовой режим недвижимости включает в себя как частноправовые (дозволительная направленность, при осуществлении субъективных прав), так и публично-правовые (оборотоспособность, особый правовой режим некоторых видов недвижимого имущества и т.д.) начала.

В данном случае явственно прослеживается тип правового регулирования в зависимости от объема субъективных прав конкретных субъектов, как в зависимости от их правового статуса, так и в зависимости от объекта недвижимости, т.е. в сущности, от правового режима объектов недвижимости.

На этом примере, ярко продемонстрированы особенности правового режима в зависимости от объема субъективных прав по отношению к конкретным видам недвижимости.

То же самое можно сказать и о способах правового регулирования (запрет, позитивное обязывание и дозволение). Их сочетание образует характер субъективных прав, которые строятся в зависимости от вида недвижимого имущества.

Таким образом, правовой режим недвижимости можно определить как определенный набор способов правового регулирования и иных правовых средств, определяющих конкретный объем субъективных прав участников регулируемых отношений по отношению к конкретным видам недвижимого имущества, и устанавливающий особенности и особую правовую направленность в правовом регулировании данных объектов правоотношений.

**1.3 Регулятивные и охранительные функции права в правовом регулировании сделок с недвижимостью**

Под правовым регулированием общественных отношений понимается, - воздействие, при помощи специфических правовых средств: норм права, правоотношений, актов реализации./76/ Т.е. это воздействие направлено на общественные отношения, с целью их упорядочения в русло общего правила, или «общественного блага».

Особенность правового регулирования заключается в том, что государство издает общеобязательные нормы поведения, как первый и основной регулятор общественных отношений, а субъекты права, облекая их в форму правоотношений, реализуют свои субъективные права и обязанности (в том числе посредством правоприменительной деятельности). Т.е. в данном случае, в роли регулятора, выступает право. В праве охватываются наиболее важные, с точки зрения государства, общественные отношения, и контролируются им, обеспечивая эффективность действия этих правовых норм./44/

Для того чтобы понять, какие же общественные отношения регулируются правом, необходимо выявить его предмет. Предметом правового регулирования являются разнообразные общественные отношения, которые объективно, по своей природе, могут и должны поддаваться нормативно – организационному воздействию. От содержания и характера предмета во многом зависят особенности содержания правового регулирования, а отсюда и особенности структуры права./38/

Условно говоря, правовое регулирование представляет собой систему, разделенную на стадии и элементы.

Выделяются следующие основные стадии правового регулирования:

1. стадия, когда государство приходит к выводу о необходимости охвата тех или иных отношений нормами права, и создает эти нормы;
2. стадия возникновения прав и обязанностей у конкретных субъектов на основе действия правовых норм;
3. стадия реализации субъективных прав и юридических обязанностей, когда права и обязанности конкретных участников общественных отношений осуществляются на практике.

Соответственно, названным стадиям можно выделить три основных элемента правового регулирования:

1. Нормы права. Это изначальный элемент правового регулирования, определяющий его основу, направления правового поведения в складывающихся в реальных общественных отношениях. Воздействие норм права на общественные отношения состоит в определении круга субъектов, на которых распространяется их действие; формулировании обстоятельств, при которых данные субъекты руководствуются их предписаниями; раскрытии
2. содержания самого правила поведения; установлении меры

юридической ответственности за нарушения указанных правил;

1. Правоотношения*.* Они возникают на основе действующих правовых норм. С возникновением правоотношения, начинается реальное действие права;
2. Акты реализации юридических прав и обязанностей*.* Они представляют собой юридически - значимые действия субъектов по осуществлению прав и обязанностей, вытекающих из конкретных правоотношений. Основными формами реализации прав и обязанностей являются: осуществление (использование) предоставленных нормами права возможностей, исполнение обязывающего правового предписания; соблюдение правовых запретов; применение права./44/

Автор данной работы, хотел бы особо подчеркнуть, что эта работа посвящена в первую очередь обеспечению сделок с недвижимостью, а не только и не столько самой недвижимости и сделок с ней. Поэтому, рассмотрение вопроса о правовом регулировании в данном случае, будет происходить в контексте и исходя из раскрытия функций права (регулятивной и охранительной).

Т.е. правовое регулирование ниже будет отражено не само по себе, а через две самостоятельные сферы правового регулирования: регулирование, направленное на регулирование и обеспечение общественных отношений, и регулирование, направленное ни как на обеспечение, как на охрану общественных отношений в сфере оборота объектов недвижимости, т.е. будет отражено через функциональную направленность права в правовом регулировании общественных отношений, (данный тезис отражен в приложении А).

Теперь рассмотрим понятие, назначение и виды функций права.

Функции права – это основные направления его воздействия на общественные отношения, на поведение людей. Это такие направления его воздействия на общественные отношения, потребности, в осуществлении которых, порождают необходимость существования права как социального явления.

Выделяются две основные функции права, которые являются основными и необходимыми при существовании права как социального явления, и как главная причина его существования.

Функции вытекают из задач права и государства: 1) упорядочения общественных отношений. Эту задачу право решает посредством регулятивной функции; 2) вторая задача – охрана регулируемых общественных отношений от различного рода правонарушений со стороны правонарушителей. Эта задача решается с помощью охранительной функции.

Регулятивная функция – это обусловленное социальным назначением права, направление правового регулирования, выражающаяся в предоставлении субъективных прав и возложении юридических обязанностей.

Наиболее характерными путями осуществления регулятивной функции права являются, нормативное закрепление: 1) правового статуса субъектов права; 2) регулирование отношений; 3) в конечном счете, в стабилизации общественных отношений.

Охранительная функция – это обусловленное социальным назначением направление правового воздействия, нацеленное на охрану общезначимых, наиболее важных экономических, политических, национальных и личных отношений, вытеснение явлений, чуждых данному обществу.

Эта функция вытекает из необходимости охраны общественных отношений, т.к. без нее не будет действовать и регулятивная функция. Таким образом, охранительная функция, прежде всего, является превентивной, а потом уже, и правовосстановительной и карательной.

Охранительное воздействие права выражается в следующем: 1) в определении запретов на совершение противоправных действий; 2) в установлении юридических санкций, за совершении данных действий; 3) в непосредственном применении данных санкций к лицам, совершившим правонарушение. Следует обратить внимание, что в любом случае, функции права должны быть отражены в соответствующих правовых нормах (регулятивных или охранительных), путем создания соответствующих правовых конструкций и правовых моделей в регулировании конкретного участка общественных отношений.

Итак, мы выяснили понятие и структурные элементы правового регулирования, а также понятие и виды функций права. Теперь остановимся на частном вопросе правового регулирования, а именно, правовое регулирование сделок с недвижимостью.

Российская Федерация, есть федеративное государство (ч.1 ст.1 Конституции РФ). Это значит, что РФ состоит из равноправных государственно – правовых образований (субъектов РФ), и в то же время, обладает единым суверенитетом в масштабах всей страны, и обладает единой государственной властью – Федеральной, и властью составляющих ее субъектов. Т.е. государственная власть делится на два уровня. Первый и основной уровень – это федеральная государственная власть, осуществляющая управление в пределах территории страны, в соответствии с предметами ведения, установленными Конституцией. Второй уровень – Государственная власть субъекта РФ, которая по вопросам своей компетенции (предметов ведения) самостоятельна и не подотчетна Федеральному центру, если конечно в субъекте РФ нет нарушений федерального законодательства и не ущемляются права и свободы граждан и организаций. Государственная власть субъекта РФ, осуществляется в пределах территории соответствующего субъекта.

Этот краткий экскурс в конституционное право, был дан для уяснения пределов правового регулирования в сфере сделок с недвижимостью, и права того или иного органа государственной власти издавать нормативно – правовые акта по данному вопросу.

Как выше показано, регулятивная функция, отраженная в регулятивных правовых нормах, в правовом регулировании закрепляет, прежде всего, права и обязанности субъектов правоотношений в сфере оборота недвижимости.

Так, в соответствии с ст.71 Конституции РФ и п.1 ст. 3 Гражданского кодекса РФ, гражданское право находится в ведении Российской Федерации.

Следовательно, кроме Государственной Думы РФ, ни какой другой орган на территории страны не вправе издавать законы, по вопросам гражданского права, т.к. гражданское законодательство состоит из Гражданского кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (п.2 ст. 3 ГК РФ).

Также гражданское право регулируется, в соответствии с федеральным законодательством, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, и нормативно – правовыми актами различных федеральных министерств и ведомств.

Гражданское право, эта та отрасль права, которая регулирует права собственности и иные вещные права, обязательственное право, общие положения о недвижимом имуществе, в том числе, сделки с ним, и т.д.

Таким образом, главным нормативно-правовым актом регулятивного воздействия является Гражданский кодекс РФ, в том числе, ряд иных законодательных и иных актов, принятых в соответствии с ГК РФ. К ним в частности, относятся: ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»; ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»; ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости»; ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» и т.д.

Касательно сделок с отдельными объектами недвижимости, как исключительного федерального предмета ведения, это всего лишь общее правило. Так, согласно п. «к» ст.72 Конституции РФ, земельное, водное, жилищное, и законодательство о недрах находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ (таким образом, мы видим исключение из общего правила).

Но следует помнить, что общие принципы гражданского законодательства, а также такие фундаментальные понятия, как право собственности, сделка, договор, недвижимость и т.д. находятся в исключительном ведении федерального законодательства, никакие другие органы государственной власти не вправе расширять, сужать, или иным образом искажать их смысл (в том числе, путем неправильного толкования).

Органы государственной власти субъектов РФ, по вопросам своей компетенции, могут лишь устанавливать нормы правоприменения (например, типовой договор аренды земельного участка, находящийся на территории соответствующего субъекта, и принадлежащий ему на праве собственности; либо, Прогнозный план приватизации государственного имущества соответствующего субъекта РФ).

Таким образом, предмет правового регулирования «сделки с недвижимостью», это достаточно широкий спектр законодательных и иных нормативно – правовых актов, издаваемый как федеральными, так и региональными органами государственной власти, а также местными органами власти по вопросам своей компетенции.

Все вышесказанное, отнесенное к предмету правового регулирования «сделок с недвижимостью», как видно относится в большей степени, к частноправовому регулированию.

Но, как известно, для того, чтобы правовое регулирование было эффективным, необходимо обеспечивать их исполнение с помощью возможности мер принуждения за нарушение вышеуказанных норм. В данном случае, мы говорим об охранительной функции права, обеспеченной охранительными нормами, которые прямо закрепляют меры ответственности.

Обеспечение при регулятивном регулировании законности и правомерности сделок с недвижимостью, достигается при помощи охранительных норм права.

Охранительные нормы права в предмете правового регулирования «сделки с недвижимостью», состоят преимущественно из публично – правовых норм (кроме пожалуй, правил об оспоримости и ничтожности сделок; а также, норм о гражданско – правовой ответственности; норм о виндикационном и негаторном исках, и некоторых других норм, являющимися частноправовыми способами защиты нарушенных прав).

Публично – правовое регулирование мер ответственности за нарушение регулятивных норм, - это меры государственного принуждения, установленные и применяемые в целях обеспечения «общественного блага».

Что в данном случае мы понимаем под «благом»? Это сделка, совершенная на основе свободной воли участвующих в ней лиц, в соответствии с принципами законности и правомерности при их совершении.

Охранительные нормы права, прежде всего, содержаться в таких отраслях публичного права, как уголовное право п.«о» ст.71 Конституции РФ – исключительное ведение Российской Федерации), и административное право п.«к» ст.72 Конституции РФ – предмет совместного ведения РФ и субъектов РФ).

В завершении рассмотрения данного вопроса, хотелось бы отметить, что регулятивная функция права в данной сфере реализуется преимущественно в частноправовом поле правового регулирования с некоторыми элементами публичности (земельные отношения, отношения в сфере приватизации государственного и муниципального имущества и т.д.); тогда как охранительная функция, напротив, находит свое отражение в большей степени в публично-правовом законодательстве с некоторым присутствием частноправовых механизмов (гражданско-правовая ответственность, виндикация, реституция и т.д.). Данный вывод можно назвать правовым дуализмом в правовом регулировании сделок с недвижимостью.

**1.4 Понятие и юридические признаки недвижимого имущества**

Исторически к недвижимости относили землю, а основным признаком иной недвижимости является неразрывная связь имущества с землей. Здесь следует оговориться и подчеркнуть, что речь идет не о земле вообще, а о конкретном земельном участке, на котором это имущество расположено. Разрушение или перенос имущества на другой земельный участок означает, что «юридически происходит разрушение недвижимости на одном земельном участке и возведение ее на другом». Таким образом, только невозможность отделения недвижимости от земли будет указывать на прочную связь этого имущества с землей. Роль земельного участка в определении недвижимости двуедина: с одной стороны, земельный участок сам по себе является недвижимостью, с другой – он служит решающим критерием для определения иного имущества как недвижимости./58/

Современный законодатель, раскрывая дефинитивную норму ГК РФ (ст. 130) выводит три критерия при определении недвижимости:

а) недвижимость «по природе» (земля, недра, обособленные водные объекты);

б) объекты прочно связанные с землей (здания, сооружения, объекты

незавершенного строительства и т.д.);

в) объекты, отнесенные к недвижимости законом (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты и предприятия как имущественные комплексы (ст. 132 ГК РФ)).

Итак, в качестве основных признаков недвижимости (исключая недвижимость «по природе») можно выделить:

а) прочную связь с земельным участком, которая выражается в невозможности перемещения объекта;

б) индивидуальную определенность;

в) ограниченность объектов (под ограниченностью в данном случае следует понимать строго определенное количество строений, расположенных на конкретном земельном участке)./58/

Эти признаки относятся к внешним свойствам недвижимости, характеризующим его особенности. Существует (хотя, достаточно условно) также еще один признак недвижимого имущества, сформировавшийся исторически и объективно присущий всем объектам недвижимости:

г) признак публичности (регистрационный порядок признания и перехода права собственности и иного вещного права на объекты недвижимости).

Что касается первого признака, то он, мнению автора, достаточно понятен, поэтому рассматривать мы его не станем. Второй и третий – очень похожи друг на друга. Признак «ограниченности», указывает на физические характеристики конкретных объектов, их месторасположение, структуру и т.д. Индивидуальный характер недвижимости (как объект гражданского права, относящийся к индивидуально-определенной вещи) можно объяснить той неразрывной физической и юридической связью, которая существует между объектом недвижимости и земельным участком. Поэтому даже типовые здания, сооружения, жилые и нежилые помещения в их привязке к конкретному участку приобретают индивидуальный характер. Естественно, что и сам земельный участок всегда индивидуален.

На признаке индивидуальной определенности недвижимости необходимо остановится подробнее.

С точки зрения теории гражданского права, недвижимость, как объект гражданских права, относится к числу индивидуально – определенных вещей. Ряд ученых цивилистов, такие как Т.Л. Левшина, Л.Ф. Лесницкая и другие, указывают на то, что индивидуально – определенные вещи обладают такими признаками, по которым их можно отличить от других таких же вещей. И далее: «вещи данной категории являются незаменимыми и непотребляемыми»./66/

При этом, недвижимость является прежде всего вещью, под которыми понимаются – материальные, физически осязаемые объекты, имеющие экономическую форму товара./51/ Вещи присущи два юридических признака: доступность обладания, и, материальность. Некоторые ученые указывают еще один признак вещи: ценность вещи. А между тем, этот признак субъективно оценочен, изменчив в силу объективных временных и иных обстоятелств, а посему, не может считаться эффективным критерием выделения данного признака./36/

Следует помнить, что недвижимость как индивидуально – определенная вещь, это общее правило (общая фундаментальная теоретическая посылка). Но существуют и исключения, например предприятие как объект права (для того, чтобы выявить это исключение, необходимо рассмотреть правовую природу предприятия).

Согласно ст. 132 ГК РФ предприятием признается имущественный комплекс, в состав которого входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права.

С.А. Степанов, как представитель гражданско-правовой науки указывает на то, что предприятие подобно сложной вещи, по ряду составных признаков, но тут же оговаривается и уточняет, что, предприятие – это, прежде всего имущество (не вещь), это особый объект гражданского права, /87/ созданный исключительно для выполнения отдельной хозяйственной задачи./86/ Т.е. «объект, созданный для определенной цели», указывает в свою очередь, другой цивилист, В.А. Белов./42/

В.А. Белов, конструирует свою точку зрения относительно правовой природы предприятия. Так, с сугубо теоретической стороны, он видит предприятие как имущественный комплекс в виде особого гражданско-правового режима субстанций, входящих в состав предприятия, образующих единое целое: «Право охватывает собой совокупность элементов общей оболочкой, именуемой «имущественный комплекс (предприятие)», ради того, чтобы, установив для этой последней определенный правовой режим, избежать необходимости в урегулировании юридической судьбы каждого, отдельно взятого элемента. Иными словами, имущественный комплекс - это юридическая оболочка, служащая внешнему обособлению совокупности вещей, прав и нематериальных (но, при этом, имущественных) благ используемых для достижения определенной цели»./42/ И далее, «Смысл конструкции имущественного комплекса (в нашем случае, применительно к предприятию) состоит в подчинении нескольких разнородных объектов гражданских правоотношений единому гражданско-правовому режиму, единой юридической судьбе. Право не вымышляет особого объекта, но, объединив некоторые из них, обозначает их особой категорией и подводит под специфический режим»./42/

Но далее, В.А. Белов подчеркивает, что подобная постановка вопроса (имеется ввиду то, что предприятие не объект, а режим и только) может быть лишь политико-правовой, но никак не догматической (не соответствующей современной российской правовой действительности). Содержание российского законодательства не оставляет сомнения: оно «воспринимает» имущественные комплексы как объекты гражданских правоотношений, хотя бы и правоотношений особого рода./42/

Таким образом, в данном случае мнения В.А. Белова и С.А. Степанова совпадают.

Хотелось бы заметить, что как кажется автору данной работы, В.А. Белов раскрывая правовой режим имущественного комплекса в своей монографии, полностью раскрыл и правовой режим предприятия, который естественно с режимом недвижимости ни как не совместим. Это подтверждается следующей посылкой Белова: «Гражданско - правовой режим имущественного комплекса (предприятия) распространяется на все его составляющие. Общность этого режима (применительно к элементам предприятия) выражается не только в подчинении комплекса разнородных объектов гражданских правоотношений единой динамике (сделкам), но и в единстве содержательных особенностей (ограничений, изъятий, условий и т.п.)»./42/

Теперь необходимо ответить на вопрос, почему же предприятие в нашем законодательстве относится к недвижимости, которая, как известно, относится к индивидуально – определенным вещам. В раскрытии данного вопроса нам помогут теоретические наработки наших ученых.

В.А Белов особо подчеркивает, при этом ссылаясь на В.А. Дозорцева что, предприятие, прежде всего, приравнено к недвижимости по решению законодателя, а не в силу его неразрывной связанности с землей. В отношении предприятия, как объекта частноправовых отношений разрешены сделки подпадающие в рамки правового режима недвижимого имущества. Интересно, однако, то, что, признав предприятие недвижимостью, в дальнейшем ГК не подчиняет его автоматически всем общим правилам о недвижимости, а устанавливает для сделок с предприятиями особый, более формализованный и строгий режим. В частности, особый гражданско – правовой режим, во многом отличный от режима недвижимости./42/

Теперь вернемся к вопросу, является ли предприятие вещью? Как нам известно, вещь – это объект материального внешнего мира, находящийся в твердом, жидком, газообразном или ином физическом состоянии. Таким образом, для того, чтобы объект обладал свойствами вещи, он должен бытьцелостным. Именно это обстоятельство и является проблемным при квалификации предприятия в качестве вещи.

Предприятие – это неделимый объект, созданный путем умозрительного заключения (искусственно обособленный комплекс имущества, предназначенный для обслуживания одной цели)./42/ Понятно, что с точки зрения физики любая вещь делима вплоть до атомных частиц. Гражданское же право ведет речь не о физической делимости, а сугубо юридической. Предприятие - это синтез вещей и нематериальных объектов, образуемый единое целое, и только в качестве целого оно выступает как особый объект гражданского права и гражданских правоотношений. Таким образом, целостность в данном случае – это невозможность отделения каких-либо составляющих его суть элементов./86/

Следовательно, только объединенная таким образом вещь выступает в обороте, подчиняя своей правовой судьбе вошедшие в ее состав и юридически «растворившиеся» в ней (вещи) иные предметы материального мира, которые в прочих условиях могут выступать в качестве самостоятельных объектов./ / Изъятие из состава имущественного комплекса, предопределенного его местом в экономическом обороте и стоящими перед ним производственно-хозяйственными задачами, какого-либо существенного элемента (вещи, права и т.д.) влечет прекращение имущественного комплекса как единого объекта и появление ряда иных объектов – самостоятельных вещей, прав, результатов интеллектуальной деятельности./ /

Но из содержания ст.132 ГК РФ ясно, что в состав предприятия входят не только вещи, но и нематериальные объекты гражданских прав (права и долги, фирменное наименование и т.д.), которые, как известно, вещами не являются. Что позволяет предполагать, и доказывает тезис о том, что предприятие, как имущественный комплекс не относится к вещам вообще./87/ Это более сложный объект гражданских прав.

Остается непонятным, почему предприятие приравнено к недвижимости? В свете всего вышесказанного напрашивается логический вывод: предприятие не является объектом ни вещных, ни обязательственных прав в силу его неделимости. Т.е. с точки зрения классической теории объектов гражданского права, предприятие является чуждым объектом гражданских правоотношений. Более того, теоретически, предприятие вообще не может выступать объектом каких – либо сделок.

Подтверждает указанную посылку следующее теоретическое положение. Как известно, закон признает предприятие объектом вещных прав, следовательно, его можно продать, обменять сдать в аренду и т.д. подобно вещи. Но в состав предприятия входят также права и долги, которые нельзя продать и т.д., а можно лишь уступить либо перевести. Предприятие – это объект неделимый. Следовательно, его нельзя продать по частям. В противном случае, предметом сделки будет не предприятие, а входящие в его состав элементы (другие объекты гражданского права).

Обратили внимание на подобные метаморфозы и судьи, и предложили

следующее (как ниже будет показано, основываясь на вполне логичном посыле). Президиум ВАС РФ указал на то, что законодатель, регламентируя возможность передачи прав (требований) по сделке, не определил вида договора, по которому эта передача происходит. Поэтому договор купли – продажи (в том числе, иные договора направленные на распоряжение объектом вещного права) может служить основанием передачи обязательственных прав./75/Таким образом, суд легализовал практическую возможность выступления предприятия в качестве объекта сделки.

В.А. Белов в этой ситуации также предложил решение. К тому же достаточно меткое, и пояснил следующее:

«Судьба компонентов имущественного комплекса предопределяется судьбой комплекса»./42/ В данном случае имеется в виду то, что переход права на предприятие в целом влечет и переход всех составляющих вещных и обязательственных прав и обязанностей автоматически, независимо от способа оформления этого перехода.

Данное обстоятельство, подчеркивает также еще один представитель цивилистической науки, Л.А. Чеговадзе, указывая, что «Предприятие как объект вещных прав может быть реализовано только в целом, притом, что отдельные его элементы будут передаваться путем цессии или перевода долга»./92/

Но как кажется автору данной работы, тезис о том, что оборот вещей возможен только при применении конструкции для оборота вещей (купля-продажа, дарение и т.д.), а оборот прав - посредством конструкций, предусмотренных для оборота прав (уступка права и перевод долга) является несостоятельным, по некоторым нижеизложенным обстоятельствам:

1) В конце концов, задайте себе вопрос: «Чем я распоряжаюсь, - вещью или правом на вещь?». Да обыкновенно говорится о распоряжении вещью, а не о распоряжении правом. Но при этом, надо понимать, что распоряжение вещью (например, через договорную конструкцию купли-продажи) имеет опосредованный характер, т.к. в действительности происходит распоряжение не вещью, а правом на нее (вещное, обязательственное). Ибо, не имея права на вещь, я не могу определить судьбу этой самой вещи, через совершение какой-либо сделки.

2) Ни в одной стране мира, имеются в виду близкие к континентальному праву, нет ни одного ГК, который включил бы договор цессии, но есть договора купли-продажи и т.д., распространяющиеся и на права. Т.е. еще раз повторюсь, и сразу уточню, что в странах имеющих пандектный кодекс, цессия иначе как в общей части не содержится. Во всех странах (ну или практически всех) движение прав оформляется посредством конструкций купли-продажи, мены, дарения и т.д. (в нашей стране, предусмотренных только для перехода вещей).

3) Более того, нет никакого законодательного запрета для того, чтобы передать права и долги, используя модель обычную, которую употребляют и для вещей; т.е. в договоре можно написать примерно следующее – «я Вам передаю право, а Вы мне платите за это, я передаю право, а Вы мне отдаете другое право».

Проще говоря, любой договор, предусмотренный для передачи вещей можно использовать и для перехода прав.

Что значит переход прав через ту же конструкцию купли-продажи, наверное спросите Вы? Так дело то в том, что, совершая сделку по распоряжению вещью или правом, мы всегда первично распоряжаемся лишь правом (вещным, обязательственным, корпоративным). Распоряжение же вещью, а не правом, происходит лишь через применение так называемых распорядительных сделок, где происходит (но после или параллельно с движением прав), передача вещи (традиция (как правило, оформляется актом приема-передачи), индоссамент, передаточное распоряжение и т.д.). Следовательно, распоряжение вещью в приведенном случае, является ни чем иным, как моментом исполнения договора одной из сторон (или моментом исполнения одного из его условий), посредством совершения распорядительной сделки.

Дело, конечно же, не ограничивается теоретической стороной вопроса о сделках с предприятиями, и связанными с этим проблемами докринального характера. Что касается реализации данных норм, то и в данном случае существуют не меньшие проблемы. Так, ряд ученых, в частности В.В. Ярков, указывают на следующие практические причины «проблемности» сделок с предприятиями: «Учитывая, что для сделок с предприятиями необходимо подготовить значительный и довольно дорогой пакет документов, можно констатировать, что нормы о сделках с предприятиями в настоящее время практически бездействуют. Намного проще включить нового учредителя в состав того же общества (товарищества), а прежнему, выйти из него с последующей перерегистрацией соответствующих учредительных документов»./59/

Вывод: в гражданском праве возникает параллелизм правового регулирования, когда объекты формально разделяются, но для регулирования отношений по поводу новых объектов используются те же средства, что и для уже существующих./75/

Рассмотрим еще один признак недвижимости. А именно признак публичности. Многие ученые склонны считать, что публичность не относится к признакам недвижимости. Так, Е.М. Тужилова-Орданская считает, что «государственную регистрацию нельзя считать признаком недвижимости. Это лишь следствие, констатация наличия объективно присущих этой категории вещей, свойств, закрепленных законодательством»./55/

Но как кажется автору, публичность – это органически присущий недвижимости признак, что подтверждается п.1 ст. 2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», в которой говорится, что «государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним - юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество. Государственная регистрация является единственным доказательством существования зарегистрированного права».

И еще одно замечание, вещные права на недвижимые вещи существуют лишь в силу их государственной регистрации. Поэтому в юридическом смысле не может быть недвижимой вещи, способной быть объектом оборота, права на которую не были бы или не могли бы быть зарегистрированы (например, самовольная постройка, не может быть объектом гражданского оборота, т.к. не является объектом недвижимости в юридическом смысле).

Что же такое «публичность», что это за признак? Термин «публичность» не всегда напрямую связан с публичным правом. О публичности можно говорить в смысле открытости, гласности, обращении к неопределенному кругу лиц./43/

В смысле этой работы, публичность – это и гласность, и открытость и необходимая составляющая недвижимости. В общем, это частица публичного права, необходимая для обеспечения интересов, прежде всего сторон сделки и всех третьих лиц с ней связанных.

Признак публичности в соответствии с его традиционным пониманием означает, что права на недвижимое имущество подлежат записи (регистрации) публичным порядком в специальную книгу (в настоящее время – Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним). При этом, изменение в правовом состоянии недвижимости по общему правилу происходит с момента (не иначе как посредством) соответствующей регистрации./77/ Еще, великий дореволюционный цивилист Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что «особенно нуждаются в публичности и гласности вещные права на недвижимости»./97/

В настоящее время государственная регистрация прав на недвижимое имущество осуществляется на основании ст.131 ГК РФ и ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997г. № 122 – ФЗ.

А такие объекты недвижимости, как водные и воздушные суда, в том числе космические объекты, подлежат специальной регистрации в другие реестры (не в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним).

Признак публичности – это акт государственной регистрации (особый

юридический факт). Осуществление регистрации государством не означает, что переход прав на недвижимое имущество относится к сфере публичного права. Административные по своей природе отношения, складывающиеся между регистрирующим органом и заявителем, носят вспомогательный, служебный характер. Государственная регистрация (и в этом ее цель, причина появления, смысл) порождает гражданско – правовые отношения./77/

Причина установления норм о регистрации состоит в необходимости определенности в отношении правового состояния недвижимости. Объективная неподвижность недвижимости позволяет в одном месте вести записи о правах на недвижимые вещи, расположенные на определенной территории. Данные сведения дают возможность установить фигуру правообладателя и тем самым обеспечить определенную уверенность третьих лиц, вступающих в правоотношения по поводу недвижимости, в том, что другой стороной в правоотношении выступает именно правообладатель. Введение такого надежного акта укрепления права, как запись, делает более удобным положение и правообладателя, и третьих лиц. Для доказательства существования своего права на недвижимость правообладателю достаточно представить документ о зарегистрированном праве. Участникам гражданского оборота уже нет необходимости довольствоваться опровержимой презумпцией права собственности на стороне владельца, они могут беспрепятственно получить информацию о правах на интересующий их объект недвижимости./77/

Государственной регистрации присущ ряд признаков:

1. государственной регистрации подлежат возникновение, изменение и прекращение гражданских прав на недвижимое имущество. Законодательство содержит условно – исчерпывающий перечень прав, подлежащих государственной регистрации. Это – право собственности, право оперативного управления, право хозяйственного ведения, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека, сервитуты, а также иные права в случаях, предусмотренных ГК и иными законами;
2. государственная регистрация по общему правилу представляет собой правоустанавливающий акт. Установление права на недвижимое имущество связывается с моментом государственной регистрации;
3. регистрация создает презумпцию действительности существования зарегистрированного права./77/

Таким образом, государственная регистрация призвана удостоверить со стороны государства юридическую силу как прав на недвижимое имущество, так и сделок с ним. Это формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной защиты вещных прав владельцев, пользователей и собственников объектов недвижимого имущества.

На данном этапе в рассмотрении признаков недвижимости мы остановимся.

Итак, отобразим в завершении раскрытия признаков недвижимости общие выводы:

1. недвижимость не всегда индивидуально – определенная вещь (наглядный пример, предприятие);
2. недвижимость признается таковой не только в силу физических и объективных свойств, но и в силу закона;
3. прочная связанность с землей, не всегда является признаком, позволяющим выявить объект недвижимости, но и более того, этот признак не всегда является обязательным.

В завершении хотелось бы отметить, что в настоящее время, такие фундаментальные признаки недвижимости, как земельный участок, и все, что с ним связанно, не являются единственно существующими. Исторически появились и сформировались, еще два признака: признак публичности (хотя, можно предположить, исходя из Памятников права, что он в той или иной степени присутствовал всегда), и признак, или скорее критерий законодательный - признания той либо иной вещи (хотя и не всегда, разумеется это будет вещь) недвижимостью.

Теперь необходимо остановимся для полноты картины, на рассмотрении видов недвижимости.

Все объекты недвижимости, указанные в российском гражданском законодательстве, относятся к определенному единству, суммативной совокупности. Недвижимость – это не столько нечто «целое», сколько прочная, достаточно жестко структурированная конструкция, отвечающая всем свойствам категории «система»./87/

Недвижимое имущество - это всегда система условно самостоятельных, в соображениях дискретности обособленных законодательством объектов недвижимости. Системность предобусловлена по меньшей мере тремя группами факторов: а) объективно – физической связью материально недвижимых объектов между собой; б) постоянным, связующим и, что более важно, равнохарактерным и неизменным присутствием «единой публичной составляющей» в частноправовой конструкции любой недвижимой вещи; в) юридической неразрывностью объектов недвижимого имущества, выраженной максимально полно в публичном праве (законодательство о недрах, природоохранное законодательство и т.д.) и в меньшей степени – в частном.

Суммативная система недвижимости характеризуется и строится по следующим критериям:

Во-первых, эта система выстраивает общий порядок (уровень, критерии отбора и т.д.) материальных объектов, ретранслированных в правовую материю в качестве недвижимых вещей.

Во-вторых, определяет два исчерпывающих пути дополнения и изменения совокупности недвижимости.

В-третьих, существующая первичная система недвижимого имущества не воспринимает, «отторгает» иные объекты, не соответствующие предустановленным недвижимыми вещами, уже состоящими в системе, критериям.

В-четвертых, система определенным образом «выравнивает» и минимизирует публичную составляющую недвижимых вещей, стремится придать элементам своей структуры максимальную оборотоспособность, отвечающую частноправовой сущности самой системы.

В-пятых, суммативная система объектов недвижимого имущества входит в качестве подсистемы в «вышестояшую» совокупность имущества – систему объектов гражданских прав в целом, взаимно воспринимая черты последней и транслируя ей собственные особенности.

В-шестых, исследуемая система служит основой для собственных подсистемных образований (многоквартирного дома, предприятия как имущественного комплекса и т.д.).

В-седьмых, оказывает существенное влияние на законотворческую деятельность и правоприменительную практику в сферах как гражданско-правового, так и межотраслевого регулирования, в том числе в смежных отраслях – жилищном праве, в земельном праве и т.д./87/

К недвижимому имуществу действующее российское законодательство относит, как уже отмечалось, в числе иной недвижимости три основные группы объектов:

а) участки поверхности и недр земли в естественных (природных) состояниях;

б) сооружения и здания на поверхности земли, а также сооружения в ее недрах;

в) комплексные объекты недвижимости, включающие участки земной поверхности (участки недр) наряду со зданиями или сооружениями (предприятия, общее имущество многоквартирного дома).

Иные объекты причисляются законом к недвижимости не в силу физических свойств вещей, а в силу экономической значимости и, что более важно, по функциональному признаку: назначением и особой сферой их применения, требующими повышенного публичного внимания (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты).

Таким образом, состав недвижимости формируется и изменяется при применении двух единственно возможных путей: а) оценочно – явочного (связь с землей и неперемещаемость) и, б) законодательного.

Следовательно, в настоящее время состав недвижимости можно разделить на группы:

А. Недвижимость «по природе»:

1. участки земли;
2. участки недр;
3. обособленные водные объекты.

Б. Объекты прочно связанные с землей:

1. здания;
2. сооружения;
3. леса;
4. многолетние насаждения;
5. нежилые и жилые помещения;
6. объекты незавершенного строительства;
7. иные объекты, прочно связанные с землей, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно.

В. Объекты, признанные в качестве недвижимости, законом:

1. воздушные и морские суда;
2. суда внутреннего плавания;
3. космические объекты;
4. общее имущество многоквартирного дома;
5. предприятия как имущественные комплексы.

Ниже, хотелось бы обратить внимание читателя на два объекта недвижимого имущества, которые в силу их специфики представляют особый интерес. Это общее имущество многоквартирного дома и объект незавершенного строительства.

Согласно п. 1 ст. 290 ГК РФ и п. 1 ст. 36 ЖК РФ общее имущество собственников жилья – это комплекс имущества, состоящий как из недвижимых (земельный участок, помещения не являющиеся частями квартир и т.д.), так и из движимых вещей (оборудование и т.д.), предназначенный для выполнения целей эксплуатации многоквартирного дома.

Общее имущество многоквартирного дома представляет собой объект

недвижимого имущества, существующего в виде имущественного комплекса,

складывающегося из различных компонентов, объединенных общим назначением./60/ Это имущество обособлено во имя рассмотрения ее как единого объекта одного субъективного права, – права общей долевой собственности жильцов многоквартирного дома./42/

Установление для собственников отдельных помещений режима общей долевой собственности в отношении общего имущества в здании имеет особенности:

1) во-первых, доля в праве собственности на общее имущество в здании неразрывно связана с правом собственности на помещение в здании и не может быть отчуждена или приобретена иначе как в совокупности с помещением. Такая доля не имеет самостоятельного обращения как это предусмотрено ст.ст. 250 и 251 ГК РФ, сособственник лишён в отношении такого общего имущества права требовать выдела его в натуре, а также права требовать выкупа принадлежащей ему доли другими сособственниками, как это предусмотрено ст. 252 ГК РФ.

Таким образом, в данном случае права на общее имущество многоквартирного дома следуют за правами на жилое помещение.

Данное право следования предусмотрено в законодательстве с целью исключения разнообразных негативных последствий. Для примера, автор обратился к судебной практике.

«25 ноября 1997 г. ОАО «Уралдомнаремонт-С» продало по договору купли-продажи ЗАО «Микрополис» нежилые помещения в административном здании, расположенном на одной из улиц Екатеринбурга. Всего согласно выписке из плана здания помещений было пять: два коридора, лестничная клетка, туалетная и умывальная комнаты.

Несколько ранее индивидуальный предприниматель В. приобрел в том же здании на том же этаже нежилое помещение. Проход в это помещение был возможен только через коридор и лестничную клетку, проданные ЗАО «Микрополис». Поскольку ЗАО «Микрополис» установило между лестничной и коридором металлические двери с видеонаблюдением, и тем самым ввело пропускной режим не только для своих сотрудников, и для посетителей, но и сотрудников В., последний обратился в суд с иском к ОАО «Уралдомнаремонт-С» и ЗАО «Микрополис» о признании договора купли-продажи ничтожной сделкой и о применении последствий ничтожной сделки.

Суд иск удовлетворил. При вынесении решения, арбитражный суд исходил из того, что, продавая вспомогательные и коммуникационные помещения отдельно от основных, продавец вышел за пределы осуществления своего права собственности, чем нарушил и закон, и права и охраняемые интересы других лиц (ст. 168 и п. 2 ст. 209 ГК РФ)»./96/

Но справедливости ради хотелось бы отметить, что, даже если бы закон и допускал отдельное отчуждение доли в праве общей долевой собственности жильцов многоквартирного дома, то в вышеприведенной ситуации индивидуальный предприниматель мог бы защитить свои права посредством обращения к норме ст. 304 ГК РФ, которая закрепляет право собственника требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения.

Это положение также подтверждает судебная практика:

«В арбитражный суд обратилось общество с ограниченной ответственностью с иском об устранении нарушения права собственности на нежилое помещение, не связанного с лишением владения.

Из представленных в арбитражный суд документов следовало, что спорное нежилое помещение принадлежит истцу на праве собственности. Указанное помещение соприкасается с помещением, арендуемым акционерным обществом. Акционерное общество установило металлическую дверь, которая на день рассмотрения спора замурована, чем закрыла доступ в помещение обществу с ограниченной ответственностью.

Арбитражный суд исследовал представленные истцом доказательства, подтверждающие, что вход в помещение возможен только из помещения акционерного общества.

В соответствии со статьей 304 Гражданского кодекса Российской

Федерации собственник может требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

Поэтому в данной ситуации арбитражный суд иск удовлетворил, обязав ответчика устранить имеющее место препятствие в пользовании нежилым помещением обществом с ограниченной ответственностью»./34/

2) во-вторых, доля в праве общей собственности на общее имущество не связывает собственника помещения при распоряжении принадлежащим ему помещением, поскольку не создаёт режима преимущественной покупки другими сособственниками.

Так спрашивается, зачем же нужно было вводить данный институт «общая долевая собственность жильцов многоквартирного дома на общее имущество данного дома»?

А ответ достаточно прост. Он заключается в реформе жилищно-коммунального хозяйства. Не вдаваясь в детали политики в сфере жилищно-коммунального хозяйства, ответим с правовой точки зрения на данный вопрос, именно в контексте рассмотрения особенностей правового режима общего имущества многоквартирного дома.

3) в-третьих, бремя и риски, связанные с содержанием здания (общего имущества здания), с его случайным повреждением или случайной гибелью несут все сособственники, однако лишь до тех пор, пока они остаются собственниками отдельных помещений. В случае гибели помещения, например, разрушения верхнего этажа в результате стихийного бедствия, демонтажа или иных обстоятельств, право собственности у бывших обладателей погибших помещений в отношении таких помещений должно считаться прекратившимся (кроме случаев, когда в определённые сроки и с соблюдением технических норм такие помещения восстановлены). Вместе с тем в отношении таких лиц прекращается и право общей собственности на общее имущество здания.

Таким образом, фактически общая долевая собственность на общее имущество многоквартирного дома является ни чем иным, как бременем для собственников жилых помещений в данном доме, и в сущности, не сулит для большинства сособственников никаких преимуществ в силу объективных причин. В данном случае вопрос касается не конкретных многоквартирных домов, а государства в целом, так как введение данного института позволит на всех уровнях, снизить бюджетные расходы на жилищно-коммунальное хозяйство, и сформировать достаточно масштабный рынок предоставления услуг по обслуживанию многоквартирных домов, причем услуги эти будут оказываться по рыночным ценам.

В настоящее время в существующих экономических условиях, отягощенных низким «уровнем жизни» большинства наших граждан, этот институт приведет лишь к негативным последствиям.

Что касается объектов незавершенного строительства, то здесь необходимо выяснить, каким образом они приобретают статус недвижимости. Доктринальное толкование законодательства склоняется к такому квалифицирующему признаку, который позволяет определить объект незавершенного строительства в качестве такового, и отличить его от завершенного – это отсутствие акта о приемке объекта незавершенного строительства в эксплуатацию.

Т.е. под объектом незавершенного строительства понимается вновь создаваемый объект недвижимости, который еще не принят на кадастровый и технический учет и, соответственно, право на который еще не зарегистрировано в установленном порядке./98/

Из этого следует, что юридически объект незавершенного строительства и созданный посредством его достраивания завершенный строительством объект (возникший с момента подписания акта о приемке в эксплуатацию) – это два разных индивидуально – определенных объекта.

Итак, выделим признаки объекта незавершенного строительства:

а) прочная связь с землей и невозможность перемещения без несоразмерного ущерба его назначению (признак, непосредственно закрепленный в ст. 130 ГК РФ);

б) отсутствие акта о приемке строящегося объекта в эксплуатацию.

Но для того, чтобы объект был признан не только в качестве объекта незавершенного строительства, но и в качестве объекта недвижимости, необходима его государственная регистрация, в соответствии со ст. 131 ГК РФ и ст.25 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 № 122 – ФЗ.

Для государственной регистрации права собственности на объект незавершенного строительства, необходимо чтобы он не являлся предметом действующего договора строительного подряда (п.16 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»)./33/

По мнению профессора гражданского права В.В. Витрянского, позиция судебной практики в наибольшей степени соответствует природе объектов незавершенного строительства. Действительно, если объект незавершенного строительства является предметом действующего договора строительного подряда, то в этом случае о нем нельзя говорить не только как об объекте недвижимого имущества, но и как об объекте вещных прав: он является объектом обязательства, вытекающего из договора строительного подряда, и замена сторон этого обязательства (заказчика и подрядчика) возможна лишь по правилам уступки прав требования и перевода долга по обязательствам./46/

По существу, то же правило поддерживает и Л.А. Чеговадзе, но в несколько иной интерпретации: «Состояние принадлежности прав подрядчику относительно предмета его усилий прекращается и возникает состояние принадлежности прав на тот же объект, но у иного субъекта. Поскольку подрядчик – это участник правоотношения принадлежности обязательственных прав из договора подряда, а заказчик – лицо, получающее вещь по окончании договорных отношений в собственность, состояние прав у данных субъектов различно: один из них (подрядчик) обладал правами и обязанностями относительно объекта работ в процессе исполнения договорных обязательств; у другого (заказчика) появляются права и обязанности относительно результата этих работ как овеществленного индивидуально-определенного объекта, созданного по его заданию и переданного ему как вещь. Окончание договорных отношений сторон прекращает правовое состояние принадлежности обязательственных прав подрядчику-исполнителю работ и порождает правовое состояние принадлежности вещных прав заказчику собственнику»./93/

Другое дело, если обязательство, по каким – либо причинам прекращено. В этом случае незавершенное строительство становится объектом вещных прав и объектом имущественного оборота. При этом, объект незавершенного строительства имеет все признаки недвижимости: он неразрывно связан с земельным участком и его перемещение без несоразмерного ущерба целевому назначению невозможно./46/

При этом, для регистрации объекта незавершенного строительства в качестве объекта недвижимости необходимо представить документы на земельный участок, отведенный для создания объекта недвижимого имущества, разрешения на строительство, проектно-сметную документацию, и документы, содержащие описание объекта незавершенного строительства (ст. 25 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»). Причем, без наличия соответствующих документов, данный объект будет считаться самовольной постройкой (ст. 222 ГК РФ), со всеми вытекающими правовыми последствиями. При таких обстоятельствах придется уже в судебном порядке признавать факт правомочности возведения конкретного объекта, для того, чтобы его зарегистрировали в качестве объекта недвижимости и объекта вещного права./73/

Таким образом, объект незавершенного строительства регистрируется и признается недвижимостью при наличии совокупности следующих обстоятельств:

а) прочная связь с землей и невозможность перемещения без несоразмерного ущерба его назначению;

б) отсутствие акта о приеме строящегося объекта в эксплуатацию госкомиссией;

в) отсутствие договора строительного подряда, где в качестве предмета обязательства будет выступать соответствующий объект незавершенного строительства;

г) предоставление необходимых документов.

Только такая совокупность фактических и юридических обстоятельств является причиной регистрации права собственности на указанный объект. И только после государственной регистрации объект незавершенного строительства признается недвижимым имуществом.

**1.5 Особенности совершения сделок с недвижимостью: частноправовые и публично-правовые начала**

Для того, чтобы раскрыть сущность и особенности сделок с недвижимостью, необходимо ответить на более общий вопрос: «Что же такое сделка?».

Понятие сделки – одно из фундаментальных понятий всего гражданского права. Согласно ст. 153 ГК РФ, сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (т.е. на достижение правового результата).

В.А. Белов указывает, что в наиболее систематизированном виде основные вопросы учения о сделках нашли отражение в фундаментальном исследовании Д.Д. Гримма.

В своем определении сделки автор отталкивается не от понятия «действие», а от цели, которой призвано, по общему мнению, служить понятие «сделка». Если мы признаем, что сделка – это нечто, что заставляет правоотношения «двигаться», то вопрос о понятии сделки сведется к следующему: «… каковы суть те фактические обстоятельства, которые приводят наше правосознание к суждению, что кто-либо обязан исполнить что-либо в пользу другого; … какими мотивами руководствуется государство, понуждая кого-либо к исполнению чего-либо в пользу другого?»./41/ Предполагая, что законодатель, создававший нормативные конструкции, руководствовался соображениями «общественного благополучия», мы должны будем сделать вывод о том, что облечение того или иного фактического жизненного отношения в юридическую форму обуславливается его общественной полезностью (тогда эти отношения облекаются в форму сделок) или вредностью (форма деликтов). Следовательно, и сами фактические обстоятельства могут тогда получить статус юридически значимых, когда они несут в себе пользу или вред данному социальному строю.

Таким образом, существуют единственное требование к обстоятельствам, претендующим на роль факторов, благодаря которым правоотношения возникают, изменяются и прекращаются – социальное «неравнодушие» к ним. Такие обстоятельства получили в науке наименование юридических фактов.

Таким образом, всякий юридический факт связывает определенное фактическое обстоятельство с нормой объективного права и приводит к порождению для конкретного единичного субъекта субъективных прав и юридических обязанностей. Традиционная их классификация строится на основе волевого критерия и позволяет выделить фактические обстоятельства, порождаемые волей людей, и обстоятельства, порождаемые силами, независимыми от чьей-либо воли. Первую группу обстоятельств обыкновенно именуют действиями, вторую – событиями.

Понятие «действие» и становится камнем преткновения для учения о сделках.

Действия должны осуществляться на основе свободной воли – это один из основных принципов гражданского права (п.2 ст.1 ГК РФ).

В силу вышеизложенного необходимо четко разграничивать не только волю и действие, ее выражающие (волевыражение), но и результат выражения воли при помощи данных действий, достигнутый при данных конкретных обстоятельствах (волеизъявление). Только собственное волеизъявление и может породить в глазах окружающих его субъектов (в том числе, государства, в лице его правоохранительных, судебных и законодательных органов) определенные юридические последствия для лица, изъявившего свою волю (при определенных обстоятельствах – может и не породить).

Исходя из всего вышесказанного, можно дать следующее определение: сделка – это результат выражения воли (волеизъявление), порожденный действиями одного или нескольких субъектов гражданского права, направленными на изменение собственного правового положения или правового положения третьих лиц в определенных гражданских правоотношениях. Следует оговориться и указать на то, что сделка всегда несет правовые последствия. Эти последствия носят межотраслевой характер: гражданско – правовой, административно – правовой, уголовно – правовой и т.д.

При этом, следует учитывать, что понятие сделки, порядок ее заключения, признания недействительной и т.д. регулируется гражданским правом. Таким образом, публичность в отношениях сделок носит производный характер от частного (эта оговорка была приведена для уяснения сути последствий сделок в общем, и последствий сделок с недвижимостью в частности; т.к. именно там публичный элемент проявляется особенно явно – это не только теоретическая, но и в большей степени практическая посылка).

Следует понимать, что одни и те же действия при совершении сделки, могут иметь различные правовые последствия (т.е. не каждое действие, как волеизъявление достигнет желаемого правового результата).

Самый яркий пример – совершение одних и тех же действий лицом дееспособным и, например, несовершеннолетним. Следовательно, только лишь совершить действия мало. Действия подвергаются влиянию определенных факторов, которые в каждом конкретном случае могут быть различными. Отсюда различная правовая оценка этих действий, а значит различные правовые последствия. Соответствуют эти последствия намечавшемся – сделка

действительная; не соответствуют – наоборот./41/

Итак, от общего определения понятия сделки перейдем к частному вопросу о сделках с недвижимостью. Нам необходимо выявить особенности с точки зрения частноправовой и публично - правовой составляющей. Сначала рассмотрим особенности совершения сделок в рамках цивилистической догматики. Особенности – это в частности, правовые основания выделения сделок с данной категорией объектов в отдельную категорию сделок с этими объектами.

К этим особенностям относятся: форма и содержание сделок, их государственная регистрация, субъектный состав (их правомочность и правовой статус), юридические средства защиты.

Сделки с недвижимостью, по общему правилу, как и все остальные сделки, должны соответствовать условиям действительности, - под которыми понимается признание за сделкой качеств юридического факта, порождающего тот правовой результат, к которому стремились субъекты сделки./51/ Эти условия делятся на две группы: общие и специальные.

Общие условия (применимы ко всем сделкам):

а) законность содержания (например, не должна ограничиваться правоспособность одной из сторон в двусторонней сделки);

б) способность физических и юридических лиц, совершающих ее, к участию в сделке (например, в отношении юридических лиц – чтобы при заключении сделки, либо исполнительный орган не вышел за рамки своих полномочий, или специальной правоспособности юридического лица);

в) соответствие воли и волеизъявления (например, во избежании, порока воли в силу тяжелых жизненных обстоятельств).

Специальные условия (применимы к заключению сделок, где объект регулируется специальным гражданско - правовым режимом, в нашем случае, режим для объектов недвижимого имущества):

а) соблюдение формы сделки (в данном случае, по общему правилу, форма сделки - письменная);

б) содержание сделки (все существенные условия договора должны быть согласованны сторонами);

в) государственная регистрация (в данном случае имеется в виду, или регистрация принадлежности прав на недвижимость по сделке; или регистрация самой сделки; или и то и другое).

Большинство сделок с недвижимостью заключаются в виде договоров, кроме случаев, когда в сделке участвует одна сторона – односторонняя сделка (дарение, завещание).

Теперь немного остановимся на специальных условиях действительности сделок с недвижимостью: форма сделки и государственная регистрация (прав по сделке или самой сделки или и то и другое вместе).

Как мы выше выяснили сделки (договоры) с недвижимым имуществом, по общему правилу, заключаются в письменной форме. В данном случае существуют специальные правила-исключения к письменной форме договоров.

Положения ГК о письменной форме сделки (п.1 ст.160) и о письменной форме договора (п.2 ст. 434) имеют серьезные отличия. В первом случае (письменная форма сделки) законодатель требует от сторон совершения сделки путем составления документа, выражающего его содержание и подписанного лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами, допуская одновременно совершение двусторонних или многосторонних сделок (договоров) иными способами, установленными ГК РФ. Применительно же к письменной форме договора законодатель отходит от общего правила и допускает заключение договора не только путем составления одного документа, подписанного сторонами, но и путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Требования же к форме договора, где предметом выступает объект недвижимого имущества, сводятся к тому, что такой договор должен быть заключен в письменной форме в виде единого документа, подписанного сторонами.

Таким образом, суть специального правила о форме договора состоит в том, что исключается применение общего положения ГК РФ о форме договора (п.2 ст.434), и может быть выражено формулой «исключение исключения». Применительно к рассматриваемой нами категории договоров, законодатель возвращается к требованиям, предъявляемым к письменной форме сделки, ужесточая тем самым режим заключения договора./47/

Более того, в отличие от правил, регламентирующих последствия несоблюдения простой письменной формы сделки, нарушение требований, предъявляемых к форме подобного договора, влечет его недействительность.

Как автор указал выше, письменная форма сделки в данном случае выступает как общее правило, но из этого правила есть исключения. Имеется в виду обязательная нотариальная форма сделки.

К сделкам, в отношении которых требуется обязательная нотариальная форма, относятся: договор ренты во всех разновидностях (ст. 584 ГК РФ); составление завещания (ст. 1124 ГК РФ), и некоторые другие сделки.

Причем за нарушение требований закона к обязательной нотариальной форме сделки, такая сделка на основании ст. 165 ГК РФ является ничтожной, как несоответствующая требованиям закона (ст. 168 ГК РФ).

Стороны также могут удостоверить сделку в нотариальном порядке по желанию, в тех случаях, когда это не обязательно (ст. 53 Основ законодательства РФ о нотариате).

Если же стороны предусмотрят в самом договоре нотариальную форму, а сами это условие не выполнят, то такая сделка будет считаться оспоримой.

Что касается государственной регистрации, то она применяется трояко: либо только регистрация возникновения и (или) перехода вещного права по сделке, или как регистрация сделки, либо, как регистрация перехода права и регистрация самой сделки (договора).

Вообще же говоря, предназначение государственной регистрации состоит в том, что она создает гарантии надлежащего выполнения сторонами

обязательств и, следовательно, способствует упрочению и стабильности гражданского оборота./32/ Государственная регистрация, является единственным доказательством существования зарегистрированного права

(абзац 2 п.1 ст. 2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 г. № 122 – ФЗ).

Как правило, при совершении сделок с недвижимостью регистрируется переход вещного права по сделке, в некоторых случаях регистрируется не переход права, а обременение права (аренда, доверительное управление, ипотека и т.д.). А в некоторых случаях регистрируется и сама сделка (обязательное условие оформления сделки, без которой она признается ничтожной), например, ипотека, дарение недвижимости, купля-продажа предприятия, купля-продажа жилого помещения, рента и т.д.

Естественно, что при совершении сделок с недвижимостью должны соблюдаться и общие условия действительности сделок. Это в частности, способность физических и юридических лиц, совершающих ее, к участию в сделке.

Для физических лиц:

а) наличие субъективного вещного или обязательственного права на предмет сделки;

б) дееспособность;

в) доверенность, если лицо не является собственником недвижимого имущества; либо:

г) в необходимых случаях, наличие согласия органа опеки и попечительства;

Для юридических лиц:

а) согласие собственника, если стороной по распоряжению недвижимостью в сделке выступает унитарное предприятие;

б) сделка не должна выходить за рамки специальной правоспособности;

в) правомочность исполнительного органа (доверенность, или указание в учредительных документах о правах на совершение данной категории сделок (или единичной сделки, при выдаче конкретного вида доверенности) сделки и т.д.);

г) и другие условия в зависимости от конкретного объекта недвижимости и правового статуса стороны сделки.

При соблюдении всех вышеперечисленных условий сделка будет признана действительной.

Если хотя бы одно условие будет не выполнено, то сделка будет признана недействительной, - как не обладающая качествами юридического факта, способного породить те гражданско – правовые последствия, наступление которых желали субъекты./51/

Сделка может быть признана недействительной, либо в силу несоответствия закону или иному правовому акту (ничтожная сделка ст. 168 ГК РФ – она недействительна с момента заключения, независимо от чьего бы то ни было признания); либо может быть признана по решению суда, недействительной (оспоримая сделка).

Итак, мы выяснили условия действительности сделки. Но необходимо еще помнить, что существуют условия действительности договора (содержания).

Это в частности, условия о предмете (чтобы его можно было обособить от других подобных вещей, т.е. придать характер индивидуальной определенности); о цене, если договор носит возмездный характер; о сроке и т.д. Если в договоре будет отсутствовать хотя бы одно из существенных условий, необходимых для его заключения, то договор будет признан незаключенным, и не будет влечь за собой правовые последствия, ради которых заключался договор (ст. 432, 168 и другие статьи ГК РФ).

Договор вступает в силу, по общему правилу, с момента заключения (концессуальный договор), если в законе или договоре не указано иное.

Договор, требующий государственной регистрации, вступает в силу с момента момента такой регистрации (ст.433 ГК РФ).

К частноправовым особенностям обеспечения сделок относятся также

средства гражданско-правовой ответственности: виндикация, реституция, кондикция.

Виндикация – это истребование собственником или иным титульным владельцем своего имущества из чужого незаконного владения (например, когда не правомочное лицо по безвозмездной сделке передало это имущество

добросовестному приобретателю) посредством обращения в суд.

Кондикция – это требование о возврате неосновательно приобретенного или сбереженного имущества. В широком смысле, неосновательное обогащение лица представляет собой произвольное увеличение его имущества, явившееся результатом присоединения к нему новых ценностей при отсутствии какого-либо встречного предоставления со стороны обогатившегося./81/ Кондикция применяется, например, одной из сторон сделки не получившей встречного удовлетворения (не оплатил, переданную по договору купли-продажи, вещь; либо напротив, продавец не передал купленную вещь и т.д.).

К отличительным признакам виндикационного и кондикционного притязаний, относятся:

Во-первых, кондикционный иск может быть предъявлен любому лицу, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело либо сберегло имущество за счет другого лица (ст.1102 ГК РФ). Кроме того, в отличие от виндикации, здесь тот факт, что правонарушитель фактически владеет вещью, существенного значения не имеет.

Во-вторых, при возвращении неосновательного обогащения в натуре отсуженное имущество не обязательно должно являться тем самым, которое было утрачено собственником, - вполне достаточно того, чтобы оно отвечало основным характеристикам последнего: качество, ассортимент, количество и т.д. Отметим, что в данном обстоятельстве можно усмотреть личную, а не вещную направленность кондикционного иска.

В-третьих, в отличие от виндикации, неосновательное обогащение может быть истребовано не только в натуре, но и денежном (стоимостном) эквиваленте, о чем прямо говорится в ст.1105 ГК РФ.

В-четвертых, при удовлетворении кондикционного иска, ответчика лишают прав на принадлежащее ему имущество, а при виндикации у него изымается индивидуально-определенная вещь, которая в состав его имущества просто не входит.

В-пятых, при предъявлении виндикационного иска субъектом активной легитимации является собственник либо иной титульный владелец, а при кондикции истец вовсе не обязательно отвечает названным требованиям. Кстати, это еще раз подтверждает правомерность тезиса о том, что нормы о кондикции во многом оказываются способными дополнить правила о виндикации. К примеру, собственник индивидуально-определенной вещи не может подтвердить свое право в рамках гражданского судопроизводства. Понятно, что в этих условиях виндикация неприменима, ибо истец не в состоянии обосновать свои права на спорную вещь, но это автоматически еще не означает, что собственник лишается возможности истребовать ее по правилам об обязательствах из неосновательного обогащения.

В цивилистической доктрине нередко выделяют и другие различия виндикационного и кондикционного требований, но, как представляется, не все они однозначно приемлемы./81/

Реституция – это возврат сторон в первоначальное положение, путем возвращения всего полученного по сделке, в случае признания сделки недействительной (ничтожной или оспоримой). Реституция может быть односторонней или двухсторонней.

Теперь рассмотрим публично-правовые особенности совершения сделок с недвижимостью. К ним относятся, ограничения оборотоспособности видов недвижимости, особые правила совершения сделок, и, условно говоря, меры юридической ответственности.

Понятие оборотоспособности введено ст. 129 ГК РФ.

Оборотоспособность объектов гражданских прав, означает допустимость совершения сделок и иных действий, направленных на их передачу в рамках гражданско-правовых отношений./66/

Оборотоспособность объектов гражданских прав делится на три вида: а) объекты, оборот которых свободен (подавляющее число объектов недвижимого имущества);

б) объекты, ограниченные в обороте – виды объектов, которые могут принадлежать лишь определенным участникам оборота либо нахождение которых допускается по специальному разрешению (так, например, п. 1 ст. 46. Водного кодекса РФ указывает, что «права пользования водными объектами приобретаются на основании лицензии на водопользование и заключенного в соответствии с ней договора пользования водным объектом». И далее: «продажа, залог и совершение других сделок, которые влекут или могут повлечь отчуждение водных объектов, не допускаются» (ст. 22 Водного кодекса РФ). Т.е. водные объекты, могут быть переданы лишь в пользование, и по специальному разрешению); в) объекты, изъятые из оборота – это объекты, нахождение которых в обороте не допускается (Так п. 4 ст. 27 Земельного кодекса РФ, устанавливает перечень изъятых из оборота земельных участков (объектов недвижимого имущества) – «из оборота изъяты земельные участки, занятые находящимися в федеральной собственности следующими объектами: 1) государственными природными заповедниками и национальными парками; 2) зданиями, строениями и сооружениями, в которых размещены для постоянной деятельности Вооруженные Силы Российской Федерации, другие войска, воинские формирования и органы; 3) зданиями, строениями и сооружениями, в которых размещены военные суды; и т.д. Или, вот еще пример, в ст. 12 Лесного кодекса РФ говорится, что «оборот лесного фонда не допускается»).

Правила совершения сделок, это, например процедура приватизации государственного и муниципального имущества, одобрение сделки органом опеки и попечительства по отчуждению жилого помещения, где проживают несовершеннолетние, реализация на торгах арестованного имущества и т.д. Т.е. это дополнительные публично-правовые требования, установленные императивными нормами, к сделке.

Таким образом, публично-правовой элемент в частноправовых отношениях носит производный характер, устанавливающий более жесткие правила или изъятия исходя из публичных интересов ограничения частной инициативы. Публично-правовые вкрапления определяют правовой режим конкретных объектов недвижимости.

В завершении хотелось бы отметить, что сделка – это важнейший движущий фундамент гражданских правоотношений, через нее живет и развивается имущественный оборот и рыночная экономика любого государства. Не только возможность нахождения недвижимости на том или ином праве у конкретного субъекта, но и возможность влияния на юридическую судьбу своего имущества, развивает активность и инициативность субъектов правоотношений, способствует их самоактуализации, служит мерой свободы и создает почву к созданию правового государства.

Следовательно, сделка призвана, не только изменять принадлежность прав и правовое положение субъектов правоотношений, но и их социальный, экономический и даже политический статус. Значит, необходимы право и возможности реализации этого права, необходим механизм не только правового регулирования, но и механизм обеспечения правомерности и законности при совершении сделок с недвижимостью. Необходимость эта диктуется особенностями такого важного объекта гражданских правоотношений, как недвижимое имущество, его особым «социальным положением», его ценностью для всех и каждого.

**2 Механизм обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью**

**2.1 Понятие и структурные элементы механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью**

В самом общем виде, понятие механизма можно определить следующим образом, - это способ организации чего-либо, присущими данному механизму методами, в требуемые модели, рамки. Таким образом, механизм – это методология достижения целей, стоящих перед кем-либо (или в рамках чего-либо).

Учитывая предмет рассматриваемой темы, а также все составляющие этой темы, можно дать следующее определение вышеуказанному механизму, и раскрыть его элементы.

Механизм обеспечения законности и правомерности сделок снедвижимостью (далее, - Механизм) **–** это структурно-взаимосвязанная совокупность правовых и организационных мер, осуществляемых специально уполномоченными на то органами публичной власти (в том числе, иными субъектами) и направленных на регулирование общественных отношений в сфере оборота объектов недвижимости, с целью упорядочения последних в нормативно-установленное и требуемое волевое поведение всех участвующих, в данных правоотношениях, лиц, в рамках обеспечения публичного (общественного) интереса.

Исходя из вышеизложенного определения автор данной работы, выделил структуру данного механизма, под которой понимается – не только способ расположения элементов объекта, но и строение определенного процесса во времени, это определенная последовательность и ритм изменения процесса./84/

Механизм представляет собой структурное образование, состоящее из элементов. Наука раскрывает эту категорию следующим образом: «Элемент – это минимальная единица в составе данного целого (структуры), выполняющую в нем определенную функцию»./84/

Итак, применительно к рассматриваемой теме, целое (механизм), в частности, его структура, состоит из следующих элементов: субъекты; объект; и, правовые средства обеспечения Механизма (приложение В).

1) В состав субъектов Механизма входят все субъекты права, которые устанавливают правовые требования к форме и содержанию сделок, формы контроля и надзора за субъектами рынка недвижимости, в том числе, относятся органы специальной компетенции в сфере недвижимости, и правоохранительные, судебные и контрольно – надзорные органы.

Всех субъектов Механизма можно подразделить на две группы, в зависимости от того, какую функцию права в правовом регулировании обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимости, они выполняют. Речь идет о регулятивной и правоохранительной направленности в деятельности конкретных органов. В зависимости от направленности деятельности, можно выявить первичность либо вторичность нахождения конкретных органов в рассматриваемом Механизме (см. приложение Г).

а) К первой группе субъектов относятся органы и иные субъекты, прямо участвующие в обеспечении сделки на основании закона или соглашения сторон, и выполняющие регулятивную функцию права.

На основании закона(как императивного требования) осуществляют обеспечение сделок с недвижимостью, следующие органы: Федеральная регистрационная служба; Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом (в том числе, уполномоченные органы субъектов РФ и муниципальные органы по управлению государственным имуществом субъектов РФ и муниципальным имуществом); фонды имущества (Российский фонд федерального имущества, фонды имущества субъектов РФ и муниципальные фонды имущества); нотариусы; органы опеки и попечительства, и, в необходимых случаях, субъекты оценочной деятельности. Стороны могут также воспользоваться, на основании свободного волеизъявления, услугами субъектов Механизма, в случае, когда по закону такое обращение не обязательно. Это, нотариусы, субъекты оценочной деятельности, и фонды имущества.

б) Ко второй группе субъектов, участвующим в Механизме опосредованно, и выполняющими охранительную функцию права, относятся: налоговые органы, суды судебной системы РФ (суды общей юрисдикции, арбитражные суды), органы прокуратуры, органы внутренних дел.

При этом необходимо помнить, что первая группа органов, занимается непосредственным обеспечением законности, а вторая, – ее охраной. И только такая совокупность органов предполагает достижение эффективности, в обеспечении законности и правомерности сделок с недвижимостью.

Главные отличительные особенности двух групп органов состоят в следующем:

1. если к первой группе относятся органы, осуществляющие регулятивную функцию права, посредством соответствующей деятельности компетентных государственных органов, то ко второй – охранительную функцию права, органами реализующими правоохранительную деятельность государства;
2. если, первые относятся к органам специальной компетенции, то вторые – к общей (имеется в виду, по отношению к данной сфере);
3. если первые, осуществляют, как правило, предварительный и текущий контроль, то вторые – последующий контроль, и надзор;
4. если первые – прямо участвуют в обеспечении сделки, то вторые – опосредованно;
5. если первые непосредственно обеспечивают законность, то вторые – опосредованно, путем прямой ее охраны.

Таким образом, как видно из показанной совокупности субъектов обеспечения Механизма, можно сделать вполне обоснованный вывод, что они образуют собой систему, каждый элемент из которой, осуществляет определенную функцию, причем во взаимодействии с другими элементами. Все это указывает на системный подход к формированию субъектного состава в данном Механизме в целях наиболее эффективного достижения поставленной задачи: обеспечение законности и правомерности сделок с недвижимостью.

2) Вторым элементом механизма обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью, является объект.

Объект – это то, на что направлено и правовое регулирование, и то, по поводу чего осуществляется та или иная деятельность. В данном случае, это скорее причина, существования Механизма как такового.

Исходя из сказанной посылки, определение объекта Механизма выглядит примерно следующим образом:

ОбъектомМеханизма выступают, общественные отношения по обеспечению нормативно - установленного порядка в сфере оборота объектов недвижимости.

В данном случае имеется в виду обеспечение законности и правомерности всех сделок с недвижимым имуществом с помощью правового инструментария специально уполномоченными на то органами государственной власти, с целью соблюдения правопорядка в целом.

Следовательно, нормативно - установленный порядок и общественные отношения в нем – это две составляющие объекта Механизма.

3) Третьим и завершающим элементом Механизма выступают правовые средства обеспечения Механизма.

Правовые средства, как отмечает профессор теории права М.Н. Марченко, это категория, которая связывает идеальное (цель) с реальным (результат), включая в себя одновременно как фрагменты идеального – инструменты (средства-установления), так и фрагменты реального (средства-деяния). Именно в этой плоскости названные разнородные юридические феномены можно рассматривать в качестве средств, именно в этом срезе юридической жизни они приобретают особые свойства – свойства явлений, действующих в связке «цель – средство – результат»./76/

При этом, под средствами-установлениями понимается юридический инструментарий, закрепленный в законодательных и иных нормативных правовых актов; а под средствами-деяниями – реализация средств - установлений.

Таким образом, правовые средства – это правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей./76/ В общем, и целом, главное назначение правовых средств заключается в достижении, с их помощью, целей правового регулирования.

В контексте данной работы, целью является правопорядок и стабильность в сфере оборота объектов недвижимости, а правовыми средствами – все те меры, которые применяются для достижения поставленной цели.

Автор выделил в отдельный пункт вопрос о правовых средствах, где и остановится на их рассмотрении более детально, а здесь лишь укажет на их виды.

Правовые средства в сфере обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью подразделяются на две группы: а) регулятивные правовые средства: полномочия государственных органов (контрольно-надзорные полномочия), в том числе, акты правоприменения; субъективные права сторон сделки и третьих лиц; б) охранительные правовые средства: меры предупреждения и пресечения правонарушений, в том числе, меры юридической ответственности.

Итак, рассмотрев понятие и структуру Механизма, можно сделать вполне обоснованный вывод, что Механизм – это явление существующее не только идеально, понимаемо интеллектуально, но и реально, со всеми присущими явлению признаками. Этот Механизм имеет цель (как общая сфера направленности в регулировании); средства достижения этой цели как средства - установления; субъектный состав с необходимым объемом

полномочий (конкретных средств-установлений и деяний); и объект, как непосредственная сфера направленности в деятельности субъектов Механизма.

**2.2 Сравнительно – правовой анализ законности и правомерности**

Законность – это важнейший принцип права, означающий, строгое соблюдение и исполнение Конституции и законов, и только законов всеми органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, гражданами и их объединениями. Законность - всеобщее требование, в том смысле, что оно обязательно для всех участников./76/

Это положение подтверждает ч.2 ст.120 Конституции РФ, в которой говорится, что «суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом».

Что касается правомерности, то под ней понимается – соответствие явлений социальной жизни (деятельности или результатов деятельности субъектов права) требованиям и дозволениям, содержащихся в нормах права. Правомерность, исключает какое бы то ни было, отклонение от предписаний права.

Очевидно, что два приведенных определения практически идентичны, что не позволяет отграничить их друг от друга.

Вместе с тем, понятия «законность» и «правомерность» – это далеко не одинаковые понятия. В них вкладывается различное содержание. Законность-это мера объективного (позитивного) права, это соответствие поведения субъекта права, норме права. Вместе с тем нарушение закона, есть поведение незаконное, носящее характер правонарушения или преступления.

Правомерность же находится в другой плоскости, - это мера поведения, мера права. Правомерность – это, прежде всего, мера субъективного права, но не объективного.

По мнению автора, профессор С.С. Алеексеев достаточно четко разграничил эти понятия: «Объективное и субъективное право – явления разнопорядковые, занимающие в мире правовых явлений свои особые места. Здесь важно не потерять из виду специфику объективного права как нормативного институционного образования. Субъективные же юридические права – не основание юридического регулирования, а результат его претворения в жизнь, последствие конкретизированного воплощения нормативных положений в виде точно определенной юридической свободы, ее меры для данного лица»./39/

Раскроем высказанное мнение на основе статики и динамики права.

Законность – это правило, существующее объективно, тогда как правомерность, существует только тогда, когда существуют правоотношения между субъектами права.

Нормы объективного права лишь устанавливают возможность определенного поведения «в натуре», придают ему характер юридически значимого и, обеспечивают охраной его допустимые варианты. Норма права лишь предпосылка для возникновения правоотношения. Связующим звеном между нормой объективного права и конкретным правоотношением служат юридические факты (юридические составы) – конкретные жизненные обстоятельства, результатом которых выступают такие последствия, которые нормами объективного права предсказаны или одобрены, т.е. признаны в качестве допустимых./94/

Юридические факты приводят нормы объективного права в действие, наделяют правоотношения качествами средства индивидуального регулирования правовых отношений, осуществляемого на основе норм объективного права, поскольку оно приводит к формированию конкретного содержания прав и обязанностей участников правоотношений как условий их взаимного поведения./94/

Нормы объективного права лишь фиксируют условия установления субъективных прав и юридических обязанностей. Средством регулирования поведения индивидуумов выступает правоотношение, являющееся юридической формой реализации их интересов, обладающих свойством правомерности./94/

Таким образом, субъективное право является производным от объективного права. И если, объективное право распространяется на всех субъектов права, то, субъективное - принадлежит конкретному субъекту, вступающему в конкретные правоотношения, на основе объективного права. Следовательно, субъективные права вообще имеют личный характер, они принадлежит только и исключительно правообладателю.

Это же правило подтверждает и профессор Е.А. Суханов, который подчеркивает, что «…природа и характер субъективных прав полностью определяется нормами объективного права»./88/

Объективное право находится в статичном состоянии, а субъективное в динамичном, на стадии реализации объективного права.

Как известно, во многом «сделки с недвижимостью» регулируются все же гражданским правом, где применяется диспозитивный (децентрализованный) метод правового регулирования, который наделяет субъектов самостоятельностью и автономией в выборе контрагентов, в определении условий сделки и т.д. Естественно, что свобода и самостоятельность не являются безграничными, частной автономии должны устанавливаться определенные границы – пределы осуществления субъективных прав./50/

Следовательно, правомерность – это действие в пределах субъективного права. Пределы осуществления субъективных прав – это законодательно очерченные (в том числе, в договорном порядке) границы деятельности управомоченных лиц по реализации возможностей, составляющих содержание данных прав./51/

Главным средством установления пределов осуществления субъективных прав, являются законодательные запреты на общественно вредные способы, средства и цели осуществления этих прав.

Таким образом, существуют три способа определения пределов субъективных прав. Это законодательные запреты, на:

а) общественно вредное поведение (способы осуществления этих прав);

б) средства осуществления прав;

в) цели осуществления прав.

Следовательно, в случае нарушения правового запрета, неправомерное поведение трансформируется (при этом, оставаясь неправомерным) в противозаконное, нарушающее норму объективного права.

Применительно же к целям (желаемым результатам) и средствам (способам достижения целей) осуществления принадлежащими субъективными правами, то здесь не все так просто, при квалификации данных оснований в качестве неправомерного или незаконного поведения.

Так, применительно к рассматриваемой нами теме, рассмотрим институт недействительности сделок: в силу незаконности и в силу неправомерности. В гражданском законодательстве выделяется четыре группы норм о недействительности сделок:

1. нормы, устанавливающие недействительность сделок, не соответствующих требованиям закона, закрепленных в нормах права;
2. нормы, характеризующие недействительность сделок по субъектному составу;
3. нормы волевой порочности сделки;
4. нормы о дефектности формы сделки./56/

Недействительность сделок, - предполагает действие совершенное в виде сделки, которое не обладает качествами юридического факта, способного породить те гражданско-правовые последствия, наступления которых желали субъекты.

Сделка считается недействительной по основаниям, установленным законом и иным правовым актам, в силу признания таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка).

Общее правило, согласно которому, сделка не соответствующая требованиям закона ничтожна, в данном случае срабатывает, как правило, безотказно. Например, когда договор купли-продажи жилого помещения не регистрируется в органе публичной власти, тогда, согласно ч.2 ст. 558 ГК РФ он признается незаключенным (ничтожным) как не соответствующий законно установленной форме. Или, еще один пример, когда одна коммерческая организация дарит другой коммерческой организации ту же недвижимость. Такой договор тоже будет признан ничтожным, как нарушающий императивную норму – запрет (п.4 ст. 575 ГК РФ). Если в первом случае, сделка признается недействительной в силу ничтожности (незаконна), и критерий правомерности в данном случае, значения не имеет; то во втором случае, сделка признается недействительной не только в силу ее незаконности, но и в силу неправомерности, где средство осуществления субъективного права (распоряжение недвижимым имуществом, через конструкцию договора дарения), является признаком, характеризующим выход за пределы дозволенного (субъективного права).

Неправомерность сделки – это выход за пределы субъективного права при сохранении самого права, т.е. злоупотребление правом./82/

Закон определяет злоупотребление правом, как действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред лицу (цель осуществления прав), а также злоупотребление правом в иных формах (ч.1 ст.10 ГК РФ). Словосочетание «иные формы» квалифицируются как злоупотребление правом, по решению суда, в принятии которого главная роль отводится судейскому усмотрению. Это и есть те самые средства (в том числе, и иные цели и средства).

Классические случаи, когда сторона выходит за пределы субъективного гражданского права: выход за пределы специальной правоспособности юридического лица, кабальная сделка, когда одна сторона пользуется тяжелым материальным положением другой стороны и т.д.

Можно привести такой пример злоупотребления правом.

«Директор коммерческой организации, имевший статус предпринимателя, совершил в свою пользу дарение недвижимости (складов), принадлежащих организации. Учредители оспорили его действия. Суд признал действия директора как злоупотребление правом»./82/

Тем не менее, как уже указывалось выше, правовые последствия сделки носят многоотраслевой характер, и если в одной отрасли права, сделка может быть признана неправомерной, то та же сделка, в другой отрасли права может стать незаконной.

Автор уже акцентировал внимание читателя, что нормативное регулирование сделок носит регулятивный и охранительный характер. Регулятивное правовое регулирование осуществляется, как правило, частным правом. А, что, касается охранительного регулирования, то оно осуществляется, как частным правом (в случае защиты индивидуального интереса), так и, и в большей степени, публичным правом (в случае нарушения общественного интереса).

К частноправовым способам охранительного регулирования относятся: способы защиты (виндикационный и негаторный иск, судебная защита от неосновательного обогащения другой стороны, институт недействительности сделок, и т.д.).

В данном случае, интересно поподробнее выяснить публично-правовые нормы охранительного характера, применительно к сделкам с недвижимостью.

Значение публично-правового регулирования состоит в том, что нарушение норм-запретов влечет меры государственного принуждения для лица, совершившего правонарушение. Охранительное нормативно-правовое (публичное) регулирование, включает в себя администратино-правовые нормы и уголовно-правовые нормы.

Итак, рассмотрим их по порядку. Административно-правовые нормы охранительного регулирования реализуются через механизм правового принуждения и выражаются в конкретных принудительных мерах, применяемых уполномоченными органами. Они делятся на административно - предупредительные меры: например, запрет злоупотребления правом путем монополизации и ограничении конкуренции (антимонопольные органы, в случае выявления таких случаев вправе, например, подать в судебные органы иск о запрете реорганизации юридического лица путем слияния, если оно может привести к монополизации конкретного сектора рынка этим юридическим лицом; а также, отказ от регистрации либо договора, либо регистрации перехода права собственности регистрирующими органами, если есть, например, сомнения в подлинности представленных документов); меры, носящие характер пресечения: они призваны предотвратить реальную угрозу охраняемым общественным отношениям; и, меры наказания.

Особого внимания требует рассмотрение административных правонарушений, под которыми понимаются, противоправные, виновные действия (бездействия) физических или юридических лиц, за которые установлена административная ответственность (ч.1 ст. 2.1 КоАП РФ).

В контексте нашей темы, можно выделить общие и специальные составы административных правонарушений, посягающие на общественные интересы в сфере сделок с недвижимостью.

К общим составам относятся: ненадлежащее управление юридическим лицом – ст. 14.21 КоАП (пример, указанный выше о превышении должностных полномочий при совершении сделок); совершение сделок и иных действий, выходящих за пределы установленных полномочий; нарушение сроков рассмотрения заявлений (ходатайств) о предоставлении земельных участков или водных объектов (ст.19.9 КоАП) и т.д. К специальным составам, относятся, например, нарушение порядка распоряжения объектами нежилого фонда, находящегося в федеральной собственности, и использования данного объекта (ст. 7.24 КоАП РФ).

Законность гражданско-правовой сделки, также обеспечивается, соблюдением сторонами сделки, уголовно-правовых запретов. А нарушение нормативных уголовных запретов, влечет меру государственного принуждения в форме уголовного преследования.

Нарушение уголовного запрета, это есть преступление, т.е. виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное УК РФ под угрозой наказания. В данном случае, это могут быть любые преступления против личности с корыстной направленностью, где элемент агрессии носит инструментальный характер ради достижения конечной цели – завладения имуществом (убийство, истязания, избиения и т.д.); это и любые формы превышения должностных полномочий, и подкуп, и шантаж и вымогательство. В общем, весь набор наиболее опасных проявлений человеческой деятельности.

В общем, и целом, как представлялось автору, основные особенности таких правовых понятий, как законность и правомерность, ему удалось выяснить. Как кажется автору, нижеприведенные признаки, будут служить ярким примером отграничения этих категорий друг от друга.

Во-первых, законность существует в виде всеобщего правила для всех, независимо от конкретных правоотношений; правомерность же, существует только в рамках конкретных правоотношений, как форма осуществления конкретных субъективных прав.

Во-вторых, нарушение законности, в большинстве случаев, носит характер правонарушения; выход же за пределы субъективного права, не всегда является таковым (за исключением случаев предусмотренным законом, когда нарушение пределов субъективного права является одновременно правонарушением).

В-третьих, за нарушение закона предусмотрена как карательная, так и восстановительная формы ответственности; а за неправомерное поведение применяется, как правило, восстановительная форма ответственности и иные меры принуждения (предупреждения и пресечения).

Как представляется автору, второй и третий критерии, не всегда можно выявить в правоотношениях, во многом они размыты, смешанны и надуманны, что не позволяет эффективно использовать данные критерии для разграничения законности и правомерности.

Таким образом, только первый критерий, через характер объективного и субъективного права, является наиболее убедительным при дифференциации явлений законности и правомерности, т.к. позволяет выявить их рамки через связи с конкретными правоотношениями (правомерность) или без них (законность).

Во всех вышеприведенных положениях автор данной работы, пытался определить сферу действия законности и правомерности через категорию субъективного и объективного права. Но разграничил в итоге не законность и правомерность, а закон, его норму (как объективное право), и правомерность (как элемент субъективного права). Законность – это нечто другое, это не объективное право, это необходимый структурный элемент в построении объективного права.

Ниже автор попытается доказать, что «законность» и «правомерность» – это категории находящиеся несколько в иной правовой плоскости, нежели просто как принадлежности к объективному или субъективному праву.

Так, профессор С.С. Алексеев, указывает на то, выход за пределы субъективного права, есть всегда правонарушение, а следовательно и нарушение законности (по вышеуказанным, и не совсем верным размышлениям автора настоящей работы). Но это не так, ученый имеет в виду нарушение закона, а не законности. Для подтверждения этого вывода, необходимо процитировать данного ученого: «Во всех без исключения случаях значение оснований для определения неправомерности могут иметь только конкретные нормы – либо запрещающие, либо обязывающие и управомачивающие, неисполнение которых или же выход за границы которых (дозволения) свидетельствует о правонарушении. И в соответствии с принципами законности, требующими сообразно началам справедливости, конкретности и персонального характера юридической ответственности, каждый случай противоправного поведения должен быть связан с нарушением конкретной юридической нормы – запрещающей, обязывающей или управомачивающей (когда субъект выходит за пределы дозволенного)»./38/

В данном случае разграничение законности и правомерности строится на том основании, что нарушение законности – это нарушение общего принципа, а выход за пределы субъективного права, или иное нарушение объективного права – это неправомерность в поведении. Т.е. неправомерное поведение, как нарушение конкретной правовой нормы влечет юридическую ответственность, а незаконность (как нарушение законности, а не закона) в поведении – это нарушение общего принципа, общей идеи позитивного права, которое не влечет ответственность до того момента, пока не будет установлена конкретная нарушенная юридическая норма объективного права.

Этот вывод как никакой другой соответствует истине, и подтверждает размышления автора касательно, сфер «влияния» рассматриваемых категорий, где законность находится в сфере объективного права, но только лишь с той разницей, что это принцип, а правомерность - в сфере правоотношений или (и в том числе) конкретной правовой нормы.

Таким образом, с учетом всего вышесказанного определим понятия законности и правомерности, через указания их конкретных признаков:

а) первый признак, указанный выше соответствует предлагаемой конструкции, что подтверждает, но лишь усеченно, размышления автора;

б) второй заключается в том, что нарушение законности не влечет юридической ответственности само по себе, необходимо нарушение конкретной правовой нормы или выход за пределы субъективного права. И только в этом случае можно говорить о правонарушении, или о нарушении закона, но не законности.

Таким образом, нарушение законности есть нарушение принципа, и возможно лишь через нарушение конкретного закона, а выход за пределы правомерности это нарушение либо объективного права, как нормативного установления, либо выход за пределы субъективного права.

**2.3 Система органов, осуществляющих обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью. Правовые и организационные принципы их взаимодействия**

В состав органов обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью входят все субъекты права, которые устанавливают правовые требования к форме и содержанию сделок, формы контроля и надзора за субъектами рынка недвижимости, в том числе, относятся органы специальной компетенции в сфере недвижимости, и правоохранительные, судебные и контрольно – надзорные органы.

Как уже было отмечено выше, эти органы делятся на две группы. К первой группе относятся органы, прямо участвующие в обеспечении Механизма. Это органы специальной компетенции – осуществляющие правовое сопровождение сделки на предмет ее законности (правомочности сторон, формы и содержания сделки, наличие необходимых документов и т.д.). Эти органы осуществляют предварительный и текущий, а иногда, и последующий контроль.

Во второй группе находятся органы, осуществляющие контрольно-надзорные, юрисдикционные и правоохранительные функции. Эти органы участвуют на рынке недвижимости опосредованно, наделенные общей правоохранительной компетенцией, и выступают субъектами правоотношений в вышеуказанной сфере, после наступления юридического факта – нарушения законности (совершения правонарушения).

При этом необходимо знать, что первая группа органов, занимается непосредственным обеспечением законности, а вторая, – ее охраной. И только такая совокупность органов предполагает достижение эффективности, в обеспечении законности и правомерности сделок с недвижимостью.

Автор уже приводил выше, их классификацию. Теперь, представляется необходимым рассмотреть, правовой статус всех перечисленных субъектов подробнее, для того, чтобы уяснить место и роль каждого из них в рассматриваемом Механизме. Рассмотрим их, исходя из принадлежности к конкретной группе:

а) органы, осуществляющие регулятивную функцию права (прямо участвующие) в механизме обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью;

б) органы, осуществляющие правоохранительную функцию права (опосредованно участвующие) в механизме обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью.

а) В первую группу входят:

1) Федеральная регистрационная служба РФ (Росрегистрация) и ее территориальные органы. Эта служба действует на основе Положения о Федеральной регистрационной службе, утвержденной указом Президента РФ от 13.10.2004 г. № 1315. Росрегистрация - является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции в сфере регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (п.1 Положения). Основной задачей этого органа является обеспечение установленного порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (пп.1 п.2 Положения).

Эта служба действует исходя из требований ст.131 ГК РФ и ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее, Закон о регистрации).

К компетенции органов регистрации относится: проверка действительности поданных заявителем документов и наличия соответствующих прав у подготовившего документ лица или органа власти (абзац 1 ч.3 ст.9 Закона о регистрации); правовая экспертиза документов и проверка законности сделки (абзац 2 п.1 ст.13 Закона о регистрации); государственная регистрация прав приостанавливается государственным регистратором при возникновении у него сомнений в наличии оснований для государственной регистрации прав, а также в подлинности представленных документов или достоверности указанных в них сведений (п.1 ст.19 Закона о регистрации); в государственной регистрации может быть отказано, в предусмотренном законом порядке (ст.20 Закона о регистрации).

Таким образом, исходя из компетенции, установленной законом, регистрационная служба – это орган, непосредственно участвующий в обеспечении законности сделки, и прав из сделки. Росрегистрация регистрирует либо саму сделку, либо права из нее, либо и то и другое, предварительно выяснив обстоятельства, служащие основанием признания действий заявителя законными. Росрегистрация относится к органу, осуществляющему текущий контроль при совершении и (или) исполнении сделки.

2) Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом (Росимущество). Оно действует на основе постановления Правительства РФ от 27.11.2004 г. № 691 «О федеральном агентстве по управлению федеральным имуществом», где сказано, что «Росимущество является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по управлению федеральным имуществом, в том числе в области земельных отношений, функции по оказанию государственных услуг и правоприменительные функции в сфере имущественных и земельных отношений»./29/

Росимущество, осуществляет полномочия собственника в отношении федерального имущества (п.5.2 и п.5.3 Положения об агентстве) /29/; проводит контроль за его использованием; закрепляет находящееся в федеральной собственности имущество в хозяйственное ведение и оперативное управление в федеральных государственных унитарных предприятий (п.5.18 Положения); и учреждений (п.5.19 Положения); осуществляет в установленном порядке в отношении федеральных государственных унитарных предприятий согласование сделок с недвижимым имуществом (п.5.14 Положения об агенстве), и иные полномочия.

Следует заметить, что правомочия собственника, возложенные на Росимущество, имеют усеченный характер. Росимущество, по существу осуществляет управление государственным имуществом, которое выражается, в частности, в возможности извлечения прибыли из эксплуатации имущества.

Так, Росимущество имеет право совершать следующие сделки в отношении федерального имущества: аренда, вклад в уставной капитал хозяйственного общества, имущества не закрепленного в хозяйственном ведении и оперативном управлении за унитарными предприятиями и учреждениями, и т.д. Причем, подобные действия, влекут право Росимущества на осуществление контроля, за использованием государственного имущества, пользователями.

Главная особенность существования этого государственного органа (применительно к данной работе) заключается в том, что Росимущество имеет право распоряжения федеральным имуществом без передачи права собственности на него (т.е. передавать во временное владение и пользование).

Таким образом, Росимущество не правомочно распоряжаться государственным имуществом в форме передачи права собственности (т.к. это повлечет и смену формы собственности, что возможно только посредством приватизации, осуществление которой выполняет иной субъект права).

Росимущество, осуществляет предварительный (на стадии подготовки к сделке, например в форме аренды), текущий (контроль, за целевым использованием имущества, предоставленного тем же унитарным предприятиям) и последующий (в случае, не использования государственного имущества или не целевого использования имущества государственными учреждениями, Росимущество может изъять эту часть имущества у учреждения).

Следует указать, что в каждом субъекте РФ и муниципальном образовании действуют органы, по управлению соответственно имуществом субъектов и муниципальных образований.

3) Российский фонд федерального имущества (РФФИ). Правовой статус РФФИ закреплен в постановлении Правительства от 25.12.2002 г. № 925, где, указано, что «РФФИ – это специализированное государственное учреждение при Правительстве РФ, которое является федеральным государственным учреждением, осуществляющим в соответствии с законодательством Российской Федерации продажу приватизируемого федерального имущества, реализацию имущества, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решения об обращении взыскания на имущество, а также распоряжение и реализацию конфискованного, движимого бесхозяйного, изъятого и иного имущества, обращенного в собственность государства по основаниям, предусмотренным законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации»./30/

К основным задачам РФФИ относятся, создание эффективной системы продажи федерального имущества (абзац 1 п.10 Положения о Фонде); создание условий для эффективного функционирования системы принудительного обращения взыскания на имущество должников, в том числе при истребовании задолженности по обязательным платежам в бюджеты и государственные внебюджетные фонды (абзац 3 п.10 Положения о Фонде).

Фонд в соответствии с возложенными на него задачами осуществляет следующие функции (п.11 Положения о Фонде):

а) осуществляет от имени Правительства Российской Федерации в установленном порядке продажу федерального имущества, продажу иного имущества, принадлежащего Российской Федерации, и по договорам с федеральными государственными унитарными предприятиями - продажу федерального имущества, закрепленного за ними на праве хозяйственного ведения (абзац 1);

б) осуществляет продажу земельных участков в порядке и случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, а также выступает организатором торгов при продаже находящихся в федеральной собственности земельных участков (абзац 3);

в) заключает в установленном порядке договоры купли - продажи федерального имущества (абзац 5);

г) осуществляет в установленном порядке реализацию имущества, в том числе имущественных прав, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решения об обращении взыскания на имущество, а также распоряжение и реализацию конфискованного, движимого бесхозяйного, изъятого и иного имущества, обращенного в собственность государства по основаниям, предусмотренным законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации (абзац 16).

В свете вышесказанного, можно сделать вывод, что РФФИ осуществляет функции собственника, но только в рамках правомочия распоряжения. Фонд наделен полномочиями только по распоряжению государственным имуществом в форме приватизации. Т.е. данное учреждение совершает сделки с государственным имуществом, результатом которых будет переход права и формы собственности. Также Фонд наделен правомочиями по распоряжению арестованного и иного имущества, предусмотренного абзацем 16 п.11 Положения о Фонде. Хотя, если учесть, что это имущество, уже находится в собственности РФ, то это право поглощается вышеуказанным правом (распоряжение государственной собственностью (абзац 1 п.11 Положения о Фонде)). Смысл выделения данной нормы состоит в том, что распоряжение этим имуществом имеет свои особенности (осуществляется в форме публичных торгов).

Само существование РФФИ предполагает, что он выступает в роли посредника, между РФ (в лице Правительства РФ и уполномоченного им Федерального агентства по управлению федеральным имуществом, которое и предоставляет Фонду, имущество для реализации, на основании Прогнозного плана приватизации) и покупателем.

РФФИ является, в первую очередь, учреждением, осуществляющим обеспечение законности приватизационных сделок. Фонд осуществляет предварительный (на стадии подготовки объекта приватизации к сделке: подготовка всех документов (например, оценка объекта)), текущий (при проведении, например, аукциона или конкурса на предмет соответствия законности поданных заявок и иных документов на участие и т.д.), и последующий (например, расторжение договора купли-продажи государственного имущества в случае не оплаты покупателем договорной цены, или иным нарушением условий договора) контроль.

По тому же принципу, в каждом субъекте РФ и муниципальном образовании действуют соответствующие Фонды имущества.

Фонды имущества могут также обеспечивать законность сделок, объектом которых будет имущество, находящееся в частной форме собственности. Данные отношения регулируются на договорной основе (договоры поручения и комиссии) между соответствующими Фондами и физическими и юридическими лицами.

Автор хотел бы обратить внимание, что только фонды имущества, имеют право отчуждать (в форме приватизации) в частную собственность государственное и муниципальное имущество. Если это сделает иной субъект публичного права, то такая сделка будет ничтожной (ст.168 ГК РФ), как не соответствующая закону.

4) Нотариальная деятельность в Российской Федерации, осуществляется на основе Закона от 11.02.1993 г. № 4462-1 «Основы законодательства РФ о нотариате (далее – Основы законодательства о нотариате)./18/

Согласно ст.1 Основ законодательства о нотариате, нотариат в Российской Федерации призван обеспечивать в соответствии с Конституцией Российской Федерации, Конституциями республик в составе Российской Федерации, настоящими Основами защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации. При этом нотариальные действия в РФ совершают в соответствии с Основами нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе или занимающиеся частной практикой. А в случае отсутствия в населенном пункте нотариуса, нотариальные действия совершают должностные лица органов исполнительной власти, уполномоченные на совершение этих действий.

Нотариат, в его сущностном понимании, позволяет обеспечить законность и правомерность юридических действий участников гражданского оборота, посредством совершения нотариальных действий от имени Российской Федерации.

Нотариат является частью публично-правовой системы оказания квалифицированной юридической помощи. В соответствии со ст.48 Конституции России каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи./1/

Применительно, к рассматриваемой теме, нотариусы наделены следующими полномочиями: удостоверяют сделки (ст.35, 36 Основ законодательства о нотариате); нотариус удостоверяет сделки, для которых законодательством Российской Федерации и республик в составе Российской Федерации установлена обязательная нотариальная форма. По желанию сторон нотариус может удостоверять и другие сделки (ст.55 Основ законодательства о нотариате)./18/

Т.е. нотариус привлекается к удостоверению сделки либо на основании закона, либо по соглашению сторон.

При этом, нотариус, должен проверить правомочность, дееспособность и иные обстоятельства касательно юридической личности сторон; нотариус также обязан разъяснить сторонам смысл и значение представленного ими проекта сделки и проверить, соответствует ли его содержание действительным намерениям сторон и не противоречит ли требованиям закона; нотариус сам может по просьбе сторон составить проект текста сделки; нотариус также вправе истребовать необходимые документы для совершения сделки и т.д.

Нотариус отказывает в совершении нотариального действия, если: совершение такого действия противоречит закону; с просьбой о совершении нотариального действия обратился недееспособный гражданин либо представитель, не имеющий необходимых полномочий; сделка, совершаемая от имени юридического лица, противоречит целям, указанным в его уставе или положении; сделка не соответствует требованиям закона; документы, представленные для совершения нотариального действия, не соответствуют требованиям законодательства (ст.48 Основ законодательства о нотариате)./18/

Основные функции нотариата:

а) Удостоверительная. Заключаются в том, что она придает от имени государства юридическим действиям участников гражданского оборота особый правовой характер, через удостоверение этих действий (в частности, сделок) нотариусом. Причем удостоверение как акт нотариального действия, связан с реализацией как контрольных, так и правозащитных полномочий нотариусов; б) Охранительная. Заключается в возложении на нотариат задачи охраны прав участников нотариального производства, в том числе, путем содействия в осуществлении их прав и исполнении обязанностей;

в) Юрисдикционная. Ее особенность заключается в том, что нотариусы не разрешают уже возникшие правовые споры, а предупреждают их./59/

Нотариусы осуществляют предварительный (в случае проверки личности, дееспособности и правомочности сторон сделки), и текущий (при удостоверении сделки) контроль.

Следует указать, что нотариат в России осуществляет в большей степени охранительную функцию, но не в форме реакции на правонарушение, а в форме предупреждения правонарушений, и иных действий сторон сделки, носящих противоправный и неправомерный характер. Поэтому автор и поместил, нотариат в группу органов регулятивной направленности, т.к. они прямо участвуют в обеспечении законности и правомерности при совершении сделок с недвижимостью.

5) Оценочная деятельность в РФ регулируется ФЗ «Об оценочной деятельности в РФ» от 29.07.1998г. № 135-ФЗ (далее – Закон об оценочной деятельности)./20/

Под оценочной деятельностью понимается, деятельность субъектов оценочной деятельности, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости (абзац 1 ст.3 Закона об оценочной деятельности). В зависимости от вида имущества, динамики правоотношений по поводу этого имущества, целей оценки и т.д. стоимость имущества может быть: ликвидационной, инвестиционной, рыночной, восстановительной, утилизационной и т.д.

К субъектам оценки относятся либо юридические лица, либо индивидуальные предприниматели без образования юридического лица, профессионально занимающиеся оказанием услуг по оценке имущества.

К оценочной деятельности предъявляются правовые требования, в части получение лицензии на оказание оценочной деятельности, которую выдает уполномоченный государственный орган (Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом, и соответствующие уполномоченные органы субъектов РФ). При этом, согласно п.5 ст.18 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», с 01 января 2006г. лицензирование оценочной деятельности прекращается./19/ К требованиям, предъявляемым к субъектам, осуществляющим оценочную деятельность относятся также, требования к наличию соответствующего образования и квалификации, а также наличия профессиональной страховки (страхование гражданской ответственности оценщиков в целях обеспечения защиты прав потребителей услуг оценщиков).

Оценке подлежат следующие объекты: отдельные материальные объекты (вещи); совокупность вещей, составляющих имущество лица, в том числе имущество определенного вида (движимое или недвижимое, в том числе предприятия); право собственности и иные вещные права на имущество или отдельные вещи из состава имущества; права требования, обязательства (долги); работы, услуги, информация; иные объекты гражданских прав, в отношении которых законодательством Российской Федерации установлена возможность их участия в гражданском обороте (ст.5 ФЗ «Об оценочной деятельности»)./20/

Основанием для проведения оценки объекта оценки является договор возмездного оказания услуг, заключенный между оценщиком (исполнителем) и заказчиком.

Оценка проводится как из требований закона, так и по соглашению сторон.

На основании закона устанавливаются случаи обязательности привлечения независимого оценщика (ст. 8 ФЗ «Об оценочной деятельности» закрепляет правило, согласно которому, независимый оценщик обязательно привлекается в случае, например, определения стоимости объектов оценки, принадлежащих Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, в целях их приватизации, передачи в доверительное управление либо передачи в аренду и т.д.). По соглашению сторон, независимый оценщик может быть привлечен, например, в случае преддоговорного спора о цене сделки.

Необходимо отметить, что не установлены последствия такого не привлечения, в том числе, в случаях предусматривающих обязательное привлечение независимого оценщика./57/

Значение отчета об оценке определяется в ст.12 ФЗ «Об оценочной деятельности», где говорится, что это документ, содержащий сведения доказательственного характера, и устанавливает, что итоговая величина рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанная в отчете, признается рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки, если в порядке установленном законодательством РФ, или в судебном порядке не установлено иное.

Субъекты гражданских правоотношений связаны величиной рыночной или иной стоимости объекта оценки только в том случае, если в соответствии с законом установленная величина является обязательной для сторон.

Если же законом не предусмотрено обязательное участие оценщика, но стороны, воспользовались его услугами, то цена объекта оценки является рекомендательной для сторон.

Закон, к сожалению не определяет, какие правовые последствия влечет не привлечение независимого оценщика.

Автор убежден, что обязательная оценка имущества, предусмотренная

законом, представляет собой одно из условий совершения сделки (причем одно из условий законности сделки), при невыполнении которого сделка признается ничтожной (ст. 168 ГК РФ), или договор признается незаключенным, если условие о цене является существенным условием (ст.432 ГК РФ).

Следовательно, оценочная деятельность – это деятельность по определению объективной величины стоимости объекта оценки, в целях обеспечения защиты прав и законных интересов, как заказчиков (сторон какой-либо сделки), так и третьих лиц. Оценщик выполняет, таким образом, охранительную функцию, в то же время, обеспечивает законность сделки и ее объективность.

Профессиональные оценщики осуществляют предварительный контроль, при согласовании сторонами сделки, условия о цене сделки.

6) Опека и попечительство регулируется множеством нормативно-правовых актов. Так, В ст. 31 ГК РФ сказано, что опека и попечительство устанавливаются для защиты прав и интересов недееспособных или не полностью дееспособных граждан. Опека и попечительство над несовершеннолетними устанавливаются также в целях их воспитания. Соответствующие этому права и обязанности опекунов и попечителей определяются законодательством о браке и семье. А гл.3 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» от 06.10.2003 г. № 131-ФЗ, говорит о том, что вопросы опеки и попечительства относятся к вопросам местного значения. Следовательно, органы опеки и попечительства входят в структуру органов местного самоуправления. В каждом муниципальном образовании они создаются и действуют на основании правовых актов местных администраций. Органам опеки и попечительства делегированы некоторые полномочия публичного характера в части обеспечения и защиты прав некоторых категорий граждан (недееспособных (детей, душевнобольных), ограниченно дееспособных (несовершеннолетних, лиц злоупотребляющих алкогольными напитками и наркотическими средствами, и признанные ограниченно дееспособными по решению суда), детей-сирот, и детей оставшихся без попечения родителей).

Так, п.4 ст. 292 ГК РФ выделяет особую категорию членов семьи собственника (пользователей) на которую распространяются специальные правила при отчуждении недвижимого имущества - жилого помещения. К ним относятся несовершеннолетние, недееспособные и ограниченно дееспособные.

Согласно норме закона, при отчуждении недвижимого имущества, где проживают граждане, отнесенные к вышеуказанной категории, возможно только с согласия органов опеки и попечительства. При этом, отчуждение в данном случае – это акт распоряжения правом собственности с переходом этого права к другому лицу (лицам). Акты распоряжения не связанные с отчуждением жилого помещения, например, сдача в наем, вселение новых лиц, не подпадают под действие ограничения, и соответственно не требуют согласия органов опеки и попечительства./72/

Как следует из практики, это разрешение дается с условием предоставить иное жилое помещение указанным лицам. Необходимость предоставления отчуждателем гарантии предоставления иного жилого помещения была введена письмом Минобразования от 09.06.1999 г. № 244/26-5 «О дополнительных мерах по защите жилищных прав несовершеннолетних».

На это И.Н. Кузьмина, как представитель гражданско-правовой науки ответила таким образом: «Приобретение взамен отчуждаемого жилого помещения не может быть условием (содержанием) договора продажи жилого помещения, в котором проживают подопечные члены семьи собственника, т.к. договорные условия фиксируют права и обязанности контрагентов. Приобретение отчуждателем другого жилого помещения не является ни отменительным, ни отлагательным условием его договора с приобретателем. Наличие согласия органа опеки и попечительства на отчуждение жилого помещения, независимо от его условного характера, делает отчуждение возможным»./72/ И далее, «последующее приобретение жилого помещения находится за пределами контроля органа опеки и попечительства и его правовых возможностей влиять на ситуацию. Обещание продавца жилого помещения приобрести другое жилое помещение не порождает у него такой правовой обязанности»./72/

В компетенцию органов опеки и попечительства входят также и иные правомочия. Так, согласно ст. 8 ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной защите детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей», дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей, а также дети, находящиеся под опекой (попечительством), имевшие закрепленное жилое помещение, сохраняют на него право на весь период пребывания в образовательном учреждении или учреждении социального обслуживания населения, а также в учреждениях всех видов профессионального образования независимо от форм собственности, на период службы в рядах Вооруженных

Сил Российской Федерации, на период нахождения в учреждениях, исполняющих наказание в виде лишения свободы.

Очевидно, что функции по сохранению закрепленного жилого помещения, за гражданами данной категории, осуществляют органы опеки и попечительства.

Органы опеки и попечительства осуществляют и иные функции, предусмотренные законодательными и иными правовыми актами.

Таким образом, органы опеки и попечительства осуществляют предварительный (например, при даче согласия собственнику жилого помещения на отчуждение данного объекта недвижимости, где проживают несовершеннолетние, недееспособные) и текущий, в предусмотренных случаях, контроль.

б) Теперь, необходимо рассмотреть вторую группу - органы, осуществляющие правоохранительную функцию права (опосредованно участвующие) в механизме обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью.

К ним в частности относятся:

1) Налоговые органы. Правовое регулирование касательно деятельности налоговых органов, включает в себя следующие основные нормативно-правовые акты: Налоговый кодекс РФ (часть 1) от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ; Закон «О налоговых органах» от 21.03.1991 г. № 943-1; и, Положение о Федеральной налоговой службе от 30.09.2004 г. № 506, утвержденное постановлением Правительства РФ.

Согласно ст.1 Закона «О налоговых органах» - налоговые органы Российской Федерации, это единая система контроля за соблюдением налогового законодательства Российской Федерации, правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения в соответствующий бюджет налогов и других обязательных платежей, правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения в соответствующий бюджет платежей при пользовании недрами, установленных законодательством Российской Федерации, а также контроля за соблюдением валютного законодательства Российской Федерации, осуществляемого в пределах компетенции налоговых органов (Это определение практически идентично, данному в п.1 Положения о Федеральной налоговой службе. Единственная разница состоит в том, что сфера компетенции дополнена обязанностью осуществлять контроль и надзор за производством и оборотом этилового спирта, спиртосодержащей, алкогольной и табачной продукции).

Главными задачами налоговых органов являются контроль за соблюдением налогового законодательства, за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью внесения в соответствующий бюджет государственных налогов и других платежей, установленных законодательством Российской Федерации (ст.6 Закона).

Так, в чем же связь между данной темой и сферой налоговых органов?

Ст. 40 НК РФ «Принципы определения цены товаров, работ или услуг для целей налогооблажения» наделяет налоговые органы правом при осуществлении контроля за полнотой исчисления налогов, проверять правильность применения цен по сделкам в следующих случаях: 1) между взаимозависимыми лицами; 2) по товарообменным (бартерным) операциям; 3) при совершении внешнеторговых сделок; 4) при отклонении более чем на 20 процентов в сторону повышения или в сторону понижения от уровня цен, применяемых налогоплательщиком по идентичным (однородным) товарам (работам, услугам) в пределах не продолжительного периода деятельности.

Настоящая статья устанавливает порядок специального расчета налогооблагаемой базы. Этот расчет применяется при реализации по ценам, отклоняющимся от рыночной цены. В данной статье закреплен принцип – фактическая цена сделки (то есть цена, указанная сторонами сделки по своему усмотрению) является рыночной ценой, пока не доказано иное./69/

Перечень оснований (указанный выше) по которым налоговый орган может применять специальный расчет является исчерпывающим.

Единственным последствием специального расчета, при выявлении отклонения от рыночной цены, является для налогоплательщика начисление пени./69/

Следует указать, что положения данной статьи НК РФ не распространяются на те случаи, где объектом сделок являются жилые помещения, а в роли субъектов выступают физические лица. Т.к. ст. 3 Закона «О налогах на имущество физических лиц», устанавливает, что «ставки налога на строения, помещения и сооружения устанавливаются нормативными правовыми актами представительных органов местного самоуправления в зависимости от суммарной инвентаризационной стоимости». Обратите внимание, что речь идет в статье, не о рыночной стоимости объекта сделки, а инвентаризационной его стоимости. Следовательно, уже только поэтому (хотя конечно, и не только поэтому) компетенция налоговых органов при контроле за ценами (на основе которых исчисляются и уплачиваются налоги) в данном случае, не распространяется./21/

В целом же, суть данного положения (компетенция налоговых органов по контролю за ценами на объекты налогооблажения), применительно к рассматриваемой теме, заключается в том, чтобы предупредить и в необходимых случаях пресечь незаконную деятельность. При использовании данного права налоговые органы могут выявить мнимые и притворные сделки, сделки с заниженными ценами (например, когда одна сторона договаривается с оценщиком о занижении цены объекта оценки для последующего приобретения данного объекта по указанной цене) и т.д.

Таким образом, налоговый орган не участвует прямо в обеспечении законности сделки, в тоже время, выполняет охранительную функцию права путем выявления явлений противоправного характера.

Следует напомнить, что имущество (в том числе недвижимость) относится к объектам налогооблажения, и прежде чем совершить сделку в отношении данного объекта вещного права необходимо уплатить налог на него (в этом тезисе не имеется в виду налог из сделки, о котором говорилось выше).

2) Суды судебной системы РФ (арбитражные суды, суды общей юрисдикции, мировые судьи). Основными нормативно-правовыми актами, регулирующими деятельность судей, являются четыре группы актов: а) закрепляющие правовое положение судебной власти, как ветви власти: Конституция РФ; ФКЗ «О судебной системе» от 31.12.1996 г. № 1 -ФКЗ; ФКЗ «Об арбитражных судах» от 28.04.1995 г. № 1 - ФКЗ, и т.д.; б) закрепляющие правовой статус судей и профессиональных объединений судей: Закон «О статусе судей в РФ» от 26.06.1992 г. № 3132-1; ФЗ «Об органах судейского сообщества» от 14.03.2002 г. № 30 – ФЗ и др.; в) закрепляющие процессуальный статус судей: Уголовно - процессуальнй кодекс РФ; Гражданский процессуальный кодекс РФ; Арбитражный процессуальный кодекс РФ и т.д.; г) закрепляющие обеспечительную основу деятельности судей и судов в РФ: ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» от 20.04.1995 г. № 45-ФЗ; ФЗ «О финансировании судов РФ» от 10.02.1999 г. № 30 – ФЗ; ФЗ «О дополнительных гарантиях социальной защиты судей и работников аппаратов судов РФ» от 10.01.1996 г. № 6-ФЗ; ФЗ «О судебном департаменте при Верховном суде РФ» от 08.01.1998 г. № 7-ФЗ и т.д.

Судебная власть – это самостоятельная и независимая ветвь власти, представляющая собой: а) совокупность полномочий по рассмотрению и разрешению уголовных, гражданских, административных и конституционных дел (споров) в порядке, установленном процессуальным законодательством, а также иных полномочий; б) систему государственных органов, осуществляющих перечисленные полномочия./85/

Согласно Конституции РФ, правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом (ч.1 ст.118)./1/ Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (ч.2 ст. 118 Конституции РФ, п.3 ст.3 ФЗ «О судебной системе РФ»)./1,16/

Дела, в сфере сделок с недвижимостью, рассматриваются в зависимости от характера спора, правонарушения (если оно имело место), субъектного состава сторон спора и т.д., судами общей юрисдикции, арбитражными судами и мировыми судьями.

Гражданский процессуальный кодекс РФ определяет подведомственность дел судам общей юрисдикции), это - исковые дела с участием граждан, организаций, органов государственной власти, органов местного самоуправления о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, земельных, экологических и иных правоотношений (п.1 ст.22)./15/

Таким образом, учитывая, что согласно нашей теме, сделка может быть оспорена (в том числе ничтожная, если это необходимо) в судебном порядке, то данная категория дел (споров) разрешается посредством гражданского судопроизводства в судах общей юрисдикции. Дела об административных правонарушениях рассматриваются судами общей юрисдикции или мировыми судьями посредством административного судопроизводства (ст. 23.1 КоАП РФ)./12/

Суд общей юрисдикции рассматривает также дела из публичных правоотношений, в случаях оспаривания актов правоприменения (учитывая тему данной работы), где любое лицо может в порядке искового производства оспорить, например, решение об отказе в предоставлении земельного участка, или отказе в государственной регистрации вещного права на недвижимость органами государственной регистрации (ст.245, 246 ГПК РФ). В общем, данная категория дел предполагает, оспаривание акта (либо, нормативно-правового либо, индивидуально-правового), изданного государственными и муниципальными органами и их должностными лицами, с целью защиты и восстановления нарушенных прав физических и юридических лиц.

Суды общей юрисдикции и мировые судьи, рассматривают также уголовные дела о преступлениях (ст. 30 УПК РФ), как наиболее опасных нарушениях прав физических и юридических лиц (применительно к рассматриваемой теме, это могут быть любые преступления, конечной целью которых является присвоение прав на недвижимое имущество).

Что касается арбитражных судов, то они тоже рассматривают споры, вытекающие из сферы «сделок с недвижимостью». Разница в разрешении споров, между арбитражным судом и судом общей юрисдикции состоит в содержании правового статуса сторон и характера спора. Так, в ст.27 АПК РФ сказано, что «арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности».

Таким образом, спор должен быть между юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, и публично-правовыми образованиями, и требование должно вытекать из предпринимательской и иной экономической деятельности.

Арбитражные суды тоже (наряду с судами общей юрисдикции) рассматривают дела из публичных правоотношений и из административных правонарушений (Раздел ІІІ АПК РФ). Но следует помнить, что ни при каких условиях, уголовные дела не подведомственны арбитражным судам.

Таким образом, судебные органы в России представляют собой специальную систему защиты и восстановления прав физических лиц, юридических лиц, и публично-правовых образований, реализующую охранительную функцию права. Как верно подметил профессор С.С. Алексеев, при этом ссылаясь на Б.В. Кистяковского, «суд есть прежде всего хранитель действующего права».

Суды осуществляют, как правило, последующий контроль за законностью и правомерностью в правоотношениях (на стадии, например, правовых последствий совершенных сделок), иногда, предварительный контроль (например, преддоговорной спор) и т.д.

3) Основным нормативным актом, регулирующим деятельность органов прокуратуры, является ФЗ «О прокуратуре РФ» от 17.01.1992 г. № 2202-1.

Законодатель дает определение прокуратуры, следующим образом, «Прокуратура - единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации» (ст.1 ФЗ «О прокуратуре»)./25/

Систему прокуратуры Российской Федерации составляют Генеральная прокуратура Российской Федерации, прокуратуры субъектов Российской Федерации, приравненные к ним военные и другие специализированные прокуратуры, а также прокуратуры городов и районов, другие территориальные, военные и иные специализированные прокуратуры.

Суммируя функциональную составляющую органов прокуратуры можно дать единственно верный ответ. Главной задачей и, в тоже время функцией, прокуратуры, является надзор за исполнением и соблюдением законодательства, всеми субъектами права (физическими лицами, юридическими лицами, публично-правовыми образованиями, государственными и муниципальными органами и их должностными лицами).

В содержание деятельности органов прокуратуры входит: а) выявление фактов несоблюдения Конституции РФ и нарушения требований законов; б) установление виновных в правонарушениях; в) принятие мер к устранению правонарушений и их предупреждению.

При нарушении или угрозе нарушения закона, прокурор, выносит один из следующих актов:

а) протест - прокурор или его заместитель приносит протест на противоречащий закону правовой акт в орган или должностному лицу, которые издали этот акт, либо в вышестоящий орган или вышестоящему должностному лицу, либо обращается в суд в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством Российской Федерации (ст.23 ФЗ «О прокуратуре»)./25/

б) представление – представление об устранении нарушений закона вносится прокурором или его заместителем в орган или должностному лицу, которые полномочны устранить допущенные нарушения, и подлежит безотлагательному рассмотрению (ст.24 ФЗ «О прокуратуре»)./25/

в) постановление - прокурор, исходя из характера нарушения закона должностным лицом, выносит мотивированное постановление о возбуждении уголовного дела или производства об административном правонарушении (ст.25 ФЗ «О прокуратуре»)./25/

г) предостережение - в целях предупреждения правонарушений и при наличии сведений о готовящихся противоправных деяниях прокурор или его заместитель направляет в письменной форме должностным лицам, а при наличии сведений о готовящихся противоправных деяниях, содержащих признаки экстремистской деятельности, руководителям общественных (религиозных) объединений и иным лицам предостережение о недопустимости нарушения закона (ст.25.1 ФЗ «О прокуратуре»)./25/

Вышеперечисленные акты, представляют собой формы публично-правовой реакции как результаты общей деятельности прокуроров (например, в результате прокурорской проверки). Данные «реакции» действуют в силу возникновения конкретных юридических фактов – нарушениях (либо угрозе нарушения) законности. Этот набор прокурорских актов, является исчерпывающим.

К основным полномочиям прокуроров относятся: прокурор участвуя в уголовном процессе выступает в роли государственного обвинителя; органы прокуратуры (прокуроры, следователи прокуратуры) осуществляют предварительное следствие по подведомственности, указанной в УПК РФ; в тоже время, прокурор вправе принять к своему производству или поручить подчиненному ему прокурору или следователю расследование любого преступления; прокуроры координируют деятельность правоохранительных органов; в случае нарушения прав и свобод человека и гражданина, защищаемых в порядке гражданского судопроизводства, когда пострадавший по состоянию здоровья, возрасту или иным причинам не может лично отстаивать в суде или арбитражном суде свои права и свободы или когда нарушены права и свободы значительного числа граждан либо в силу иных обстоятельств нарушение приобрело особое общественное значение, прокурор предъявляет и поддерживает в суде или арбитражном суде иск в интересах пострадавших.

Т.е. применительно к исследуемой теме, органы прокуратуры могут в любой момент (например, от стадии подыскания контрагента по сделке, и до стадии правовых последствий сделки) вмешаться, если произойдет нарушение закона или прав и свобод человека и гражданина. Причем, это вмешательство будет происходить, как по инициативе сторон сделки, так и по инициативе третьих лиц, в том числе, и прокурора.

Таким образом, прокуратура является важнейшим органом государственной власти, непосредственно и оперативно защищающая права всех субъектов права с помощью возложенных на нее полномочий. Органы прокуратуры осуществляют надзор за законностью, как автор выше указал, на всех стадиях правоотношений (если они есть) между любыми субъектами.

Учитывая, что прокуратура «показывает свое лицо» только в случае нарушения (или угрозы нарушения) законности, то она безусловно относится к органам, реализующим охранительную функцию права.

4) Органы внутренних дел. Деятельность органов внутренних дел регулируется Законом «О милиции» от 18.04.1991 г. № 1026-1./17/

Согласно ст.1 данного Закона, милиция в Российской Федерации – это система государственных органов исполнительной власти, призванных защищать жизнь, здоровье, права и свободы граждан, собственность, интересы общества и государства от преступных и иных противоправных посягательств и наделенных правом применения мер принуждения в пределах, установленных настоящим Законом и другими федеральными законами.

Задачами милиции являются: обеспечение безопасности личности; предупреждение и пресечение преступлений и административных правонарушений; выявление и раскрытие преступлений; защита частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности; оказание помощи физическим и юридическим лицам в защите их прав и законных интересов./17/

Учитывая обширность и широту деятельности органов милиции, автор решил не останавливаться подробно на раскрытии специфики данного вида органов.

Единственное пожалуй, что выделяет милицию в реализации охранительной функции права, так это то, что она имеет право помимо всего прочего, применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие.

Милиция является, таким образом, органом исполнительной власти наделенная не только правовыми формами и методами реагирования на нарушения законности, но и обладающая набором специфических мер принуждения, так называемого «силового» характера.

Пожалуй, на данном этапе, рассмотрение органов, входящих в механизм обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью можно и прекратить. Главное, что удалось сделать, так это классифицировать их, в зависимости от того, какую функцию права они реализуют, и как участвуют в Механизме (прямо или косвенно).

Как видно из показанной совокупности субъектов обеспечения Механизма, можно сделать вполне обоснованный вывод, что они образуют собой систему, каждый элемент из которой, осуществляет определенную функцию, причем во взаимодействии с другими элементами. Все это указывает на системный подход к формированию субъектного состава в данном Механизме в целях наиболее эффективного достижения поставленной задачи: обеспечение законности и правомерности сделок с недвижимостью.

Теперь необходимо отразить, сущность взаимодействия данных органов, через отражение принципов их взаимодействия, для того чтобы, уяснить содержание реализации механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью.

Принципы представляют собой основные идеи, исходные положения или ведущие начала, в соответствии с которыми, строится вся система субъектов Механизма, в том числе, механизма их деятельности и взаимодействия.

Учитывая, что в структуру субъектов Механизма входят помимо органов государственной власти, еще и субъекты, не обладающие публично-правовой компетенцией, в частности, субъекты оценочной деятельности и фонды имущества, то этот Механизм в полной мере нельзя назвать государственным, где субъекты публичной власти взаимодействуют путем обмена информацией на основании не только закона, но и межведомственных номативно-правовых актов, имеющих, в том числе, и секретный характер. Эти субъекты входят в структуру субъектов Механизма скорее содержательно, нежели системно, в качестве элемента системы органов (т.е. условно, применительно к общей системе компетентных органов, наделенных публично - правовой составляющей в правовом статусе). Поэтому, говоря о принципах взаимодействия субъектов Механизма, автор далее будет иметь в виду не только и не столько структуру субъектов Механизма, сколько структуру и систему органов государственной власти, входящих в Механизм.

Здесь необходимо раскрыть содержание принципов, которые делятся на две группы: общие принципы, относящиеся к системно-структурному построению органов государственной власти; и, правовые и организационные принципы взаимодействия субъектов Механизма.

Итак, вся система органов государственной власти действует на основании следующих общих принципов:

а) Принцип законности. Представляет собой один из ведущих принципов организации и функционирования органов государственной власти. Сущность этого принципа заключается в том, что все государственные органы должны в своей деятельности руководствоваться законом и подзаконными актами не нарушая, и в необходимых случаях, соблюдая, обеспечивая и защищая права физических и юридических лиц.

б) Принцип самостоятельности и независимости органов государственной власти. Главное и принципиальное в содержании данного принципа состоит в том, что в России действует правило о разделении властей, а в каждой ветви власти (кроме законодательной) действует система органов, самостоятельных и независимых друг от друга. Причем, эта самостоятельность и независимость выражается в их собственном функционально – компетенционном выражении, что позволяет им действовать в рамках их собственной компетенции, сфера которой не выходит дальше сферы компетенции других органов (за исключением случаев например, альтернативной подведомственности, или смежных полномочий, принадлежащих разным государственным органам).

в) Принцип федерализма. Этот принцип основан на том, что федеративное устройство основано на ее государственной целостности, единстве системы государственной власти, разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти.

г) Принцип сочетания централизации и децентрализации. Этот принцип закрепляет правила о том, что органы государственной власти с одной стороны, состоят в вертикальной субординации и координации, а с другой – в горизонтальной координации.

К правовым и организационным принципам взаимодействия, субъектов механизма обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью, относятся:

а) Принцип координации. Суть этого принципа заключается в том, что все органы государственной власти, как на основании законодательных актов, так и на основании подзаконных актов, в том числе, межведомственных правовых актов, осуществляют координацию в своей деятельности, посредством, как правило, обмена или передачи информации. Этот принцип обеспечивает эффективность государственного механизма, и объективность в его действиях.

б) Принцип оперативности. Этот принцип, органически вытекает из первого, заключая в себе правило, согласно которому, взаимодействие (например, путем предоставления информации) должно быть своевременным с соблюдением предусмотренных сроков получения, а в необходимых случаях передача должна быть немедленной.

Приведенный перечень, безусловно, не является исчерпывающим, но представлен основными и необходимы принципами, благодаря которым и осуществляется наиболее эффективное взаимодействие органов Механизма, и достигаются тем самым, поставленные цели.

Взаимодействие может происходить, как внутри органов, отнесенной к первой группе Механизма, так и внутри второй группы. В том числе, между органами из разных групп («регулятивная» и «охранительная» группы).

Целью настоящего исследования автор, не ставил отразить все особенности взаимодействия данного субъектного состава из-за невозможности этого, т.к. было уже отмечено, многие формы подобной деятельности носят закрытый характер. Но все же несколько примеров привести необходимо, для целостности картины.

Так, согласно п.1 ст.16 и п.3 ст.28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», государственная регистрация ареста недвижимого имущества проводится на основании соответствующего решения суда. При этом, это решение должно быть в трехдневный срок направлено в органы государственной регистрации, самим судебным органом.

Или, согласно абзацу 2 п.4 ст.28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», сведения о проживающих в жилом помещении членах семьи собственника данного жилого помещения, находящихся под опекой или попечительством, либо несовершеннолетних членах семьи собственника данного жилого помещения, оставшихся без родительского попечения, направляются органом опеки и попечительства в орган по государственной регистрации в трехдневный срок со дня установления опеки или попечительства либо со дня, когда органу опеки и попечительства стало известно об отсутствии родительского попечения.

И далее, абзац 1 того же пункта той же статьи, указывает, что судебные органы в трехдневный срок направляют судебное решение, в органы государственной регистрации, о признании гражданина недееспособным.

И подобных примеров взаимодействия можно привести множество. Так, например, по запросу правоохранительных органов (отнесенной ко второй группе Механизма), все, в том числе государственные органы, обязаны предоставлять запрашиваемую информацию.

**2.4 Правовые средства обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью**

Понятие «средство» в юриспруденции употребляется в самых разных значениях: его используют и в отношении права в целом, и применительно к многообразным режимам правового регулирования, элементам его механизма. Термин же «правовые средства» в свою очередь тоже имеет известную неопределенность. Рядом с ним вполне можно поставить словосочетания «правовые явления», «правовые феномены», «правовые факторы», «правовые условия» и т.п., которые вполне могут считаться взаимозаменяемыми.

Поэтому автор данной работы не будет рассматривать правовую природу этого явления, а воспользуется определением, данным ранее.

Как уже выше говорилось, правовые средства – это правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей./76/

К общим признакам правовых средств, относятся:

а) они выражают собой все обобщающие юридические способы обеспечения интересов субъектов права, достижения поставленных целей (в этом проявляется социальная ценность данных образований и в целом права);

б) отражают информационно-энергетические качества и ресурсы права, что придает им особую юридическую силу, направленную на преодоление препятствий, стоящих на пути удовлетворения интересов участников правоотношений;

в) сочетаясь определенным образом, выступают основными работающими частями (элементами) действия права, механизма правового регулирования, правовых режимов (т.е. функциональной стороны права);

г) приводят к юридическим последствиям, конкретным результатам, той или иной степени эффективности либо дефектности правового регулирования;

д) обеспечиваются государством./76/

Как уже, читатель должен был обратить внимание, правовые средства делятся на две основные группы: это, средства-установления и средства-деяния.

При этом, под средствами-установлениями понимается юридический инструментарий, закрепленный в законодательных и иных нормативно-правовых актов; а под средствами-деяниями – реализация средств-установлений.

Для того, чтобы понять как взаимодействуют между собой средства-установления и средства-деяния, необходимо воспользоваться аргументацией профессора М.Н. Марченко по этому вопросу: «Правовые средства, это категория, которая связывает идеальное (цель) с реальным (результат), включая в себя одновременно как фрагменты идеального – инструменты (средства-установления), так и фрагменты реального (средства-деяния). Именно в этой плоскости названные разнородные юридические феномены можно рассматривать в качестве средств, именно в этом срезе юридической жизни они приобретают особые свойства – свойства явлений, действующих в связке «цель – средство – результат»»./76/ Иначе говоря, средство-установление – это закрепленная в законе и ином правовом акте возможность, а средство-деяние – это реализация возможности.

Обратите внимание, что правовые средства представляют собой ни что иное, как элементы механизма правового регулирования: средство-установление (норма права, как первичный элемент), и средство-деяние (как, акт реализации или применения права). При этом, правоотношение в данном случае, как один из элементов, значения не имеет. Через категорию правовых средств и целей в праве, выявляется социальное назначение не только права, но назначение правового регулирования в конкретной сфере. Норма права и акт ее реализации – это две составляющие единого целого (правового регулирования), где можно определить эффективность данного регулирования, посредством изучения как норм права (выявить, например, пробельность или излишне затруднительные для реализации положения), так и актов реализации (их адекватность, своевременность и т.д.).

Но средство, как известно, это способ достижения цели. Какая же цель лежит в рамках исследуемой области? В контексте данной работы, целью является правопорядок и стабильность в сфере оборота объектов недвижимости, а правовыми средствами – все те меры, которые применяются для достижения поставленной цели.

Итак, теперь необходимо рассмотреть конкретные правовые средства в механизме обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью.

Исследуя, субъектный состав Механизма, автор пришел к выводу, что ему свойственен набор юридических средств подразделяемый на две группы, в зависимости от функций права, лежащих в основе деятельности субъектов Механизма: а) регулятивные правовые средства: полномочия государственных органов (контрольно-надзорные полномочия), в том числе, акты правоприменения; субъективные права сторон сделки и третьих лиц; б) охранительные правовые средства: меры юридической ответственности.

Из приведенной классификации видно, что в состав правовых средств, входят субъективные права сторон сделки и третьих лиц (не органов публичной власти), причем в состав субъектов Механизма они не входят. Как это объяснить? Да очень просто. Дело в том, что Механизм в большинстве случаев «начинает работать» вследствие волеизъявления лица, обратившегося в компетентные органы, и в данном случае очень важно знать характер правомочий лиц данной категории. Значит, и рассмотрим эту категорию правовых средств, в первую очередь.

Так, согласно ст.18 Конституции РФ, права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. А ст.45 Конституции РФ непосредственно закрепляет, что государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется.

Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Эти конституционные нормы, закрепляют права всех лиц на защиту своих прав, в том числе государственную, т.е. посредством обращения за защитой в соответствующие органы публичной власти.

Что касается смысла обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью, то стороны сделки и третьи лица, вправе обратиться в государственные органы за обеспечением и защитой своих прав. Так, ст.12 ГК РФ закрепляет открытый перечень способов защиты гражданских прав, а ст.11 ГК РФ указывает на возможность судебной и административной защиты своих прав. Причем, конкретные способы защиты гражданских прав по выбору управомоченного могут применяться как индивидуально, так и в сочетании. Исключение составляют случаи, когда в силу прямого указания закона или исходя из характера нарушенного (оспариваемого) права оно может защищаться только определенным способом.

Таким образом, закон предусматривает, для сторон сделки, если она не затрагивает права третьих лиц следующий набор правовых средств защиты своих прав (естественно с учетом специфики рассматриваемой темы): виндикационный и негаторный иск, расторжение договора в одностороннем порядке при существенном нарушении договора другой стороной (эти способы защиты осуществляются судом в порядке искового производства), обжалование действий государственных и муниципальных органов и их должностных лиц (этот способ защиты может осуществляться как в судебном так и в административном порядке) и иные способы защиты.

Правовыми средствами обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью в усеченном виде, можно назвать права сторон на обращение к нотариусу, когда это по закону не обязательно, для придания сделке, помимо всего прочего, еще и нотариальной формы.

Для того, чтобы Механизм в лице его уполномоченных органов начал активную деятельность по защите нарушенных прав, необходимо, чтобы лицо обратившееся за защитой имело на это право (при виндикации например, субъектом обращения с иском должен быть собственник), было дееспособно, должно быть соблюдено правило о подведомственности и территориальности и т.д.

Таким образом, обращение граждан и юридических лиц (кроме случаев, когда государственные органы принимают меры защиты прав без такого обращения: уголовные дела из публичного обвинения, и иных случаев правовой активности публичных органов) служит основанием применения специфических юридических средств – мер защиты нарушенного права, которые и выступают формами реализации процесса Механизма.

При этом, обеспечение сделок (обратите внимание, не защита, а именно обеспечение), как деятельность государственных органов, также начинается с момента обращения физических и юридических лиц (например, заявление в органы государственной регистрации о регистрации права собственности; заявка претендента на участие в аукционе по продаже государственного имущества в соответствующий фонд имущества, и т.д.).

Следовательно, в любом случае, какую бы функциональную направленность не выполняли те или иные органы государственной власти (регулятивную или охранительную), практически во всех случаях, субъекты Механизма применяют те или иные правовые средства после волеизъявления и согласия лица, обратившегося в эти органы.

Итак, теперь необходимо рассмотреть, правовые средства применяемые государственными органами, как непосредственными субъектами Механизма.

Выше говорилось, что правовые средства делятся на средства-установления и средства-деяния. Средства-установления рассмотрены в первой главе данной работы в пункте о регулятивной и охранительной функции права в правовом регулировании обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью, поэтому рассматриваться здесь они не будут. Тем не менее, именно на основе средств-установлений осуществляется деятельность государственных органов в форме средств-деяний. Данные средства-деяния делятся в свою очередь, в зависимости от выполняемой функции права государственными органами, на: а) регулятивные, и, б) охранительные.

А) Регулятивные средства–деяния реализуются органами государственной власти специальной компетенции, прямо участвующими в Механизме обеспечения. Выше уже давался краткий перечень органов и их компетенции, в том числе их основных прав. Исходя из этого, можно предположить, что все регулятивные средства-деяния выполняют единую по своей сущности функцию, в частности контрольную.

Это подтверждается тем, например, что органы государственной регистрации осуществляют правовую экспертизу документов, поданных заявителем (контроль формы документов, правомочности сторон, выполнения иных специальных условий), фонды имущества и соответствующие органы по управлению государственным и муниципальным имуществом осуществляют также проверку поданных документов претендентами на приобретение в собственность или в иное вещное или обязательственное право соответствующего имущества и т.д., перечень можно продолжать до бесконечности.

К основным регулятивным правовым средствам-деяниям, таким образом, относятся: акт (например, акт государственной регистрации), решение (например, решение о предоставлении земельного участка в пользование), разрешение (например, лицензия на право осуществления разработкой недр) и т.д. Все эти акты можно объединить в один – решение государственного органа, который представляет собой акт правоприменения и соответственно является правовым средством-деянием. Следовательно, средство-деяние в регулятивной сфере представляет собой правоприменительный акт, выполняющий одновременно контрольную функцию.

Следует заметить, что вышеуказанные правовые средства в теории административного права именуются правовыми формами осуществления государственной деятельности./54/ Но т.к. данная работа посвящена в первую очередь обеспечению сделок с недвижимым имуществом, то и категория правовых форм, как статичная категория, заменена здесь категорией «правовые средства» как юридических актов, направленных на достижение цели правового регулирования в сфере оборота недвижимости.

Б) Охранительные правовые средства-деяния реализуются органами государственной власти, осуществляемыми правоохранительную деятельность, и представляют собой меры юридической ответственности.

Юридической ответственностью называется применение к лицу, совершившему правонарушение, мер государственного принуждения, предусмотренных санкцией нарушенной нормы, в установленном для этого процессуальном порядке./76/ Обратите внимание, что правовым средством в данном случае, не является сама правовая ответственность как таковая, потому, что она представляет собой не средство, а санкцию как элемент нормы права, или еще точнее – юридическую конструкцию. В данном случае, имеется в виду не сама ответственность, а правовое средство к ее привлечению.

К правовым средствам правоохранительных органов, участвующих в

Механизме, можно отнести: юридические правоприменительные акты, закрепляющие процесс и стадии привлечения виновных к ответственности. Это, в частности: постановления (о возбуждении уголовного дела, о привлечении к административной ответственности и т.д.), решения судов (постановления, решения, приказы и т.д.) и т.д.

Охранительные правовые средства применяются двояко: как в форме внутриведомственной ответственности, при привлечении должностных лиц, как из первой так и из второй группы органов к юридической ответственности (дисциплинарной, административной и уголовной), так и привлечение виновных лиц из внешней, по отношению к системе органов, среды (гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности).

В качестве завершения, хотелось бы дать определение правовым средствам, которыми наделены субъекты Механизма.

Правовые средства обеспечения законности и правомерности сделок с недвижимостью – это правоприменительные акты, носящие инструментальный характер и выступающие в качестве методов правовой деятельности, специально уполномоченных на то субъектов права, и направленные на достижение конкретных целей.

**2.5 Правовые проблемы эффективности механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью**

С.С. Алексеев цитируя выдающегося дореволюционного и отчасти советского профессора цивилиста И.А. Покровского, указывает на то, что: «… всякая норма предстоит нашему сознанию не только с точки зрения ее «данности», но и с точки зрения ее «должности»; мы не только стремимся ее познать как она есть, но и в то же время оценить, как она должна быть». /38/

Исходя из вышесказанного, можно подытожить, что вся работа до этого момента посвящена процессу правового регулирования «каков он есть» (должное и сущее). Но, как известно, идеального ничего не бывает, а в социальной действительности, где конфликт интересов в той или иной степени не прекращается никогда, и достижение баланса этих интересов - процесс постоянного приближения, – тем более. Следовательно, этот раздел посвящен, прежде всего, исследованию того, «какое оно должно быть», правовое регулирование, и почему сущее в настоящее время не соответствует тому «долженствованию» в праве, которое пытался заложить законодатель.

Таким образом, автор раскроет некоторые правовые проблемы в данной сфере общественных отношений и предложит некоторые пути их решения («как оно должно быть»). При этом, за критерий будет взята цель правового регулирования, через призму ее достижения или нет.

Процесс правового воздействия начинается с постановки целей и заканчивается их выполнением, достижением определенного результата. Цели заключаются в том, чтобы субъекты права действовали в соответствии с юридическими предписаниями и моделями, чтобы социальные процессы протекали в направлениях, выгодных государству, обществу, личности. Однако цели могут достигаться либо не достигаться. Отсюда и результат может быть эффективным либо нет./76/ Термин «эффективность» в данном случае означает, степень реализации социальной ценности права. Здесь социальная ценность, а вернее, ее использование и эффективность соотносятся как процесс и результат. Эффективность правовой нормы (в рассматриваемой работе – правового средства-установления) определяется тем, насколько ее реализация способствует достижению целей, поставленных перед правовым регулированием./76/

Условиями эффективности являются обстоятельства, с одной стороны, способствующие наибольшей реализации ценности права, позволяющей полнее удовлетворять интересы людей, а с другой, сопутствующие факторы для действий индивида по достижению этой ценности, по ее использованию. К условиям эффективности, можно в частности, отнести: адекватность правовых средств-установлений, интересам, мотивам и установкам; совершенство законодательства и правоприменительной деятельности; состояние законности; создание четкой, понятной и доступной каждому субъекту права, системы стимулов и ограничений в праве; индивидуальный и дифференцированный подходы к их реализации в праве, системное единство, комплексность в использовании данных юридических средств и т.д./76/

В этом пункте автор, раскроет правовые проблемы правового регулирования (правовых средств) обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью, как главной причины, в некоторых случаях, дефектности части Механизма или неэффективности всего механизма обеспечения сделок с недвижимостью.

Сначала, необходимо раскрыть некоторые проблемы правового регулирования, находящиеся в сфере государственной регистрации прав на предприятие как имущественный комплекс и сделок с ним.

Так, согласно п.1 ст.22 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», права на земельные участки и иные объекты недвижимого имущества, входящие в состав предприятия как имущественного комплекса, их ограничения (обременения), сделки с данными объектами недвижимого имущества подлежат государственной регистрации в Едином государственном реестре прав по месту нахождения данных объектов. Это значит, что права на земельные участки и иные объекты недвижимого имущества, входящие в состав предприятия, их ограничения (обременения), сделки с данными объектами недвижимого имущества подлежат государственной регистрации территориальными органами Росрегистрации по месту нахождения данных объектов.

Права, ограничения (обременения) прав на входящие в состав предприятия объекты недвижимого имущества, расположенные на территории более одного регистрационного округа, сделки с данными объектами недвижимого имущества подлежат государственной регистрации Федеральной регистрационной службой.

При этом, государственная регистрация наличия и перехода права на предприятие в целом и сделки с ним проводится только в случае необходимости совершения сделки в отношении предприятия (пункт 2 статьи 22 Закона «О государственной регистрации»).

С одной стороны, подобный порядок, предполагает представить в органы государственной регистрации значительный и довольно дорогой пакет документов (это и оценка соответствующих объектов недвижимости, и аудиторское заключение и т.д.). Это создает предпосылки для продажи предприятия по частям, или передачи его другим образом (например, посредством государственной перерегистрации учредительных документов, где в качестве учредителя будет выступать фактический приобретатель предприятия).

С другой стороны, закон фактически закрепляет правило, согласно которому, предприятие как имущественный комплекс регистрируется (в том числе сделки с ним) только в случае необходимости совершения в отношении него сделки. Это положение закона, можно считать удачным, т.к. если бы предприятие всегда существовало как имущественный комплекс, то ход нормальной хозяйственной деятельности мог бы быть затруднен из-за постоянной деятельности по выделу того или иного имущества из состава предприятия.

На данную правовую посылку, обратил внимание и В.А Белов, который прокомментировал это следующим образом: «право прибегает к этому приему (объединения различных объектов в один) для облегчения динамики гражданских правоотношений». И далее, «объединение вещей и прав в предприятие происходит только тогда, когда требуется одним юридическим актом изменить принадлежность каждого элемента, т.е. создать эффект универсального правопреемства, осуществляемого в рамках определенной деятельности; с достижением этого эффекта гражданско-правовой режим предприятия как имущественного комплекса прекращает свое существование». /42/. Т.е. факт обособления имущества предприятия в имущественный комплекс предполагает лишь временный характер этой меры, пока не будет достигнута цель, – сделка с предприятием как имущественным комплексом в целом.

Но на этом проблема с предприятиями как имущественными комплексами не исчерпывается. Так, цивилисты О.М. Козырь и А.А. Маковская, предлагают не признавать предприятия в целом как имущественные комплексы, объектами недвижимости (но сохранить их в качестве объекта гражданских прав и гражданско-правовых сделок), поскольку существующее положение значительно усложняет имущественный оборот предприятий./65/ При этом, порядок государственной регистрации предприятий должен быть изменен. В частности, права на предприятия, ограничения и обременения этих прав, их возникновение и прекращение, должны быть отменены полностью. Публичный характер сделок с предприятиями, являющийся необходимой гарантией прав и законных интересов кредиторов, может быть обеспечен введением обязательной публикации сведений о сделках с предприятиями. Государственной регистрации должны подлежать только переход и обременения вещных прав на объекты недвижимого имущества в составе предприятия./65/

Автор данной работы, согласен с мнениями А.А. Маковской и О.М. Козыря, и хотел бы дополнить следующим замечанием их разработки: предприятие как имущественный комплекс, не только должно существовать как объект гражданского права, но и существовать по прежнему только в случаях совершения в отношении него сделки, и обладать в связи с этим соответствующим правовым режимом (разумеется не режимом недвижимости).

Также необходимо решить проблему перечня объектов недвижимости, включенных в ст. 130 ГК РФ.

Из перечня объектов недвижимого имущество, содержащегося в ст. 130 ГК, следует исключить такие объекты, как леса и многолетние насаждения.

В обоих случаях недвижимыми вещами являются не сами леса и многолетние насаждения, а те земельные участки, на которых они расположены. Так, в соответствии со ст. 7 Лесного кодекса Российской Федерации к лесному фонду относятся все леса, за исключением расположенных на землях обороны и землях населенных пунктов (поселений), а также земли лесного фонда, которые не покрыты лесной растительностью.

Отчетливо видно, что даже в законодательном определении «лесного фонда» речь идёт не о самой лесной растительности, а о тех земельных участках, на которых она расположена. То же самое можно сказать о многолетних насаждениях.

Исключение указанных объектов из разряда недвижимых вещей отнюдь не будет означать, что земельные участки лесного фонда и земельные участки, занятые многолетними насаждениями, перестанут считаться недвижимыми вещами.

В ст. 130 ГК РФ к разряду объектов недвижимости отнесены также обособленные водные объекты. И здесь объектом недвижимости являются не сами воды, хотя и сопряженные с дном и берегом водного объекта (ст. 7 Водного кодекса Российской Федерации, далее – ВК РФ), а земельный участок, на котором водный объект расположен (см. ст. 102 Земельного кодекса Российской Федерации, далее – ЗК РФ).

С учетом сказанного, хотелось бы предложить замкнутый водный объект как объект недвижимости из ст. 130 ГК РФ исключить и внести соответствующие изменения в ВК РФ.

Конечно проблема перечня объектов недвижимости, установленная в ст. 130 ГК РФ может показаться кому-то, не особо актуальной и наболевшей, но хотя бы в целях правовой чистоты закона и элементарной логики, эти изменения должны быть внесены.

Теперь необходимо остановиться на том положении ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», которое, как представляется, вызовет наибольшие сложности в правоприменительной практике. Речь идет о введенной в состав пятой главы данного закона положения, устанавливающего правила об ответственности при государственной регистрации прав на недвижимое имущество, новой норме - ст. 31.1 данного закона. В этой статье, как следует из ее названия, установлены основания выплаты Российской Федерацией компенсации за утрату права собственности на жилое помещение.

Согласно п. 1 ст. 31.1 названного закона собственник жилого помещения, который не вправе его истребовать от добросовестного приобретателя, а также добросовестный приобретатель, от которого было истребовано жилое помещение, имеет право на разовую компенсацию за счет казны Российской Федерации. Прежде всего необходимо обратить внимание на то, что это правило может применяться лишь во взаимосвязи со ст. 223, 301, 302 ГК РФ, поэтому для уяснения смысла ст. 31.1 этого закона необходимо коснуться указанных норм ГК.

Статья 301 ГК РФ предоставляет незаконно лишенному владения собственнику право защитить свое нарушенное право путем предъявления иска об истребовании своего имущества из чужого незаконного владения (виндикационный иск). Посредством предъявления виндикационного иска собственник, которому, согласно п. 1 ст. 209 ГК, принадлежат права владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему имуществом, защищает свое нарушенное право владения (а вместе с тем в большинстве случаев и право пользования, поскольку без обладания вещью ее обычно невозможно использовать, то есть извлекать из вещи ее полезные свойства).

Однако из правила ст. 301 ГК РФ о возможности истребования имущества из чужого незаконного владения существует изъятие. Оно установлено в п. 1 ст. 302 ГК для случая, если нарушение права владения собственника сопряжено с тем, что спорное имущество было приобретено на возмездной основе (например, купля-продажа, мена) у лица, которое не имело права его отчуждать, добросовестным приобретателем, то есть таким приобретателем, который не знал и не мог знать об отсутствии у отчуждателя правомочий на отчуждение имущества. При таких обстоятельствах собственник вправе истребовать имущество от добросовестного приобретателя лишь в случае, когда имущество утеряно собственником или лицом, которому имущество было передано собственником во владение, либо похищено у того или другого, либо выбыло из их владения иным путем помимо их воли. Если же имущество приобретено безвозмездно (например, дарение) от лица, которое не имело права его отчуждать, собственник вправе истребовать имущество во всех случаях, то есть и у добросовестного приобретателя (п. 2 ст. 302 ГК).

По общему правилу п.1 ст. 223 ГК РФ, определяющей момент возникновения права собственности у приобретателя по договору, указывает на то, что данное право возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором. Такое "иное" правило предусмотрено, в частности, в абзаце 1п. 2 ст. 223 ГК РФ, согласно которому в случаях, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации (таким случаем является, в частности, отчуждение недвижимого имущества), право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом. Но абзац 2 п. 2 ст. 223 ГК РФ содержит правило, согласно которому, недвижимое имущество признается принадлежащим добросовестному приобретателю (п. 1 ст. 302 ГК) на праве собственности с момента такой регистрации, за исключением предусмотренных ст. 302 ГК РФ случаев, когда собственник вправе истребовать такое имущество от добросовестного приобретателя.

Данный абзац п.2 ст. 223 ГК РФ весьма неоднозначен и нуждается в комментариях. Дело в том, что согласно п. 1 ст. 235 ГК РФ право собственности может прекращаться лишь по основаниям, предусмотренным законом. Ни статья 302 ГК РФ, ни какая-либо иная норма ГК не легитимируют отказ в удовлетворении виндикационного иска в качестве основания прекращения права собственности на спорное имущество у собственника и возникновения этого права у добросовестного приобретателя.

Неясность п. 2 ст. 223 ГК РФ связана также с возникающей неопределенностью понятия "добросовестный приобретатель" применительно к недвижимому имуществу. Дело в том, что в ст. 301, 302 ГК РФ речь идет об истребовании имущества из чужого незаконного владения. После заключения договора об отчуждении недвижимого имущества (а в случае отчуждения жилого помещения или предприятия - после регистрации такого договора) недвижимое имущество может поступить во владение приобретателя как до, так и после регистрации перехода права собственности к приобретателю. Виндикационный иск может быть предъявлен как к приобретателю, которому имущество фактически передано, но право собственности которого на приобретенное имущество еще не зарегистрировано, так и к приобретателю, чье право собственности на переданное ему имущество уже зарегистрировано к моменту предъявления иска. Если в обоих случаях считать фактического владельца имущества добросовестным приобретателем в смысле ст. 302 ГК РФ, то при таком понимании добросовестного приобретателя отказ в удовлетворении виндикационного иска возможен в каждом из этих случаев. Если же под приобретателем в смысле ст. 302 ГК РФ понимать лишь второго из указанных приобретателей, то отказ в удовлетворении виндикационного иска возможен лишь во втором случае.

Представляется, что правильным следует считать второе понимание добросовестного приобретателя. Такой вывод можно сделать на основании п. 2 ст. 551 ГК РФ, согласно которому исполнение договора продажи недвижимости сторонами до государственной регистрации перехода права собственности не является основанием для изменения их отношений с третьими лицами. По отношению к неуправомоченному отчуждателю и добросовестному приобретателю собственник является третьим лицом. Если считать, что после передачи имущества приобретателю истребование собственником этого имущества стало невозможным, это означало бы изменение отношений между приобретателем и собственником вследствие передачи имущества, что противоречило бы п. 2 ст. 551 ГК РФ.

Вернемся к Закону о регистрации прав на недвижимость. О какой же компенсации за счет казны Российской Федерации идет речь в п. 1 ст. 31.1 Закона. Об этом говорится в п. 2 той же статьи, согласно которому такая компенсация выплачивается в случае, если по не зависящим от собственника и добросовестного приобретателя причинам в соответствии с вступившим в законную силу решением суда о возмещении им вреда, причиненного в результате утраты права собственности на жилое помещение, взыскание по исполнительному документу не производилось в течение одного года со дня начала исчисления срока для предъявления этого документа к исполнению. При этом размер компенсации ограничен размерами реального ущерба (то есть стоимость утраченного жилого помещения), но не может превышать один миллион рублей. В п. 9 ст. 33 рассматриваемого закона установлено, что предусмотренные ст. 31.1 Закона «О государственной регистрации» положения о выплате компенсации применяются в случае, если государственная регистрация права собственности добросовестного приобретателя на жилое помещение была проведена после 1 января 2005 г.

Прежде всего, следует заметить, что ст.31.1 Закона применяется, если утрата права собственности связана не с виновными неправомерными действиями регистрирующего органа (в этом случае причиненный вред, согласно ст. 31 Закона, возмещается за счет казны Российской Федерации в полном объеме), а с неправомерными действиями третьих лиц. Например, сделка купли-продажи жилого помещения была совершена арендатором жилого помещения, действующим в качестве представителя собственника на основании изготовленной арендатором по сговору с нотариусом нотариально удостоверенной доверенности. На основании того же подложного документа зарегистрирован переход права собственности к покупателю. В этом случае, в силу выбытия жилого помещения из владения собственника по его воле (передачи жилого помещения арендатору), возмездности приобретения имущества и добросовестности приобретателя, собственнику будет отказано в удовлетворении иска к покупателю об истребовании жилого помещения. Собственник будет вправе предъявить иск о возмещении вреда к арендатору и нотариусу. После вступления в силу судебного решения об удовлетворении

иска о возмещении вреда взыскателю выдается исполнительный лист, который предъявляется к исполнению.

Думается, что законодатель хотел видеть смысл п. 2 ст. 31.1 данного закона в том, что если в течение года взыскание присужденной суммы в полном объеме не произведено, то недовзысканная сумма выплачивается за счет казны РФ. Однако, анализируя текст п. 2 ст. 31 названного закона, можно видеть, что придать ему такой смысл законодателю не слишком удалось. В частности, указание о том, что компенсация выплачивается в случае, если "взыскание по исполнительному документу не производилось", по его буквальному смыслу означает, что право на компенсацию не возникнет, если в течение года по исполнительному документу будет взыскана хотя бы ничтожная часть присужденной суммы. Кроме того, если у добросовестного приобретателя имущество может быть истребовано, это означает, с учетом п. 2 ст. 223 ГК РФ, что право собственности у него не возникало. О какой же компенсации в связи с утратой права собственности здесь можно говорить? С учетом всего вышеизложенного можно ожидать возникновения в правоприменительной практике целого клубка противоречий, успешно распутать который окажется весьма непросто.

Еще одной важнейшей проблемой на этот раз в построении субъектов Механизма, является проблема органов и должностных лиц, осуществляющих государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

На что хотел бы обратить внимание автор данной работы, так это на то, что органы государственной регистрации, дифференцированные в зависимости от того, какой вид объектов недвижимого имущества они регистрируют (права и сделки с этими объектами), не образуют собой единую систему.

Так, абзац 2 ст. 1 ФЗ «О государственной регистрации», предусматривает виды недвижимого имущества, подпадающие в рамки действия данного закона, «недвижимое имущество (недвижимость), права на которое подлежат государственной регистрации в соответствии с настоящим Федеральным законом, - земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все объекты, которые связаны с землей так, что их перемещение без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, жилые и нежилые помещения, леса и многолетние насаждения, предприятия как имущественные комплексы».

Соответственно, права на предусмотренные виды недвижимого имущества, подлежат государственной регистрации органом Росрегистрации, с внесением соответствующих записей в Единый государственный реестр прав. Данный Закон предусматривает единство органов регистрации, но почему-то, это единство касается лишь органов (по вертикальной системе и иерархической соподчиненности) входящих в систему Росрегистрации.

Таким образом, из рамок данного законодательного акта исключены, такие объекты недвижимого имущества как, водные и воздушные суда, в том числе и космические объекты.

Регистрация таких объектов недвижимого имущества осуществляется: во-первых, иными органами и должностными лицами, нежели органы государственной регистрации, входящие в систему Росрегистрации; во-вторых, государственная регистрация прав на такие объекты недвижимости регулируется специальным законодательством, конкретизирующим положения ГК РФ о видах недвижимости; и, в-третьих, регистрация права или сделки вносится в иные реестры прав на такие объекты недвижимости.

Например, водное судно как вид и объект недвижимости подразделяется на подвиды, которые в свою очередь регистрируются различными, предусмотренными законом, субъектами права, и как следствие, в различных реестрах прав (естественно не в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним).

Немного конкретизации. В соответствии со ст.33 Кодекса торгового мореплавания РФ, регистрация судна, прав на них и сделок с ними производится капитанами морских торговых портов и органами технического надзора за этими судами. Эта регистрация производится в один из трех реестров (это правило подтверждается ч.1 ст.37 КТМ РФ, где говорится, что судно может быть зарегистрировано только в одном из реестров судов), к которым относятся: государственный судовой реестр, судовая книга и бербоут-чартерный реестр (в последнем регистрируются не права и сделки с недвижимостью, а право плавания под государственным флагом РФ, соответственно последний реестр не входит в предмет рассматриваемой темы).

Регистрация судна в Государственном судовом реестре или судовой книге, права собственности и иных вещных прав на судно, а также ограничений (обременений) прав на него - является единственным доказательством существования зарегистрированного права, которое может быть оспорено только в судебном порядке./7/

Такие водные суда, как внутренний водный транспорт, регистрируются также в Государственном судовом реестре или судовой книге, но иными субъектами права. В частности, регистрирующим органом выступают, Государственные речные судоходные инспекции бассейнов (ст.17 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ)./8/

Что касается таких объектов недвижимости, как воздушные суда, то они регистрируются в Государственном реестре государственных гражданских воздушных судов РФ и в иных реестрах в зависимости от вида воздушного судна (ст.33 Воздушного кодекса РФ), уполномоченными органами./6/

Автор данной работы просит обратить особое внимание на то, что законодательно установленного (в том числе в подзаконном порядке) органа, регистрирующего права и (или) сделки с такими объектами недвижимого имущества, как космические объекты, вообще нет.

Выше были приведены лишь некоторые примеры бессистемности построения регистрирующих органов в зависимости от вида недвижимого имущества (Приложение Г).

Следует также указать, что ответственность вышеперечисленных органов (по типу ответственности органов и должностных лиц органов Федеральной регистрационной службы ст.31 Закона о государственной регистрации) законодательно не урегулирована вообще.

Итак, если органы Росрегистрации представляют собой систему соподчиненных элементов, то иные регистрационные органы, представляют скорее бессвязность, «внутреведомственность», может быть некую проблему фундаментального порядка в построении органов публичной власти, в их незаконченности, ограниченности именно в сфере регистрации сделок с недвижимостью (это выражается не только в нагромождении регистрирующих органов, но и в различии методологии и формы регистрации, а также в отсутствии специального контроля и специальной юридической ответственности этих органов).

Автор данной работы хотел бы предложить два возможных пути реформирования данной ситуации.

Первый путь – это принцип «единого органа государственной регистрации прав и сделок с недвижимостью», при котором, функции всех регистрирующих органов будут переданы одному органу, в частности, Росрегистрации.

Второй путь – оставить структуру органов в прежнем виде, но упорядочить единство принципов, форм и методов регистрации. В том числе, ввести обязательное уведомление о регистрации прав и сделок с недвижимостью, осуществляемых перечисленными органами, Росрегистрацию (например в течение одного месяца со дня соответствующей регистрации).

Таким образом, проблема регистрационных органов заключается в бессистемности их построения, отсутствия единства и взаимодействия, что является либо сознательным, либо не замеченным просчетом, как законодателя, так и исполнительной власти в части бездействия в этой сфере (отсутствие новейших и актуальных законопроектов и т.д.).

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

В этой работе автором рассмотрены особенности частноправового и публично-правового регулирования сделок с недвижимостью. Так, частное право регулирует в основном общие правовые условия совершения сделок с недвижимостью, в том числе общие условия их недействительности. Публичное же право, находит свое выражение в конкретизированном регулировании сделок с недвижимостью, в зависимости от правового статуса стороны сделки, формы собственности объекта недвижимости, вида недвижимого имущества и, в случае применения охранительных правовых норм - характера правонарушения.

Также, автору удалось выявить специфический механизм обеспечения сделок с недвижимостью, и раскрыть его структуру (систему субъектов, объект и правовые средства реализации субъектами Механизма своих полномочий), где все элементы находятся в неразрывной взаимосвязи, что и образует единое целое (указанный механизм).

В конечном итоге, автор отразил несколько правовых проблем эффективности вышеуказанного механизма (хотя, конечно же, реальных проблем намного больше).

Как представляется автору, в связи с особой актуальностью данной темы, теория (или догадка, если угодно) о механизме обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью должна быть в дальнейшем подвергнута более детальной разработке, как в частности, в целях выработки наиболее эффективной методологии осуществления этого механизма, так и осуществления и реализации государственной управленческой деятельности в целом.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Конституция Российской Федерации принята 12 декабря 1993 г. – М.: Юрист, 1993. – 48 с.

2. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая: федеральный закон РФ от 30 ноября 1994 г. № 51 - ФЗ (с последними изменениями, внесенными ФЗ от 02 июля 2005 г. № 83 - ФЗ) // СЗ РФ. – 1994. - № 32. – Ст. 3301.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая: федеральный закон РФ от 26 января 1996 г. № 14 - ФЗ (с последними изменениями, внесенными ФЗ от 21 марта 2005 г. № 22 - ФЗ) // СЗ РФ. – 1996. - № 5. – Ст. 1783.

4.Жилищный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 29.12.2004 г. № 188 – ФЗ // СЗ РФ. – 2005. - № 1(ч.1). – Ст. 1418.

5.Лесной кодекс Российской федерации: федеральный закон РФ от 29.01.1997 г. № - ФЗ // СЗ РФ. – 1997. - № 5. – Ст. 1610.

6. Воздушный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 19.03.1997 г. № 60 – ФЗ // СЗ РФ. – 1997. - № 12. – Ст. 1383.

7. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: федеральный закон РФ от 30.04.1999 г. № 81 – ФЗ // СЗ РФ. – 1999. - № 28. – Ст. 2207.

8. Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации: федеральный закон РФ от 07.03.2001 г. № 24 – ФЗ // СЗ РФ. – 2001. - № 11. – Ст. 1001.

1. Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136 – ФЗ (с изменениями, внесенными 30 июня 2003 г., 29 июня 2004 г., 3 октября 2004 г., 21 декабря 2004 г., 29 декабря 2004 г., 29 декабря 2004 г., 7 марта 2005 г., 21 июля 2005 г.) // СЗ РФ. – 2001. - № 44. - Ст. 1368.
2. Налоговый кодекс Российской Федерации, часть первая: федеральный закон РФ от 31.07. 1998 г. № 146 – ФЗ //СЗ РФ. – 1998. - № 31. – Ст. 3824.
3. Семейный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 29.12.1995 г. № 223 – ФЗ // СЗ РФ. – 1996. - № 1. – Ст. 1625.
4. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: федеральный закон РФ от 30.12.2001 г. № 195 – ФЗ // СЗ РФ. – 2002. - № 1(ч.1). – Ст. 1.
5. Уголовный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 13.06.1996 г. № 64 – ФЗ // СЗ РФ. – 1996. - № 25. – Ст. 2954.
6. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 24.07.2002 г. № 95 – ФЗ // СЗ РФ. – 2002. - № 30. – Ст. 3012.
7. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: федеральный закон РФ от 14.10.2002 г. № 138 – ФЗ //СЗ РФ. - № 46. – Ст. 4532.
8. О судебной системе Российской Федерации: федеральный конституционный закон РФ от 31.12.1996 г. № 1 – ФКЗ // СЗ РФ. – 1997. - № 1. – Ст. 1.
9. О милиции: закон РФ от 18.04.1991 г. г. № 1026-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. – 1991. - № 16. – Ст.503.
10. Основы законодательства Российской Федерации о нотариате: постановление Верховного Совета РФ от 11.02.1993 г. № 4463 – 1// Российская газета. – 1993. – 20 февраля. – С.15.
11. О лицензировании отдельных видов деятельности: федеральный закон РФ от 08.08.2001 г. № 128 – ФЗ // СЗ РФ. – 2001. - № 33 (ч.1). – Ст. 3430.
12. Об оценочной деятельности в Российской Федерации: федеральный закон РФ от 29.07.1998 г. № 135 – ФЗ // СЗ РФ. – 1998. - № 31. – Ст. 3813.
13. О налогах на имущество физических лиц: закон РФ от 09.09.1991 г. № 2003 – 1 // Российская газета. – 1992. - № 36. – 15 с.
14. О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: федеральный закон РФ от 21.07.1997 г. № 122 – ФЗ // СЗ РФ. – 1997. - № 30. – Ст. 3594.
15. Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и

иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты: федеральный закон РФ от 30.12.2004 г. № 214 – ФЗ // СЗ РФ. – 2005. - № 1(ч.1). – Ст. 40.

1. О космической деятельности: федеральный закон РФ от 20.08.1993 г. № 5663 – 1 // Российская газета. – 1993. - 01 сентября. – С.18.
2. О прокуратуре Российской Федерации: федеральный закон РФ от 17.01.1992 г. № 2202 – 1 // СЗ РФ. – 1995. - № 47. – Ст. 4472.
3. О налоговых органах Российской Федерации: закон РФ от 21.03.1991 г. № 943 – 1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. – 1991. - № 15. – Ст. 492.
4. Вопросы федеральной регистрационной службы: указ Президента РФ от 13.10.2004 г. № 1315 // СЗ РФ. - 2004.- № 42. – Ст. 4110.
5. Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти: указ Президента РФ от 20.05.2004 г. № 649 // РФ. – 2004. - № 21. – Ст. 2023.
6. О федеральном агентстве по управлению федеральным имуществом: постановление Правительства РФ от 27.11.2004 г. № 691 // СЗ РФ. – 2004. - № 49. – Ст.4897.
7. О российском фонде федерального имущества: постановление Правительства РФ от 25.12.2002 г. № 925 // СЗ РФ. - 2002. - № 52 (ч.2). – Ст. 5229.
8. Об утверждении Положения о Федеральной налоговой службе: постановление Правительства РФ от 30.09.2004 г. № 506 // СЗ РФ. – 2004. - № 40. – Ст. 3961.
9. Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ЗАО «Ребау АГ» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 165 ГК и пунктом 2 статьи 651 ГК РФ» от 05.07.2001 г. № 132 – О // Кирсанов А.Р. Недвижимое имущество: Нормы права и судебные прецеденты. – М.: Ось – 89, 2005. – 752 с.
10. Обзор практики разрешения споров с применением ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: постановление Президиума ВАС РФ (информационное письмо от 16.02.2001 г. № 59) // Кирсанов А.Р. Недвижимое имущество: Нормы права и судебные прецеденты. – М.: Ось – 89, 2005. – 752 с.
11. Обзор практики, связанный с защитой права собственности и других вещных прав: постановление Президиума ВАС РФ от 28.04.1997 г. № 13 // Вестник ВАС РФ. - 1997. - № 7 – С.23 – 40.
12. О некоторых вопросах применения статьи 174 ГК РФ при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок: Постановление Пленума ВАС РФ от 14.05.1998 г. № 5 // Сборник постановлений Пленума ВАС РФ (1992 – 2001)./ Под ред. А.К. Большовой. – М.: Юстицинформ, 2002. – 336 с.
13. Аверченко Н.Н. Понятие и признаки вещи как объекта гражданских прав // Журнал российского права. - 2004. - № 5. – С.36 – 44.
14. Административное право: учебник / Под общ. ред. Атаманчука Г.В. – М.: РАГС. - 2003. – 392 с.
15. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – М.: НОРМА, 2002. – 608 с.
16. Алексеев С.С. Теория права. – М.: БЕК, 1995. – 320 с.
17. Безверков А.Г. Собственность и имущественные отношения в уголовном праве // Законодательство. - 2002. - № 12. - С.83 – 92.
18. Белов В.А. Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки*.* – М.: ЮрИнфор, 2000. – 395с.
19. Белов В.А. Имущественные комплексы: очерк теории и опыт

догматической конструкции по российскому гражданскому праву. – М.: Центр ЮрИнфор, 2004. – 240с.

43. Белов В.А. Юридическая природа государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимостью //

1. Белых В.С. О соотношении частного и публичного права в правовом регулировании общественных отношений // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462с.
2. Бобылев А.И. Механизм правового воздействия на общественные

отношения // Государство и прав. – 1999. - № 5. – С.104 – 110.

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2001. – 848 с.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. – 800 с.
3. Витрянский В.В. Договор продажи недвижимости // Вестник ВАС РФ. - 1999. - № 8. – С.104 – 116.
4. Волков С.В., Булычев В.В. Право собственности на вновь созданную вещь: теория и практика // Законодательство. - 2003. - № 5. – С. 51- 63.
5. Вороной В. Добросовестность, как гражданско-правовая категория // Законодательство. - 2002. - № 6. – С.46 – 54.
6. Гонгало Б.М. Идеи частного права: должное и сущее // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462 с.
7. Грось Л.А. О сопоставлении понятий «гражданское законодательство» и «земельное законодательство» и вещных правах на земельные участки // Журнал российского права. – 2002. - № 9. – С.46 – 61.
8. Грось Л.А. Взаимоотношения публично-правовых образований-собственников и учредителей - с учреждениями или унитарными предприятиями // Журнал российского права. – 2001. - № - 12. – С. 11 – 18.
9. Грось Л.А., Ким В.Д. Проблемы правового регулирования управления публичной собственностью (анализ правовых актов Российской Федерации и Хабаровского края) // Юрист. – 2005. - № 11. – С. 15 – 21.
10. Гражданское право: В 2т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – М.: БЕК, 2000. – 816 с.
11. Гражданское право: В 2т. Том ΙΙ. Полутом 1: Учебник/ Отв. ред.

проф. Е.А. Суханов. – М.: БЕК, 2000. – 704 с.

1. Гражданское право: В 2т. Том ΙΙ. Полутом 2: Учебник/ Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – М.:БЕК, 2000. – 544 с.
2. Гришаев С.П. Недействительность сделок с недвижимым имуществом // Хозяйство и право. – 2005. - № 10. – С. 12 - 18.
3. Гришаев. С.П. Морские, воздушные суда, суда внутреннего плавания и космические объекты как разновидность недвижимости // Хозяйство и право. – 2005. - № 07. – С. 36 – 49.
4. Дмитриев Ю.А., Евтеева А.А., Петров С.М. Административное

право: Учебник. – М.: ЭКСМО, 2005. – 1008 с.

1. Егоров Ю.П. Правовой режим сделок // Государство и право. – 2004. -№ 11. – С. 51 – 65.
2. Ерш А.В. Закон об оценочной деятельности: проблемы правоприменения // Юрист. – 2004. - № 12. – С.23 – 29.
3. Ерш А.В. Здания и сооружения как предмет договора аренды // Вестник ВАС РФ. - 2000. - № 8. – С.96 – 102.
4. Зайцева Т.И., Галеева Р.Ф., Ярков В.В. Настольная книга нотариуса: В 2 т. Том I: Справочно – методическое пособие. – М.: БЕК, 2000. – 640 с.
5. Иванов А.И. Вопросы недвижимости в новом Жилищном кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. - 2005. - № 6. – С.87 – 99.
6. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – 777 с.
7. Клепицкий И.А. Недвижимость как предмет хищения и вымогательства // Государство и право. – 2000. - № 12. – С.11 – 20.
8. Козлова Е.Б. Правовые проблемы осуществления государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Вестник ВАС РФ. - 2003. - № 1. – С.109 – 122.
9. Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. – М.: Статут, 2005. – 476 с.
10. Козырь О.М., Маковская А.А. Пути совершенствования правового регулирования оборота недвижимости // Вестник ВАС РФ. – 2003. - № 2. – С.93 – 114.
11. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой (постатейный) / Отв. ред. проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА·М, 1997. – 778 с.
12. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) / Отв. ред. проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА·М, 1998. – 799 с.
13. Комментарий к Кодексу РФ об административных правонарушениях / Под общ. ред. проф. Э.Н. Ренова. – М.: НОРМА, 2002. – 1040 с.
14. Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации, части первой с постатейными материалами официальных органов/ Под ред. А.В. Брызгалина и А.Н. Головкина. – М.: Аналитика – Пресс, 2001. – 816 с.
15. Комментарий к Уголовному кодексу РФ/Под общ. ред. Генерального прокурора проф. Ю.И. Скуратова, и Председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева. – М.: НОРМА, 2000. – 896 с.
16. Кузнецова Л.В. Преимущественное право: понятие и правовая природа // Журнал российского права. - 2004. - № 10. – С. 25 – 34.
17. Кузьмина И.Н. Гарантии прав социально незащищенных членов семьи собственника при отчуждении жилого помещения // Законность. - 2003. - № 1. – С. 27 – 35.
18. Кузьминина И.Д., Луконкина В.И. Правовой режим самовольной постройки // Вестник ВАС РФ. - 2001. - № 11. – С.127 – 135.
19. Леонова Л.Ю. Преимущественное право покупки: история возникновения, осуществление и защита // Законодательство. – 2002. - № 9. – С. 56 – 67.
20. Литовкин В.Н. Дефектная ведомость жилищного кодекса РФ // Журнал российского права. – 2006. - № 4. - С. 7 -13.
21. Мурзин Д.В. Бестелесные вещи // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462 с.
22. Общая теория государства и права. Том 2. Теория права: учебник / Под ред. проф. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2000. – 656 с.
23. Петров Е.Ю. Конструирование правил оборота недвижимости. Принцип внесения прав на недвижимое имущество // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3 . – М.:Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462 с.
24. Петрова С.М. Споры о регистрации прав на недвижимость // ЭЖ – юрист. – 2005. - № 20. – С. 15 – 23.
25. Пиляева В.В. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (постатейный). Часть третья. – М.: ПБОЮЛ Григорян А.Ф., 2002. – 320 с.
26. Популярный юридический энциклопедический словарь / Редкол.: О.Е. Кутафин, В.А. Туманов, И.В. Шмаров. – М.: Большая российская энциклопедия, 2000. – 800 с.
27. Савкин С.Ф. Судебно – арбитражная практика по спорам, связанным с защитой права собственности и других вещных прав // Вестник

ВАС РФ. - 1998. - № 10. – С.94 – 110.

1. Синицин С.А. Виндикация, реституция, кондикция: проблемы соотношения // Законодательство. - 2003. - № 8. – С.47 – 60.
2. Скловский К. О применении норм о злоупотреблении правом в судебной практике // Вестник ВАС РФ. - 2001. - № 2. – С.45 – 49.
3. Скловский К. О действительности продажи чужого имущества // Вестник ВАС. – 2003. - № 9. – С. 62 – 70.
4. Скловский К. О влиянии процедуры государственной регистрации на частные отношения // Хозяйство и право. – 2001. - № 8. – С. 13 - 19.
5. Скловский К. О праве на отчуждение имущества без передачи владения // Хозяйство и право. – 2003. - № 8. – С. 11 – 18.
6. Скловский К. Вопрос о пределах вмешательства государства в частную собственность в судебной практике // Хозяйство и право.- 2002. - № 6. – С. 14 – 26.
7. Скловский К. Договор купли-продажи: вещный эффект // Российская юстиция. – 1998. - № 10. - С. 11- 15.
8. Скловский К. Механизм перехода права и последствия цессии // Хозяйство и право. – 2002. - № 2. – С. 26 – 33.
9. Скловский К. Негаторный иск: отрицание не должно быть огульным // Бизнес-адвокат. – 2001. - № 7. – С. 22 – 29.
10. Скловский К. Отношения собственника с незаконным владельцем и приобретательская давность // Хозяйство и право. – 2001. - № 5. – С. 10 – 25.
11. Скловский К. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М.: Статут, 2004. – 268 с.
12. Сосна С.А. Государственная собственность: есть ли предел приватизации? // Государство и право. – 2004. - № 12. – С.85 – 97.
13. Спиркин А.Г. Философия: Учебник. – М.: Гардарики, 2001. – 816 с.
14. Статус судьи: учебное пособие / М.И. Клеандров. – Новосибирск, 2000. – 444 с.
15. Степанов С.А. Имущественные комплексы в российском гражданском праве. – М.: НОРМА, 2002. – 176 с.
16. Степанов С.А. Недвижимые вещи: опыт системного исследования // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462 с.
17. Степанов С.А. Недвижимое имущество в гражданском праве. – М.: Статут, 2004. – 186 с.
18. Степанов С.А. Составная недвижимая вещь // Журнал российского права. – 2004. - № 8. – С. 23 – 34.
19. Суханов Е.А. К понятию вещного права // Правовые вопросы недвижимости. – 2005. - № 1. – С. 7 – 14.

107. Суханов Е.А. О проблемах становления и развития российского

частного права // Цивилистические записки: межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 3. – М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. – 462 с.

108. Тужилова – Орданская Е.М. Понятие и особенности недвижимости как объекта прав по Гражданскому кодексу Российской Федерации // Журнал российского права. – 2004. - № 6. – С.76 – 89.

109. Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. – 2001. - № 5. – С.13 – 28.

110. Тузов Д.О. Конституционный суд о защите добросовестного приобретателя // Законодательство. - 2003. - № 10. – С.41 – 48.

111. Уголовное право России. Часть особенная: Учебник для вузов / Отв. ред. проф. Кругликов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 880 с.

112. Уруков В. Многолетние насаждения как объект недвижимости // Законность. – 2005. - № 12. – С. 32 – 41.

113. Чеговадзе Л.А. К дискуссии о природе имущественного права // Законодательство. - 2003. - № 11. – С.34 – 56.

114. Чеговадзе Л.А. О сущности гражданского правоотношения: новый взгляд на старую проблему // Законодательство. - 2002. - № 6. – С. 24 – 37.

115. Чеговадзе Л.А. Субъективное гражданское право как элемент

правоотношения // Законодательство. - 2003. - № 12. – С.65 – 78.

116. Чеканов Д.В. Правовой режим космических объектов // Законодательство. - 2002. - № 12. – С. 37 – 53.

117. Чубаров В.В. О правовом режиме нежилого помещения как самостоятельного объекта недвижимости // Вестник ВАС РФ. - 2003. - № 6. – С. 88 – 92.

118. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.1. – М.: Статут, 2005. – 416 с.

119. Яковлева С. Правовое положение объекта незавершенного строительства // Хозяйство и право. - 2005. - № 8. – С.123 – 131.

ПРИЛОЖЕНИЕ А

(обязательное)

**Правовое регулирование сделок с недвижимостью (межотраслевое построение**)

**Правовое регулирование сделок с недвижимостью**

**Регулятивная функция права в правовом регулировании сделок с недвижимостью («регулятивное» правовое регулирование)**

**Охранительная функция права в правовом регулировании сделок с недвижимостью («охранительное» правовое регулирование)**

Гражданский кодекс РФ (все части), ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ФЗ «Об ипотеке» и т.д. и т.п.

Гражданский кодекс РФ, Уголовный кодекс РФ, Кодекс РФ об административных правонарушениях, ФЗ «О прокуратуре», ФЗ «О судебной системе», ГПК РФ, УПК РФ и т.д. и т.п.

ПРИЛОЖЕНИЕ Б

(обязательное)

**Структура механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью**

|  |
| --- |
| **МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВОМЕРНОСТИ И ЗАКОННОСТИ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ** |

**СУБЪЕКТЫ, ПРЯМО УЧАСТВУЮЩИЕ В МЕХАНИЗМЕ, И ВЫПОЛНЯЮЩИЕ РЕГУЛЯТИВНУЮ ФУНКЦИЮ ПРАВА, ПОСРЕДСТВОМ ЕЕ НЕПОСРЕДСТВЕННОЙ РЕАЛИЗАЦИИ**

**СРЕДСТВА-ДЕЯНИЯ, КАК ФОРМЫ РЕАЛИЗАЦИИ СРЕДСТВ-УСТАНОВЛЕНИЙ**

**СУБЪЕКТЫ МЕХАНИЗМА**

**СУБЪЕКТЫ, УЧАСТВУЮЩИЕ В МЕХАНИЗМЕ ОПОСРЕДОВАННО, И ВЫПОЛНЯЮЩИЕ ОХРАНИТЕЛЬНУЮ ФУНКЦИЮ ПРАВА, ПОСРЕДСТВОМ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

**СРЕДСТВА –УСТАНОВЛЕНИЯ, КАК НОРМАТИВНО УСТАНОВЛЕННЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ**

ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВОМЕРНОСТИ И ЗАКОННОСТИ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ

**ОБЪЕКТ МЕХАНИЗМА**

ПРИЛОЖЕНИЕ В

**(**обязательное)

**Субъекты механизма обеспечения правомерности и законности сделок с недвижимостью**

# **Субъекты Механизма**

**Субъекты, реализующие охранительную функцию права, и участвующие в Механизме опосредованно**

Органы внутренних дел

Субъекты оценочной деятельности (профессиональные оценщики имущества)

## Органы опеки ипопечительства

Нотариусы (государственные и частные), а также

субъекты, уполномоченные в необходимых случаях выполнять нотариальные функции

Российский фонд федерального имущества, а также соответствующие учреждения субъектов РФ и муниципальных образований

Органы и должностные лица,осуществляющие государственнуюрегистрацию прав исделок снедвижимостью

Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом, а также соответствующие органы субъектов РФ и муниципальных образований

Прокуратура (в частности прокуроры и следователи органов прокуратуры)

Суды общей юрисдикции (в том числе, мировыесудьи)

## Арбитражные суды РФ

## Налоговые органы РФ

Субъекты, реализующие регулятивную функцию права и участвующие в Механизме прямо

ПРИЛОЖЕНИЕ Г

(обязательное)

**Структура органов и должностных лиц, осуществляющих государственную регистрацию прав и сделок с недвижимостью**

**Органы и должностные лица,**

**осуществляющие государственную регистрацию прав и сделок** **с недвижимостью**

Федеральная регистрационная служба и ее территориальные органы

Капитан морского торгового порта, капитан морского рыбного порта, органы технического надзора за судами

Государственная речная судоходная инспекция бассейнов, капитан речного порта, капитан морского торгового порта (регистрация судов «река-море»)

Главное командование военно-воздушных сил (воздушные суда вооруженных сил), и иные уполномоченные органы и должностные лица

Права и сделки с недвижимостью регистрируются в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним

Права и сделки на речные суда (водные суда), регистрируются в Государственном судовом реестре и судовой книге

Права и сделки на морские суда (водные суда), регистрируются в Государственном судовом реестре и судовой книге

Права и сделки с воздушными судами, регистрируются в Государственном реестре гражданских воздушных судов РФ, и иных реестрах